

# APONTAMENTOS SOBRE A RESPONSABILIDADE CRIMINAL DO AGENTE INFILTRADO POR DELITOS PRATICADOS EM CONCURSO COM MEMBROS DA ORGANIZAÇÃO INVESTIGADA

## NOTES ON THE INFILTRATOR'S CRIMINAL RESPONSIBILITY FOR CRIMES COMMITTED IN CONCURSUS DELINQUENTIUM WITH MEMBERS OF THE INVESTIGATED ORGANIZATION

Paulo César Busato<sup>1</sup>

### RESUMO

O presente artigo situa-se em apenas um aspecto do multifacetado instituto da infiltração de agentes policiais em organizações criminosas. Inicia-se pela delimitação de tal ponto que reside na responsabilização do agente infiltrado pela prática de delitos em concurso de pessoas com membros da organização por ele investigada. Nesse aspecto, procura-se, a partir da análise das hipóteses de autoria e participação, definir os limites de afastamento da responsabilidade penal em tais casos.

Palavras-chave: Agente Infiltrado. Limites da Responsabilidade Penal. Concurso de Pessoas.

### ABSTRACT

The present article focuses on a single aspect of the multifaceted institute of the criminal organizations infiltration by police officers. It starts by delimiting the responsibility of the infiltrated agent for committing crimes in *concursum delinquentium* along with members of the investigated criminal organization. In this sense, one seeks to define, by analyzing the hypothesis of authorship and accomplice, the limits to criminal responsibility in such cases.

Keywords: Infiltrated Agent. Criminal Responsibility Limits. *Concursum Delinquentium*.

---

<sup>1</sup> Doutor em Direito Penal pela Universidad Pablo de Olavide, em Sevilha, Espanha. Professor de Direito Penal na UFPR e na FAE Centro Universitário. Procurador da Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná. E-mail: paulo.busato@fae.edu

## INTRODUÇÃO

Há, sem dúvidas, vários pontos controversos envolvendo o agente infiltrado, principalmente relacionados ao processo penal.

A infiltração de agentes como técnica de produção probatória conduz, desde logo, à necessidade de delimitar essa figura perante outras, como informante, agente provocador, agente da inteligência, delator e agente encoberto – este último é a figura que mais se aproxima do instituto aqui tratado<sup>2</sup>. Além disso, a própria prova produzida merece ser filtrada quanto ao seu aproveitamento, afinal, há que ser ponderada a questão da legitimidade do meio de produção de prova em questão e seus reflexos naquilo que se obteve.

Entretanto, à margem de todas as múltiplas inquietações de matéria processual, o presente trabalho terá por foco uma questão específica de direito material: como o sistema de imputação deve reagir às práticas criminosas levadas a cabo pelo agente infiltrado durante o período de infiltração.

A questão assume crucial importância porquanto a Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, tratou expressamente da matéria e pretendeu dar contornos definidos e uniformes a todas as práticas nas quais por ventura se envolva o agente infiltrado, dando por resolvida, *a priori*, a questão relativa à sua responsabilidade penal.

Tal opção não apenas não é a melhor tecnicamente, de *lege ferenda*, como também deixa muitas lacunas, muitos casos sem ser alcançados pela disposição legislativa, reclamando uma melhor visualização.

O que se pretende neste trabalho, porém, não é sustentar a existência de um critério geral de responsabilização cuja validade suplante o oferecido pelo legislador, mas principalmente demonstrar a insuficiência deste pela falta de consideração da questão da provocação do delito, desprezada no texto legal.

Como contribuição para a discussão, porém, pretende-se sustentar uma distribuição de responsabilidade que conjugue regras claras e dogmaticamente consagradas, relativas ao concurso de pessoas procurando oferecer um passo adiante na discussão do tema, sem pretensão de esgotar as infinitas possibilidades casuísticas, mas sim no escopo de oferecer uma espécie de *sintonia fina* para critérios gerais consagrados na doutrina e em legislações alienígenas.

Sustentar-se-á que, ainda que a medida de infiltração de agentes em organizações criminosas seja uma incorporação de um instituto do *common law*, mais especificamente

---

<sup>2</sup> Veja-se, a respeito, nesse sentido, PEREIRA, Flávio Cardoso. Meios Extraordinários de Investigação Criminal: Infiltrações Policiais e Entregas Vigiadas (Controladas). **Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais**, São Paulo, v. 6, p. 119-126, jan./jul. 2007. p. 18 e PEREIRA, Flávio Cardoso. **Agente encubierto como medio extraordinario de investigaci3n**: Perspectivas desde el garantismo procesal penal. Bogot3: Grupo Editorial Ibañez, 2013. v. 1. p. 317-334.

do Direito processual penal estadunidense, isso não significa que necessariamente se deva adotar, a respeito da delimitação da imputação pelos crimes praticados durante a infiltração, uma perspectiva igualmente pragmática. Muito pelo contrário, há sensíveis ganhos de precisão da compreensão judicial dos limites de responsabilidade, mesmo em um segundo plano de indicação a respeito dos limites da carga penal, que torna recomendável a adoção de uma perspectiva dogmaticamente bem orientada sobre o tema.

Sendo assim, iniciar-se-á pela apresentação legislativa do tema, ou seja, se descreverá e ilustrará os dispositivos que regem o tema na Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013; em seguida, apresentar-se-ão algumas das principais tendências de enfrentamento da questão da responsabilidade penal do agente infiltrado que foram propostas pela doutrina em geral; em terceiro lugar, demonstrar-se-á a insuficiência de uma proposta meramente pragmática e simplificada de resolver a questão dos limites da imputação e, finalmente, apresentar-se-á uma breve sugestão para repensar o tema a luz de uma perspectiva associada à teoria dogmática do concurso de pessoas, apontando para as vantagens que representam essa abordagem.

## 1 A LEI 12.850, DE 2 DE AGOSTO DE 2013: UM MARCO SOBRE A RESPONSABILIDADE PENAL POR DELITOS PRATICADOS PELO AGENTE INFILTRADO

O uso da figura do *agente infiltrado* só muito recentemente passou a receber um tratamento regulatório no campo da investigação criminal, ao menos nos países de tradição romano-germânica. Desde a década de 1980 a figura do agente infiltrado vem aparecendo nos ordenamentos jurídicos, tanto europeus quanto latino-americanos, inovando o panorama de produção probatória e reclamando uma tratativa jurídica detalhada para conformá-lo ao modelo de um processo penal próprio dos regimes democráticos<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Na Itália, a medida é subordinada à autorização judicial (ou do Ministério Público, que lá pertence à mesma carreira do juiz), circunstância que exclui a punibilidade sob a forma de cumprimento de um dever perante a autoridade, a teor do art. 51 do Código Penal (A informação consta em SNICK, Valdir. **Crime organizado**: comentários. São Paulo: Leud, 1997, p. 224). Em Portugal, a matéria é regulada pela Lei 45/96, que alterou o tratamento jurídico do *tráfico de drogas*, em seu art. 59, e pelo art. 3º, nº 3, da Lei 101/01, e que preconiza que o agente infiltrado atuará mediante autorização do magistrado do Ministério Público, apenas comunicando ao juiz de instrução. Na Espanha, foi a Lei Orgânica 5/1999, de 13 de janeiro, que regulou a matéria, introduzindo o art. 282 *bis* na Ley de Enjuiciamiento Criminal. A legislação espanhola é uma das mais detalhadas sobre o tema e tem sido objeto de constante estudo doutrinário. Para um panorama amplo sobre a disposição espanhola, em estudo comparativo, veja-se LOPES, Mariângela Tomé. A infiltração de agentes no Brasil e na Espanha: possibilidade de reformulação do sistema brasileiro com base no direito espanhol. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 19, n. 89, p. 495-532, mar./abr. 2011. A legislação alemã também prevê a medida, em autorização concedida já pelo Ministério

No Brasil, a regulamentação nasceu do compromisso assumido ao assinar a Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional, denominada *Convenção de Palermo* (ratificada por meio do Dec. Leg. nº 5.015/2004), no sentido de criar medidas de inovação em produção probatória.

Nessa esteira, surgiu o Projeto de Lei nº 3.516-B, de autoria de Michel Temer, em que o instituto figurava com a denominação de *infiltração policial em organização criminosa*. Em 1995, quando finalmente foi aprovada a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995, denominada “Lei de Repressão ao Crime Organizado”, o instrumento da infiltração de agentes públicos em organizações criminosas sofreu veto presidencial, sob o argumento de “que o referido dispositivo contrariava o interesse público, já que esta infiltração depende do Poder Judiciário, e, por isso, afrontava princípios do Direito penal, no que se refere à exclusão de antijuridicidade”<sup>4</sup>.

Resumidamente, pode-se dizer que o dispositivo vetado regulava uma obviedade, ou seja, a contradição lógica de infiltrar o agente e responsabilizá-lo justamente por participar do que lhe foi determinado<sup>5</sup>, e deixava à margem a regulamentação do tema que efetivamente interessava. Daí não ter sido impertinente o veto presidencial.

De qualquer modo, a existência do veto não impediu que se discutisse, na época, o assunto<sup>6</sup>.

---

Público, especificamente para esclarecer crimes onde há suficientes indicações factuais, mostrando que uma infração penal de substancial importância foi cometida em matéria de tráfico ilícito de drogas ou armas, de falsificação de dinheiro ou carimbos oficiais; em matéria de segurança nacional; em uma base comercial ou habitual; ou por um membro de uma gangue ou de alguma outra forma organizada. Na Argentina, o art. 31 bis e 31 Ter. da Lei 23.737 (introduzida pelo art. 7º da Lei 24.424) estabeleceu também a possibilidade de impunidade para agente encoberto das forças de segurança, atuando mediante autorização judicial, sempre que isso não ponha em perigo concreto a vida ou a integridade física de alguém ou lhe imponha grave sofrimento físico.

<sup>4</sup> SNICK, Valdir. **Crime organizado...** *Op. cit.*, p. 224.

<sup>5</sup> Nesse sentido, manifesta-se Rafael Pacheco: “[...] quanto aos crimes associativos ou plurissubjetivos de quadrilha ou bando e associação criminosa tipificada, sentido algum haveria em imputar a prática dos referidos crimes se é a própria lei que permite ao policial atuar em tais grupos, agindo, portanto, no exercício regular de um direito” [...] “O grande problema, contudo, não está na adesão do agente aos grupos e na prática de crime associativo; o cerne da questão está na decorrência de suas ações durante a infiltração, na eventual coparticipação delituosa” (PACHECO, Rafael. **Crime Organizado**: medidas de controle e infiltração policial. Curitiba: Juruá, 2007, p. 130-131).

<sup>6</sup> Em comentário ao dispositivo revogado da lei, referindo-se exclusivamente aos crimes de quadrilha e associação para o tráfico, Eduardo Araújo da Silva afirmou que “Nesse sentido, apesar da ausência de expressa previsão de causa excludente de antijuridicidade ou ilicitude, não haverá na conduta do policial infiltrado tipicidade em relação às condutas de formação de quadrilha ou bando (art. 288 do Código Penal) e de associação para fins de praticar os crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º e 34 da Lei nº 11.343/06 (art. 35 da mesma Lei), em razão da falta da vontade livre e consciente para a prática desses crimes. Ademais, ainda que assim não se considere, o policial atua no estrito cumprimento de dever legal (art. 23, inciso III, do Código Penal)”. SILVA, Eduardo Araújo da. **Crime Organizado**: procedimento probatório. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 89.

Estava em questão precisamente o tema que aqui é debatido. Nota-se, pois, que, desde seu início, a infiltração de agentes públicos em organizações criminosas suscita polêmica precisamente em face das práticas delitivas em que estes se veem envolvidos e a questão de sua responsabilidade penal.

O instituto da *infiltração de agentes públicos* acabou sendo introduzido na mesma Lei nº 9.034/1995, por força de alterações promovidas pela Lei nº 10.217, de 11 de abril de 2001, seis anos depois de sua inicial discussão<sup>7</sup>, rendendo-se ao argumento de *insuficiência da polícia em desbaratar uma atividade criminosa* cada vez mais sofisticada e organizada<sup>8</sup>.

Mais recentemente, a matéria foi retomada em outra legislação absolutamente polêmica por seu direcionamento político criminal: a Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013. Nela estão previstos vários instrumentos probatórios excepcionalmente criados para as investigações relacionadas a organizações criminosas, dentre eles a infiltração de agentes.

Renasceu, pois, o interesse em discutir a responsabilidade penal destes agentes pelos delitos praticados durante a infiltração.

Na pretensão de regular o tema legislativamente, antecipando-se à casuística, a lei refere, em seu art. 13, que “O agente que não guardar, em sua atuação, a devida proporcionalidade com a finalidade da investigação, responderá pelos excessos praticados”.<sup>9</sup> No parágrafo único do mesmo dispositivo, ainda pontua mais, afirmando que: “Não é punível, no âmbito da infiltração, a prática de crime pelo agente infiltrado no curso da investigação, quando inexigível conduta diversa”.<sup>10</sup>

A fórmula legislativa aponta para dois paradigmas. O primeiro, uma suposta subordinação a um filtro de proporcionalidade entre investigação e prática delitiva. O segundo, em que parece óbvia a dificuldade de identificar precisamente em termos tão vagos a existência ou não de responsabilidade.

---

<sup>7</sup> Ver comentário sobre este trâmite em BECK, Francis Rafael. **Perspectivas de controle ao crime organizado e crítica à flexibilização das garantias**. São Paulo: IBCCRIM, 2004, p. 126.

<sup>8</sup> Isso levou a que parte da doutrina (por exemplo, SILVA, Ivan Luiz da. **Crime Organizado**: aspectos jurídicos e criminológicos. Belo Horizonte: Ciência Jurídica, 1998, p. 121) apontasse que o desenvolvimento do instituto no Direito brasileiro teve por inspiração direta a fórmula criada no sistema italiano e que político-criminalmente era uma atitude proclive ao chamado movimento de lei e de ordem (nesse sentido, SIQUEIRA FILHO, Élio Wanderley. **Repressão ao crime organizado**: inovações da Lei nº 9.034/95. Curitiba: Juruá, 1995, p. 42).

<sup>9</sup> BRASIL. Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 ago. 2013. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/12850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/12850.htm)>. Acesso em: 8 jan. 2016.

<sup>10</sup> *Ibidem*.

Claro que remanesce fora de dúvidas, a ser considerada desproporcional a prática de um delito contra a vida ou integridade física, por exemplo. Outrossim, mesmo nesse caso, é possível que haja situações-limite, onde a própria vida do infiltrado é posta em risco e ele se veja compelido a lesionar alguém para salvar sua própria vida. Igualmente é certo que, nesses casos, não está revogada a consideração das causas gerais de justificação e exculpação.

Mas esse é o ponto óbvio. Não são discutíveis esses dois temas. Por um lado, a ofensa a direitos fundamentais não pode ser admitida em nenhum caso. Por outro, as situações concretas vividas de justificação e exculpação equivalentes às válidas para quaisquer agentes de fatos típicos seguem aplicáveis ao infiltrado.

O problema não surge nesses casos, mas sim nos casos limítrofes, nos chamados *hard cases*, onde o bem jurídico atacado não é um daqueles considerados fundamentais. O que pode aqui ser considerado proporcional?

Quando se poderia falar na presença de um “excesso”? O que é excessivo na investigação? A prática de qualquer delito com pena inferior àquele que se investiga? A participação em um delito, mesmo que mais grave? A vagueza do termo não permite qualquer conclusão ou, quando menos, resulta incapaz de solucionar casos-limite. Ao lado disso, abre passo a um perigoso arbítrio judicial de decidir, *a posteriori*, quando o fato já foi praticado, o que é ou não *proporcional*.

Note-se que não se conta com uma exigência legislativa de um plano descritivo das atividades a serem desenvolvidas no curso da infiltração, coisa que permitiria objetivamente definir o excesso.

A tentativa de resolver o tema lançado no parágrafo único resulta ainda menos feliz, porquanto apela ao critério da inexigibilidade como medida exculpante. Com isso, abrem-se duas perguntas às quais seria necessário responder. A primeira: Em que casos é possível entender como exigível a conduta conforme o direito? A resposta, naturalmente, remeteria ao *caput*, com a afirmação de que *a exigência estaria presente quando o comportamento do agente não fosse excessivo em face da proporcionalidade para com o crime investigado*. Com isso, voltar-se-ia ao problema anterior. A segunda seria referida aos casos exculpados. Todos os casos seriam igualmente exculpados, desde que proporcionais ao delito investigado? O desvalor de condutas principais e acessórias seria idêntico? A tratativa para os casos em que o delito fosse fomentado ou, inclusive, dominado subjetivamente pelo agente infiltrado, estariam incluídos na exculpação?

A questão é polêmica, especialmente porque a própria associação criminosa é considerada conduta delitativa e o agente infiltrado se vê compelido pela própria infiltração a cometer tal delito. Naturalmente, de entrada, este delito reclama uma fórmula de

tratamento diverso dos demais delitos em que se veja implicado o agente sob pena de, não o fazendo, gerar uma insuportável situação de conflito de deveres.

Ao obrigar-se, de entrada, a uma diferenciação, deixa de parecer viável a solução unificadora apontada pela legislação.

## **2 TENDÊNCIAS DOGMÁTICAS A RESPEITO DA IMPUTAÇÃO DE RESPONSABILIDADE AO AGENTE INFILTRADO POR CRIMES COMETIDOS DURANTE A INFILTRAÇÃO**

Os crimes em que estará implicado o agente infiltrado e que demandam discussão sobre a responsabilidade dele serão naturalmente aqueles praticados em concurso com membros da própria associação criminosa investigada. Todo crime realizado individualmente pelo próprio policial à margem da organização criminosa será objeto de apuração normal. O mesmo se diga caso seja praticado em concurso com terceiras pessoas que não os membros da organização investigada.

Sendo assim, um ponto de partida óbvio é que os crimes em questão, aqueles cuja responsabilidade cabe ser aqui discutida, são aqueles praticados em concurso de pessoas com um ou mais membros da organização criminosa investigada.

O ponto de partida para a análise de tal responsabilidade é que a restrição à infiltração policial consistente em sua submissão estrita e absoluta à *prévia autorização judicial*, sob pena de “ilicitude da prova obtida” (art. 10 da Lei 12.850/13). A circunstância já era exigida desde o advento da Lei nº 10.217, de 11 de abril de 2001.

Em princípio, poder-se-ia afirmar que o controle judicial limitaria as atividades passíveis de realização durante a infiltração no afã da produção da prova que se visa.

E esse é o ponto.

Acontece que é absolutamente impossível prever com antecipação – especialmente considerada a atividade judicante – todas as hipóteses criminosas em que o agente infiltrado poderá se ver envolvido, à exceção de uma: a própria participação na organização.

Portanto, conquanto a solução de submeter um plano prévio de atuação ao magistrado que a autoriza possa eventualmente apresentar uma margem de solução à perspectiva adotada pela legislação brasileira de invocar a *proporcionalidade* como critério geral, sua impossibilidade de antecipar todos os casos em que se verá implicado o agente infiltrado acaba demonstrando certa insuficiência. É melhor, mas não o bastante.

A disposição legal, como é fácil notar, visa apenas delimitar a prova que pode ou não ser considerada válida<sup>11</sup>, uma vez obtida pela via da infiltração, e não assinalar limites à responsabilidade penal do agente em caso de práticas criminosas. Na verdade, o dispositivo adequa a validade da prova da lei à decisão do Tribunal Europeu de Direitos Humanos no caso *Teixeira de Castro versus Portugal*<sup>12</sup>, nada mais.

Também existe uma preocupação marcada para com a prática de eventuais delitos *contra as pessoas investigadas*, ou violações de seus direitos fundamentais<sup>13</sup>.

Não obstante, discute-se apenas superficialmente a responsabilidade penal por práticas criminosas integradas às atividades da própria organização investigada, que possam vitimar terceiros.

Afinal, é certo que o agente, durante a infiltração, pode-se ver compelido, em maior ou menor grau, a cometer um ilícito, quer seja para demonstrar sua fidelidade e integração à organização criminosa, quer seja para preservar seus próprios bens jurídicos (incluindo vida, integridade física ou outros) e até mesmo para simplesmente preservar a idoneidade do seu disfarce<sup>14</sup>.

Custa crer que se possa pensar que a solução simplista de exculpar todas as condutas que sejam consideradas arbitrariamente como *proporcionais* seja suficiente para oferecer solução a todos os casos de possível ocorrência.

Especificamente entre a doutrina brasileira, e já mesmo antes do advento da Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, várias posições haviam se formado sobre o que pode

---

<sup>11</sup> Tanto é assim que a doutrina se preocupa em delimitar a excepcionalidade da possibilidade do uso deste meio probatório, ao afirmar que “a finalidade do trabalho de infiltração como meio extraordinário de investigação na luta contra o crime organizado é de permitir a persecução de destacados grupos de delinquentes” (PEREIRA, Flávio Cardoso. **Agente encubierto como medio extraordinario de investigación...** *Op. cit.*, p. 371) e não de seu uso indiscriminado.

<sup>12</sup> Para maiores informações sobre o caso, ver: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58193>.

<sup>13</sup> “As atividades lícitas e ilícitas do agente encoberto devem ter como limite o respeito aos direitos fundamentais das pessoas, principalmente aquelas investigadas, pois como servidor público tem o infiltrado a obrigação de respeitar a vida, a honra, os bens e demais direitos fundamentais das pessoas, razão pela qual esses direitos não são comerciáveis, a menos que em razão da investigação e para garantir o seu êxito se contasse com a participação e o consentimento da pessoa titular do direito, que estivesse disposta a sacrificá-lo, se é um bem disponível”. PEREIRA, Flávio Cardoso. **Agente encubierto como medio extraordinario de investigación...** *Op. cit.*, p. 371. No mesmo sentido, GONZÁLEZ MONGUI, Pablo Elías. **La policía judicial en el sistema penal acusatorio**. Bogotá: Universidad Libre Bogotá, 2007, p. 287-288.

<sup>14</sup> Cf. DELGADO MARTÍN, Joaquín. **La criminalidad organizada**: comentarios a la LO 5/99, de 13 de enero, de modificación de la Ley de enjuiciamiento criminal... Barcelona: J. M. Bosch Editor, 2001, p. 108. No Brasil, MAIA, Carlos Rodolfo Fonseca Tigre. **O Estado desorganizado contra o crime organizado**: anotações à Lei n. 9034/91 (organizações criminosas). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997, p. 75. Admitindo ser este o posicionamento geral da doutrina, embora dela dissentindo, PACHECO, Rafael. **Crime Organizado...** *Op. cit.*, p. 126.

ou não ser atribuído como responsabilidade penal ao *agente infiltrado* que realiza crimes durante o período em que atua como tal, todas procurando afastar a responsabilidade segundo diferentes fórmulas, a saber: exclusão de culpabilidade, por inexigibilidade de conduta diversa<sup>15</sup>; escusa absolutória<sup>16</sup>, por razões de política criminal; excludente da ilicitude do estrito cumprimento do dever legal; atipicidade penal por ausência de imputação subjetiva; e atipicidade penal por ausência de tipicidade conglobante<sup>17</sup>.

Desde logo, parece incorreto pretender o afastamento da tipicidade, quer no plano objetivo<sup>18</sup> – porque não estará afastada a criação e realização do risco permitido –, quer no subjetivo – presente o compromisso para com a produção do resultado. O mesmo se diga a respeito da confusa e insustentável tese da tipicidade conglobante<sup>19</sup>.

Aliás, a própria *autorização judicial* para a realização da infiltração indica que o fato continua típico e só é afastada a responsabilidade diante da existência daquela, exatamente porque delimita as possibilidades de atuação do agente. A questão rondará as excludentes, disputando lugar entre a *justificação*, *exculpação* e *exclusão da punibilidade*<sup>20</sup>.

Assim, à margem da específica escolha plasmada na legislação brasileira<sup>21</sup> e a despeito das posições tomadas pelos autores brasileiros antes da edição da Lei nº 12.850/2013, a discussão doutrinária, de modo geral, balançou-se entre a justificação e a escusa absolutória.

---

<sup>15</sup> Nesse sentido, justificando que se trata da solução mais ajustada ao Princípio da Proporcionalidade Constitucional, MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 73-74. Igualmente entendendo que a baliza é o *Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*, da doutrina alemã, Ricardo Antônio Andreucci aponta como mais adequada a solução pela exclusão da ilicitude (ANDREUCCI, Ricardo Antonio. *Infiltração policial: possibilidade*. **Carta Forense**, São Paulo: set. 2013, p. A24).

<sup>16</sup> Esta é a posição defendida por PACHECO, Rafael. **Crime Organizado... Op. cit.**, p. 132-133, em comparação com as legislações estrangeiras (argentina, portuguesa e espanhola).

<sup>17</sup> Os diferentes posicionamentos doutrinários foram elencados por FRANCO, Alberto Silva. **Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, v. 1, p. 586.

<sup>18</sup> Mantendo, ainda hoje, opinião no sentido de que a *confusa* redação do art. 13 permite interpretá-lo como exclusão da tipicidade, JESUS, Damásio Evangelista de. *Organização Criminosa: primeiros conceitos*. **Carta Forense**, São Paulo, nov. 2013, p. A6.

<sup>19</sup> Esta tese, sustentada por Zaffaroni (cf. ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito penal brasileiro**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 394-397), torna translúcida e indefinível a fronteira entre tipicidade e antijuridicidade, prejudicando a compreensão da última, em especial no que tange ao estrito cumprimento do dever legal e ao exercício regular de um direito, a ponto de que o próprio autor, em edições recentes, visando tornar minimamente compreensível sua tese, incluiu desenhos, gráficos e tabelas nesta passagem do livro.

<sup>20</sup> Advogando como correta a aplicação de uma regra geral de exclusão da antijuridicidade, ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Infiltração policial: possibilidade... Op. cit.**, p. A24.

<sup>21</sup> Tal posicionamento também conta com abrigo doutrinário, por exemplo, na posição de TORRES, Carlos. *El agente encubierto*. **Cuadernos del Departamento de Derecho Penal y Criminología**, n. 2. Córdoba: Universidad de Córdoba, 1998, p. 301.

O argumento central a favor de justificar a conduta do agente infiltrado que pratica crimes<sup>22</sup> é que a proporcionalidade restaria obedecida, na medida em que “o perigo de que o agente cometa um delito ou participe do cometido por outro é diretamente proporcional ao grau de infiltração no grupo criminoso: quanto maior é a integração na organização, maior a possibilidade do risco de ver-se obrigado a realizar atos para ganhar a confiança dos membros”<sup>23</sup>. E que, havendo autorização judicial para a infiltração, a atividade do agente não é a de prática criminosa integrada comum ao bando, mas sim de *simulação de integração* em busca de informações para a evitação de práticas delitivas<sup>24</sup>.

Assim, partir-se-ia de um afastamento da responsabilidade porque o agente “atuou em cumprimento de um dever, em exercício de uma ordem legítima de autoridade competente, no legítimo exercício de um cargo ou por um estado de necessidade”<sup>25</sup>. O dever aqui considerado é a própria ordem de infiltração.

Ao contrário, aqueles que defendem a existência de um afastamento de responsabilidade<sup>26</sup> do agente infiltrado pelos crimes praticados durante a infiltração, com

---

<sup>22</sup> Em favor da justificação, posicionam-se, por exemplo, TOLEDANO TOLEDANO, Jesús R. La actuación policial y la exigente del cumplimiento de un deber. **Ciencia Policial**: Revista del Instituto de Estudios de Policía, Madrid, n. 92, p. 73-76 jan./fev. Instituto de Estudios de Policía, 2009; LAJE ANAYA, Justo. Narcotráfico y derecho penal argentino: Ley 23.737, 24.424, 24.819. 3. ed. Córdoba: Marcos Lerner, 1998, p. 331; CARMONA SALGADO, Concepción. La circulación y entrega vigilada de drogas y el agente encubierto en el marco de la criminalidad organizada sobre narcotráfico. In: MORILLAS CUEVAS, Lorenzo (Coord.). **Estudios jurídico-penales y político-criminales sobre tráfico de drogas y figuras afines**. Madrid: Dykinson, 2003, p. 188; CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. La organización criminal: tratamiento penal y procesal. Madrid: Dykinson, 2000, p. 62; NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel; GUILLÉN LÓPEZ, Germán. Entrega vigilada, agente encubierto y agente provocador: Análisis de los medios de investigación en materia de tráfico de drogas. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**. Madrid: Ministerio de Justicia, 2008. v. LXI, p. 123; REY HUIDOBRO, Luis Fernando. El delito de tráfico de drogas: Aspectos penales y procesales. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 352 e RIFÁ SOLER, José Maria. El agente encubierto o infiltrado en la nueva regulación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. **Revista del Poder Judicial**, n. 55. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999, p. 172. No Brasil, BRODT, Luís Augusto Sanzo. **Do estrito cumprimento do dever legal**. Porto Alegre: S.A. Fabris, 2005, p. 206-207 e PEREIRA, Flávio Cardoso. **Agente encubierto como medio extraordinario de investigación...** *Op. cit.*, p. 382.

<sup>23</sup> PEREIRA, Flávio Cardoso. **Agente encubierto como medio extraordinario de investigación...** *Op. cit.*, p. 372 e DELGADO MARTÍN, Joaquín. **La criminalidad organizada...** *Op. cit.*, p. 108.

<sup>24</sup> Cf. REDONDO HERMIDA, Álvaro. El “agente encubierto” en la Jurisprudencia española y en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. **La ley penal**: revista de derecho penal, procesal y penitenciário, n. 45. Madrid: Wolters Kluwer, 2008, p. 100.

<sup>25</sup> PEREIRA, Flávio Cardoso. **Agente encubierto como medio extraordinario de investigación...** *Op. cit.*, p. 376.

<sup>26</sup> Nesse sentido, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. **Tratado de Derecho procesal penal**. 12. ed. Madrid: Aranzadi, 2012, p. 536; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. El agente encubierto. **La Ley**: Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía. Madrid: Wolters Kluwer, 1999-2, p. 1956; GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, Marta. **Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación**. Madrid: Colex, 2004, p. 256 e EDWARDS, Carlos Enrique. **El arrepentido, el agente encubierto y la entrega vigilada**: modificación a la Ley de Estupefacientes, Análisis de la Ley 24.424. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1996, p. 88.

suporte na presença de uma escusa absolutória, sustentam que o afastamento do castigo não deriva da incompletude dos juízos de reprovação que compõem a configuração do crime, mas sim de razões de política criminal.

Em suporte ao seu argumento, afirmam que o caso deve ser de escusa absolutória, porque, se fosse justificação, não haveria responsabilidade penal e civil dos partícipes e responsabilidade civil subsidiária do Estado, exceto se fosse uma escusa absolutória de carácter objetivo – caso em que a responsabilidade dos partícipes poderia, ainda assim, ser excluída. Ou seja, o fato é típico, antijurídico e culpável, só não se pune por questão de política criminal, que reside na própria essência dessa técnica de investigação.

De vantajoso, essa posição oferece a necessidade de que todo excesso ou extralimitação da lei deva ser examinada topicamente. Outrossim, a imprecisão dos limites de atuação pode remeter a que todos os casos sejam observados individualmente.

Tanto uns quanto outros, no entanto, pretendem vincular a conduta do agente a certas exigências gerais que serviriam para evitar a conversão do instituto da infiltração em uma *carta branca* para delinquir, a saber: a regência da conduta pelo princípio de proporcionalidade, que se expressaria sob forma de necessidade, adequação e ponderação<sup>27</sup>. Aqui, uma referência clara é a *teoria dos princípios* de Alexy e sua *máxima de proporcionalidade*<sup>28</sup>, com o qual se pretende resolver argumentativamente o conflito entre princípios.

### 3 A QUESTÃO DO DIRECIONAMENTO SUBJETIVO DO DELITO

O uso de um referente vago, como a proporcionalidade, tem sido visto, em alguns ambientes jurídicos, como insuficiente.

Especialmente os autores espanhóis, tendo em conta a fórmula de regulamentação própria da legislação de seu país (art. 282 bis, 5 da *Ley de enjuiciamiento criminal*<sup>29</sup>), apontam três requisitos para afastar a responsabilidade do agente infiltrado pela prática de crimes

---

<sup>27</sup> Nesse sentido, ver PEREIRA, Flávio Cardoso. **Agente encubierto como medio extraordinario de investigación...** *Op. cit.*, p. 373 e ss.

<sup>28</sup> Alexy defende que “o carácter de princípio implica a máxima da proporcionalidade que significa que a máxima da proporcionalidade com suas três máximas parciais, da adequação, necessidade (postulado do meio mais benigno) e da proporcionalidade em sentido estrito (o postulado de ponderação propriamente dito) se infere logicamente do carácter de princípio, ou seja, é dedutível dele”. ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdez. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 111-112. O autor considera que os princípios, como mandados de otimização das possibilidades jurídicas, devem ser debatidos dentro dessa fórmula.

<sup>29</sup> Art. 282 bis. “5. El agente encubierto estará exento de responsabilidad criminal por aquellas actuaciones que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación, siempre que guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma y no constituyan una provocación al delito”.

associados à infiltração: 1) que o crime seja consequência necessária do desenvolvimento da investigação; 2) que guarde a devida proporcionalidade com a finalidade da investigação; e 3) que não constitua uma provocação do delito<sup>30</sup>.

O primeiro desses requisitos, isto é, a necessidade para o *desenvolvimento da investigação* é de tal obviedade que dispensaria a própria referência. É óbvio que a prática de delitos que não servem para nada no contexto da infiltração não podem, portanto, de nenhuma forma, estar ajustados ao direito!

Acontece que não é possível afirmar, *a priori*, o que tem ou não *relação direta com a investigação*, uma vez que o emprego da técnica de infiltração de agentes resulta, precisamente, da impossibilidade de obtenção de provas por outra via, pelo que, não se sabe, ou não se tem por provado por antecipação, quais são os crimes que provar-se-ão praticados. Portanto, todas as atividades decorrentes do exercício de aproximação e de integração com a organização criminosa estarão *diretamente ligados* a ela e deverão ser tidos por imprescindíveis. Se não fosse assim, não seria necessário ou adequado o próprio emprego da técnica em questão.

A respeito especificamente da proporcionalidade, considera-se proporcional<sup>31</sup> a conduta criminosa que mantenha relação direta e imprescindível com o desenvolvimento da investigação e que não seja considerada delito grave.

Poder-se-ia dizer que a legislação brasileira expressamente prevê a necessidade de obediência a um postulado ou princípio de proporcionalidade pela expressa referência a isso no art. 13. No entanto, o mesmo dispositivo legal estabelece uma vinculação de tal proporcionalidade especificamente com a *finalidade da investigação*<sup>32</sup>, em face da qual se estabelecerá o que é ou não excessivo, entendendo-se exculpada – por força da disposição do parágrafo único – a prática delitiva considerada *proporcional* à finalidade da investigação.

---

<sup>30</sup> Nesse sentido, por todos, ver CERRO ESTEBAN, José Antonio del. El sistema de garantías constitucionales en los procesos judiciales sobre la criminalidad organizada. **Estudios jurídicos**, n. 2004. Madrid: Centro de Estudios Jurídicos del Ministerio de Justicia, 2004. E substituindo a questão da provocação pela não violação de direitos fundamentais, REDONDO HERMIDA, Álvaro. El “agente encubierto”... *Op. cit.*, p. 101. A estes requisitos, López Barja de Quiroga adiciona o de que seja o autor o agente infiltrado autorizado e não qualquer policial (LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. El agente encubierto... *Op. cit.*, p. 532-534).

<sup>31</sup> Assim, PEREIRA, Flávio Cardoso. **Agente encubierto como medio extraordinario de investigación**... *Op. cit.*, p. 374.

<sup>32</sup> Este, aliás, é o ponto de referência da proporcionalidade apontado como recomendável por alguns doutrinadores. Assim, por exemplo, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. El agente encubierto... *Op. cit.*, p. 1955.

Afirma-se, por exemplo, que não seria proporcional a prática de matar alguém durante uma investigação<sup>33</sup>. Entretanto, imagine a situação em que o sujeito se vê compelido a matar alguém, sendo que, caso se negue a fazê-lo, como representante da organização criminosa, outro membro da organização o faria em seu lugar, além de matar o próprio infiltrado. Parece injusto que se considere uma situação como essa desproporcional, pois, caso fosse uma imposição feita a uma pessoa comum, diversa do agente infiltrado, a hipótese exculpante seria de rigor, quando não, até possível a discussão sobre uma situação justificante<sup>34</sup>.

Claro, poder-se-ia sustentar que a atuação está amparada por uma excludente geral e não derivada da infiltração. Isso está correto. Mas o que dizer, por exemplo, dos casos em que se atua no sentido da diminuição do resultado danoso para o bem jurídico. Suponha-se, por exemplo, que a prova de fidelidade a que o agente infiltrado se vê compelido seja a de matar dois entre dez reféns da associação criminosa, sob pena de, não o fazendo, serem mortos os demais oito. Deveria ele negar a ofensa ao bem jurídico fundamental e fazer caducar a infiltração, mesmo agravando o dano perpetrado pela associação?

Enfim, a casuística desafia constantemente a vaga ideia de proporcionalidade.

Finalmente, a legislação espanhola afirma ainda que o agente encoberto não pode deixar de ser imputado se sua contribuição para o delito consiste em um ato de provocação<sup>35</sup>.

A questão da provocação do delito, porém, é analisada basicamente em função da validade da prova, ao afirmar-se que a conduta do agente encoberto que venha a provocar a ação ou omissão dos membros da organização criminosa constitui situação de *flagrante preparado*. Mas, no que interessa, que é a responsabilidade por tal direcionamento de condutas criminosas, não se pode simplesmente igualar todas as hipóteses de indução,

---

<sup>33</sup> PEREIRA, Flávio Cardoso. **Agente encubierto como medio extraordinario de investigación...** *Op. cit.*, p. 374, nota 339. O próprio autor, porém, ressalva a hipótese de homicídio contra alguém pertencente ao próprio bando no qual o agente se infiltra e o caso de ameaça contra a vida do próprio agente. Neste último caso, admite exculpação (cf. *idem*, p. 385). López Barja de Quiroga sustenta que a proporcionalidade deve ser verificada, comparando a atuação do agente encoberto com a finalidade da investigação. Por exemplo, se ele mata pelas costas um sequestrador para liberar sete reféns, não se faz análise de justificação, apenas se é proporcional matar para liberar reféns igualmente ameaçados de morte. A mesma proporcionalidade não se encontraria no ato de matar alguém como forma de manter a confiança dos membros da organização. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *El agente encubierto...* *Op. cit.*, p. 1955.

<sup>34</sup> Esta última poderia dar-se caso fosse possível ao agente, em defesa da vida das vítimas e da sua própria, deflagrar um golpe ou disparo que apenas simulada e aparentemente conduziria à letalidade, em contraposição à certeza do resultado, caso a conduta fosse levada a cabo pelo efetivo membro da organização criminosa.

<sup>35</sup> PEREIRA, Flávio Cardoso. **Agente encubierto como medio extraordinario de investigación...** *Op. cit.*, p. 380.

instigação e autoria mediata, segundo critérios uniformes de exclusão de responsabilidade, nem simplesmente afastar a responsabilidade pelo delito, preservando-a apenas no que tange a um eventual abuso de autoridade<sup>36</sup>.

Note-se que a ideia de *provocação* é algo que, novamente, coaduna-se com a leitura do dispositivo que é feita no âmbito do *common law*. Vincula-se a uma pragmática perspectiva sobre o que é *provocar*. Poder-se-ia sustentar que o termo é omnicompreensivo, tanto da autoria mediata quanto da instigação ou do induzimento, resolvendo tranquilamente toda a questão. No entanto, isso é absolutamente falso.

O termo *provocar*, em português, significa tanto o ato de incitar quanto o de *dar causa a*. Aliás, este segundo sentido é mais frequente na jurisprudência do que o primeiro. Basta uma perfunctória análise, inclusive dos precedentes das Cortes Superiores, para que se possa dar conta disso.

Veja-se.

No recurso ordinário do *Habeas Corpus* nº 54.731/MG, da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), tendo por relator o Ministro Jorge Mussi, julgado em 3 de março de 2015, afirmou-se:

[...] ainda que se esteja diante de alegada incompetência absoluta, é indispensável que o magistrado singular seja *provocado* pela parte a deliberar sobre o tema, pois sem tal providência não é possível aferir se haveria ou não algum motivo para que o processo esteja seguindo o rito ordinário ao invés do procedimento previsto na Lei 9.099/1995, considerado o correto pela defesa<sup>37</sup>.

Com isto, quer-se dizer que a parte que pretende ver discutida a incompetência deve tratar do tema em suas alegações. Este ato – deliberado ou não – é presumido como um *trigger* da atuação judicial, que tem por regra não ser de ofício.

No *Habeas Corpus* nº 280.469/SP, a mesma 5ª Turma do STJ, tendo por relatora agora a Ministra Regina Helena Costa, em julgamento havido em 5 de agosto de 2014, afirmou que:

A prisão preventiva está devidamente fundamentada na necessidade de garantia da ordem pública, tendo em vista a gravidade concreta do crime e a periculosidade do Paciente,

---

<sup>36</sup> Para Flávio Pereira, em casos assim, “o agente infiltrado poderia ser responsabilizado penalmente pelo abuso cometido, mas não teria que responder pela prática do delito em si mesmo considerado”. Cf. *idem*, p. 376.

<sup>37</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 54.731/MG**, da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), Rel. Ministro Jorge Mussi, de 3 de março de 2015. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=54731&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 8 jan. 2016.

evidenciadas no modus operandi da prática criminosa, consubstanciado na prática de homicídio qualificado pelo motivo fútil e pela impossibilidade de defesa da vítima, que foi executada com quatro tiros, após ter seu automóvel abalroado pelo carro do Acusado, que a perseguiu e *provocou a colisão propositalmente*, e, após o choque dos veículos, dirigiu-se a ela, ainda ao volante, empunhando duas armas de fogo, com as quais efetuou os disparos que a mataram, motivado por ciúme, *provocado* pela descoberta da existência de suposto relacionamento romântico entre sua esposa e a vítima<sup>38</sup>.

O exemplo é excepcional, porque usa o verbo *provocar* duas vezes. Na primeira, aponta-se que a *provação foi proposital*. Ora, isto claramente quer dizer que o propósito de *causar* um resultado não é o mesmo que *provocar*, bem como *provocar é uma conduta que se pode dar propositalmente ou não*. Não fosse assim, a expressão “provocar propositalmente” seria um evidente pleonasma.

Em reforço a tal compreensão, verifica-se o comentário sobre o móvel do crime, que afirma que o ciúme foi *provocado* pela descoberta da existência de um relacionamento romântico. A descoberta, que é o sujeito da frase, não é uma pessoa, portanto, não atua intencionalmente, logo, a expressão só pode ter sido utilizada como sinônimo de “causado”!

Do mesmo modo, a 6ª Turma do mesmo STJ, no *Habeas Corpus* nº 240.249/MG, tendo por relator o Ministro Rogerio Schietti Cruz, em julgamento havido no dia 24 de fevereiro de 2015, em um caso do crime de poluição, afirmou que:

[...] a imputação, da forma como foi feita, representa a imposição de indevido ônus do processo aos pacientes, em vista da ausência da descrição de todos os elementos necessários à responsabilização penal decorrente de *dolosa provação* de poluição de qualquer natureza, em níveis tais – poluição sonora acima de 70 Db – que resultem danos à saúde<sup>39</sup>.

Perceba-se que, no caso, qualifica-se a *provação* como *dolosa*, no sentido de *intencional* pelo que *pode existir*, na concepção da Corte – e, no caso concreto, efetivamente, o que foi reconhecido para fins da concessão da ordem – uma *provação não dolosa*, ou seja, não orientada subjetivamente à produção do resultado. Até mesmo o enunciado número 64 da súmula do STJ afirma que “Não constitui constrangimento ilegal

---

<sup>38</sup> BRASIL. **Habeas Corpus nº 280.469/SP**, da 5ª Turma do STJ, Rel. Ministra Regina Helena Costa, de 5 de agosto de 2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=280469&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 8 jan. 2016.

<sup>39</sup> BRASIL. **Habeas Corpus nº 240.249/MG**, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, de 24 de fevereiro de 2015. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=44940851&num\\_registro=201200817967&data=20150310&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=44940851&num_registro=201200817967&data=20150310&tipo=5&formato=PDF)> Acesso em: 8 jan. 2016.

o excesso de prazo na instrução, *provocado* pela defesa”.<sup>40</sup> Com isso, quer dizer que não caracteriza constrangimento ilegal qualquer excesso de prazo na instrução a que a defesa *tenha dado causa*, a despeito de que o tenha feito intencionalmente ou não.

Como se nota, a expressão *provocação*, em bom português, é polissêmica, pobre e insuficiente para ser capaz de delimitar de forma correta os casos de autoria mediata e de instigação ou induzimento.

É mais do que óbvio que não se pode adotar um critério simplista meramente porque acorde com as origens *anglo-saxãs* do instituto processual em apreço. Menos ainda se deve submeter o desenvolvimento da técnica penal brasileira a uma colonização cultural, derivada de uma importação acrítica de conceitos, concepções ou teses. O que se poder fazer de mais temerário no cenário doutrinário é a importação acrítica e submissa de teses incompatíveis com a nossa realidade social e, por vezes, como nesse caso, até da nossa própria linguagem.

Somente uma compreensão tosca ou uma completa incompreensão da língua portuguesa podem admitir como suficiente a referência à *provocação* como critério de delimitação do que não pode estar incluído na exculpação do agente infiltrado. Isso significa que uma contribuição essencial para o delito, como a colocação de um obstáculo para gerar o choque de um veículo e permitir que este seja abordado – uma contribuição puramente objetiva –, pode ser considerada a *provocação* em sentido coloquial.

Não obstante, as participações objetivas e subjetivas não podem ser consideradas do mesmo modo, assim como as hipóteses de autoria mediata não são comparáveis às de coautoria, nesse sentido. A pobreza do termo é ajustada ao pragmatismo do direito estadunidense, de onde provém o dispositivo em estudo, porém, sua indigência cobra preço quando utilizada em um sistema que, como o brasileiro, estrutura sobre bases dogmáticas desenvolvidas à raiz do direito alemão.

Defende-se constantemente e desde há muito<sup>41</sup> que o direito penal tende a uma confluência entre *common law* e *civil law*. No entanto, *confluência* não é o mesmo que *submissão*. Nem todas as melhores soluções provêm do pragmatismo estadunidense.

---

<sup>40</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 64**. Não constitui constrangimento ilegal o excesso de prazo na instrução, provocado pela defesa. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=%40docn&&b=SUMU&p=false&l=10&i=498>>. Acesso em: 8 jan. 2016.

<sup>41</sup> Veja-se a respeito BUSATO, Paulo César. A política jurídica como expressão da aproximação entre o common law e o civil law. **Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas**, São Luís, v. 1, p. 1-50, 2004 e outra versão na **Revista Jurídica Mater Dei**, v. 5, p. 51-76, 2004.

Aliás, justamente em atenção ao sentido da expressão *provocação* e com o objetivo de uma melhor compreensão e aplicação na *praxis* judicial, o direito português dá solução ao tema com a adoção dos corretos termos dogmáticos para significar a provocação.

A Lei nº 101/2001, de 25 de agosto de 2001, criou o regime de ações encobertas dentro e fora do processo penal, sob controle da polícia judiciária que foi seguido, depois, por várias outras legislações que trataram da matéria em Portugal<sup>42</sup>.

O tema foi resolvido com maestria, pois tratou-se precisamente de conjugar a proporcionalidade e a provocação a partir de uma chave codificadora própria da linguagem dogmática adotada em países de tradição continental.

O art. 6º da referida lei estabelece textualmente:

Isenção de responsabilidade

1 – Não é punível a conduta do agente encoberto que, no âmbito de uma ação encoberta, consubstancie a prática de atos preparatórios ou de execução de uma infração em qualquer forma de participação *diversa da instigação e da autoria mediata*, sempre que guarde a devida proporcionalidade com a finalidade da mesma.

2 – Se for instaurado procedimento criminal por ato ou atos praticados ao abrigo do disposto na presente lei, a autoridade judiciária competente deve, logo que tenha conhecimento de tal facto, requerer informação à autoridade judiciária que emitiu a autorização a que se refere o nº 3 do artigo 3º. (grifo nosso)<sup>43</sup>

Como se pode notar facilmente, a restrição realizada pelo direito português encontra pleno ajuste com a linguagem dogmática, facilitando a aplicação do direito para um ordenamento proclive a manejar uma *teoria do delicto*.

Mas não só por tal motivo esse é um modelo a ser tomado por referência pelo legislador brasileiro. Há mais. Importa destacar que o direito português compartilha com o brasileiro a *língua portuguesa*, na qual a palavra *provocar* é insuficiente para delimitar uma contribuição subjetiva.

Cientes de que a dogmática não é ciência, mas uma forma de argumentar ao redor de tópicos<sup>44</sup>, devemos estar atentos para o *sentido* das palavras que empregamos

---

<sup>42</sup> Veja-se, a respeito, uma extensa exposição da matéria em ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. **Comentários do Código de Processo pena à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem**. 4. ed. Lisboa: Universidade Católica, 2011, p. 678 e ss.

<sup>43</sup> PORTUGAL. Lei n. 101/2001, de 25 de agosto de 2001. **Diário da República** – I Série-A, 25 ago. 2001. Disponível em: <[http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c3246795a5868774d546f334e7a67774c336470626e526c654852766331396863484a76646d466b62334d764d6a41774d53394d587a45774d5638794d4441784c6e426b5a673d3d&fich=L\\_101\\_2001.pdf&Inline=true](http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c3246795a5868774d546f334e7a67774c336470626e526c654852766331396863484a76646d466b62334d764d6a41774d53394d587a45774d5638794d4441784c6e426b5a673d3d&fich=L_101_2001.pdf&Inline=true)>. Acesso em: 8 jan. 2016.

<sup>44</sup> VIVES ANTÓN, Tomás S. **Fundamentos del Sistema Penal**. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, p. 475.

na composição normativa. Eles é que fixarão limites da aplicação das normas em face de casos concretos.

E a necessidade de separar o que são contribuições subjetivas das objetivas é mais do que evidente, consoante se demonstrará a seguir.

Para comprová-lo, basta com explorar mais detidamente as diferentes hipóteses de concurso de pessoas, com vistas a estabelecer os limites da imputação possível dos agentes infiltrados.

#### 4 BREVE ANÁLISE DOGMÁTICA DAS HIPÓTESES DE PRÁTICA DELITIVA DO AGENTE INFILTRADO

As formas clássicas de autoria (direta, mediata e coautoria) podem se manifestar em atividade do agente infiltrado no âmbito da organização criminosa e há razões político-criminais para tratá-las diferentemente.

Uma vez que tenha sido demonstrada a contribuição para o delito de parte do agente infiltrado, ressalvados já os casos antes anunciados de óbvia exculpação (o delito de infiltração), as práticas evidentemente desproporcionais (ataques a bens jurídicos fundamentais apenas como forma de obtenção de prova) ou as hipóteses que encontram abrigo nas causas gerais de justificação e exculpação aplicadas a todos os casos de prática de fato típico, restam os demais delitos a serem observados.

Tomando-se por referência ter sido já comprovado que o agente infiltrado contribuiu para a prática delitiva<sup>45</sup>, cumpre discernir entre as formas de autoria e participação segundo algum dos critérios usualmente empregados pela doutrina. O aqui tomado por referência – ainda que ciente dos recentes ataques que vem sofrendo<sup>46</sup> é a teoria do domínio do fato<sup>47</sup>, que remanesce sendo a mais consistente entre as fórmulas de diferenciação entre as distintas formas de autoria e participação.

---

<sup>45</sup> A advertência é sempre válida, dado o mau uso que já se fez de fundamentos teóricos na praxis forense brasileira, tomando por teorias de sustentação da própria imputação algumas que só têm lugar para fins de diferenciação das responsabilidades dos imputados. Sobre o tema, ver LEITE, Alaor. Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros. Os conceitos de autor e partícipe na AP 470 do Supremo Tribunal Federal. In: GRECO, Luís et al. **Autoria como Domínio do Fato**. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 123 e ss.

<sup>46</sup> Sobre o debate acerca da teoria, ver AMBOS, Kai; MEINI, Iván (Org.). **La autoría mediata**. Lima: Ara Editores, 2010, em que vários autores debatem a teoria do domínio do fato e as fórmulas gerais de diferenciação de autoria e participação à luz do caso Fujimori.

<sup>47</sup> Sobre o tema, por todos, ver ROXIN, Claus. **Strafrecht. Allgemeiner Teil Band II: Besondere Erscheinungsformen der Straftat**. München: Beck, 2003, p. 5 e ss.

Passa-se, pois, a seguir, à análise dos casos de autoria e participação, sempre com vistas a demonstrar que o discurso orientado em padrões dogmáticos oferece respostas coerentes e seguras para a limitação da exculpação por exclusão de contribuições subjetivas do agente infiltrado que, por um lado, correspondem a uma ideia geral de *provocação* em sentido subjetivo, bastante mais adequada do que o vago termo.

#### 4.1 A HIPÓTESE DE AUTORIA DIRETA EM CRIME PRATICADO PELO AGENTE INFILTRADO NO ÂMBITO DA ORGANIZAÇÃO INVESTIGADA<sup>48</sup>

No caso de autoria direta, há que sempre recordar-se de que se trata de um crime praticado em concurso, pois o crime completamente independente gera para o agente infiltrado a responsabilidade igualmente independente.

Naturalmente, nesse caso, será impossível que tenha havido na composição do concurso de pessoas entre o agente infiltrado e membro (ou membros da organização investigada) a figura de participação, pois, nesse caso, não sealaria em autoria direta senão em coautoria.

Os membros da organização investigada, nesse caso, terão contribuído meramente como partícipes ou como autores mediatos, e a ideia de proporcionalidade para com a investigação deverá ser analisada tendo em conta os aspectos a seguir.

Caso o membro ou membros da organização criminosa tenha(m) figurado como autor(es) mediato(s), isso significa que a condição do agente infiltrado como autor mediato não traduz um *domínio da vontade* que se pressupõe determinante da prática delitiva, já que esta pertence ao autor mediato.

Dada a situação concreta de organização hierarquizada, de executor fungível e de aparato situado às margens do direito<sup>49</sup>, é mais do que evidente que a frágil posição de autor imediato ou executor deve colocar o agente infiltrado ao abrigo de qualquer imposição de responsabilidade. Sua situação na estrutura do concurso de pessoas deve conduzir ao abrigo de uma permissão fraca ou exculpação, porque é inexigível dele uma conduta conforme o direito.

---

<sup>48</sup> Aqui, matiza-se a opinião anterior, em trabalho conjunto, em que manifestei opinião distinta uniformizando hipóteses de autoria mediata e direta, que agora distingo. Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. Comentários à lei de organização criminosa: Lei nº 12.850/2013. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 181.

<sup>49</sup> Veja-se tais requisitos, em detalhe, em ROXIN, Claus. Strafrecht. **Allgemeiner Teil**: Band II... *Op. cit.*, p. 46 e ss.

Isto porque a situação de fungibilidade em que se situa faria com que, caso ele não atuasse, o resultado danoso fosse perpetrado igualmente por outro membro da organização criminosa que atuaria em seu lugar.

Diferente situação a respeito da proporcionalidade surgiria se a interferência dos membros da organização se dessem no plano de uma mera participação, quer seja intelectual ou material em face da autoria do agente infiltrado.

Isto porque, se o domínio da ação permanecesse à disposição do agente infiltrado, mesmo que uma sugestão ou incitação fosse a ele lançada por um membro da organização, facultar-se-ia a ele uma opção pela não realização do delito, que segue sob seu domínio.

A opção pela prática do crime, nesse caso, ofenderia o postulado de proporcionalidade exigível.

#### 4.2 A HIPÓTESE DE AUTORIA MEDIATA EM CRIME PRATICADO PELO AGENTE INFILTRADO NO ÂMBITO DA ORGANIZAÇÃO INVESTIGADA

As hipóteses em que o agente infiltrado seja autor mediato do delito parecem estar completamente fora da norma de cobertura, devendo ele responder completamente pelo delito, porque, obviamente, as normas que regulam a infiltração de agentes jamais podem ser interpretadas como fomento à prática de delitos. Claro está que isso fica mais evidente, uma vez adotado o discurso dogmático. Vejamos.

A decisão e o compromisso a respeito da prática delitiva estariam em seu poder, afinal, seria seu o domínio da vontade. Perceba-se que, aqui, os demais membros da organização, novamente, não poderiam ser coautores, apenas autores imediatos ou partícipes. Ora, em uma situação organizada dessa forma, seria o próprio agente infiltrado quem teria disposição sobre o executor do crime, determinando, por sua vontade, a sua realização e, portanto, igualmente seria dele a decisão no sentido da realização do ilícito.

Nem se pode argumentar que eventualmente o agente tenha sido compelido por outro membro da organização à realização do delito, pois, se efetivamente houve imposição de vontade de terceiro, não se pode falar que o agente infiltrado foi propriamente autor mediato. Na verdade, ele foi instrumento de outro autor.

Importa destacar que essa situação, perfeitamente compreensível em termos dogmáticos, seria completamente irresolúvel ou, quando menos, teria uma solução obscura, levando em conta unicamente um critério vago de *provocação*. Outra vez mais se demonstra a vantagem do discurso dogmático em face do pragmatismo estadunidense.

Se, nesses casos, o agente infiltrado foi autor mediato, necessariamente houve algum executor ou autor imediato, que é membro da organização investigada, sobre o qual ele exerce influência a ponto de ser sua a vontade que determina o resultado.

Eventualmente, outros membros da organização poderão ser identificados como partícipes, seja na forma intelectual (instigação ou induzimento), seja na forma material (cumplicidade). A presença de nenhum deles teria o condão de alterar a responsabilidade do agente infiltrado.

A conclusão só pode ser a de que, nos casos de autoria mediata pelo agente infiltrado, não deve existir norma permissiva que ampare o comportamento delitivo por ele perpetrado e é plenamente exigível a ele que aborte a realização do delito.

#### 4.3 A HIPÓTESE DE COAUTORIA EM CRIME PRATICADO PELO AGENTE INFILTRADO NO ÂMBITO DA ORGANIZAÇÃO INVESTIGADA<sup>50</sup>

Nos casos de coautoria, existe uma divisão funcional de tarefas na execução do crime em que transparece uma somatória de vontades dirigidas à produção do resultado, uma espécie de *resolução conjunta*<sup>51</sup>. Assim, temos que o agente infiltrado contribui com parte da realização da tarefa delitiva, somando sua vontade a um ou mais membros da organização investigada.

A realização do evento delitivo (o seu êxito como empreitada) depende, portanto, da atuação do agente infiltrado. A eventual frustração da produção do resultado delitivo por sua desistência, portanto, colocaria imediatamente a própria infiltração sob suspeita, podendo gerar contra ele reação de atentado, inclusive, contra sua vida. Por outra, não há nenhuma garantia de que esta mesma desistência evitaria a produção do resultado delitivo, pois poderia haver a superação da falta de atuação do agente infiltrado por outro membro da organização.

Em resumidas contas, não há garantia de que se evitaria o crime, mas é certo que exporia a risco potencialmente grave e até mesmo de vida do agente infiltrado. A presença, nesses casos, de outros membros da organização, sob qualquer outra forma de participação ou autoria, não altera esse quadro.

---

<sup>50</sup> Procura-se, aqui, uma solução sistemática que permita a superação da tópica que, em escrito conjunto anterior (BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. **Comentários à lei de organização criminosa...** *Op. cit.*, p. 180-181), propus para a solução de casos similares.

<sup>51</sup> Cf. ROXIN, Claus. **Strafrecht. Allgemeiner Teil**: Band II... *Op. cit.*, p. 77 e ss.

Portanto, a atuação do agente infiltrado em coautoria deveria ser identificada como proporcional e ser exculpada pela permissão fraca de inexigibilidade de conduta conforme o direito.

Os casos em que, eventualmente, houvesse ofensa a direitos fundamentais pela prática delitiva, para constituírem exceção incriminatória do agente infiltrado, deveriam corresponder a uma condição especial – de análise tópica – segundo a qual se lograsse demonstrar que as regras gerais de justificação e exculpação não teriam aplicação direta. Portanto, somente em contados casos poder-se-ia falar em responsabilidade penal do agente infiltrado por coautoria. Precisamente aqueles em que sua contribuição, sendo essencial para o desenrolar da atividade criminosa, não pudesse gerar, pela negativa, riscos pessoais tais para o agente que não pudessem ser alcançados pelas figuras justificantes ou exculpantes clássicas.

#### 4.4 DOS CRIMES PRATICADOS NO ÂMBITO DA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA INVESTIGADA CONTANDO COM A CUMPLICIDADE DO AGENTE INFILTRADO

Dentro dos casos de participação do agente infiltrado em práticas criminosas cujo domínio pertença aos membros da organização, a análise é distinta. É preciso, porém, novamente cotejar o contexto da prática delitiva com a modalidade específica de contribuição para a realização do delito.

A figura da cumplicidade, enquanto mera contribuição material para a prática de determinado delito, parece ser exatamente a figura que se encontra coberta pela norma exculpante anunciada no dispositivo legal mais clara e amplamente.

A *cumplicidade* é uma contribuição necessariamente menor em face da autoria. O crime em questão é aquele com o qual se contribui *acessoriamente*, portanto, resta óbvio que a conduta principal é aquela a respeito da qual se produzirá prova.

A produção probatória diz respeito necessariamente a algo mais grave do que a cumplicidade em si, ou seja, à prática do crime na condição de autor. Portanto, sempre será menos grave do que aquela, cumprindo o requisito de proporcionalidade e necessidade referido pela norma.

Mesmo que o crime do agente infiltrado seja outro que não exatamente aquele para o qual se viu premido a contribuir, é certo que a respeito deste estará sendo produzida prova com a sua participação e, logo, será este delito – eventualmente a par de outros – objeto da imputação derivada da prova produzida.

Além disso, sua contribuição consiste, em todos os casos, se não em uma demonstração necessária, ao menos em um reforço de convicção a respeito de estar ele contribuindo para a organização e, como tal, um incremento em seu disfarce que, porque acessório, jamais poderia ser gerador de responsabilidade.

Assim, todos os casos de cumplicidade, em princípio, parecem isentar a responsabilidade do agente infiltrado pela incidência da figura da permissão fraca da inexistência de conduta conforme o direito.

#### 4.5 DOS CRIMES PRATICADOS NO ÂMBITO DA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA INVESTIGADA CONTANDO COM A INSTIGAÇÃO OU INDUZIMENTO DO AGENTE INFILTRADO

Aqui, o agente infiltrado, na verdade, atua como verdadeiro agente provocador acoadando à efetiva realização de uma prática delitiva, que o autor ou autores membros da organização têm sob seu domínio ou fazem nascer no autor do delito a vontade de praticar o crime.

Se o crime é cogitado pelo próprio membro da organização e a participação do agente infiltrado consiste em acoadamento no sentido de uma prática delitiva sob cuja realização o autor hesita, sua contribuição soma-se na balança de decisão a respeito da realização ou não do delito, em favor da primeira opção.

Se, de um modo ainda mais intenso, o agente infiltrado incita, ou seja, planta na mente do membro da organização que será o autor do delito – vontade de realizá-lo – mais peso ainda possui sua participação na decisão pelo delito, mesmo que não tenha qualquer concreto controle sobre sua realização.

Essa contribuição intelectual, ainda que subalterna, é vista de modo geral como provocação de delito que jamais pode conduzir à exclusão de responsabilidade do agente infiltrado.

A legislação espanhola, uma das que foram tomadas como modelo para a nossa, especificamente a *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, condiciona o afastamento da responsabilidade penal ao princípio da proporcionalidade, excluindo expressamente entre as hipóteses cobertas pela impunidade a *provocação do delito*. Naturalmente, a legislação faria melhor caso – como a portuguesa já citada – tivesse utilizado os termos dogmaticamente mais apropriados como *instigação* e *induzimento*, prevenindo-se contra os possíveis equívocos derivados do termo *provocação*.

Afirma-se que não está isento de responsabilidade quem pratica qualquer crime influenciado por terceiro, atue este terceiro como indutor ou instigador, mesmo diante da previsão expressa da lei.

Em princípio, naturalmente, estes casos não estariam cobertos pela norma autorizadora, expressamente prevista em lei. A interpretação a respeito de proporcionalidade e necessidade do crime, no caso, não poderia incluir aqueles delitos que não seriam praticados não fosse a indução ou instigação do agente infiltrado.

Entretanto, existe uma exceção<sup>52</sup>: quando o caso tratar de delito alternativo. Ou seja, quando a indução ou instigação for no sentido da orientação da conduta do autor para a prática de um delito determinado quando duas ou mais opções de prática delitiva estão sendo cogitadas pelo autor (ou pelos autores) e ao menos uma deva ser efetivamente levada a cabo. Pense-se, por exemplo, no caso em que o autor, membro da organização criminosa, está em dúvida entre matar alguém ou apenas provocar-lhe lesões corporais e é convencido pelo agente infiltrado em favor da segunda opção ao argumento de que, preservando-lhe a vida, poderia ainda obter dele alguma vantagem, informação, resgate etc.

Neste caso, haveria de se considerar que a contribuição intelectual causal para a produção do resultado foi orientada no sentido da diminuição do risco, afastando-se necessariamente a própria pretensão conceitual de relevância em face da ausência de critérios normativos para a imputação objetiva.

Naturalmente, até mesmo porque toda atuação no sentido da diminuição do risco não merece imputação<sup>53</sup>, tampouco teria sentido que a mera indução que consistisse em uma atuação no sentido da diminuição de risco pudesse gerar responsabilidade.

Se a questão se põe em termos de exculpação, pode-se dizer que, como exceção aos casos de instigação de induzimento, aquelas condutas que guardem este perfil, mas consistam em atuações no sentido de diminuição do risco, estariam acobertadas pela regra geral de exculpação.

---

<sup>52</sup> A presente exceção matiza posição anteriormente aventada em trabalho conjunto, onde aponte para solução uniforme de preservação da responsabilidade do agente infiltrado. Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. **Comentários à lei de organização criminosa...** *Op. cit.*, p. 181-182.

<sup>53</sup> ROXIN, Claus. **Strafrecht. Allgemeiner Teil**: Band I. 4. ed. München: C. H. Beck, 2006, p. 375 e ss.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como se nota, da infiltração de agentes decorre uma série de consequências tanto no âmbito processual quanto de Direito penal material. Não se trata exclusivamente de uma técnica de investigação ou produção de elementos probatórios, mas também implica em adesão do Estado, pela via de um de seus representantes, a práticas consideradas delitivas.

Em certa medida, amparado pela escusa de efetividade – tão cara ao Direito penal de emergência vivido em nossos tempos – se abre passo à prática de atividades que o próprio Estado visa reprimir.

Nesse contexto, sobreleva a importância do ato de sopesar o ganho processual em face da perda de caráter ético para fins de delimitar até que ponto se pode ou deve imputar o agente infiltrado pelo resultado de práticas delitivas em que se veja envolvido.

Para pautar este sopesar, as legislações e a doutrina em geral convocam vários critérios, quase todos associados a/ou derivados de uma vaga ideia de proporcionalidade.

Em algumas legislações, e mesmo em alguns cenários doutrinários, adiciona-se à proporcionalidade a supressão dos casos de exclusão de responsabilidade pelos crimes praticados pelo agente infiltrado as hipóteses de *provocação* do delito.

Em certa medida – e ainda de modo mais vago –, a Lei nº 12.850 utiliza este padrão de resposta aos filtros de imputação do agente infiltrado.

Conquanto os critérios de proporcionalidade e a vaga ideia de provocação consistam em expressões bastante adequadas à forma de imputação utilizada pelo pragmatismo do *common law*, sistema de onde originou-se a técnica de infiltração de agentes, não parece ser esta a melhor forma de selecionar entre os casos que devem ou não gerar responsabilidade penal.

As razões para tanto são de duas ordens: uma prática e outra teórica. Na prática, a vagueza do termo *proporcionalidade* sem referência legislativa a planos de execução da infiltração (como no modelo colombiano) gerará dificuldades de delimitação e abre portas a perigosas subjetividades e divergências de apreciação. No que tange ao uso do vago critério de *provocação*, que sequer é mencionado na legislação brasileira, sua vagueza e dubiedade interpretativa não permitem que sirva como filtro adequado da responsabilização.

O equilíbrio na atribuição ou não de responsabilidade pode ser melhor logrado quando se associa a tais pautas o ponto de referência diferenciador clássico da teoria do delito a respeito da distribuição de responsabilidades em situação de concurso de pessoas.

Assim, para uma discussão sobre o âmbito de afastamento da responsabilidade penal por crimes do agente infiltrado em concurso de pessoas com membros da organização

investigada, deve-se ter em conta se o agente infiltrado foi, no caso concreto, autor direto, autor mediato, coautor, cúmplice, indutor ou instigador.

No caso de autoria direta, sob influência da autoria mediata de membros da organização, o agente infiltrado deverá ser absolvido por permissão fraca ou exculpação e se a interferência dos membros da organização for de mera participação, intelectual ou material segue o agente infiltrado sendo responsável.

Nas hipóteses de autoria mediata, sendo os membros da organização partícipes ou autores imediatos, a conclusão só pode ser a de que não deve existir norma permissiva.

Nos casos de coautoria, a atuação do agente infiltrado em geral pode ser exculpada por permissão fraca de inexigibilidade de conduta conforme o direito, salvo casos de ofensa a direitos fundamentais, para os quais a análise tópica de aplicação das regras gerais de justificação e exculpação deve ser o filtro adequado, podendo ou não haver responsabilidade.

Caso a conduta seja de cumplicidade do agente infiltrado em todos os casos, não poderia ser geradora de responsabilidade e estaria exculpada.

Nas hipóteses de instigação e induzimento, não estará isento de responsabilidade o agente infiltrado, mesmo diante da previsão expressa da lei, salvo em um caso: quando a indução ou instigação seja no sentido da orientação da conduta do autor para a diminuição do risco para o bem jurídico – hipótese em que terá lugar a exculpação.

## REFERÊNCIAS

- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. **Comentário do Código de Processo penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem**. 4. ed. Lisboa: Universidade Católica, 2011.
- ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdez. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- AMBOS, Kai; MEINI, Iván (Org.). **La autoría mediata**. Lima: Ara Editores, 2010.
- ANDREUCCI, Ricardo Antonio. Infiltração policial: possibilidade. **Carta Forense**, São Paulo, set. 2013. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/infiltracao-policial-possibilidade/11950>>. Acesso em: 2 set. 2015.
- BECK, Francis Rafael. **Perspectivas de controle ao crime organizado e crítica à flexibilização das garantias**. São Paulo: IBCCRIM, 2004.
- BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. **Comentários à lei de organização criminosa: Lei nº 12.850/2013**. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BRASIL. Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 ago. 2013. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm)>. Acesso em: 8 jan. 2016.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 54.731/MG**, da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), Rel. Ministro Jorge Mussi, de 3 de março de 2015. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=54731&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 8 jan. 2016.
- \_\_\_\_\_. **Habeas Corpus nº 240.249/MG**, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, de 24 de fevereiro de 2015. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=44940851&num\\_registro=201200817967&data=20150310&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=44940851&num_registro=201200817967&data=20150310&tipo=5&formato=PDF)> Acesso em: 8 jan. 2016.
- \_\_\_\_\_. **Habeas Corpus nº 280.469/SP**, da 5ª Turma do STJ, Rel. Ministra Regina Helena Costa, de 5 de agosto de 2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=280469&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 8 jan. 2016.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 64**. Não constitui constrangimento ilegal o excesso de prazo na instrução, *provocado* pela defesa. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=%40docn&&b=SUMU&p=false&l=10&i=498>>. Acesso em: 8 jan. 2016.
- BRODT, Luís Augusto Sanzo. **Do estrito cumprimento do dever legal**. Porto Alegre: S.A. Fabris, 2005.
- BUSATO, Paulo César. A política jurídica como expressão da aproximação entre o common law e o civil law. **Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas**, São Luís, v. 1, p. 1-50, 2004. Disponível em: <<http://www2.mp.ma.gov.br/ampem/artigos/artigo%20Paulo%20Busato.pdf>>. Acesso em: 2 set. 2015.

CARMONA SALGADO, Concepción. La circulación y entrega vigilada de drogas y el agente encubierto en el marco de la criminalidad organizada sobre narcotráfico. In: MORILLAS CUEVAS, Lorenzo (Coord.). **Estudios jurídico-penales y político-criminales sobre tráfico de drogas y figuras afines**. Madrid: Dykinson, 2003. p. 165-197.

CERRO ESTEBAN, José Antonio del. El sistema de garantías constitucionales en los procesos judiciales sobre la criminalidad organizada. **Estudios jurídicos**, n. 2004. Madrid: Centro de Estudios Jurídicos del Ministerio de Justicia, 2004.

CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. **La organización criminal**: tratamiento penal y procesal. Madrid: Dykinson, 2000.

DELGADO MARTÍN, Joaquín. **La criminalidad organizada**: comentarios a la LO 5/99, de 13 de enero, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento criminal en materia de perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico ilícito de drogas y otras actividades ilícitas graves. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 2001.

EDWARDS, Carlos Enrique. **El arrepentido, el agente encubierto y la entrega vigilada**: Modificación a la Ley de Estupefacientes, Análisis de la Ley 24.424. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1996.

FRANCO, Alberto Silva. **Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 1.

GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, Marta. **Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación**. Madrid: Colex, 2004.

GONZÁLEZ MONGUI, Pablo Elías. **La policía judicial en el sistema penal acusatorio**. Bogotá: Universidad Libre Bogotá, 2007.

JESUS, Damásio Evangelista de. Organização Criminosa: primeiros conceitos. **Carta Forense**, São Paulo, nov. 2013. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/organizacao-criminosa-primeiros-conceitos/12390>>. Acesso em: 2 set. 2015.

LAJE ANAYA, Justo. **Narcotráfico y derecho penal argentino**: Ley 23.737, 24.424, 24.819. 3. ed. Córdoba: Marcos Lerner, 1998.

LEITE, Alaor. Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros. Os conceitos de autor e partícipe na AP 470 do Supremo Tribunal Federal. In: GRECO, Luís et al. **Autoria como domínio do fato**: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014. (Coleção Direito Penal & Criminologia). p. 123-168.

LOPES, Mariângela Tomé. A infiltração de agentes no Brasil e na Espanha: possibilidade de reformulação do sistema brasileiro com base no direito espanhol. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 19, n. 89, p. 495-532, mar./abr. 2011.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. El agente encubierto. **La Ley**: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, Madrid, n. 2, p. 1954-1957, abr./jun. 1999.

\_\_\_\_\_. **Tratado de Derecho procesal penal**. 12. ed. Madrid: Aranzadi, 2012.

MAIA, Carlos Rodolfo Fonseca Tigre. **O Estado desorganizado contra o crime organizado**: anotações à Lei nº 9034/91 (organizações criminosas). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime organizado**: aspectos gerais e mecanismos legais. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MORILLAS CUEVAS, Lorenzo (Coord.). **Estudios jurídico-penales y político-criminales sobre tráfico de drogas y figuras afines**. Madrid: Dykinson, 2003. p. 165-197.

NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel; GUILLÉN LÓPEZ, Germán. Entrega vigilada, agente encubierto y agente provocador: Análisis de los medios de investigación en materia de tráfico de drogas. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**. Madrid: Ministerio de Justicia, 2008. v. LXI.

PACHECO, Rafael. **Crime organizado**: medidas de controle e infiltração policial. Curitiba: Juruá, 2007.

PEREIRA, Flávio Cardoso. **Agente encubierto como medio extraordinario de investigación**: Perspectivas desde el garantismo procesal penal. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez, 2013. v. 1.

\_\_\_\_\_. Meios extraordinários de investigação criminal: infiltrações policiais e entregas vigiadas (Controladas). **Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais**, São Paulo, v. 6, p. 119-126, jan./jul. 2007. Disponível em: <<http://flaviocardosopereira.com.br/pdf/Artigo%20meios%20extraordin%C3%A1rios%20de%20investiga%C3%A7%C3%A3o%20criminal%20-%20Curso%20GNCOOC.pdf>>. Acesso em: 2 ago. 2015.

PORTUGAL. Lei n. 101/2001, de 25 de agosto de 2001. **Diário da República** – I Série-A, 25 ago. 2001. Disponível em: <[http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c3246795a5868774d546f334e7a67774c336470626e526c654852766331396863484a76646d466b62334d764d6a41774d53394d587a45774d5638794d4441784c6e426b5a673d3d&fich=L\\_101\\_2001.pdf&Inline=true](http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c3246795a5868774d546f334e7a67774c336470626e526c654852766331396863484a76646d466b62334d764d6a41774d53394d587a45774d5638794d4441784c6e426b5a673d3d&fich=L_101_2001.pdf&Inline=true)>. Acesso em: 8 jan. 2016.

REDONDO HERMIDA, Álvaro. El “agente encubierto” en la Jurisprudencia española y en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. **La ley penal**: Revista de derecho penal, procesal y penitenciário, n. 45. Madrid: Wolters Kluwer, 2008. p. 94-105.

REY HUIDOBRO, Luis Fernando. **El delito de tráfico de drogas**: Aspectos penales y procesales. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

RIFÁ SOLER, José Maria. El agente encubierto o infiltrado en la nueva regulación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. **Revista del Poder Judicial**, n. 55. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999.

ROXIN, Claus. **Strafrecht. Allgemeiner Teil Band I**: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. München: Beck, 2006.

\_\_\_\_\_. **Strafrecht. Allgemeiner Teil Band II**: Besondere Erscheinungsformen der Straftat. München: Beck, 2003.

SILVA, Eduardo Araújo da. **Crime organizado**: procedimento probatório. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SILVA, Ivan Luiz da. **Crime organizado**: aspectos jurídicos e criminológicos. Belo Horizonte: Ciência Jurídica, 1998.

SIQUEIRA FILHO, Élio Wanderley. **Repressão ao crime organizado**: inovações da Lei nº 9.034/95. Curitiba: Juruá, 1995.

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

TOLEDANO TOLEDANO, Jesús R. La actuación policial y la eximente del cumplimiento de un deber. **Ciencia policial**: Revista del Instituto de Estudios de Policía, Madrid, n. 92, p. 73-86, jan./fev. 2009.

TORRES, Carlos. El agente encubierto. **Cuadernos del Departamento de Derecho penal y criminología**, n. 2. Córdoba: Universidad de Córdoba, 1998.

VIVES ANTÓN, Tomás S. **Fundamentos del Sistema Penal**. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito penal brasileiro**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.