

JNT - FACIT BUSINESS AND TECHNOLOGY JOURNAL ISSN: 2526-4281 - QUALIS B1



**AGENTE INFILTRADO: NATUREZA
JURÍDICA DA NOVIDADE INSERIDA NO
ARTIGO 33, §1º, IV, DA LEI
11.343/2006**

**INFILTRATED AGENT: LEGAL NATURE
OF THE NEW INCLUDED IN ARTICLE 33,
§1º, IV, OF LAW 11.343/2006**

Esloane Xavier MATOS
Faculdade Católica Dom Orione (FCDO)
E-mail: esloanexaviermatos@gmail.com

Marco Túlio Rodrigues LOPES
Faculdade Católica Dom Orione (FCDO)
E-mail: marco@catolicaorione.edu.br



RESUMO

Considerando o agente infiltrado frente à natureza jurídica da novidade inserida no artigo 33, §1, IV, da Lei nº 11.343/2006, objetiva-se analisar o tratamento específico a respeito da inovação incluída pelo pacote anticrime dentro do contexto geral de agente infiltrado: realmente é uma causa equiparada ao delito de drogas ou é só uma especificação maior de um tipo penal que já existia antes? Ou uma reação legislativa (efeito backlash)? Para tanto, norteia o desenvolvimento da pesquisa o método de abordagem hipotético-dedutivo, com pesquisa exploratória por meio de coleta de dados bibliográficos em livros e artigos publicados. O referencial teórico utilizado primou, em especial, pela legislação criminal especial. Resultados afirmam que a doutrina divide-se em diversos posicionamentos, dentre eles ser realmente uma figura equiparada e por outro lado ser uma reação legislativa (efeito backlash), de modo a concluir que se deve analisar o caso concreto de forma ponderada.

Palavras-chave: Agente infiltrado. Agente Policial disfarçado. Natureza jurídica.

ABSTRACT

Considering the undercover agent against the legal nature of the novelty inserted in article 33, §1, IV, of Law No. 11.343/2006, the objective is to analyze the specific treatment regarding the innovation included by the anti-crime package within the general context of undercover agent : is it really a cause equated with a drug offense or is it just a greater specification of a criminal type that already existed before? Or a legislative reaction (backlash effect)? Therefore, the hypothetical-deductive approach method guides the research development, with exploratory research through bibliographic data collection in published books and articles. The theoretical framework used stood out, in particular, by the special criminal legislation. Results state that the doctrine is divided into several positions, among them being really a similar figure and, on the other hand, being a legislative reaction (backlash effect), in order to conclude that the concrete case must be analyzed in a thoughtful way.

Keywords: Infiltrated agente. Police Officer in disguise. Legal nature.

INTRODUÇÃO

Ao longo do processo de formação do Estado Brasileiro, os avanços científicos associados ao desenvolvimento do sistema capitalista, bem como da acentuação das desigualdades sociais, permitiram não só a resignificação do uso de drogas, mas também a formação de redes de tráfico. Com isso, surge a figura do agente infiltrado que utilizar-se da dissimulação para investigar e, conseqüentemente, desarticular as organizações criminosas.

Neste panorama, por intermédio dos levantamentos bibliográficos, em fontes como artigos científicos, teses e revistas/periódicos, doutrinas, jurisprudências, etc, além do acesso a dispositivos legais que norteiam o assunto, o método utilizado é o hipotético - dedutivo. Considerando a identificação de um problema e a formulação de hipóteses para serem testadas.

Por conseguinte, através de pesquisas, estudos exploratórios, com pesquisa de campo de caráter quantitativo pautado em questionamento e análise do art. 33, §1º, IV da Lei de drogas, coletando dados e valorando-os pela porcentagem de votação, traduz-se em números opiniões e informações para classificá-las e analisá-las, preponderando o uso de estatísticas de forma objetiva.

Posto isto, no que tange ao §1º do inciso IV, no artigo 33 da Lei 11.343/2006, que diz respeito à venda de drogas para um agente infiltrado como crime equiparado, a proposta de estudo consiste em responder ao questionamento: realmente é uma causa equiparada ao delito de drogas ou é só uma especificação maior de um tipo penal que já existia antes? Ou uma reação legislativa (efeito backlash)?

É necessário ressaltar que a terminologia escrita foi agente infiltrado dada a grande publicidade da nomenclatura, de conhecimento bastante difundido, mas que na verdade existe uma diferença substancial que será abordada no decorrer do trabalho e inclusive a própria Lei utilizou a expressão agente disfarçado e não infiltrado.

Ademais, verifica-se que diante da mudança inserida pelo pacote anticrime, inciso IV inserido no §1º do artigo 33 da Lei 11.343/2006, acentuou-se discussão no tocante a caracterização do crime. No entanto, é válido ressaltar que esse debate não envolve apenas a legislação penal extravagante, mas também outros campos do conhecimento como o direito constitucional, penal, processual penal, administrativo e os direitos humanos.

No âmbito da investigação, o Estado não pode utilizar-se de todos os meios possíveis e imagináveis para produção de provas, tendo em vista que, para obtenção de

decisões justas e um devido processo legal, deve-se respeitar garantias e direitos fundamentais.

Além disso, o ordenamento jurídico possibilita a infiltração de agente infiltrado na persecução criminal quando não se tem outros meios para conter a criminalidade exacerbada. Logo, o direito de punir do Estado – o *jus puniendi* – deve estar alinhado com a Constituição Federal, não sendo possível criar diversos mecanismos na persecução criminal de forma prematura, como única justificativa que os meios existentes são insatisfatórios para angariar provas, e, conseqüentemente, na abrangência dos instrumentos judiciais obter eficiência a qualquer custo, deixando de realizar diligências imprescindíveis à elucidação da autoria do episódio.

Em suma, a ideia central é que por mais que tais institutos sejam tipificados deve-se observar se respeitam ou não preceitos constitucionais, pois caso torne-se praxe a ideia do processo legal viciado, pouco importa se o meio é o melhor para que o Estado venha condenar, o que, de fato, interessa é que a trajetória da persecução criminal, tanto na fase investigatória quanto na fase processual, está viciada. Logo, não há que se falar em decisão justa e, por consequência, tem-se ilegalidade, não adiantando questionar se o meio é mais eficaz ou não, já que, na verdade, não está respeitando direitos e garantias fundamentais.

Portanto, notam-se mudanças no que tange à efetividade dos direitos fundamentais com a abrangência de instrumentos judiciais, e por isso, eficiência a qualquer custo não é uma boa solução, pois aplicar o direito material não significa aplicar a pena de qualquer forma, é necessário um olhar além do direito, tais como fatores de ordem cultural, social, econômica, etc, à luz do texto constitucional.

Dessa forma, diante de um cenário amplo, devem-se observar, de forma crítica e eficaz, os entendimentos jurídicos, uma vez que, a depender da situação, acarreta-se incursões diferentes no que tange à aplicação da pena ser mais severa ou branda.

Para tal análise, os objetivos específicos que permearam a escolha do tema podem ser elencados em vertentes: a) estudar a origem do agente infiltrado; b) pesquisar a figura do agente infiltrado, agente provocador e agente policial disfarçado/agente encoberto, de modo a distingui-los; c) indicar à mudança que ocorreu na Lei de drogas; d) analisar o conflito ético e responsabilidade criminal do agente infiltrado; e) demonstrar as dificuldades na colheita de elementos informativos versus elementos de provas; f) identificar à natureza jurídica, englobando constitucionalidade, o método utilizado e os resultados da pesquisa frente a inserção do inciso IV da Lei de drogas, com as considerações finais.

O AGENTE INFILTRADO

Origem

A figura do agente infiltrado é um instituto velho que remonta a época de Luís XIV, no absolutismo francês, que ao longo do tempo tem-se primado por técnicas de investigações mais precisas, com objetivo de desarticular organizações criminosas, através da busca de informações, acerca da estrutura, funcionamento e identificação de seus reais membros, tendo como escopo apurar crimes passados, presentes e evitar crimes futuros. Porém, nem sempre foi assim, a figura do agente se desenvolveu ao longo dos anos, adquirindo novas características, técnicas e nomenclaturas, haja vista o contexto histórico: pois, no absolutismo francês o agente infiltrado era denominado delator, situação na qual o príncipe concedia benefícios para os cidadãos que denunciavam os inimigos políticos existentes na sociedade, com o intuito simplesmente de fortalecer sua gestão (BINI, 2017).

Para tanto, observa-se que não se distinguem neste período as figuras do agente infiltrado e agente provocador, mencionando apenas a figura do delator.

A infiltração de agentes foi inaugurada no ordenamento jurídico na Lei 9.034/95, primeira Lei de organizações criminosas e primeiro documento aprovado no Congresso Nacional Brasileiro que trabalhou a infiltração de agentes. Essa Lei foi seguida de outra que também trabalhou a infiltração de agentes, Lei 11.343/2006, Lei de drogas. Ato contínuo, a Lei nº 9.034/95 foi revogada pela Lei 12.850/2013 (Lei sobre organização criminosa) na qual esta sim detalhou a investigação por meio de agentes infiltrados (MACEDO, 2017).

Ademais, a infiltração de agentes pode ser aplicada também na Lei de terrorismo e na Lei de tráfico de seres humanos, onde se tem determinado a aplicação dos meios extraordinários de obtenção de provas da Lei 12.850/2013 na investigação dos crimes nela previstos, independente de organização criminosa por detrás desse crime. Recentemente, tem-se ainda a Lei 13.441/2017 – na qual prevê a infiltração de agentes na internet para apurar crimes basicamente de pedofilia – art. 190-A do ECA (MACEDO, 2017).

Desta forma, cabe observar que as legislações até então existentes tratavam da infiltração policial de forma tradicional, ou seja, o ambiente físico pelo agente, já a Lei 13.441/2017, estabelece expressamente o emprego do método virtual ou cibernético.

DEFINIÇÃO

Agente Infiltrado

Conceitualmente, agente infiltrado é o funcionário público da estrutura dos órgãos policiais - agente de polícia: compreendidos como os membros das corporações elencadas no art. 144 da Constituição Federal, que ocultando sua verdadeira identidade, penetra dissimuladamente em uma organização criminosa, para obter informações, fontes de prova e, dessa forma, permitir o desmantelamento da referida organização (LIMA, 2020).

No ordenamento jurídico pátrio, a atuação do agente infiltrado tem características próprias, assim sendo possível chegar-se a uma definição comum de agente infiltrado. Desta forma, assim dispõe:

a) agente policial; b) atuação de forma disfarçada, ocultando-se a verdadeira identidade; c) prévia autorização judicial; d) inserção de forma estável, e não esporádica, nas organizações criminosas; e) fazer-se passar por criminoso para ganhar a confiança dos integrantes da organização; f) objetivo precípuo de identificação de fontes de provas de crimes graves (LIMA, 2020, p. 839).

Nesse viés, observa-se que todas as características mencionadas, são essenciais para imersão da infiltração na organização criminosa, cuja relação com o grupo criminoso é premeditada e planejada antecipadamente.

Agente Provocador

A atuação do agente provocador (entrapment doctrine ou teoria da armadilha) pode ser definida como todo agente, seja integrante das forças públicas ou não, que no desempenho irregular de suas atribuições visa ao desencadeamento da atividade típica que se caracteriza pela indução, de alguém à prática de determinado ilícito. O agente provocador encoraja, implanta, instiga, precipitando a prática do fato típico (produz o crime) sem que esta pessoa tivesse previamente tal propósito, hipótese que viola os direitos fundamentais, como o de não se auto acusar e o da amplitude de defesa, comprometidos pelo engano provocado pelo agente. Geralmente realizada sem prévia autorização judicial (LIMA, 2020).

Com isso, não restam dúvidas, que assim como o agente infiltrado, o agente provocador possui características, caracterizando-se pela presença dos seguintes elementos:

a) efetiva incitação por parte do agente provocador determinando a vontade delituosa do indivíduo provocado (elemento objetivo); b) vontade de determinar a prática de um crime para possibilitar a punição de seu autor (elemento subjetivo); c) adoção de medidas de precaução para evitar que o crime provocado se consuma (LIMA, 2020, p. 846).

Nesse panorama, observa-se que as características mencionadas são diferentes do agente infiltrado. Logo, para a caracterização da figura em análise deve-se cumprir todas as descrições mencionadas. Assim, na realidade, cuida-se de ato totalmente nulo, dando causa ao chamado crime impossível, sem punição por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, conforme art. 17 do Código Penal e nos termos da Súmula 145 do Supremo Tribunal Federal, que serão analisadas no decorrer do trabalho.

Agente Encoberto/Disfarçado

Conceituar agente policial disfarçado, sem quaisquer dúvidas, consubstancia-se numa árdua tarefa aos pensadores do direito, seja por tratar-se de figura bem recente em nosso ordenamento, seja pela escassez de material legislativo disciplinando o tema. Por certo, conforme Júnior (2020), a Lei nº 13.964/2019 não conceitua expressamente o instituto de agente policial disfarçado, porém a definição é visualizada de maneira implícita.

Nesse cenário, observa-se, que:

Há doutrinadores que entendem que não há distinção conceitual entre as figuras do agente infiltrado e do agente encoberto, usando ambas as expressões de modo indistinto. No entanto, parte da doutrina sustenta que o agente encoberto, funciona como uma especialização do agente infiltrado, “porquanto tem características semelhantes, a exemplo de se tratar de um agente policial, com preparação e identidade manipuladas para lhe permitir uma certa aproximação com atividades criminosas” (LIMA, 2020, p. 849).

Dito isso, ao que nota-se é a ideia do agente encoberto ser espécie, porque o agente policial disfarçado/encoberto também seria um agente infiltrado.

O agente encoberto é aquele que disfarçadamente (policial à paisana), frequenta os ambientes onde são planejados os delitos, ou com eles relacionados, com a finalidade de desvendá-los. O agente encoberto diferencia-se do agente infiltrado pela ausência de envolvimento prévio do agente com o grupo criminoso. Noutras palavras, o agente não provoca o acontecer típico e tampouco cativo a confiança do grupo criminoso, cujo objetivo é descobrir delinquentes e a atividade criminoso. Neste sentido, tem-se a seguinte explicação:

Porém, ao contrário do agente infiltrado, que tem autorização judicial para investigar um fato delituoso determinado, específico, o agente encoberto atua de modo livre, sem que sua atividade esteja relacionada, desde o princípio, à investigação de uma organização criminosa predeterminada. Como o agente encoberto presta as informações possíveis que chegarem ao seu conhecimento, funciona como uma espécie de equivalente policial do colaborador ou do informante. Com a entrada em vigor do Pacote Anticrime, foi introduzida no ordenamento jurídico pátrio figura similar ao referido agente encoberto, por aqui denominada de agente policial disfarçado. Esta novel técnica especial de investigação foi inserida pela Lei n. 13.964/19 nos arts. 17, §2º, e 18, parágrafo único, do Estatuto do Desarmamento, e no art. 33, §1º, inciso IV, da Lei n. 11.343/06 (LIMA, 2020, p. 849).

Dessa forma, é ponderável mencionar que assim como o agente disfarçado, o infiltrado é uma prática lícita, onde o agente disfarçado atua de forma instantânea, imediata, se passando por outra pessoa somente por um momento, não havendo relação de confiança; diferentemente do agente infiltrado que se envolve na conduta em apuração, com os autores do crime.

MUDANÇA NA LEI DE DROGAS

Dentre as inovações, a Lei Federal nº 13.964/2019, denominada de Lei do pacote anticrime, altera a Lei de Drogas - Lei nº 11.343/2006, ao acrescentar mais uma hipótese de conduta equiparada ao tráfico de drogas. O § 1º do art. 33 passa a vigorar acrescido do seguinte inciso IV:

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

IV - vende ou entrega drogas ou matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas, sem autorização ou em desacordo com a determinação legal ou regulamentar, a agente policial disfarçado, quando presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (BRASIL, 2020).

Evidenciou-se que a normativa trata-se de tipo misto ou alternativo, tendo em vista que o sujeito ativo pode praticá-lo por mais de um núcleo do tipo: vender ou entregar. O objeto das condutas pode ser a própria droga, a matéria prima, insumo ou produto químico

destinado à preparação de drogas. Ademais, o tipo é de conduta duplamente vinculada, dado que a venda ou a entrega deve ser feita, sem autorização ou em desacordo com a determinação legal ou regulamentar e o destinatário deve ser agente policial disfarçado, com a necessidade de que existam elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente, ou seja, da prática de crimes antes da venda ou entrega do material ilícito. Nesse caso, há uma *novatio legis* incriminadora, na qual a nota distintiva da nova figura criminal é a passagem “quando presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente” REID (2019, p. 6).

Essa alteração retoma um fato amplamente discutido na doutrina: quando o indivíduo entrega drogas para um policial disfarçado (agente infiltrado) configura-se o crime de tráfico ou um flagrante preparado - aquela prisão em flagrante que ocorre indução ou instigação para que alguém pratique o crime – Súmula 145 STF: “Não há crime quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação.” Agora, tendo elementos razoáveis da conduta preexistente, o indivíduo responderá por tráfico de drogas ao entregar “drogas” para um policial disfarçado (crime equiparado ao tráfico de drogas).

É mister proceder ao seguinte esclarecimento: de forma literal o dispositivo descreve ‘crime equiparado’, porém, nota-se que esse dispositivo ainda é e será amplamente discutido pela doutrina e jurisprudência, contendo assim posicionamentos diversos no que se refere a essa sistemática inserida pelo pacote anticrime.

Visivelmente, pretende-se superar o entendimento sumulado pelo Supremo Tribunal Federal acerca do flagrante provocado no tráfico de drogas, compreendido atualmente como um delito putativo, ou seja, fato atípico: Súmula 145 do STF. Assim, é ponderável a seguinte menção:

No dispositivo, fala-se “elementos probatórios ‘razoáveis’ de delito anterior. Que é isso? De que ordenamento jurídico se retirou a inspiração para o uso da palavra ‘razoáveis’? Imagine-se: o agente policial ‘disfarçado’ (sem farda ou fantasiado?) pede para comprar drogas a um suposto traficante de drogas, oferecendo-lhe dinheiro. Antes de se tornar perfeita a venda, surge a voz de prisão. Houve provocação da situação de flagrante? Havia condições de se consumir o delito de tráfico? É proceder do Estado aceitável eticamente ou em conformidade com as garantias do art. 5º, CF? Esse é o sentido do enunciado. Depois de ‘preso’ com a prova ilícita decorrente da provocação, somado ao elemento ‘probatório’ anterior ‘razoável’, oferece-se uma ‘barganha’” (TÁVORA e ALENCAR, 2019, p. 92).

Neste sentido, é notório um retrocesso, onde o cidadão é punido por um comportamento que a rigor não deveria ser punível. Logo, é preciso cuidados e reflexões

diante desse cenário, no qual se destaca que o reconhecimento e a defesa de direitos e garantias, implicam necessariamente limites às políticas públicas de segurança.

O AGENTE INFILTRADO E O CONFLITO ÉTICO

Primeiramente, cumpre destacar que a doutrina não é unânime quanto ao assunto, visto que muito se discute acerca da validade da infiltração policial à luz da ética. Assim, há juristas que criticam veemente tal instituto, pois acreditam que ele baseia-se na utilização da fraude e da mentira pelo agente infiltrado e na conveniência do Estado com a utilização dessa técnica especial de investigação, quando fornece, de maneira imoral, um de seus agentes para a execução dessa operação. Posto isto, tem-se a seguinte explicação:

Em síntese, se a finalidade das penas é a confirmação das normas éticas, a partir do momento em que o próprio Estado viola esses preceitos éticos para lograr a aplicação de uma pena, estar-se-ia demonstrando que pode valer a pena violar qualquer norma fundamental cuja vigência o direito penal se propõe a assegurar (LIMA, 2020, p. 840).

Dessa forma, observa-se o teor da discussão, tema de extrema polêmica, na qual o estado, por meio do seu preposto, envolve-se diretamente na prática de delitos, sob o argumento de melhor apura-los, neste entendimento iguala-se aos criminosos. Ressalta-se que há limites e pressupostos para deferimento da medida, além da necessária preparação desse agente que é treinado especialmente para isso.

Por outro lado, a corrente favorável parte da premissa que os meios tradicionais de provas previstos na legislação especial processual penal têm-se mostrado ineficazes, daí o porquê do Estado precisar se valer de novas técnicas de investigação. Exemplificando: Agente policial infiltrado e agente policial disfarçado como prova subsidiária.

Portanto, entende-se ser constitucional o instituto do agente infiltrado, tendo em vista que nenhum direito fundamental é absoluto, ou seja, deve-se observar que os direitos fundamentais não possuem caráter absoluto, não existe uma hierarquia e sim idêntico valor. Porém, é possível e necessário estabelecer limites, pois não se pode deixar que eles sirvam para encobrir atos ilícitos, devendo no caso concreto utilizar-se da hermenêutica jurídica e verificando a relativização interpretativa dos direitos constitucionais. Desta forma Carlos (2019, *apud* SANTOS, 2019, p. 95) acredita que “a infiltração policial estaria abarcada pelo princípio da segurança jurídica e interesse coletivo, onde, segundo o autor, se prevalece em face da complexidade das ações delituosas das organizações criminosas,” sendo desta forma tal instituto não só constitucional, como legal também.

Não obstante outras denominações tem-se o entendimento de Lima (2020, p. 840) que “isso, no entanto, não autoriza qualquer conclusão no sentido da sua inconstitucionalidade.” Primeiramente, porque se trata de procedimento investigatório que demanda prévia autorização judicial. Em segundo lugar, porque sua utilização é medida de ultima ratio (Lei nº 12.850/13, art. 10, § 2º).

DA RESPONSABILIDADE CRIMINAL DO AGENTE INFILTRADO AO PRATICAR UM CRIME DENTRO DA INVESTIGAÇÃO

Suponha-se que o agente infiltrado diante de uma determinada situação tenha que praticar algum crime para provar sua lealdade, etc. Ele responderia pelo crime praticado ou não? Por quê? Por uma ausência de tipicidade, antijuricidade ou de culpabilidade? Isso seria o estrito cumprimento do dever legal? Ou seria exercício regular de direito? Enfim, qual a natureza jurídica do tratamento penal dado à prática de um eventual crime por parte de um agente infiltrado?

Diante desses questionamentos, conforme o artigo 13 da Lei 12.850/2013 e parágrafo único:

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 (BRASIL, 2020)

Nota-se, que o artigo pressupõe proporcionalidade na atuação do agente. Logo, caso exceda sua atuação, responderá pelos excessos e portanto, será punido disciplinar e criminalmente. Agir com proporcionalidade é fundamental para que não haja responsabilização de suas condutas durante a infiltração. Ficando notório que é possível que o agente pratique condutas criminosas, mas apenas em situações de inexigibilidade de conduta diversa, sendo que de outro modo não poderia agir, incidindo a excludente de culpabilidade.

Desse modo, quanto à natureza jurídica da exclusão da responsabilidade penal do agente infiltrado, constata-se pelo legislador e pela Lei de Organização Criminosa que é uma causa de exclusão da culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa, ou seja, o agente infiltrado cumprindo a norma não responde por ausência de culpabilidade, haja vista que para obter sucesso na infiltração, não poderia se negar a participar da empreitada criminosa posto que, sem essa participação não ganharia a confiança dos criminosos para

que obtivesse êxito em sua finalidade principal, qual seja desmantelar a associação criminosa.

No entanto, deve-se pontuar que a doutrina se divide no que diz respeito a essa natureza jurídica da exclusão da responsabilidade criminal, para alguns doutrinadores há uma escusa absolutória uma vez que o agente infiltrado atua buscando provas para a punição do criminoso (JUNIOR e SANTOS, 2018) ou seja, tem-se a existência do crime, sendo estabelecido o fato típico, antijurídico e culpável, mas não será atribuído uma pena, tendo assim uma isenção de pena.

Em contrapartida, doutrinariamente, aponta-se como causa de excludente da ilicitude, haja vista que o policial estaria atuando em estrito cumprimento do dever legal. Há ainda uma terceira corrente que dispunha haver uma atipicidade penal da conduta do agente infiltrado já que não havia dolo, já que este não age com intenção de praticar qualquer crime, mas sim objetivando investigar e punir os integrantes da quadrilha (JUNIOR e SANTOS, 2018)

Assim, pela norma ora escrita fica notório essas distinções, devendo-se observar que no estudo desenvolvido é preferível consoante a doutrina majoritária, o entendimento que se trata de hipótese de exclusão de culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa.

Cabe ressaltar que no ECA – Estatuto da criança e do adolescente (Lei 8.069/1990), o agente estar acobertado pela excludente de ilicitude do estrito cumprimento do dever legal, respondendo apenas pelos excessos praticados, conforme o art.190-C do ECA “não comete crime o policial que oculta a sua identidade para por meio da internet, colher indícios de autoria e materialidade [...]”.

Insta salientar o quão grande é a repercussão social desses crimes. Há valores criminógenos que são compartilhados e valorizados, fala-se da cultura do crime, exemplificando: O urbanismo descontrolado converte-se em um grave fator **criminógeno** (FILHO, 2008).

DIFICULDADES NA COLHEITA DE ELEMENTOS INFORMATIVOS VERSUS ELEMENTOS DE PROVA

O sistema de apreciação das provas, via de regra devem ser produzidas em observância ao contraditório e a ampla defesa, não devendo o juiz se limitar aos elementos produzidos somente em sede policial, em sede de investigação. Dito isso, ao apreciar a normativa em estudo, nota-se como requisito para utilização técnica de agente policial

disfarçado, a demonstração de provas – elementos probatórios, em grau suficiente, a indicar a possível conduta criminal anterior. Repare-se que a lei traz uma elementar, *elemento normativo condicionador*, o qual funciona como um *requisito* para a configuração típica.

Dito isso, evidencia-se a importância da distinção entre investigação preliminar e instrução processual. A investigação preliminar diferencia-se da instrução processual, pelo seguinte motivo: não trata os elementos coligidos durante a investigação como “provas,” mas como “elementos informativos,” pois não são produzidos sobre o contraditório, na presença e/ou com a participação das partes, com exceção das provas cautelares, não repetíveis ou antecipadas, por outro lado, a instrução em juízo tem como objetivo colher provas sob o crivo do contraditório e da ampla defesa para demonstrar a legitimidade da pretensão punitiva ou do direito de defesa (LIMA, 2020).

Feita a distinção, observa-se, que o legislativo ofereceu margens para questionamentos a respeito da redação adotada pelo legislador quando presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente, porquanto em sede de investigações policiais o que se tem na maioria das vezes são somente elementos informativos e não provas na concepção jurídica técnica (JÚNIOR, 2020). Logo, passível de críticas nas análises jurídicas.

Para Júnior (2020) o legislador quis na verdade foi abranger provas e elementos informativos razoáveis de conduta criminal preexistente, deixando ambíguo a novidade inserida. Porém, nota-se que neste ponto têm-se diversas discussões, onde conforme o art. 3º da Lei de organização criminosa: “em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova.” Nesse sentido, os meios de obtenção de prova são dados em qualquer fase da persecução penal, sendo passível tanto durante a investigação preliminar quanto durante a instrução processual.

Em termos gerais, observa-se que a questão em análise influi nas duas situações, na fase inquisitorial e na fase judicial, pois em ambas a fase se tem dificuldades de colher elementos informativos ou elementos de provas da conduta do sujeito.

NATUREZA JURÍDICA, ENGLOBANDO CONSTITUCIONALIDADE E OS RESULTADOS DA PESQUISA FRENTE À INSERÇÃO DO INCISO IV DA LEI DE DROGAS

A figura do agente disfarçado está em um tipo penal incriminador – norma penal que cria crime – onde averigua-se, preliminarmente, que a natureza jurídica diz respeito a uma técnica especial de investigação, peculiaridade essa que normalmente é prevista em um capítulo especial de obtenção de provas. Para Lima (2020, p 47): “Esta novel técnica especial de investigação foi introduzida pelo Pacote Anticrime não apenas nos artigos 17, §2º, e 18, parágrafo único, do Estatuto do Desarmamento, mas também no art. 33, §1º, inciso IV, da Lei de Drogas”.

Posto isso, a presente pesquisa apresenta uma linha tênue entre os colaboradores do estudo, que por relevante aprimoram os fundamentos doutrinários e jurisprudenciais. Nesse ponto, cumpre registrar, que o Conselho de Justiça Federal, elaborou uma jornada de direito penal e processo penal, que resultou em uma serie de enunciados, aprovados na plenária em 14/08/2020. Na proposição de nº 07 diz que:

Não fica caracterizado o crime do inciso IV do § 1º do artigo 33 da Lei 11.343/2006, incluído pela Lei Anticrime, quando o policial disfarçado provoca, induz, estimula ou incita alguém a vender ou a entregar drogas ou matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à sua preparação (flagrante preparado), sob pena de violação do art. 17 do Código Penal e da Súmula 145 do Supremo Tribunal Federal.

Retomando o entendimento do tema, a Lei 13.964/2019 – Pacote anticrime – entrou em vigor no dia 23 de janeiro de 2020, a nova Lei trouxe mudanças na Lei de drogas - inciso IV no § 1º do artigo 33 da Lei 11.343/2006, que conforme Lima (2020, p. 1047) “O Pacote Anticrime introduziu uma nova figura equiparada ao tráfico no inciso IV do §1º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 – Agente policial disfarçado”.

Porém, é oportuno pensar na não caracterização de uma nova figura, tendo em vista que dependendo da situação concreta colide com a ideia de crime impossível, previsto no art. 17 do CP: impossibilidade de consumação do crime quando há ineficácia absoluta do meio utilizado ou impropriedade absoluta do objeto, tendo como resultado a exclusão da tipicidade, tendo em vista o crime ser atípico.

Assim, é introduzida uma “manobra” para ser cabível tornar crime a preparação de crime. Teremos um engodo, um crime impossível. A lei sufraga a deslealdade do próprio Estado, incentivando a prática de conduta aparentemente criminosa, para lograr êxito em prender. Vale enfatizar que o “agente policial disfarçado tem o potencial de atuar como

‘agente provocador’. Daí nascer o crime impossível” (TÁVORA E RODRIGUES, 2020, p. 86 e 87).

Muito se discute acerca do flagrante no caso de drogas: preparado ou esperado, onde tudo depende do caso concreto. Sendo assim, aproximando-se do assunto inicial do inciso IV, a título de ilustração, suponha que: uma autoridade policial, fazendo-se passar por usuário de drogas com a intenção de confirmar que o suposto traficante traz consigo substância entorpecente, solicita a este determinada quantidade de droga (tem cocaína?) efetuando a prisão no exato momento em que a droga lhe é entregue. Com o vendedor são apreendidos além da pequena porção supostamente vendida à autoridade policial, inúmeros papétes de cocaína e maconha (LIMA, 2020).

Nessa hipótese, é evidente que se a autoridade policial prender pelo núcleo do tipo vender isso viola a sumula 145 do STF, porque o verbo vender foi provocado pela autoridade policial (tem cocaína para vender - solicitou). Nesse viés cumpre salientar, que se considerado o núcleo do tipo vender ou entregar, nesse caso em específico, o crime é inconstitucional, pois viola o princípio da lesividade e a teoria do crime impossível. Entretanto, deve-se observar que o tipo penal do art. 33 da Lei de Drogas é um crime que descreve várias condutas.

Dito isso, se o tipo penal tem dezoito verbos, e o termo vender estar sendo provocado pelo policial disfarçado, não se pode deixar de considerar as demais condutas, como portar, trazer consigo, adquirir, etc, que aconteceram previamente a venda. Logo, o indivíduo será preso pelas condutas preexistentes, das quais existem elementos probatórios razoáveis, sendo uma condição para configurar a modalidade inserida pelo pacote anticrime, ficando notório, que a prisão em flagrante não é em razão da venda da droga ao policial disfarçado, porque se for vai gerar uma discussão imensa na via judicial, impugnações, Habeas Corpus, etc, por causa da constitucionalidade desse crime.

Dessa forma, nesses casos visualiza que o legislador e o conselho de Justiça Feral com o enunciado de nº 07 simplesmente reafirmam o que já era mencionado pela doutrina e jurisprudência, ou seja, a consumação torna impossível o núcleo vender, mas nada impede que prenda por outro núcleo. Logo o flagrante seria pelos núcleos anteriores e não vender. O policial tem que ter um comportamento totalmente passivo, esperar que o suposto autor do crime chegue para oferecer a droga e assim prender em flagrante, porque se o policial chegar e perguntar tem cocaína já provocou a conduta, caracterizando o flagrante preparado.

A pergunta que se faz é: esse sujeito poderá ser processado por essa conduta na forma do art. 33, §1º, IV da lei de drogas? Deverá o sujeito ser processado pela conduta pretérita, pelo fato de trazer consigo, ter guardado drogas durante um ano, comercializando, etc, ou por apenas tentar vender naquele exato dia? A conclusão lógica que se chega, é que por mais que muitas das vezes o flagrante em si não seja possível, seja nulo, tem-se condições ainda de processar o sujeito criminalmente em razão das conduta preexistente, desde que tenha elementos probatórios.

No dispositivo legal consta vender ou entregar, de forma restrita ao caput, embora existam decisões dos Tribunais que o sujeito não responderia pelos verbos do §1º, IV pelo fato ter sido instigado, mas sim por alguns dos verbos mencionados no caput do art. 33 da Lei de drogas, ou seja respondendo pelos atos anteriores, nos quais o Estado tem provas anteriores desses atos, caso contrário o sujeito não responde. Nesse sentido, menciona o HC 463572/SP 2018/0202190-6 na ementa no item 05:

5. O **tipo** penal referente ao tráfico de drogas é **misto alternativo**, além de permanente, razão pela qual a compra de entorpecente por policial não configura flagrante preparado, pois se subsume na conduta de "trazer consigo" e não na de "**vender**", não se aplicando o enunciado da Súmula 145 do Supremo Tribunal Federal.

Assim sendo, em outras palavras, não se dá voz de prisão em flagrante pelo delito preparado, mas sim pelo outro, descoberto em razão deste.

Dito isso, é válido salientar que, com o objetivo de ampliar o estudo, dados foram coletados através de uma pesquisa de campo, com professores da Instituição Católica Dom Orione, egressos e alguns doutrinadores, através de um questionário, via WatsApp e Instagram, com a seguinte menção: a inserção do inciso IV no §1º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 – Lei de drogas tratou-se de: a) especificação de um tipo penal que já existia; b) um instituto novo que de fato cuida-se de uma novidade equiparada ao caput; c) uma reação legislativa (efeito backlash); d) nenhuma das alternativas¹.

Apresenta-se o resultado de forma quantitativa:

Quadro 01

Alternativas	Respostas
A) especificação de um tipo penal que já existia	15%
B) instituto novo que se cuida de uma novidade equiparada ao caput	30%
C) uma reação legislativa (efeito backlash)	50%
D) nenhuma das alternativas.	5%

¹ Os nomes dos participantes foram suprimidos para preservar sua imagem.

Em palavras muito simples, efeito backlash consiste em uma convulsão social - reação conservadora de parcela da sociedade ou das forças políticas, geralmente em um tema polêmico, com interação não amigável entre a sociedade e os tribunais em razão de uma decisão controversa (CAVALCANTE, 2019).

Logo, constata-se que pode ser uma discordância do Legislativo ao entendimento sumulado pela Suprema Corte sobre crime impossível quando há preparação do flagrante, é como se o Legislativo falasse: “Olha o STF entende assim, mas nós do Legislativo estamos editando uma normativa em sentido contrário, exatamente para reafirmar e concretizar nosso pensamento.” Observa-se que ocorre uma insurgência de decisões judiciais.

Quanto a hipótese de ser um instituto novo, que de fato cuida-se de uma novidade equiparada ao caput, foi caracterizado pelas opiniões como uma afirmativa coerente simplesmente pelo fato de mencionar “agente disfarçado” e prever o que não era previsto - Por mais que o agente provoque tal situação, mas tendo elementos razoáveis preexistente não incide o crime provocado.

Porém, diante do exposto, nessa etapa da pesquisa entende-se que o agente policial disfarçado/encoberto, pode incidir como o agente infiltrado e agente provocador, visto que age com dissimulação e nada o impede de provocar tal conduta criminosa. Logo, instituto novo não seria, uma vez que a conduta prevista no inciso IV, da Lei de drogas já existia, em outras palavras, o tipo penal já era mencionado no art. 33 da Lei de Drogas, ademais se o agente disfarçado pode ser qualificado como um agente infiltrado e encoberto, por possuir características semelhantes, deve-se pensar que “o que pode ser tudo não pode ser nada”.

Ademais, nenhuma das alternativas por se posicionarem em discordância com as demais opções, fundamentando acreditar que tal inciso veio simplesmente para afastar a sumula 145 do STF, onde se tem ressalvas que a alternativa “a” não é cabível por não tratar de uma especificação.

Para tanto, nota-se que nem sempre um agente infiltrado ou mesmo disfarçado como consta na lei, vai provocar aquela conduta, de modo que nem sempre este §1º, inciso IV vai reclamar uma incidência da súmula do STF, a não ser que, de fato, fique demonstrado o comportamento de uma ação do agente tendenciosa a provocar o indivíduo a agir de determinado modo. Observa-se que nem sempre haverá aplicabilidade prática dessa norma, tendo em vista o entendimento do STF, porém é uma norma que poderá

incidir em ambas as hipóteses. Nota-se que, dizer que a finalidade da inserção do inciso é apenas para afastar a incidência da súmula 145 do STF é generalizar tal situação.

Por outro lado, pode-se pensar ao contrário levantando a hipótese que o mero fato de um policial usar de um disfarce para tentar adquirir, entregar ou vender drogas para o sujeito que está comercializando, por si só já faz incidir a súmula 145 do STF.

Diante de tais situações tem-se o seguinte questionamento: é possível um agente infiltrado ser um agente provocador? Se a organização criminosa já está praticando crime, nota-se que a resposta mais coerente é não. Portanto, deve-se analisar com peculiaridade a resposta de alguns entrevistados da pesquisa de campo ao afirmarem “que não é cabível a letra ‘a’ por não se tratar de uma especificação”, pois se observa que é uma especificação da figura do agente infiltrado, tendo em vista que, pelo exemplo mencionado, apesar de o agente disfarçado, bem como o infiltrado não terem como objetivo primitivo provocar condutas criminosas, pelas circunstâncias fáticas é mais propício que o agente disfarçado provoque tal prática de crime.

Logo, nota-se que é um erro legislativo não distinguir o agente disfarçado do agente infiltrado. Caso tal poder quisesse abarcar o infiltrado seria necessário uma instigação criminosa diferente da praticada, com base no exemplo supracitado, porém isso não caracteriza interesse legítimo do policial infiltrado. Dessa forma, embora tenha mencionado correlação entre os institutos, no momento atual da pesquisa é oportuno salientar também a incidência da alternativa que menciona especificação de um tipo penal que já existia antes, pelos motivos já expostos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em linhas gerais, nota-se, que a técnica especial de investigação - agente policial disfarçado – responde ao anseio social, que busca por soluções imediatas e eficazes em meio a crescente criminalidade. No entanto, as consequências de tal resolução podem idealizar uma realidade paralela em que a criminalização seja a única solução.

Sendo assim, nesse estágio da pesquisa, reputa-se que a melhor alternativa para a pergunta em estudo é a configuração do efeito backlash, em resposta do legislativo ao entendimento sumulado pelo STF – súmula 145 - como forma de deslegitimar o crime impossível. Além disso, não se pode descartar a hipótese de ser uma especificação de um tipo penal que já existia, de incidência para os casos no qual o agente atua de forma neutra, sem interferência na conduta típica do crime, tendo em vista a elementar prevista no final do inciso IV do § 1 do art. 33 da Lei de drogas: “elementos probatórios de conduta

criminal pré-existente”, ainda que seja notório as divergências no que diz respeito a norma em estudo.

Entende-se, portanto, que faz se necessário a manutenção do equilíbrio entre os três poderes que caracterizam a República Democrática Brasileira, ao invés de disputas por espaço de atuação, gerando para tanto um ciclo vicioso, em detrimento da resolução efetiva dos problemas sociais. Ademais, é importante que, simultaneamente, o Estado invista na prevenção do uso de drogas em acordo com determinação legal ou regulamentar, uma vez que também é uma questão de saúde pública.

Posto isto, é evidente que falar em criminalidade no Brasil, não se resume apenas à contemporaneidade, tendo em vista que essas vulnerabilidades são frutos principalmente das desigualdades sociais instauradas pelo Estado, que historicamente negligenciou parcela da população privando-as do seu papel efetivo de cidadão. Por consequência, tais indivíduos marginalizados recorrem a criminalidade, que crescem exponencialmente, como saída. Logo, é notório que a temática abordada é ampla, e que perpassa os institutos econômicos e políticos, sendo elementar maximizar o exercício dos poderes em ações educacionais, sociais e de saúde.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 13.964 de 24 de dezembro de 2019**. Altera a Legislação Especial Criminal. Disponível em: Acesso em: 10/06/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 145**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 2170.

BINI, Adriano Krul. **O agente infiltrado: perspectivas para a investigação criminal na contemporaneidade**. Orientador: Professor Doutor Rodrigo Bueno Gusso. 2017. VII Mestrado Não Integrado em Ciências Policiais com especialização em Criminologia e Investigação Criminal - Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna, Lisboa, 2017.

CAVALCANTE. Márcio André Lopes. **Lei 13.873/2019: altera a Lei 13.364/2016 para reforçar que as atividades de rodeio, vaquejada e laço são bens de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro**. Disponível em: <https://www.dizerodireito.com.br/2019/09/lei-138732019-altera-lei-133642016-para.html#:~:text=A%20EC%2096%2F2017%20%C3%A9,Judici%C3%A1rio%20em%20um%20tema%20pol%C3%AAmico>. Acesso em: 17 mar. 2021.

FILHO, José Barroso. **Justiça e desenvolvimento (i): urbanismo criminógeno. 2021**, disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/59948/justica-e-desenvolvimento--i--urbanismo-criminogeno>. Acesso em: 25 jun. 2021.

Esloane Xavier MATOS; Marco Túlio Rodrigues LOPES. **Agente Infiltrado: Natureza Jurídica da Novidade Inserida no Artigo 33, §1º, Iv, da Lei 11.343/2006**. JNT- Facit Business and Technology Journal. QUALIS B1. 2021. Agosto. Ed. 29. V. 1. Págs. 145-163. ISSN: 2526-4281 <http://revistas.faculdefacit.edu.br>. E-mail: jnt@faculdefacit.edu.br.

JUNIOR, Valdir Coelho Jacomé; SANTOS, Márcio Cursiano dos. **Responsabilidade penal de agentes infiltrados em organização criminosa**. 2018, disponível em: <https://jus.com.br/artigos/64954/responsabilidade-penal-dos-agentes-infiltrados-em-organizacoes-criminosas>. Acesso em: 05 jun 2020.

JÚNIOR. Joaquim Leitão. O agente policial disfarçado na Lei nº 13.964/2019 (Lei do Pacote Anticrime). **Justiça & Polícia**. 2020. Disponível em: <https://juspol.com.br/o-agente-policial-disfarcado-na-lei-no-13-964-2019-lei-do-pacote-anticrime/>. Acesso em: 22 mar. 2021.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**. 8. ed. Juspodvim, 2020.

MACEDO, Rômulo. **A infiltração de agentes como meio extraordinário de obtenção de provas**. Jus.com.br.agos. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/68030/a-infiltracao-de-agentes-como-meio-extraordinario-de-obtencao-de-provas>. Acesso em: 22 mar. 2021.

REID, Tiago de Lima Santos. Ministério Público: “Pacote anticrime” – Art. 33, §1º, IV, 11343/06: a superação do enunciado 145, STF, e a renúncia ao conceito de bem jurídico. **Revista do Ministério Público do Estado**, Rio de Janeiro, nº 72, p. 198, abr./jun. 2019. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1344914/Tiago_de_Lima_Santos_Reid.pdf. Acesso em: 06 out. 2020.

SANTOS. Luciano Garcia. **A infiltração policial como base para uma condenação criminal**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/72000/a-infiltracao-policial-em-organizacoes-criminosas-como-meio-de-prova/4>. Acesso em: 22 mar. 2021.

SILVA, Edna Lúcia da; MENEZES, Estera Muszkat. **Metodologia da pesquisa e elaboração de dissertação. Orientador: Daniela Alves da Silva e Renato Tapado**. 2005. Universidade Federal de Santa Catarina de UFSC, – Florianópolis: UFSC, 2005.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Comentários ao anteprojeto de lei anticrime**. São Paulo. Editora Juspodivm, p. 92, 2019.

ZANELLA, Everton Luiz. **Infiltração de agentes**. 2020, disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/442/edicao-1/infiltracao-de-agentes>. Acesso em: 25 jun. 2021.