

AGENTE INFILTRADO E A DUPLA FACE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

UNDERCOVER AGENT AND THE TWO FACES OF THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY

Thaís Oliveira Nascimento^{1*}, Júlio César Rodrigues Ugalde²

1. Direito. Faculdade Interamericana de Porto Velho UNIRON. RO. BRASIL.
2. Especialista. Faculdade de Rondônia FARO. RO. BRASIL.

***Autor correspondente:** thais.oliveira1480@gmail.com

RESUMO

O presente trabalho teve como objetivo geral procurar entender a Lei 12. 850/13, responsável por definir organização criminosa e principalmente os meios extraordinários de obtenção de provas. Em específico foi abordado o meio de produção de provas intitulado infiltração de agentes e seus reflexos no ordenamento jurídico. Além disso, foi verificada a natureza jurídica da exclusão da responsabilidade penal do agente infiltrado quando ele pratica ou participa de algum crime durante a investigação criminal. Por fim, apontamos ainda quem são os legitimados para ser agente infiltrado, capacidade, requisitos da infiltração, prazo, direitos do agente infiltrado e sustação da infiltração. Dessa forma, a presente pesquisa proporcionou uma melhor compreensão do princípio da proporcionalidade quanto a sua punição ou garantia de direitos perante o Estado, que tem papel fundamental em aplicar a norma jurídica, desde que não afete os princípios e garantias estabelecidos na Constituição Federal, tanto para o agente infiltrado, que estará obedecendo a normas de um superior hierárquico, como para indivíduos que compõem o crime organizado.

Palavras-chave: Agente Infiltrado. Organização Criminosa. Proporcionalidade.

ABSTRACT

The present paper aims to study and understand Law 12.850/2013 responsible for defining criminal organization and, mainly, the extraordinary means of obtaining evidence. It was approached, specifically, the way of obtaining evidence called 'agent infiltration' and how it reflects in the legal order. Besides that, it was verified the legal nature of the exclusion of criminal liability of the undercover agent when he practices or engage in any criminal activity during the criminal investigation. Lastly it was pointed who are legitimized to be an undercover agent, and also the capacity, requirements to the infiltration, procedures, rights of the undercover agent and discontinuance of the infiltration. Therefore, the present research propitiated a better understanding of the principle of proportionality in regards to the punishment or guarantee of rights in the face of the State, which plays a fundamental role in applying the legal norm, as long as it doesn't affect the principles and guarantees established in Constitution, both to the undercover agent, who will obeying the norms of a superior, as for the individuals who belong to the organized.

Keywords: Undercover Agent. Criminal Organization. Proportionality.

INTRODUÇÃO

O crime organizado tornou-se uma grande preocupação para as autoridades brasileiras, sendo possível notar nos dias atuais uma grande repercussão nas mídias sociais, não deixando dúvidas de que o crime está cada vez mais tomando conta dos setores da atividade econômica, sendo possível usar como exemplo a Lavagem de Dinheiro.

O legislador então se viu na condição de promover meios para combater o crime organizado, criando assim a Lei de Organização Criminosa, Lei nº 12.850/2013¹. Na presente lei, está previsto o papel do agente infiltrado, principal meio de estudo desta pesquisa, trazendo, assim, meios de se obter em provas para então dismantelar a organização criminosa. Porém tal papel é tratado de forma polêmica em nosso ordenamento, trazendo divergências entre os mais renomados doutrinadores e até mesmo perante a sociedade.

Tal problemática é levantada quanto à natureza jurídica da exclusão da responsabilidade penal do agente infiltrado, caso ele pratique ou participe de algum crime. E, se ao cometer tal crime ou se tornar partícipe, se o mesmo será punido pelo Estado em igualdade com os outros criminosos ou se a lei que assim o protege, garantirá de forma

especial a sua excludente de responsabilidade penal.

O desafio estava proposto, tendo em vista que, dependendo da conduta do agente infiltrado, este será punido, fato que irá restringir a sua atuação como policial e será impedido de adquirir seus direitos como indivíduo pertencente a um Estado Democrático de Direito.

Assim, diante desta problemática, analisaremos até que ponto o agente infiltrado poderá invocar excludentes de responsabilidade criminal quando obrigatoriamente tiver que cometer ilícitos penais durante a persecução, para não ter a identidade revelada e assim macular a investigação. Como principais hipóteses assim serão elencadas: a) possibilidades em que o agente infiltrado poderá cometer ilícitos no seio da operação de infiltração; b) aplicação de uma regra geral no momento da análise da responsabilidade penal do agente infiltrado; c) limites da responsabilidade do agente infiltrado analisando o concurso de pessoas e em quais casos serão aplicadas as hipóteses de autoria e participação.

Proceder-se-á à presente pesquisa por meio de delineamento qualitativo, pois o mesmo carrega um caráter exploratório, sendo possível colher informações. Quanto aos objetivos apresentados, será uma pesquisa exploratória, tornando

possível um levantamento bibliográfico. Em se tratando dos procedimentos técnicos assim apresentados, será feita uma pesquisa bibliográfica, por se tratar de uma fonte de informações muito rica por serem expostos pelos mais renomados doutrinadores do nosso ordenamento jurídico. Em conclusão, será usado o método dedutivo e dialógico, sendo viável sua utilização por haver maior compreensão de uma regra geral, sendo assim possível chegar a uma conclusão daquele caso em específico e o método dialético, trazendo argumentos que assim explanem novas ideias e por meio dessas comprovar o que está sendo dito.

DAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS: aspectos legislativos e históricos

Caberá em primeiro momento identificar os aspectos legislativos e históricos que assim fazem parte do nascimento da caracterização das organizações criminosas. Nos dias atuais, podemos identificar pelos diversos meios de comunicação que o crime organizado se tem tornado cada vez mais um dos maiores problemas no mundo em que vivemos, causando preocupações entre a população e as autoridades que ali se fazem presentes.

De acordo com Lima², a prática criminosa teve seu início em países como

a Itália, onde os integrantes eram conhecidos como uma espécie de família, na qual agiam com uma única finalidade: contrabando e extorsão e, posteriormente, passou a atuar na política com a compra de votos e lavagem de capitais. Ainda destaca outra organização muito conhecida de origem japonesa, a Yakusa, onde grande parte dos seus membros era exclusivamente masculina e se diferenciava das outras pelo simples fato de que seus integrantes eram tatuados com imagens de samurais, dragões e serpentes.

No Brasil, a manifestação da organização criminosa teve o seu marco entre o final do século XIX e começo do século XX. Foi então apontado pela doutrina quanto à atuação do cangaço, bando que era liderado por Virgulino Ferreira da Silva, também conhecido como “Lampião”, e, conseqüentemente, as associações criminosas que estariam voltadas à exploração dos jogos de azar, tráfico de drogas, armas e de animais silvestres. Portanto, foi definindo no ordenamento jurídico como sendo uma das primeiras organizações criminosas que seriam implantadas em nosso país².

No final do ano de 1979, foi possível detectar o surgimento do Comando Vermelho, criado dentro dos presídios do Estado do Rio de Janeiro, tendo como principal objetivo dominar o Tráfico de

Drogas nos morros do Rio de Janeiro. Já no ano de 1993, com origem no interior do sistema carcerário, surgiu o Primeiro Comando da Capital (PCC), cujo objetivo mais interessante era o de melhorar a vida dos detentos dentro dos presídios².

José³ destaca que, em 1989, foi criado o primeiro Projeto de Lei, de nº 3.516, nomeado como Projeto Miro Teixeira, tratando este da criminalidade e as suas formas de combatê-la.

Procurou-se uma definição mais precisa de organização criminosa, levando em consideração que o conceito que existia no referido projeto foi alterado pelo Projeto de Lei nº 62, definindo em seu art. 2º que: “Considera-se crime organizado o conjunto de atos delituosos que decorram ou resultem das atividades de quadrilha ou bando, definidos no art. 288 do Decreto-Lei n. 2.848/40 Código Penal.”

Tendo em vista a preocupação do Estado quanto às possíveis ameaças à sociedade, o mencionado projeto de lei deu origem à lei nº 9.034/95, tratando da utilização dos meios operacionais para a prevenção e repressão das ações praticadas pelas organizações criminosas, como também regulou os meios de prova e os procedimentos investigatórios que versarem sobre ilícitos decorrentes das ações praticadas por quadrilha ou bando, ou organizações

ou associação criminosa. Porém esta lei não definiu o conceito de crime organizado ou organização criminosa, criando grandes críticas entre doutrinadores do nosso ordenamento jurídico⁴.

Por conseguinte, foi incorporada em nosso ordenamento jurídico com o Decreto 5.015/04 a Convenção de Palermo, trazendo consigo grandes críticas tendo em vista que a definição dada de organização criminosa é muito ampla, genérica, violando a taxatividade, e o princípio da legalidade. Além do que a Convenção vale para as relações com o direito internacional, e não com o direito interno. Sendo assim, o STF adotou pelo HC 96.007/SP que tratados e convenções internacionais não poderiam criar crimes e cominar penas, entendendo que deste modo deveria ser criada uma lei que contemplasse o real conceito de organização criminosa⁴.

Destaca ainda que se mostrou necessário a criação da Lei 12.694/2012, revogando a lei nº 9.034/95, trazendo o julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição e, por fim, definindo organização criminosa, de acordo com o art. 2º da referida lei⁴.

Tais divergências mostram que não havia um conceito que realmente definisse organização criminosa, dando um marco para a criação da Lei

12.850/2013¹ e decorrente disto, foi possível redefinir e criar um conceito próprio de organização de acordo com o art. 1º, §1º da referida lei.

A recente lei priorizou por estruturar o conceito de organização criminosa em quatro aspectos importantes: o primeiro será equivalente ao aspecto quantitativo de membros; o segundo terá como referência o *modus operandi*, em se tratando do seu aspecto formal; o terceiro estará ligado ao aspecto finalístico, relacionando-se com a intenção de obter uma vantagem ilícita e, finalmente, será tratada a gravidade das infrações penais. E terá como objeto jurídico tutelado a paz pública, tendo em vista que o sentimento da coletividade, segurança e confiança são pontes indiscutíveis².

Para a presente Lei, a associação deverá estar estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas entre os integrantes. Afirma-se ainda que além da pluralidade de agentes, tal tipo penal requer estabilidade e permanência. À vista disso, as atividades da organização criminosa carregarão consigo uma característica fundamental da teoria do domínio funcional do fato e, por meio desta, será entendido que basta uma reunião dos autores, cada um em suas funções, para que seja atribuída a prática do delito.⁵

Por fim, é válido mencionar que a referida lei também definiu associação criminosa, modificando o *nomen iuris* do crime e assim dando nova redação ao então tipo penal previsto no art. 288 do Código Penal⁴.

Ante o exposto, com o advento da Lei 12.850/2013, foi possível identificar um conceito próprio de organização criminosa e destacar uma grande evolução e inovação em se tratando dos meios de provas que estão previstos no art. 3º da referida lei.

Isto posto, o Estado poderá utilizar-se dos presentes meios de provas durante a investigação criminal, em especial, a infiltração de agentes que será objeto de estudos no presente artigo, o qual trouxe consigo meios para obtenção de provas para dismantelar a organização criminosa. Tal papel é tratado de forma polêmica nos dias atuais entre a sociedade, trazendo consigo muitas divergências entre os mais renomados doutrinadores.

DA INFILTRAÇÃO DE AGENTES

De acordo com Marcos Lima⁶, ao falarmos da origem do agente infiltrado, deve-se levar em consideração que tal papel é similar ao papel do espião, tendo este seu início no auge da Guerra Fria (1945), constituindo-se como uma técnica militar das mais antigas, referência dada

no livro Arte e Guerra escrito por Sun Tzu²⁷ no século IV a.C, no qual, o antigo general chinês declara quão importante é o papel do espião nos campos de batalha.

No Brasil, o papel do agente infiltrado surgiu de fato com a Lei 10.217/2001, passando a ser utilizado com mais eficácia em nosso ordenamento com a criação da Lei 9.034/95 e atualmente com a Lei 12.850/13⁷.

Levando em consideração os aspectos legislativos que podem ser apresentados, cabe destacar que a revogada Lei 9.034/95 estabelecia que seria possível, em qualquer fase criminal que envolvesse ações praticadas por organizações criminosas, a infiltração por agente da polícia ou de inteligência, os quais tomavam frente das tarefas de investigações que eram constituídas pelos órgãos especializados, mediante uma autorização judicial.

Sendo assim, é considerável destacar que foi possível disciplinar pela primeira vez em nosso ordenamento jurídico tal instituto, devendo ser apresentado ponto a ponto para melhor entendimento, sendo os principais: conceito, legitimidade, requisitos para a infiltração, prazo, direitos do infiltrado, sustação da infiltração e, por fim, responsabilidade criminal do agente infiltrado.

CONCEITO DE AGENTE INFILTRADO

Ao ser considerado o agente infiltrado, um integrante do órgão policial deverá ser introduzido de forma dissimulada em uma organização criminosa, devendo, portanto, agir como se criminoso fosse ocultando sua identidade e tendo como principal objetivo dismantelar o crime organizado e ajudar o Estado a resolver tal conflito.

Em vista disso, é possível apresentar o seguinte conceito de agente infiltrado⁵:

A infiltração de agente consiste em um meio especial de obtenção de prova – verdadeira técnica de investigação criminal -, por meio do qual um agente de polícia, judicialmente autorizado, ingressa em determinada organização criminosa, forjando a condição de integrante, com o escopo de alcançar informações a respeito de seu funcionamento e de seus membros.

De acordo com a doutrina majoritária, existem três características que serão capazes de identificar o papel de um agente infiltrado, sendo eles: a dissimulação, responsável pela ocultação da condição e intenções do agente; o engano, tendo em vista que em toda infiltração o agente irá se apoiar em uma encenação, tendo como consequência que o mesmo obtenha a confiança dos envolvidos na organização criminosa; e a interação, ou seja, um tipo de relação

direta e pessoal vinculada ao agente e ao autor.⁵

DOS LEGITIMADOS

Segundo o art. 10 da Lei 12.850/2013¹, a infiltração de agentes de polícia nas tarefas de investigação será desencadeada a partir de uma representação do delegado de polícia ou perante requerimento do Ministério Público, devendo, porém, o juiz competente ouvir primeiramente o Ministério Público em casos em que haja representação primeiramente pelo delegado de polícia.

Cabe destacar que o delegado de polícia é o principal meio para escolher o agente infiltrado, tendo em vista que o mesmo conhece o quadro de policiais, entendendo qual seria o perfil mais adequado para cumprir o que está sendo imposto, ou seja, a polícia deverá expor, de forma fundamentada, as condições técnicas para aplicação da infiltração, sua viabilidade no campo operacional, entre outros.⁵

Por fim, a lei não prevê a possibilidade de determinação *ex officio* de infiltração policial. Caso ocorra em fase investigatória, ao magistrado é proibido autorizar de ofício a medida, quer por mácula ao sistema acusatório, quer por violação ao previsto no art. 282, §2º do Código de Processo Penal.⁵

QUEM TERÁ CAPACIDADE PARA SER AGENTE INFILTRADO?

De acordo com o art. 10 da Lei de Organizações Criminosas¹, a infiltração em tarefas de investigação deverá ser realizada especialmente por agente de polícia. Cabendo destacar que a então lei revogada 9.034/1995 admitia a infiltração por agente de polícia e por agentes de inteligência. Porém, em entendimento diverso do exposto em lei, Marçal & Masson⁵ defendem a ideia de que somente será permitida a infiltração se houver indícios de crime de organização criminosa, logo, entendendo que somente os agentes policiais encarregados deste delito poderão agir como infiltrados, isto é, integrantes da Polícia Federal⁹, previsto no art. 144, §1º, I, CF/1988 e os integrantes da Polícia Civil, previsto no art. 144 §4º da CF/1988.

Além de tudo, de acordo com a doutrina majoritária, é inviável a infiltração por agentes particulares, ainda que eles exerçam funções de meros informantes, tendo em vista que não há previsão legal em nosso ordenamento jurídico.⁵

REQUISITOS DA INFILTRAÇÃO

De acordo com os artigos 10 e 11 da Lei 12.850/2013, a infiltração policial será permitida somente se preenchidos os presentes requisitos: prévia autorização

judicial, *fumus comissi delicti e periculum in mora*, indispensabilidade da infiltração e anuência do agente policial¹.

Em se tratando da prévia autorização judicial, deverá ser precedida de circunstanciada, motivada e sigilosa autorização, estabelecendo, portanto, os seus limites e, de acordo com a Constituição Federal de 1988, art. 93, inciso IX, a autorização deverá ser fundamentada, e não ocorrendo, será passível de anulação absoluta, devendo ser indicadas às diretrizes que devem ser observadas pelo agente infiltrado e os detalhes dos procedimentos investigatórios produzidos pelo mesmo².

Sendo assim, deverá ser observado o *fumus comissi delicti e periculum in mora*, estando o primeiro vinculado a elementos que comprovem a existência de crimes praticados por organizações criminosas.

PRAZO DA INFILTRAÇÃO

Conforme o disposto no art. 10, §3º, da Lei de Organização Criminosa¹, a infiltração terá o prazo de até 6 (seis) meses, podendo ser renovado, desde que seja comprovada a sua necessidade, podendo ser renovada, desde que fundamentada.

DIREITOS DO AGENTE INFILTRADO

De acordo com a Lei de Organizações Criminosas¹, art. 14, foi possível estabelecer os direitos do agente

infiltrado, sendo eles: em caso de recusa ou cessão da atuação de infiltração, está poderá ser de forma voluntária, sendo assim, caso o infiltrado não se sinta preparado, por várias razões, este poderá recusar a missão, porém, havendo aceitação, o agente poderá fazer cessar sua atuação, desde que tenha indícios de que o mesmo sofre risco iminente.

Em se tratando da sua identidade, de acordo com a Lei 9.807/1999, poderá ser feita uma alteração de identidade, levando em consideração que durante a infiltração, caso este seja descoberto, poderá sofrer transtornos psicológicos e até risco de morte, podendo ainda o agente infiltrado desfrutar das medidas protetivas previstas na lei já citada, em seu art. 7º¹⁰.

SUSTAÇÃO DA INFILTRAÇÃO

Levando em consideração o art. 12, §3º, caso seja entendido que o agente infiltrado está sofrendo iminente risco de vida e levando em consideração que o mesmo é amparado pelo seu direito de cessar a atuação, a infiltração deverá ser interrompida mediante requerimento do Ministério Público ou Delegado de Polícia¹.

É considerado inaceitável que o Estado, estando ciente de que o seu servidor público sofre iminente perigo de

vida, ignore tal situação e continue com a operação que, futuramente, poderia resultar em algo fatal. Logo, sustada a operação, deverá o agente infiltrado comunicar o fato ao Delegado de Polícia e ao Ministério Público, com a intenção de que o juiz, ao estar ciente, encerre a diligência².

Embora o papel do agente infiltrado seja de grande valia para combater o crime organizado no Brasil, este instituto carrega consigo questionamentos quanto à sua atuação e responsabilidade penal, quando este tiver que agir além dos limites que serão impostos na autorização judicial ou até mesmo quando se tratar de situações de estado de necessidade⁷.

Portanto, devem ser analisados os limites de sua atuação, bem como sua responsabilidade penal quando assim extrapolar os limites que antes foram determinados judicialmente e, ainda, situações de inexigibilidade de conduta diversa, para que assim seja apurado se haverá ou não punibilidade para o agente e, havendo, se esta será proporcional.

INFILTRAÇÃO DE AGENTES E UMA ANÁLISE CONSTITUCIONAL

Mirabete¹¹ declara que assim como outro qualquer ramo do direito, o Direito Processual Penal deverá ser submetido ao Direito Constitucional, tendo em vista

sua necessidade hierárquica das leis, mesmo que estejamos tratando de uma Lei Especial.

A Lei de Organização Criminosa, ao apresentar o papel do agente infiltrado, trouxe para o ordenamento jurídico grandes questionamentos, entre eles, sua constitucionalidade.

De forma breve, conforme entendimento majoritário, é possível observar que não há nenhum tipo de inconstitucionalidade, pois, mesmo não havendo expressamente sua previsão, estamos diante de garantias fundamentais, como o amparo ao direito à vida, integridade física e moral, liberdade e segurança, presumindo-se que estarão autorizados os meios para sua garantia perante o Estado, ou seja, agindo o Estado dentro do seu limite e com as devidas proporcionalidades, estaremos em total acordo com a Constituição¹³.

Por fim, tendo apresentado esta peculiaridade quanto ao papel do agente infiltrado ante a Constituição, caberá no presente momento uma análise mais aprofundada quanto aos tipos de correntes adotadas pela doutrina majoritária quanto à possibilidade de exclusão de responsabilidade penal do agente quando assim cometer atos ilícitos dentro da organização criminosa.

A EXCLUSÃO DE RESPONSABILIDADE DOS AGENTES INFILTRADOS

Inicialmente, é importante destacar que, conforme apresentado no decorrer do presente artigo, o agente infiltrado será um policial investido de autorização judicial para ingressar na organização criminosa, estando na condição de integrante, para que seja alcançado o principal objetivo da investigação⁵.

Deste modo, o juiz que autorizou judicialmente controlará a infiltração através dos relatórios de caráter contínuo tendo em vista a perduração da medida, uma vez que, violado os direitos fundamentais dos acusados, o juiz verificará se há necessidade de continuar com a medida para dissolução da organização criminosa ou se deverá ser suspensa. Destaca-se que as provas colhidas pelo agente infiltrado serão consideradas lícitas no ordenamento jurídico⁵.

Vejamos a seguinte Jurisprudência:

APELAÇÃO-CRIME. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. CONDENAÇÃO. AGENTE INFILTRADO. RECURSO DEFENSIVO. Tráfico ilícito de drogas. Investigação policial levada a efeito pela Polícia Civil. Pedidos deferidos de ação controlada, atuação de agentes infiltrados e captação e interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos. Comercialização da

droga filmada por agente infiltrado. Imputação da posse antecedente, não da venda em si, não estando caracterizada a hipótese de flagrante preparado. (...) (TJ-RS - ACR: 70070020367 RS, Relator: Diogenes Vicente Hassan Ribeiro, Data de Julgamento: 10/08/2016, Terceira Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 16/08/2016)¹⁴.

Analisado o pedido de infiltração, o magistrado verificará se a infiltração é adequada para aquele tipo de operação. Se adequada, há indícios de prática do crime de organização criminosa na sociedade? Foram esgotadas as medidas investigativas, de modo que não afetasse os direitos fundamentais dos investigados? Uma invasão ao fim público que será perseguido compensa os prejuízos que por ventura venham a atingir os direitos individuais ora violados?⁵

Logo, atendidas as devidas necessidades, poderemos entender que a infiltração sofreu sua verdadeira filtragem constitucional, podendo, conseqüentemente, ser considerada legítima e ser colocada em prática.⁵

Deverá ser levado em consideração que a lei de Organização Criminosa não menciona de forma específica os limites do agente, embora a autorização judicial tenha a função jurídica de delimitar a atuação deste durante a atividade infiltrada. Sendo assim, a doutrina

majoritária apresenta correntes capazes de explicar as possibilidades de exclusão da responsabilidade do agente infiltrado.

Portanto, haverá a real interpretação da natureza jurídica da exclusão da responsabilidade penal do agente infiltrado, sendo elas: escusa absolutória, estrito cumprimento do dever legal, e exclusão de culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa²⁹.

De forma breve, na escusa absolutória o agente infiltrado estará protegido por motivos de ordem político criminal, afastando a possível pena, na medida em que não seria lógico admitir a sua devia responsabilidade penal⁵.

Quanto ao estrito cumprimento do dever legal, será considerado um tipo de causa de exclusão de ilicitude desde que seja realizado por meio de um fato considerado típico, por força do desempenho de uma obrigação imposta por lei^{15, 16}.

E, por fim, quanto à exclusão de culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa, será possível buscar uma garantia quanto à segurança jurídica e social, considerando que o agente infiltrado precisa ser defendido da punição do Estado em determinadas situações que por ventura não era possível controlar¹⁷.

Capez define culpabilidade:

(...) A culpabilidade é exatamente isso, ou seja, a possibilidade de se considerar alguém culpado pela prática de uma infração penal. Por essa razão, costuma ser definida como juízo de censurabilidade e reprovação exercido sobre alguém que praticou um fato típico e ilícito^{15, 16}.

Desta forma, entende-se que não se trata do elemento do crime propriamente dito, mas sim um pressuposto para impor uma pena. Logo, deve ser analisado se o agente deverá ou não responder pelo crime cometido^{15, 16}.

Para Toledo¹⁸:

A inexigibilidade de outra conduta é, pois, a primeira e mais importante causa de exclusão da culpabilidade. E constitui um verdadeiro princípio de Direito Penal. Quando aflora em preceitos legislados, é uma causa legal de exclusão. Se não, deve ser reputada causa supralegal, erigindo-se em princípio fundamental que está intimamente ligado com o problema da responsabilidade pessoal e que, portanto, dispensa a existência de normas expressas a respeito¹⁸.

Consequentemente, presume-se que o agente infiltrado é testado muitas vezes pela própria organização criminosa, exemplo disso são os famosos testes de "lealdade". Ao estar frente a frente com os testes, o agente infiltrado poderá praticar crimes, tendo em vista que caso não fizesse poderia comprometer toda a investigação.

Neste ponto de vista, Toledo apresenta o seguinte:

Essa possibilidade de evitar, no momento da ação ou da omissão, a conduta reputada criminosa é decisiva para a fixação da responsabilidade penal, pois, inexistindo tal possibilidade, será forçosa a conclusão de que o agente não agiu por conta própria, mas teve seus músculos acionados, ou paralisados, por forças não submetidas ao domínio de sua inteligência e/ou vontade¹⁸.

Entende-se que ao responsabilizar o agente será pelo simples fato de que a conduta do mesmo poderia ser evitada, do contrário, seria inexigível sua conduta, ou seja, o fato é típico, ilícito, mas não é culpável, não sendo então responsável pelo crime praticado¹⁹.

No mesmo ponto de vista, Cunha diz:

O agente infiltrado induzido, instigado ou auxiliado a praticar um crime no âmbito da organização, respeitando a proporcionalidade e sem extrapolar a finalidade da investigação, sendo dele inexigível conduta diversa, exclui-se apenas a culpabilidade do injusto por ele praticado, permanecendo típico e ilícito, possibilitando, de acordo com a teoria da acessoriedade limitada (ou média), a punição dos partícipes (integrantes da organização) pelo delito praticado²⁰.

Vejamos a jurisprudência a seguir:

HABEAS CORPUS - Cumpre registrar, inicialmente, que o parágrafo único do art. 13 da Lei

nº 12.850/13 prevê causa de exclusão de culpabilidade, pois permite que o agente infiltrado – na tentativa de elucidar os delitos a que sua infiltração se destina esclarecer – pratique “crime”, quando inexigível outra conduta. Assim, o fato de o agente infiltrado ter se disfarçado de consumidor não macula a prisão do paciente. (...) (TJ-RS – HC: 70059454884 RS, Relator: Marco Aurélio de Oliveira Canosa, data de julgamento: 10/07/2014, Segunda Câmara Criminal, data de publicação: Diário da Justiça do dia 06/08/2014)²¹.

A atual lei 12.850/2013 adotou a corrente de exclusão de culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa. Assim sendo, para que haja a extinção de responsabilização penal dos agentes infiltrados, estes deverão respeitar os limites estabelecidos na autorização judicial e a sua devida proporcionalidade, respeitando o exposto pelo parágrafo único, art. 13, da lei citada⁵.

O princípio da proporcionalidade teve seu desenvolvimento no âmbito do Direito Administrativo na Alemanha, funcionando como um tipo de limitação à discricionariedade administrativa e, também, de forma implícita na Constituição Federal de 1988²⁸.

No âmbito do Direito Processual Penal e levando em consideração que este ramo do Direito frequentemente precisa contrabalançar os valores e princípios que na rotina jurídica se opõe, o princípio

da proporcionalidade tem uma aplicação extensa e aprovada pelo STF, mesmo que partes da doutrina e da jurisprudência defendam não ser necessária à sua aplicação²².

A concepção deste princípio é entender que o Estado, ao agir como acusador ou julgador, será proibido de praticar qualquer tipo de excesso na sua aplicabilidade, possibilitando o controle intersubjetivo das ações do Estado-juiz ou qualquer órgão estatal que seja responsável para aplicar ou garantir algum direito, garantindo desse modo a proteção aos direitos fundamentais dignos de cada ser humano²².

A atuação do Estado será proporcional entre a adequação, necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Quanto à adequação é considerada pela doutrina como sendo uma medida que está apta a alcançar o objetivo visado, devendo ter um fim constitucionalmente legítimo. De outro modo, ao tratarmos da necessidade, haverá uma relação de custo benefício, ou seja, só será aplicada uma medida se não houver outro meio menos gravoso. E por fim, a proporcionalidade em sentido estrito deverá haver um equilíbrio entre bens e valores de um conflito apresentado²².

Portanto, as medidas que por ventura forem tomadas deverão alcançar a justiça desejada, tendo em vista que tal princípio

é responsável por ordenar um tipo de relação entre o fim e o meio que pretende ser alcançado, buscando sempre uma relação adequada, necessária e proporcional²⁴.

No caso em questão, o Estado será responsável por escolher entre a garantia de um direito ou a punição do crime praticado em excesso pelo agente infiltrado.

Assim sendo, o agente infiltrado, na forma da lei, terá, sim, que responder pelos excessos praticados durante a investigação criminal, seja na esfera penal seja na esfera administrativa, tendo em vista que ocorrerá por diversas vezes do mesmo não ter que praticar nenhum ilícito penal, tendo as respostas que procura de forma certa e objetiva, agindo assim com outro intuito daquele estabelecido no início da investigação.

E, em se tratando de ter praticado tais condutas dentro dos limites expostos, o agente terá uma garantia do Estado, tendo em vista que este foi o responsável por conceder determinados atos em autorização judicial, não sendo plausível o agente infiltrado ser responsabilizado por algo que está amplamente autorizado. Sendo assim, estaremos diante da exclusão de culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa, tendo em vista que para conseguir os meios de

prova necessários, ele precisou agir de forma diferente.

Haverá casos em que o agente terá que praticar ilícitos que não estejam devidamente autorizados, quando por ventura mostrar-se necessária tal conduta, não havendo outro meio menos gravoso ou oneroso, ou até mesmo quando estivermos diante de situações em que as vantagens a serem conquistadas superam as desvantagens, quebrando então o fundamento quanto ao princípio da proporcionalidade e os excessos que praticar²⁵.

Porém, sabemos que na prática é bem diferente, inclusive por estarmos em um meio social que, na atualidade, as organizações criminosas são máfias de grande poder e com índices fortíssimos de periculosidade e violência para a população. Conseqüentemente, pode ou não acontecer de o agente ser impelido pelos membros da organização criminosa a cometer ou até mesmo participar de certo delito, ficando ele em situação inquietante por ter que escolher entre preservar a operação ou sua própria integridade física⁵.

Por fim, quanto à responsabilidade dos detentores do Poder Público, uma punição ao agente considerada desproporcional, além de ser injusta e desumana, ao invés de regular e aperfeiçoar o serviço ora prestado,

produzirá uma grande ruína, e atingirá direito e garantias individuais do indivíduo²⁶.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É de notável saber que a lei 12.850/2013 estabeleceu dentre os meios de provas o papel do agente infiltrado conforme já foi apresentado, seja dentro das organizações criminosas ou até mesmo em crimes de tráfico de drogas e lavagem de dinheiro, tornando-se útil tanto no processo de inquérito como de julgamento, visando assim o desmantelamento da organização criminosa, identificação dos criminosos, a prisão deles e a sua exclusão, reduzindo, portanto, a criminalidade no Brasil.

Portanto, dentre opiniões dos mais renomados doutrinadores e teorias apresentadas, o agente infiltrado estará protegido pelas excludentes de responsabilidade, sendo possível prevê na própria lei a principal delas: exclusão de culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa.

De acordo com a análise feita durante a pesquisa, foi possível concluir que os limites de atuação devem estar definidos na autorização judicial, bem como o prazo de infiltração, e outros requisitos já apresentados e, acima de tudo, deverá estar ciente da proporcionalidade de sua conduta praticada, considerando que os excessos praticados serão punidos de

acordo com a análise do caso concreto e a lei vigente, não deixando de ser observados os direitos fundamentais garantidos dos indivíduos envolvidos na organização criminosa e principalmente do agente infiltrado.

Enfim, o princípio da proporcionalidade deverá ser analisado em duas vertentes tanto pelo legislador como pelo operador do direito, sob a ótica da Constituição Federal. De outro modo, seria possível legitimar a persecução penal por um exercício de maneira arbitrária pelo próprio Estado ou gerar uma desproteção aos bens jurídicos e os interesses sociais e coletivos que ali estiverem sendo feridos.

Portanto, concluímos que infiltração de agentes é essencial para a colheita de provas quando não for apresentado outro meio cabível. Como também deverão ser estabelecidos os limites de sua atuação desde o início da investigação com todos os requisitos que são impostos pela Lei de Organização Criminosa. E, havendo consequência nos atos praticados, o agente infiltrado estará diante da exclusão de culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa, desde que guardada a devida proporcionalidade nas suas condutas, pois os excessos praticados serão punidos de acordo com a análise do caso concreto, não podendo ser deixado de garantir a proteção dos

direitos fundamentais de todos os envolvidos.

Logo, o presente trabalho mostrou-se relevante no meio acadêmico jurídico por poder contribuir de forma significativa para a nossa compreensão, abrindo perspectivas de novas pesquisas na área acadêmica e profissional.

REFERÊNCIAS

1. BRASIL, **Lei nº 12.850 de 2 de agosto de 2013**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm> Acesso em: 21 set. 2018.
2. LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**: volume único/ Renato Brasileiro de Lima – 4. ed. rev., atual. e ampl. – Salvador: JusPODIVM, 2016.
3. JOSÉ, Maria Jamile. **A infiltração policial como meio de investigação de prova nos delitos relacionados à criminalidade organizada**. São Paulo: USP, 2010. 191 p. Dissertação (Mestrado). Curso de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p.38.
4. ANDREUCCI, Ricardo Antônio. **Legislação penal especial** – 13 ed. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
5. MASSON, CLEBER; MARÇAL, VINICIUS 1976- **Crime organizado**,. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015 [livro eletrônico].

6. LIMA, Marcos Aurélio Costa de. **Infiltração Policial: pensando um modelo**. Rio de Janeiro: ESG, 2013.
7. AMARAL, Eriberto Cordeiro. **Aspectos controvertidos da infiltração de agentes públicos nas organizações criminosas**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 99, abr 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11456> acesso em: 20 out. 2018.
8. BRASIL. **Lei nº 11.343 de 23 de agosto de 2006**. Disponível em: Acesso em: 04 ago. 2018.
9. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 21 set. 2018.
10. BRASIL. **Lei nº 9.807 de 13 de julho de 1999**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9807.htm> acessado em: 20 out. 2018.
11. MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2003.
12. FREITAS, Jardiel Pereirade. **A infiltração policial como mecanismo de enfrentamento da criminalidade organizada: uma análise comparada**. Guarabira: Universidade Estadual da Paraíba, 2016, p. 16-17. Disponível em: <<http://dspace.bc.uepb.edu.br/jspui/bitstream/123456789/11396/1/PDF%20-%20Jardiel%20Pereira%20de%20Freitas.pdf>> acessado em: 06 abr. 2019.
13. GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; BALTAZAR, José Paulo. **Legislação penal especial esquematizado** – 3. ed. São Paulo: Saraiva 2017.
14. RIO GRANDE DO SUL. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Relator: Diogenes Vicente Hassan Ribeiro, Data de Julgamento: 10/08/2016, Terceira Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 16/08/2016. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/374072312/apelacao-crime-acr-70070020367-rs/inteiro-teor-374072313>>. Acesso em: 09 mai. 2019.
15. CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 25. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
16. CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**, volume 1, parte geral – 22. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
17. MAUTONE, Débora Cunha. A inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal de exclusão da culpabilidade. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, [n. 4019](#), [3 jul. 2014](#). Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/29960>>. Acesso em: 13 abr. 2019.
18. TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito Penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
19. COSTA, Luciano; CUNHA, Liliane Antunes. AGENTE INFILTRADO E SUA RESPONSABILIDADE PENAL NO BRASIL: UMA ANÁLISE DOS LIMITES E PODERES LEGAIS. **Revista Eletrônica de Direito da Faculdade Estácio do Pará**, [S.l.],

- v. 4, n. 5, jun. 2017. ISSN 2359-3229. Disponível em: <<http://revistasfap.com/ojs3/index.php/direito/article/view/35>>. Acesso em: 14 abr. 2019.
20. CUNHA, Rogério Sanches. PINTO, Ronaldo Batista. **Crime organizado. Comentários à Lei 12.850/2013**. 4. ed. Ver. Ampl. e atual. Salvador: JusPodvim, 2016.
21. RIO GRANDE DO SUL. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Relator: Marco Aurélio de Oliveira Canosa, Data de Julgamento: 10/07/2014, Segunda Câmara Criminal, Data da Publicação: Diário de Justiça do dia 06/08/2014). Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/132863638/habeas-corpus-hc-70059454884-rs?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 09 mai. 2019.
22. BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de Processo Penal**. – 12.ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.
23. RIO GRANDE DO SUL. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Relator: Ingo Wolfgang Sarlet, Terceira Câmara Criminal, julgado em 05/07/2017). Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/477510241/apelacao-crime-acr-70073413197-rs?ref=serp>> Acesso em: 10 mai. 2019.
24. DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Teoria geral do processo e processo de conhecimento. 9. ed., Salvador: JusPodvim, 2008.
25. CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 16. ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006.
26. ROZZA, Cláudio. **Processo administrativo disciplinar & comissões sob encomenda**. 3ª ed. Curitiba: Juruá, 2010.
27. TZU, Sun. **A arte da guerra**/Sun Tzu; tradução de Sueli Barros Cassal. -- Porto Alegre: L&PM, 2006. 152p.; 18 cm (Coleção L&PM Pocket).
28. JESUS, Damásio E. de; BECHARA, Fábio Ramazzini. [Agente infiltrado: reflexos penais e processuais](#). **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, [ano 10, n. 825, 6 out. 2005](#). Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7360>>. Acesso em: 14 abr. 2019.
29. PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal** / Eugênio Pacelli. – 21. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017.