

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ
CURSO DE DIREITO

MICHAEL CABRAL DA COSTA

**A RESPONSABILIDADE PENAL DO AGENTE INFILTRADO: LIMITES DA
INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA.**

Recife
2016

MICHAEL CABRAL DA COSTA

**A RESPONSABILIDADE PENAL DO AGENTE INFILTRADO: LIMITES DA
INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA.**

Monografia apresentada à Faculdade Damas da
Instrução Cristã como requisito parcial para a
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Professor orientador Dr. Teodomiro Noronha
Cardozo.

Recife
2016

Costa, Michael Cabral da

A responsabilidade penal do agente infiltrado: limites da inexigibilidade de conduta diversa. / Michael Cabral da Costa. – Recife: O Autor, 2016.

48 f.

Orientador(a): Prof. Dr. Teodomiro Noronha Cardozo.

Monografia (graduação) – Faculdade Damas da Instrução Cristã.

Trabalho de conclusão de curso, 2016.

Inclui bibliografia.

1. Direito penal. 2. Organizações criminosas. 3. Agente infiltrado. 4. Culpabilidade. I. Título.

**34 CDU (2.ed.)
340 CDD (22.ed.)**

**Faculdade Damas
TCC 2017-529**

À minha família, por sua capacidade de acreditar e investir em mim, em especial meu pai, base e estrutura do conhecimento adquirido nesta graduação, sua presença significou segurança e certeza de que não estou sozinho nessa caminhada.

Agradeço a todos os professores que me acompanharam durante a graduação, em especial ao Prof. Teodomiro Noronha e ao Prof. Ricardo Silva, responsáveis pela realização deste trabalho. Aos meus amigos, pelas alegrias, tristezas e dores compartilhadas. E a todos aqueles que de alguma forma estiveram e estão próximos de mim, fazendo esta vida valer cada vez mais a pena.

RESUMO

A infiltração policial é comumente utilizada para extinguir organizações criminosas, decorrente disso o direito penal sofre implicações em vários aspectos, inclusive na responsabilização do agente infiltrado. O trabalho apresenta a evolução histórica das organizações criminosas, aborda seu conceito e requisitos bem como traz as principais atividades desenvolvidas por estas organizações. Posteriormente se faz um estudo sobre o agente infiltrado, desde sua origem até as modalidades de infiltração, passando por seu conceito e requisitos. O presente analisa ainda a culpabilidade, com breve explanação de suas teorias e o conceito vigente, bem como causas de exclusão. Por fim, o estudo da responsabilização do agente infiltrado, concluindo, a priori, por sua irresponsabilidade total, salvo se o delito praticado não tenha decorrido da infiltração, ou tenha ocorrido em excesso. O estudo conclui que o agente infiltrado tem quatro limites impostos, quais sejam, o delito praticado decorrer da infiltração, os excessos previstos na legislação, bem como a resistibilidade da coação moral e o poder garantidor decorrente de ordens não manifestamente ilegais

Palavras-chave: Organizações Criminosas. Agente Infiltrado. Culpabilidade. Inexigibilidade de conduta diversa. Direito Penal.

ABSTRACT

Police infiltration is commonly used to exterminate criminal organizations, hence criminal law undergoes implications in many aspects, including the accountability of the undercover agent. This paper presents, firstly, the historical evolution of criminal organizations, describes their concept and requirements, as well as their main activities. Secondly, the undercover agent is studied, from their origin to the infiltration modalities, including their concept and requirements. Then this study analyses culpability, with a brief explanation of its theories and current concept, as well as causes of exclusion. Finally, the undercover agent's accountability is studied, bearing the idea, a priori, of the agent's total lack of accountability, except if the offence has not been consequence of the infiltration, or it has occurred in excess. This study concludes that four limits are imposed on the undercover agent, which are, the offence being consequence of the infiltration, the excesses foreseen in law, as well as the moral coercion resistibility and the guarantor power from non-manifestly illegal orders.

Keywords: Criminal Organizations. Undercover Agent. Culpability. Non-enforceability Of Diverse Conduct. Criminal Law.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	09
1.1 Problematização: hipótese de pesquisa	09
1.1.1 Pergunta preliminar	10
1.1.2 Resposta preliminar	10
1.2 Objetivo geral	10
1.3 Metodologia	11
1.4 Objetivos específicos	11
1.5 Importância do tema	11
2 ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS	12
2.1 Conceituação de organização criminosa	15
2.2 Convenção de Palermo	17
2.3 Requisitos de caracterização	18
2.4 Distinção entre organização criminosa e associação criminosa	19
2.5 Principais atividades ilícitas	21
3 INFILTRAÇÃO POLICIAL	23
3.1 Conceituação	25
3.2 Modalidades de infiltração	28
3.3 Requisitos	30
4 CULPABILIDADE	32
4.1 Teorias da culpabilidade	32
4.1.1 Teoria psicológica da culpabilidade	32
4.1.2 Teoria psicológico-normativo	33
4.1.3 Teoria normativa pura	34
4.2 Causas de exclusão de culpabilidade	34
4.2.1 Inexigibilidade de conduta diversa	35
4.2.1.1 Coação moral irresistível	35
4.2.1.2 Obediência hierárquica	36
4.3 Responsabilização do agente infiltrado	37
4.3.1 Limites à inexigibilidade de conduta diversa	38
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	41
REFERÊNCIAS	44

1 INTRODUÇÃO

A pesquisa abordará um tema bastante escasso de informações, peculiar e interessante do direito penal: O limite da inexigibilidade de conduta diversa, como causa de exclusão da culpabilidade, no tocante à responsabilidade do agente infiltrado.

É certo que em decorrência de uma infiltração policial, vários ilícitos penais poderão ser cometidos pelos agentes policiais disfarçados, vale ressaltar que a polícia bem como outras instituições tem o poder garantidor, ou seja, devem agir de ofício ao verificar uma infração penal, no entanto não o fazem e por diversas vezes é o estado por meio do agente infiltrado que comete algum delito.

Saber em quais circunstâncias o delito cometido por um agente policial infiltrado é elementar para verificar se o estado poderia ou não exigir outra conduta a ser tomada que não fosse o cometimento de determinado crime em favor de uma organização criminosa. Só então, poder-se-á falar em excludente de culpabilidade ou não.

Ademais, a figura do agente infiltrado tem tido crescimento junto ao crime organizado, sempre com base em idêntica fundamentação de ser o único meio para captação de provas, no entanto, será que no momento da persecução criminal não havia qualquer outro meio de colheita de prova, em havendo ocorre o fenômeno da banalização dos agentes infiltrados, haja vista ser necessário à escolha do meio de investigação menos danoso ao acusado.

Tem se observado que existe uma lacuna entre os injustos penais praticados pelos agentes infiltrados e sua responsabilidade jurídico-penal em face desses delitos. Buscar-se-á, portanto, o estudo de possíveis limitações de atuação daqueles agentes, ou seja, até que momento será possível o estado acobertar o agente com determinada excludente.

Dentre as mais diversas confusões em meio jurídico que a infiltração de agente policial resulta, resta uma atenção redobrada sobre o limite da inexigibilidade de conduta diversa.

No entanto, não existe qualquer critério taxativo definindo o limite de alcance aos agentes infiltrados que praticam delitos em favor de organização

criminosa, ou seja, até que ponto o agente infiltrado estará abarcado pela Inexigibilidade de conduta diversa?

É inerente ao afastamento da inexigibilidade de conduta diversa a responsabilização do agente policial infiltrado, se este não estiver abarcado por outra causa prevista na legislação. Inclusive por ser servidor público, podendo ser responsabilizado, sendo penal a única a ser estudada no presente trabalho.

Vale expor ainda a existência de divergência do entendimento de qual seria o limite de atuação da excludente de culpabilidade e caso afastada qual seria a devida responsabilização penal seja do agente policial ou do estado. Parecendo ser mais acertado o entendimento que o único meio que um agente infiltrado cometeria um delito e não estaria abarcada pela excludente seria se o ilícito penal ocorresse em circunstância absolutamente independente da atividade de infiltração policial ou se incorresse em excesso ao praticar aquele. Não afastando as demais excludentes ou benefícios.

Os fatores determinantes dos limites são estabelecidos a cada casuística, não podendo ser algo pré-moldado no direito penal, fosse assim a infiltração policial perderia seu plano de eficácia, comprometendo não apenas a legitimidade do inquérito policial que resultou em infiltração, mas principalmente a vida daquele agente público em serviço.

O presente trabalho tem a finalidade de analisar a responsabilidade penal do agente policial infiltrado e algumas peculiaridades decorrentes desse ato. É sabido que o agente público responde em três esferas, quais sejam: administrativa, penal e cível, sendo óbvio que a responsabilização em qualquer dessas searas não exclui, via de regra, a hipótese de responsabilização nas demais esferas do direito.

Analisa o fenômeno das organizações criminosas sob a ótica de uma interpretação sistemática da Lei 12.850/13 com a Constituição Federal.

Aborda ainda à matéria do agente policial infiltrado em organizações criminosas e algumas consequências necessárias àquela atividade policial.

Busca-se ainda analisar se existiria algum limite do amparo oferecido pelas excludentes previstas no ordenamento jurídico vigente em prol do agente infiltrado, para que este possa ser penalmente responsabilizado.

A metodologia utilizada, para revisão de literatura será o método hipotético-dedutivo, partindo-se da formulação de uma premissa de investigação, para submetê-la à falseabilidade epistemológica, para, ao final do embate, verificar

se referida proposição resiste ou não ao falseamento, é dizer, se permanece ou não válida.

O primeiro capítulo da presente pesquisa expõe o funcionamento das organizações criminosas, com uma breve alusão histórica, exposição de pontos importantes sobre a convenção das nações unidas, bem como aborda conceitos e requisitos para a caracterização destas. Aborda ainda as distinções daquela com o delito de associação criminosa bem como elenca as principais atividades desenvolvidas no âmbito das organizações criminosas.

O segundo capítulo traz uma explanação própria de configuração do agente policial infiltrado, trazendo relato histórico de onde se teria iniciado essa prática como meio de investigação, conceituação e modalidades de infiltração. Explana ainda os requisitos necessários para que ocorra a infiltração policial em seio de organizações criminosas.

O terceiro capítulo tem por objetivo o estudo da culpabilidade. Fazendo uma abordagem sobre as teorias do instituto jurídico retromencionado, bem como abordando conceitos e suas causas supralegais de exclusão. Busca-se ainda, ao final do capítulo demonstrar o limite jurídico-social que determinada causa de exclusão teria sob um agente de polícia infiltrado na organização criminosa ao cometer delitos em favor destas.

Avulta-se importância do tema, ainda novo na doutrina e jurisprudência nacionais, pela pouca pesquisa empreendida e pela escassez de fontes. Ademais, faz-se necessário delimitar a culpabilidade do agente infiltrando, máxime pelo pouca experiência que se tem a respeito em solo brasileiro.

2 ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS

A criminalidade organizada data desde a idade média, decorrentes das associações criminosas, hoje denominadas de máfias italianas, japonesa e chinesa. Todas com laços em comum em seu surgimento como suas origens rurais, visão de proteção à população camponesa, dentre outros aspectos.

Segundo Eduardo Araújo Silva:

Na Itália, a organização conhecida modernamente como Máfia teve início como movimento de resistência contra o rei de Nápoles, que em 1812 baixou um decreto que abalou a secular estrutura agrária da Sicília, reduzindo os privilégios feudais e limitando os poderes dos príncipes, que contrataram uomini d'onore para proteger as investidas contra a região, os quais passaram a constituir associações secretas denominadas de máfias¹.

Assim, quando camponeses que eram explorados por senhores feudais resolveram se juntar e unir suas forças buscando melhorias das condições de trabalho, bem como uma reforma agrária, fazendo surgir vários conflitos, ocasionando o período da desintegração do feudalismo na península italiana.

Deste modo, a máfia italiana representou uma resposta para as tensões entre camponeses, aristocratas e burguesia rural, constituindo-se a conduzir as tensões, onde o mafioso especializava-se em ser mediador de conflitos.

Entretanto, ainda com base em Araújo Silva:

A origem da criminalidade organizada não é de fácil identificação, em razão das variações de comportamentos em diversos países, as quais persistem até os dias atuais, não obstante essa dificuldade, a raiz histórica é o traço comum de algumas organizações. Essas associações tiveram início século XVI com movimentos de proteção contra arbitrariedades praticadas pelos poderosos e pelo Estado em relação a pessoas que geralmente residiam em localidades rurais. A mais antiga delas são as Tríades Chinesas, que tiveram origem no ano de 1644, como movimento popular para expulsar os invasores do império Ming².

Sabe-se que muito pouco sobre as origens desse fenômeno hoje denominado de organização criminosa, mas tem-se a certeza que é um problema secular com relatos que datam dos séculos XVI e XVII em diante.

¹ SILVA, Eduardo Araujo. **Crime organizado**: procedimento probatório. São Paulo: Atlas, 2009, p. 03.

² Ibid, p. 04.

Seguindo o mesmo entendimento, doutrina o supracitado autor:

Na Rússia, a organização Criminosa mais tradicional e misteriosa (*Vor v zakone*) iniciou suas atividades na última década do século XIX, ainda na época czarista, nos campos da Sibéria, dedicando-se à prática de diversos crimes (extorsão, tráfico de mulheres, corrupção, desvio de dinheiro público, roubos³).

Essa expressão fora utilizada com uma complexidade mais ampla e moderna como se conhece hoje, nos Estados Unidos da América, no início do século XX, o que se desenvolveu na época da proibição de fabricação e comercialização de bebidas alcoólicas, vigorava na vigência da denominada “Lei Seca”.

No Brasil, na década de 1970, passou-se a falar, pela primeira vez, em criminalidade organizada com a criação do comando vermelho. Grupo formado por presos políticos, perseguidos ainda no período de ditadura militar.

O instituto penal Cândido Mendes, na Ilha Grande, localizado no litoral sul do Estado do Rio de Janeiro, conhecido como “Caldeirão do Diabo”, em uma referência ao presídio de Caiena, na Ilha do Diabo, Guiana francesa, foi ambiente propício para a proliferação desta facção criminosa⁴.

Surge então no contexto do Instituto Penal Cândido Mendes essa organização criminosa, em face dos presos políticos eram colocados em celas com criminosos comuns, onde a alta criminalidade acabou sendo doutrinada, sendo repassadas noções de organização, não rendição à opressão, bem como técnicas de guerrilha.

Porto ressalta que:

O estabelecimento, construído para abrigar 540 presos, em 1979, contava com 1.284 homens. O resultado óbvio: a convivência entre militantes de esquerda e criminosos, enfrentando um sistema penal desumano, acabou gerando o comando vermelho⁵.

Fica claro, portanto, quão difícil é definir o marco zero do crime organizado, devido aos diversos fatores expostos, seja por localidade, tempo,

³ SILVA, Eduardo Araujo. **Crime organizado**: procedimento probatório. São Paulo: Atlas, 2009, p. 07.

⁴ PORTO, Roberto. **Crime organizado e o sistema prisional**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 86.

⁵ Idem.

características, dentre outros elementos, seria imprecisa acarretando diversas origens.

Em maio de 1995 entra vigor a Lei 9.034/95, dispondo sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas, mas não havia em seu corpo jurídico qualquer definição legal de organização criminosa.

A convenção das nações unidas contra o crime organizado transnacional - Convenção de Palermo - trouxe elementos de caracterização para uma organização criminosa. Essa foi ratificada inserida na legislação do Brasil através do Decreto 5.015/04.

No entanto, houve o julgamento pela Suprema Corte brasileira, em que os acusados foram denunciados pelo crime descrito no art. 1º, VII, da Lei 9.613/98, qual seja, lavagem de capitais. Em que foi decidido que a utilização da norma descrita na convenção de Palermo violaria o princípio da legalidade, ante a inexistência de Lei formal e material definindo o que deve ser entendido como organização criminosa. Por conseguinte, resultou na atipicidade da conduta por falta de previsão legal.

Decorrente de reiterados julgados neste sentido foi promulgada a Lei 12.694/12 que normatizou o conceito das organizações criminosas no diploma legal brasileiro. Até o presente momento não havia sequer qualquer definição legal acerca do tema na legislação interna. No entanto, a referida legislação foi omissa em alguns aspectos, tornando-se inaplicável.

Ademais, dispôs ainda acerca do processo e procedimento nos processos que fossem decorrentes de delitos praticados por organizações criminosas, inovando e trazendo segurança aos magistrados ao prever expressamente o julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por organizações criminosas, dentre outros procedimentos especiais.

Em 2013 foi promulgada a Lei 12.850/13, redefinindo a conceituação das organizações criminosas bem como dispondo sobre outras disposições, tais com o procedimento na fase inquisitorial, as provas e os meios de obtenção, a colaboração premiada e até mesmo a infiltração de agentes policiais no sei dessas organizações criminosas, dentre outras regulamentações. Faz-se necessário frisar que apenas algumas disposições serão objetos de análise e pesquisa no decorrer do presente trabalho, a fim de delimitar melhor o objeto de estudo.

2.1 Conceituação de organização criminosa

A vigência da Lei 12.850/13 traz sua conceituação atual de organização criminosa bem como tipos penais misto alternativo. Para que o autor consuma a ação delituosa, basta que realize apenas um verbo núcleo do tipo, que as demais condutas praticadas resultarão em mero exaurimento.

Ocorrendo por exemplo no delito de tráfico ilícito de entorpecentes, previsto no art. 33 da Lei 11.343/06 Sendo assim, o agente que transporta a droga, não precisa vender, sendo esta conduta mero exaurimento, tendo o delito se consumado com o transporte.

Em 2012 havia a Lei 12.694/12 que já versava sobre alguns pontos sobre organização criminosa. Criando a possibilidade de julgamento colegiado em sede de juízo de primeiro grau, nos crimes praticados por organizações criminosas. Esse fato decorre do alto poder de corrupção e destrutivo dado a uma organização criminosa, para a segurança dos magistrados, do andamento do processo e para a sociedade, surge essa normatização.

Em seu art. 2^o a referida Lei define uma organização criminosa. Mas, ocorre que existe uma lacuna entre ter criado o preceito normativo primário de uma norma penal, definindo o que é considerado o referido delito, e não editar o preceito normativo secundário da norma penal, ou seja, a sanção penal, causa inerente aos tipos penais. Logo, por força do princípio da legalidade o particular poderia reunir-se naqueles moldes estipulados pelo artigo supra e não estaria incorrendo em crime, haja vista não existir, naquele momento, penalidade prevista para quem infringisse a norma. Ocorreu apenas a edição do conceito de organização criminosa, para fins processuais.

A Lei 12.850/13 no seu § 1^o do art. 1^o traz o conceito normativo de organização criminosa o que é possível analisar que para que se concretize é

⁶ Para os efeitos desta Lei, considera-se organização criminosa a associação, de 3 (três) ou mais pessoas, estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de crimes cuja pena máxima seja igual ou superior a 4 (quatro) anos ou que sejam de caráter transnacional.

⁷ Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

necessário um grupo de pessoas associados, com nítida partilha das atividades, visando à obtenção de vantagem de qualquer natureza.

A Lei 12.850/13 passou a vigor no ordenamento jurídico brasileiro com o novo conceito de crime organizado. No entanto, permitiu que o juízo colegiado em sede de 1º grau previsto na legislação anterior que tratara do tema continuasse vigente.

Salta aos olhos três principais diferenças entre ambos os conceitos trazidos pela legislação. Traçando um paralelo entre a Lei 12.694/12 e a 12.850/13 aquela fala em associação de três ou mais pessoas; esta, por sua vez exige quatro ou mais pessoas. A primeira aplica-se aos delitos com culminação máxima da pena igual ou superior a 4 anos, A segunda, no entanto é aplicável para infrações penais superiores a 4 anos. Vale frisar que a primeira fala em crimes não abarcando as contravenções penais. No entanto, a segunda fala em gênero, infrações penais que são os crimes bem como as contravenções penais. Desta forma, se tornou inaplicável o conceito trazido pela Lei 12.694/12.

Deste modo, para que seja caracterizada uma organização criminosa faz-se necessário a realização de alguns requisitos objetivos previstos na lei vigente, que são os verbos nucleares do tipo penal descrito no art. 2º da referida legislação⁸.

Bem como, alguns requisitos também integrantes do tipo penal, quais sejam:

- I. Associação de quatro ou mais pessoas;
- II. Estrutura ordenada, pessoas organizadas sob um regime hierárquico;
- III. Divisão de tarefas, ainda que informalmente;
- IV. Finalidade de buscar vantagem indevida em razão de crimes cuja pena (máxima) seja superior a 04 anos ou que tenham caráter transnacional;

Corroborando esse entendimento Mingardi, define organização criminosa como:

Grupo de pessoas voltadas para atividades ilícitas e clandestinas que possui uma hierarquia própria e capaz de planejamento empresarial, que compreende a divisão do trabalho e o planejamento de lucros. Suas atividades se baseiam no uso da violência e da intimidação, tendo como fonte de lucros a venda de mercadorias ou serviços ilícitos, no que é protegido por setores do Estado. Tem como características distintas de qualquer outro grupo criminoso um sistema de clientela, a imposição da Lei

⁸ Art. 2º Promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa.

do Silêncio aos membros ou pessoas próximas e o controle pela força de determinada porção de território⁹.

Essa criminalidade organizada por sua divisão de tarefas, se estrutura em forma de pirâmide, trazendo consigo os chefes, subchefes, gerentes e empregados de menor relevância como aviões e soldados mais que estão na ponta do crime organizado, pois são os mais visíveis.

Conforme Mendroni Classifica e explica:

Chefes: pessoa que ocupam cargos públicos importantes, que possuem muito dinheiro, posição social privilegiada por qualquer razão etc., o chefe situa-se na posição suprema da organização e subchefes logo abaixo e no mesmo nível; mas, adotando um “sistema presidencialista”, apenas um comandará.

Subchefes: existem, basicamente, para transmitir as ordens da chefia para os gerentes e tomar decisões na sua eventual ausência.

Gerentes: pessoa de confiança do chefe, com capacidade de comando, a quem aqueles delegam algum poder. Recebem as ordens da cúpula e as repassam aos “aviões”.

Aviões: por sua vez são pessoas com algumas qualificações (por vezes especializadas) para as funções de execução a serem desempenhadas¹⁰.

É sabido que as organizações criminosas têm suas próprias regras de atuações bem como as finalidades já bem definidas desde o momento de sua criação até a execução dos ilícitos penais muitas vezes até o momento pós-crime. Bem como divisão clara das tarefas atribuídas a cada membro integrante, o que acarreta na difícil investigação para se chegar aos chefes, pois os aviões sequer sabem que são aqueles.

2.2 Convenção de Palermo

A Organização das Nações Unidas, visando contribuir no combate das organizações criminosas estabeleceu essa convenção, visando à ameaça que os delitos praticados por organizações criminosas são para as instituições democráticas, bem como o seu caráter nocivo.

⁹ MINGARDI, Guaracy. **O Estado e o crime organizado**. São Paulo, IBCCrim, 1998, p. 82.

¹⁰ MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime organizado: Aspectos gerais e mecanismos legais**. São Paulo: Atlas, 2009, pp. 34-35.

Esse instrumento jurídico social tornou-se um relevante aparato no combate ao crime organizado. O Brasil, por sua vez que já sofria grandes problemas no enfrentamento desses tipos de crimes adotou a convenção passando a ser signatário, onde o faz na contemporaneidade, tal documento fora incorporado ao sistema jurídico pátrio pelo decreto 5.105, de março de 2004.

O documento supracitado recebe o *nomen iuris* e fica então conhecida como convenção de Palermo, onde consta um documento complexo que prescreve normas internacionais de combate ao crime organizado, no entanto, com o viés de fazer à aplicabilidade e eficácia, buscando a compatibilidade com os ordenamentos jurídicos dos países signatários.

A convenção de Palermo visou, sobretudo, dar um suporte na busca por um conceito uniforme e linear da problemática complexa acerca do conceito do que seria o crime organizado e trouxe elementos em seu corpo estrutural para caracterizar essas organizações do crime, a citar: número mínimo de participantes (três ou mais); permanência; atuação com o propósito de obtenção, direta ou indiretamente, de vantagem financeira; cometimento de infrações graves¹¹.

Vale salientar que a convenção em pauta, tem sua aplicabilidade restrita, ou seja, por si só não constitui elemento jurídico apto a produzir efeitos no ordenamento brasileiro, devido a sua ineficácia e inexigibilidade por não trabalhar com uma tipicidade preestabelecida, mas por constituir obrigações ao legislador nacional, visando implementar leis adequadas às proposições de tratados e convenções internacionais.

2.3 Requisitos de caracterização

A doutrina brasileira em causa uma confusão entre as nomenclaturas genéricas das expressões “organizações criminosas” e “crime organizado” acarretando, por conseguinte, uma atecnia jurídica e hermeneuta e não conseguindo se chegar a um consenso dos requisitos para constituição de uma organização criminosa.

¹¹ São as seguintes: participar de organizações criminosas, lavagem de dinheiro, corrupção e obstrução da justiça.

Diante deste cenário, compulsado a doutrina, pode-se enfatizar que as organizações em tela devem ser caracterizadas apenas com os seguintes requisitos: **Alto poder de corrupção**, o que está diretamente ligado à presença de agentes públicos para facilitar fraudes. **Elevado poder econômico de seus membros**, pois se verifica a estimativa de que 25% do dinheiro global têm como eixo o tráfico de drogas, armas e demais segmentos à criminalidade. **Legalização do dinheiro ilícito** verifica-se que é comum as organizações criminosas praticarem o crime de lavagem dinheiro previsto na legislação 9.613/98. **Estrutura hierárquica** marca registrada em organizações criminosas, com uma gama tarefas de divididas entre seus membros, impossibilitando por muitas vezes a investigação, pois os executores não têm contato com os membros do “conselho decisivo”. **Alto poder de intimidação** ao atuarem não se preocupam com a violência psíquica ou até mesmo física da sociedade, buscam apenas lograr êxito em seus objetivos. **Prestação de ofertas** torna-se comum prestações, visando sempre recrutar novos integrantes e fazer a política da boa vizinhança para a comunidade, geralmente suprem carências estatais, atuam onde o estado não pode chegar com o fornecimento de medicamentos e alimentos. **Conexões nacionais e internacionais** são inerentes também a esse tipo de criminalidade, pois a riqueza obtida deve ser utilizada, mantida e melhorada ao ponto que não se torna mais viável exaurir sua limitação territorial em determinada região. **Utilização de tecnologia** esta surge para facilitar e ampliar a comunicação e atuação para ações ilícitas, valendo-se de softwares, redes sociais, armas modernas e etc. **Alto grau de lesão patrimonial** esse requisito tem por si a finalidade maior dessas organizações que é auferir lucro ilícitamente, o que decorre através principalmente dos crimes de colarinho branco¹².

2.4 Distinção entre organização criminosa e associação criminosa

No tocante ao delito previsto no código penal brasileiro em seu art. 288¹³, qual seja associação criminosa tem-se disposto um crime de perigo abstrato e unissubsistente, não admitindo-se, portanto, a modalidade tentada, ainda que não ocorra o resultado naturalístico. O cometimento de crimes, será exaurimento

¹² MINGARDI, Guaracy. **O Estado e o crime organizado**. São Paulo: IBCCrim, 1998, p. 13.

¹³ Art. 288. Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes.

daquela conduta. Ressalta-se que esse artigo sofreu uma modificação em 2012 pela Lei 12.720/12 que alterou a nomenclatura do delito passando a ser denominada “associação criminosa” ao invés de “quadrilha ou bando”.

Apesar das semelhanças entre os tipos penais, as diferenças entre eles estão nos critérios estabelecidos na Lei 12.850/13, razão pela qual é importante lembrar os itens de caracterização de uma organização criminosa, sendo necessária uma **associação estruturada** com **divisão de tarefas** entre os sujeitos.

Esses são os elementos que diferenciam a organização criminosa positivada ao teor da Lei 12.850/13 do concurso de agentes ou do crime de associação criminosa do art. 288 do Código Penal.

No caso do delito previsto no art. 288 do CP que também sofreu alterações pela Lei 12.850/13 trata o tipo penal da associação criminosa, onde dispõe a quantidade mínima de três pessoas ou mais para sua caracterização sendo aplicado às infrações penais com máximas sejam até quatro anos.

Ao revés, a organização criminosa para que seja caracterizada é necessária o mínimo de quatro pessoas e a aplicação é para infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a quatro anos ou que sejam de caráter transnacional.

Nos casos do antigo crime descrito no Código Penal, a atuação é feita com um plano simplificado, agindo por instinto, em lugares e momentos aleatórios, se utilizando muito mais do improvisado, do que com uma estratégia pré-determinada. Sendo assim, 3 pessoas se reúnem com o propósito de assaltar vários bancos, mas não sabem como, decidindo improvisar na hora na tentativa de tomar as armas do vigilante no primeiro assalto, e daí então planejar ou instigar o próximo.

Conforme explana Mendroni:

Quatro pessoas se reúnem e combinam de assaltar bancos, acertam o dia, local e horário em que se encontrarão para o assalto. Decidem função de vigilância e execução entre eles e partem. Executam o crime em agência bancária eleita as vésperas. Repetem a operação em dias quaisquer subsequentes. Formaram bando ou quadrilha. Se ao contrário, as pessoas reunidas planejam – de forma organizada – os assaltos, buscando informações privilegiadas preliminares, - como, por exemplo, estudam dias e horários em que determinada agência bancária contará com mais dinheiro em caixa, a sua localização na agência, a estrutura de vigilância e alarmes,

planejam rotas de fuga, esse grupo será caracterizado como uma organização criminosa voltada para a prática de roubos a bancos¹⁴.

Há de se expor e retificar o conceito acima perpetrado pelo professor Mendroni, em que explana que a mera combinação de tarefas a serem executadas sem o prévio planejamento, desde que com a caracterização dos requisitos constitutivos do delito, incorreria os suspeitos no delito de quadrilha ou bando.

No entanto, esse delito foi abolido pelo sistema jurídico penal, passando a existir um novo delito com outras características denominado-se de associação criminosa, Descrito ao teor do art. 288 do código penal, mas que ainda assim, não se confunde com o conceito de organização criminosa.

2.5 Principais atividades ilícitas

É possível observar os inúmeros delitos praticados por organizações criminosas, dentre os mais recorrentes podem-se listar os crimes de tráfico de drogas, tráfico de armas, extorsão, contrabando, descaminho, crimes contra a ordem tributária, crimes contra o sistema financeiro, lavagem de capitais, corrupção, dentre outros¹⁵.

Com essa gama de crimes recorrentes nesta modalidade de criminalidade a investigação pelos órgãos integrantes do sistema criminal, torna-se ainda mais falho que o normal, sendo de difícil controle, repressão, bloqueio de bens dentre outros métodos que visam atingi-los, pois como se verá adiante, via de regra, são insatisfatórias as provas processuais colhidas através de outro meio que não a infiltração de um agente de polícia.

É possível aferir que dentre os crimes praticados destaca-se o tráfico ilícito de entorpecentes, mas não se fala aqui daquele tráfico ocorrido nas comunidades por pequenos traficantes vítimas das vantagens oferecidas por aqueles grandes líderes dessas organizações, delitos esses, praticados por pessoas nunca inseridas na sociedade, tão pouco das “mulas” que viajam e ingerem

¹⁴ MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime organizado**: Aspectos gerais e mecanismos legais. São Paulo: Atlas, 2009, p 10.

¹⁵ CONSERINO, Cassio Roberto. **Crime organizado e institutos correlatos**. São Paulo: Atlas, 2011, p.20.

pequenas quantidades de drogas para atravessar as fronteiras sob a promessa de uma recompensa financeira¹⁶.

Aqui há de se falar dos narcotraficantes, que movimentam milhões de reais com a produção, compra e venda de entorpecentes, e que consiste sua vida em esbanjar riquezas auferidas através da alta rentabilidade que essa conduta proporciona¹⁷.

¹⁶ ADORNO, Sergio. **Criminalidade organizada nas prisões e os ataques do PCC**. São Paulo, pp. 7-29.

¹⁷ PACHECO, Rafael. **Crime organizado: medidas de controle e infiltração policial**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 61.

3 INFILTRAÇÃO POLICIAL

A origem de agentes policiais infiltrados é decorrente do despotismo francês, durante o reinado do Rei Luís XIV, em que o representante político à época buscava o fortalecimento do estado, criando para o momento os olhos invisíveis do estado, que tudo via, ouvia e ninguém os percebia. Ainda sob a égide francesa do poder absoluto, foram batizados de delatores, ou segundo Manuel Augusto Alves Meireles, “*os primeiros agentes provocadores da história europeia*”¹⁸.

A polícia de Paris tinha a incumbência de contratar os “delatores” com a função de descobrir perante aquela comunidade os inimigos políticos do Rei, e posteriormente os denunciavam em busca de favores e regalias monárquicas, como presos comuns que aceitavam a proposta feita pela polícia em troca de sua liberdade.

O agente infiltrado era limitado em somente observar as condutas do povo para na sequência levá-las à autoridade competente. No entanto, no decorrer do tempo foi verificado que a observação propriamente dita não era eficaz para neutralizar a oposição regimental imposta aos cidadãos parisiense, ocasionando uma verdadeira atividade clandestina de espionagem estatal, por conseguinte ocasionando a ilicitude das condutas do estado.

Não obstante, essa conduta estatal foi usada em diversos países na mesma época em que ocorrera na França. Pode-se citar a título expositivo a Espanha, onde foram criados e usados os agentes infiltrados no período inquisitorial na busca de manifestações contrárias ao interesse do estado, bem como no Reino Unido, com o viés de obtenção de provas incriminadoras, sempre os informantes recebiam algum tipo de recompensa pelo serviço prestado, o que durou todo o século XIX¹⁹.

A distinção entre agente provocador e agente infiltrado, esse sendo admitido em nosso ordenamento jurídico, enquanto aquele vedado. E isso se dá por inúmeros motivos. A ressaltar que o agente infiltrado deve ser necessariamente um policial e não um particular ou servidor público de qualquer área, como ocorre no agente provocador; a dois, faz-se indispensável mandado judicial autorizando o

¹⁸ MEIRELES, Manuel Augusto Alves. **O regime das provas obtidas pelo agente provocador em processo penal**. Coimbra, 1999, p.20.

¹⁹ ONETO, Isabel. **O agente infiltrado: contributo para a compreensão do regime jurídico das ações encobertas**. Coimbra, 2005, p.24

referido tipo de investigação em relação ao agente infiltrado; a três, no ordenamento jurídico criminal brasileiro é vedado o flagrante preparado, o que acarreta em crime impossível, por ineficácia absoluta do meio; admitindo-se apenas a consequência do agente infiltrado, ou seja, flagrante retardado -ação controlada- dentre inúmeras distinções entre ambos os institutos mencionados.

Entende-se o flagrante provocado como um induzimento ou instigação ao agente para que ele pratique o delito. Não existindo esses elementos o delito não se concretizaria. No entanto, vale frisar que é inviável que o estado admita a estimulação de práticas delitivas a fim de realização de prisões em flagrante.

Nesse sentido o STF editou a súmula nº 145: “Não há crime quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação”. Assim, segundo a Suprema Corte, nos casos que houver prisão em flagrante e este seja provocado, estar-se-ia diante de um crime impossível. De toda sorte, acarreta a ilegalidade da prisão, bem como na responsabilidade penal do agente.

O flagrante diferido por sua vez é aquele em que a autoridade policial tem a faculdade de aguardar o momento de efetivação da prisão, visando a captura do maior número de infratores, ou do maior número de provas, mas mantém o agente vigado em toda a prorrogação deste.

O legislador brasileiro regulou, inicialmente, a figura do agente infiltrado sob a égide da Lei 9.034/95. Referida Lei previu um rol de meios de investigação com o fim de desmanchar organizações criminosas. A legislação retromencionada foi inserida no ordenamento visando combater principalmente a criminalidade organizada do narcotráfico.

Regulado na Lei 12.850/13 em seu art. 8º²⁰ o instituto em questão, não prevê a necessidade de autorização judicial para que isso aconteça, bastando uma comunicação ao juiz que a cada caso concreto estabelecerá ou não limites, além de comunicar ao Ministério Público²¹, conforme disposto no §1º do supracitado artigo.

A infiltração de agentes policiais em organizações criminosas resulta diretamente em colisões com as garantias estabelecidas em princípios fundamentais

²⁰ Art. 8º Consiste a ação controlada em retardar a intervenção policial ou administrativa relativa à ação praticada por organização criminosa ou a ela vinculada, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz à formação de provas e obtenção de informações.

²¹ § 1º O retardamento da intervenção policial ou administrativa será previamente comunicado ao juiz competente que, se for o caso, estabelecerá os seus limites e comunicará ao Ministério Público.

expressos e/ou implícitos na Constituição Federal, inclusive, no que tange ao devido processo legal.

O legislador editou nova lei tratando da infiltração policial, qual seja a Lei 10.217/01, porém essa norma não viola o interesse público e constitucional, sendo obdecido nesta legislação à característica procedimental do Estado Democrático de Direito, o que teria sido naquela legislação omitido. Ou seja, agora com a edição desta lei, previu-se a necessidade de autorização judicial para cada caso concreto.

Trata-se de um meio de investigação que deve dispor de uma atenção especial, devido à complexidade de sua instauração e execução, e como já mencionado, sua recepção pelo arcabouço jurídico brasileiro acarreta várias consequências a seguir explanadas, a citar, o valor probatório das provas colhidas por esse meio de investigação.

3.1 Conceituação

A infiltração de agentes trata-se de uma forma de investigação criminal buscando provas, em que um agente policial, mediante prévia autorização ingressa no âmbito de determinada organização criminosa, como se parte integrante dela fosse, objetivando colher informações sobre seu funcionamento.

Os doutrinadores Manuel Monteiro Guedes Valente, Manuel João Alves e Fernando Gonçalves definem a atuação do agente infiltrado:

Atue sob o controle da polícia judiciária que, com ocultação da sua qualidade e identidade, e com o fim de obter provas para a incriminação do suspeito, ou suspeitos, ganha sua confiança pessoal, para melhor o observar, em ordem a obter informações relativas às atividades criminosas de que é suspeito e provas contra ele(s), com as finalidades exclusivas de prevenção ou repressão criminal, sem contudo o(s) determinar à pratica de novos crimes²².

A classificação não abarca todo o gênero, tão pouco as espécies de infiltração policial em organizações criminosas, - o que será explanado mais adiante - mas sim uma das modalidades do gênero **deep cover**, qual seja, **stingoperation**, o que remonta a uma interpretação restrita acerca do conceito acima.

²² VALENTE, Manuel; ALVES, Manuel; GONÇALVES, Fernando. **O novo regime jurídico do agente infiltrado**. Coimbra: Almeida. 2001, p. 37.

Para Marcelo Batlouni Mendroni:

Agente infiltrado é aquele que faz infiltrar-se no seio da organização criminosa, passando a integrá-la como se criminoso fosse – na verdade, como se um novo integrante fosse. Agindo assim, penetrando no organismo e participando das atividades diárias, das conversas, problemas e decisões, como também por vezes de situações concretas, ele passa a ter condições de melhor compreendê-la para melhor combatê-la através do repasse de informações às autoridades²³.

Quanto ao instituto em outros países explana Roberta Rodrigues Camilo: “Aliás, a Lei Colombiana permite que o particular seja o agente encoberto, sendo pessoas de confiança do imputado²⁴”.

É importante ressaltar, que no Brasil, a infiltração desses agentes em organizações criminosas dar-se sempre por policiais da polícia judiciária, seja ela no âmbito federal ou estadual, entretanto em outros países pode ocorrer por funcionários públicos com funções administrativas ou até mesmo um civil, como ocorre no ordenamento colombiano que regulou matéria no art. 242 de seu código de processo penal²⁵.

²³ MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime organizado**: Aspectos gerais e mecanismos legais. São Paulo: Atlas, 2007, p. 54.

²⁴ CAMILO, R. R. A infiltração do agente no crime organizado. in: MESSA, Ana Flávia; CARNEIRO, José Reinaldo Guimarães. **Crime organizado** São Paulo: Saraiva, 2012, p. 292.

²⁵ Artículo 242. Actuación de agentes encubiertos. Cuando el fiscal tuviere motivos razonablemente fundados, de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en este código, para inferir que el indiciado o el imputado en la investigación que se adelanta, continúa desarrollando una actividad criminal, previa autorización del Director Nacional o Seccional de Fiscalías, podrá ordenar la utilización de agentes encubiertos, siempre que resulte indispensable para el éxito de las tareas investigativas. En desarrollo de esta facultad especial podrá disponerse que uno o varios funcionarios de la policía judicial o, incluso particulares, puedan actuar en esta condición y realizar actos extrapenales con trascendencia jurídica. En consecuencia, dichos agentes estarán facultados para intervenir en el tráfico comercial, asumir obligaciones, ingresar y participar en reuniones en el lugar de trabajo o domicilio del indiciado o imputado y, si fuere necesario, adelantar transacciones con él. Igualmente, si el agente encubierto encuentra que en los lugares donde ha actuado existe información útil para los fines de la investigación, lo hará saber al fiscal para que este disponga el desarrollo de una operación especial, por parte de la policía judicial, con miras a que se recoja la información y los elementos materiales probatorios y evidencia física hallados. Así mismo, podrá disponerse que actúe como agente encubierto el particular que, sin modificar su identidad, sea de la confianza del indiciado o imputado o la adquiera para los efectos de la búsqueda y obtención de información relevante y de elementos materiales probatorios y evidencia física. Durante la realización de los procedimientos encubiertos podrán utilizarse los medios técnicos de ayuda previstos en el artículo anterior. En cumplimiento de lo dispuesto en este artículo, se deberá adelantar la revisión de legalidad formal y material del procedimiento ante el juez de control de garantías dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes a la terminación de la operación encubierta, para lo cual se aplicarán, en lo que sea pertinente, las reglas previstas para los registros y allanamientos. En todo caso, el uso de agentes encubiertos no podrá extenderse por un período superior a un (1) año, prorrogable por un (1) año más mediante debida justificación. Si vencido el plazo señalado no se hubiere obtenido ningún resultado, esta se cancelará, sin perjuicio de la realización del control de legalidad correspondiente.

Quando a infiltração do agente ocorrer pode se levar em consideração vários níveis, que variam de acordo com o grau de confiança e atividade exercida dentro da organização criminosa. É certo que, quando mais alto o nível que o infiltrado alcançar, maiores e mais relevantes serão as informações a serem repassadas as autoridades competentes.

É inerente ao policial infiltrado em determinada organização criminosa, os objetivos de identificar, neutralizar e eliminá-la. No entanto, esses fins só poderão ser alcançados com a coleta de provas que possam ser valoradas no devido processo legal.

Uma vez infiltrado e frequentando o mesmo ambiente, participando ativamente das reuniões que relatam crimes pretéritos e planejamento de novos, os agentes presenciam instantaneamente as decisões do grupo criminoso, colhendo informações valiosas sobre o esquema e funcionamento da organização, que deverão ser repassadas a seu superior hierárquico a fim de extingui-la.

Desse modo, a infiltração policial é o mais amplo e pode-se falar que também o mais invasivo meio de investigação existente no ordenamento jurídico contemporâneo. O que decorre do contato direto e rotineiro entre policiais, atuando como agentes infiltrados e os investigados de alguma organização criminosa.

Conforme Marcelo Botlouni Mendroni:

As vantagens que podem advir desse mecanismo processual são evidentes: fatos criminosos não esclarecidos podem ser desvelados, modus operandi, nomes, - principalmente dos “cabeças” da organização, nomes de “testas de ferro”, bens, planos de execução de crimes, agentes públicos envolvidos, nomes de empresas e outros mecanismos utilizados para lavagem de dinheiro, etc²⁶. (sic)

Desta forma, a infiltração policial consegue atingir um nível de colheita de informações possível de valoração probatória que outro meio de investigação jamais conseguiria chegar, sobretudo por essas organizações serem lastreadas em segredos e pela complexidade na divisão hierárquica os que estão em atividades executórias, sequer sabem quem são os chefes ou as demais atividades da mesma existindo uma divisão de tarefas muito bem ordenada e organizada.

²⁶ MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime organizado**: Aspectos gerais e mecanismos legais. São Paulo: Atlas, 2007, p. 54.

3.2 Modalidades de infiltração

De acordo com o fim a ser alcançado e a necessidade da investigação as infiltrações policiais podem revestir-se de várias modalidades. Vale frisar que a dependência de variação do envolvimento do policial na organização delituosa, bem como da durabilidade da infiltração, podendo ser divididas em ***ligh cover*** (preventiva) ***deep cover*** (repressiva).

As modalidades ***ligh cover*** que são menos arriscadas e têm um lapso temporal menor, comumente em torno de seis meses, além disso, exigem um grau de experiência menor por parte do agente infiltrado, pois, as infiltrações desse tipo se restringem em uma única transação ou encontro, ou seja, o agente infiltrado não participa ativamente de reuniões com a organização criminosa a ser investigada.

Essas se subdividem em seis modalidades tendo formas e aplicações distintas que variam de acordo com cada ordenamento jurídico. São elas: ***decoyoperation***, na qual o infiltrado se passa por vítima, permitindo que outros policiais tenham condições de realizar a prisão no instante em que o agente infiltrado estiver sendo atacado pelo criminoso; ***pseudo-achat***, situação em que o infiltrado se apresenta como comprador de objetos ilícitos; ***pseudo – vente***, modalidade em que o infiltrado se coloca na posição de vendedor de objetos ilícitos; ***flash-roll***, situação em que o infiltrado exhibe dinheiro com o fito de convencer os criminosos, vendedores da mercadoria ilegal, a concretizar o negócio; ***livraisonsurveillée***, também denominada de entrega vigiada, hipótese em que se monitora o transporte, em determinado local, de mercadoria ilegal, prolongando no tempo a concretização da prisão dos investigados; ***livraisoncontrollée***, modalidade similar à ***livraisonsurveillée***, mas diferenciando-se pelo fato de os próprios policiais serem responsáveis pelo transporte das mercadorias ilícitas, sendo responsáveis pela entrega das mesmas²⁷.

Vale expor que a legislação brasileira regula a modalidade de infiltração conhecida como “vigiada” ou ação controlada. É possível perceber essa conduta

²⁷ ONETO, Isabel. **O agente infiltrado**: contributo para a compreensão do regime jurídico das ações encobertas. Coimbra, 2005, p. 82.

descrita ao teor do art. 53, inciso II, e parágrafo único da Lei 11.343/06²⁸ e nos arts. 8º e 9º da Lei 12.850/13²⁹.

Conforme exposto, as infiltrações dividem-se em dois gêneros e no tocante às repressivas ou **deep cover** existem situações mais complexas, apresentando-se em maior durabilidade e não apenas em um único encontro como as modalidades supracitadas. Faz-se necessário que o agente policial infiltrado crie laços com os demais integrantes de determinada organização criminosa, aumentando os riscos de prática de delitos, por exemplo: falsidade ideológica para retificar sua identidade bem como o próprio risco de morte do agente.

Pode-se ainda dividir o gênero das infiltrações **deep cover**, nas seguintes espécies: **stingoperation**: situação que o agente se vale de falsa identidade instituindo determinada empresa e a divulgado na comunidade que compra objetos ilícitos, assim ocorre à atração dos investigados; **honey-potoperation**, nesta espécie o investigador monta um bar, restaurante ou estabelecimento comercial similar buscando transformá-lo em local onde ocorram os encontros do crime organizado, os denominados “pontos de encontro”; **buy-pustoperation**, no qual o infiltrado adquire progressivamente os produtos ilegais, como derivados de roubo, armas, drogas ilícitas, contrabando, entre outros, mas evita prender o vendedor

²⁸ Art. 53. Em qualquer fase da persecução criminal relativa aos crimes previstos nesta Lei, são permitidos, além dos previstos em lei, mediante autorização judicial e ouvido o Ministério Público, os seguintes procedimentos investigatórios:

(...)

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

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

²⁹ Art. 8º Consiste a ação controlada em retardar a intervenção policial ou administrativa relativa à ação praticada por organização criminosa ou a ela vinculada, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz à formação de provas e obtenção de informações.

§ 1º O retardamento da intervenção policial ou administrativa será previamente comunicado ao juiz competente que, se for o caso, estabelecerá os seus limites e comunicará ao Ministério Público.

2º A comunicação será sigilosamente distribuída de forma a não conter informações que possam indicar a operação a ser efetuada

§ 3º Até o encerramento da diligência, o acesso aos autos será restrito ao juiz, ao Ministério Público e ao delegado de polícia, como forma de garantir o êxito das investigações.

§ 4º Ao término da diligência, elaborar-se-á auto circunstanciado acerca da ação controlada.

9º Se a ação controlada envolver transposição de fronteiras, o retardamento da intervenção policial ou administrativa somente poderá ocorrer com a cooperação das autoridades dos países que figurem como provável itinerário ou destino do investigado, de modo a reduzir os riscos de fuga e extravio do produto, objeto, instrumento ou proveito do crime.

naquele momento para futuramente fazer parte da organização; ***infiltration de réseaux ou de groupes***, aquela que se caracteriza por ser longa, de cunho genérico, em que o infiltrado se insere na organização criminosa com o escopo de obter informações acerca do *iter criminis* realizado por ela³⁰.

3.3 Requisitos

A Lei 12.850/13 elenca os requisitos necessários para a concessão da medida nos arts. 10³¹ e 11³², nos quais discorre que a infiltração policial deve ser precedida de autorização judicial, *fumus commissi delicti e periculum libertatis*, indispensabilidade da infiltração e anuência do policial.

Autorização judicial que conceder infiltração policial em organização criminosa deve necessariamente observar o art. 93, IX da CF, sob pena de nulidade. Além de indicar o período de infiltração, bem como indicação de algumas diretrizes, detalhes procedimentais, dentre outras funções, ou seja, não deve ser visto como um mandado apenas, mas sim como um instrumento regulador da infiltração.

A legislação que trata do tema aduz expressamente em seu texto a necessidade de indícios da infração penal, sendo dispensando os indícios de autoria, o que tornaria inviável instituto jurídico discutido, devido a um dos objetos de investigação de tal medida, ser justamente buscar os indícios de participação. Em no tocante ao *periculum in mora*, deve se levar em conta o risco ou prejuízo que a não

³⁰ ONETO, Isabel. **O agente infiltrado**: Contributo para a compreensão do regime jurídico das ações encobertas. Coimbra, 2005, pp.83-84.

³¹ Art. 10. A infiltração de agentes de polícia em tarefas de investigação, representada pelo delegado de polícia ou requerida pelo Ministério Público, após manifestação técnica do delegado de polícia quando solicitada no curso de inquérito policial, será precedida de circunstanciada, motivada e sigilosa autorização judicial, que estabelecerá seus limites.

§ 1º Na hipótese de representação do delegado de polícia, o juiz competente, antes de decidir, ouvirá o Ministério Público.

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

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

§ 4º Findo o prazo previsto no § 3º, o relatório circunstanciado será apresentado ao juiz competente, que imediatamente cientificará o Ministério Público.

§ 5º No curso do inquérito policial, o delegado de polícia poderá determinar aos seus agentes, e o Ministério Público poderá requisitar, a qualquer tempo, relatório da atividade de infiltração.

³² Art. 11. O requerimento do Ministério Público ou a representação do delegado de polícia para a infiltração de agentes conterão a demonstração da necessidade da medida, o alcance das tarefas dos agentes e, quando possível, os nomes ou apelidos das pessoas investigadas e o local da infiltração.

realização imediata dessa diligência poderá representar para a aplicação da lei penal, para a investigação criminal ou para evitar a prática de novas infrações penais.

Gozando de caráter subsidiário e complementar a medida em tela ser adotada quando for indispensável ao à investigação criminal. À luz do princípio da proporcionalidade, pois com base nele o magistrado deve buscar sempre o meio de investigação menos danoso a restrição de liberdade do acusado. Portanto, o magistrado deve verificar a possibilidade de outro meio de prova, ainda que danoso, mas menos invasivo que a infiltração policial.

Por se tratar de uma competência exclusiva policial, este poderá recusar-se a prestar esse tipo de serviço. Se não houvesse uma garantia os agentes policiais não teriam escolha diante de uma infiltração de grau elevado com as *deep cover*, arriscando suas próprias vidas, no entanto, como o direito penal não se exige super heróis, a legislação concede a anuência do agente de policia como requisito para infiltração policial.

4 CULPABILIDADE

O tema a ser tratado no presente capítulo não possui até a presente data concepção unívoca. Esse fato é decorrente dos diversos entendimentos dado ao assunto com o passar do tempo, devido a mutabilidade jurídica social.

No entanto, a doutrina moderna passou a enxergar e compreender a culpabilidade como uma possibilidade de reprovação do fato ao autor que cometeu um injusto penal tendo, naquele momento liberdade para comportar-se de acordo com o Direito.

Para Brandão:

A culpabilidade, por sua vez, não é, a exemplo dos demais elementos, um juízo sobre o fato, mas um juízo sobre o autor do fato. Assim, se pela tipicidade e antijuridicidade pode-se fazer um juízo de reprovação sobre o fato, pela culpabilidade pode-se fazer um juízo de reprovação sobre o autor do fato³³.

Devido à mutabilidade jurídica social, a culpabilidade foi enxergada sob vários ângulos, surgindo diversas teorias, a fim de nortear a possibilidade de reprovação de um delito ao autor.

4.1 Teorias da culpabilidade

O estudo da culpabilidade infere-se através de três teorias que serão estudadas adiante, de logo, cabe destacar que a teoria adota pelo código penal brasileiro acerca desse tema é a ultima espécie que será estudada, sendo a teoria normativa pura.

4.1.1 Teoria psicológica da culpabilidade

A **teoria psicológica da culpabilidade**, embasada no positivismo do século XIX, tem sua formação no sentido de que a culpabilidade é a relação

³³ BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal**: parte geral, Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 200.

subjetiva entre autor e fato. Ademais, pode-se afirmar com base nesta teoria que a culpabilidade é o vínculo psicológico – *liame* subjetivo- que une o autor ao fato.

Entende Bitencourt:

Dentro dessa concepção, o dolo e a culpa não só eram as duas únicas espécies de culpabilidade, como também a sua totalidade, na medida em que esta não apresentava nenhum outro elemento constitutivo. Admitia, somente, como seu pressuposto, a imputabilidade, entendida como capacidade de ser culpável³⁴.

A teoria ficou-se devido a sua incompatibilidade com o instituto da culpa inconsciente, e uma incoerência ao falar em culpabilidade quando se estendia a aplicação à culpa, principalmente no tocante à culpa inconsciente, em que se mostrava claro o vínculo entre autor e o fato, mas não se poderia analisar a culpabilidade como algo puramente psicológico, pois na culpa não há observância de uma previsão do resultado por parte do agente, logo, se não há vínculo psicológico não há culpabilidade.

4.1.2 Teoria psicológico-normativo

A **teoria psicológico-normativo da culpabilidade** que foi desenvolvida por Frank³⁵, datado no século XX, onde foi inserindo-o antes um o juízo de reprovabilidade, ou seja, deverá ser valorada aquela conduta praticada pelo agente delituoso.

Ressalta-se que o embasamento da teoria anterior, continua válido, pois o que houve foi um acréscimo de análise na culpabilidade, a partir de então se passa a analisar se ao tempo da conduta praticada pelo agente ele era ao tempo do fato inteiramente capaz de entender a ilicitude da ação e poder agir de outro modo em conformidade com o direito.

A teoria psicológico normativo da culpabilidade ficou-se ineficaz, trazendo as limitações da teoria psicológica, ou seja, o dolo e a culpa continuaram elementos da culpabilidade.

³⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2003, p 287.

³⁵Apud, BITENCOURT, p 292.

4.1.3 Teoria normativa pura

A **teoria normativa pura da culpabilidade** criada por Welzel com ideal finalista retirou os elementos dolo e culpa, psicológicos da culpabilidade, quebrando a teoria psicológica da culpabilidade, passando o dolo e a culpa agora para a conduta do agente, sendo objeto da tipicidade. A teoria que rege o tema da culpabilidade atualmente é a normativa pura da culpabilidade.

Conforme alude Bitencourt:

Pode-se comprovar que o finalismo não poupou esforços na busca de uma construção estritamente normativa da culpabilidade, na verdade, a primeira elaboração normativa pura. Assim, boa parte de suas renovadoras intenções a respeito do conceito de culpabilidade dirigia-se, inequivocamente, à separação daquela das características de cunho psicológico que até há poucos anos lhe integravam de forma essencial³⁶.

É inequívoca a importância da compreensão das aludidas teorias, sobretudo para distinguir o momento em que os elementos dolo e culpa passaram a ser analisados como objeto da tipicidade e não mais como elementos volitivos da culpabilidade.

4.2 Causas de exclusão de culpabilidade

Com o advento da teoria normativa pura, atribuíram-se três elementos essenciais à culpabilidade: imputabilidade penal, potencial consciência da antijuridicidade do fato bem como exigibilidade de conduta diversa. Os quais serão estudados adiante. Portanto, verificando-se a ausência de qualquer desses elementos, não há que se falar em uma conduta culpável.

Sendo certo que a falta da imputabilidade penal acarretará a não culpabilidade por inimputabilidade, a não potencial consciência da ilicitude ensejará em erro de proibição, bem como a inexigibilidade de conduta diversa ocasionada pela falta de exigência de comportamento diverso do agente.

³⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 304.

4.2.1 Inexigibilidade de conduta diversa

Analisando à legislação pátria, estabelece o Código Penal brasileiro em seu art. 22³⁷ causas de exclusão da culpabilidade, decorrentes da inexigibilidade de conduta diversa, quais sejam, **coaçoão moral irresistível e obediência hierárquica**.

Acerca dos institutos acima, faz-se necessária a distinção entre as espécies de coação, que poderá ser a física, essa por sua vez exclui o próprio tipo penal. Bem como a moral, sendo essa as ameaças capazes de abalo psicológico do coagido, excluindo a culpabilidade do coagido, se a coação for irresistível.

4.2.1.1 coação moral irresistível

Na **coaçoão moral irresistível** existe uma vontade do agente determinada, ainda que eivada de vício, e nessas circunstancias não se pode o direito opor aquele cidadão que haja de outra maneira que não aquela que resultou no injusto penal.

Para Cuello Calón³⁸ “O individuo que nesta situação executa um fato criminoso não é considerado culpável porque sua vontade não pode determinar-se livremente” logo, não há de se falar em resistência da parte autora, pois se deixar de haver a ameaça o instituto restará desconfigurado não sendo passível de isenção de pena o agente delituoso.

Configura-se nesse caso, a participação do autor imediato do delito como mero instrumento do injusto penal, sendo possível de se falar em culpabilidade apenas para o coator, ou seja, o autor mediato do delito em questão.

Neste sentido, Bitencourt:

Na hipótese de *irresistibilidade*, a solução legal é considerar punível, exclusivamente o coator, que no caso, é o *autor mediato*, uma vez que o *executor* é mero instrumento, agindo inculpavelmente. Não há propriamente *concurso de pessoas*, mas simples *autoría mediata*: o coator é o único responsável pelo fato, do qual tinha o *domínio fina*³⁹.

³⁷ Art. 22 - Se o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem.

³⁸ CUELLO CALÓN, E. **Derecho Penal**. Barcelon, Bosch, 1980, p.494.

³⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral, São Paulo: Saraiva, 2003, p 315.

Falar em coação resistível é falar em concurso de pessoas, pois aqui o agente detinha a oportunidade de agir em conformidade com a legislação, mas optou de maneira diversa, isto é se um agente infiltrado sofrer uma coação moral resistível, responderá em concurso de pessoas pelos excessos praticados, no entanto incidindo em diminuição de reprovabilidade acarretará uma diminuição de pena, conforme art. 13 da Lei 12.850/13⁴⁰ e art. 65, III, c⁴¹ do código penal.

4.2.1.2 Obediência hierárquica

Quanto à **obediência hierárquica** esta decorre de um vínculo de direito público, não sendo possível falar do instituto em análise nas relações jurídicas privadas, já que o poder hierárquico é inerente à administração pública.

Sendo emanada uma ordem legal de um superior hierárquico, a problemática passa-se ao âmbito da antijuridicidade, podendo ser caracterizada por meio da excludente de ilicitude *estrito cumprimento do dever legal*. Ou seja, se o subordinado cumpre ordem legal, está no estrito cumprimento do dever legal. Não pratica crime, uma vez que está acobertado por causa de exclusão da ilicitude.

Ademais, se aquela *obediência hierárquica* decorrer de um cumprimento de ordem que é flagrantemente ilegal – Isto é, manifestamente ilegal – haverá concurso de pessoas, pois nesse caso o executor sabe da condição de ilegalidade tem o domínio do fato da ação, mas opta em contrariar o direito.

O subordinado que cumpre ordens desde que sejam não manifestamente ilegais, avalia incorretamente a ordem emanada de seu superior hierárquico, acreditando estar realizando uma ordem legal. Acredita, portanto, estar agindo e estrito cumprimento de um dever legal.

Ocorre que, o agente policial infiltrado assim como diversos servidores públicos, não podem se negar a cumprir uma ordem de seu superior hierárquico, sob

⁴⁰ Art. 13. O agente que não guardar, em sua atuação, a devida proporcionalidade com a finalidade da investigação, responderá pelos excessos praticados.

⁴¹ Art. 65 - São circunstâncias que sempre atenuam a pena:

III - ter o agente:

c) cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima;

pena de sanção administrativa. Somente sendo admita essa escusa ao cumprimento de uma determinada ordem, se esta for flagrantemente ilegal.

Ademais, se a ordem emanada do superior hierárquico for não manifestamente ilegal o agente infiltrado que cumprir aquela, estará abarcado pelo instituto da estrita obediência a ordem de superior hierárquico, acarretando a inexigibilidade de conduta diversa do agente infiltrado.

4.3 Responsabilização do agente infiltrado

É certo que o estudo da responsabilização do agente infiltrado tem como preceito basilar e norteador o *liame* entre cometimento da infração penal por agente infiltrado e a sua infiltração. O delito necessariamente tem que ter ocorrido por força de sua infiltração policial em uma determinada organização criminosa. A inobservância desse requisito poderá acarretar a responsabilização daquele agente, desde que não abarcado por outro instituto penal.

O agente infiltrado ao se inserir em uma organização criminosa passa a compor os quadros desta, como se integrante fosse, inclusive praticado atos inerentes ao desenvolvimento daquela, como crimes visando fins lucrativos de determinada organização.

Ocorre que quando a ordem legal for emanada para o agente infiltrado, por seu superior hierárquico – geralmente delegados de polícia, autorizados pelo juiz-, não cabe análise desta no âmbito da culpabilidade, mas sim da ilicitude, pois o agente estará abarcado no *estrito cumprimento do dever legal*.

No entanto, não se pode cumprir uma ordem que se diz legal em sua forma, mas que se trata de uma ordem ilegal quanto à matéria. Não se podendo valer o agente infiltrado de sua condição para praticar ilícitos penais, sob a égide de que o ordenamento pátrio o incube do dever de praticar injustos penais.

Sendo assim, o *estrito cumprimento do dever legal* apenas deve ser emanado de ordem legal, não se podendo exigir que o agente infiltrado cumpra o dever “legal” de praticar algum delito, neste caso resta refutado a tese de que o agente infiltrado ao praticar crimes nas organizações criminosas estaria abarcado pelo *estrito cumprimento do dever legal*. Não havendo essa possibilidade, pois o

agente estará cumprindo ordem ilegal, bem como não se pode exigir como dever de alguém cometer ilícitos penais.

Ademais, o agente infiltrado mesmo quando cumprir uma ordem emanada de seu superior, salvo aquelas ordens que sejam não manifestamente ilegais, deverá responder em concurso com a autoridade superior que emanou a ordem.

Para a configuração do cumprimento de uma ordem não manifestamente ilegal se faz necessário o desconhecimento da ilegalidade da ordem ao agente infiltrado. É essencial um juízo equivocado de sua conduta. O autor deve cumprir uma ordem de seu superior acreditando em sua legalidade, desconhecendo a ilicitude de sua conduta e acreditando está cumprindo uma ordem legal.

Imagine o caso em que uma autoridade policial emane ordem não manifestamente ilegal para um agente policial infiltrado para que instale aparelhos capazes de captar sons e áudios nas instalações de alguma organização criminosa. Frise-se que não cabe análise por parte do agente infiltrado da legalidade da ordem que foi emanada de seu superior hierárquico. Sendo da sua alçada apenas a mera execução. Sob pena de responder processo administrativo disciplinar.

Sendo assim, não se considera culpável o *agente infiltrado* que durante seu trabalho investigativo em alguma organização criminosa, ao realizar condutas típicas e ilícitas, esteja abarcado pelo cumprimento de ordens não manifestamente ilegais que devem ser verificadas a cada caso concreto, bem como pela *coação moral irresistível*.

4.3.1 Limites à inexigibilidade de conduta diversa

A legislação vigente traz apenas um limite taxativo acerca da responsabilidade penal do agente infiltrado inserido em organizações criminosas, o que acarreta uma grande insegurança jurídica. Sobretudo, por esse método de investigação ser extremamente invasivo, acarretando consequências na instrução probatória, bem como em possíveis violações a liberdades constitucionais, como o direito à intimidade por exemplo.

Frise-se que o eventual delito cometido por determinado agente deverá necessariamente ter alguma ligação com sua atividade de infiltração, esse *liame* passará a ser um limite da responsabilidade do agente infiltrado, isto é, se a conduta

do agente nada tiver a ver com sua atividade de policial infiltrado, não há de ser analisada sequer as demais circunstâncias, como a verificação do excesso ou não na conduta delitiva e irresistibilidade da coação no âmbito da inexigibilidade de conduta diversa.

Pode-se falar ainda que a inexigibilidade de conduta diversa explorada pelo agente infiltrado encontra a taxatividade em apenas um limite, expressamente previsto na legislação pertinente à matéria. Ou seja, há uma responsabilização do agente infiltrado prevista na Lei 12.850/13, constante do art. 13 em seu parágrafo único, prevendo a responsabilização do agente infiltrado pelos excessos praticados.

Deve-se o excesso ser aferido em cada caso concreto, não se podendo afirmar se o delito ocorreu ou não excesso, pois o agente infiltrado no momento da ação pode inferir em seu íntimo psicológico determinada conduta como moderada, e escolher, por exemplo, matar algum criminoso ligado a uma dada organização que está infiltrado a fim de evitar que ele mate outra pessoa. Ou oposto, matar uma pessoa para proteger algum criminoso envolvido na organização que está inserido para e colher mais provas.

O afastamento da culpabilidade dos agentes infiltrados quando praticam crimes nas condições que lhe são impostas, por meio de uma **coaçoão moral irresistível** ou **obediência hierárquica** – nos casos de ordens não manifestamente ilegais – a legislação prevê expressamente a garantia, na segunda parte do art. 13, parágrafo único⁴², da Lei 12.850/13.

O agente infiltrado é por sua vez o primeiro garantidor do devido processo legal, e isto por inúmeros motivos. A um é ele quem está em contato diretamente com a organização criminosa investigada, a dois, é responsável pelas transferências de informações, a três tem interferência diretamente com a colheita das provas, essas características que perfazem o agente infiltrado fazem dele um responsável essencial para o processo legal.

Na obediência hierárquica, o agente infiltrado não poderá recusar-se-á cumprir uma ordem que lhe for emanada, devendo apenas executá-la. Sendo a mesma, considerada ilegal posteriormente, o agente infiltrado não será culpável. Ao

⁴² Art. 13. O agente que não guardar, em sua atuação, a devida proporcionalidade com a finalidade da investigação, responderá pelos excessos praticados.

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

cumprir a ordem o agente infiltrado deve necessariamente zelar pelo efetivo cumprimento da mesma, sem extrapola-la, podendo incorrer em excesso.

Caracteriza-se outro limite imposto pelo direito ao exercício do agente infiltrado nas organizações criminosas, no tocante a coação irresistível, a possibilidade de *resistibilidade* do agente infiltrado ao praticar uma conduta. Sendo assim, somente estará abarcado pela *inexigibilidade de conduta diversa* aquele policial que decorrente de sua infiltração pratica ilícitos penais nos quais não se era possível resistir, ao momento da ação, sob pena de ser descoberta a infiltração, com a descoberta de sua identidade, por exemplo, frustrando a investigação bem como pondo sua vida em risco.

Neste sentido, Brandão:

Observa-se que a vontade que dirige finalisticamente a conduta é a vontade do coator, por isso não se pode efetuar sobre o coagido o juízo de censura pessoal da culpabilidade, porque o coagido não tem vontade livre e consciente de se comportar contrário ao direito. Assim, ela deve incidir sobre o coato de forma tão grave que o deixe sem capacidade de resistência a essa violência⁴³.

Nos casos em que houver coação moral, e esta for irresistível, restará afastada a culpabilidade do agente infiltrado, pelos motivos já aludidos, devendo responder pelo delito apenas o autor da coação.

Porém, se houver qualquer resistibilidade, o agente infiltrado deve ser responsabilizado perante o delito que praticou, em concurso com o respectivo coator, no entanto, sua sanção deverá ser atenuada, por expressa previsão legal ao teor do art. 65, III, c, do código penal brasileiro⁴⁴.

⁴³ BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal**: parte geral, Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 234.

⁴⁴ Art. 65 - São circunstâncias que sempre atenuam a pena:

III - ter o agente:

c) cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima;

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A origem das organizações criminosas não é de fácil compreensão e isso pelo motivo das variações de comportamentos em diversos Países. Mas, sabe-se que essas instituições são seculares, datando desde a idade média. No entanto, é sabido que com a concepção moderna que foi estudada no presente trabalho, decorre dos EUA por conta da Lei Seca.

No Brasil quando se ouve a expressão é decorrente do surgimento de um grupo de presos políticos chamado comando vermelho já na década de 1970. Esses presos eram custodiados em um estabelecimento prisional já superlotado naquela época, o que ocasionou o surgimento dessa organização criminosa.

Entende-se que o conceito de organização criminosa hoje é definido pela Lei 12.850/13. Prevendo além de sua conceituação o preceito secundário do tipo penal, bem como as causas de aumento de pena, dentre outras regulações.

As organizações criminosas atuam e funcionam como verdadeiras empresas, fielmente organizada às suas atividades visando sempre a maximização de sua receita. Sendo assim escolhe atividades ilícitas com grandes lucros para atuarem. Geralmente em trafico internacional de drogas e armas, contrabando, descaminho, crimes contra a ordem financeira, econômica e tributária, lavagem de capitais, corrupção e outros.

Visando extinguir essas práticas que geram um dano milionário aos cofres públicos, a própria legislação que regula a matéria, prevê a possibilidade de infiltração de agentes policiais nessas organizações criminosas.

A infiltração de pessoas surge com os agentes provocadores, também conhecidos como delatores, com a polícia de Paris. Aqueles tinham como missão a descoberta dos inimigos do Rei, ou seja, quem era contrário aos pensamentos monarca, e os denunciavam a como traidores em troca de favores e regalias monárquicas.

Hodiernamente, trata-se de um meio de investigação visando à colheita de provas, em que, mediante prévio cumprimento dos requisitos estabelecidos em Lei um agente policial passa a integrar a criminalidade organizada, como se parte dela fosse. Essa integralização pode se dar duas formas, constantes do gênero *deep cover*, aquelas repressivas ou *light cover*, que são as preventivas.

Ao integrar a criminalidade organizada o agente infiltrado provavelmente incidirá em alguns delitos em decorrência de sua infiltração, motivo pelo qual se faz necessário delimitar a responsabilidade deste agente.

A culpabilidade nada mais é que a possibilidade de reprovabilidade do fato ao autor que o cometeu, se este, no momento da ação/omissão tinha o pleno domínio de suas vontades e podendo agir em conformidade com o direito não o fez, incidindo em um tipo penal.

A culpabilidade é explicada sobre três teorias diferentes. Inicialmente com a *teoria psicológica da culpabilidade*, que toma por base o positivismo em que basta que haja o *liame* subjetivo entre autor e fato para sua culpabilidade. A *teoria psicológico-normativa*, em que se passou a valorar o juízo de reprovação da conduta do agente. Criada por Welzel a *teoria normativa pura*, que é finalista e adotada pelo sistema penal brasileiro afastou da culpabilidade o dolo e a culpa.

Assim, a culpabilidade passou a contar apenas, com elementos normativos, ou seja, que requer do intérprete um juízo valorativo: Inimputabilidade, potencial consciência da ilicitude e inexigibilidade de conduta diversa.

No início do presente estudo respondeu-se hipoteticamente que agente infiltrado teria sua responsabilidade penal atribuída aos delitos praticados apenas se ocorresse em circunstância absolutamente independente da atividade de infiltração policial ou se incorresse em excesso.

Comprovou-se, no entanto, que o agente infiltrado encontra mais um limite quanto à inexigibilidade de conduta diversa, sendo ele a resistibilidade da coação moral.

Esse limite traduz a possibilidade de uma punição ao agente infiltrado que venha a cometer algum ilícito penal, respondendo por ele se não decorrer da infiltração policial, ressaltando-se as demais hipóteses de exclusão culpabilidade, antijuridicidade e tipicidade. Ficando demonstrado ainda, que será punido pelos excessos praticados.

A coação moral necessariamente terá que ser irresistível para que o agente infiltrado não seja culpabilizado por sua conduta, se houver qualquer possibilidade de resistência naquela coação, o agente infiltrado deverá resistir sob pena de responder em concurso com o coator.

Quanto às ordens emanadas de superior hierárquico, estas necessariamente deverão apenas serem executadas pelos agentes infiltrados que

poderá alegar o cumprimento de ordem não manifestamente ilegal para escusar-se da sua culpabilidade ao cumprir a mesma.

O agente infiltrado, portanto, não tem a potencial consciência da ilicitude do fato que está executando ao cumprir uma ordem não manifestamente ilegal emanada de seu superior, acreditando ser legal a sua conduta, pensando estar agindo em estrito cumprimento de um dever legal.

Por fim, o presente trabalho tem sua importância haja vista a escassez de fontes acerca da matéria abordada, o que decorre da novidade do tema e poucas informações na doutrina bem como nos julgados dos tribunais. Visa, portanto, uma delimitação da culpabilidade do agente infiltrado quando inseridos em organizações criminosas.

REFERÊNCIAS

1. Livros

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 8. ed. v.1, São Paulo, Saraiva, 2003.

BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal: parte geral**, Rio de Janeiro, Forense, 2008.

BRUNO, Aníbal, **Direito penal**, Rio de Janeiro, Forense, 1967.

CAMILO, R. R. A infiltração do agente no crime organizado. in: MESSA, Ana Flávia; CARNEIRO, José Reinaldo Guimarães. **Crime organizado** São Paulo. Saraiva. 2012

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: Parte geral**. São Paulo: Saraiva 2011.

CARRARA, Francesco. **Programa de derecho criminal**, Bogotá, Temis, 1971.

CONSERINO, Cassio Roberto. **Crime organizado e institutos correlatos**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

CUELLO CALÓN, E. **Derecho penal**. Barcelon: Bosch, 1980.

JESUS, Damásio E. de. **Direito penal**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 1985.

LEVORIN Marco Polo. **Fenomenologia das associações ilícitas: crime organizado**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MEIRELES, Manuel Augusto Alves. **O regime das provas obtidas pelo agente provocador em processo penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

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

MINGARDI, Guaracy. **O Estado e o crime organizado**. São Paulo: IBCCrim, 1998.

ONETO, Isabel. **O agente infiltrado: contributo para a compreensão do regime jurídico das acções encobertas**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

PACHECO, Rafael. **Crime organizado: medidas de controle e infiltração policial**. Curitiba: Juruá, 2008.

PORTO Roberto. **Crime organizado e o sistema prisional**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

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

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes; ALVES, Manuel João; GONÇALVES, Fernando. **O novo regime jurídico do agente infiltrado**. Coimbra: Almeida, 2001.

WELZEL, Hans **Derecho penal alemán**. Santiago, Ed. Jurídica do Chile, 1970.

2 Sites

ADORNO, Sérgio *et al.* Criminalidade organizada nas prisões e os ataques do PCC. Artigo publicado *in*: **Revista de Estudos Avançados**. v. 21, nº. 66, p. 7-29, set./dez. 2007. Núcleo de Estudos da Violência da USP. São Paulo.

BECHARA, Fábio Ramazzini; JESUS, Damásio Evangelista. Agente Infiltrado: Reflexos Penais e Processuais. **Jus Navigandi, jun. 2005**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7360>>.

BRASIL. Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlata e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 03 de maio de 1995; e dá outras providências. **Diário Oficial da republica federativa do Brasil**. Brasília, DF, 05 ago. 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de Dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.