

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO  
FACULDADE DE DIREITO  
CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

AGENTE INFILTRADO: OS CRIMES PRATICADOS POR AGENTE DO  
ESTADO NO CONTEXTO DA PERSECUÇÃO PENAL E AS  
EXCLUDENTES INVOCÁVEIS

RENAN PORTELA GONÇALVES

SOLEDADE

2014

RENAN PORTELA GONÇALVES

AGENTE INFILTRADO: OS CRIMES PRATICADOS POR  
AGENTE DO ESTADO NO CONTEXTO DA PERSECUÇÃO  
PENAL E AS EXCLUDENTES INVOCÁVEIS.

Monografia apresentada ao curso de Direito,  
da Faculdade de Direito da Universidade de  
Passo Fundo, como requisito parcial para a  
obtenção do grau de Bacharel em Ciências  
Jurídicas e Sociais, sob orientação da  
Professora Mestre Linara da Silva

SOLEDADE

2014

*À Adriana Costa, minha fonte incessável de  
inspiração.*

## RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo central a análise do instituto do agente infiltrado, visando-se uma melhor compreensão acerca desse instrumento de investigação. No Brasil, apenas a Lei n.º 11.343 de 2006, *Lei de Drogas*, e a Lei n.º 12.850 de 2013, *Lei do Crime Organizado*, preveem esse instituto jurídico como instrumento de investigação criminal das infrações penais que instituem. Como objetivo e problema, tendo em vista a complexidade que permeia a utilização desse instituto, o presente trabalho tem por escopo, remetendo-se às considerações da parte geral do Código Penal, demonstrar quais as excludentes que o agente estatal infiltrado pode invocar para se isentar de responsabilidade criminal quando obrigatoriamente tiver que cometer ilícitos penais durante a persecução para não ter a identidade revelada e, conseqüentemente, macular a investigação. Essa análise se mostra necessária em contraponto à previsão constante na *Lei do Crime Organizado*, que determina que o agente que cometer ilícitos durante a investigação somente poderá socorrer-se à excludente de culpabilidade, na modalidade inexigibilidade de conduta diversa, fato que restringe a sua atuação policial e, ainda, veda-lhe direitos como indivíduo pertencente a um Estado Democrático de Direito.

**Palavras-chave:** Agente infiltrado. Crime organizado. Excludentes invocáveis. Investigação penal.

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	6
<b>1 DO CRIME</b> .....	8
1.1 Princípios aplicáveis ao direito penal .....	8
1.2 Conceito de crime e contravenção penal .....	13
1.3 Elementos do crime e suas excludentes .....	16
1.3.1 Fato típico.....	16
1.3.2 Ilícitude ou antijuridicidade .....	19
1.3.3 Culpabilidade.....	21
<b>2 DO COMBATE AO TRÁFICO DE DROGAS E AO CRIME ORGANIZADO</b> .....	25
2.1 O tráfico de drogas e a Lei nº 11.343/2006 .....	25
2.1.1 Antecedentes legislativos: Lei nº 6.368/1976 e Lei nº 10.409/2002 .....	27
2.1.2 Mandado constitucional de criminalização .....	27
2.1.3 Bens jurídicos tutelados e características penalizadoras .....	29
2.1.4 Persecução penal.....	32
2.2 Crime Organizado e a Lei nº 12.850/2013 .....	34
2.2.1 Organização criminosa e os antecedentes legislativos: Lei nº 9.034/1995 e Lei nº 12.964/2012 .....	35
2.2.2 Lei nº 12.850/2013 e as características penalizadoras .....	38
2.2.3 A investigação e os meios de obtenção de prova .....	42
<b>3. DO AGENTE INFILTRADO</b> .....	45
3.1 O conceito de agente infiltrado e as previsões legislativas no Direito Brasileiro: Lei nº 11.343/2006 e Lei nº 12.580/2013 .....	46
3.2 O procedimento investigatório e os direitos do agente infiltrado .....	48
3.3 A ação controlada e a compatibilidade com a infiltração de agentes .....	52
3.4 A proporcionalidade com a finalidade da investigação e a responsabilidade por excessos .....	54
3.5 Os crimes praticados pelo agente infiltrado e as excludentes invocáveis .....	56
<b>CONCLUSÃO</b> .....	60
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	63

## INTRODUÇÃO

No contexto atual, de criminalidade organizada, em que a sociedade assiste perplexa à edificação de verdadeiros *Estados* paralelos a ameaçar a ordem pública e a paz social, com a prática de crimes graves, como o tráfico de drogas, a lavagem de dinheiro e a corrupção, sobrepõe a importância da criação de meios investigatórios eficazes no combate à delinquência estruturada, diversos dos tradicionalmente adotados, em face da complexidade e da sofisticação dessas agremiações criminosas.

Nesse diapasão, a infiltração de agentes policiais, disciplinada no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei nº 11.343/2006 e a Lei nº 12.850/2013, constitui importante instrumento para a investigação e o desmantelamento de tais grupos de criminosos, pois permite o conhecimento da estrutura e o acompanhamento de graves práticas delitivas, além da colheita de provas para embasar a condenação.

Tendo em vista que tal técnica investigativa requer a inserção do agente estatal nos meandros de associações criminosas, torna-se indispensável o debate acerca dos limites da atuação do agente estatal infiltrado. É nessa temática que se insere o presente estudo, que terá por objeto central analisar o instituto da infiltração de agentes, a fim de definir se, visando à eficácia da investigação e à proteção de sua própria vida, estará o agente infiltrado autorizado, com base no ordenamento jurídico brasileiro, a praticar crimes e, em caso positivo, quais as excludentes que poderá invocar para afastar o caráter criminoso de sua conduta.

No desenvolvimento de tal tema, para melhor compreensão do seu conteúdo, dividir-se-á o presente trabalho em três capítulos. No primeiro, tecer-se-ão considerações acerca da parte geral do Código Penal, analisando-se o conceito de crime, os princípios gerais do direito penal e a estruturação da infração, nela inseridos os seus elementos, ou seja, fato típico, ilicitude e culpabilidade, bem como as correspondentes excludentes e as circunstâncias em que poderão ser invocadas. Com isso, buscar-se-á demonstrar que a legislação penal especial deve ser interpretada à luz dos conceitos da parte geral, de modo que, ainda que não previstas em lei especial determinadas excludentes de tipicidade, ilicitude e culpabilidade, deverá o operador do Direito utilizar-se de interpretação sistemática, lançando mão de tais institutos da parte geral ao aplicar leis especiais como a Lei de Drogas e a Lei do Crime Organizado.

No segundo capítulo, abordar-se-ão os dois diplomas normativos que preveem a infiltração de agentes policiais como instrumento de investigação. Na primeira parte, será analisada a Lei nº 11.343/2006, que tem por objetivos prevenir o uso indevido e reprimir o tráfico de drogas, abordando-se, inicialmente, os seus antecedentes legislativos – Lei nº 6.838/1976 e Lei nº 10.409/2002 – e o mandado constitucional de criminalização constante do artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição de 1988, que impõe um tratamento rigoroso às condutas relacionadas ao tráfico de drogas. Além disso, examinar-se-ão os bens jurídicos tutelados pela referida lei, as figuras delitivas e o correspondente tratamento jurídico penal, além da persecução penal relativa a tais crimes. De outro vértice, na segunda parte, tratar-se-á do crime organizado, objeto, no Brasil, da Lei nº 12.964/2012 e da Lei nº 12.850/2013, analisando-se as características penalizadoras e os procedimentos investigatórios e meios de obtenção de provas a serem utilizados para a descoberta e o desmantelamento das organizações criminosas.

Por fim, no terceiro e último capítulo, se cuidará mais detidamente do instituto do agente infiltrado, objeto central do presente estudo, com ênfase nos diplomas normativos que o preveem no Direito Brasileiro – Lei nº 11.343/2006 e Lei nº 12.850/2013. Para tanto, será abordado o conceito de agente infiltrado, com base em diferentes lições doutrinárias. Posteriormente, se analisará o procedimento a ser observado quando da utilização de tal técnica investigatória, além dos direitos consagrados ao policial disfarçado, visando à proteção de sua integridade e vida. Traçar-se-á, ademais, um paralelo entre a ação controlada e a infiltração de agentes, objetivando-se demonstrar a compatibilidade entre esses dois mecanismos de investigação. Ao final, se procederá à análise dos limites da atuação do agente policial infiltrado, buscando-se evidenciar que o agente deverá observar a proporcionalidade com a finalidade da investigação, sob pena de responder por eventuais excessos. Nesse contexto, se discutirá acerca da possibilidade de o agente policial praticar crimes no contexto da investigação e, em caso positivo, as excludentes a serem invocadas para afastar a característica delituosa dos fatos praticados.

## **1 DO CRIME**

Tendo em vista a função de proteção de bens jurídicos atribuída ao Direito Penal em um Estado Democrático de Direito, o legislador seleciona os valores especialmente relevantes para a vida social, incriminando as condutas capazes de lhes gerar lesão ou perigo de dano.

A partir disso, *“para coibir e reprimir condutas lesivas ou perigos a bens jurídicos fundamentais, a lei penal se utiliza de rigorosas formas de reação, quais sejam, penas e medidas de segurança”* (MASSON, Cleber, 2013, p.1).

Por outro lado, o Direito Penal exerce uma função de garantia do cidadão, uma vez que estabelece limites a esse poder punitivo estatal, especialmente por intermédio da consagração de princípios a serem observados quando do seu exercício.

### **1.1 Princípios aplicáveis ao direito penal**

Para que se possam conceituar os princípios como fontes do direito penal, faz-se necessário analisá-los sob dois aspectos. Primeiramente, os princípios são normas gerais, enunciados que têm por característica orientar o aplicador da legislação nas situações em que é invocado o direito positivado. Por outro lado, os princípios, além de estabelecerem diretrizes, têm função precípua na aplicação do direito, porquanto permitem o preenchimento das lacunas existentes nos documentos normativos, decorrentes da omissão do legislador na regulamentação de determinadas matérias (BOSCHI, 2002, p. 30). Masson assim define a aplicação dos princípios no Direito Penal:

Princípios são os valores fundamentais que inspiram a criação e a manutenção do sistema jurídico. [...] No Direito Penal, os princípios têm a função de orientar o legislador ordinário, no intuito de limitar o poder punitivo estatal mediante a imposição de garantias ao cidadão (2013, p.21-22).

Assim, tendo em vista as diversas denominações e multiplicidade de princípios abordados pela doutrina, passa-se a elencar e conceituar os que mais se adequam ao presente trabalho, mais especificamente à aplicação do direito penal material.

Nesse sentido, o princípio da legalidade é tratado na doutrina como sendo o mais importante princípio do Direito Penal, tendo em vista o caráter preventivo que o cerca. Tanto o é, que este postulado encontra-se expresso no texto da Carta Política

de 1988, com a característica de cláusula pétrea, em seu art. 5º, inciso XXXIX, que estabelece que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal<sup>1</sup>. Ademais, além da expressa previsão constitucional, o princípio da legalidade encontra-se também previsto no Código Penal<sup>2</sup>.

Analisando as previsões positivadas do Princípio da Legalidade – Constituição Federal e Código Penal –, é possível extrair que somente é crime aquilo que está previsto em lei. Ou seja, o cidadão pode realizar qualquer ato que a lei não proíba, não praticando, assim, qualquer ilícito penal (GRECO, 2006, p. 98-99).

Ressalta-se que, em que pese o Código Penal e a Constituição Federal mencionarem a palavra crime, o Princípio da Legalidade também se aplica às contravenções penais, motivo por que não comete contravenção penal aquele que pratica qualquer fato que não esteja previsto no Decreto – Lei 3.688/1941 – Lei das Contravenções Penais.

O princípio da anterioridade, por sua vez, está intimamente ligado ao princípio da legalidade, uma vez que também decorre da previsão constante do artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal de 1988, e do artigo 1º, do Código Penal, estabelecendo que o crime e a pena devem estar previamente definidos em lei anterior ao acontecimento do fato criminoso (MASSON, 2013, p. 24)

Desse modo, se o indivíduo praticar uma conduta que não está prevista na lei como sendo um fato passível de punição e, posteriormente, aquela ação passar a ser punível para a legislação penal, não lhe será aplicada qualquer reprimenda, tendo em vista que à época a conduta realizada não se encontrava prevista em lei como um ilícito penal.

De outra banda, visto pelos doutrinadores como um dos mais importantes princípios orientadores da matéria de direito penal, o princípio da humanidade decorre do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, e tem como fundamento proteger o indivíduo dos excessos do Estado enquanto agente punidor, vedando a criação de

---

<sup>1</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

<sup>2</sup> Art. 1º. Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.

tipos incriminadores que acabem por afetar a integridade física ou psicológica do ser humano (MASSON, 2013, p.45).

Com a intenção de melhor demonstrar a relevância do princípio da humanidade no Estado Democrático de Direito, Nucci leciona:

Significa que o direito penal deve pautar-se pela benevolência, garantindo o bem-estar da coletividade, incluindo-se dos condenados. Estes não devem ser excluídos da sociedade somente porque infringiram a norma penal, tratados como se não fossem seres humanos, mas animais ou coisas. Por isso, estipula a Constituição que não haverá penas: 1) de morte (exceção feita à época de guerra declarada, conforme previsão do Código Penal Militar); 2) de caráter perpétuo; 3) de trabalhos forçados; 4) de banimento; 5) cruéis (art. 5.º, XLVII), bem com deverá ser assegurado o respeito à integridade física e moral do preso (art. 5.º, XLIX) (2010, p. 46-47).

Destaca-se que o princípio da humanidade encontra-se presente em todas as fases da persecução penal. No que tange à aplicação da pena, o mencionado princípio tem o condão de determinar a aplicação da sanção correspondente ao ilícito praticado pelo agente tal como prevê a legislação penal, sempre visando à ressocialização do condenado (MIRABETE, 2000, p. 57).

Cabe ressaltar, por fim, que a legislação penal, em observância ao princípio da humanidade/dignidade da pessoa humana, prevê diversos institutos que visam refutar qualquer espécie de agressão aos direitos humanos dos cidadãos. Cita-se, por exemplo, o artigo 75, do Código Penal, *caput*, o qual veda, no Brasil, o cumprimento da pena privativa de liberdade por período superior a trinta anos<sup>3</sup>.

O princípio da proporcionalidade, o qual o conteúdo se mostra de extrema importância para o presente trabalho, também é de extrema importância para o Direito Penal, tendo em vista que a sua utilização normativa e prática atinge todas as fases da elaboração do tipo penal incriminador até a sua aplicação ao caso concreto.

Nesse diapasão, para que o legislador elabore um tipo penal, mostra-se necessário que se observe a relevância da conduta a ser incriminada, definindo-se a pena em abstrato proporcionalmente à gravidade da ação ou omissão, para que se dê a resposta necessária à sociedade. Ademais, o princípio em tela estende-se também ao aplicador do direito, o qual, no uso das suas prerrogativas, deve aplicar a pena

---

<sup>3</sup> Art. 75 - O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 30 (trinta) anos.

correspondente ao delito de maneira proporcional ao fato praticado pelo agente (MASSON, 2013, p. 44-45). Assim, o princípio em comento estabelece tanto a proibição de excessos, quanto a vedação à proteção insuficiente do bem jurídico tutelado<sup>4</sup>.

Salienta-se que, com o fim de demonstrar a relevância da aplicação do princípio em questão, o próprio artigo 59 do Código Penal trouxe de forma implícita a sua aplicação no direito penal, ao afirmar que, no momento da aplicação da pena, o Magistrado, observando as circunstâncias necessárias à fixação da reprimenda, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, a qualidade e a quantidade da sanção penal, além do regime de cumprimento.

Com isso, o Juiz, atendendo às circunstâncias do citado artigo, deve aplicar a sanção de forma proporcional, sem cometer abusos no exercício de suas funções (BOSCHI, 2002, p.71).

Cabe transcrever a lição trazida por Greco, que assim define a previsão do Princípio da Proporcionalidade no sistema jurídico penal contemporâneo:

Embora não tendo sido adotado expressamente, o princípio da proporcionalidade se deduz de outros que passaram a integrar o texto de nossa Constituição, a exemplo do princípio da individualização da pena,

---

<sup>4</sup> A propósito, já decidiu o STF: HABEAS CORPUS. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DESMUNICIADA. (A) TÍPICIDADE DA CONDUTA. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PENAS. MANDATOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO E MODELO EXIGENTE DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS EM MATÉRIA PENAL. CRIMES DE PERIGO ABSTRATO EM FACE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. LEGITIMIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE ARMA DESMUNICIADA. ORDEM DENEGADA. 1. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PENAS. 1.1. Mandatos Constitucionais de Criminalização: A Constituição de 1988 contém um significativo elenco de normas que, em princípio, não outorgam direitos, mas que, antes, determinam a criminalização de condutas (CF, art. 5º, XLI, XLII, XLIII, XLIV; art. 7º, X; art. 227, § 4º). Em todas essas normas é possível identificar um mandato de criminalização expresso, tendo em vista os bens e valores envolvidos. Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (Eingriffsverbote), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebote). Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (Übermassverbote), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (Untermassverbote). Os mandatos constitucionais de criminalização, portanto, impõem ao legislador, para o seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente. 1.2. Modelo exigente de controle de constitucionalidade das leis em matéria penal, baseado em níveis de intensidade: Podem ser distinguidos 3 (três) níveis ou graus de intensidade do controle de constitucionalidade de leis penais, consoante as diretrizes elaboradas pela doutrina e jurisprudência constitucional alemã: a) controle de evidência (Evidenzkontrolle); b) controle de sustentabilidade ou justificabilidade (Vertretbarkeitskontrolle); c) controle material de intensidade (intensivierten inhaltlichen Kontrolle). O Tribunal deve sempre levar em conta que a Constituição confere ao legislador amplas margens de ação para eleger os bens jurídicos penais e avaliar as medidas adequadas e necessárias para a efetiva proteção desses bens. Porém, uma vez que se ateste que as medidas legislativas adotadas transbordam os limites impostos pela Constituição – o que poderá ser verificado com base no princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (Übermassverbot) e como proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) –, deverá o Tribunal exercer um rígido controle sobre a atividade legislativa, declarando a inconstitucionalidade de leis penais transgressoras de princípios constitucionais. [...] (HC 104410, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 06/03/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-062 DIVULG 26-03-2012 PUBLIC 27-03-2012)

analisado anteriormente. Com a individualização da pena, seja no plano abstrato, pela cominação prevista para as infrações penais, seja no plano concreto, com a sua aplicação pelo juiz, visualiza-se, com clareza, a obediência ou mesmo a ofensa ao princípio em estudo, mesmo que, como já dissemos anteriormente, não seja um mecanismo de verificação tão simples (2006, p. 82).

Dessa forma, com supedâneo nos conceitos acima transcritos, a aplicabilidade do princípio em voga tem caráter de ponderação, tanto na cominação das penas pelo legislador quanto na sua aplicação pelos magistrados.

Já para o princípio da intervenção mínima, o Direito Penal deve preocupar-se em caracterizar como ilícitos penais apenas as condutas que sejam aptas a causar grave lesão a bens jurídicos de significativa importância para o convívio social, deixando à mercê dos demais ramos do direito as condutas que não sejam dotadas de tal relevância (MIRABETE, 2000, p. 57). Greco assim preleciona:

O legislador, por meio de um critério político, que varia de acordo com o momento em que vive a sociedade, sempre que entender que os outros ramos do direito se revelem incapazes de proteger devidamente aqueles bens mais importantes para a sociedade, seleciona, escolhe as condutas, positivas ou negativas, que deverão merecer a atenção do Direito Penal (2006, p. 53).

A aplicação do princípio em voga estende-se ao legislador e ao próprio aplicador do direito. Ao primeiro, no momento de selecionar as condutas a serem tipificadas como infrações penais. Ao segundo, quando da análise das condutas *in concreto* para fins de enquadramento nos tipos penais previstos pelo legislador. Assim, o legislador e o aplicador do direito somente devem considerar penalmente relevantes as condutas que não possam ser satisfatoriamente reprimidas por outros ramos do direito (MASSON, 2013, p.40).

Também conhecido como princípio da ofensividade, o postulado da lesividade determina que serão consideradas penalmente ilícitas aquelas ações que alcancem a possibilidade de causar perigo de lesão a um determinado bem jurídico (MASSON, 2013, p. 46). Analisando o conceito deste princípio, tem-se que a sua aplicação anda lado a lado com a do princípio da intervenção mínima. Nesse sentido, transcreve-se lição de Greco:

Os princípios da intervenção mínima e da lesividade são como que duas faces de uma mesma moeda. Se, de um lado, a intervenção mínima somente permite a interferência do direito penal quando estivermos diante de ataques a bens jurídicos importantes, o princípio da lesividade nos esclarecerá, limitando ainda mais o poder do legislador, quais são as condutas que poderão ser incriminadas pela lei penal. Na verdade, nos orientará no sentido de saber quais são as condutas que *não* poderão sofrer rigores da lei penal (2006, p. 57).

Portanto, tomando por base a aplicação do princípio sob análise, para que se possa aplicar determinadas sanções penais - pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos, por exemplo -, faz-se imprescindível analisar se a conduta do agente causou lesão ou ao menos perigo de lesão a bens jurídicos relevantes para a proteção da sociedade. Isso quer dizer que o Direito não deve preocupar-se em penalizar situações irrelevantes, que não geram perigo ou lesão a certos bens jurídicos (GRECO, 2011, p. 3-4).

## **1.2 Conceito de crime e contravenção penal**

Para que se possa melhor analisar o campo de atuação do Direito Penal e seus institutos, faz-se necessária a compreensão acerca do conceito de crime que, em que pese parecer ser de simples visualização, traz diversas dificuldades na medida em que se passa a esmiuçá-lo.

Majoritariamente, conceitua-se crime como um fato típico, ilícito ou antijurídico e culpável, formando-se o conceito analítico do crime (BITTENCOURT, 2000, p. 22). Contudo, com o fim de se obter um conceito mais completo de delito, faz-se necessário analisá-lo sob três aspectos essenciais, quais sejam, material, legal e formal ou analítico (MASSON, 2013, p. 175).

Tendo em enfoque o conceito material, considera-se crime qualquer ação ou omissão humana que efetivamente lese ou exponha a perigo de lesão bens jurídicos tutelados pela lei penal (MASSON, 2013, p. 175). Com base no conceito material de crime, Delmanto traz o seguinte conceito:

Crime é a lesão de um bem jurídico protegido pela lei, ou a sua exposição a efetivo perigo de lesão, como decorrência de uma conduta dolosa ou culposa (com inobservância do dever de cuidado) contrária ao ordenamento jurídico, para a qual, sendo imputável o autor, e reprovável a sua conduta, se prevê a

inflicção de pena privativa de liberdade, restritiva de direitos ou de multa (2010, p. 13).

Assim, com base no conceito material, o que se leva em conta para a configuração do crime é a relevância do mal produzido aos interesses e valores selecionados pelo próprio legislador como merecedores de proteção estatal. Trata-se, portanto, de uma ferramenta de orientação de políticas criminais, visando trazer à luz do legislador apenas condutas que efetivamente sejam causadoras de danos, ou ao menos perigo de provocar o dano, a bens jurídicos que sejam penalmente relevantes (MASSON, 2013, p. 176).

Já no que concerne ao conceito formal, crime é toda conduta que o legislador assim determinou como tal. Ou seja, ao elaborar a lei, o legislador especifica claramente condutas que, ao serem praticadas, geram efeitos no mundo jurídico, tendo em vista que se encontram previstas na legislação penal (MIRABETE, 2000, p. 94).

Por sua vez, o conceito analítico, de acordo com o entendimento doutrinário dominante, decompõe o crime em três elementos, quais sejam a tipicidade, a ilicitude e a culpabilidade, adotando-se, nesse caso, o que se chama de teoria tripartida, que se configura na composição do crime nos três elementos acima citados. Há, todavia, alguns doutrinadores que defendem a prevalência da teoria bipartida, a qual traz apenas os elementos da tipicidade e ilicitude como componentes do crime, restando a culpabilidade como condição para a imposição de pena, excluindo-a enquanto elemento fundamental do crime (MIRABETE, 2001, p. 132).

Cita-se, por exemplo, Mirabete, que assim explicitava as características do crime:

Fato típico é o comportamento humano (ação ou omissão) que provoca um resultado (no sentido normativo do termo), e é previsto como infração penal. A antijuridicidade é a contrariedade do fato concreto ao ordenamento jurídico. Deixará de existir a ilicitude se o agente estiver amparado por uma excludente de ilicitude. A culpabilidade, considerada como reprovação da ordem jurídica em face de estar ligado o homem a um fato típico e antijurídico, é, em suma, a contrariedade entre a vontade do agente e da norma penal (2001, p. 133).

Para os doutrinadores que adotam a teoria bipartida, o elemento da culpabilidade não compõe o crime, sendo apenas um pressuposto da aplicação da

pena. Assim, necessários seriam apenas os elementos da tipicidade e antijuricidade (MASSON, 2013, p. 182).

Por fim, no Brasil, a Lei de Introdução ao Código Penal brasileiro traz, em seu art. 1º, a definição legal de crime, diferenciando-o da contravenção penal nos seguintes termos: “*considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente*”. Conforme se vê, a diferenciação entre crime e contravenção penal trazida pela lei brasileira recai sob o aspecto da pena de prisão aplicada (BITTENCOURT, 2000, p. 24). Nesse ínterim, leciona Mirabete:

Quanto à gravidade do fato, a lei penal brasileira distingue, no art. 1º da LICP, os crimes das contravenções penais. Ao crime é cominada pena de reclusão ou de detenção e multa, esta última sempre alternativa ou cumulativa com aquela; à contravenção é cominada pena de prisão simples, e/ou, multa ou apenas esta (2001, p. 138).

Tanto o crime quanto a contravenção são espécies do gênero infração penal, havendo dois sistemas de classificação: o tricotômico e o dicotômico. O primeiro, também chamado de divisão tripartida, classifica as infrações penais em crimes, delitos e contravenções. O referido sistema é adotado em países como França e Alemanha. O segundo, também denominado divisão bipartida, classifica as infrações penais em crimes ou delitos, tratados como sinônimos, e contravenções, sendo este o sistema adotado no Brasil (MIRABETE, 2000, p. 128).

### **1.3 Elementos do crime e suas excludentes**

A Teoria da Infração Penal tem a finalidade de, através do seu arcabouço jurídico, apontar pormenorizadamente os elementos que compõem o delito, quais sejam, tipicidade, antijuricidade e culpabilidade, segundo o entendimento predominante.

Nessa ordem, como são postados na legislação, os elementos do crime têm o condão de, com base nos seus fundamentos, levar o aplicador do direito à conclusão da ocorrência ou não da infração, tendo em vista que um elemento antecede o outro na sua apreciação, de modo que, não caracterizado o antecedente, sequer se analisam os subseqüentes (GRECO, 2011, p. 26).

Portanto, em que pesem os posicionamentos diversos quanto aos componentes do delito, passa-se a analisá-lo sob o prisma da teoria predominante na Doutrina contemporânea.

### 1.3.1 Fato típico

Fato típico é toda conduta humana que, quando praticada, amolda-se a um tipo penal descrito da legislação (MASSON, 2013, p. 217). Mirabete assim o define:

Fato típico é o comportamento humano (positivo ou negativo) que provoca, em regra, um resultado, e é previsto como infração penal. Assim, se A mata B em comportamento voluntário, pratica o fato típico descrito no art. 121 do CP (matar alguém) e, em princípio, um crime de homicídio (2000, p. 98).

Além do conceito, para que se possa entender o fato típico, faz-se necessário analisar os quatro elementos que o compõem, bem como define Greco:

O fato típico, segundo uma visão finalista, é composto dos seguintes elementos: a) conduta dolosa ou culposa, comissiva ou omissiva; b) resultado; c) nexos de causalidade entre a conduta e o resultado; d) tipicidade (formal e conglobante) (2011, p. 28).

Para que seja possível a visualização dos quatro elementos citados, é preciso ter em mente a consumação do crime, situação em que deverão necessariamente estar presentes no delito todos os elementos. Ou seja, da prática do crime, tem-se a ocorrência da conduta voluntária do agente, omissiva ou comissiva, dolosa ou culposa, dirigida a um fim específico. Para que se obtenha esse fim/resultado, faz-se necessária, ainda, uma relação entre a conduta e o resultado, que se materializa por intermédio do liame que liga a ação ao resultado, chamado de nexos de causalidade. Por fim, há que se analisar se a conduta praticada pelo agente se amolda a um tipo

penal específico e gera lesão significativa ao bem jurídico tutelado, surgindo, portanto, o último elemento do fato típico, a tipicidade (MASSON, 2013, p. 218).

Com relação às excludentes do fato típico, abordam-se como afastadores da própria conduta do agente o caso fortuito e a força maior, os movimentos reflexos, os estados de inconsciência e a coação física irresistível.

Os movimentos reflexos, por sua vez, são reações motoras ou secretoras decorrentes de estímulos dirigidos diretamente ao sistema nervoso, de modo que o ato é praticado sem qualquer interferência da vontade (BITTENCOURT, 2000, p. 45). É o caso, exemplificativamente, de quem, ao colocar o fio de um eletrodoméstico na tomada, recebe uma descarga elétrica e, num efeito motor reflexo, acaba por lesionar outra pessoa (GRECO, 2006, p. 159).

Como estados de inconsciência aptos a excluir a conduta citam-se o sonambulismo e a hipnose, casos de total inconsciência que impedem que o agente venha a ser responsabilizado por eventuais fatos praticados. De outro vértice, a coação física irresistível, na lição de Masson:

Ocorre quando o coagido não tem liberdade para agir. Não lhe resta nenhuma outra opção, a não ser praticar um ato em conformidade com a vontade do coator. Imagine a situação em que um homem muito forte obriga fisicamente outra pessoa, bastante franzina a apertar o gatilho de um revólver municiado na direção de seu desafeto. Em suma, pressiona o dedo do coagido contra o gatilho. A vítima é atingida e morre. O coagido serviu como um instrumento do crime. Não agiu de forma voluntária, excluindo-se sua conduta. (2013, p. 227-228).

Além dessas excludentes da conduta, o erro de tipo revela-se apto a excluir o dolo, componente da tipicidade, encontrando previsão no artigo 20, do Código Penal, segundo o qual “*o erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposos se previsto em lei*”. Como leciona Greco:

Quando o agente tem essa falsa percepção da realidade, falta-lhe, na verdade, a consciência de que pratica uma infração penal e, dessa forma, resta afastado o dolo que [...] é a vontade livre e consciente de praticar a conduta incriminada. [...] O erro de tipo, afastando a vontade e a consciência do agente, exclui sempre o dolo. Entretanto, há situações em que se permite a punição em virtude de sua conduta culposa, se houver previsão legal. Podemos falar, assim, em erro de tipo invencível (escusável, justificável, inevitável) e erro de tipo vencível (inescusável, injustificável, evitável) (2011, p. 63).

Por fim, aponta-se como excludente da tipicidade material do fato o princípio da insignificância, segundo o qual não se pode considerar materialmente típica a conduta que não gere ofensa significativa ao bem jurídico tutelado pela norma penal, desde que presentes os vetores consagrados pelos Tribunais Superiores: (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada<sup>5</sup>.

### 1.3.2 Ilícitude ou antijuridicidade

A ilicitude ou antijuridicidade corresponde à contrariedade do fato típico ao ordenamento jurídico, que gera lesão ou expõe a perigo um bem penalmente tutelado (MASSON, 2013, p. 379).

Tendo em vista a adoção da teoria da *ratio cognoscendi* no que concerne à relação entre tipicidade e antijuridicidade, conforme doutrina dominante, entende-se que todo fato típico é presumidamente antijurídico, exercendo a tipicidade uma função

---

<sup>5</sup> Nesse sentido decidiu o Supremo Tribunal Federal: "RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL. RÁDIO COMUNITÁRIA. OPERAÇÃO SEM AUTORIZAÇÃO DO PODER PÚBLICO. IMPUTAÇÃO AO PACIENTE DA PRÁTICA DO CRIME PREVISTO NO ARTIGO 183 DA LEI 9.472/1997. BEM JURÍDICO TUTELADO. LESÃO. INEXPRESSIVIDADE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. CRITÉRIOS OBJETIVOS. PRESENÇA. APURAÇÃO NA ESFERA ADMINISTRATIVA. POSSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO. I - A aplicação do princípio da insignificância deve observar alguns vetores objetivos: (i) conduta minimamente ofensiva do agente; (ii) ausência de risco social da ação; (iii) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e (iv) inexpressividade da lesão jurídica. II – Critérios que se fazem presentes, excepcionalmente, na espécie, levando ao reconhecimento do denominado crime de bagatela. III – Rádio comunitária que era operada no KM 180 da BR 230 (Rodovia Transamazônica), comunidade de Santo Antônio do Matupi, Município de Manicoré/AM, distante, aproximadamente, 332 km de Manaus/AM, o que demonstra ser remota a possibilidade de que pudesse causar algum prejuízo para outros meios de comunicação. IV – Segundo a decisão que rejeitou a denúncia, o transmissor utilizado pela emissora operava com potência de 20 watts e o funcionamento de tal transmissor não tinha aptidão para causar problemas ou interferências prejudiciais em serviços de emergência. V – Recurso provido, sem prejuízo da possível apuração dos fatos atribuídos ao paciente na esfera administrativa." (RHC 118014, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 06/08/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-163 DIVULG 20-08-2013 PUBLIC 21-08-2013) Na mesma linha, entendeu o Superior Tribunal de Justiça: "HABEAS CORPUS. PENAL. FURTO. TENTATIVA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. MÍNIMO DESVALOR DA AÇÃO. VALOR ÍNFIMO DA RES FURTIVAE. IRRELEVÂNCIA DA CONDUTA NA ESFERA PENAL. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DESTA CORTE. ORDEM CONCEDIDA. 1. A conduta imputada à Paciente - tentativa de furto de um desodorante da marca Rexona, um estojo de maquiagem, um perfume da marca Biografia, um perfume da marca O Boticário e um carregador de celular, avaliados em R\$ 75,00 (setenta e cinco reais) e pertencentes a 3 vítimas - insere-se na concepção doutrinária e jurisprudencial de crime de bagatela. 2. A Paciente não registra, afora o delito ora apurado, outras anotações em sua folha de antecedentes criminais, circunstância que revela a compatibilidade de sua suposta conduta com a aplicação do princípio da insignificância. 3. O fato não lesionou o bem jurídico tutelado pelo ordenamento positivo, excluindo a tipicidade penal, dado o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento do agente, o mínimo desvalor da ação e por não ter causado maiores consequências danosas. 4. Ordem concedida para, cassando o acórdão impugnado, absolver a Paciente do crime imputado, por atipicidade da conduta." (HC 260.988/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 19/09/2013, DJe 27/09/2013)

indiciária da ilicitude. De modo que a conduta somente *não* será ilícita se configurada alguma das excludentes de ilicitude, cuja presença no caso concreto deve ser provada por aquele que alega (GRECO, 2006, p. 171-172).

No Código Penal Brasileiro, preveem-se como excludentes de ilicitude legais a legítima defesa, o estado de necessidade, o exercício regular de direito e o estrito cumprimento de dever legal<sup>6</sup>.

A teor do artigo 24, do Diploma Penal, reputa-se em estado de necessidade “*quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se*”. Depreende-se do artigo transcrito que, para a caracterização do estado de necessidade, não é necessário estar-se diante de uma agressão injusta. Com efeito, como bem pontua Masson:

Estado de necessidade é a causa de exclusão da ilicitude que depende uma situação de perigo, caracterizada pelo conflito de interesses lícitos, ou seja, uma colisão entre bens jurídicos pertencentes a pessoas diversas, que se soluciona com a autorização conferida pelo ordenamento jurídico para o sacrifício de um deles para a preservação do outro. (2013, p. 397-398).

Impende ressaltar que, além da atualidade e inevitabilidade do perigo, da razoabilidade do sacrifício do bem contraposto e da ausência de dever legal de enfrentar o perigo, exige-se que a situação de risco não tenha sido provocada pela vontade do agente. Nesse ponto, verifica-se divergência doutrinária no que tange ao sentido a ser atribuído à palavra “vontade”. Para parcela da doutrina, não pode invocar o estado de necessidade quem provocou o perigo voluntariamente, ou seja, por dolo ou culpa. Para outra, apenas o agir doloso na causação do perigo impede o reconhecimento do estado de necessidade, de modo que aquele que gerou o perigo por culpa pode, ainda assim, invocar a excludente em seu favor (BITTENCOURT, 2000, p. 282-283).

Por outro lado, verifica-se a legítima defesa, consoante prevê o artigo 25 do Código Penal, quando o agente, “*usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem*”. Inferem-se da previsão normativa os requisitos da causa justificante em questão, caracterizados pela

---

<sup>6</sup> Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato: I - em estado de necessidade; II - em legítima defesa; III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

reação a uma agressão atual ou iminente e injusta, a defesa de um direito próprio ou alheio, a moderação no emprego dos meios necessários à repulsa e o elemento subjetivo (MIRABETE, 2000, p. 182).

Contrariamente ao que ocorre com a legítima defesa e com estado de necessidade, não há definição legal do que se entende por exercício regular de direito e estrito cumprimento de dever legal, tendo o legislador se limitado a elencar tais causas justificantes sem apresentar o seu conceito. Doutrinariamente, entende-se que se encontra em estrito cumprimento de dever legal quem pratica a conduta em observância a um dever imposto por norma de natureza penal ou extrapenal, ainda que acabe gerando uma lesão a bem alheio, o que ocorre, exemplificativamente, quando há o emprego de força para o cumprimento de mandado de busca e apreensão (NUCCI, 2010, p. 251).

De outro vértice, configura-se o exercício regular de direito quando o agente está autorizado pela ordem jurídica a praticar determinado ato, de modo que, tendo em vista a coerência do sistema jurídico, não se pode considerar ilícita a atuação por ele autorizada. Trata-se do que se verifica, por exemplo, na situação em que um particular, utilizando-se da faculdade prevista no artigo 301 do Código de Processo Penal, efetua a prisão em flagrante de pessoa que está a cometer um delito (MASSON, 2013, p. 438).

Além das causas legais de exclusão da ilicitude, aponta-se como causa supralegal de afastamento da antijuridicidade o consentimento do ofendido, que depende, para o seu reconhecimento, da presença de determinados requisitos, quais sejam: que o ofendido tenha capacidade para consentir, que o bem sobre o qual recai a conduta do agente seja disponível e que o consentimento tenha sido dado anteriormente ou pelo menos numa relação de simultaneidade à conduta do agente (GRECO, 2006, p. 404).

Assim, presente qualquer das causas justificantes acima abordadas, cuja prova incumbe à defesa, exclui-se a ilicitude ou antijuridicidade do fato praticado pelo agente.

### **1.3.3 Culpabilidade**

Após a análise da tipicidade e da ilicitude do fato, passa-se ao exame da culpabilidade, que consiste em um juízo de reprovação que recai sobre o agente que pratica um fato típico e antijurídico, com o objetivo de averiguar a necessidade de imposição de pena (MASSON, 2013, p. 454).

Esse juízo de censura é extraído a partir do exame dos elementos componentes da culpabilidade, quais sejam a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa.

No que concerne à imputabilidade, conceituada como a possibilidade de atribuição do fato típico e ilícito ao agente (GRECO, 2011, p. 79), tendo em vista a sua capacidade de compreensão e determinação, o ordenamento jurídico brasileiro adota os critérios biológico e biopsicológico para a sua aferição.

O primeiro critério é consagrado no artigo 27, do Código Penal, que estabelece serem inimputáveis os menores de 18 (dezoito) anos, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial – Estatuto da Criança e do Adolescente. Nesse caso, a incapacidade de entendimento e compreensão é presumida de modo absoluto pela legislação, motivo por que um menor de dezoito anos jamais responderá na esfera penal por eventuais crimes ou contravenções que tenha praticado, sendo a eles aplicadas medidas socioeducativas pelo Juizado da Infância e Juventude.

De outra banda, o critério biopsicológico encontra previsão no artigo 26, do Código Penal, que exige para a conclusão pela inimputabilidade do agente, a presença dos requisitos assim citados por Greco:

a) a existência de uma doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado (critério biológico); b) a absoluta incapacidade de, ao tempo da ação ou omissão, entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento (caráter psicológico) (2011, p. 79).

Ressalte-se que, havendo mera diminuição da capacidade de entendimento ou autodeterminação em decorrência de doença mental, não se concluirá pela total inimputabilidade do agente, uma vez que, nesse caso, a legislação penal estabelece apenas uma causa de redução de pena, como se extrai do parágrafo único, do artigo 26, do Código Penal.

Além da menoridade e da doença mental, pode influenciar na imputabilidade a embriaguez, desde que completa e acidental – decorrente de caso fortuito ou força

maior –, haja vista que o artigo 28, parágrafo 1º, do Código Penal prevê causa de isenção de pena aplicável ao agente que, por motivo de embriaguez fortuita, tenha restado inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Destaque-se que, havendo mera redução de tal capacidade, a solução será a redução de pena, não se afastando por completo a imputabilidade, consoante estabelece o parágrafo segundo, do mesmo artigo<sup>7</sup>.

Analisada a imputabilidade, cumpre aferir a potencial consciência da ilicitude do fato, momento em que se verificará a possibilidade de o agente compreender o caráter ilícito do fato. Tal possibilidade de compreensão será afastada pelo erro de proibição escusável. Acerca disso, assevera Masson:

Varia a natureza jurídica do instituto em razão da sua admissibilidade: funciona como causa de exclusão da culpabilidade, quando escusável, ou como causa de diminuição da pena, quando inescusável. O erro de proibição pode ser definido como a falsa percepção do agente acerca do caráter ilícito do fato típico por ele praticado, de acordo com um juízo profano, isto é, possível de ser alcançado mediante um procedimento de simples esforço de sua consciência (2013, p. 499).

Assim, tratando-se de erro escusável, afastar-se-á a potencial consciência da ilicitude e, por conseguinte, a culpabilidade, como expressamente prevê o artigo 21, *caput*, do Código Penal. Sendo evitável o erro, haverá mera redução de pena, nos termos da parte final do, mesmo artigo.

Por fim, como último elemento da culpabilidade, examinar-se-á a exigibilidade de conduta diversa, averiguando-se se, diante das circunstâncias do caso concreto, era possível exigir-se que o agente se comportasse de outro modo, evitando a violação da lei penal (MASSON, 2013, p. 505).

Como causas legais de inexigibilidade de conduta diversa o Código Penal prevê a obediência hierárquica a ordem não manifestamente ilegal e a coação moral

---

<sup>7</sup> Previsões semelhantes são encontradas nos artigos 45 e 46 da Lei de Drogas:

“Art. 45. É isento de pena o agente que, em razão da dependência, ou sob o efeito, proveniente de caso fortuito ou força maior, de droga, era, ao tempo da ação ou da omissão, qualquer que tenha sido a infração penal praticada, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Parágrafo único. Quando absolver o agente, reconhecendo, por força pericial, que este apresentava, à época do fato previsto neste artigo, as condições referidas no caput deste artigo, poderá determinar o juiz, na sentença, o seu encaminhamento para tratamento médico adequado.

Art. 46. As penas podem ser reduzidas de um terço a dois terços se, por força das circunstâncias previstas no art. 45 desta Lei, o agente não possuía, ao tempo da ação ou da omissão, a plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”.

irresistível, ambas previstas no artigo 22, do Código Penal<sup>8</sup>. Para a configuração da primeira, exige-se a presença de cinco requisitos, deste modo sistematizados por Nucci:

a) existência de uma ordem não manifestamente ilegal, ou seja, de duvidosa legalidade [...]; b) ordem emanada de autoridade competente [...]; c) existência, como regra, de três partes envolvidas: superior, subordinado e vítima; d) relação de subordinação hierárquica entre o mandante e o executor, em direito público [...]; e) estrito cumprimento da ordem (2010, p. 239).

Por outro lado, para a caracterização da coação moral irresistível, afigura-se necessária a existência de uma ameaça de um dano grave, injusto e atual à pessoa do coato ou a terceiros a ele ligados; a inevitabilidade do perigo; e a irresistibilidade da ameaça, a ser averiguada com base no critério do homem médio e na situação concreta do coato (NUCCI, 2010, p. 237).

Por fim, impende salientar que, sendo a exigibilidade de conduta diversa um dos elementos da culpabilidade, tem sido admitida a invocação da inexigibilidade de outro comportamento como excludente supralegal de culpabilidade<sup>9</sup>. Ademais, com a edição da Lei n.º 12.850/2013, houve a expressa positivação dessa exculpante genérica, que poderá ser invocada pelo agente infiltrado<sup>10</sup>, tema que será objeto de exame mais aprofundado nos próximos capítulos deste trabalho.

---

<sup>8</sup> Código Penal. Art. 22 - Se o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem.

<sup>9</sup> Nesse sentido já decidiu o Superior Tribunal de Justiça: "AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL CRIMINAL. APROPRIAÇÃO INDEBIDA PREVIDENCIÁRIA. INÉPCIA DA DENÚNCIA. INOCORRÊNCIA. CRIME SOCIETÁRIO. DESNECESSIDADE DE DESCRIÇÃO MINUCIOSA DAS CONDUTAS PRATICADAS PELOS SÓCIOS-ADMINISTRADORES. DIFICULDADES FINANCEIRAS DA EMPRESA. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. ÔNUS DA PROVA DA DEFESA. INVERSÃO DO JULGADO. SÚMULA 07/STJ. DOSIMETRIA DA PENA. CONTINUIDADE DELITIVA. CRITÉRIO DE EXASPERAÇÃO. NÚMERO DE INFRAÇÕES. IDONEIDADE. RECURSO DESPROVIDO. [...] 2. Não cabe à acusação demonstrar e comprovar elementares que inexistem no tipo penal, de forma que o ônus da prova da impossibilidade de repasse das contribuições previdenciárias apropriadas ante às dificuldades financeiras da empresa, a evidenciar, assim, a inexigibilidade de conduta diversa - causa supralegal de exclusão da culpabilidade -, é da defesa, a teor do art. 156 do CPP. Precedentes. [...]" (AgRg no REsp 1178817/SC, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), SEXTA TURMA, julgado em 18/10/2011, DJe 03/11/2011)

<sup>10</sup> Lei 12.850/13. Art. 13. O agente que não guardar, em sua atuação, a devida proporcionalidade com a finalidade da investigação, responderá pelos excessos praticados.

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

## **2 DO COMBATE AO TRÁFICO DE DROGAS E AO CRIME ORGANIZADO**

Com o fim de melhor compreender a atuação do agente infiltrado na persecução penal, objeto de estudo do presente trabalho, mostra-se necessário analisar as leis em que é previsto esse instrumento de investigação criminal. Nesse sentido, cita-se que no Sistema Penal Brasileiro há duas Leis específicas que preveem o agente infiltrado como um meio de auxiliar os órgãos de investigação na persecução criminal, quais sejam, a Lei nº 11.343/06 e a Lei nº 12.850/13.

A primeira, notoriamente conhecida como Lei de Drogas, regula o procedimento para a prevenção do tráfico de entorpecentes no País, além de estabelecer outras medidas de prevenção e repressão ao uso de drogas, bem como procedimento processual específico quando da prática dos delitos previsto nessa lei. Já a segunda,

por sua vez, trata do Crime Organizado, definindo no que consistem as organizações criminosas, bem como trazendo diversos instrumentos de investigação necessários à persecução criminal relativa aos crimes praticados por tais associações.

Portanto, com o fim de melhor compreender esse instituto de investigação, passa-se à análise das leis que o preveem em seu arcabouço normativo, a iniciar pela Lei de Drogas.

## **2.1 O Tráfico de Drogas e a Lei nº 11.343/2006**

O Brasil vive um momento em que se tornaram corriqueiras as notícias sobre apreensão de drogas, tráfico internacional, crime organizado envolvendo traficantes, enfim. Na verdade, isso sempre ocorreu, porém, se tornou mais latente em face da edição da atual Lei de Drogas – 11.343/2006 –, a qual tem como finalidade regular e reprimir a prática dos crimes descritos no referido documento normativo.

A Lei 11.343 foi publicada em 24 de agosto de 2006 e entrou em vigor em 08 de outubro de 2006, tendo em vista que, conforme prevê seu art. 74<sup>11</sup>, ela entraria em vigor 45 dias após a sua publicação (CAPEZ, 2011, p. 200).

A partir da publicação da nova Lei de Drogas, foi instituído o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (SISNAD) –, que estabeleceu diretrizes a serem perquiridas no âmbito de atuação da lei 11.343/2006. Gomes assim define essas diretrizes estabelecidas pelo legislador:

(a) Pretensão de se introduzir no Brasil uma sólida política de prevenção ao uso de drogas, de assistência e de reinserção social do usuário; (b) eliminação da pena ao usuário (ou seja: em relação a quem tem posse de droga para consumo pessoal); (c) rigor punitivo contra o traficante e financiador do tráfico; (d) clara distinção entre o traficante profissional e o ocasional; (e) louvável clareza na configuração do rito procedimental e (f) inequívoco intuito de que sejam apreendidos, arrecadados e, quando o caso, leiloados os bens e vantagens obtidos com os delitos de drogas (2007, p. 7).

Conforme se extrai do texto da atual Lei de Drogas, a intenção do legislador não foi apenas dificultar a situação de traficantes ou reprimir ainda mais a distribuição de entorpecentes. Mais do que isso, a Lei traçou um novo paradigma em face dos

---

<sup>11</sup> Art. 74. Esta Lei entra em vigor 45 (quarenta e cinco) dias após a sua publicação.

usuários, criando políticas públicas que visem à reinserção e o tratamento daqueles que, do uso constante de entorpecentes, viciam-se<sup>12</sup>.

Para que se possam visualizar as modificações trazidas pela atual Lei de Drogas, é necessário que se faça uma breve análise dos seus antecedentes legislativos.

### **2.1.1 Antecedentes legislativos: Lei nº 6.368/76 e Lei nº 10.409/2002**

Conforme mencionado, a edição da Lei 11.343/06 trouxe uma importante inovação no atual sistema jurídico brasileiro, tendo em vista que conseguiu agrupar num único instrumento normativo diversas ferramentas capazes de regular a prática de traficância no país, tendo caráter legislativo nacional, bem como prevendo diversas políticas públicas de prevenção ao uso de drogas e reinserção de viciados em entorpecentes (CAPEZ, 2011, p. 200). Anteriormente à atual lei de drogas, a legislação que tratava do tema era composta basicamente de duas leis, quais sejam, as Leis 6.368/1976 e 10.409/2002.

A Lei 10.409/02 foi criada com a intenção de substituir a anterior – 6.368/1976. Porém, em face dos diversos vícios de inconstitucionalidade que macularam o projeto

---

<sup>12</sup> Art. 1º Esta Lei institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas e define crimes.

[...]

Art. 3º O Sisnad tem a finalidade de articular, integrar, organizar e coordenar as atividades relacionadas com:

I - a prevenção do uso indevido, a atenção e a reinserção social de usuários e dependentes de drogas;

II - a repressão da produção não autorizada e do tráfico ilícito de drogas.

[...]

Art. 5º O Sisnad tem os seguintes objetivos:

I - contribuir para a inclusão social do cidadão, visando a torná-lo menos vulnerável a assumir comportamentos de risco para o uso indevido de drogas, seu tráfico ilícito e outros comportamentos correlacionados;

II - promover a construção e a socialização do conhecimento sobre drogas no país;

III - promover a integração entre as políticas de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e de repressão à sua produção não autorizada e ao tráfico ilícito e as políticas públicas setoriais dos órgãos do Poder Executivo da União, Distrito Federal, Estados e Municípios;

IV - assegurar as condições para a coordenação, a integração e a articulação das atividades de que trata o art. 3º desta Lei.

de Lei, houve o veto da parte penal, restando aprovada a Lei 10.409/2002 apenas no que tange à parte procedimental processual. Com isso, ambas as Leis regulamentavam a traficância no País, sendo que a primeira regulava a parte penal e a segunda a parte processual (GODOY, 2014, p.1).

Assim, conforme já mencionado anteriormente, com a publicação da Lei n.º 11.343/2006, ambas as lei que tratavam do tráfico de drogas foram expressamente revogadas, passando, então, a ser a única lei de drogas existente no país, definindo os crimes, cominando as penas, prevendo procedimento processual específico, bem como políticas públicas de prevenção ao uso indevido de entorpecentes e reinserção de usuários e dependentes.

### **2.1.2 Mandado constitucional de criminalização**

Considerando a alta nocividade do tráfico de drogas para a saúde pública, a Constituição Federal de 1988 criou um verdadeiro mandado de criminalização destinado ao legislador infraconstitucional, ao preceituar, em seu artigo 5º, inciso XLIII, que a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos<sup>13</sup>.

Trata-se de dispositivo inserto no Título II da Constituição Federal, que consagra os direitos e garantias fundamentais, demandando, para a sua concretização, uma efetiva atuação legislativa com vistas à proteção dos bens jurídicos mais relevantes para a manutenção da vida em comunidade. Assim, diante de tal comando constitucional, não há para o legislador discricionariedade no exercício de sua competência legislativa, já que a Carta Magna impõe a obrigatoriedade de edição de lei. E não só isso. Determina, ainda, que essa lei confira aos crimes referidos no dispositivo constitucional um tratamento mais rigoroso, que observe a proporcionalidade em relação à gravidade das condutas (STRECK, 2008, p. 1).

---

<sup>13</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...). XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.

Acerca dos mandados de criminalização ou penalização previstos constitucionalmente, leciona Masson:

A Constituição Federal brasileira, seguindo o modelo de algumas constituições europeias, como as da Alemanha, Espanha, Itália, França e da própria Comunidade Europeia, estabelece mandados explícitos e implícitos de criminalização (ou penalização). Cuida-se de hipóteses de obrigatória intervenção do legislador penal. Com efeito, os mandados de criminalização indicam matérias sobre as quais o legislador ordinário não tem a faculdade de legislar, mas a obrigatoriedade de tratar, protegendo determinados bens ou interesses de forma adequada e, dentro do possível, integral. (2013, p. 24).

Justamente visando à concretização de tal mandamento constitucional, é que o legislador brasileiro aprovou a Lei nº 11.343/2006, estabelecendo um tratamento mais rigoroso no que concerne às condutas relacionadas ao tráfico de drogas, ao dispor, em seu artigo 44, que “*os crimes previstos nos artigos 33, caput e parágrafo 1º, e 34 a 37 desta Lei são insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos*”.

Da mesma forma, a Lei n.º 8.072/1990, em sua redação original, impôs a fixação de regime integral fechado para os crimes hediondos e equiparados, entre os quais se encontra o tráfico de drogas. Posteriormente, com a redação dada pela Lei nº 11.464/2007, o artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/1990 passou a prever a obrigatoriedade de fixação de regime inicial fechado, admitindo-se a progressão de regime, conforme se extrai do § 2º do mesmo artigo.

Impende mencionar, contudo, que o Supremo Tribunal Federal, em 10 de maio de 2012, no julgamento do *habeas corpus* 104.339, declarou inconstitucional a vedação à liberdade provisória prevista no artigo 44 da *Lei de Drogas* (JÚNIOR; DEZEM; JUNQUEIRA; FULLER, 2013, p. 267), bem como à conversão das penas em restritivas de direitos<sup>14</sup>, assim como a obrigatoriedade de imposição de regime fechado para o cumprimento da pena privativa de liberdade<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> Destaca-se, a propósito, o artigo 1º da Resolução n.º 5 de 2012, do Senado Federal:

Art. 1º É suspensa a execução da expressão “vedada a conversão em penas restritivas de direitos” [do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006](#), declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal nos autos do Habeas Corpus nº 97.256/RS.

<sup>15</sup> “Habeas corpus. Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime praticado durante a vigência da Lei nº 11.464/07. Pena inferior a 8 anos de reclusão. Obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado. Declaração incidental de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90. Ofensa à garantia constitucional da individualização da pena (inciso XLVI do art. 5º da CF/88). Fundamentação necessária (CP, art. 33, § 3º, c/c o art. 59). Possibilidade de fixação, no caso em exame, do regime semiaberto para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade. Ordem concedida. 1. Verifica-se que o delito foi praticado em 10/10/09, já na vigência da Lei nº 11.464/07, a qual

### 2.1.3 Bens jurídicos tutelados e características penalizadoras

O bem jurídico tutelado pela Lei nº 11.343/2006, por intermédio da criação de diversos tipos penais, é a saúde pública. Como bem pontua Capez:

A disseminação ilícita e descontrolada da droga pode levar à destruição moral e efetiva de toda a sociedade solapando suas bases e corroendo sua estrutura. O tráfico coloca em situação de risco um número indeterminado de pessoas, cuja saúde, incolumidade física e vida são expostas a uma situação de perigo. Assim, a lei protege a saúde da coletividade como bem jurídico principal. (2011, p. 213).

A saúde pública é a objetividade jurídica, inclusive, do crime<sup>16</sup> previsto no artigo 28, da Lei nº 11.343/2006, tendo em vista que, em observância ao princípio da

---

instituiu a obrigatoriedade da imposição do regime inicialmente fechado aos crimes hediondos e assemelhados. 2. Se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem-se harmonizar com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado. 3. Na situação em análise, em que o paciente, condenado a cumprir pena de seis (6) anos de reclusão, ostenta circunstâncias subjetivas favoráveis, o regime prisional, à luz do art. 33, § 2º, alínea b, deve ser o semiaberto. 4. Tais circunstâncias não elidem a possibilidade de o magistrado, em eventual apreciação das condições subjetivas desfavoráveis, vir a estabelecer regime prisional mais severo, desde que o faça em razão de elementos concretos e individualizados, aptos a demonstrar a necessidade de maior rigor da medida privativa de liberdade do indivíduo, nos termos do § 3º do art. 33, c/c o art. 59, do Código Penal. 5. Ordem concedida tão somente para remover o óbice constante do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/07, o qual determina que “[a] pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado”. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito ex nunc, da obrigatoriedade de fixação do regime fechado para início do cumprimento de pena decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado.” (HC 111840, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 27/06/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-249 DIVULG 16-12-2013 PUBLIC 17-12-2013).

<sup>16</sup> Não obstante a existência de divergência doutrinária acerca da natureza desta infração, utiliza-se a expressão crime em observância ao entendimento consolidado no âmbito do Supremo Tribunal Federal, conforme segue: “I. Posse de droga para consumo pessoal: (art. 28 da L. 11.343/06 - nova lei de drogas): natureza jurídica de crime. 1. O art. 1º da LICP - que se limita a estabelecer um critério que permite distinguir quando se está diante de um crime ou de uma contravenção - não obsta a que lei ordinária superveniente adote outros critérios gerais de distinção, ou estabeleça para determinado crime - como o fez o art. 28 da L. 11.343/06 - pena diversa da privação ou restrição da liberdade, a qual constitui somente uma das opções constitucionais passíveis de adoção pela lei incriminadora (CF/88, art. 5º, XLVI e XLVII). 2. Não se pode, na interpretação da L. 11.343/06, partir de um pressuposto desapareço do legislador pelo "rigor técnico", que o teria levado inadvertidamente a incluir as infrações relativas ao usuário de drogas em um capítulo denominado "Dos Crimes e das Penas", só a ele referentes. (L. 11.343/06, Título III, Capítulo III, arts. 27/30). 3. Ao uso da expressão "reincidência", também não se pode emprestar um sentido "popular", especialmente porque, em linha de princípio, somente disposição expressa em contrário na L. 11.343/06 afastaria a regra geral do C. Penal (C.Penal, art. 12). 4. Soma-se a tudo a previsão, como regra geral, ao processo de infrações atribuídas ao usuário de drogas, do rito estabelecido para os crimes de menor potencial ofensivo, possibilitando até mesmo a proposta de aplicação imediata da pena de que trata o art. 76 da L. 9.099/95 (art. 48, §§ 1º e 5º), bem como a disciplina da prescrição segundo as regras do art. 107 e seguintes do C. Penal (L. 11.343, art. 30). 6. Ocorrência, pois, de "despenalização", entendida como exclusão, para o tipo, das penas privativas de liberdade. 7. Questão de ordem resolvida no sentido de que a L. 11.343/06 não implicou abolição criminis (C.Penal, art. 107). II. Prescrição: consumação, à vista do art. 30 da L. 11.343/06, pelo decurso de mais de 2 anos dos fatos, sem qualquer causa interruptiva. III. Recurso extraordinário julgado prejudicado.”

lesividade, já analisado neste trabalho, e ao princípio da alteridade, a lei não pune o uso da droga, mas sim a detenção ou manutenção da substância para consumo pessoal. Dessa forma, “*o que se quer evitar é o perigo social o qual representa a detenção ilegal do tóxico, ante a possibilidade de circulação da substância, com a consequente discriminação*” (CAPEZ, 2011, p. 202).

No que concerne aos tipos penais, ressalta-se, inicialmente, que se trata de normas penais em branco, uma vez que a Lei nº 11.343/2006, em seu artigo 1º, parágrafo único, limita-se a definir drogas como “*as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União*”. Desse modo, a Lei de Drogas prevê apenas os núcleos essenciais das condutas incriminadas, cabendo a um ato normativo infralegal o detalhamento de tais comportamentos, com a previsão das substâncias aptas a causar dependência. Cuida-se, portanto, de normas penais em branco de natureza heterogênea, haja vista que o complemento de seu preceito primário advém de ato normativo secundário – Portaria da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde (SVS/MS) 344/1998 –, oriundo de órgão diverso daquele que elaborou as normas incriminadoras (MASSON, 2013, p. 108).

Acerca das condutas incriminadoras, a Lei de Drogas tipifica, em seu artigo 33, *caput*, o tráfico de drogas propriamente dito, por intermédio da previsão de 18 verbos nucleares<sup>17</sup>. Ademais, encontram-se previstas no artigo 33, parágrafo 1º, da Lei de Drogas, condutas equiparadas ao tráfico, consistentes, em síntese, no tráfico de matéria prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas; no semeio, cultivo ou colheita de plantas utilizadas na preparação de drogas; ou, ainda, na utilização ou consentimento de uso de bem de sua propriedade ou sob sua administração, guarda ou vigilância, para o tráfico ilícito de drogas<sup>18</sup>. Por fim, no artigo

---

(RE 430105 QO, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 13/02/2007, DJe-004 DIVULG 26-04-2007 PUBLIC 27-04-2007 DJ 27-04-2007 PP-00069 EMENT VOL-02273-04 PP-00729 RB v. 19, n. 523, 2007, p. 17-21 RT v. 96, n. 863, 2007, p. 516-523).

<sup>17</sup> 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:  
Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

<sup>18</sup> § 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I - importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas;

34, da Lei de Drogas, encontram tipificação os comportamentos relacionados aos maquinários e instrumentos destinados à fabricação de drogas<sup>19</sup>.

Conforme preceitua Gomes, trata-se de tipos mistos alternativos, de ação múltipla ou conteúdo variado, de modo que:

mesmo que o agente pratique, no mesmo contexto fático e sucessivamente mais de uma ação típica (p. ex., depois de importar e preparar certa quantidade de droga, o agente traz consigo porções separadas para venda a terceiros), por força do princípio da alternatividade, responderá por crime único, devendo, no entanto, a pluralidade de verbos efetivamente praticados ser considerada pelo juiz na fixação da pena (art. 59 do CP). (2007, p. 181).

Além do tráfico propriamente dito e das figuras a ele equiparadas, o legislador tipifica outros delitos de gravidade assemelhada, tais como os crimes de associação para o tráfico, previsto no artigo 35, da Lei de Drogas<sup>20</sup>, e de financiamento do tráfico, estampado no artigo 36 da mesma Lei<sup>21</sup>.

Por outro lado, como importante inovação da Lei de Drogas, tem-se a minorante prevista no parágrafo 4º do artigo 33<sup>22</sup>, incidente quando a conduta encontrar tipificação no artigo 33, *caput* ou parágrafo 1º. Tal causa de diminuição é aplicável, de acordo com o referido dispositivo legal, àquele agente primário, de bons antecedentes, que não se dedique a atividades criminosas, nem integre organização criminosa.

Saliente-se que há, na doutrina pátria, rumorosas críticas ao dispositivo em comento, por implicar proteção insuficiente ao bem jurídico tutelado pela norma penal,

---

II - semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas;

III - utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas.

<sup>19</sup> Art. 34. Fabricar, adquirir, utilizar, transportar, oferecer, vender, distribuir, entregar a qualquer título, possuir, guardar ou fornecer, ainda que gratuitamente, maquinário, aparelho, instrumento ou qualquer objeto destinado à fabricação, preparação, produção ou transformação de drogas, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 1.200 (mil e duzentos) a 2.000 (dois mil) dias-multa.

<sup>20</sup> Art. 35. Associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 desta Lei:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.200 (mil e duzentos) dias-multa.

<sup>21</sup> Art. 36. Financiar ou custear a prática de qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 desta Lei:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 20 (vinte) anos, e pagamento de 1.500 (mil e quinhentos) a 4.000 (quatro mil) dias-multa.

<sup>22</sup> § 4º Nos delitos definidos no *caput* e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

em visível afronta ao comando constitucional de criminalização do tráfico ilícito de drogas (STRECK, 2008, p. 2).

Assim, a fim de evitar a aplicação indevida de tal redução de pena, faz-se necessária uma investigação eficiente, com vistas à comprovação da existência de organização criminosa, motivo por que cresce a importância dos procedimentos investigatórios previstos na legislação, entre os quais se destaca a infiltração de agentes policiais, objeto central do presente trabalho.

#### **2.1.4 Persecução penal**

Além de criar tipos penais visando à prevenção ao uso indevido de drogas e à repressão ao tráfico ilícito, a Lei nº 11.343/2006, prevê, em seu Capítulo III, os procedimentos a serem adotados para a persecução penal dos delitos nela elencados.

Praticada a infração tipificada no artigo 28, da Lei de Drogas, à qual são cominadas medidas despenalizadoras, e não pena privativa de liberdade, deve ser aplicado o procedimento previsto na Lei nº 9.099/1995, não se impondo prisão em flagrante ao usuário, conforme se depreende da leitura do artigo 48<sup>23</sup>, da Lei de Drogas.

Por outro lado, tratando-se de condutas relacionadas ao tráfico de drogas, prevê a Lei nº 11.343/2006 procedimento específico para a investigação, na Seção I do Capítulo III.

Entre as peculiaridades de tal procedimento, destacam-se: a) necessidade de laudo de constatação da natureza e quantidade da droga, firmado por perito oficial ou pessoa idônea, para lavratura do auto de prisão em flagrante<sup>24</sup>; b) prazos de conclusão do inquérito policial de trinta dias, se o indiciado estiver preso, e de noventa dias, se

---

<sup>23</sup> Art. 48. O procedimento relativo aos processos por crimes definidos neste Título rege-se pelo disposto neste Capítulo, aplicando-se, subsidiariamente, as disposições do Código de Processo Penal e da Lei de Execução Penal.

§ 2º Tratando-se da conduta prevista no art. 28 desta Lei, não se imporá prisão em flagrante, devendo o autor do fato ser imediatamente encaminhado ao juízo competente ou, na falta deste, assumir o compromisso de a ele comparecer, lavrando-se termo circunstanciado e providenciando-se as requisições dos exames e perícias necessários.

<sup>24</sup> Lei 11.343/2006: Art. 50. Ocorrendo prisão em flagrante, a autoridade de polícia judiciária fará, imediatamente, comunicação ao juiz competente, remetendo-lhe cópia do auto lavrado, do qual será dada vista ao órgão do Ministério Público, em 24 (vinte e quatro) horas.

§ 1º Para efeito da lavratura do auto de prisão em flagrante e estabelecimento da materialidade do delito, é suficiente o laudo de constatação da natureza e quantidade da droga, firmado por perito oficial ou, na falta deste, por pessoa idônea.

solto<sup>25</sup>; c) previsão de procedimentos investigatórios especiais, quais sejam, a colaboração premiada<sup>26</sup>, a ação controlada e a infiltração policial<sup>27</sup>.

O instituto da delação ou colaboração premiada encontra previsão no artigo 41 da Lei de Drogas. Em comentários a tal dispositivo, leciona Capez:

Trata-se de uma causa especial de redução de pena para os crimes praticados na Lei de Drogas. A delação pode ser realizada tanto no curso do inquérito policial quanto no curso do processo criminal. A colaboração deve ser voluntária e, além disso, eficaz. Dessa forma, só incidirá a minorante se houver a identificação dos demais coautores ou partícipes do crime e a recuperação total ou parcial do produto do crime (2007, p. 254-255).

A delação premiada traz, dessa forma, o benefício de redução de pena ao agente que contribui eficazmente com a investigação, possibilitando a identificação dos responsáveis pela prática delituosa e a recuperação, ainda que parcial, do produto do delito.

De outro vértice, a ação controlada vem prevista no artigo 53, II, da Lei nº 11.343/2006, de acordo com o qual, mediante autorização judicial com prévia oitiva do Ministério Público, pode ser admitida a não atuação dos agentes policiais sobre os portadores de drogas, seus precursores químicos ou outros produtos utilizados em sua produção, que se encontrem no território brasileiro, com a finalidade de identificar e responsabilizar maior número de integrantes de operações de tráfico e distribuição, sem prejuízo da ação penal cabível. Trata-se do flagrante prorrogado ou postergado, como bem observa Gomes:

<sup>25</sup> Art. 51. O inquérito policial será concluído no prazo de 30 (trinta) dias, se o indiciado estiver preso, e de 90 (noventa) dias, quando solto.

Parágrafo único. Os prazos a que se refere este artigo podem ser duplicados pelo juiz, ouvido o Ministério Público, mediante pedido justificado da autoridade de polícia judiciária.

<sup>26</sup> Art. 41. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um terço a dois terços.

<sup>27</sup> Art. 53. Em qualquer fase da persecução criminal relativa aos crimes previstos nesta Lei, são permitidos, além dos previstos em lei, mediante autorização judicial e ouvido o Ministério Público, os seguintes procedimentos investigatórios:

I - a infiltração por agentes de polícia, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes;

II - a não-atuação policial sobre os portadores de drogas, seus precursores químicos ou outros produtos utilizados em sua produção, que se encontrem no território brasileiro, com a finalidade de identificar e responsabilizar maior número de integrantes de operações de tráfico e distribuição, sem prejuízo da ação penal cabível.

Parágrafo único. Na hipótese do inciso II deste artigo, a autorização será concedida desde que sejam conhecidos o itinerário provável e a identificação dos agentes do delito ou de colaboradores.

A não-atuação policial, diante de uma situação de flagrância (CPP, art. 302), significa, na prática, que a autoridade irá intervir no momento mais oportuno, para identificar e responsabilizar maior número de integrantes do grupo. Isso é o que se chama de flagrante prorrogado ou retardado ou adiado ou postergado. Aguarda-se o instante mais adequado, de qualquer modo, a operação está toda sob controle (2007, p. 265).

Por fim, a infiltração de agentes policiais em tarefas de investigação, que também depende de autorização judicial com prévia oitiva do Ministério Público, tem previsão no artigo 53, inciso I, da Lei de Drogas, o qual será objeto de análise mais detalhada no próximo capítulo do presente trabalho.

## **2.2 Crime organizado e a Lei nº 12.850/2013**

Mostra-se cada vez mais corriqueira no Brasil, assim como em todo o mundo, a associação de indivíduos que se unem com o fim determinado de praticar, de forma sistematizada e organizada, infrações penais das mais diversas espécies e formas, constituindo verdadeiros *Estados* paralelos a ameaçar a ordem pública e a paz social.

Diante de tal realidade, o legislador e os operadores do Direito são desafiados a desenvolverem novos mecanismos para combater essa indústria organizada de crimes. Por isso, ao se abordar o tema *crime organizado*, faz-se necessário, além de compreender os seus antecedentes e atuais instrumentos legislativos, analisar a progressão de sua ocorrência no âmbito do convívio social pátrio e a extensão dos reflexos que podem ser visualizados quando de sua prática.

### **2.2.1 Organização criminosa e os antecedentes legislativos: Lei nº 9.034/1995 e Lei nº 12.964/2012**

A humanidade vem numa crescente evolução em todas as áreas que permeiam a sociedade contemporânea, ora se visualizando a ocorrência do crescimento na indústria, ora no comércio, ora na tecnologia. E é com base na modernização da tecnologia que muitos aspectos acabam refletindo de forma negativa na seara criminal, especialmente quando essa evolução fomenta a prática de delitos cometidos de forma organizada. Ressalta-se que essa crescente evolução da sociedade acaba não somente refletindo em facilidades para a prática de crimes mais complexos, mas

também na necessidade de o legislador acompanhar essa progressão e editar leis que visem reprimir tais ilícitos penais (MENDRONI, 2012, p. 07).

A partir do momento em que o legislador brasileiro passou a visualizar na prática essa crescente e inteligente junção de delinquentes que se associavam, utilizando-se dos diversos aparatos tecnológicos para praticar delitos, passou-se então à formulação de leis que tratassem do tema, com o intuito de reprimir da forma mais ampla possível os ilícitos que, em face desse desenvolvimento, estavam ocorrendo.

No sistema pátrio brasileiro, verificam-se três relevantes momentos que trazem à tona a importância de o legislador dar efetividade à repressão ao crime organizado (PEREIRA; SILVA, 2014, p. 1).

O primeiro texto normativo a ser editado foi a Lei nº 9.034/1995, que passou a dispor em seu texto original acerca dos meios de provas e procedimentos de investigação de crimes praticados por quadrilhas ou bandos, deixando de mencionar, contudo, as organizações criminosas. Somente após a edição da Lei nº 10.217/2001, a lei das organizações criminosas passou a mencionar e a abarcar em seu texto normativo as organizações criminosas como sendo um dos objetos da lei, senão o principal (CAPEZ, 2011, p. 174).

Ocorre que, em que pese a inovação do legislador pátrio em cuidar da elaboração de uma lei que tratasse do tema *organizações criminosas* com maior ênfase, viu-se um resultado inverso, ocorrendo uma avalanche de críticas sobre o seu conteúdo. Isso porque a Lei 9.034/95, além de efetivamente mostrar-se falha em diversos aspectos penais e processuais, sequer tipificava organizações criminosas. Ou seja, da análise do seu texto era impossível extrair-se o que efetivamente seria uma organização criminosa (PEREIRA; SILVA, 2014, p. 1).

Porém, em face da evidente omissão do texto normativo acerca dos temas que necessariamente deveriam ser tratados pela lei, inclusive no que se refere à tipificação de crime organizado, ficou a cargo da doutrina estabelecer o seu conceito. Diante disso, os doutrinadores pátrios, com respaldo em decisões do Superior Tribunal de Justiça<sup>28</sup>, passaram a apoderar-se da conceituação de crime organizado trazida pela

---

<sup>28</sup> "HABEAS CORPUS. HIPÓTESES DE CABIMENTO. LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO. ILEGALIDADE MANIFESTA. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO. CRIMES CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO, LAVAGEM, ESTELIONATO, FORMAÇÃO DE QUADRILHA, FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO E FALSIDADE IDEOLÓGICA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. INVIABILIDADE. INCOMPETÊNCIA. INOCORRÊNCIA. PERÍCIA. PEDIDO DA DEFESA. DECISÃO INDEFERITÓRIA FUNDAMENTADA. SOBRESTAMENTO DO FEITO. MATÉRIA NÃO ANALISADA NA ORIGEM. [...] 4. A simples existência de indícios da prática de algum dos crimes

Convenção de Palermo (CUNHA; PINTO, 2013, p. 11). E, de acordo com o artigo 2º, alínea a, da referida Convenção, organização criminosa consiste em:

grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material.

Ocorre que, para parcela da doutrina, essa utilização conceitual da Convenção de Palermo para caracterizar organizações criminosas não se amoldava às regras do direito penal brasileiro.

Na lição de Gomes, por exemplo, tratados internacionais são fontes de direito internacional, jamais podendo figurar como fontes do direito brasileiro interno, tampouco criar tipos penais incriminadores, tendo em vista que cabe à lei essa função. Com isso, estaria o aplicador do direito ferindo o princípio da reserva legal, uma vez que não estaria observando as formalidades legais que cercam a criação de um texto normativo, único instrumento capaz de criar figuras delitivas (GOMES, 2007, p.1).

Tal entendimento teve, inclusive, reflexo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que, em caso levado a julgamento no ano de 2012, afirmou ser inviável a utilização do conceito previsto na Convenção de Palermo<sup>29</sup>.

Diante de tal cenário, visando por fim à celeuma doutrinária e jurisprudencial e atender aos anseios da população brasileira no que concerne à repressão do crime organizado, o Poder Legislativo brasileiro editou a Lei nº 12.694/2012, quando estabeleceu de forma clara o que efetivamente representa uma “organização criminosa” para o Direito Penal interno (CUNHA; PINTO, 2013, p. 13).

---

previstos no artigo 1º já autoriza a instauração de ação penal para apurar a ocorrência do delito de lavagem de dinheiro (delito autônomo), não sendo necessária, por conseguinte, a prévia condenação ou comprovação plena da materialidade e autoria referente ao ilícito antecedente. 5. Esta Corte tem entendimento pacífico no sentido de que "a conceituação de organização criminosa se encontra definida no nosso ordenamento jurídico pelo Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004, que promulgou a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional - Convenção de Palermo, que entende por grupo criminoso organizado, 'aquele estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material'" (HC 171.912/SP, Rel. Ministro Gilson Dipp, DJe de 28.09.11). [...] (HC 162.957/MG, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 04/12/2012, DJe 18/02/2013)"

<sup>29</sup> "TIPO PENAL – NORMATIZAÇÃO. A existência de tipo penal pressupõe lei em sentido formal e material. LAVAGEM DE DINHEIRO – LEI Nº 9.613/98 – CRIME ANTECEDENTE. A teor do disposto na Lei nº 9.613/98, há a necessidade de o valor em pecúnia envolvido na lavagem de dinheiro ter decorrido de uma das práticas delituosas nela referidas de modo exaustivo. LAVAGEM DE DINHEIRO – ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA E QUADRILHA. O crime de quadrilha não se confunde com o de organização criminosa, até hoje sem definição na legislação pátria." (HC 96007, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 12/06/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-027 DIVULG 07-02-2013 PUBLIC 08-02-2013).

Tal conceituação veio prevista no artigo 2º, do referido diploma legal, o qual passou a prever que se constituirá organização criminosa quando houver a associação de três ou mais pessoas, de forma estruturada, com o fim de obter qualquer espécie de vantagem, através da prática de crimes com sanção penal igual ou superior a quatro anos ou que seja de caráter transnacional<sup>30</sup>.

Com base nessa nova sistemática, o intérprete legislativo passou a dispor ao menos de um conceito específico da associação em comento, sublinhando-se que a lei, categoricamente, determinou os elementos que seriam necessários para a sua caracterização, sem estabelecer, todavia, uma figura delitiva. Assim, manteve-se a discussão acerca do conflito havido entre o crime de *quadrilha ou bando* e as *organizações criminosas*, sendo o primeiro previsto no Código Penal e o segundo na Lei de Organizações Criminosas (MENDRONI, 2012, p. 9).

Ademais, cabe ressaltar que a Lei n.º 12.694/2012 acoplou ao sistema penal apenas o conceito de organizações criminosas. Ou seja, não se mostrou o legislador com a intenção de tipificar essa conduta e introduzi-lo no sistema pátrio como um tipo completo, com preceito primário e secundário, mas tão-somente como uma forma de cometer crimes (GOMES, 2013, p. 1).

Tomando-se por base o conteúdo estudado até o presente momento, tem-se claramente que as Leis 9.034/1995 e 12.694/2012 não haviam incluído no sistema jurídico brasileiro o tipo penal incriminador de organizações criminosas, mas apenas o seu conceito, forma, procedimento de investigação e estruturação.

Foi somente no ano de 2013 que, através da Lei nº 12.850, surgiu no sistema pátrio um conceito de crime organizado e materializou-se o tipo penal incriminador específico, além de diversos institutos de suma importância para a investigação criminal dessa prática delituosa, dentre eles o método de investigação por intermédio do agente infiltrado, conforme texto normativo que se passa a estudar no tópico seguinte.

### **2.2.2 Lei nº 12.850/2013 e as características penalizadoras**

---

<sup>30</sup> Art. 2º Para os efeitos desta Lei, considera-se organização criminosa a associação, de 3 (três) ou mais pessoas, estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de crimes cuja pena máxima seja igual ou superior a 4 (quatro) anos ou que sejam de caráter transnacional.

Após anos de esforços intentados pelo legislador brasileiro em buscar de maneira efetiva reprimir as atuações organizadas de criminosos que cumulavam esforços com o intento de praticar crimes e, com isso, obter vantagens ilícitas, elaborou-se a *Nova Lei do Crime Organizado*, normativamente instrumentalizada por intermédio da Lei nº 12.850 de 2013, publicada em 05 de agosto do mesmo ano, com a *vacatio* de 45 dias após a sua publicação<sup>31</sup>.

Com a publicação da nova lei, que revogou a Lei nº 9.034/1995, o legislador inovou ao trazer para o sistema jurídico brasileiro um texto normativo que, quando comparado com os antecedentes legislativos que tratavam sobre o assunto, mostrou-se mais completo e abrangente.

Inicialmente, cabe mencionar que a referida lei definiu em seu texto de forma pragmática o conceito de organizações criminosas, bem como passou a dispor sobre a investigação criminal, meios de prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado<sup>32</sup>. Já a Lei nº 12.850/2013, no artigo 1º, parágrafo 1º, definiu organização criminosa como a associação de quatro ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com o objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a quatro anos, ou que sejam de caráter transnacional<sup>33</sup>.

Da análise do conceito de organização criminosa trazido pela *novatio legis* em comento, notam-se algumas diferenças em face da Lei nº 12.694/2012, antecedente legislativo que trata das organizações criminosas e que foi anteriormente estudado. O primeiro foi o aumento de três ou mais para quatro ou mais integrantes para configurar uma organização criminosa. Ademais, para que fosse configurado o delito, era necessário que se cometesse crime cuja pena fosse igual ou superior a quatro anos. Agora, todavia, é necessária à prática de infrações, e não mais apenas crimes, cujas penas sejam superiores a quatro anos (CUNHA; PINTO, 2013, p. 14-15). Contudo,

---

<sup>31</sup> Art. 27. Esta Lei entra em vigor após decorridos 45 (quarenta e cinco) dias de sua publicação oficial.

<sup>32</sup> Art. 1º Esta Lei define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado.

<sup>33</sup> § 1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

considerando que as penas cominadas para as contravenções penais são inferiores a quatro anos, o dispositivo acaba remetendo apenas crimes.

Além das novidades acima expostas, o legislador foi além e tipificou, no *caput* do artigo 2º da Lei do Crime Organizado, o delito de organização criminosa, consistente na conduta de promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa, à qual se comina pena de reclusão, de três a oito anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas<sup>34</sup>.

Por intermédio da nova lei, a organização criminosa deixou de existir como apenas uma forma de cometer delitos e passou a ser uma infração penal específica, completa (CUNHA; PINTO, 2013, p. 17). Além de instituir o crime organizado como infração autônoma, a Lei nº 12.850/2013 trouxe, na sua Seção V, a previsão dos crimes ocorridos na investigação e na obtenção da prova.

O primeiro delito, previsto no artigo 18, consiste em revelar a identidade, fotografar ou filmar o colaborador, sem sua prévia autorização por escrito, ao qual se imputa pena de reclusão de um a três anos, cumulada com multa<sup>35</sup>. Trata-se de um delito comum, ou seja, que pode ser praticado por qualquer um, sendo que, da sua prática, figuram como vítimas o Estado e o agente colaborador. Além disso, trata-se de crime de ação múltipla, sendo imprescindível que o agente realize as qualquer dos verbos nucleares do tipo sem autorização escrita do colaborador. A infração consuma-se com a prática de qualquer uma das ações do tipo, sendo que a tentativa é possível. Ressalta-se, ainda, que se trata de delito de ação penal pública incondicionada (CUNHA; PINTO, 2013, p. 128-129).

Por fim, cabe mencionar que, em face de estabelecer pena de um a três anos de detenção, o processamento desse delito foge às regras previstas na Lei nº 9.099/1995, Lei que instituiu o Juizado Especial Cível e Criminal, pois o Juizado detém competência para julgar os crimes de menor potencial ofensivo, considerados pela

---

<sup>34</sup> Art. 2º. Promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa: Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas.

<sup>35</sup> Art. 18. Revelar a identidade, fotografar ou filmar o colaborador, sem sua prévia autorização por escrito: Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

mencionada lei as contravenções penais e os crimes em que a lei comine pena máxima de dois anos, cumulada ou não com multa<sup>36</sup>.

O artigo 19 da Lei nº 12.850/2013, por sua vez, considera crime *imputar falsamente, sob pretexto de colaboração com a Justiça, a prática de infração penal a pessoa que sabe ser inocente, ou revelar informações sobre a estrutura de organização criminosa que sabe inverídicas*, cominando à sua prática pena de um a quatro anos de reclusão e multa<sup>37</sup>.

Nesse crime, procura-se obter por parte do agente um comprometimento com a legalidade da diligência, punido aquele que de qualquer forma incorre de maneira que venha a ferir a lisura da infiltração (MENDRONI, 2014, p. 90). A ele, assim como ao delito anterior, não se aplicam as regras da Lei 9.099/1995, com exceção da suspensão condicional do processo que, desde que preenchidos os requisitos, será aplicada<sup>38</sup>.

De outro vértice, o artigo 20 da Lei nº 12.850/2013 determina que aquele que *descumprir determinação de sigilo das investigações que envolvam ação controlada e a infiltração de agentes* comete crime punido com pena de um a quatro anos de reclusão, cumulada com multa<sup>39</sup>. A repressão ao delito em tela mostra-se de extrema importância para a investigação dos crimes que envolvem as organizações criminosas, tendo em vista que se trata de conduta que interfere de forma negativa diretamente na própria investigação.

Por visar dar garantia ao sucesso da investigação, o tipo torna crime a violação do sigilo que envolve ação controlada e a infiltração de agentes, podendo figurar como sujeito ativo apenas indivíduo que esteja efetivamente atuando na persecução do delito. Portanto, trata-se de delito próprio, doloso, em que a ação penal será pública incondicionada (CUNHA; PINTO, 2013, p. 132-133).

---

<sup>36</sup> Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.

<sup>37</sup> Art. 19. Imputar falsamente, sob pretexto de colaboração com a Justiça, a prática de infração penal a pessoa que sabe ser inocente, ou revelar informações sobre a estrutura de organização criminosa que sabe inverídicas: Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

<sup>38</sup> Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena.

<sup>39</sup> Art. 20. Descumprir determinação de sigilo das investigações que envolvam a ação controlada e a infiltração de agentes: Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Por fim, o art. 21 estabelece ser crime *recusar ou omitir dados cadastrais, registros, documentos e informações requisitadas pelo juiz, Ministério Público ou delegado de polícia, no curso de investigação ou do processo*, e determina que a pena, caso cometido tal delito, será de seis meses a dois anos de reclusão, e multa <sup>40</sup>.

Aqui, a intenção do legislador foi disponibilizar às autoridades todos os meios necessários para dar efetividade às suas ações contra o crime organizado, punindo aqueles que se recusarem a colaborar com o poder público na missão de dar maior rapidez e objetividade na persecução penal (MENDRONI, 2014, p. 90-91).

Cabe mencionar que o parágrafo único do mencionado artigo, traz condutas que se equiparam ao crime do *caput* do artigo 21, mencionando que, incorrerá na mesma pena do mencionado artigo *quem, de forma indevida, se apossa, propala, divulga ou faz uso dos dados cadastrais de que se trata* a Lei 12.850/2013<sup>41</sup>.

Conforme anteriormente mencionado, a Lei 12.850/2013 introduziu no sistema pátrio diversas novidades que modificaram de forma expressiva o processamento das organizações criminosas. Além das já mencionadas, a investigação e os meios de obtenção de prova são de suma importância para o presente trabalho, temas que passam a ser tratados no tópico a seguir.

### **2.2.3 A investigação e os meios de obtenção de prova**

A nova Lei do Crime Organizado, além de criar tipos penais, determinou no capítulo II os meios de obtenção de prova na investigação criminal, especificamente previstos no artigo 3º e incisos<sup>42</sup>, tratando, porém, de forma detalhada três institutos

---

<sup>40</sup> Art. 21. Recusar ou omitir dados cadastrais, registros, documentos e informações requisitadas pelo juiz, Ministério Público ou delegado de polícia, no curso de investigação ou do processo:

Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

<sup>41</sup> Parágrafo único. Na mesma pena incorre quem, de forma indevida, se apossa, propala, divulga ou faz uso dos dados cadastrais de que trata esta Lei.

<sup>42</sup> Art. 3º. Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção de prova:

I - colaboração premiada;

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

III - ação controlada;

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

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

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

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

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

jurídicos, quais sejam: colaboração premiada, ação controlada, acesso a registros e dados cadastrais ou documentos e o agente infiltrado.

A colaboração premiada é um instituto que visa beneficiar aquele acusado envolvido na prática delituosa que, de forma eficaz e voluntária, auxilie na investigação criminal (CUNHA; PINTO, 2013, p. 35).

No Brasil, o Código Penal e diversas leis especiais preveem a delação premiada. Citam-se, como exemplos, a Lei de Drogas, já abordada nesse estudo, a Lei nº 8.072/1990, que trata dos crimes hediondos e prevê esse instituto jurídico em seu artigo 8º, parágrafo único, e a Lei nº 9.613/1998, que trata da “lavagem” ou ocultação de bens, direitos ou valores, prevendo a colaboração premiada no seu artigo 1º, § 5º.

Na Lei 12.850/2013, a colaboração premiada prevê ao acusado que assim agir diversas benesses, inclusive o próprio perdão judicial, bem como a redução da pena privativa de liberdade em dois terços ou substituição por restritiva de direitos<sup>43</sup>.

Cabe referir que, para alguns doutrinadores, a utilização do instituto da delação premiada configura-se ato do Estado tomado pela falta de ética, pois se trata de verdadeira forma de negociação entre a justiça e o próprio suspeito ou acusado da prática do crime. Nesse sentido, estariam as Leis que o prevê autorizando os agentes estatais a realizar acordos com *bandidos* (MENDRONI, 2012, p. 89).

Na ação controlada, por sua vez, previsto no artigo 8º da Lei do Crime Organizado, a ação é do agente público que, visando dar um melhor resultado às investigações, retarda a sua ação para um momento oportuno. Ou seja, o agente deixa de efetuar a prisão em flagrante, por exemplo, com o intuito de efetuar a prisão em momento posterior, quando efetivamente encontrar-se em situação que a torne mais eficaz para a colheita de provas e, por conseguinte, para a investigação criminal (CUNHA; PINTO, 2013, p. 88).

O legislador, ao determinar a possibilidade do exercício de ação controlada por parte do agente público, excepcionou a regra prevista no sistema processual penal, tendo em vista que o Código de Processo Penal, no artigo 301, impõe aos agentes

---

<sup>43</sup> Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados: (...).

policiais o dever de prender quem se encontre em flagrante delito. A tal ação dá-se a denominação de flagrante obrigatório (TÁVORA; ARAÚJO, 2012, p. 301).

Ressalta-se que esse instituto, assim como a delação premiada, encontra-se previsto em outros textos normativos, tais como na *Lei de Drogas* (11.343/2006) e na *Lei de Lavagem de Dinheiro* (9.613/1998) (COSTA, 2013, p.1).

A possibilidade de acesso a registros, dados cadastrais, documentos e informações, por sua vez, é trazida pela Lei do Crime Organizado, previstos na seção IV, artigos 15-17, como meio de obtenção de provas.

Esse instituto tem a característica de, independente de autorização judicial, conceder ao Delegado de Polícia e ao Ministério Público o acesso a dados cadastrais do acusado, sob pena de responderem por crime de desobediência, visando única e exclusivamente tomar conhecimento a respeito da qualificação pessoal, a filiação e o endereço mantidos pela Justiça Eleitoral, empresas telefônicas, instituições financeiras, provedores de internet e administradoras de cartão de crédito (CUNHA; PINTO, 2013, p. 120-121).

Com a possibilidade de uso desse instituto como meio de prova, o legislador claramente visou dar maior autonomia investigativa àqueles que agem diretamente na persecução, fato que certamente dará maior efetividade às investigações e, por óbvio, melhor resultado na solução das infrações (PEREIRA; SILVA, 2013, p. 1).

Por fim, a Lei 12.850/2013, na seção III, instituiu a figura do agente infiltrado como meio de obtenção de prova. Entretanto, tendo em vista ser esse instituto o objeto desta monografia, será estudado pormenorizadamente, com todas as características que o classificam, no próximo capítulo.

### **3 DO AGENTE INFILTRADO**

O Direito Processual Penal Brasileiro comporta em seu âmbito diversos instrumentos investigatórios, que auxiliam na colheita de provas, os quais visam proceder a uma melhor qualidade na persecução criminal e, por conseguinte, efetivar um resultado positivo no processo penal.

É no Código de Processo Penal, no Título VII, artigo 155 até o artigo 250, que se concentra o maior número de instrumentos destinados à colheita de provas no Direito Processual Penal Brasileiro, tais como o exame de corpo de delito, busca a apreensão, dentre outros. Entretanto, não é somente no Código acima mencionado que se encontram instrumentos de investigação. Diversas leis esparsas preveem nos seus textos normativos métodos de investigação que se destinam à investigação daqueles crimes nelas previstos.

É o que ocorre com o agente infiltrado, objeto central do presente trabalho, o qual não se encontra previsto no Código de Processo Penal como um instrumento de investigação, tendo em vista que a previsão e o fim ao qual é destinado encontram-se normatizados em duas leis especiais. Esse método de investigação, quando utilizado pelas autoridades policiais, mostra-se muito efetivo no combate ao crime estruturado.

Foi com o auxílio de agente infiltrado que o Ministério Público Federal do Rio Grande do Sul, no ano de 2005, conseguiu dismantelar uma organização criminosa que auferia quase quatro milhões de reais por ano através da prática de crimes como estelionato e lavagem de dinheiro. Na ocasião, a polícia, em comunhão de esforços com o Ministério Público Federal e Poder Judiciário, inseriu no seio da organização criminosa um agente policial disfarçado de consultor, que passou a trabalhar e frequentar a empresa investigada, mantendo contato com os criminosos e instalando aparelhos de captação de sons e interceptação telefônica. Passados seis meses, o

agente coletou diversas informações que culminaram na condenação de cinco envolvidos<sup>44</sup>.

As características desse instituto, juntamente com o conceito doutrinário e as previsões legais, carecem de um estudo pormenorizado, pois pouco abordados pelo legislador pátrio. Em face disso, e pela importância do tema, passa-se ao estudo desse importante instrumento de auxílio do Estado na luta contra a criminalidade.

### **3.1 O Conceito de agente infiltrado e as previsões legislativas no Direito Brasileiro: Lei nº 11.343/2006 e Lei nº 12.580/2013**

Parcela da doutrina define o instituto da infiltração de agentes como sendo a permissão dada a um agente de polícia ou de serviço de inteligência para se infiltrar cautelosamente em organizações criminosas, agindo como um verdadeiro criminoso, passando a integrá-las, com o fim de obter conhecimento a respeito das práticas ilícitas praticadas e repassá-los às autoridades que comandam as investigações (MENDRONI, 2012, p. 118-119).

Outros autores, não muito diferente do conceito acima mencionado, definem-no como sendo a figura do policial ou agente de órgão de inteligência que age, por intermédio de autorização judicial, de forma oculta, disfarçada, penetrando em organizações criminosas com o fim de obter elementos necessários para a colheita de provas acerca de práticas delituosas (TÁVORA, 2012, pg. 301-302).

Portanto, verifica-se que o agente infiltrado materializa-se através da infiltração de um agente de polícia, por intermédio de autorização judicial - vedando-se a prática de infiltração de ofício pelas autoridades policiais - em organizações efetivamente estruturadas para a realização de práticas delituosas, visando, ao final, adquirir material probatório suficiente para desmantelar essas organizações.

Conforme anteriormente mencionado, o Código de Processo Penal não prevê a figura do agente infiltrado. No Brasil, existem duas leis que o instituem como um método de investigação e de colheita de provas, quais sejam: Lei nº 11.343/2006, que trata, além de outras circunstâncias, da repressão ao tráfico de entorpecentes, e Lei nº 12.850/2013, nova *Lei do Crime Organizado*.

---

<sup>44</sup> <http://www.sindipoldf.org.br/noticias/noticias/6866>. Acesso em 05/05/2014, às 16h37min.

Na Lei de Drogas, a figura do agente infiltrado está prevista no capítulo do procedimento penal, referente à instrução criminal, no artigo 53, inciso I, que diz que poderão ser realizados, em qualquer fase da investigação, exclusivamente referente aos crimes previstos na Lei Antidrogas, e com autorização judicial, depois de ouvido o órgão do Ministério Público, diversos procedimentos investigatórios. Dentre esses procedimentos está previsto a infiltração de agentes de polícia, com o fim único de investigação<sup>45</sup>.

Do mesmo modo, a Lei das Organizações Criminosas prevê o instituto do agente infiltrado no capítulo referente ao procedimento de investigação e meios de obtenção de provas. Porém, diferentemente da Lei de Drogas, a Lei das Organizações Criminosas dá maior atenção a este instituto, uma vez que traz uma seção específica que trata do agente infiltrado, a partir do artigo 10 da referida lei, que cita em seu *caput* que haverá a possibilidade da utilização de agente infiltrado, efetivada por agentes de polícia, em tarefas de investigação, desde que haja representação pelo delegado de polícia ou requerimento por parte do Ministério Público, ou após manifestação técnica do delegado de polícia quando solicitada no curso do inquérito policial, sendo sempre precedida de autorização judicial, sigilosa e motivada, a qual determinará todas as circunstâncias que permeiarão o período da diligência <sup>46</sup>.

Analisando-se os diplomas legais acima mencionados, que tratam da figura do agente infiltrado no Brasil, surgem duas problemáticas que devem ser mencionadas e esclarecidas.

A primeira é que tanto a Lei de Drogas quanto a nova Lei do Crime Organizado afirmam que somente pode ser infiltrado o agente de polícia, e não mais o agente de inteligência anteriormente previsto na revogada Lei nº 9.034/1995. Logo, em face da sistemática trazida pelo novo texto normativo, somente o policial poderá agir com essa incumbência (CUNHA; PINTO, 2013, p. 97).

---

<sup>45</sup> Art. 53. Em qualquer fase da persecução criminal relativa aos crimes previstos nesta Lei, são permitidos, além dos previstos em lei, mediante autorização judicial e ouvido o Ministério Público, os seguintes procedimentos investigatórios:

I - a infiltração por agentes de polícia, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes.

<sup>46</sup> Art. 10. A infiltração de agentes de polícia em tarefas de investigação, representada pelo delegado de polícia ou requerida pelo Ministério Público, após manifestação técnica do delegado de polícia quando solicitada no curso de inquérito policial, será precedida de circunstanciada, motivada e sigilosa autorização judicial, que estabelecerá seus limites.

A segunda celeuma, por sua vez, surge da primeira. Ou seja, a lei determinou que somente o agente policial pode ser infiltrado em organizações criminosas, porém não especificou quem deveria ser entendido como agente policial.

Para que se possa buscar a resposta a esse problema, faz-se necessário recorrer à Constituição Federal, mais especificamente ao artigo 144, o qual prevê os órgãos que exercerão a segurança pública no país<sup>47</sup>. Entretanto, dentre os órgãos constitucionalmente aptos a realizar a segurança pública no País, apenas às polícias federal e civil são incumbidas funções de investigação. Conclui-se, portanto, que apenas os agentes da polícia federal e da polícia civil poderão ser utilizados em missões que visem à colheita de provas por intermédio da infiltração de agentes (MORAES, 2012, p.1).

Sublinhe-se, por fim, que a nova *Lei do Crime Organizado* instituiu regras processuais a serem seguidas quando do emprego dessa espécie de colheita de prova, bem como impôs garantias e direitos ao policial que agir de forma infiltrada (CUNHA; PINTO, 2013, p. 96), que, em face da importância na utilização desse instituto, serão pormenorizadamente analisadas.

### **3.2 O procedimento investigatório e os direitos do agente infiltrado**

A Lei nº 12.850/2013, conforme anteriormente mencionada, inovou ao introduzir no sistema jurídico diversas mudanças referentes ao crime organizado, tais como estabelecer um conceito de organização criminosa, modificar de três para quatro ou mais o número de componentes necessários para configurar organização criminosa, bem como tipificar de forma autônoma a conduta daquele que age em organizações criminosas, punindo-a com uma pena de detenção de três a oito anos.

Entretanto, em que pese as substanciais modificações feitas pela citada Lei, essas não foram as únicas, tendo em vista que o texto normativo em tela trouxe a possibilidade de, durante a investigação, utilizar-se o Estado de diversos meios de

---

<sup>47</sup> Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

I- polícia federal;

II- polícia rodoviária federal;

III- polícia ferroviária federal;

IV- polícia civis;

V- polícias militares e corpos de bombeiros militares.

obtenção de provas, dentre as quais se encontra o agente infiltrado, conforme se vê no artigo 3º, inciso VII<sup>48</sup>.

Além disso, determinou alguns procedimentos específicos que devem ser observados pelas autoridades que atuarem diretamente no curso da investigação criminal, previstos na Seção III, que abrange o artigo 10 ao artigo 13 da referida lei. Inicialmente, cabe mencionar que a infiltração de agente iniciar-se-á, conforme estabelece o *caput* do artigo 10, por intermédio de representação do delegado de polícia ou requisição do Ministério Público, precedidos de autorização judicial<sup>49</sup>.

Portanto, tem-se que esse procedimento não pode ser decretado de ofício pelo Magistrado, exigindo sempre a manifestação de vontade ou delegado de polícia ou do membro do Ministério Público para iniciá-lo. Isso apenas confirma a prevalência do sistema acusatório no Direito Processual Penal Brasileiro, mantendo-se o Juiz inerte em face das demais partes da persecução penal, cabendo-lhe apenas o julgamento conforme as provas trazidas aos autos (CUNHA; PINTO, 2013, p. 99-100).

Ademais, a infiltração somente será admitida pelo Juiz se houver indícios do cometimento do crime de organização criminosa, bem como se a prova a ser obtida pelo agente infiltrado não puder ser produzida por outros meios<sup>50</sup>.

A intenção do legislador foi exigir para o deferimento da infiltração apenas a existência de indícios do cometimento do delito, ou seja, de materialidade, mostrando-se desnecessária a comprovação da existência de indícios de autoria. Isso está ligado à complexidade dos crimes que envolvem organizações criminosas, muitas vezes envolvendo pessoas que residem fora do país ou que até mesmo as que nunca residiram no local onde ocorre a investigação (PEREIRA; SILVA, 2013, p. 1).

De outro vértice, o legislador completou a omissão das Leis anteriores que versavam sobre o tema - Lei nº 9.034/1995 e Lei nº 12.964/2012 - e estipulou o prazo

---

<sup>48</sup> Art. 3º. Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova:

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

<sup>49</sup> Art. 10. A infiltração de agentes de polícia em tarefas de investigação, representada pelo delegado de polícia ou requerida pelo Ministério Público, após manifestação técnica do delegado de polícia quando solicitada no curso de inquérito policial, será precedida de circunstanciada, motivada e sigilosa autorização judicial, que estabelecerá seus limites.

<sup>50</sup> Art. 10. A infiltração de agentes de polícia em tarefas de investigação, representada pelo delegado de polícia ou requerida pelo Ministério Público, após manifestação técnica do delegado de polícia quando solicitada no curso de inquérito policial, será precedida de circunstanciada, motivada e sigilosa autorização judicial, que estabelecerá seus limites.

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

de seis meses de duração para a infiltração, podendo ser renovada em caso de necessidade para a investigação<sup>51</sup>.

Por mais que intuitivamente vincule a autoridade ao período de infiltração de seis meses, assim não deve ser. Isso porque se trata penas de um parâmetro a ser seguido, um norte dado às autoridades, que poderão solicitar a prorrogação da diligência, desde que se mostre necessária para a investigação (CUNHA; PINTO, 2013, p. 101-102).

Cabe frisar que, em face da omissão legislativa, a possibilidade de renovação do prazo de duração da diligência mostra-se muito prejudicial para a segurança do agente estatal. Não obstante as garantias previstas em lei que lhe são destinadas, sabe-se que manter um policial encoberto nas entranhas da criminalidade por muito tempo é muito prejudicial, tanto para a sua segurança pessoal, como para o seu estado mental (FILHO, 2013, p.1).

Por fim, concluído o prazo necessário para a realização da diligência, que poderá ser superior aos seis meses, será apresentado ao Magistrado competente um relatório circunstanciado com todas os aspectos inerentes à infiltração do agente, sempre dando-se vista ao *Parquet* (MOREIRA, 2013, p. 1).

Ressalta-se que, no que se refere ao procedimento para a instauração dessa diligência, os pedidos feitos pelas autoridades deverão mencionar a necessidade da medida, a extensão das tarefas realizadas pelo agente infiltrado, bem como o local da infiltração<sup>52</sup>.

Em que pese haver expressamente a obrigatoriedade de observação dessas medidas, há que se analisar o caso concreto. Ou seja, no que se refere à necessidade da medida, certamente essa deverá motivar o pedido solicitado pelas autoridades, pois deverá o magistrado, entendendo que há outras formas de colher a prova, indeferir o pedido. Porém, no que concerne ao alcance das tarefas dos agentes, mostra-se impossível analisar a que o agente policial será submetido enquanto agente infiltrado.

---

<sup>51</sup> Art. 10. A infiltração de agentes de polícia em tarefas de investigação, representada pelo delegado de polícia ou requerida pelo Ministério Público, após manifestação técnica do delegado de polícia quando solicitada no curso de inquérito policial, será precedida de circunstanciada, motivada e sigilosa autorização judicial, que estabelecerá seus limites.

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

<sup>52</sup> Art. 11. O requerimento do Ministério Público ou a representação do delegado de polícia para a infiltração de agentes conterão a demonstração da necessidade da medida, o alcance das tarefas dos agentes e, quando possível, os nomes ou apelidos das pessoas investigadas e o local da infiltração.

Por óbvio, deverá adaptar-se ao novo *terreno*, conhecendo a extensão da organização criminosa a que estará vinculado. Contudo, mostra-se difícil para a autoridade solicitante apontar de antemão quais serão as ações do agente (CUNHA; PINTO, 2013, p. 104).

Ademais, a lei determina que o pedido de infiltração seja distribuído de forma sigilosa, de maneira que vise não conter informações que acarretem na indicação da diligência a ser realizada, bem como não demonstre a identidade do servidor que será infiltrado na organização criminosa<sup>53</sup>.

Além de prever o procedimento a ser observado quando do efetivo do uso do agente infiltrado, a Lei nº 12.850/2013 prevê também, em contrapartida, um rol de direitos do agente infiltrado, quais sejam: recusar ou fazer cessar a atuação infiltrada, ter sua identidade alterada, aplicando-se, no que couber, o disposto no artigo 9º da Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999, bem como usufruir das medidas de proteção a testemunhas, ter seu nome, sua qualificação, sua imagem, sua voz e demais informações pessoais preservadas durante a investigação e o processo criminal, salvo se houver decisão judicial em contrário, e não ter sua identidade revelada, nem ser fotografado ou filmado pelos meios de comunicação, sem sua prévia autorização por escrito<sup>54</sup>.

Esses direitos poderão ser usados sempre que o agente encontrar-se em situações desconfortáveis, de perigo, que vão de encontro à finalidade da diligência, que é colher provas e, ao mesmo tempo, manter a integridade do policial. Isso porque a espécie de diligência e o local de grande risco em que se encontrará o agente demandam por parte do Estado a observância de um maior grau de responsabilidade e sigilo possíveis (CUNHA; PINTO, 2013, p. 120).

Ainda no que se refere à proteção do agente policial, cabe mencionar que ao Estado incumbe o dever de disponibilizar de todos os instrumentos necessários para que a diligência seja efetivada, não podendo simplesmente deixá-lo desprovido de

---

<sup>53</sup> Art. 12. O pedido de infiltração será sigilosamente distribuído, de forma a não conter informações que possam indicar a operação a ser efetivada ou identificar o agente que será infiltrado.

<sup>54</sup> Art. 14. São direitos do agente:

I - recusar ou fazer cessar a atuação infiltrada;

II - ter sua identidade alterada, aplicando-se, no que couber, o disposto no [art. 9º da Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999](#), bem como usufruir das medidas de proteção a testemunhas;

III - ter seu nome, sua qualificação, sua imagem, sua voz e demais informações pessoais preservadas durante a investigação e o processo criminal, salvo se houver decisão judicial em contrário;

IV - não ter sua identidade revelada, nem ser fotografado ou filmado pelos meios de comunicação, sem sua prévia autorização por escrito.

recursos para bem desempenhar o seu papel. Deve mantê-lo sob os olhos de uma equipe especializada para esse fim, orientando-o e preparando-o para que aja da forma mais segura possível (MORAES, 2012, p. 1).

### **3.3 A ação controlada e a compatibilidade com o agente infiltrado**

Tal como o instituto do agente infiltrado, a ação controlada encontra-se expressamente prevista nas Leis de Organizações Criminosas e Drogas. Na primeira, prevista como um instrumento de obtenção de provas, a ação controlada consiste na possibilidade de postergar a intervenção policial ou administrativa, visando que essa medida seja praticada em momento mais apropriado para a obtenção da prova ou de informações<sup>55</sup>. Na segunda, previsto como um procedimento investigatório, materializa-se através da permissão da não ação imediata por parte dos policiais, prorrogando suas ações para o momento em que se mostre mais oportuno para identificar e responsabilizar o maior número de indivíduos envolvidos em tráficos de entorpecentes<sup>56</sup>.

A ação controlada nada mais é do que uma modalidade de prisão em flagrante que, em face do modo como é praticada, doutrinariamente passou a ser chamada de flagrante prorrogado ou retardado. Trata-se de espécie de flagrante trazida pela revogada Lei das Organizações Criminosas, e que se manteve com a edição da nova Lei sobre o tema, que permite ao agente retardar a realização da prisão por conveniência e oportunidade da persecução (CAPEZ, 2012, p. 151).

Cabe fazer uma breve distinção entre o flagrante retardado, cuja aplicação encontra-se autorizada por lei, com o denominado flagrante preparado ou flagrante provocado. No flagrante provocado, o autor do fato é instigado a realizar a conduta criminosa, sem tomar conhecimento de que se encontra vigiado pela autoridade ou por terceiros, os quais aguardam a iniciativa por parte do agente na realização da

---

<sup>55</sup> Art. 8º Consiste a ação controlada em retardar a intervenção policial ou administrativa relativa à ação praticada por organização criminosa ou a ela vinculada, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz à formação de provas e obtenção de informações.

<sup>56</sup> Art. 53. Em qualquer fase da persecução criminal relativa aos crimes previstos nesta Lei, são permitidos, além dos previstos em lei, mediante autorização judicial e ouvido o Ministério Público, os seguintes procedimentos investigatórios:

II - a não-atuação policial sobre os portadores de drogas, seus precursores químicos ou outros produtos utilizados em sua produção, que se encontrem no território brasileiro, com a finalidade de identificar e responsabilizar maior número de integrantes de operações de tráfico e distribuição, sem prejuízo da ação penal cabível.

execução do delito para realizar o flagrante. Essa espécie de flagrância é rechaçada pela doutrina, pois a prática delituosa é facilitada pelos agentes provocadores, induzindo o agente ao cometimento da infração (AVENA, 2013, p. 906).

O Supremo Tribunal Federal, ao consolidar o seu entendimento acerca do tema, editou a Súmula 145, a qual dispõe que *não há crime quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação*. Assim, nessa hipótese de prisão, a flagrância não estará configurada, caracterizando-se, porém, o crime impossível (BONFIM, 2013, p. 516).

Conclui-se, portanto, que a Lei do Crime Organizado e a Lei de Drogas possibilitam a utilização do flagrante prorrogado apenas, utilizando-o como instrumento de obtenção de provas, vedando-se a realização do flagrante provocado. Por fim, feitas essas ressalvas, mostra-se necessário trazer à baila as significativas diferenças entre os institutos do agente infiltrado e o do agente provocador.

O agente infiltrado detém uma ordem estatal para se infiltrar em organizações criminosas, agindo como criminoso quando necessário à diligência investigativa, com o fim de se manter informado acerca das atividades praticadas pelos membros da organização. Já o agente provocador – não integrante da organização criminosa – é aquela que age de forma significativa para a prática delituosa, instigando o agente a realizá-la (MENDRONI, 2012, p. 126).

Em contrapartida, a infiltração de agente de polícia em organizações criminosas ou em investigações referentes à repressão ao tráfico de entorpecentes e a ação controlada são institutos que não se conflitam, podendo inclusive ser perpetrados pelos agentes de Estado durante a persecução criminal ao mesmo tempo.

Isso se dá pelo fato de que esses dois institutos são tratados pelas Leis que os prevêm – Lei de Drogas e do Crime Organizado – como instrumentos de obtenção de provas. Logo, ambas deverão ser utilizadas de forma harmoniosa, visando captar informações essenciais referentes às ações das organizações estruturalmente organizadas para a prática delitiva (MENDRONI, 2012, p. 114).

Além disso, na utilização de tais técnicas investigatórias, incumbirá aos agentes estatais observarem a proporcionalidade com a finalidade almejada, sob pena de responderem por eventuais desvios ou excessos, conforme adiante se verá.

### 3.4 A proporcionalidade com a finalidade da investigação e a responsabilidade por excessos

Tendo em vista a consagração da República Federativa do Brasil como um Estado Democrático de Direito, nos termos do artigo 1º, *caput*, da Constituição Federal de 1988, exige-se dos agentes estatais a atuação conforme o Direito, respeitando-se as garantias fundamentais e os interesses coletivos, com a observância do devido processo legal.

O devido processo legal, por sua vez, em seu aspecto formal, requer atenção quanto aos ritos procedimentais estabelecidos em lei, e, por outro lado, em seu viés material, exige a observância à proporcionalidade na atuação estatal<sup>57</sup>.

A doutrina costuma identificar no princípio da proporcionalidade três elementos parciais ou subprincípios: a) a adequação; b) a necessidade ou exigibilidade; e c) a proporcionalidade em sentido estrito (SANTOS, 2001, p. 363).

A adequação postula um juízo de pertinência entre a medida adotada e a finalidade almejada (COELHO, 2002, p. 62), ou seja, exige uma relação empírica entre o meio e o fim: o meio deve levar à realização do fim (ÁVILA, 2005, p. 116).

Pelo subprincípio da necessidade ou exigibilidade, por outro lado, exige-se que, de todas as medidas que igualmente servem à obtenção de um fim, seja eleita a menos nociva aos interesses colateralmente afetados.

---

<sup>57</sup> Em que pese a divergência doutrinária a respeito da localização do princípio da proporcionalidade na CF/88, o Supremo Tribunal Federal tem entendimento consolidado no sentido de que se extrai tal princípio da cláusula do devido processo legal, em seu aspecto material, conforme ementa a seguir colacionada: "RECURSO EXTRAORDINÁRIO - MATÉRIA TRIBUTÁRIA - SUBSTITUIÇÃO LEGAL DOS FATORES DE INDEXAÇÃO - ALEGADA OFENSA ÀS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO ADQUIRIDO E DA ANTERIORIDADE TRIBUTÁRIA - INOCORRÊNCIA - SIMPLES ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA QUE NÃO SE CONFUNDE COM MAJORAÇÃO DO TRIBUTO - RECURSO IMPROVIDO. - Não se revela lícito, ao Poder Judiciário, atuar na anômala condição de legislador positivo, para, em assim agindo, proceder à substituição de um fator de indexação, definido em lei, por outro, resultante de determinação judicial. Se tal fosse possível, o Poder Judiciário - que não dispõe de função legislativa - passaria a desempenhar atribuição que lhe é institucionalmente estranha (a de legislador positivo), usurpando, desse modo, no contexto de um sistema de poderes essencialmente limitados, competência que não lhe pertence, com evidente transgressão ao princípio constitucional da separação de poderes. Precedentes. - A modificação dos fatores de indexação, com base em legislação superveniente, não constitui desrespeito a situações jurídicas consolidadas (CF, art. 5º, XXXVI), nem transgressão ao postulado da não-surpresa, instrumentalmente garantido pela cláusula da anterioridade tributária (CF, art. 150, III, "b"). - O Estado não pode legislar abusivamente, eis que todas as normas emanadas do Poder Público - tratando-se, ou não, de matéria tributária - devem ajustar-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do "substantive due process of law" (CF, art. 5º, LIV). O postulado da proporcionalidade qualifica-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais. Hipótese em que a legislação tributária reveste-se do necessário coeficiente de razoabilidade. Precedentes. (RE 200844 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 25/06/2002, DJ 16-08-2002 PP-00092 EMENT VOL-02078-02 PP-00234 RTJ VOL-00195-02 PP-00635)".

Por fim, através do princípio da proporcionalidade em sentido estrito, tem-se em mira uma relação de custo-benefício na atuação estatal, exigindo-se proporcionalidade entre as eventuais restrições aos direitos ou interesses contrapostos e o nível de promoção do fim almejado. Deve-se analisar, portanto, a extensão dos danos causados pela medida restritiva em comparação com os resultados por meio dela obtidos (SANTOS, 2001, p. 364).

Na seara da persecução penal, especialmente na infiltração de agentes policiais, a observância ao postulado da proporcionalidade adquire especial relevo, tanto no momento da eleição desse meio investigatório, quanto na própria atuação do agente infiltrado.

Inicialmente, conforme anteriormente referido, as autoridades responsáveis pela persecução penal devem agir com parcimônia na eleição desse instrumento investigatório, somente lançando mão da infiltração policial quando não houver outros meios eficazes para a colheita da prova.

Isso porque a infiltração de agentes policiais representa, como já referido, a inserção de um agente estatal nos meandros de associações criminosas, envolvendo-o, inclusive, em práticas delitivas, fazendo-se necessário um juízo de ponderação entre o fim que se quer alcançar – combate ao tráfico de drogas e crime organizado – e o meio utilizado, de modo a justificar a necessidade da medida em questão para a colheita da prova.

Nesse ponto, não se pode perder de vista as críticas tecidas por parcela da doutrina referentemente à própria existência do instituto em questão, a recomendar prudência na sua utilização. Colaciona-se, ilustrativamente, o entendimento de Antônio Magalhães Gomes Filho, segundo o qual:

[...] é incompatível com a reputação e dignidade da Justiça Penal que seus agentes se prestem a envolver-se com as mesmas práticas delituosas que se propõem a combater; e mesmo as eventuais provas resultantes dessas operações terão sido conseguidas através de instigação, simulação ou outros meios enganosos, e portanto de duvidosa validade. [...]

Por outro lado, para a superação de tais críticas, urge ressaltar que, tratando-se de tráfico de drogas e criminalidade organizada - que não conhece fronteiras e possui tentáculos até mesmo nos poderes constituídos - os mecanismos tradicionais

de obtenção de prova não raras vezes revelam-se insuficientes, motivo por que se pode justificar a adoção de meios investigatórios mais agressivos contra a delinquência estruturada, que demandem maior limitação tanto da liberdade como de outros direitos constitucionalmente assegurados<sup>58</sup>.

E é justamente nesse contexto que deve ser utilizado o princípio da proporcionalidade, a fim de se ponderar, no exame do caso concreto, se encontra justificativa racional o sacrifício dos direitos e interesses colateralmente afetados em prol de uma atuação estatal que responda eficazmente ao tráfico de drogas e ao crime organizado. (CUNHA; PINTO, 2013, p. 111).

Do mesmo modo, o princípio da proporcionalidade deve guiar a própria atuação do agente infiltrado, que deverá guardar, na sua atuação, a devida proporcionalidade com a finalidade da investigação, sob pena de responder pelos excessos eventualmente praticados<sup>59</sup>.

Nessa esteira, uma vez inserido no seio de uma organização criminosa, com precedente autorização judicial, ver-se-á o agente infiltrado, por vezes, compelido a praticar delitos inerentes à associação, sob pena de ter sua identidade revelada, frustrando o procedimento investigatório e sujeitando-se até mesmo a risco de vida (MENDRONI, 2012, p. 122).

Nesses casos, a finalidade da medida é que deverá orientar a atuação do agente infiltrado, e o princípio da proporcionalidade terá especial utilidade para a definição das práticas ilícitas que poderão ser adotadas pelo agente estatal, sem que sobre ele recaia qualquer responsabilidade administrativa ou criminal, conforme se analisará no tópico a seguir.

### **3.5 Os crimes praticados pelo agente infiltrado e as excludentes invocáveis**

Ao se inserir nos meandros de uma associação para o tráfico ou organização criminosa, o agente policial infiltrado, seja para assegurar a eficácia da investigação, seja para garantir a sua própria segurança pessoal, pode vir a praticar atos que, em

---

<sup>58</sup> *A moderna investigação criminal: infiltrações policiais, entregas controladas e vigiadas, equipes conjuntas de investigação e provas periciais de inteligência.* In *Limites Constitucionais da Investigação*. Rogério Sanches Cunha, Pedro Taques, Luiz Flávio Gomes (coords.). São Paulo : Revista dos Tribunais, 2009, p. 100.

<sup>59</sup> Artigo 13. O agente que não guardar, em sua atuação, a devida proporcionalidade com a finalidade da investigação, responderá pelos excessos praticados.

princípio, se enquadrem em tipos penais, fazendo-se imperioso averiguar, nesse contexto, se os comportamentos praticados serão considerados penalmente relevantes a ponto de justificar a responsabilização criminal ou, caso contrário, quais as excludentes invocáveis para afastar o caráter criminoso de sua conduta.

Parcela da doutrina entende que, em princípio, a participação do policial nos crimes praticados pela associação criminosa configura fato típico, ilícito e culpável. Contudo, entende-se que não é possível estabelecer uma regra absoluta nesse sentido, pois, face à incidência do princípio da proporcionalidade, é possível que não se considere criminoso o fato praticado pelo agente, mormente se a sua conduta se mostrar razoável, de acordo com o critério social de justiça e justificável pela relação custo-benefício social. Imagine-se, por exemplo, que o agente infiltrado venha a ser compelido a participar de lutas com outros membros para demonstrar coragem e lealdade e, nesse contexto, venha lesionar alguém, ou, então, que tenha que portar armas de uso restrito, mas que, após o fim da operação, venha a possibilitar o desbaratamento da quadrilha ou organização criminosa. Nesses casos, os comportamentos praticados no curso da infiltração, ainda que possuam enquadramento penal, podem se apresentar justificados diante do resultado obtido (CAPEZ, 2014, p. 281).

A legislação brasileira possibilita que não se puna o agente infiltrado por eventuais ilícitos penais, ao prever, no parágrafo único do artigo 13 da Lei nº 12.850/2013, que não é punível, no âmbito da infiltração, a prática de crime pelo agente infiltrado no curso da investigação, sempre que se revelar inexigível conduta diversa. No entanto, em que pese a Lei apenas preveja essa excludente de culpabilidade, a doutrina tem entendimento mais amplo sobre o tema, trazendo diferentes hipóteses de aplicação de outras excludentes, não só de culpabilidade, mas também de tipicidade e ilicitude.

Acerca das excludentes invocáveis, Capez propõe uma diferenciação de acordo com a gravidade das condutas praticadas pelo policial disfarçado, a depender da análise do caso concreto. Em ofensas penais mais leves, pode-se falar, inicialmente, em atipicidade da conduta, pela incidência dos princípios da proporcionalidade e da adequação social, quando a sociedade pesar, na relação custo-benefício, a conduta praticada, excluindo-a da incidência típica, face à inexistência de conteúdo material. Tratando-se de delitos de maior gravidade, pode-se invocar como excludente de

ilicitude o estado de necessidade, comparando-se o sacrifício do bem jurídico lesado pela ação criminosa do agente infiltrado com o benefício obtido com o desmantelamento da associação criminosa. Por fim, estando em risco a segurança pessoal do agente, pode-se cogitar da aplicação da figura da coação moral irresistível e da inexigibilidade de conduta diversa, excludentes de culpabilidade (2014, p. 282).

De outro vértice, Mendroni, também com fulcro no princípio da proporcionalidade, leciona que, diante de um conflito entre dois princípios constitucionais, deve-se decidir preservar aquele de maior peso. Assim, exemplificativamente, nada justifica o sacrifício de uma vida em favor do resultado da investigação, cabendo ao agente infiltrado agir para evitá-lo, ainda que em prejuízo da infiltração. No entanto, na hipótese extrema de um agente disfarçado estar impossibilitado de impedir o pior, por ter, por exemplo, uma arma apontada para a sua cabeça, acompanhada da ordem de acionar o gatilho de sua própria arma para matar alguém, pode-se afastar a sua culpabilidade pela aplicação da excludente da coação moral irresistível (2012, p. 122).

Cabe mencionar que a doutrina, tentando solucionar a celeuma acerca da responsabilidade penal do agente infiltrado no cometimento de crimes durante a investigação, traz ainda quatro situações jurídicas distintas. Para a primeira, o agente está acobertado por uma excludente de culpabilidade, por inexigibilidade de conduta diversa, pois se o agente não agisse prontamente, a finalidade da diligência estaria em risco, cabendo-lhe apenas praticar o delito para a segurança e o resultado da investigação. Já para a segunda, o policial infiltrado promove a ação acobertado por uma escusa absolutória, tendo em vista que, por razões de política criminal, não se mostra razoável responsabilizar aquele que combate o crime em nome do Estado. Já para a terceira, o agente infiltrado encontra-se acobertado pela excludente de ilicitude, pois age no estrito cumprimento do dever legal. Por fim, para a quarta, a conduta do agente mostra-se atípica, seja pela falta de dolo, uma vez que não age com a intenção de praticar o crime, mas sim auxiliar na investigação criminal, seja pela ausência de imputação objetiva, já que a conduta do agente que trabalha infiltrado consiste efetivamente em uma atividade de risco autorizada por Lei, não se mostrando penalmente relevante (JESUS; BECHARA, 2005, p. 1).

SANCHES, manifestando-se acerca das situações jurídicas acima mencionadas, afirma que a intenção do legislador foi estabelecer que o agente

infiltrado que cometer crimes durante a diligência, desde que observado o devido respeito ao princípio da proporcionalidade e à finalidade da investigação, e lhe sendo inexigível conduta diversa, terá excluída apenas culpabilidade do injusto realizado pelo agente, mantendo-se o fato típico e ilícito, filiando-se, portanto, a primeira corrente (2013, p. 115).

Em que pese as diversas posições doutrinárias que tratam das excludentes invocáveis pelo agente do Estado que comete crimes durante a infiltração em organizações criminosas ou em organizações que visam a prática de tráfico ilícito de entorpecentes, entende-se que o legislador não deverá vincular-se apenas a uma corrente. Isso se deve ao fato de que se trata de tema com sistemática processual pouco abordada.

Apenas em 2013, por intermédio da Lei nº 12.850, é que foi inserida no sistema jurídico brasileiro uma nova sistemática processual, que veio para orientar a atuação do legislador. Com isso, não se pode afirmar que, no âmbito da infiltração, somente não é punível os crimes realizados pelo agente infiltrado quando lhe era inexigível conduta diversa<sup>60</sup>, ou seja, quando age acobertado por excludente de culpabilidade, tendo em vista que o caso concreto sempre deverá ser analisado à luz das demais excludentes, seja da tipicidade, seja da ilicitude.

Assim, mediante a aplicação dos princípios da proporcionalidade e da adequação social, e atentando-se aos conceitos inerentes à Parte Geral do Direito Penal, analisados no primeiro capítulo deste trabalho, será possível definir, diante de hipóteses de infiltração policial, se a atuação do agente infiltrado manteve-se nos limites indispensáveis à investigação, visando preservar o fim maior de combate ao tráfico e ao crime organizado, hipótese em que eventuais condutas que, em princípio, poderiam ser penalmente relevantes, estarão amparadas em excludentes de tipicidade, ilicitude ou culpabilidade, conforme as circunstâncias do caso concreto.

## CONCLUSÃO

---

<sup>60</sup> Lei 12.850. Art. 13, § único: Não é punível, no âmbito da infiltração, a prática de crime pelo agente infiltrado no curso da investigação, quando inexigível conduta diversa.

O Direito Penal, em um Estado Democrático de Direito, exerce as funções de garantia do cidadão frente ao Estado, ao limitar o exercício do *ius puniendi* estatal, e de tutela da sociedade diante dos abusos praticados pelo cidadão, ao proteger os bens jurídicos mais indispensáveis à vida comunitária.

Nesse contexto, para a elaboração e aplicação das normas penais, diversos princípios devem ser observados a fim de que o Direito Penal possa cumprir essa dupla missão.

O princípio da legalidade, que é considerado o mais importante postulado do Direito Penal, aliado ao princípio da anterioridade, estabelece que a conduta ilícita, para ser penalizada, deve ter sido normativamente prevista antes de sua prática. Já o princípio da humanidade, decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana, busca evitar excessos do Estado enquanto agente punidor, protegendo a integridade física e psicológica do indivíduo. Na mesma linha, o princípio da proporcionalidade objetiva coibir atuações excessivas ou insuficientes por parte do legislador e do aplicador do Direito na tipificação de condutas e na cominação e aplicação das sanções penais, estabelecendo a necessária correlação entre as condutas praticadas e as consequências a serem impostas. Por fim, os princípios da intervenção mínima e da ofensividade enunciam que nem todo ilícito deve ser considerado penalmente relevante, mas apenas aquele que representar uma efetiva ofensa a bens jurídicos indispensáveis para a proteção da sociedade.

Atento a tais princípios, o legislador tipifica como crime a conduta que considera ofensiva a valores fundamentais à comunidade. Dentre os diversos conceitos de crime, prevalece, de acordo com a doutrina majoritária, o analítico, segundo o qual o crime resulta da conjugação do fato típico, da antijuridicidade e da culpabilidade.

Por fato típico considera-se a ação humana que, quando realizada, adequa-se a um tipo penal previsto em lei. Compõem o fato típico, segundo a teoria finalista, a conduta, o resultado, o nexo de causalidade e a tipicidade. Já as excludentes de tipicidade são o caso fortuito e a força maior, os movimentos reflexos, os estados de inconsciência, a coação física irresistível e o princípio da insignificância.

A ilicitude, por sua vez, surge através da contrariedade do fato típico ao ordenamento jurídico, lesando ou expondo a perigo de lesão bem penalmente protegido. São previstas como excludentes de ilicitude legais a legítima defesa, o

estado de necessidade, o exercício regular de direito e o estrito cumprimento de dever legal. Ademais, como causa supralegal de afastamento da antijuridicidade, invoca-se o consentimento do ofendido.

Por fim, a culpabilidade consiste no juízo de reprovação que é lançado sobre o agente que pratica um fato típico e ilícito. Compõem a culpabilidade a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa. São causas aptas a afastar a culpabilidade a menoridade, a doença mental, a embriaguez completa e acidental, o erro de proibição escusável, a obediência hierárquica, a coação moral irresistível e a inexigibilidade de conduta diversa.

A inexigibilidade de conduta diversa veio expressamente prevista como excludente na Lei nº 12.580/2013, a qual, assim como a Lei nº 11.343/2006, prevê o instituto do agente infiltrado, introduzindo e disciplinando no sistema pátrio esse importante instrumento de investigação.

A *Lei de Drogas* não visa apenas à repressão ao tráfico de entorpecentes, mas também estabelece outras medidas destinadas à prevenção ao uso de drogas. Além disso, traz em seu conteúdo diversos crimes, como o tráfico em sentido estrito, previsto no artigo 33, *caput*, visando proteger a saúde pública. Por fim, quando da prática de algum desses delitos, a persecução se dará com base no procedimento investigativo previsto na própria lei, e não com base no Código de Processo Penal.

A nova *Lei do Crime Organizado*, diferentemente da *Lei de Drogas*, inovou no sistema jurídico pátrio, pois, além de trazer um conceito de crime organizado e tipificar essa conduta, trouxe diversos procedimentos investigatórios e meios de obtenção de provas a serem adotados pelas autoridades, dentre eles o instituto do agente infiltrado, garantindo-se ao policial acobertado deveres e direitos em face da sua atuação.

A infiltração de agentes materializa-se através do processo de inserção de agente policial em quadrilhas estruturalmente organizadas para práticas delituosas, seja para o crime organizado, seja para o tráfico ilícito de entorpecentes. Nesse contexto, tal agente estatal veste a roupagem do crime e passa a agir como verdadeiro integrante da organização, visando sempre colher provas e elementos que auxiliem na investigação.

Assim, para que se possa usar desse instrumento investigatório é necessário recorrer à Lei nº 12.850/2013, tendo em vista que passou a prever uma nova

sistemática referente à infiltração de agente policial, diferentemente da *Lei de Drogas*, que nada mencionou.

Ademais, o instituto do agente infiltrado não é a única ferramenta destinada às autoridades policiais. A ação controlada, também prevista na *Lei de Drogas* e na *Lei do Crime Organizado*, consiste na possibilidade da autoridade policial postergar a sua intervenção até um momento mais oportuno para a obtenção de provas ou informações. Trata-se, portanto, de modalidade de prisão em flagrante, doutrinariamente denominado flagrante prorrogado ou retardado, que se revela plenamente compatível com a infiltração de agentes, pois ambas as medidas destinam-se ao mesmo fim.

Porém, em que pese a infiltração de agente ser um instrumento de extrema importância, a escolha como meio de investigação e a atuação do agente deverão ser submetidas ao crivo da proporcionalidade. Essa proporcionalidade, composta pelos seus três elementos - a adequação, a necessidade ou exigibilidade e a proporcionalidade em sentido estrito -, mostra-se necessária em face gravidade da situação em que se insere o agente policial. Além disso, deverá a proporcionalidade guiar a atuação do próprio agente infiltrado, sempre tendo em mente a finalidade da investigação, sob pena de responder por excessos que venha a cometer.

O princípio da proporcionalidade deverá, ainda, amparar o agente infiltrado na sua atuação mesmo quando, em face dela, vier a cometer infrações penais em prol da investigação. Nesse contexto, abrir-se-á ao agente infiltrado a possibilidade de invocar não somente a excludente expressamente positivada na lei especial – inexigibilidade de conduta diversa – como também qualquer das demais causas de afastamento de tipicidade, ilicitude e culpabilidade, desde que compatíveis com o caso concreto.

Entende-se, portanto, que não há como a letra fria da lei limitar a priori o campo das excludentes que poderão ser invocadas pelo agente infiltrado quando a prática delituosa mostrar-se imperiosa, devendo-se ater à análise do caso concreto.

## REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal** : esquematizado. 5. ed. Rio de Janeiro : Forense ; São Paulo : MÉTODO, 2013.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. São Paulo: Malheiros, 2005.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Teoria Geral do Delito**. São Paulo : Saraiva, 2000.

BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de processo penal**. 8. ed. São Paulo : Saraiva, 2013.

BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n. 104410**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília. DF, 27 de março de 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 20 out. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n. 260.988/SP**. Relator: Ministra Laurita Vaz. Brasília. DF, 27 de setembro de 2013. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 12 nov. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1178817/SC**. Relator: Ministro Vasco Della Giustina. Brasília, DF, 03 de novembro de 2011. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 20 nov. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n. 104339**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília. DF, 06 de dezembro de 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 11 mai. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n. 111840**. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, 17 de dezembro de 2013. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 11 mai. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 430105 QO**. Relator Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 27 abril de 2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 12 nov. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 200844**. Relator Celso de Mello. Brasília, DF, 16 agosto de 2002. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 20 abr. 2014.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal : legislação penal especial**. 9. ed. volume 4. São Paulo : Saraiva, 2014.

\_\_\_\_\_. **Legislação penal especial simplificado**. 7. ed. São Paulo : Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. **Processo penal simplificado**. – 19. ed. – São Paulo : Saraiva, 2012.

COSTA, Thalison Clóvis Ribeiro da. **Criminalidade organizada: estudos sobre a lei de organizações criminosas (Lei n. 12.850/13)**. Disponível em: [http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=1386](http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1386)  
9. Acesso em: 14 abr. 2014.

COELHO, Paulo Magalhães da Costa. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. São Paulo: Saraiva, 2002.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Crime organizado**. Comentários à nova lei sobre o Crime Organizado – Lei nº 12.850/13. São Paulo : JusPODIVM, 2013.

\_\_\_\_\_. TAQUES, Pedro; GOMES, Luiz Flávio (coords.). **A moderna investigação criminal: infiltrações policiais, entregas controladas e vigiadas, equipes conjuntas de investigação e provas periciais de inteligência**. In Limites Constitucionais da Investigação. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2009.

DELMANTO, Celso. **Código Penal comentado : acompanhado de comentários, jurisprudência, súmulas em matéria penal e legislação complementar**. 8. ed. rev.; atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2010.

FERREIRA FILHO, Juvenal Marques. [Aspectos práticos da Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013](#). **Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3736, 23 set. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/25355>>. Acesso em: 14 mai. 2014.

GODOY, Gabriella Talmelli. **Seletividade penal na Lei de Drogas - Lei n. 11.343/2006**. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 3919, 25 mar. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/27071>>. Acesso em: 14 mai. 2014.

GOMES. Luís Flávio. **Organização Criminosa: um ou dois conceitos?**. Disponível em: <http://atualidadesdodireito.com.br/lfg/2013/09/19/organizacao-criminosa-um-ou-dois-conceitos-2/>. Acesso em: 10 abr. 2014.

\_\_\_\_\_. **Os tratados internacionais podem definir delitos e penas?**. Disponível em: <http://www.blogdolfg.com.br>. 26 setembro. 2007. Acesso em: 10 abr. 2014.

\_\_\_\_\_. **Direito penal.** São Paulo : Revista dos Tribunais, 2007.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro).** In Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover. Flavio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide de Moraes (coords.) São Paulo: DPJ, 2005.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal.** 7. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

\_\_\_\_\_. **Código Penal: comentado.** 5. ed. Niterói: Impetus, 2011.

JESUS, Damásio E. de; BECHARA, Fábio Ramazzini. **Agente infiltrado: reflexos penais e processuais.** Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 825, 6 out. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7360>>. Acesso em: 28 abr. 2014.

MASSON, Cleber. **Direito Penal Esquematizado – Parte Geral.** 7. ed. vol. 1. Rio de Janeiro : Forense; São Paulo: MÉTODO, 2013.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Comentários à lei de combate ao crime organizado: Lei 12.850/13.** São Paulo: Atlas, 2014.

\_\_\_\_\_. **Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais.** 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MIRABETE, Julio Fabbrini, **Manual de direito penal.** 16. ed. São Paulo : Atlas, 2000.

\_\_\_\_\_. **Código penal interpretado.** 2. ed. São Paulo : Atlas, 2001.

MORAES, Henrique Viana Bandeira. **Da figura do agente infiltrado nas organizações criminosas.** In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 107, dez 2012. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/%20http://www.dgmarket.com/AppData/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=12582&revista\\_caderno=3](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/%20http://www.dgmarket.com/AppData/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12582&revista_caderno=3)>. Acesso em: 24 abr. 2014.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **A nova Lei de organização criminosa – lei n.º12.850/13.** Disponível em: <http://atualidadesdodireito.com.br/romulomoreira/2013/08/12/a-nova-lei-de-organizacao-criminosa-lei-no-12-8502013/>. Acesso em: 24 abr. 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado.** 10. ed. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2010.

PEREIRA, Filipe Martins Alves; SILVA, Rafael de Vasconcelos. **Análise jurídica da nova lei de organizações criminosas**. Jus Navigandi, Teresina, ano 19, n. 3880, 14 fev. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/26710>>. Acesso em: 04 abr. 2014.

\_\_\_\_\_. **Análise Jurídica da Nova Lei de Organizações Criminosas**. Disponível em: <http://atualidadesdodireito.com.br/lfg/2013/09/17/analise-juridica-das-novas-leis-de-organizacoes-criminosas/>. Acesso em: 14 abr. 2014.

SANTOS, Daniela Lacerda Saraiva. **O Princípio da Proporcionalidade**. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabela Franco; NASCIMENTO FILHO, Filry (orgs.). *Os Princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. **O dever de proteção do Estado (Schutzpflicht)**. O lado esquecido dos direitos fundamentais ou qual a semelhança entre os crimes de furto privilegiado e o tráfico de entorpecentes?. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1840, 15 jul. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/11493>>. Acesso em: 11 mai. 2014.

TÁVORA, Nestor; ARAÚJO, Fábio Roque. **Código de Processo Penal para concursos**. 3. ed. São Paulo : JusPODIVM, 2012.