

O AGENTE POLICIAL DISFARÇADO: ASPECTOS JURÍDICOS E PERSPECTIVAS DA NOVA FIGURA NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL¹

Pietro Bittencourt de Souza²

Marcos Eduardo Faes Eberhardt³

Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul

Escola de Direito

pietrobs@live.com

Resumo

Este trabalho tem por objetivo discutir um tema que teve relevância com introdução da lei anticrime em nosso ordenamento jurídico, a qual inovou na criação do instituto do Agente Policial Disfarçado, técnica de investigação policial sem precedentes na doutrina e jurisprudência. Devido à falta de detalhamento por parte do legislador, o artigo em tela tem por pertinência aprofundar os detalhes desta nova figura típica, diferenciando-a dos institutos já existentes, asseverando suas semelhanças com a figura equivalente em outros países, e finalmente adentrando em seus aspectos jurídicos e sua aplicabilidade por parte dos agentes policiais.

Palavras-chave: Agente Policial Disfarçado. Técnicas Especiais de Investigação. Legislação Criminal Especial. Direito Processual Penal.

Abstract

This paper aims to discuss a topic that was relevant with the introduction of anti-crime law in our legal system, which innovated in the creation of the Disguised (Undercover) Police Agent institute, a police investigation technique unprecedented in doctrine and jurisprudence. Due to the lack of detail on the part of the legislator, the article in question is pertinent to deepen the details of this new typical figure, differentiating it from the already existing institutes, asserting its similarities with the equivalent figure in other countries, and finally entering into its aspects and its applicability by police officers.

Keywords: Disguised (Undercover) Police Agent. Special Investigation Techniques. Special Criminal Law. Criminal Procedural Law.

Sumário: 1. Introdução 2. Previsão na Lei 13.964/2019 (Lei Anticrime) 2.1 Alteração à Lei 10.826/2013 (Estatuto do Desarmamento) 2.2 Alteração à Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas) 3. Diferenciação Conceitual 3.1 Agente Infiltrado 3.2 Agente Provocador 3.3 Ação Controlada 3.4 Agente de Inteligência 4. Agente Disfarçado 4.1 Conceito 4.2 Previsão em Portugal e na Espanha 4.3 Presença de elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente 4.4 Não ocorrência de crime impossível e mitigação do flagrante preparado

¹ Artigo de Conclusão de Curso apresentado como requisito para obtenção do Diploma de Bacharel em Ciências Jurídicas da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

² Bacharelado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Inspetor de Polícia na Polícia Civil do Estado do Rio Grande do Sul.

³ Orientador: Doutorando e Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS. Especialista em Ciências Penais pelo PUCRS. Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela PUCRS. Professor da Escola de Direito e da Especialização em Direito Penal Empresarial da PUCRS.

4.5 Desnecessidade de autorização judicial e comunicação ao juiz 4.6 Técnica especial de investigação realizada exclusivamente por policial investigativo 4.7 Agente disfarçado virtual 4.8 Utilização da técnica em outros delitos não previstos na Lei 13.964/2019 4.9. A obtenção de prova por meio do agente policial disfarçado 5. Considerações finais 6. Referências Bibliográficas.

1. Introdução

A Lei 13.964/2019 (lei anticrime) surge como uma promessa de aprimoramento da legislação penal e processual penal, trazendo diversas alterações importantes, exigindo uma cuidadosa análise sobre os novos institutos criados, como a nova figura do agente disfarçado. Esta inovação, inédita em nosso ordenamento jurídico, apesar de guardar certa similaridade com institutos já existentes, traz suas próprias características, mesmo que não tenha sido conceituada explicitamente pela lei em tela.

Nesta senda, o presente trabalho procura por detalhar esta nova técnica especial de investigação, passando pela comparação com os institutos já existentes em nosso ordenamento pátrio, pela conceituação doutrinária da nova figura, pela abordagem das figuras equivalentes ao agente disfarçado em outros países, especificamente em Portugal e na Espanha, bem como pelas nuances específicas do “agente disfarçado” e sua aplicação na investigação criminal.

Este estudo busca demonstrar como essa inovação poderá garantir segurança jurídica aos agentes policiais que utilizarem tal técnica, sendo possível a mitigação da súmula 145 do Supremo Tribunal Federal que considera crime impossível o “flagrante preparado”, o qual será possível de ser utilizado agora, desde que demonstrada a presença de elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente, por parte do infrator.

E também, sem esgotar o tema, será adentrado em pontos mais complexos como a aplicação do instituto em tela para outros delitos não previstos na lei anticrime, assim como a possibilidade de obtenção de prova com auxílio desta técnica investigativa.

Por fim, cabe ressaltar a escolha deste tema, visto que tal ferramenta investigativa pode auxiliar de forma excepcional na investigação criminal, devido à ausência de formalidades e a desnecessidade de autorização judicial para seu uso.

2. Previsão na Lei 13.964/2019 (Lei Anticrime)⁴

A Lei 13.964/19, ao atuar como *novatio legis incriminadora*⁵, criou três novas hipóteses de fatos típicos, estando dois deles no estatuto do desarmamento, e um na Lei de Drogas, todos eles exercendo autonomia como figuras delitivas próprias segundo parte da doutrina⁶.

2.1 Alteração à Lei 10.826/2013 (Estatuto do Desarmamento)⁷

⁴ BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de Dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em 14 nov 2020.

⁵ “A *novatio legis incriminadora* é a lei que não existia no momento da prática da conduta e que passa a considerar como delito a ação ou omissão realizada”. (CUNHA, Rogério Sanches. Manual De Direito Penal: Parte Geral. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2019. p 123)

⁶ LEITÃO JÚNIOR, Joaquim. LIMA, Bruno Barcelos. Coordenador: Renne do Ó Souza. A emblemática figura do agente policial disfarçado na Lei nº 13.964/2019 (Lei do Pacote Anticrime). In: Lei Anticrime: comentários à Lei 13.964/2019. Editora D’ Plácido, 2020. p. 84

⁷ BRASIL. Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003. Dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – Sinarm, define crimes e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.826.htm. Acesso em 14 nov 2020.

A primeira alteração do Estatuto do Desarmamento foi a inclusão da nova figura típica do agente disfarçado no delito de Comércio Ilegal de Arma de Fogo:

Art. 17.

Pena - reclusão, de 6 (seis) a 12 (doze) anos, e multa.

§ 1º

§ 2º Incorre na mesma pena quem vende ou entrega arma de fogo, acessório ou munição, sem autorização ou em desacordo com a determinação legal ou regulamentar, a **agente policial disfarçado**, quando presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente. (NR)

O outro delito que sofreu a inclusão da figura do agente policial disfarçado foi o crime de Tráfico Internacional de Arma de Fogo:

Art. 18.

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 16 (dezesesseis) anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem vende ou entrega arma de fogo, acessório ou munição, em operação de importação, sem autorização da autoridade competente, a **agente policial disfarçado**, quando presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente. (NR)

Em ambos os delitos da referida lei, o legislador condicionou a validade da atuação do agente policial disfarçado à presença de elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente⁸.

2.2 Alteração à Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas)⁹

Já na Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas) a inclusão do instituto do agente disfarçado ocorreu no delito de Tráfico de Entorpecentes:

Art. 33.

§ 1º

.....

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.

..... (NR)

A justificativa pela criação dos novos tipos penais veio do próprio ex-ministro da Justiça Sérgio Moro, o qual aduziu que a criação do respectivo instituto, além de ser um meio

⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. Pacote Anticrime: Comentários à Lei Nº 13.964/19 - Artigo por Artigo - Salvador: Editora JusPodivm, 2020. p 475.

⁹ BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de Agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/111343.htm. Acesso em 14 nov 2020.

investigação eficiente e atual, veio para: “dirimir qualquer possibilidade da conduta (vender arma ou droga para agente policial disfarçado) ser considerada crime¹⁰”.

3. Diferenciação Conceitual

O agente disfarçado trata-se de figura jurídica sem precedente no Código de Processo Penal e na legislação criminal especial¹¹, mesmo que ainda guarde certa similaridade com outros institutos já existentes em nosso ordenamento¹², como o agente infiltrado, o agente provocador, o agente que atua em uma ação controlada e o agente de inteligência. Porém, como ressalta Renato Brasileiro de Lima, é imprescindível que o agente disfarçado não seja confundido com estes institutos, devido a cada um ter suas características peculiares¹³.

3.1 Agente Infiltrado

Na lição de Cléber Masson e Vinícius Marçal, o agente infiltrado é o agente policial que, com autorização, adentra, ainda que de forma virtual, em determinada organização criminosa, ocultando sua condição de policial e falseando a condição de integrante, com a finalidade de colher dados a respeito de sua estrutura, funcionamento e a identificação de seus membros¹⁴.

Marcelo Batlouni Mendroni também traz sua definição de agente infiltrado:

Consiste basicamente em permitir a um agente da Polícia 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 das informações às autoridades¹⁵.

Em outros países, como Portugal, Manuel Augusto Alves Meireis leciona que o agente infiltrado seria:

¹⁰ BRASIL. Congresso Nacional. Projeto de Lei PL 882/19. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, a Lei nº .210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, a Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, a Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, a Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, a Lei nº 11.671, de 8 de maio de 2008, a Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009, a Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, e a Lei nº 13.608, de 10 de janeiro de 2018, para estabelecer medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência a pessoa. Disponível em:

https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=32360325EAE17DF221973C3573E6531C.proposicoesWebExterno2?codteor=1712088&filename=PL+882/2019. Acesso em 07 out 2020

¹¹ SOUZA, Renee do Ó; CUNHA, Rogério Sanches; LINS, Caroline de Assis e Silva Holmes. A nova figura do agente disfarçado prevista na Lei 13.964/2019. Publicado no dia 27 de dezembro de 2019 no Meusitejuridico.com.br Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2019/12/27/nova-figura-agente-disfarçado-prevista-na-lei-13-9642019/>. Acesso em 27 set. 2020.

¹² LEITÃO JÚNIOR, Joaquim. LIMA, Bruno Barcelos. Coordenador: Renne do Ó Souza. A emblemática figura do agente policial disfarçado na Lei nº 13.964/2019 (Lei do Pacote Anticrime). In: Lei Anticrime: comentários à Lei 13.964/2019. Editora D' Plácido, 2020. p. 86.

¹³ LIMA, Renato Brasileiro de. Legislação criminal especial comentada. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 1062

¹⁴ MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. Crime Organizado. 4. ed. Rio de Janeiro: Método, 2018. p. 393.

¹⁵ MENDRONI, Marcelo Batlouni. Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 215.

Aquele agente da autoridade ou cidadão particular (mas que actue de forma concertada com a polícia) que, sem revelar a sua identidade ou qualidade e com o fim de obter provas para a incriminação do(s) suspeito(s), ou então simplesmente para a obtenção da notícia criminis, ganha a sua confiança pessoal, mantendo-se a par dos acontecimentos, acompanhando a execução dos factos, praticando actos de execução se necessário for, por forma a conseguir a informação necessária ao fim a que se propõe¹⁶.

Por sua vez, na Espanha, o agente infiltrado se chama *agente encubierto infiltrado* e é conceituado por Joaquín Delgado Martín como:

La sofisticación inherente a la actividad de las organizaciones criminales frecuentemente exige que el agente no solamente oculte su condición, sino que se integre en la estructura de aquéllas y participe en sus actividades. El término más adecuado para definir esta figura es el de agente infiltrado, porque éste se introduce subrepticamente en el grupo de delincuencia organizada¹⁷.

Em nosso ordenamento jurídico, a técnica especial de investigação da infiltração de agentes é prevista em diversas leis esparsas, como a lei 11.343/06 (Lei de Drogas)¹⁸, lei 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente)¹⁹, lei 9.613/1998 (Lei da Lavagem de Capitais)²⁰ e, por fim, a lei 12.850/2013 (Lei do Crime Organizado)²¹ que detalhou o instituto, dando suas minúcias procedimentais (legitimação, exigência de autorização judicial,

¹⁶ MEIREIS, Manuel Augusto Alves. O Regime Das Provas Obtidas Pelo Agente Provocador Em Processo Penal. Coimbra: Almedina, 1999. p.163.

¹⁷ DELGADO MARTÍN, Joaquín. La criminalidad organizada: comentarios a la LO 5/99, de 13 de enero, de modificación de la Ley de enjuiciamiento criminal en materia de perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico ilícito de drogas y otras actividades ilícitas graves. Barcelona: José María Bosch, 2001. p. 47.

¹⁸ 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: I - **a infiltração por agentes de polícia**, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes; (BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de Agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/111343.htm. Acesso em 14 nov 2020.)

¹⁹ Art. 190-A. **A infiltração de agentes de polícia na internet** com o fim de investigar os crimes previstos nos arts. 240 , 241 , 241-A , 241-B , 241-C e 241-D desta Lei e nos arts. 154-A , 217-A , 218 , 218-A e 218-B do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal) , obedecerá às seguintes regras [...] (BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de Julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em 14 nov 2020.)

²⁰ “Art. 1º, § 6º Para a apuração do crime de que trata este artigo, admite-se a utilização da ação controlada e da **infiltração de agentes.**” (NR) (BRASIL. Lei nº 9.613, de 3 de Março de 1998. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19613compilado.htm. Acesso em 14 nov 2020.)

²¹ Art. 3º Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova: VII - **infiltração, por policiais, em atividade de investigação**, na forma do art. 11; (BRASIL. Lei nº 12.850, de 2 de Agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2013/lei/112850.htm. Acesso em 14 nov 2020.)

distribuição sigilosa, prazo de duração, limites, controle judicial, relatórios e direitos do agente infiltrado)²².

Dessa forma, a o agente infiltrado atua em verdadeira operação investigativa, que ocorre somente após prévia autorização judicial e cuja relação com a organização criminosa é premeditada e planejada antecipadamente pelo Estado²³.

Durante a operação de infiltração, ao equiparar-se a um dos criminosos, o infiltrado buscará colher elementos que tenham o condão de dismantlar a organização, procurando sempre agir de forma passiva, evitando praticar ilícitos, e de forma alguma incitar os integrantes na prática de novos crimes, sob pena se tornar verdadeiro agente provocador²⁴.

3.2 Agente Provocador

Por sua vez, o Agente Provocador atua sem autorização judicial e, conforme Renato Brasileiro de Lima, age de forma insidiosa, instigando a prática do delito por parte do infrator, ao mesmo tempo em que toma todas as precauções para evitar a consumação do delito, para, assim, responsabilizar o agente pelo ato ilícito²⁵.

Aury Lopes Jr. aduz que tal prática é ilegal em nosso ordenamento jurídico, visto que não haverá qualquer possibilidade de êxito por parte do agente, devendo ser aplicada a regra do crime impossível²⁶, prevista no Art. 17 do Código Penal²⁷.

Se, em razão da indução por parte do provocador, o agente praticar a infração, sem que tenha o dolo prévio, a prova produzida será viciada²⁸. Desta forma, será possível a utilização do que a doutrina norte americana chama de *Entrapment Defense*²⁹, que buscará por anular todas as provas colhidas na investigação, caso ocorra a provocação por parte do agente infiltrado³⁰.

²² MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. Crime Organizado. 4. ed. Rio de Janeiro: Método, 2018. p. 395.

²³ LEITÃO JÚNIOR, Joaquim. LIMA, Bruno Barcelos. Coordenador: Renne do Ó Souza. A emblemática figura do agente policial disfarçado na Lei nº 13.964/2019 (Lei do Pacote Anticrime). In: Lei Anticrime: comentários à Lei 13.964/2019. Editora D' Plácido, 2020. p 92

²⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. Pacote Anticrime: Comentários à Lei Nº 13.964/19 - Artigo por Artigo - Salvador: Editora JusPodivm, 2020. p 476.

²⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. 8. Ed. Salvador: Juspodivum, 2020. p. 921.

²⁶ LOPES JUNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p 948.

²⁷ Art. 17. Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime. (BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de Dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 14 nov 2020.)

²⁸ MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. Crime Organizado. 4. ed. Rio de Janeiro: Método, 2018. p 398.

²⁹ “A entrapment defense é uma tese defensiva pela qual se intenta a anulação de todas as provas colhidas numa investigação, na qual o uso da infiltração policial é maculado por excesso na ação do agente infiltrado, de modo a tornar a ação do investigado mero desdobramento de cenário preparado pelo instigador do ato. Seria algo muito assemelhado ao nosso flagrante preparado por ato do agente provocador. [...]” (SOUSA, Marllon. Crime organizado e infiltração policial: parâmetros para a validação da prova colhida no combate às organizações criminosas. São Paulo: Atlas, 2015, p. 72)

³⁰ Também chamada de “Teoria da Armadilha”, Vladimir Aras leciona que “para serem válidas em juízo, as provas colhidas pelo *undercover agent* devem derivar de atos prévios iniciados espontaneamente [...] Qualquer prova obtida por provocação do agente infiltrado é inadmissível, por ser ilicitamente obtida” (ARAS, Vladimir. A Infiltração De Agentes Como Meio Especial De Obtenção De Prova. In: Altos Estudos Sobre a Prova no Processo Penal. SALGADO, Daniel de Resende. QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro. KIRCHER, Luís Felipe Schneider (Coordenadores). 2020. Salvador: Juspodivm. p. 376.)

Diferindo completamente da figura do agente infiltrado, que sempre atua de forma passiva, o agente provocador, ao atuar ativamente, invalida toda ação policial, podendo, inclusive, o agente provocador inutilizar todas as provas obtidas³¹.

No entanto, Vladimir Aras leciona utilizando o direito Espanhol, defendendo que o crime provocado só ocorrerá se o agente não estiver predisposto à prática do crime, tendo a ideia sido germinada pelo policial. De outro giro, caso o agente já estiver com a intenção de praticar o delito, e o infiltrado apenas lhe conceder a oportunidade para consumá-lo, sem incitá-lo, não haverá *entrapment*³².

O Supremo Tribunal Federal, cristalizando o tema, editou a Súmula nº 145: “Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação³³”. A análise desta súmula ocorrerá em momento oportuno neste trabalho, visto sua possível mitigação em decorrência da nova figura do agente disfarçado.

3.3 Ação Controlada

A Ação Controlada é outra técnica especial de investigação encontrada na Lei de Combate ao Crime Organizado (Lei 12.850) que consiste 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” (Art. 8º, *caput* da referida lei).

Cléber Masson e Vinícius Marçal entendem que a utilização desta técnica traz grande relevância para o conhecimento da estrutura da organização, sua divisão de tarefas, bem como a identificação de seus integrantes³⁴.

Tal técnica de investigação também é conhecida por flagrante retardado, prorrogado ou diferido, pois mitiga o flagrante obrigatório, oportunizando aos agentes policiais efetuarem a prisão no momento mais oportuno. Todavia, deve haver extrema cautela por parte dos policiais, os quais deverão acompanhar toda ação dos suspeitos, evitando que os mesmos consigam escapar da persecução penal³⁵.

A autoridade policial, para efetivar uma operação de ação controlada, deve comunicar previamente o juízo competente, sendo desnecessária uma autorização judicial para sua execução, o que poderia frustrar a diligência policial, visto o tempo hábil de tramitação até a efetiva resposta por parte do poder judiciário³⁶.

Marcelo Batlouni Mendroni defende que o agente que atua em uma ação controlada não necessariamente precisaria ser um agente infiltrado, desde que os policiais atuem a

³¹ SOUZA, Renee do Ó; CUNHA, Rogério Sanches; LINS, Caroline de Assis e Silva Holmes. A nova figura do agente disfarçado prevista na Lei 13.964/2019. Publicado no dia 27 de dezembro de 2019 no Meusitejuridico.com.br Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2019/12/27/nova-figura-agente-disfarçado-prevista-na-lei-13-9642019/>. Acesso em 27 set. 2020

³² ARAS, Vladimir. A Infiltração De Agentes Como Meio Especial De Obtenção De Prova. In: Altos Estudos Sobre a Prova no Processo Penal. SALGADO, Daniel de Resende. QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro. KIRCHER, Luís Felipe Schneider (Coordenadores). 2020. Salvador: Juspodivm. p. 378

³³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 145. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula145/false>. Acesso em 14 nov 2020.

³⁴ MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. Crime Organizado. 4. ed. Rio de Janeiro: Método, 2018. p 318

³⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. Legislação criminal especial comentada. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 838.

³⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. Legislação criminal especial comentada. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 836.

distância, sem que os suspeitos sequer desconfiem da presença estatal, como em uma campanha policial³⁷.

Por fim, Adriano Krul Bini³⁸ orienta para que não seja confundida ação controlada com a ação encoberta, visto que esta última dispensa a prévia comunicação ao juiz. Entretanto, caso o agente encoberto (disfarçado) necessitar retardar a ação para efetuar uma grande apreensão ou capturar algum indivíduo de relevância da organização, nesse caso, restará configurada a ação controlada, devendo ser então atendidos todos seus requisitos.

3.4 Agente de Inteligência

Em outra seara, diferente do agente policial infiltrado, que atua na investigação criminal, o agente de inteligência tem uma função de caráter preventivo e geral, subsidiando o governo com informações e dados pertinentes, não necessitando de autorização judicial para suas atividades³⁹.

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Habeas Corpus nº 147.837/RJ, no ano de 2019, entendeu que o agente de inteligência jamais poderia produzir elementos probatórios em uma persecução penal, devendo, assim, a prova colhida por este ser considerada clandestina, vez que o agente de inteligência atuou como verdadeiro agente infiltrado, coletando dados específicos de associação criminosa, a fim de subsidiar uma investigação criminal e posterior condenação. Como esta ação ocorreu sem autorização judicial, a Corte Suprema decidiu que todo conjunto probatório produzido seja considerado ilícito e, conseqüentemente, seja desentranhado do processo⁴⁰.

No entanto, o Superior Tribunal de Justiça, no Habeas Corpus nº 512.290/RJ, entendeu ser legal o auxílio de agência de inteligência em investigação que apura crimes graves praticados por organização criminosa, em procedimento criminal instaurado pelo Ministério Público⁴¹.

4. O Agente Disfarçado

Após as análises dos institutos acima, chega-se, então, ao emblemático novo instituto, tema central deste estudo, que terá seu detalhamento nos próximos itens.

4.1 Conceito

³⁷ MENDRONI, Marcelo Batlouni. Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 214.

³⁸ BINI, Adriano Krul. O Agente Infiltrado: perspectivas para a investigação criminal na contemporaneidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 117.

³⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. 8. Ed. Salvador: Juspodivum, 2020. p. 922

⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). Habeas Corpus nº 147.837/RJ. Relator Ministro Gilmar Mendes. Julgado em: 26/02/2019. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750181369>. Acesso em 14 nov. 2020.

⁴¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6ª Turma) Habeas Corpus nº 512.290/RJ. Relator Ministro Rogerio Schietti Cruz. DJe 25/08/2020. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201901510669&dt_publicacao=25/08/2020. Acesso em 15 nov. 2020.

A lei 13.964/2019 falhou em ter omitido o conceito explícito do agente disfarçado, trazendo apenas uma conceituação tácita ou implícita⁴².

Joaquim Leitão Júnior e Bruno Barcelos Lima constituíram sua definição da nova figura como: “Um modelo de técnica especial de investigação de atuação policial operacional, empregado em situações singulares, que envolveria uma mera campana policial e uma infiltração policial ou até mesmo uma ação controlada⁴³”.

Renato Brasileiro de Lima, por sua vez, conceitua o agente disfarçado dizendo:

Verdadeira técnica especial de investigação, passível de execução exclusivamente por agentes policiais, dos quais se demanda a capacidade de atuar de maneira dissimulada, leia-se, sem revelar sua real identidade, para fins de obtenção de elementos de informação quanto à materialidade e autoria da infração penal preexistente, sem exercer, porém, qualquer forma de intervenção no seu curso causal. Na sistemática introduzida no Estatuto do Desarmamento e na Lei de Drogas, tem como objetivo precípuo evitar que a dispersão de armas e drogas seja feita por meio de pequenas quantidades⁴⁴.

De acordo com Renee do Ó Souza, Rogério Sanches Cunha e Caroline de Assis e Silva Holmes Lins, este emblemático instituto pode ser definido como:

Aquele que, ocultando sua real identidade, posiciona-se com aparência de um cidadão comum (não chega a infiltrar-se no grupo criminoso) e, partir disso, coleta elementos que indiquem a conduta criminosa preexistente do sujeito ativo. O agente disfarçado ora em estudo não se insere no seio do ambiente criminoso e tampouco macula a voluntariedade na conduta delitiva do autor dos fatos⁴⁵.

Vladimir Aras, de outra banda, considera o gênero agente encoberto, subdividido em agentes infiltrados e agentes encobertos em sentido estrito (agentes disfarçados)⁴⁶. O autor cita que os agentes infiltrados adentram em organizações criminosas, disfarçando-se como um de seus integrantes, enquanto os agentes encobertos em sentido estrito (agentes disfarçados) se fazem passar por pessoas comuns, para conseguir ter algum acesso com os criminosos. Estes agentes não chegam a se infiltrar, atuando à paisana ou disfarçados⁴⁷.

No que tange à diferenciação entre agente disfarçado e agente infiltrado, Cléber Masson e Vinícius Marçal lecionam que o primeiro atuará independentemente de autorização judicial sendo prescindível também prévia comunicação ao juízo. Este agente não investigará,

⁴² LEITÃO JÚNIOR, Joaquim. LIMA, Bruno Barcelos. Coordenador: Renne do Ó Souza. A emblemática figura do agente policial disfarçado na Lei nº 13.964/2019 (Lei do Pacote Anticrime). In: Lei Anticrime: comentários à Lei 13.964/2019. Editora D' Plácido, 2020. p 86

⁴³ LEITÃO JÚNIOR, Joaquim. LIMA, Bruno Barcelos. Coordenador: Renne do Ó Souza. A emblemática figura do agente policial disfarçado na Lei nº 13.964/2019 (Lei do Pacote Anticrime). In: Lei Anticrime: comentários à Lei 13.964/2019. Editora D' Plácido, 2020. p 85

⁴⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. Pacote Anticrime: Comentários à Lei Nº 13.964/19 - Artigo por Artigo - Salvador: Editora JusPodivm, 2020. p 474.

⁴⁵ SOUZA, Renee do Ó; CUNHA, Rogério Sanches; LINS, Caroline de Assis e Silva Holmes. A nova figura do agente disfarçado prevista na Lei 13.964/2019. Publicado no dia 27 de dezembro de 2019 no Meusitejuridico.com.br Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2019/12/27/nova-figura-agente-disfarcado-prevista-na-lei-13-9642019/>. Acesso em 27 set. 2020

⁴⁶ ARAS, Vladimir. A Infiltração De Agentes Como Meio Especial De Obtenção De Prova. In: Altos Estudos Sobre a Prova no Processo Penal. SALGADO, Daniel de Resende. QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro. KIRCHER, Luís Felipe Schneider (Coordenadores). 2020. Salvador: Juspodvm. p. 372

⁴⁷ ARAS, Vladimir. A Infiltração De Agentes Como Meio Especial De Obtenção De Prova. In: Altos Estudos Sobre a Prova no Processo Penal. SALGADO, Daniel de Resende. QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro. KIRCHER, Luís Felipe Schneider (Coordenadores). 2020. Salvador: Juspodvm. p. 366

tal qual o infiltrado, apenas ações que sejam praticadas pelo crime organizado. Ao atuar, o agente disfarçado encobre a sua verdadeira identidade, objetivando coletar informações que apontem o envolvimento preexistente e voluntário do suspeito com o comércio ilegal de armas e com o tráfico de entorpecentes, não podendo criar, no investigado, a intenção criminosa, diferenciando-se assim do provocador⁴⁸.

4.2 Previsão em Portugal e na Espanha

Com a escassez de conteúdo doutrinário e inexistência de jurisprudência sobre o tema, devido a sua atualidade, será necessária uma análise dos institutos equivalentes ao agente disfarçado na doutrina internacional, especificamente em Portugal e na Espanha.

4.2.1. Portugal - *Agente Encoberto*

No direito português, Manuel Augusto Alves Meireis conceitua o agente encoberto:

O agente encoberto é, assim, um agente da autoridade, ou alguém que com ele actua de forma concertada, que sem revelar a sua identidade ou qualidade, frequenta os meios conotados com o crime na esperança de descobrir possíveis delinquentes; não provoca ao crime, nem conquista a confiança de ninguém. A sua presença e a sua qualidade é indiferente para determinar o rumo dos acontecimentos; naquele lugar e naquele momento poderia estar qualquer outra pessoa e as coisas aconteceriam da mesma forma; aqui o risco corre, no todo, por conta do delinquente⁴⁹.

Meireis, então, exemplifica que o *agente encoberto* é simplesmente um policial à paisana que, atuando no combate ao tráfico de entorpecentes, frequenta bares, cafés, ruas e outros locais abertos ao público na esperança de presenciar a ocorrência de algum delito, ou aguarda que um traficante lhe ofereça algum entorpecente. Nesse contexto, a atuação do agente é permitida, sendo considerada lícita, estando sobre a égide dos princípios da *oficialidade e da investigação*, bem como da possibilidade de uso dos meios de prova não proibidos pela lei portuguesa⁵⁰.

Isabel Oneto também traz seu conceito de agente encoberto: “Entendemos que agente encoberto é aquele que pode ocultar a sua qualidade ou identidade no seu relacionamento com terceiros, mantendo-os na ignorância para ganhar a sua confiança⁵¹”. A autora continua sua lição aduzindo que o agente encoberto seria uma subdivisão do agente infiltrado, atuando em operações *light cover*⁵², que são mais simples, exigindo um menor grau de planejamento, e de capacidade técnica por parte do policial, de forma que essa possa manter sua função normal dentro do quadro do órgão, bem como sua identidade. Essas ações costumam ser cirúrgicas,

⁴⁸MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. Crime Organizado. 5. ed. São Paulo: Grupo GEN, 2020. p. 411. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530991531/>. Acesso em: 07 Nov 2020

⁴⁹ MEIREIS, Manuel Augusto Alves. O Regime Das Provas Obtidas Pelo Agente Provocador Em Processo Penal. Coimbra: Almedina, 1999. p.192.

⁵⁰ MEIREIS, Manuel Augusto Alves. O Regime Das Provas Obtidas Pelo Agente Provocador Em Processo Penal. Coimbra: Almedina, 1999. p.192

⁵¹ ONETO, Isabel. O Agente Infiltrado: Contributo Para A Compreensão Das Acções Encobertas. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p.139

⁵²MASSON e MARÇAL citando CONSERINO explicam que *light cover* são infiltrações mais simples, que duram menos de seis meses, dispensando uma imersão contínua e permanente, não exigindo alteração de identidade ou perda de contato com familiares, podendo às vezes ser apenas um único evento para a obtenção de dados (MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. Crime Organizado. 4. ed. Rio de Janeiro: Método, 2018. p 414)

tendo sempre um objetivo delineado com uma simples transação, ou o recolhimento de uma informação⁵³.

Segundo a lição de Manuel Monteiro Guedes Valente, os principais caracteres que substanciam o agente encoberto são a sua atitude absolutamente negativa em relação à decisão criminosa e à falta de relacionamento interpessoal com o agente infrator, não determinando a prática de nenhum delito nem mesmo quando a sua confiança⁵⁴. Valente segue a corrente de Meireis que aduz ser o recurso do agente encoberto uma verdadeira medida de profilaxia criminal⁵⁵.

4.2.2 Espanha - *Agente Meramente Encubierto*

Na Espanha, Joaquim Delgado Martín definiu o *Agente Meramente Encubierto* como:

Es aquel agente que investiga la comisión de un delito mediante la técnica consistente en ocultar su condición de policía, sin otras maniobras o instrumentos de infiltración. Normalmente su actuación se centra en la investigación de un hecho delictivo aislado, sin extenderse a la general actividad de un grupo criminal y sin prolongarse en el tiempo; frecuentemente aborda hechos delictivos cometidos por autores aislados, o pertenecientes a pequeñas organizaciones criminales.⁵⁶

Delgado Martín explica que a atuação do *agente meramente encubierto* acontece na investigação de um delito específico, isolado ou esporádico, apurando tanto a autoria quanto a materialidade, sem adentrar na atividade da organização criminosa. Este agente se limita simplesmente a coletar elementos informativos do delito, sem executar nenhum ato que seja ilegítimo e possa ser considerado como uma provocação ao crime⁵⁷.

Ainda nesta seara, a mera e simples ocultação da identificação de policial por parte do agente durante uma diligência investigativa não enseja nenhuma violação de direitos fundamentais. Diferentemente ocorreria caso o agente violasse um domicílio, ou instalasse equipamentos de captação ambiental sem autorização, caso estes em que seriam afetados direitos fundamentais do investigado⁵⁸.

Fazendo um paralelo com o agente provocador, a conduta do agente que investiga ocultando sua condição pode levar ao surgimento de condutas que provocam o crime. E é justamente neste campo que as figuras do delito provocado e do agente provocador têm seu alcance natural: é praticamente impossível para um policial que investiga abertamente como

⁵³ ONETO, Isabel. O Agente Infiltrado: Contributo Para A Compreensão Das Acções Encobertas. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p.140.

⁵⁴ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. Teoria Geral do Direito Policial. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2012. 659 p. 492

⁵⁵ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. Teoria Geral do Direito Policial. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2012. 659 p. 493

⁵⁶ DELGADO MARTÍN, Joaquín. La criminalidad organizada: comentarios a la LO 5/99, de 13 de enero, de modificación de la Ley de enjuiciamiento criminal en materia de perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico ilícito de drogas y otras actividades ilícitas graves. Barcelona: José María Bosch, 2001. p. 47.

⁵⁷ DELGADO MARTÍN, Joaquín. La criminalidad organizada: comentarios a la LO 5/99, de 13 de enero, de modificación de la Ley de enjuiciamiento criminal en materia de perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico ilícito de drogas y otras actividades ilícitas graves. Barcelona: José María Bosch, 2001. p. 49

⁵⁸ DELGADO MARTÍN, Joaquín. La criminalidad organizada: comentarios a la LO 5/99, de 13 de enero, de modificación de la Ley de enjuiciamiento criminal en materia de perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico ilícito de drogas y otras actividades ilícitas graves. Barcelona: José María Bosch, 2001. p. 50

tal (de forma ostensiva), provocar um crime. Desse modo, a provocação ao crime constitui o limite que o *agente meramente encubierto* não pode ultrapassar⁵⁹.

4.3. Presença de elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente

A Lei 13.964/2019 (Lei Anticrime) inseriu, tanto no estatuto do desarmamento⁶⁰ quanto na Lei de Drogas⁶¹, a exigência de que o indivíduo que negocie com o agente disfarçado possua uma conduta criminal preexistente, para que somente então seja possível a consumação do delito atual, preenchendo, dessa forma, todos os requisitos da figura típica, sendo, assim, lícita a prisão em flagrante do infrator⁶².

Ainda antes da criação da nova figura, Norberto Avena já considerava a hipótese de mitigação do flagrante preparado no caso de haver conduta criminal pré existente:

“Situação que tem sido considerada como exceção válida às hipóteses de flagrante preparado é aquela em que o agente provocador induz o sujeito ativo à prática do crime, visando a descobri-lo e autuá-lo por delito preexistente ou contemporâneo ao que foi induzido a cometer⁶³”.

Na doutrina espanhola, capitaneada por Joaquin Delgado Martín, está a previsão de que “*la preexistencia a la intervención policial de elementos que indiciariamente demuestran la concurrencia de un delito que se ha cometido o que se está cometiendo*”, sendo o fato relevante para distinguir a provocação do delito, de uma mera intervenção policial do agente encoberto.

Renato Brasileiro de Lima explica que para evitar que a atuação policial seja enquadrada no “flagrante preparado⁶⁴”, se faz necessária a demonstração de que o suspeito já praticava a conduta criminosa (venda de armas ou tráfico de entorpecentes, por exemplo) em momentos anteriores, evitando assim uma indução por parte do agente disfarçado⁶⁵. Souza,

⁵⁹ DELGADO MARTÍN, Joaquín. La criminalidad organizada: comentarios a la LO 5/99, de 13 de enero, de modificación de la Ley de enjuiciamiento criminal en materia de perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico ilícito de drogas y otras actividades ilícitas graves. Barcelona: José María Bosch, 2001. p. 52

⁶⁰ Art 17, §2º - “Incorre na mesma pena quem vende ou entrega arma de fogo, acessório ou munição, sem autorização ou em desacordo com a determinação legal ou regulamentar, a agente policial disfarçado, **quando presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente.**” (NR) (BRASIL. Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003. Dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – Sinarm, define crimes e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.826.htm. Acesso em 14 nov 2020.)

⁶¹ Art 33, 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.**” (BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de Agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/111343.htm. Acesso em 14 nov 2020.

⁶² LIMA, Renato Brasileiro de. Pacote Anticrime: Comentários à Lei Nº 13.964/19 - Artigo por Artigo - Salvador: Editora JusPodivm, 2020. p 474.

⁶³ AVENA, Norberto. Processo Penal. 12. ed. São Paulo: Método, 2020. p.1851

⁶⁴ No flagrante preparado, o agente é induzido ou instigado a cometer o delito, e, neste momento, acaba sendo preso em flagrante. É um artifício onde verdadeira armadilha é maquinada no intuito de prender em flagrante aquele que cede à tentação e acaba praticando a infração. (TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de direito processual penal. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 908)

⁶⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. Pacote Anticrime: Comentários à Lei Nº 13.964/19 - Artigo por Artigo - Salvador: Editora JusPodivm, 2020. p 47

Cunha e Lins compartilham do mesmo entendimento, lecionando que, de posse desses elementos probatórios anteriores, e a conduta praticada pelo criminoso sendo voluntária livre e consciente, a ação policial estará amparada pela legalidade⁶⁶.

Ainda neste tema, Leitão Júnior e Lima criticam a redação da lei 13.964/19, inferindo que o legislador não utilizou o termo ideal, ao tipificar a expressão: “elementos probatórios”, visto que, em sede de investigação criminal (que é onde o instituto do agente disfarçado será utilizado), não são produzidas provas no sentido estrito, mas sim elementos informativos⁶⁷. Nessa esteira, os autores, usando uma interpretação teleológica⁶⁸, entendem que o legislador quis abranger tanto elementos probatórios quanto elementos informativos, sob pena de esvaziar os dispositivos legais alterados pela Lei Anticrime.

Sobre essa questão levantada por Leitão Júnior e Lima, seria um caso de interpretação extensiva⁶⁹ da norma que poderá prejudicar o réu, o que segundo Guilherme Nucci o malefício ou benefício do réu é indiferente, visto que a tarefa do legislador é evitar incongruências e antinomias, mantendo a aplicação teleológica da norma, com a verdadeira intenção vontade da lei⁷⁰.

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu ser possível a aplicação da interpretação extensiva contra o réu, quando entendeu que, no contexto da Lei 11.340/06 (Lei Maria da Penha), ao vedar a aplicação da Lei 9.099/95 quando houver sido praticado um crime com violência doméstica e familiar contra mulher, que este conceito de “crime” abrangeria também as contravenções penais: “Para fins da Lei Maria da Penha, a palavra “crime” deve ser interpretada como infração penal, ou seja, corresponde ao crimes e às contravenções descritas no D.L. 3.688/41⁷¹”.

Nesse diapasão, a Suprema Corte firmou decisão neste mesmo entendimento: “O preceito do artigo 41 da Lei nº 11.340/06 alcança toda e qualquer prática delituosa contra a mulher, até mesmo consubstancia contravenção penal, como é a relativa a vias de fato⁷²”.

No sentido contrário, Vinícius Assumpção desaprova a referida expressão, aduzindo que:

Segundo acreditamos, a indução de um/a cidadão/ã à prática de crime representa ação desleal do Estado, desviando de suas finalidades democráticas e éticas. Parece-nos grave distorção que o agente policial se valha desse tipo de expediente para cancelar a persecução criminal. Por essa razão, a exigência de elementos probatórios razoáveis de conduta criminal existente não resolve o equívoco da previsão legal. Aliás, temos

⁶⁶ SOUZA, Renee do Ó; CUNHA, Rogério Sanches; LINS, Caroline de Assis e Silva Holmes. A nova figura do agente disfarçado prevista na Lei 13.964/2019. Publicado no dia 27 de dezembro de 2019 no Meusitejuridico.com.br Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2019/12/27/nova-figura-agente-disfarçado-prevista-na-lei-13-9642019/>. Acesso em 29 set. 2020

⁶⁷ LEITÃO JÚNIOR, Joaquim. LIMA, Bruno Barcelos. Coordenador: Renne do Ó Souza. A emblemática figura do agente policial disfarçado na Lei nº 13.964/2019 (Lei do Pacote Anticrime). In: Lei Anticrime: comentários à Lei 13.964/2019. Editora D’ Plácido, 2020. p. 93.

⁶⁸ “Lógica ou teleológica, é aquela realizada com a finalidade de desvendar a genuína vontade manifestada na lei [...] (MASSON, Cleber. Direito Penal: Parte Geral. 14. ed. São Paulo: Método, 2020. 855 p.)

⁶⁹ “A interpretação extensiva se dá quando o intérprete amplia o significado de uma palavra para alcançar o real significado da norma”. (CUNHA, Rogério Sanches. Manual De Direito Penal: Parte Geral. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2019. p 123)

⁷⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. 1649 p.

⁷¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5ª Turma). Recurso em Habeas Corpus 88.515/RJ. Relator Ministro Ribeiro Dantas - DJe 30/05/2018. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201702130262&dt_publicacao=30/05/2018. Acesso em 14 nov. 2020.

⁷²BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Habeas Corpus 106.212/MS. Relator Ministro Marco Aurélio. DJe 13/11/2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1231117>. Acesso em 14 nov. 2020.

de ponderar que, se existem elementos probatórios razoáveis da prática de conduta criminal, é dever das autoridades tomar providências para a realização de prisão ou apuração específica do fato, sendo desnecessário o estímulo da pessoa suspeita ao cometimento de crime. Ou isso, ou se adota a ação controlada, nesse caso se e somente se cabível conforme requisitos legais⁷³.

Também nesta corrente antagônica, Francisco de Assis Rocha Junior critica a expressão “quando presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente”, proposta pelo legislador, alegando que não estará de acordo os propósitos de um Estado Democrático de Direito, por se tratar de hipótese do infame direito penal do autor⁷⁴.

4.4 Não ocorrência de crime impossível e mitigação do flagrante preparado

Como mencionado anteriormente, o Supremo Tribunal Federal editou a súmula 145⁷⁵, com o seguinte conteúdo: “Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação”. Neste viés, Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar explicam que, se a polícia preparar o flagrante e conseqüentemente realizar a prisão, o crime seria putativo, visto que não seria possível sua consumação em virtude da prisão, de forma que estaríamos diante de verdadeiro crime impossível⁷⁶.

Os autores ainda exemplificam que se, no caso concreto, um policial disfarçado de usuário comprar droga de um traficante, que já tenha a droga consigo, o flagrante será possível pelas figuras típicas de “trazer consigo” ou “ter em depósito”, que são crimes permanentes, mas não será possível caracterizar o verbo típico da “venda”⁷⁷. Continuando seu raciocínio, Távora e Alencar ainda explicam que caso o traficante não tenha a droga em seu poder no momento da compra pelo policial disfarçado, e tenha que buscá-la em outro lugar, adotando uma postura ativa somente após o pedido do agente, não será possível obter o flagrante, visto se enquadrar perfeitamente no conteúdo da referida súmula⁷⁸.

Agora, com a novel figura do agente policial disfarçado, esta celeuma adquiriu novos contornos, visto que, segundo é destacado por William Garcez e Davi André Costa e Silva: “a lei deixa claro que a venda e entrega de droga a agente policial disfarçado não configuram o flagrante preparado, desde que presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente⁷⁹”. Complementam também que a figuração dos novos institutos prescinde de que a iniciativa da negociação seja por parte do criminoso, podendo sim ser iniciada pelo próprio agente estatal, sendo punida desta forma a “venda” ou “entrega” do ilícito, desde que

⁷³ ASSUMPTÃO, Vinícius. Pacote Anticrime: comentários a lei 13.964/2019. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 216.

⁷⁴ ROCHA JUNIOR, F. D. A. (2020, setembro 10). Agentes infiltrado e disfarçado na lei 13.964/2019: uma discussão sobre os limites da produção probatória. Revista Da Faculdade De Direito Da FMP, 15(1), 47-60. Disponível em <https://revistas.fmp.edu.br/index.php/FMP-Revista/article/view/177>. Acesso em 14 nov. 2020

⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 145. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula145/false>. Acesso em 14 nov 2020.

⁷⁶ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de direito processual penal. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 908

⁷⁷ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de direito processual penal. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 909

⁷⁸ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de direito processual penal. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 909

⁷⁹ GARCEZ, William; SILVA, Davi André Costa e. A figura do policial disfarçado e a mitigação do flagrante preparado. Publicado no dia 08 de abril de 2020 no Meusitejurídico.com.br. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2020/04/08/figura-policial-disfarcado-e-mitigacao-flagrante-preparado/>. Acesso em: 30 set. 2020

preenchido o requisito da presença de “elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente⁸⁰”.

Neste mesmo sentido, Renato Brasileiro de Lima leciona que:

Nesse caso, ainda que se queira objetar que o agente disfarçado tenha, de fato, contribuído na cadeia causal da conduta delituosa, o fato de o legislador ter tipificado, como crime autônomo, o envolvimento preexistente - por isso, voluntário - do investigado com a venda ou entrega desses artefatos ao policial, já será o suficiente para que se possa atestar o preenchimento de todas as elementares da figura típica, autorizando, pois, não apenas eventual prisão em flagrante, mas também a deflagração da persecução penal in iudicio.⁸¹

Ainda nesta senda, Lima⁸² conclui que o objetivo da figura do agente disfarçado foi evitar o “tráfico formiguinha⁸³”, no qual ocorre a dispersão de ilícitos (entorpecentes e armas de fogo) em pequenas quantidades, dificultando a persecução estatal, de forma que, utilizando a técnica prevista na nova legislação, poderá ser assegurada a criminalização autônoma dos delitos de tráfico de entorpecentes e comércio ilegal de arma de fogo, estando o agente policial atuando de forma disfarçada para objetivar as negociações, sendo afastada⁸⁴ de toda forma aplicação da súmula 145 do Supremo Tribunal Federal, e do entendimento que tal situação seria hipótese de flagrante preparado e conseqüentemente crime impossível pela absoluta ineficácia do meio⁸⁵.

Em outro giro, Guilherme Madeira Dezem e Luciano Anderson de Souza⁸⁶ asseveram que a conduta da “venda” somente poderá punida caso a iniciativa seja unilateral por parte do traficante, não podendo de forma alguma a droga ou arma ter sido solicitada pelo policial disfarçado, somente assentida após o oferecimento, mesma situação que deve ocorrer no caso da “entrega”.

4.5 Desnecessidade de autorização judicial e comunicação ao juiz

⁸⁰ GARCEZ, William; SILVA, Davi André Costa e. A figura do policial disfarçado e a mitigação do flagrante preparado. Publicado no dia 08 de abril de 2020 no Meusitejuridico.com.br. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2020/04/08/figura-policial-disfarcado-e-mitigacao-flagrante-preparado/>. Acesso em: 30 set. 2020

⁸¹ LIMA, Renato Brasileiro de. Pacote Anticrime: Comentários à Lei Nº 13.964/19 - Artigo por Artigo - Salvador: Editora JusPodivm, 2020. p 474

⁸² LIMA, Renato Brasileiro de. Pacote Anticrime: Comentários à Lei Nº 13.964/19 - Artigo por Artigo - Salvador: Editora JusPodivm, 2020. p 474

⁸³ Nesse mesmo entendimento SOUZA, Renee do Ó; CUNHA, Rogério Sanches; LINS, Caroline de Assis e Silva Holmes. A nova figura do agente disfarçado prevista na Lei 13.964/2019. Publicado no dia 27 de dezembro de 2019 no Meusitejuridico.com.br Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2019/12/27/nova-figura-agente-disfarcado-prevista-na-lei-13-9642019/>. Acesso em 13 set. 2020.

⁸⁴ LEITÃO JÚNIOR e LIMA corroboram, dizendo que “O advento da lei 13.964/19 espancará de uma só vez, qualquer dúvida que possa ocorrer em relação à alegada afirmativa que pairava do policial que agisse disfarçadamente, consistente se este estaria diante de um crime impossível. (LEITÃO JÚNIOR, Joaquim. LIMA, Bruno Barcelos. Coordenador: Renne do Ó Souza. A emblemática figura do agente policial disfarçado na Lei nº 13.964/2019 (Lei do Pacote Anticrime). In: Lei Anticrime: comentários à Lei 13.964/2019. Editora D’ Plácido, 2020. p. 84)

⁸⁵ “A idoneidade absoluta do meio se verifica quando falta potencialidade causal, pois os instrumentos postos a serviço da conduta não são eficazes, em hipótese alguma para a produção do resultado.” (CUNHA, Rogério Sanches. Manual De Direito Penal: Parte Geral. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2019. p 425)

⁸⁶ DEZEM, Guilherme Madeira; SOUZA, Luciano Anderson de. Comentários ao pacote anticrime: lei 13.964/2019. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2020. p. 145.

Garcez e Silva, diferenciando o agente disfarçado do agente infiltrado, afirmam que “A grande diferença é que o agente encoberto (disfarçado) não depende de autorização judicial e não se submete a prazos para a conclusão do método de investigação⁸⁷”. Costa, Fontes, Hoffman e Silva consubstanciam o mesmo entendimento de ser prescindível a autorização judicial para a realização desta técnica especial de investigação⁸⁸.

Por fim, Renato Brasileiro de Lima leciona que “a atuação do agente disfarçado não está condicionada à autorização judicial prévia, tampouco de prévia comunicação ao juiz competente, como se exige no caso da ação controlada⁸⁹”.

Desta forma, não tendo legislador previsto as formalidades e procedimentos a serem adotados quando necessário o uso dessa técnica de investigação, Leitão Junior e Lima entendem que, até que a doutrina e a jurisprudência definam como será regido o presente instituto, a autoridade policial deverá efetuar um controle sobre as ações que necessitarem utilizar um agente disfarçado⁹⁰. Ainda neste sentido, Francisco Sannini diz que, por haver ausência de formalidades e da desnecessidade de autorização judicial, a autoridade policial responsável pela investigação poderá utilizar a figura do agente disfarçado de forma discricionária, quando mais conveniente e oportuno for⁹¹.

4.6. Técnica especial de investigação realizada exclusivamente por policial investigativo

A Lei Anticrime, ao introduzir o termo “agente policial disfarçado”, não especificou se estaria se referindo as polícias investigativas (Polícias Cíveis dos Estados e Polícia Federal) ou se o termo abarcaria também as polícias militares. Parte da doutrina entende que, por se tratar de uma técnica especial de investigação, o mais acertado seria considerar apenas como atribuição das polícias judiciárias, visto que cabe a estas a apuração de infrações penais⁹².

Como o texto legal cita também a expressão “conduta criminal preexistente”, leva a crer que há uma investigação, ainda que preliminar, existente, reforçando ainda mais a atribuição das polícias judiciárias, visto sua responsabilidade de efetuar a investigação criminal, definida assim em nossa Constituição⁹³.

⁸⁷ GARCEZ, William; SILVA, Davi André Costa e. A figura do policial disfarçado e a mitigação do flagrante preparado. Publicado no dia 08 de abril de 2020 no Meusitejuridico.com.br. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2020/04/08/figura-policial-disfarcado-e-mitigacao-flagrante-preparado/>. Acesso em: 30 set. 2020

⁸⁸ HOFFMAN, Henrique et al. Agente policial disfarçado no Estatuto do Desarmamento e na Lei de Drogas. 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-ago-25/academia-policia-agente-policial-disfarcado-estatuto-desarmamento-lei-drogas#_ftnref2. Acesso em: 30 set. 2020

⁸⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. Pacote Anticrime: Comentários à Lei Nº 13.964/19 - Artigo por Artigo - Salvador: Editora JusPodivm, 2020. p 475

⁹⁰ LEITÃO JÚNIOR, Joaquim. LIMA, Bruno Barcelos. Coordenador: Renne do Ó Souza. A emblemática figura do agente policial disfarçado na Lei nº 13.964/2019 (Lei do Pacote Anticrime). In: Lei Anticrime: comentários à Lei 13.964/2019. Editora D’ Plácido, 2020. p. 100.

⁹¹ SANNINI, Francisco. A figura do agente policial disfarçado consolida técnica de investigação criminal. 2020. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2020/05/15/figura-agente-policial-disfarcado-consolida-tecnica-de-investigacao-criminal/>. Acesso em: 01/10/2020.

⁹² Nesse sentido LIMA, Renato Brasileiro de. Legislação criminal especial comentada. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. p 1049, LEITÃO JÚNIOR, Joaquim. LIMA, Bruno Barcelos. Coordenador: Renne do Ó Souza. A emblemática figura do agente policial disfarçado na Lei nº 13.964/2019 (Lei do Pacote Anticrime). In: Lei Anticrime: comentários à Lei 13.964/2019. Editora D’ Plácido, 2020 p.98 e HOFFMAN, Henrique et al. Agente policial disfarçado no Estatuto do Desarmamento e na Lei de Drogas. 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-ago-25/academia-policia-agente-policial-disfarcado-estatuto-desarmamento-lei-drogas#_ftnref2. Acesso em: 30 set. 2020

⁹³ LEITÃO JÚNIOR, Joaquim. LIMA, Bruno Barcelos. Coordenador: Renne do Ó Souza. A emblemática figura do agente policial disfarçado na Lei nº 13.964/2019 (Lei do Pacote Anticrime). In: Lei Anticrime: comentários à Lei 13.964/2019. Editora D’ Plácido, 2020 p.99.

Em outra esteira, Masson e Marçal entendem que, com as alterações na competência da Justiça Militar, após a lei 13.491/2017, que estendeu o conceito de crime militar, passando a abranger, além dos crimes previstos no CPM, também os crimes que estejam previstos na legislação criminal comum, caso sejam praticados por militares da ativa nas condições previstas no código castrense⁹⁴. Sendo assim, não haveria óbice para autorização da infiltração de um militar para investigar os crimes praticados por militares⁹⁵. Desta forma, sendo aplicada a teoria dos poderes implícitos⁹⁶ e o brocardo jurídico *in eo quod plus est semper inest et minus* (quem pode mais pode o menos), poderá a jurisprudência entender que policiais militares também poderiam fazer uso do instituto do agente disfarçado ao lidarem com crimes militares, visto que tal figura seria um *minus* se comparada à infiltração de agentes.

Ainda neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça, no Habeas Corpus 512290/RJ, proferiu a seguinte decisão:

Nesse contexto, não é ilegal o auxílio da agência de inteligência ao Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro durante procedimento criminal instaurado para apurar graves crimes atribuídos a servidores de Delegacia do Meio Ambiente, em contexto de organização criminosa. Precedente. [...] Esta Corte possui o entendimento de que a atribuição de polícia judiciária às polícias civil e federal não torna nula a colheita de elementos informativos por outras fontes. Ademais, o art. 3º, VIII, da Lei n. 12.850/2013 permite a cooperação entre as instituições públicas na busca de dados de interesse da investigação. Se a agente lotada em agência de inteligência, sob identidade falsa, apenas representou o ofendido nas negociações da extorsão, sem se introduzir ou se infiltrar na organização criminosa com o propósito de identificar e angariar a confiança de seus membros ou obter provas sobre a estrutura e o funcionamento do bando, não há falar em infiltração policial⁹⁷.

Mesmo que não tenha sido citado o termo agente policial disfarçado, a situação se trata de uma ação encoberta - para ser utilizada apenas em um caso específico, sem que ocorra uma infiltração - tendo sido, desta forma, considerada lícita pela Corte Superior, ainda que não tenha sido realizada pela polícia judiciária.

4.7 Agente disfarçado virtual

Novamente, o legislador não se esforçou para definir os contornos do instituto, dessa vez sobre a hipótese da possibilidade de o agente policial disfarçado atuar de forma virtual. Renato Brasileiro de Lima leciona que, em tese, não há diferença essencial se o agente atuar disfarçadamente de forma física ou sob algum meio virtual, visto que, se o policial conseguir colher os elementos probatórios pré-existentes de forma presencial (por exemplo, em uma

⁹⁴ MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. Crime Organizado. 4. ed. Rio de Janeiro: Método, 2018. p 405.

⁹⁵ Com o mesmo entendimento MENDRONI diz que: “pode-se considerar que, se a lei efetivamente pretendesse restringir a infiltração apenas a policiais civis (não militares), o teria especificado, expressamente, assim: Art. 10, caput: “A infiltração de agentes de polícia judiciária em tarefas de investigação [...]”. Como a lei não especificou, como poderia, seguindo a sistemática dos dispositivos constitucionais que regulamentam as polícias, entendemos possível a infiltração de policiais militares, sempre mediante autorização judicial e nos demais termos legais.” (MENDRONI, Marcelo Batlouni. Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2016.p 220.)

⁹⁶ “A Constituição, ao conceder uma atividade-fim a determinado órgão ou instituição, culmina por, implícita e simultaneamente, a ele também conceder todos os meios necessários para a consecução daquele objetivo” (LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. 8. Ed. Salvador: Juspodivum, 2020 p. 264)

⁹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6ª Turma) Habeas Corpus 512.290/RJ. Relator Ministro Rogério Schietti Cruz. DJe 25/08/2020. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201901510669&dt_publicacao=25/08/2020. Acesso em 15 nov. 2020.

festa), nada impede que consiga colher de forma virtual (por meio do aplicativo WhatsApp) também⁹⁸.

Leitão Júnior e Lima também vão a fundo no tema, chamando o agente policial disfarçado virtual de “agente policial disfarçado por extensão”, entendendo não haver diferença contrastante entre a presença real (física) do agente policial disfarçado e sua presença virtual, visto que os avanços tecnológicos que permitem uma verdadeira conversação e interação em tempo real (tal qual uma chamada de vídeo) possibilitariam que ocorresse praticamente uma verdadeira presença real, ainda que esta aconteça a distância, de forma remota⁹⁹.

4.8 Utilização da técnica em outros delitos não previstos na Lei 13.964/2019

A lei previu a figura do agente disfarçado somente em duas hipóteses, na investigação de crimes envolvendo comércio ilegal de armas de fogo e tráfico de entorpecentes, porém Leitão Junior e Lima questionam sobre a possibilidade de utilização desta técnica (atuar o agente policial de forma disfarçada, e não da norma incriminadora em si) para investigar outros delitos (organização criminosa, lavagem de capitais, etc.) afora os previstos no texto legal¹⁰⁰.

Os autores apontam diversos argumentos¹⁰¹ que sustentam tal possibilidade, entre eles a livre iniciativa probatória¹⁰², o fato de a lei não ter vedado expressamente o uso do instituto em outros crimes, outros delitos graves (como crimes hediondos) também devem dar azo à possibilidade da utilização da técnica sob pena de injustiça e finalmente a proibição da proteção estatal insuficiente.¹⁰³

Em sentido contrário, Renato Brasileiro de Lima refere que o presente instituto, por ser meio de obtenção de prova, precisa observar diversos requisitos processuais penais, sendo o principal deles que a figura deve estar adstrita ao conteúdo da lei (reserva legal), não podendo ser utilizado para investigar outros crimes, por mais benéfico que isto seja, por falta de previsão legal na lei 13.964/2019¹⁰⁴.

4.9. A obtenção de prova por meio do agente policial disfarçado

⁹⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. Pacote Anticrime: Comentários à Lei Nº 13.964/19 - Artigo por Artigo - Salvador: Editora JusPodivm, 2020. p 478

⁹⁹ LEITÃO JÚNIOR, Joaquim. LIMA, Bruno Barcelos. Coordenador: Renne do Ó Souza. A emblemática figura do agente policial disfarçado na Lei nº 13.964/2019 (Lei do Pacote Anticrime). In: Lei Anticrime: comentários à Lei 13.964/2019. Editora D' Plácido, 2020 p.97.

¹⁰⁰ LEITÃO JÚNIOR, Joaquim. LIMA, Bruno Barcelos. Coordenador: Renne do Ó Souza. A emblemática figura do agente policial disfarçado na Lei nº 13.964/2019 (Lei do Pacote Anticrime). In: Lei Anticrime: comentários à Lei 13.964/2019. Editora D' Plácido, 2020 p.94.

¹⁰¹ LEITÃO JÚNIOR, Joaquim. LIMA, Bruno Barcelos. Coordenador: Renne do Ó Souza. A emblemática figura do agente policial disfarçado na Lei nº 13.964/2019 (Lei do Pacote Anticrime). In: Lei Anticrime: comentários à Lei 13.964/2019. Editora D' Plácido, 2020 p.95.

¹⁰² “Vigora no processo penal ampla liberdade probatória, podendo a parte se valer tanto de meios de prova nominados, quanto de meios inominados” (LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. 8. Ed. Salvador: Juspodivum, 2020 p. 716). Explicando sobre as provas inominadas, TÁVORA e ALENCAR explicam que: “Inominada: como vigora no nosso sistema, a liberdade probatória, trata-se de prova que não é vedada por lei ou pelos bons costumes, embora não haja forma legal expressa” (TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de direito processual penal. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p.625)

¹⁰³ “A busca de um processo justo passa, inevitavelmente, pela previsão de meios efetivos para que se atinja a maior aproximação possível da verdade” (LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. 8. Ed. Salvador: Juspodivum, 2020 p. 70)

¹⁰⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. Legislação criminal especial comentada. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. p 1049

Tanto o agente infiltrado quanto o agente disfarçado recolhem elementos informativos (ou probatórios) ao se relacionar com o suspeito sem provocar, induzir ou instigar este na prática de um crime¹⁰⁵. Dessa forma, a eventual prova produzida neste contexto por estes agentes somente será possível de ser admitida pela justiça caso não tenha sido provocada (*entrapment*)¹⁰⁶.

Nesse mesmo sentido, Vladimir Aras explica que se faz necessário esclarecer se o alvo da operação encoberta estaria predisposto a praticar ilícitos, para determinar se o agente disfarçado simplesmente aceitou a empreitada criminosa, ou de fato a provocou. Caso tenha instigado o suspeito, o disfarçado passará para o infame status de provocador. Sendo assim, a validade das provas obtidas pelo *undercover agent* estarão condicionadas à demonstração da espontaneidade da conduta do suspeito¹⁰⁷.

Corroborando essa tese, Joaquim Delgado Martín ilustra que a atividade do agente encoberto não faz nascer a decisão de delinquir no suspeito, a atitude do agente encoberto é lícita, sendo assim válidos todos os elementos informativos recolhidos, bem como punível a infração criminal¹⁰⁸.

Souza, Cunha e Lins, ao conceituarem o agente disfarçado, ressaltam que este é responsável por colher os elementos probatórios preexistentes de conduta criminal, para que seja possível a cristalização do novo fato típico¹⁰⁹. Porém, tal tese é rechaçada por Francisco Sannini que diz que se o agente policial disfarçado tiver como objetivo colher elementos da infração preexistente, seria admitido a denominada “fishing expedition”, um procedimento em que se busca verificar, sem um mínimo lastro probatório e de forma fortuita, o envolvimento de um indivíduo com atividades criminosas¹¹⁰.

5. Considerações finais

A figura do agente policial disfarçado, inovação trazida pela Lei Anticrime, veio para subsidiar as ações policiais no contexto de crimes envolvendo os delitos de tráfico de entorpecentes e comércio ilegal de armas de fogo, em que fosse necessário utilizar uma ação encoberta para efetuar o flagrante, sem que o fato fosse considerado ilegal conforme a súmula

¹⁰⁵ ARAS, Vladimir. A Infiltração De Agentes Como Meio Especial De Obtenção De Prova. In: Altos Estudos Sobre a Prova no Processo Penal. SALGADO, Daniel de Resende. QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro. KIRCHER, Luís Felipe Schneider (Coordenadores). 2020. Salvador: Juspodvm. p. 366

¹⁰⁶ ARAS, Vladimir. A Infiltração De Agentes Como Meio Especial De Obtenção De Prova. In: Altos Estudos Sobre a Prova no Processo Penal. SALGADO, Daniel de Resende. QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro. KIRCHER, Luís Felipe Schneider (Coordenadores). 2020. Salvador: Juspodvm. p. 372

¹⁰⁷ ARAS, Vladimir. A Infiltração De Agentes Como Meio Especial De Obtenção De Prova. In: Altos Estudos Sobre a Prova no Processo Penal. SALGADO, Daniel de Resende. QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro. KIRCHER, Luís Felipe Schneider (Coordenadores). 2020. Salvador: Juspodvm. p. 400

¹⁰⁸ DELGADO MARTÍN, Joaquín. La criminalidad organizada: comentarios a la LO 5/99, de 13 de enero, de modificación de la Ley de enjuiciamiento criminal en materia de perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico ilícito de drogas y otras actividades ilícitas graves. Barcelona: José María Bosch, 2001. p. 47.

¹⁰⁹ SOUZA, Renee do Ó; CUNHA, Rogério Sanches; LINS, Caroline de Assis e Silva Holmes. A nova figura do agente disfarçado prevista na Lei 13.964/2019. Publicado no dia 27 de dezembro de 2019 no Meusitejuridico.com.br Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2019/12/27/nova-figura-agente-disfarçado-prevista-na-lei-13-9642019/>. Acesso em 29 set. 2020

¹¹⁰ SANNINI, Francisco. A figura do agente policial disfarçado consolida técnica de investigação criminal. 2020. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2020/05/15/figura-agente-policial-disfarçado-consolida-tecnica-de-investigacao-criminal/>. Acesso em: 01/10/2020.

145 do Supremo Tribunal Federal (Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação).

O presente artigo buscou, inicialmente, diferenciar a figura do agente policial disfarçado dos outros institutos já existentes (agente infiltrado, agente que atua em uma ação controlada, agente provocador e o agente de inteligência), visto que cada um possui suas características e requisitos próprios.

O agente disfarçado difere do agente infiltrado no sentido de que o agente não irá adentrar a fundo em uma organização criminosa, tendo sua atuação reservada a uma situação específica e determinada (como a compra de drogas em um ponto de tráfico). Desta forma, é prescindível tanto a autorização judicial quanto à comunicação ao juízo.

Já, quanto ao agente provocador, o agente disfarçado difere no sentido de que não irá provocar o delito, não tomando nenhuma ação ativa no sentido de germinar a ideia na mente do infrator, somente aderindo à conduta deste, aceitando, por exemplo, uma oferta de um indivíduo que esteja vendendo uma arma de fogo ilegal.

Após, foi examinado o conceito do instituto, visto que o legislador falhou em não esmiuçar os detalhes da figura típica. Os doutrinadores pátrios convergiram no sentido de que o agente disfarçado é basicamente uma técnica de investigação na qual o agente, ocultando sua condição de policial, atua em uma ação pontual - sem se infiltrar no crime organizado -, de forma a coletar elementos informativos pré-existentes que possam dar ensejo à flagrância de delitos no contexto do tráfico de entorpecentes ou comércio ilegal de armas de fogo. Tal técnica investigativa se aproxima do “agente encoberto” existente no ordenamento jurídico português e espanhol.

Detalhando os aspectos jurídicos da figura, foi analisado o requisito “quando presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente”, os quais se fazem necessários para mitigar a aplicação da súmula 145 do Supremo Tribunal Federal e evitar o enquadramento no flagrante preparado. Parte da doutrina criticou tal previsão no sentido de que seria hipótese do infame direito penal do autor.

Quanto à possibilidade de uso da técnica investigava em outros delitos que não os tipificados na lei anticrime, quanto na definição dos sujeitos aptos (se somente a polícia judiciária ou outros órgãos investigativos) a utilizar a figura, a doutrina divergiu, sendo forçoso aguardar decisão dos Tribunais Superiores neste sentido, para evitar qualquer imbróglia jurídica.

Referente à obtenção da prova (ou elementos informativos) por parte do agente disfarçado, a prova somente será lícita quando a intenção da prática do delito não for injetada pelo policial, podendo este somente aceder a conduta do suspeito, devendo o criminoso agir de forma espontânea, sob pena de tornar-se, o agente disfarçado, um agente provocador. Para evitar que tal situação ocorra, espera-se que o legislador venha a detalhar este ponto, visto que o atual subjetivismo da figura, ensejará demasiadas arguições de nulidades perante os tribunais, pela ausência de detalhes na tipificação do instituto.

Por fim, a figura do agente policial disfarçado poderia ainda, em tese, ser utilizada de forma virtual (como em uma negociação de entorpecentes por meio do aplicativo WhatsApp) vez que a tecnologia está cada vez mais presente nas ações criminosas, cobrando, pois, que as investigações também se utilizem desse meio.

O agente policial disfarçado veio como uma resposta estatal ao delitos de tráfico de entorpecentes e comércio ilegal de armas de fogo, cada vez mais frequentes por parte de organizações criminosas, em que os indivíduos negociam esses ilícitos e fazem as entregas em pequenas quantidades (como em uma negociação de drogas via WhatsApp em que a entrega do entorpecente é feita por um motoboy, que estará levando apenas a quantidade de droga

comprada), tornando difícil o enquadramento na figura típica de “vender” o entorpecente, sem o auxílio da figura do agente disfarçado.

O instituto ainda será muito analisado tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, que buscarão orientar e adequar os aspectos tratados neste artigo.

7. Referências bibliográficas

ARAS, Vladimir. **A Infiltração de Agentes Como Meio Especial de Obtenção de Prova**. In: Altos Estudos Sobre a Prova no Processo Penal. SALGADO, Daniel de Resende. QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro. KIRCHER, Luís Felipe Schneider (Coordenadores). 2020. Salvador: Juspodvm. 808 p.

ASSUMPÇÃO, Vinícius. **Pacote Anticrime: comentários à lei 13.964/2019**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. 248 p.

AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 12. ed. São Paulo: Método, 2020. 2663 p.

BINI, Adriano Krul. **O Agente Infiltrado: perspectivas para a investigação criminal na contemporaneidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. 175 p.

BRASIL. Congresso Nacional. **Projeto de Lei PL 882/19**. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, a Lei nº .210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, a Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, a Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, a Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, a Lei nº 11.671, de 8 de maio de 2008, a Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009, a Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, e a Lei nº 13.608, de 10 de janeiro de 2018, para estabelecer medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência a pessoa. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=32360325EAE17DF221973C3573E6531C.proposicoesWebExterno2?codteor=1712088&filename=PL+882/2019. Acesso em 07 out 2020

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de Dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 14 nov 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de Julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em 14 nov 2020.

BRASIL. **Lei nº 9.613, de 3 de Março de 1998**. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19613compilado.htm. Acesso em 14 nov 2020.

BRASIL. **Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003**. Dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – Sinarm,

define crimes e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.826.htm. Acesso em 14 nov 2020.

BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de Agosto de 2006.** Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm. Acesso em 14 nov 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.850, de 2 de Agosto de 2013.** Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm. Acesso em 14 nov 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de Dezembro de 2019.** Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em 14 nov 2020

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5ª Turma). **Recurso em Habeas Corpus 88.515/RJ.** Relator Ministro Ribeiro Dantas - DJe 30/05/2018. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201702130262&dt_publicacao=30/05/2018 Acesso em 14 nov. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6ª Turma) **Habeas Corpus 512.290/RJ.** Relator Ministro Rogerio Schietti Cruz. DJe 25/08/2020. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201901510669&dt_publicacao=25/08/2020. Acesso em 15 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Habeas Corpus 106.212/MS.** Relator Ministro Marco Aurélio. DJe 13/11/2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1231117>. Acesso em 14 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). **Habeas Corpus 147.837/RJ.** Relator Ministro Gilmar Mendes. Julgado em: 26/02/2019. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750181369>. Acesso em 14 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 145.** Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula145/false>. Acesso em 14 nov 2020.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual De Direito Penal: Parte Geral.** 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2019. 638 p.

DELGADO MARTÍN, Joaquín. **La criminalidad organizada: comentarios a la LO 5/99, de 13 de enero, de modificación de la Ley de enjuiciamiento criminal en materia de**

perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico ilícito de drogas y otras actividades ilícitas graves. Barcelona: José María Bosch, 2001. 191 p.

DEZEM, Guilherme Madeira; SOUZA, Luciano Anderson de. **Comentários ao pacote anticrime:** lei 13.964/2019. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2020. 171 p.

GARCEZ, William; SILVA, Davi André Costa e. **A figura do policial disfarçado e a mitigação do flagrante preparado.** Publicado no dia 08 de abril de 2020 no Meusitejurídico.com.br. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2020/04/08/figura-policial-disfarcado-e-mitigacao-flagrante-preparado/> . Acesso em: 13 set. 2020

HOFFMAN, Henrique et al. **Agente policial disfarçado no Estatuto do Desarmamento e na Lei de Drogas.** 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-ago-25/academia-policia-agente-policial-disfarcado-estatuto-desarmamento-lei-drogas#_ftnref2. Acesso em: 30 set. 2020

LEITÃO JÚNIOR, Joaquim. LIMA, Bruno Barcelos. Coordenador: Renne do Ó Souza. **A emblemática figura do agente policial disfarçado na Lei nº 13.964/2019 (Lei do Pacote Anticrime).** In: Lei Anticrime: comentários à Lei 13.964/2019. Editora D' Plácido, 2020. 364 p.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada.** 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. 1326 p.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal.** 8. Ed. Salvador: Juspodivum, 2020. 1949 p.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Pacote Anticrime: Comentários à Lei Nº 13.964/19 - Artigo por Artigo** - Salvador: Editora JusPodivm, 2020. 592 p.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal.** 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. 1232 p.

MASSON, Cleber. **Direito Penal: Parte Geral.** 14. ed. São Paulo: Método, 2020. 855 p.

MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. **Crime Organizado.** 4. ed. Rio de Janeiro: Método, 2018. 461 p.

MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. **Crime Organizado.** 5. ed. São Paulo: Grupo GEN, 2020. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530991531/>. Acesso em: 07 Nov 2020

MEIREIS, Manuel Augusto Alves. **O Regime Das Provas Obtidas Pelo Agente Provocador Em Processo Penal.** Coimbra: Almedina, 1999. 268 p.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais.** 6. ed. São Paulo: Atlas, 2016. 656 p.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. 1649 p.

ONETO, Isabel. **O Agente Infiltrado: Contributo Para A Compreensão Das Acções Encobertas**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. 216 p.

ROCHA JUNIOR, F. D. A. (2020, setembro 10). **Agentes infiltrado e disfarçado na lei 13.964/2019: uma discussão sobre os limites da produção probatória**. Revista Da Faculdade De Direito Da FMP, 15(1), 47-60. Disponível em: <https://revistas.fmp.edu.br/index.php/FMP-Revista/article/view/177>. Acesso em 14 nov. 2020

SANNINI, Francisco. **A figura do agente policial disfarçado consolida técnica de investigação criminal**. 2020. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2020/05/15/figura-agente-policial-disfarcado-consolida-tecnica-de-investigacao-criminal/>. Acesso em: 01 out. 2020.

SOUSA, Marllon. **Crime organizado e infiltração policial: parâmetros para a validação da prova colhida no combate às organizações criminosas**. São Paulo: Grupo GEN, 2015. 9788522499540. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522499540/>. Acesso em: 14 Nov 2020

SOUZA, Renee do Ó; CUNHA, Rogério Sanches; LINS, Caroline de Assis e Silva Holmes. **A nova figura do agente disfarçado prevista na Lei 13.964/2019**. Publicado no dia 27 de dezembro de 2019 no Meusitejuridico.com.br Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2019/12/27/nova-figura-agente-disfarcado-prevista-na-lei-13-9642019/>. Acesso em 13 set. 2020.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. 1839 p.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Teoria Geral do Direito Policial**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2012. 659 p.