

EXCLUSÃO DA RESPONSABILIDADE PENAL DO AGENTE INFILTRADO PELOS DELITOS PRATICADOS COMO CONSEQÜÊNCIA NECESSÁRIA DA MISSÃO DE INFILTRAÇÃO

Ricardo Vital de Almeida



RESUMO

A Criminalidade, de seu modo, avança com passos largos e desafiantes em nossos dias. Especialmente a atividade delinqüente organizada, congregando modos e suportes cada vez mais sofisticados para a extremidade socialmente e legalmente tolerável. A cidadania, nutrindo o sentimento mais profundo de insegurança, necessita de apoio estatal que é atributo natural de legitimidade e legalidade. Na ânsia dessa guerra declarada para modernidade sensata dos tempos, as Regras de Lei não podem permitir a remissão passiva ao domínio de absolutismo criminal. Entre seus mecanismos defensivos e projetados na mais profunda legalidade e efetividade institucional contra o crime organizado, é afirmado a figura do agente infiltrado (AI), discutida em sua própria essência especial, enquanto é serviço vital em legitimar o combate equilibrado e determinativo ao banditismo. Esse instituto (IA) precisa de apoio e estimulação legal persistente e perspicaz, expressando uma conquista da qual nós não temos nem podemos renunciar.

PALAVRAS-CHAVE: Legislação. Disponibilidade Constitucional. Normas penais. Agente Infiltrado. Crime Organizado. Culpabilidade. Direito Penal.

INTRODUÇÃO

O Estado brasileiro atual retrata com primazia a insegurança globalizada. A cidadania constantemente imolada e a conseqüente quase orfandade a que se tem visto relegada, no padrão de objeto disponível às mais variadas formas de criminalidade, constituem o apanágio de um princípio de desespero social, como se não ocupasse o ser humano o punctum pruriens da proteção estatal, inclusive e em razão da nossa textualização constitucional.

O conflito permanente entre a vigência plena do Estado de Direito – semeado durante um vasto e heterogêneo processo histórico até logarmos atingir seus patamares desenvolvimentistas atuais, em que os direitos fundamentais devem comandar o respeito ao existencialismo da pessoa – e a cruenta realidade do Estado paralelo e marginal de fato, que impõe seu controle e suas aviltantes regras em variados recantos e meios sociais deste Brasil afora, sob o jugo da informal, oscilante e impiedosa vontade “bandidesca”, faz povoar em nosso meio a insofismável convicção de estarmos mesmo vivenciando um quadro avançado de guerrilha urbana (já adentrando à ruralidade), e de tão veemente modo que propicia a desnecessidade de referenciar situações mais específicas. Nesse contexto impera a criminalidade organizada nacional e, no que cabe, a transnacional. Daí, com relevância, o Direito Penal justifica sua capacidade interventora .

O aperfeiçoamento caracteristicamente insensível dessa criminalidade, tanto em nível doméstico quanto mundial, seus inovadores modos e inescrupulosos mecanismos de afronta ao ordenamento jurídico e à estabilidade das relações sociais implicam na imprescindível necessidade de estruturação de meios criativos e naturalmente legais (lícitos, legítimos), além do aperfeiçoamento daqueles ao dispor atual, para se impor ante esse mal tempestuoso, combatendo-o sob o poderio da eficácia e na medida em que a proporcionalidade das ofensas o exija à mercê da inegociável constitucionalidade. Cuida-se – e modernamente não mais envolve um extremismo afirmá-lo –, da própria sobrevivência do Estado de Direito, cuja essência deve sempre estar legitimando-o na projeção de melhores e mais sossegados dias à coletividade¹.

Entre os mecanismos formais dispostos para emprego no combate à criminalidade organizada, a construção e o desenvolvimento da figura do agente infiltrado (AI) constituem um trunfo jurídico e operacional as-

¹ JESCHECK, Hans-Heinrich/WEIGEND, Thomas, em *Tratado de Derecho Penal – Parte General (traducción de Miguel Olmedo Cardenete) – Quinta edición. Granada/Esp., Editorial Comares, 2002, pág. 2, a respeito da segurança da sociedade, por todos asseveram que “La misión del Derecho penal es la protección de la convivencia en sociedad de las personas”. Com o tempo, “nadie puede ser absolutamente independiente”. E mais, “El Derecho penal tiene, por ello, un significado fundamental como ordenamiento pacificador y protector de las relaciones sociales”.*

segurador de responsabilização penal de organizações criminosas que não podemos permitir nos escape das mãos da legalidade. A temática do AI tem constituído assunto dos mais acalorados no meio jurídico internacional dos Estados de Direito, disponham ou não de textualização específica e precisa. Países ao melhor exemplo da Alemanha, Espanha, Itália, Suécia, Suíça, França, Bélgica, Estados Unidos, Inglaterra convivem no seu cotidiano jurídico envoltos nessa seara, perenemente em busca de aprimoramento operacional como mecanismo crescentemente útil e eficaz no combate à criminalidade, colecionando provas documentais, testemunhos, objetos de perícia, flagrantes esperados ou ocasionais.

An passant é oportuno recordar que a temática do AI não se esgota, muito obviamente, numa prerrogativa ou mecanismo afeto com exclusividade à Polícia Federal, em nível lógico de Brasil. Sim, porque é dos setores de altos estudos de segurança pública da PF/ANP a elogiável preocupação em colocar no palco das discussões de maior impacto atual a problemática legislativo-operacional da Lei nº 9.034, de 03 de maio de 1995, na vanguarda do aniversariar dos seus doze (12) anos de existência. As Polícias Cíveis dos nossos vinte e sete (27) Estados, as Polícias e Bombeiros Militares, a Polícia Rodoviária Federal, o Exército, a Marinha, a Aeronáutica, teoricamente a ABIN, desde seus serviços ou núcleos de inteligência, sobram igualmente envolvidos no interesse e nas repercussões jurídicas que venham a resultar de alguma modificação neste texto infraconstitucional, ainda vexatoriamente lacunoso.

A LEGISLAÇÃO INFRA E A DISPONIBILIDADE CONSTITUCIONAL (CRÍTICA)

O AI existe como realidade, ainda acanhadamente garantidora, direta e indiretamente, através de três (03) Leis e um (01) Decreto.

A Lei nº 9.034/(03.05)1995 (“dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas”) carrega sua redação um tanto eivada de vazios, legislativamente propositais ou não. P.e., refere a “quadrilha ou bando”,

“organizações” e “associações criminosas”, não se dando ao esforço diferenciador, sobrando à aplicação do direito se acudir dos acertos do art. 288 do CP, quanto ao primeiro termo; valendo-se da redação do artigo 2, a), da Lei nº 5.015/2004, relativamente ao segundo; sem apontamento, sequer analógico, pertinente à terceira terminologia. Prevê e assegura o existencialismo do AI (art. 2º, V), mas se esquivava de contemplar prazo, mínimo ou máximo, ou proporcional que seja, para a ação desse instrumento legalizado. Não valora condições mais seguras e variáveis para a coleta de provas. Não enfoca nem considera adequadamente a figura do AI como pessoa exposta e vulnerável no meio delinqüente. Não refere diretamente à condição do AI isenta de responsabilidade penal, sempre e quando no desempenho da missão infiltrada. Não alude à necessidade de consentimento, expresso, válido e eficaz do AI etc. A Lei nº 10.217/(11.04)2001 implementou melhor redação político-criminal aos termos dos arts. 1º e 2º, da Lei 9.034/1995.

A Lei nº 11.343/(23.08)2006 (Lei antidrogas: “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; define crimes e dá outras providências), especificamente em seu art. 53, I, II e parágrafo único, contempla as figuras do AI e da entrega e tráfico de drogas controlado no marco do território nacional, enfatizando a atuação dos “agentes de polícia”.

O Decreto nº 5.015/(12.03)2004 (“Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional”) empresta a conceituação anteriormente proclamada de “grupo criminoso organizado” do seu artigo 2, letra a), para fins de utilização complementar ao art. 1º da Lei 9.034/95, sem, todavia, esgotar o tema.

Contudo, os “esquecimentos” do legislador, malgrado a necessidade imprescindível de uma imediata complementação legislativa, equilibrando, detalhando satisfatoriamente e racionalizando adequadamente

os textos dispersos acerca do assunto do AI, não nos deve afligir ao ponto de impedir ou causar receio o emprego dessa valiosa técnica investigativa, sobretudo atualmente. Em socorro a esta afirmação se dispõem a harmonia, a lógica e a auto-complementação do sistema jurídico-penal, constitucional e infra, adesivado aos modernos Estados de Direito, e sobremodo sociais e democráticos, suprimindo determinadas omissões do legislador de menor hierarquia ou inclusive solucionando conflitos de égi-de maior, valendo-se, para tanto, da força justa de princípios a exemplo não exaustivo do escalonamento legislativo e da proporcionalidade.

Dando azo complementar às considerações do parágrafo anterior, é bem certo e oportuno estabelecer que, uma vez prevista legalmente a figura jurídica do AI, caracterizada por óbvias exigências contextuais e formais ao seu emprego, e uma vez atendidos os reclamos normativos correspondentes, a licitude e a legitimidade desta atividade, a legalidade, enfim, significam sua inuvidosa isenção de responsabilidade penal. Todavia, de que natureza jurídica exatamente?

NORMAS PENAIS - BREVES REFERÊNCIAS

As normas penais (constitucionais e infraconstitucionais) podem ser classificadas em três grupos para o interesse mais próximo deste escrito: 1- estruturais (art. 5º, XXXIX: princípio da reserva legal, art. 5º, XL: proibição de “retroatio in malam partem”, art. 5º, LIII: princípio do juiz natural etc., todos da CRFB; art. 1º: reserva legal, art. 3º: lei excepcional ou temporária, art. 7º: extraterritorialidade etc., todos do CP); 2- repressivas/preventivas (art. 5º, XLI: punição contra discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais, art. 5º, XLIII: responsabilização constitucional dos mandantes, executores e omissos na prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e crimes hediondos etc., todos da CRFB; art. 121: homicídio, art. 129: lesão corporal, art. 213: estupro, art. 159: extorsão mediante seqüestro etc., todos do CP; art. 33: importação, exportação, preparo etc., de drogas, ainda que gratuitamente, art. 36: financiamento ou custeio de tráfico

de drogas e atividades afins, etc., da Lei 11.343/2006); e 3- permissivas (art. 20, caput e §1º, 1ª parte: erro de tipo, art. 21, caput, 2ª parte: erro de proibição, art. 22: coação irresistível ou estrita obediência à ordem de superior hierárquico, arts. 23, I e 24, §§ 1º e 2º: estado de necessidade, arts. 23, II e 25: legítima defesa, art. 23, III, 1ª parte: estrito cumprimento de dever legal, art. 23, III, 2ª parte: exercício regular de direito, art. 28, §1º: embriaguez completa derivada de caso fortuito ou força maior, todos do CP). O excesso, doloso ou culposo, nas hipóteses do art. 23 do CP, recebe previsão legal de punibilidade. As formas culposas em sentido estrito caracteristicamente não inibem a punibilidade nas figuras que as prevêm no palco dos erros ou da coação e obediência.

Cuidando da isenção de pena do AI, é na óbvia geografia da permissibilidade legal (ou supralegal) que se inspira e reside diretamente sua natureza jurídica. Isto porque a atuação do AI implica sumariamente a restrição a dois direitos fundamentais básicos² dos discípulos da criminalidade (são eles o direito à autodeterminação informativa³ e o direito à intimidade⁴, tanto no seu aspecto amplo quanto específico), os quais carecem de transparente enfoque sobre sua relativização de modo juridicamente assegurado e esclarecido extreme de dúvidas para a desenvoltura concreta, *in specie*, do imprescindível instituto operacional da infiltração no combate absolutamente legítimo à criminalidade organizada em geral.

A toda Constituição democrática e social se atrela seu insofismável e fundamental significado muito nitidamente de uma Carta de normas (valores, princípios e até regras) de característica inviolável no aval do Estado de Direito. Entretanto, e à causa de sua própria finalidade lógico-sistemática e hermenêutico - teleológica existencial, não pode ser transformada num mecanismo afoito, desequilibrado e ofensivo contrariamente aos elevados interesses da cidadania, senão assumir-se, sempre

² Por todos e ilustrativamente, vide breve referência de JESUS, Damásio E./RAMAZZINI BECHARA, Fábio, em *Agente infiltrado: reflexões penais e processuais*, <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7360>.

³ O indivíduo, em princípio, tem assegurado o direito de estar inteirado sobre quem, como e quando dispõe de informação a seu respeito, elegendo livremente o destinatário acerca de alguma referência à sua intimidade.

⁴ Complementa a autodeterminação informativa ao enaltecer a garantia de preservação dos âmbitos pessoais da atividade privada e intimada pessoa.

e crescentemente, em seu benefício proporcionalmente aquilatado. Em defesa desse sintético ponto de vista, decantado através de tantos pensamentos jurídicos precedentes a estas modestas linhas, põem-se à disposição, desde a textualização constitucional e em nosso particular universo, o Preâmbulo (fórmula política) da CRFB, a força normativa especial do art. 5º e sua exegese (enquanto desnuda de excessos restritivos, romantismos e platonismos exegetas), escoando ademais pela garantia invulgar do seu §2º, no Capítulo I, direcionado aos “Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

A DOCTRINA (ESPECIFICADAMENTE) E AS CAUSAS DE ISENÇÃO PENAL DO AI EM GERAL CONTEMPLADAS

De maneira mais ortodoxa alguns grupos de eminentes doutrinadores se têm dividido em quatro (04) direções rumo à ausência de responsabilidade penal do agente infiltrado.

- 1) A conduta do AI seria atípica (para uns), em razão da ausência de imputação subjetiva decorrente da falência de dolo, pois assim o agente não pretenderia o crime nem assumiria o risco autorizando a produção respectiva; ou, ainda sem tipicidade (para outros), devido a inexistência de imputação objetiva, em face da presença de um risco juridicamente permitido, sem relevância penal (a primeira não implica necessariamente que o agente não pretendesse o resultado, se desse modo poderia se aproximar do gestor do crime organizado, diferenciando-o da vontade criminosa o tipo de elemento subjetivo, que de qualquer modo existe e não me parece imunizar o AI contra a tipicidade de maneira absoluta nem sequer razoavelmente segura, ao menos em condições de normalidade estrutural; a segunda é temerária porque escancara um portal sugestivamente impetuoso, reduzindo limites juridicamente garantistas e solidificados na própria existência objetiva, implicando certo e preocupante risco no âmbito enaltecido dos direitos fundamentais).

- 2) A conduta do AI seria lícita, porquanto atuar ele no estrito cumprimento de dever legal, ou então, como opção paralela, no exercício regular de direito ou cargo⁵, se mais próprio semanticamente (em qualquer dessas variantes de licitude suas possibilidades não esgotam as hipóteses comportamentais do AI, em razão da imprevisibilidade de cada contexto fático a que ele se expõe, o que afasta, v.g., situações de excesso ou circunstanciais em que fatores externos dominam o comando psíquico ou a própria padronização das ações, fazendo resultar comportamentos inesperados mas assimiláveis em sua juridicidade e conseqüente isenção de responsabilidade penal).
- 3) A conduta do AI seria causa de exculpabilidade, terceiro elemento valorativo no marco desconfigurador da conduta criminoso no âmbito da teoria jurídica do delito, que se incluiria adversamente à exigibilidade de conduta diversa em Direito Penal (esse raciocínio exclusivista subtrai o tecnicismo intervencionista de causas mais pujantes e anteriores de licitude e, quiçá, de atipicidade excepcional).
- 4) A conduta do AI seria amparada por uma mera desculpa ou perdão supralegal, devido a razões político-criminais vinculadas à insignificância do injusto e da ressonante culpabilidade (esse inequívoco acoadamento juridicamente contornável parece temerário e, neste aspecto, força a utilização sem avantajados critérios garantistas do nobre e valioso princípio da proporcionalidade em Direito Penal, quando o sistema vigente oferece opções de maior tranqüilidade e aprimorado tecnicismo legitimado constitucionalmente).

Nesse cenário é determinantemente oportuno considerar desde agora que a isenção de responsabilidade penal do AI deve partir do caso concreto e daí se classificar sua natureza jurídica. Ora, sendo previsíveis situações variáveis de práticas teoricamente infratoras no cotidiano da operação de infiltração, tantas mais não o são, do que é testemunha inequívoca a história secular desse mecanismo informativo e construtor de prova, desde os remotos instantes de sua prática informal, independen-

5 Isenção de responsabilidade por uma "manifestación concreta del cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un cargo" representa solução alternativa apontada, in exemplis, por CARMONA SALGADO, Concepción, em 'La circulación y entrega vigilada de drogas y el agente encubierto en el marco de la criminalidad organizada sobre narcotráfico' - Estudios jurídico-penales y político-criminales sobre tráfico de drogas y figuras afines (Coordinador: Lorenzo Morillas Cueva). Madrid/Esp., Dykinson, 2003, pág. 188.

temente das mutações criminosas atuais que o reclamam ao seu combate eficaz e do significado de absoluta legalidade de que se reveste em nossos dias o instrumento da infiltração policial em bandos, organizações e associações delinquentes.

AS TEORIAS PRIMORDIAIS DA CULPABILIDADE – RAZÃO DE SER, EIS A QÜESTÃO

Integrando a conduta do AI (e de qualquer autor) os itens cronológicos da tipicidade e da antijuridicidade na exigência conceitual e preliminar do crime, no enfoque da teoria dogmática do delito, satisfaz-se sua complementação nos meandros inarredáveis e vastos da culpabilidade cuja origem, desenvolvimento e disposição ante o operador do direito propiciaram a construção até nossos dias, e em nível de princípio (legal e supralegal), do antídoto jurídico da inexigibilidade de obediência à norma penal em circunstâncias pontuais, em que o império de fatores exógenos e circunstanciais valorativamente sobrepujantes, à mercê do caso concreto, priva a requisição de fidelidade psicossomática da pessoa ao dever comportamental esperado diante dessa mesma norma.

A culpabilidade foi elaborada, e tem sido discutida e aprimorada com particular distinção, em centros mundiais de excelência a teor da Alemanha, Itália, Espanha, França, de onde o mundo é testemunha dos seus postulados mais juridicamente desenvolvimentistas. O Brasil, representado por sua elite intelectual aproximada dessa sedutora temática, está em parte solidamente afinado no compasso progressista e mais avantajado desse elemento dogmático. Assim também no que pertence à inexigibilidade de conduta conforme o Direito Penal, condizente aos espaços reais onde o formalismo e a restrição de institutos e situações garantidoras mais específicas não logram alcançar a ausência de responsabilidade penal do agente ativo como expressão de justiça.

Pois bem, a síntese da culpabilidade no tempo é sobretudo valorável desde a teoria psicológica de fundamentação positivista do século XIX, asseverada por VON LISZT, que a entendia sendo uma singela

relação psicológica entre o autor e o fato, além da imputabilidade dever ser tratada em nível de pressuposto da culpabilidade. Deficiente para o evolucionismo dos nossos dias, ali também não tardou o diagnóstico de sua tímida presteza jurídica, até porque o instituto se atrelava a limites divagadores e inseguros no subjetivismo entre o agente ativo e a inevitável factualidade. O próprio VON LISZT, *a posteriori*, passou a se nutrir e contribuir na evolução do tema e a enfrentar a imputabilidade como elemento da culpabilidade⁶.

FRANK⁷, nos idos de 1907, integrado a uma homenagem à Universidade de Giessen/Alemanha, escreveu acerca da “estrutura do conceito de culpabilidade” dando azo a um primórdio juridicamente sólido para sua teoria normativa, que conteria a imputabilidade, o dolo ou a culpa, além da normalidade das condições de atuação do autor do fato.

Não obstante, FREUDENTHAL e GOLDSCHMIDT aperfeiçoaram notavelmente a teoria normativa da culpabilidade àqueles espaços e viabilizaram juridicamente as discussões pertinentes à inexigibilidade de conduta diversa em Direito Penal, respectivamente, cada um deles a seu modo. Ambos coincidiram, porém e v.g., quanto à estruturação da defesa de uma individualização profunda do juízo de culpabilidade, alojando à exigibilidade (elemento da culpabilidade) um significado individualizador vinculado aos casos concretos⁸. FREUDENTHAL⁹ alçou a inexigibilidade de conduta conforme direito ao padrão de causa geral e supralegal de exclusão da culpabilidade, inclusive com elevada crítica social. O poder atuar contrariamente à norma depende de “circunstâncias concorrentes ou concomitantes” que intercedam na ação do sujeito ativo, asseverou

6 *Veja-se, p.e., em VON LISZT, Franz, Tratado de Derecho Penal – Tomo II, com tradução de Jiménez de Asúa da 20ª edição alemã e adições de Quintiliano Saldaña, 2ª edição, Madrid/Esp. 1927, pág. 377.*

7 FRANK, R. *Über den Aufbau des Schuldbegriffs, en Festgabe für die Juristische Fakultät der Universität Giessen, Giessen, 1907.*

8 *Este aspecto é bem lembrado, entre mais autores, por AGUADO CORREA, Teresa, na Inexigibilidad de otra conducta en derecho penal – manifestaciones del principio de inexigibilidad en las categorías del delito – Granada/Esp., Editorial Comares, 2004, pág. 12.*

9 FREUDENTHAL, B. *Schuld und Vorwurf im geltenden Strafrecht. Zugleich ein Beitrag zur Kritik des Entwurfes zu einem Deutschen Strafgesetzbuch von 1919, Tübingen, 1922.*

com autenticidade esse autor. GOLDSCHMIDT¹⁰ firmou o enfrentamento objetivo da ação em dois (02) contextos perante a lei:

- 1) sua correspondência (legalidade) ou não com a norma de direito;
- 2) o aspecto de sua exigibilidade ou não com a norma do dever.

Disso, “é possível infringir uma norma de dever sem atuar culpavelmente”. Dito jurista, já naquele então, enfocou a inexigibilidade de observância normativa para situações de excesso compreensível em episódios de legítima defesa, em estados de necessidade não justificados, em casos de risco permitido etc., como óbvia exclusão de culpabilidade.¹¹

Essas referências, perfunctórias que sejam, referentes à parcela do impulso intelectual germânico para o desenvolvimento e a solidificação dogmática da teoria da culpabilidade em termos mundiais e a estruturação sistemática do instituto/princípio da inexigibilidade de conduta diversa em Direito Penal, sem olvidar o desvelo de outras destacadas culturas jurídicas, a exemplos da espanhola, italiana, portuguesa, brasileira, chilena, bem refletem seu protagonismo nessa extraordinária seara de idéias e ideais aprimoradores da justiça¹², norma valor universalizada e inarredável do existencialismo humano e da sua própria sobrevivência.

Assumindo objetivamente um salto cronológico, verdadeiras apologias estruturais acerca da teoria normativa da culpabilidade como notável meio delimitador do *jus puniendi* do Estado intervencionista, além da importância jurídica e da grandiosidade aplicativa do princípio da inexigibilidade de conduta diversa em Direito Penal, são discernidas por muitos e renomados cientistas jurídicos da atualidade.

10 GOLDSCHMIDT, J. *Der Notstand, ein Schuldproblem*, ÖstZStr, 1913, pags. 40 e segs.

11 *Idem supra*, pags. 162 e segs.

12 BITENCOURT, Cezar Roberto, no *Tratado de Direito Penal – Parte Geral 1 – 11ª edição*, São Paulo/SP/Br, Saraiva, 2007, pág. 349, refere ao tema no sentido de que as investigações de causalistas e finalistas resultaram na conclusão, “mais ou menos unânime, entendendo a culpabilidade como aquele juízo de reprovação dirigido ao autor por não haver obrado de acordo com o Direito, quando lhe era exigível uma conduta em tal sentido”.

A CULPABILIDADE NORMATIVA EM RESUMO

Policinando o ímpeto contra divagações tentadoras, além de restringidas por estes espaços redatores metodológicos, a temática moderna e turbulenta da categoria dogmática da culpabilidade finca-se em duas teorias básicas; a primeira delas mais referencial/ilustrativa ante a força contundente da evolução dos modernos institutos jurídicos, valorizadores dos direitos e garantias fundamentais, indissociáveis que são dos Estados de Direito, com relevo aos sociais e democráticos.

No marco da teoria jurídica do delito, a tipicidade ou ação típica é seqüenciada pela antijuridicidade ou ilicitude da conduta humana, as quais, uma vez configuradas, fazem-se complementadas pela culpabilidade, desaguando na punibilidade.

A teoria normativa para configuração da culpabilidade impõe o atendimento circunstancial a três requisitos:

- 1) a imputabilidade ou capacidade de culpabilidade (existência indubidosa das capacidades intelectiva e volitiva do agente¹³);
- 2) a presença do componente subjetivo, atinente ao dolo ou à culpa stricto sensu¹⁴; e
- 3) a exigência de conduta conforme o Direito Penal¹⁵ (diversa daquela praticada pelo autor).

13 Capacidade de entendimento do caráter criminoso do fato e capacidade do autor para agir segundo esse entendimento, respectivamente. A falência da primeira não faz desnecessária, sequer, a análise existencial da segunda, enquanto a constatação da primeira, sem a afirmação da segunda, torna inoperante a imputabilidade.

14 Dolo direto ou indireto (alternativo ou eventual), culpa imprudente, negligente ou imperita, culpa consciente, preterdolo.

15 Este elemento de exigibilidade está particular e diretamente atrelado ao domínio satisfatório da liberdade de ação do autor como item primordial da culpabilidade. Sobre esta observação, por todos e de modo abrangente, cito a MORILLAS CUEVA, Lorenzo, em *Derecho Penal – Parte General – Fundamentos conceptuales y metodológicos del Derecho Penal – Ley Penal*, Madrid/Esp., Dykinson, S. L., 2004, pág., 124, quando enfatiza que a reprovação do sujeito ativo há “de partir de la certeza jurídica de libertad como presupuesto de la actuación individual y centrarse en una determinación efectiva de que el hecho ciertamente atribuible a esa persona le puede ser asimismo responsabilizado en la medida en que há actuado libremente de forma antijurídica cuando podía haberlo hecho de otra manera”.

Mais modernamente e com notável e lógico predomínio, a culpabilidade¹⁶, através da teoria normativa pura, é integrada:

- 1) pela capacidade de culpabilidade;
- 2) pela consciência do ilícito da conduta; e
- 3) pela exigibilidade de outro comportamento, segundo as regras legislativo-penais vigentes.

É este terceiro item que provoca atenção destacada, clamando a investigação de ocorrências perante as quais a frustração da liberdade do agente no atuar possibilita a questionar e afirmar a ausência de sua responsabilidade penal, o que se passa em determinados circunstanciais não exatamente comuns. Refiro-me naturalmente ao princípio que à exigibilidade se contrapõe como expressão de garantia e segurança jurídica¹⁷.

O PRINCÍPIO DA INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA EM DIREITO PENAL

A imputabilidade penal encontra antagonismo na inimputabilidade ou incapacidade de culpabilidade do agente¹⁸. O conhecimento discernido sobre a ilicitude do comportamento desfalece ante a evidência do seu desconhecimento, escoando pela intermediação dos erros de tipo (antigo erro de fato) e de proibição (pretérito erro de direito). Restando a exigibilidade de conduta lastreada no Direito Penal vigente, a ela, então, se opõe a “inexi-

16 *Princípio básico “configurador del Derecho penal en el Estado democrático de Derecho”, ademais de “límite al ius puniendi estatal, como garantía de la persona contra el intervencionismo estatal”.* MORILLAS CUEVA, *idem supra* pág. 125.

17 JESUS, Damásio E., *p.e.*, em *Direito Penal – 1º Volume – Parte Geral (de acordo com a Lei nº 7.209, de 11-7-1984) – 28ª edição, revista – 2ª tiragem.* São Paulo/SP/Br, Editora Saraiva, 2006, pág. 483, ao discernir que “Adotada a culpabilidade normativa, não há culpabilidade todas as vezes que, tendo em vista as circunstâncias do conduta diversa daquela por ele cometida”. Prossegue: “Assim, a exigibilidade do comportamento diverso constitui um dos elementos da culpabilidade, enquanto a não exigibilidade constitui a razão de algumas causas de exclusão de culpabilidade”. caso concreto, não se possa exigir do sujeito uma

18 *Menores de 18 anos no Brasil (suas capacidades intelectual e volitiva se encontram teoricamente em formação), portadores de alterações e de anomalias psíquicas e portadores de transtornos mentais transitórios, sempre em nível de comprometimento mental absoluto.*

gibilidade de conduta diversa” ou a “inexigibilidade de conduta conforme o Direito Penal¹⁹”.

Este consagrado princípio²⁰ jurídico da atualidade é ferramenta imprescindível e complementar na expressão mais fiel da realização de justiça (finalidade precípua do Direito, afinal), sempre e quando os demais institutos dogmáticos disponíveis nos cadernos positivados (causas de licitude e dirimentes de criminalidade) não sejam suficientes nem capazes de aplicação técnica, sobremaneira diante de casos concretos, o que não inibe sua valoração para hipóteses também teóricas.

A norma penal impositiva de um dever comissivo ou omissivo ao jurisdicionado é e deve ser atendida, antes de tudo, como instrumento genérico, válido e eficaz para o equilíbrio nas relações jurídico-sociais, num reflexo de inafastável política criminal, fazendo significar a presença pujante da Ciência Penalista um mecanismo de controle social formal²¹. Ocorre que nem sempre é possível a exigência do cumprimento da norma de dever, em face da interferência de fatores preponderantemente externos²², comumente pragmáticos e muitas das vezes até inesperados sobre a esfera psicossomática do agente. Assim, essa intromissão exógena e real no modus operandi do homo medius por vezes se afirma sólida e vantajada o bastante a satisfazer jurídico-penalmente a segura não exigibilidade do comportamento do autor de conformidade ao de-

19 AGUADO CORREA, por todos, refere-se a “inexigibilidad de otra conducta” ou a “inexigibilidad de conducta conforme a Derecho”. *Inexigibilidade de otra conducta en derecho penal... cit.*, pág. 1.

20 Dada a expressão de importância evolucionista deste princípio, e mediante não precisamente aceitáveis argumentos (ao menos ainda), alguns renomados autores doutras plagas têm buscado reconhecer seu alojamento constitucional direto, a exemplos de BAUCELS LLADÓS, J. (*la delincuencia por convicción, Valencia/Esp.*, Ed. Tirant lo Blanch, 2000, pág. 311), FORNASARI, A. (*Il principio di inesigibilità nel diritto penale, Milano/It.*, Ed. Giuffrè, 1990, págs. 217 e 221) e ALBRECHT, R. K. (*Zumutbarkeit als Verfassungsmaßstab. Der eigenständige Gehalt des Zumutbarkeitsgedankes in Abgrenzung zum Grundsatz des Verhältnismäßigkeit, Ducker&Humblot, Berlim, 1999, págs. 203 e segs.*). A inexigibilidade se encontra, de maneira geral e suficiente para estes três pensadores, ancorada constitucionalmente na dignidade da pessoa, refletindo direitos e liberdades a ela inerentes.

21 O controle informal é exercido pela família, escola, ambiente laboral, religião, associação, etc.

22 Lembrando a WELZEL, FIGUEIREDO DIAS, Jorge, em *Direito Penal – Parte Geral – Tomo I. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime, Coimbra/Port.*, Coimbra Editora, 2004, pág. 559, por todos, escreve que “À luz de uma culpa como poder de agir de outra maneira o problema da exigibilidade deve continuar hoje a pôr-se como surgiu: como pressão do condicionismo exógeno, determinante de uma motivação anormal, sobre aquele poder, suscetível de conduzir, na situação, à sua exclusão”.

ver de atendimento a essa norma penal em vigor²³. Vale assegurar que nestes casos concretos não há culpa a ser valorada, senão inocência a ser afirmada, e o próprio respeito à amplitude do princípio da reserva legal (*nullum crimen sine culpa*) complementa esta exigência do Estado de Direito moderno, acima de tudo justo, e ainda num outro corolário referencial aos valiosos princípios gerais do direito²⁴. Por isso mesmo a requisição insensível de observância normativa em determinadas situações factuais desautorizadoras, por envolverem a incapacidade de domínio e liberdade do homem mediano, ainda que não previstas especificamente em lei, torna-se uma manifestação concreta de anti-direito; este contradiz a lógica, a harmonia e a racionalidade do próprio sistema, devendo e reclamando seu desassombrado repúdio jurídico com o afastamento do *jus puniendi* pelo Estado juiz²⁵.

Questão que envolve valoração central para a aplicabilidade do princípio da inexigibilidade com absoluta tranqüilidade jurídica se aloja na distinção técnica entre “o que é exigível” e “o que não é exigível” do AI (ou inclusive de qualquer outro indivíduo envolto na possibilidade aplicativa do instituto noutras searas teoricamente criminais) em seu benefício. É bem deduzível a presença sedutora de certa interferência do subjetivismo casuístico para eleição de uma estrutura jurídica plenamente confiável adesivada à inexigibilidade de conduta conforme o Direito, porém são apaziguadoras desse nervosismo duas considerações elementares: a

23 MIR PUIG, Santiago, em *Derecho Penal – Parte General – 7ª edición, Barcelona/Esp., Editorial Reppertor, 2004*, pág. 586 é enfático ao posicionar que a culpabilidade decai também quando o agente “actúa en una situación motivacional anormal a la cual el hombre médio hubiera sucumbido”. E prossegue que “Se dice entonces que se ha obrado en situación de <<no exigibilidad>>”,

porque se entende que el Derecho no considera exigible a nadie resistir a una presión motivacional excepcional que el hombre medio no podría soportar”.

24 A aplicabilidade dos princípios gerais do Direito é ainda instrumento de socorro e explosão legítima da inexigibilidade de conduta distinta em Direito Penal na geografia jurisdicional brasileira e de qualquer outra Nação de sistema aberto e democrático. Qualquer lacuna legislativa no sistema jurídico brasileiro encontra na infraconstitucionalidade do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/04.09.1942) amparo consagrado por seu caráter de abrangência. Isto sem olvidar a possibilidade até desnecessária de apoio subsidiário, in casu, da analogia in bonam partem.

25 No âmbito da culpabilidade, seu conteúdo de reprovação é integrado pelo dever e pelo poder do autor de adotar “uma resolução de vontade de acordo com o ordenamento jurídico e não a resolução de vontade antijurídica”, lembre BITENCOURT, no *Tratado de Direito Penal – Parte Geral 1... cit.*, pág. 349.

primeira, o fato de que a pendência de qualquer assédio de subjetivismo jurídico deve estar submissa a considerandos determinantes de ordem eminentemente objetiva, ou significa uma forte expressão neutralizadora de excessos ou invasão para além da geografia do justo pleonasticamente adequado; o segundo, a indissociabilidade do caso concreto como objeto de classificação, impedindo devaneios ofensivos à realidade e aos parâmetros da concretude. Disso, não parecem marcantes preocupações de alguns setores que estariam sinalizando a empecilhos classificatórios acerca do inadmissível e do corroborável jurídico-penalmente.

O caráter geral²⁶ da inexigibilidade como princípio²⁷ normativo supralegal²⁸ (e legal às situações contempladas diretamente nos ordenamentos jurídicos) de exculpação é algo assegurado na preponderância avassaladora do pensamento operador do direito moderno. Princípio, porque sua estrutura ampla, constitucional e infraconstitucionalmente vinculativa e inquebrantável, edificada e aprimorada cuidadosamente pelos derradeiros cem (100) nos mais destacados centros de excelência jurídica mundiais, e por seus mais destemidos juristas, projetando-o à atualidade mediante definida feição de imprescindibilidade superior, assim bem o define. Normativo, porque a aplicabilidade dos seus postulados e a obediência efetiva às suas justas regras constitutivas o registram no mármore da juridicidade como anteparo disponível e impositivo contra injustiças insanáveis através do emprego de outros institutos. Supralegal²⁹, porque o respeito e a observância a ele inerentes independem de

26 Recordando ANÍBAL BRUNO, DAMÁSIO DE JESUS alude que “a não exigibilidade vale por um princípio geral de exclusão de culpabilidade, que vai além das hipóteses tipificadas no Código e pode funcionar também com este caráter nos casos dolosos em que de fato não seja humanamente exigível comportamento conforme o Direito” (Direito Penal – 1º Volume – Parte Geral... cit., pág. 484).

27 “El concepto de no exigibilidad de conducta distinta a la habida, como ya se dijo ut supra, es un principio del Derecho penal moderno, y se funda en la idea “debido es sólo lo que puede ser exigido”, siendo, por tanto, la exigibilidad el alma de la culpabilidad” e “En resumen, en Derecho penal lo exigido es lo jurídico-penalmente debido”, mencionam COBO DEL ROSAL, Manuel/QUINTANAR DÍEZ, Manuel, em *Instituciones de Derecho penal español – Parte general, Madrid/Esp., CESED – Ediciones, 2004, pág. 202.*

28 “...hace ya tiempo que ha encontrado reconocimiento la aceptación de una causa de exculpación supralegal sobre la base de la capacidad de motivación del ciudadano medio, sobre todo desde que la jurisprudencia pareció inclinarse a favor de ella”, admitem JESCHECK/WEIGEND, em *Tratado de Derecho Penal – Parte General... cit., págs. 541 e 542.*

29 Merece citação acerca da supralegalidade do princípio, por todos, DAMÁSIO DE JESUS (Direito Penal – 1º

expressa previsão legislativa para sua validade, uma vez que resulta da exegese construtiva de todo um elenco de valores e princípios supremos e ordinários a exemplos da justiça, da segurança jurídica, do bem-estar cidadão, do desenvolvimento da personalidade, da dignidade da pessoa, da igualdade real, da lógica material e processual, da harmonia do sistema, da auto-complementação³⁰, corroborados na factualidade inegável de que nenhum legislador é capaz de esgotar a previsão formal de inexigibilidade de conduta conforme o Direito Penal.

Sobre a natureza jurídica da inexigibilidade, um entendimento que toma corpo, em especial no Continente Europeu, a entende aplicável em todos os elementos integrantes da teoria jurídica do delito (antijuridicidade e mesmo tipicidade), enquanto outro (majoritário) se satisfaz com a segurança limitadora de sua aplicação no marco da culpabilidade. Esta variação se dá no instante em que é valorada ou não a infração ao dever no patamar do injusto. Adotando-a deste modo, a exigibilidade sobra a ele atrelada. Mas se o entendimento é de que se esgota a infração na lesão ou colocação em perigo, resta acomodada na culpabilidade.

Quanto ao reconhecimento e efeitos da isenção de responsabilidade penal do AI, este desencontro dogmático não implica o que se poderia taxar de prejuízos concretos, não obstante considerar a inexigibilidade delimitada à culpabilidade me parecer mais harmonioso, definido e seguramente disciplinado.

O princípio da ICDDP é de tamanho vulto aplicativo e expressividade do justo, que a ordem apreciativa dos elementos integrantes da culpabilidade é adequadamente modificável, passando por uma inversão cronológica universalizável e extremamente reafirmadora da abrangência

Volume – Parte Geral... cit., págs. 483 e 484), ao aduzir que “Por mais providente que seja o legislador, não pode prever todos os casos em que a inexigibilidade de outra conduta deve excluir a culpabilidade. Assim, é possível a existência de um fato, não previsto pelo legislador como causa de exclusão da culpabilidade, que apresenta todos os requisitos do princípio da não-exigibilidade de comportamento ilícito. Em face de um caso concreto, seria condenar-se o sujeito unicamente porque o fato não foi previsto pelo legislador? Se a conduta não é culpável, por ser inexigível outra, a punição seria injusta, pois não há pena sem culpa. Daí ser possível a adoção da teoria da inexigibilidade como causa supralegal de exclusão da culpabilidade”.

30 Uma patente e insofismável manifestação do princípio da integração das leis penais e constitucionais.

equilibrada do instituto, com reflexos no próprio acesso à consciência do ilícito penal. É dizer que é oportuno analisar:

- 1) a exigibilidade/inexigibilidade de conduta conforme o Direito Penal;
- 2) as condições de acesso à consciência do ilícito; e
- 3) a capacidade de culpabilidade ou a imputabilidade do agente.

Essa alteração, além da própria lógica desenvolvimentista, e com especial desvelo em razão de se evitar a aplicação de medidas de segurança injustas contra inimputáveis, sempre e quando valoradas as condições da ação corretamente, pode isentar de igual modo qualquer imputável mediano de responsabilidade penal. E não se diga que medida de segurança não configura testemunho verdadeiro de restrição da liberdade, resultando caracteristicamente a restrição de um direito fundamental.

A ATUAÇÃO DO AI - REQUISITOS INDISPENSÁVEL

A atuação legalmente amparada do AI, assegurando-lhe a isenção de responsabilidade penal, está à mercê do atendimento de requisitos basilares, preferencialmente especificados mas juridicamente possíveis de dedução. Evidente que tal instituto, com tamanha importância e eficácia probatória, não prescindia de regras nítidas à sua operacionalidade. São, pois, cinco (05) as exigências fundamentais para o serviço legal de infiltração:

- 1) autorização judicial competente (prévia e circunstanciada);
- 2) integração do AI à força policial (componentes de outros Órgãos públicos ou civis em geral não podem assumir o papel de infiltrado, que ademais exige uma específica, discreta, compromissada e heterogênea preparação);
- 3) comprovação da necessidade de atuação do AI no meio delitivo, sendo vedado excesso de conduta de sua parte (outro meio deve ser empregado, sempre que disponível e similarmente eficaz);

- 4) ausência de induzimento ou instigação do AI em relação ao delinqüente ou delinqüentes, com repúdio a flagrantes preparadouros ou delitos provocados³¹ (é reclamada a atuação do criminoso ou criminosos em condições de liberdade comportamental, porém sem extremismos analíticos ou exigências intoleráveis, que poderiam impor o naufrágio jurídico-factual desse salutar instituto de combate à criminalidade³²); e
- 5) consentimento válido, eficaz e formal do AI (não basta a honra nem a distinção da escolha pelos superiores; isto, em face do perigoso e exigente circunstancial de privações, renúncias e sacrifícios corriqueiramente afetos à condição de AI, sendo desnecessário, através do princípio da confiança entre a autoridade policial gestora da infiltração e a judiciária a apresentação pessoal do futuro AI perante o magistrado, ressalvadas situações excepcionais).

SÍNTESE DOS INSTITUTOS JURÍDICOS GARANTISTAS APLICÁVEIS A ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE PENAL DO AI

Um sistema de isenção de responsabilidade penal que me parece lógico e garantista, até porque também disponível no sistema jurídico-penal vigente, uma vez tenha o AI atuado nos limites do ordenamento, sintetiza-se em quatro vertentes sucessivas, harmoniosas e autocomplementares.

- 1) Sempre que aplicáveis, e com precedência sobre as demais, as circunstâncias justificantes do art. 23 do CPB (estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal e exercício regular de um direito).

31 OLMEDO CARDENETE, Miguel, em 'La provocación al delito y el agente provocador en el tráfico de drogas' – Estudios jurídico-penales y político-criminales sobre tráfico de drogas y figuras afines (Coordinador: Lorenzo Morillas Cueva). Madrid/Esp., Dykinson, 2003, pág. 200, lembra que "la problemática del agente provocador no se agota en su dimensión política, criminológica o penal, sino que incide también en el plano procesal respecto a interrogantes tales como la validez (y sus límites) de las pruebas así obtenidas..., las dificultades que plantea la circulación controlada de droga... o, incluso, la propia figura del agente encubierto".

32 "La cuestión es especialmente delicada si se tiene además en cuenta que como la inmensa mayoría de los procesos en los que se detecta la existencia de un delito provocado son por tráfico de drogas, la sentencia absolutoria que exculpa de responsabilidad a los acusados viene en no pocos casos precedida por el padecimiento de prisión preventiva dictada por el juez instructor del sumario", enfoca muy adecuadamente OLMEDO CARDENETE ('La provocación al delito y el agente provocador en el tráfico de drogas' – Estudios jurídico-penales y político-criminales sobre tráfico de drogas y figuras afines... cit., pág. 209).

- 2) Quando possíveis, as causas legais de exclusão de culpabilidade (dirimentes) dos arts. 20, 21 e 22 do CPB (erro de tipo, erro de proibição, coação irresistível e obediência hierárquica).
- 3) Excepcionalmente incidente, a igualmente exclusão de culpa específica do art. 28, §1º, do CPB (embriagues “completa” derivada de caso fortuito ou força maior).
- 4) Finalmente, a INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA EM DIREITO PENAL, princípio legal (art. 348, §2º³³, do CPB) e SUPRALEGAL de exclusão de culpabilidade e conseqüente isenção de pena, GENÉRICO e de CARÁTER NORMATIVO. Isto, reitero, para situações de impossibilidade técnico-aplicativa de qualquer das demais causas de afastamento da responsabilidade penal do AI distribuídas nos números 1/3 deste item 9.

E laborando o AI na estrita observância da juridicidade anteriormente enfocada (requisitos para a infiltração atendidos, afastamento da responsabilidade criminal classificado), o escoamento processual infraconstitucional é óbvio ocorrer através do art. 386 (“O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça”), V (existir circunstância que exclua o crime ou isente o réu de pena {arts. 20, caput e §1º, 1ª parte, 21, caput, 2ª parte, 22, 23, I/ III, e 28, §1º³⁴, do Código Penal}”), do CPPB. Esta redação em nada inibe a inclusão da ICDDP, devido a sua força jurídica e político-criminal como causa supralegal, normativa e genérica de neutralização da culpabilidade, com lastro inspirador constitucional, tudo anteriormente melhor dissecado.

PROPOSTA DE LEGE FERENDA

É sugestivamente saudável, na ânsia de um harmonioso deslocamento do princípio da inexigibilidade de conduta diversa em Direito Pe-

33 Por exemplo CERESO MIR, José, em Obras Completas I – Derecho Penal – Parte General – Reunión dos Tomos I, II e III do Curso de Derecho Penal – Parte General, atualizados em espanhol, co-edição brasileira, São Paulo/ SP/Br, Editora Revista dos Tribunais e ARA Editores, 2007, pág. 1003 (prefácio de Luiz Régis Prado) – texto original da 1ª edição peruana/Lima –, enfoca entendimento

doutrinário no sentido do favorecimento entre certos parentes constituir uma “causa de inculpabilidad basada en el principio de la no exigibilidad de outra conduta”.

34 Artigos adaptados à PGCPB (Lei nº 7.209/1984).

nal da esfera supralegal para uma mais definida localização institucional/comportamental do AI no Texto da Lei nº 9.034/1995, embora não imprescindível, apontar o seguinte escrito em nível de acréscimo legislativo para reflexões:

Art. ... O agente infiltrado estará isento de responsabilidade criminal sempre e quando atuar em situações que impliquem ser consequência necessária para o desenvolvimento da investigação, preservada a proporcionalidade ante os fins a que se destina a operação, e vedada conduta instigadora ou provocadora à prática do delito pelo investigado ou investigados.

A partir e sob a égide dessa proposta redatora objetivamente se positiva e limita mais satisfatoriamente a exclusão da responsabilidade criminal do AI pelos atos praticados durante o serviço que lhe corresponde.

CONCLUSÃO

A lógica e o bom senso são mesmo resguardos da apologia do direito. E acreditando na inspiração dos melhores predicativos concretos desse raciocínio, não creio ser a melhor política criminal buscar a determinação de uma exclusiva causa de afastamento da responsabilidade penal do AI como uma fórmula generalizante.

Sim, haja vista a imprevisibilidade das complexas e perigosas situações que podem e comumente se apresentam durante o trabalho de infiltração, mesclando contextos justificantes com dirimentes específicas de criminalidade, aliados à supralegalidade do princípio da inexigibilidade de conduta diversa. A isenção de responsabilidade criminal, uma vez gramaticalmente prevista ou lógico-sistemática e teleologicamente deduzida, sem eleição dessa ou daquela causa específica, parece mais assegurável para o manuseio destacadamente confiável do justo como resposta aplicativa.

E qualquer relação de probabilidades comportamentais jamais haveria de ser exaustiva, senão meramente exemplificativa no cenário

prático, colocando em perigo concreto não somente o melhor resultado da operação, mas também a discricção do instrumento e, muito pior, a própria vida do AI.

Há ocasiões inegáveis em que as circunstâncias da operação isolam o agente por largos períodos de qualquer contato com seus gestores, devendo ele atuar *spont sua*, o que põe à prova os extremos do treinamento recebido, o equilíbrio humano radical, a improvisação inteligente e a necessidade de uma garantia jurídica flexível em defesa da atividade laboral desse agente e das próprias salvaguardas aos seus familiares, passíveis que são de afetação direta e conseqüente.

Vislumbro a adequação valorativa de três etapas primordiais na contextualização da atividade do AI rumo à exclusão de sua responsabilidade penal. A primeira deve se ater à observância de preenchimento da operação quanto a todos os requisitos para sua validade e eficácia jurídica. A segunda carece esmiuçar analiticamente cada caso concreto de missão de AI e assim projetá-lo num prisma de realidade legítima ante o sistema jurídico-penal e constitucional. A terceira incumbe classificar o tipo indudioso de isenção de responsabilidade penal, identificando, então, sua natureza jurídica, para aplicação do Direito cirurgicamente, sem demandar qualquer rasto de injustiça.

Em suma, inobservo maiores dificuldades jurídicas para uma organização menos lacunosa à questão do afastamento da responsabilidade penal do AI e ainda a alguns reparos e a uma série de complementações referentes à Lei nº 9.034/1995. O que sobra de tudo transparente é a necessidade de imediata dedicação científica nesse rumo e da vontade legislativa, caracteristicamente homeopática, no mesmo sentido. ✍

RICARDO VITAL DE ALMEIDA

Juiz de Direito da Justiça Militar (TJPB)

Professor Titular de Direito Penal e Processual (UEPB)

Doutor em Direito (UGr/Esp.)

ABSTRACT

Criminality, in its way, advances with wide and challengingly steps in our days. Specially the organized delinquent activity, congregating ways and supports each time more sophisticated to the social and the legally tolerable edge. The citizenship, nourishing the deepest feeling of insecurity, lacks of the state support that it is natural attribute of legitimacy and legality. In the eagerness of this declared war for the little sensible modernity of times, the Law Rules cannot allow the passive remit to the domain of criminal absolutism. Between its defensive and projected mechanisms in the deepest legality and institutional effectiveness against the organized crime, it is affirmed figure of the infiltrated agent, discussed in its special proper essence, while it is vital serving in legitimate to the balanced combat and determinative to banditry. This institute (IA) needs increasing legal support and persistent and perspicacious legal stimulation, expressing a conquest of which we do not have nor we can allow to renounce.

KEYWORDS: Legislation. Constitutional readiness. Penal norms. Infiltrated agent. Organized Crime. Guilt. Penal right.

REFERÊNCIAS

- AGUADO CORREA, Teresa. *Inexigibilidad de otra conducta en derecho penal – manifestaciones del principio de inexigibilidad en las categorías del delito*. Estudios de Derecho Penal dirigidos por Carlos María Romeo Casabona. Granada/Esp., Editorial Comares, 2004.
- AGUADO CORREA, Teresa. *El principio de proporcionalidad en Derecho Penal*. Madrid/Esp., EDERSA, 1999.
- ALBRECHT, R. K. Zumutbarkeit als Verfassungsmaßstab. *Der eigenständige Gehalt des Zumutbarkeitsgedankes in Abgrenzung zum Grundsatz des Verhältnismäßigkeit*. Berlin/Al., Ducker&Humblot, 1999.
- BAUCELS LLADÓS, J. *La delincuencia por convicción*. Valencia/Esp., Ed. Tirant lo Blanch, 2000.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – Parte Geral 1 – 11ª edição*. São Paulo/SP/Br, Editora Saraiva, 2007.
- CARMONA SALGADO, Concepción. *‘La circulación y entrega vigilada de drogas y el agente encubierto en el marco de la criminalidad organizada sobre narcotráfico’ - Estudios jurídico-penales y político-criminales sobre tráfico de drogas y figuras afines* (Coordinador: Lorenzo Morillas Cueva). Madrid/Esp.,

- Dykinson, 2003, págs. 165/197.
- CEREZO MIR, José. *Obras Completas I – Derecho Penal* – Parte General – Reunião dos Tomos I, II e III do Curso de Derecho Penal – Parte General, atualizados em espanhol. Co-edição brasileira (Prefácio de Luiz Régis Prado), São Paulo/SP/Br, Editora Revista dos Tribunais e ARA Editores, 2007 – texto original da 1ª edição peruana/Lima.
- COBO DEL ROSAL, Manuel/QUINTANAR DÍEZ, Manuel. *Instituciones de Derecho penal español* – Parte general. Madrid/Esp., CESED – Ediciones, 2004.
- ESTUDIOS JURÍDICO-Penales y Político Criminales Sobre Tráfico de Drogas y Figuras Afines (Coordinador: Lorenzo Morillas Cueva). Madrid/Esp., Dykinson, 2003.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal* – Parte Geral – Tomo I. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime. Coimbra/Port., Coimbra Editora, 2004.
- FORNASARI, A. *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*. Milano/It., Ed. Giuffré, 1990.
- FRANK, R. *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*, en Festgabe für die Juristische Fakultät der Universität Giessen. Giessen/Al., 1907.
- FREUDENTHAL, B. *Schuld und Vorwurf im geltenden Strafrecht*. Zugleich ein Beitrag zur Kritik des Entwurfes zu einem Deutschen Strafgesetzbuch von 1919. Tübingen/Al., 1922.
- GOLDSCHMIDT, J. *Der Notstand*, ein Schuldproblem, ÖstZStr, 1913.
- JESCHECK, Hans-Heinrich/WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal* – Parte General (traducción de Miguel Olmedo Cardenete) – Quinta edición. Granada/Esp., Editorial Comares, 2002.
- JESUS, Damásio E. *Direito Penal* – 1º Volume – Parte Geral (de acordo com a Lei nº 7.209, de 11-7-1984) – 28ª edição, revista – 2ª tiragem. São Paulo/SP/Br, Editora Saraiva, 2006.
- JESUS, Damásio E./RAMAZZINI BECHARA, Fábio. *Agente infiltrado: reflexões penais e processuais*. <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7360>.
- MANTOVANI, Ferrando. *Diritto Penale* – Parte Generale – Quarta edizione. Stampato in Itália, CEDAM, 2001.
- MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal* – Parte General – 7ª edición. Barcelona/Esp., Editorial Reppertor, 2004.
- MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Derecho Penal* – Parte General – Fundamentos

conceptuales y metodológicos del Derecho Penal – Ley Penal. Madrid/Esp., Dykinson, S. L., 2004.

OLMEDO CARDENETE, Miguel. *‘La provocación al delito y el agente provocador en el tráfico de drogas’* – Estudios jurídico-penales y político-criminales sobre tráfico de drogas y figuras afines (Coordinador: Lorenzo Morillas Cueva). Madrid/Esp., Dykinson, 2003, págs. 199/209.

ROXIN, Claus. *Derecho penal* – Parte general – Tomo I – Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito (traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal). Madrid/Esp., Thomson Civitas, 1999 (reimpresión).

VON LISZT, Franz. *Tratado de Derecho Penal* – Tomo II, tradução de Jiménez de Asúa da 20ª edição alemã, com adições de Quintiliano Saldaña, 2ª edição, Madrid/Esp. 1927.