

Coordenação

Daniel de Resende Salgado ■ Luís Felipe
Schneider Kircher ■ Ronaldo Pinheiro de Queiroz

ALTOS ESTUDOS SOBRE A PROVA NO PROCESSO PENAL

AUTORES

Andrey Borges de Mendonça
Bruno Calabrich
Carlos Edinger
Daniel de Resende Salgado
Daniel Marchionatti Barbosa
Daniel Zacis
Danilo Knijnik
Douglas Fischer
Fábio Ramazzini Bechara
Frederico Valdez Pereira
Gustavo Badaró
Gustavo Torres Soares
Isac Barcelos Pereira de Souza
Jaqueline Ana Buffon
Jordi Ferrer Beltrán
Júlio Carlos Motta Noronha
Livia Nascimento Tinôco
Luís Felipe Schneider Kircher
Luís Fernando de Moraes Manzano
Luiz Fernando Bugiga Rebellato
Marcelo Vinicius Vieira
Pedro Jorge do Nascimento Costa
Raecler Baldresca
Rafael Braem Velasco
Rodrigo Telles de Souza
Ronaldo Pinheiro de Queiroz
Sérgio Cruz Arenhart
Thiago Pierobom de Ávila
Vitor de Paula Ramos
Vladimir Aras

2020

 EDITORA
jusPODIVM

www.editorajuspodivm.com.br

A infiltração de agentes como meio especial de obtenção de prova

Vladimir Aras¹

Resumo. 1. Introdução; 2. Conceito de infiltração de agentes; 3. Infiltração de agentes no direito brasileiro; 3.1. Campo de aplicação da Lei 12.850/2013; 3.2. Iniciativa de emprego da infiltração policial; 3.3. Controle do emprego da infiltração policial; 3.4. Características da infiltração policial; 3.5. Espécies de infiltração de pessoas; 3.6. Infiltração policial e agente provocador; 4. A infiltração de agentes segundo a Lei 12.850/2013; 4.1. O procedimento da infiltração policial; 4.2. Direitos e deveres do agente infiltrado; 5. Ciberinfiltração em investigações de pedofilia; 5.1. Âmbito de aplicação da ciberinfiltração; 5.2. Procedimento da ciberinfiltração; 6. Infiltração de agentes em crimes de tráfico de drogas; 7. Infiltração de agentes em crimes de corrupção; 8. Infiltração de agentes e o direito probatório; 9.

Palavras-chave:

INTRODUÇÃO

Desde que nos termos da lei, policiais estão autorizados a infiltrar-se em organizações criminosas para investigar crimes graves. Em vários países do mundo, agentes estatais fazem-se passar por criminosos para obter provas úteis à elucidação de crimes.

Como se sabe, também existe a infiltração no sentido oposto, de criminosos no seio do Estado. No filme "Os Infiltrados" (*The Departed*, 2006), estrelado por Leonardo Di Caprio e Matt Damon, as dificuldades dessa técnica policial são expostas pelo diretor Martin Scorsese. Hollywood,

¹ Doutorando em Direito (UNICEUB), mestre em Direito Público (UFPE) com dissertação a respeito da Convenção de Budapeste sobre Cibercriminalidade, especialista em gestão pública pela FGV, ex-Secretário de Cooperação Internacional do MPF, professor assistente de processo penal da Universidade Federal da Bahia (UFBA), procurador regional da República em Brasília, membro da *International Association of Prosecutors* (IAP), foi um dos fundadores do Instituto Baiano de Direito Processual Penal (IBADPP), professor da Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU), professor de especializações em ciências criminais em vários Estados do Brasil, editor do Blog do Vlad: www.vladimiraras.blog, especializado em Justiça Criminal.

aliás, é pródiga em retratar episódios bem ou mal sucedidos de infiltração policial.²

O terreno dos agentes infiltrados ou *undercover agents* é muito controvertido, devido a aspectos éticos, psicológicos e de segurança. Em geral, os infiltrados podem ser policiais ou servidores de órgãos de inteligência, encarregados de iludir um criminoso ou membros de uma organização criminosa, fazendo-os crer que são seus cúmplices, colaboradores, clientes ou fornecedores. A saga dos agentes duplos nos serviços secretos das maiores potências é outra manifestação da mesma técnica de dissimulação e disfarce. Porém, no ambiente policial, o encobrimento e a ilusão são empregados pelo Estado para romper o silêncio mafioso (*omertà*) de organizações criminosas ou para obter informações cruciais de grupos criminosos não mafiosos ou mesmo para conseguir provas sobre atividades de criminosos comuns.

Apesar dos riscos éticos e de segurança que lhe são inerentes, a investigação criminal por meio de infiltração policial foi introduzida no Brasil pela Lei 10.217/2001, que alterou o art. 2º da Lei 9.034/1995, segundo a qual se admitia a infiltração de organização criminosa por agentes de polícia ou de inteligência, mediante circunstanciada autorização judicial, em procedimento sigiloso.

No entanto, a descrição do *modus faciendi* era esqualido. A técnica só foi devidamente regulamentada no Brasil pelos arts. 3º e 10 a 14 da Lei 12.852/2013³, que permitiu seu emprego em relação a crimes praticados por organizações criminosas, crimes de associação em organização criminosa, crimes transnacionais e terrorismo e seu financiamento.

A Lei 12.850/2013 (Lei do Crime Organizado) resultou do projeto de lei do Senado 150/2006 (PLS 150/2006), fruto de sugestão da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (Enccla).

Inspirada na Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado do Transnacional, concluída em Palermo em 2000 e promulgada no Brasil pelo Decreto 5.015/2004, a Lei 12.850/2013 procurou cumprir alguns dos mandados expressos da Convenção, a fim de tornar o Brasil *compliant* com o seu regime normativo uniforme.

2. Velozes & Furiosos (The Fast and The Furious, 2001), Donnie Brasco (1997) e Trapaça (American Hustle, 2013) e são alguns dos filmes mais populares com esta temática.

3. "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"

Tal diploma revogou a antiga Lei do Crime Organizado (Lei 9.034/1995), conceituou organização criminosa, tipificou o crime de associação em organização criminosa e disciplinou várias técnicas especiais de investigação, entre elas a colaboração criminal premiada, a escuta ambiental, a ação controlada e a infiltração policial.

Segundo a Lei 12.850/2013, a infiltração por agentes de polícia pode ser realizada pelos órgãos policiais pertinentes, dependendo de circunstanciada, motivada e sigilosa autorização judicial.

Posteriormente, ao alterar o Estatuto da Criança e do Adolescente, a Lei 13.441/2017 trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro uma disciplina específica sobre a infiltração digital ou virtual de agentes policiais na Internet, para investigação de pedófilos e criminosos sexuais que povoam os subterrâneos da Internet.

Este segundo texto legal resultou do PLS 100/2010, que foi um dos subprodutos positivos da CPI da Pedofilia. Aqui o foco da infiltração policial é a investigação de crimes de cunho sexual tendo por vítimas crianças e adolescentes. Se a internet é o ambiente ou instrumento para a prática de tais crimes, será também o meio que permitirá a investigação eficiente de casos de pedopornografia nos planos doméstico e transnacional.

Lidas e adotadas em conjunto, essas duas leis têm utilidade para a investigação de crimes em geral, inclusive os informáticos, na medida em que pedófilos atuam livremente no ciberespaço, sem temor, compartilhando este "território" com organizações criminosas que corriqueiramente praticam cyberfraudes, especialmente a subtração de dados pessoais para falsa identidade (*identity theft* e *false impersonation*), a extorsão, o *hacking*, a clonagem de cartões de crédito e o estelionato informático, ou se dedicam à formação de redes computacionais com máquinas "zumbis" ou "escravidadas" (as chamadas *botnets*), destinadas a concretizar ataques de negação de serviço (*distributed denial of service* - DDoS) a infraestruturas informáticas relevantes, ou ainda que se especializam em difundir vírus informáticos (*malwares*).

Neste artigo veremos as espécies de infiltração e algumas das questões cruciais para sua validade em juízo. Depois de analisar o conceito, as características, o procedimento e as peculiaridades do instituto, chegará a hora de examinar certos aspectos de direito probatório relacionados ao seu emprego.

2. CONCEITO DE INFILTRAÇÃO DE AGENTES

A infiltração de agentes (e não apenas infiltração "policial") é uma das chamadas técnicas essenciais da investigação (TFI) empregada por órgãos

da perseguição criminal, agências de inteligência e serviços secretos em todo o mundo. Porém, no Brasil, restringe-se à infiltração de policiais, ao menos na sua fórmula básica.

É meio de obtenção ou de coleta da prova, que se baseia na dissimulação e na confidencialidade. Quando está presente a "infiltração", esta TEI é também uma espécie do gênero dos agentes encobertos ou operações encobertas (*covert operations*).

Na infiltração em sentido estrito, policiais e agentes de inteligência imiscuem-se em quadrilhas ou organizações criminosas e também em células terroristas, tornando-se membros sob disfarce, ou relacionando-se com elas, também sob disfarce. Porém, há agentes encobertos que simplesmente se fazem passar por pessoas comuns para manter algum tipo de interação com suspeitos de crimes. Neste caso, os policiais podem usar disfarces ou atuar à paisana, sem que se tenha, de fato, uma "infiltração".

Instrumentos de investigação, essas medidas são universalmente conhecidas como "Técnicas Especiais de Investigação" (TEI), "*special investigative techniques*" ou "*techniques spéciales d'enquête*". O item I da Recomendação REC(2005)10, do Comitê de Ministros do Conselho da Europa, as define como as "técnicas empregadas pelas autoridades competentes para identificar e elucidar crimes graves e seus autores, com o fim de reunir informações de forma confidencial, sem o conhecimento do investigado."

A infiltração não é um meio de prova. Conforme a lição de MAGALHÃES GOMES FILHO os meios de prova são "*os instrumentos ou atividades por meio dos quais os dados probatórios (elementos de prova) são introduzidos e fixados no processo (produção da prova). São, em síntese, os canais de informação de que se serve o juiz. Assim, quando se fala em prova por testemunho ou prova documental indica-se que a representação do fato foi conseguida por meio do testemunho ou do documento*".⁴

Neste sentido, a infiltração de agentes policiais servirá para obter ou identificar prova testemunhal (fonte pessoal de prova) ou para obter prova documental em sentido amplo (fonte real de prova), como imagens, áudios ou outros documentos. Contudo, antes de funcionar como meio para se chegar a uma prova, a infiltração policial servirá para levantamento de inteligência sobre a estrutura de uma organização criminosa, seus integrantes

tes, seus papéis, os locais de esconderijo, a forma de lavagem de dinheiro, a rede de relacionamentos externos, entre outros aspectos.

Como meio especial de obtenção de prova, a infiltração encaixa-se entre os meios de pesquisa ou investigação. Estes englobam "*certos procedimentos (em geral, extraprocessuais) regulados pela lei, com o objetivo de conseguir provas materiais e que podem ser realizados por outros funcionários (policiais, por exemplo). Com base nisso, o Código de Processo Penal Italiano de 1988 disciplinou, em títulos diferentes, os mezzi di prova (testemunhos, perícias, documentos), que se caracterizam por oferecer ao juiz resultados probatórios diretamente utilizáveis na decisão, e os mezzi di ricerca della prova (inspeções, buscas e apreensões, interceptações de conversas telefônicas) que não são por si fonte de conhecimento, mas servem para adquirir coisas materiais, traços ou declarações dotadas de força probatória, e que também podem ter como destinatários a polícia judiciária ou o Ministério Público*".⁵

Para cumprir esta atividade, os agentes encobertos e os agentes infiltrados (*undercover agents*) assumem falsas identidades, baseadas em histórias-cobertura solidamente construídas e bem decoradas e passam a agir como se fossem verdadeiros integrantes do grupo criminoso, ou passam-se a se relacionar com o criminoso alvo da apuração.

Para encenar tais papéis e assumir uma personagem, além de corajoso, o infiltrado deve ser uma pessoa sensata, bem preparada e emocionalmente equilibrada e que também domine os hábitos, jargões e sociais do grupo no qual pretende infiltrar-se ou do suspeito com o qual irá relacionar-se.

A infiltração não é um fim em si mesmo. Seu sucesso, quando de sua validação em juízo, dependerá da sua combinação com outros métodos probatórios mais ou menos complexos.

3. INFILTRAÇÃO DE AGENTES NO DIREITO BRASILEIRO

Objeto do art. 20 da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo, de 2000)⁶, e do art. 50 da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Convenção de Mérida, de 2003)⁷, a técnica ali denominada "operações de infiltração" e "opera-

4. MAGALHÃES GOMES FILHO, Antonio. Notas sobre a terminologia da prova: reflexos no processo penal brasileiro. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide (coords.). Estudos em homenagem à professora Adia Pellegrini Grinover. São Paulo: NDJ 2005. p. 310/320.

5. MAGALHÃES GOMES FILHO, Antonio. Notas..., p. 309.

6. Promulgada no Brasil pelo Decreto 5.015/2004.

7. Promulgada no Brasil pelo Decreto 6.023/2006.

ção encoberta⁸, foi introduzida no Brasil em 2001, pela Lei 10.217/2001, que alterou a Lei do Crime Organizado (Lei 9.034/1995). Quase duas décadas depois ainda são escassos os casos de utilização da infiltração em investigações relevantes.⁹

Sobre ela pairam severas dúvidas, que vão da constitucionalidade à moralidade. Infelizmente, o art. 2º, inciso V da Lei 9.034/1995, já revogada, limitava-se a descrever o instituto, não tratando da matéria operacional e da forma de sua utilização em processos criminais, nem das graves consequências que podem advir do mau emprego da técnica.

O cenário legislativo não mudou com a introdução da infiltração policial no art. 53, inciso I, da Lei 11.343/2006 (Lei Antidrogas), que também se contenta, sem mais, em prever o instituto, assentando que, em qualquer fase da persecução criminal, são permitidos, além dos previstos noutras leis, a infiltração por agentes de polícia, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes. Ali se exigiu autorização judicial e oitiva prévia do Ministério Público.

Somente com a entrada em vigor da Lei 12.850/2013 adotou-se um procedimento adequado para o emprego de infiltração policial em investigações criminais.

A expansão desse meio de obtenção de prova veio alguns anos depois, com a Lei 13.441/2017, de ciberinfiltração.

A praxe brasileira admite ainda a infiltração por agentes colaboradores, desde os meros informantes até os réus vinculados por acordos de colaboração premiada¹⁰.

3.1. Campo de aplicação da Lei 12.850/2013

A infiltração policial e as demais técnicas especiais somente devem ser utilizadas para a persecução de crimes graves, segundo o princípio da *lesividade* ou da *ofensividade*. A adoção do conceito de “crime grave”, tal como definido na Convenção de Palermo, serve como limitador garantista ao emprego desta técnica e de outros institutos voltados à persecução da delinquência organizada ou transnacional ou terrorista.

8. Do inglês, *undercover operations*, ou *operaciones encubiertas*; em espanhol, ou *opérations d'infiltration*, em francês.

9. Na operação Pesos e Medidas (2017), para identificar corrupção no INMETRO, a Polícia Federal em Goiânia infiltrou por 71 dias um delegado como se fora um funcionário da autarquia.

10. Em 2005, na Operação TNT, o MPF no Paraná fez uso dessa técnica conjugada, sob a coordenação do procurador regional da República Januário Paludo. O réu colaborador X realizou interceptação ambiental mediante autorização judicial proferida pelo então juiz Sérgio Menezes da Curitiba.

Crime “grave” será a infração penal com pena máxima igual ou superior a quatro anos de prisão.

No entanto, o legislador brasileiro não estabeleceu claramente na Lei 12.850/2013 (LCO) os crimes a que se aplica. Para descobri-lo, é preciso analisar o art. 1º da Lei. Ali se vê que a LCO e os instrumentos processuais que regula se aplicam à criminalidade organizada, isto é, a crimes praticados por organizações criminosas que sejam transnacionais ou que tenham pena máxima *superior* a 4 anos de prisão (§1º), numa notável diferença em relação ao modelo de Palermo.

Aplica-se também às infrações penais previstas em tratado ou convenção internacional quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente. (art. 1º, §2º, I, LCO). Estes são os crimes a distância, que, devido à formulação do dispositivo, são todos de competência federal, por força do art. 109, inciso V, da Constituição

Os meios especiais de obtenção de provas também poderão sem empregados para a investigação de organizações terroristas, entendidas como aquelas voltadas para a prática de atos de terrorismo definidos na Lei 13.260/2016 (art. 1º, §2º, II).

Logicamente, o conjunto de técnicas de investigação da LCO também abrangerá os crimes tipificados pela própria Lei 12.850/2013, ou seja, os de associação em organização criminosa (art. 2º), obstrução da justiça (art. 2º, §1º), e os delitos menos graves previstos nos seus arts. 18 a 21, além dos crimes conexos a todas as infrações penais antes listadas.¹¹

3.2. Iniciativa de emprego da infiltração policial

A infiltração policial não pode ser ordenada ex officio pelo juiz, uma vez que o modelo constitucional vigente desde 1988 é de feição acusatória, não se admitindo, senão de forma extremamente limitada, a iniciativa probatória do juiz e, muito menos, que o juiz do controle da investigação se imiscua nesta, como seu “presidente”.

Portanto, esse meio de obtenção de prova só será aplicado no caso concreto a partir de (i) representação da autoridade policial ou (ii) de requerimento expresso do Ministério Público. No primeiro caso, o membro do Parquet deve ser ouvido previamente pelo juiz competente. No segundo caso, há um dispositivo expresso que determina a consulta técnica à auto-

11. Só a Lei 9.296/1996 usou o critério de natureza da pena, tendo em vista sua gravidade, para estabelecer a infiltração policial. Contudo, a Lei 13.260/2016 não menciona mais a pena.

riedade policial para se verificar se há condições operacionais para o emprego da medida, que é de alta complexidade.¹² O delegado de Polícia não se manifestará senão sobre esses aspectos técnicos e sobre as condições operacionais em seu serviço, para implantar uma operação encoberta.

A técnica em questão interfere diretamente sobre o direito à privacidade do investigado, razão pela qual deve haver fundadas razões para seu emprego, o que exige rigoroso controle por parte da autoridade judicial, especialmente tendo em conta que o contraditório é diferido.

3.3. Controle do emprego da infiltração policial

O controle da utilização da infiltração policial em casos concretos passa por duas instituições: o Ministério Público e o Poder Judiciário. A supervisão deve ser rigorosa. É o que diz também o item II.a.3 da REC(2005)¹⁰ do Conselho da Europa.

O emprego desse meio de obtenção de prova depende de formas de controle prévio, simultâneo ou posterior (*ex post facto*), ou de uma combinação deles. Esse controle recai sobre o pedido em si, sobre os órgãos autorizados a empregar a técnica e sobre a execução da diligência ao longo do tempo. Deve haver supervisão por autoridades judiciais ou por órgãos independentes como o Ministério Público¹³ e também acompanhamento rigoroso por órgãos de controle interno da Polícia. Nisso consiste o princípio da *sindicalidade ou controlabilidade* das TEI. No tema do controle do procedimento, inclui-se o direito de o próprio investigado, no momento oportuno, verificar sua legalidade e questioná-lo em juízo, no contraditório ordinário, na via recursal ou por meio de habeas corpus.

O procedimento a ser adotado deve estar minuciosamente previsto em lei. E a autorização, que deve ser sempre *prévia* ao início da infiltração, também deve ser *detalhada*, com a adequada motivação e justificativa para seu emprego.

Ainda deve-se ter em mira que o emprego das TEI deve-se conduzir de acordo com o princípio da *proporcionalidade*, de sorte que as técnicas mais invasivas somente sejam utilizadas para os crimes mais graves ou quando seu emprego for absolutamente necessário. Como se vê, a proporcionalidade está ligada à ideia de necessidade. Mesmo quando legítima e legal,

o meio especial de obtenção de prova só deve ser empregado se for necessário para a elucidação do crime ou para a proteção de bens jurídicos relevantes. No caso da infiltração policial, este princípio se apresenta com mais força, devido à sua evidente excepcionalidade.

De fato, o uso das TEI está limitado pelo princípio da *subsidiariedade*. Só se permite sua implantação se não houver outros meios menos graves para a descoberta da verdade ou para a elucidação do crime¹⁴.

No contexto da pornografia infantil, convém lembrar também do princípio da *proteção integral*, previsto na Constituição Federal e na Lei 8.069/1990, que exige do Estado prestações positivas em várias áreas, inclusive na segurança pública e no acesso à justiça, voltadas para a preservação da integridade física, psíquica e moral de crianças e adolescentes.

3.4. Características da infiltração policial

Questões éticas muito relevantes ligam-se a esta técnica investigativa. Indaga-se até que ponto o Estado pode autorizar um de seus servidores a “praticar” crimes quando infiltrado ou, ao menos omitir-se quanto à interrupção do *iter criminis* dos delitos praticados em sua presença.

Seguramente é vedado ao agente infiltrado concorrer para a prática de delitos sexuais ou outros crimes violentos (dolosos contra a vida e contra a integridade física) e a tortura, por exemplo. Conforme WENDT, ao tempo de sua vigência, a Lei 9.034/1995 não permitia ao agente, em momento algum, inserir-se por completo no meio criminoso e cometer delitos junto com os criminosos.¹⁵ Esta situação persiste no âmbito da Lei 12.850/2013.

Porém, em alguma medida, os agentes infiltrados estão autorizados por lei a atuar como coautores ou como meros partícipes numa empreitada criminosa. Diz o art. 13 da Lei 12.850/2013 que “*não é punível, no âmbito da infiltração, a prática de crime pelo agente infiltrado no curso da investigação, quando inexigível conduta diversa*”¹⁶. O caput desse artigo assinala, contudo, que o agente que não observar a “devida proporcionalidade” com a finalidade da investigação “responderá pelos excessos praticados”.

14. Vide os itens II.b.4, 5 e 6 da Recomendação COE n. 10, de 20 de abril de 2005 – REC(2005)10 sobre o uso de TEI em relação a crimes graves, inclusive o terrorismo.

15. WENDT, Emerson. Inteligência de segurança pública e DNISP: aspectos iniciais. Disponível em: <http://www.inteligenciapolicia.com.br/2010/03/inteligencia-de-seguranca-publica-e-hmlln-teligencia-policial>. Acesso em: 10 set. 2010.

16. Como lhe é inerente o envolvimento em condutas ilícitas, parece estranho pensar na infiltração

12. Por isso, é recomendável que o Ministério Público só a requiera após certificar-se de que a Polícia local tem condições humanas, materiais e tecnológicas, de implementá-la com segurança e eficiência.

13. Na Alemanha, em situações de urgência, o Ministério Público pode autorizar (*Eilkompetenz*) a

Na infiltração, o investigador ou detetive fica sujeito a grande risco de vida e para sua integridade física. Evidentemente, no curso dessa infiltração, o agente poderá validamente socorrer-se das excludentes de ilicitude, como a legítima defesa (própria e de terceiro) e do estado de necessidade.

Por isso, esta técnica só deve ser empregada em condições absolutamente controladas, e quando realmente imprescindível para a investigação de um crime grave. Além de arriscada, é dispendiosa, pois a Polícia deverá contar com verbas orçamentárias para a locação da casa-teatro, se necessário, e aquisição de bens para a construção da personagem a ser vivida pelo infiltrado. Para o êxito da diligência, devem ser providenciados novos documentos de identidade para o infiltrado, com histórico pessoal crível. Na era da hiperexposição da privacidade em plataformas sociais, montar uma personagem crível não é propriamente uma tarefa fácil, sob o ponto de vista operacional.

Na execução da técnica, o agente infiltrado não está de fato autorizado a praticar qualquer delito em qualquer situação, mas pode-lhe ser permitido, por exemplo, participar do planejamento de ações criminosas, transportar cúmplices e produtos ilícitos, negociar propinas etc, de modo a facilitar a descoberta e a prova de uma infração penal grave. Para reduzir os riscos próprios da infiltração, a infiltração de agentes em organizações criminosas violentas deve, sempre que possível, ser substituída por outras técnicas de investigação.

3.5. Espécies de infiltração de pessoas

Já vimos que os agentes encobertos, como gênero, compreendem os agentes infiltrados (em associações criminosas de qualquer tipo) e os agentes encobertos em sentido estrito (que atuam disfarçados ou à paisana), sem efetiva infiltração.

O projeto de Lei 882/2019¹⁷ cuida desta última espécie e pretende introduzi-la expressamente no §6º do art. 1º da Lei de Lavagem de Dinheiro¹⁸, no inciso IV do §1º do art. 33 da Lei Antidrogas¹⁹, e nos arts. 17 e 18 do

estatuto do Desarmamento.²⁰ Na formulação pretendida no PL 882/2019, tais condutas serão punidas, mas apenas “quando presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente”, ou seja, somente quando houver ao menos indícios de predisposição ou preparação para o crime. Trata-se de um elemento necessário a afastar a ocorrência de provocação ou incitação pelo policial disfarçado, que não pode atuar como agente provocador.

Pode-se classificar a infiltração de pessoas de diversas formas. Uma primeira classificação tem em vista sua finalidade: a) infiltração para fins de inteligência, quando as informações obtidas pelo agente não serão utilizadas em juízo; e b) infiltração para fins probatórios, quando terão essa finalidade.

Quanto ao sujeito da infiltração, podemos ter: a) infiltração por um policial, que é a modalidade prevista no Brasil; b) infiltração por agente de inteligência, forma não prevista na lei brasileira; e c) a infiltração por um informante (colaborador), agindo sob controle ou orientação do Estado.

Neste último caso, há uma sobreposição de técnicas, pois um integrante do grupo criminoso é convertido em colaborador, como se fora um espião ou um quinta-coluna, mas em proveito da investigação criminal. Sua disciplina conjugará preceitos da colaboração premiada com certos princípios e limites da infiltração. Esse colaborador deve ser equiparado a um “agente” porque atuará sob instruções do Estado, não estando, portanto, autorizado a agir como provocador ou incitador.

No que se refere ao meio de interação, a infiltração pode ser a) presencial, com relacionamento direto entre o agente e o alvo; ou b) remota, que se fará a distância, com utilização de meios de comunicação por voz ou mensagens eletrônicas.

Por fim, a infiltração pode ser também (a) doméstica; ou (b) transnacional²¹. Se a infiltração policial é objeto de um pedido de *mutual legal assistance* (MLA), o agente infiltrado tanto pode ser um policial do Estado

17. Conhecido como Projeto de Lei Anticrime, foi idealizado pelo Ministério da Justiça.

18. Projeto de Lei 882/2019, que dá nova redação ao art. 1º da Lei 9.613/1998: “§6º Não exclui o crime a participação, em qualquer fase da atividade criminal de lavagem, de agente policial disfarçado, quando presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente.”

19. Projeto de Lei 882/2019, que dá nova redação ao art. 33, §1º, da Lei 11.343/2006: “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.”

20. O PL 882/2019 pretende modificar também o §2º do art. 17 e o parágrafo único do art. 18 da Lei 10.826/2003, para ter como crime a conduta de quem vende ou entrega arma de fogo, acessório ou munição a agente policial disfarçado.

21. Na Operação Burnout, o Ministério Público Federal do Brasil e o Ministério Público do Cantão de Zurique na Suíça conjugaram o uso de técnicas especiais de investigação para a apuração de um esquema de narcotráfico associado a lavagem de dinheiro. Uma infiltração policial na Suíça; uma ação controlada no Brasil.

requerido quanto um agente do Estado requerente, que executará a medida no território do Estado requerido. A formação de equipes conjuntas de investigação (*joint investigation teams*) é um meio de apoio importante, que pode viabilizar o acompanhamento por investigador estrangeiro da atuação de uma organização criminosa também estrangeira noutro país. Neste cenário, o idioma será determinante para a seleção do agente infiltrado.

3.6. Infiltração policial e agente provocador

Espécie do gênero das “operações encobertas”²², a infiltração policial depende, como vimos, de prévia autorização judicial, estando também sujeita a controle judicial e do Ministério Público.

Há importantes questões a examinar sobre os limites do envolvimento do agente infiltrado nos crimes; o uso da prova obtida como resultado do emprego de agentes infiltrados; a questão do *entrapment* (como incitação ilegal) e a proteção ao direito ao confronto num procedimento adversarial, temas que se relacionam ao devido processo legal.

Segundo a Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH), em *Ramonauskas vs. Lituânia* (2008), o *entrapment* ou incitação policial ocorre quando os policiais encarregados – sejam membros das forças de segurança ou pessoas comuns agindo de acordo com suas instruções – não se limitam a investigar atividades criminosas de maneira essencialmente passiva, mas exercem tal influência sobre o suspeito a ponto de incitar o cometimento de um crime que de outra forma não teria sido cometido, e o fazem com o fim de determinar sua materialidade e angariar provas para a instauração de uma ação penal.²³

No relacionamento com os suspeitos, o agente policial manterá sigilo de sua identidade ou assumirá uma falsa *persona*. Não poderá, porém, ter condutas ativas, de incitação ou de provocação de ação ou omissão criminosa; deve guardar uma postura passiva, sendo importante antes demonstrar haver razoável suspeita ou indícios do envolvimento da pessoa-alvo em tal conduta ilícita *antes* de deflagrada a infiltração policial ou a operação encoberta.

Nos casos *Lüdi vs. Suíça* (1992)²⁴ e *Teixeira de Castro vs. Portugal* (1998)²⁵, a Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) concluiu pela legitimidade de infiltrações policiais no contexto europeu, à luz da Convenção de 1950. Porém, o tribunal, que tem sede em Estrasburgo, fixou que a identidade e o papel do agente na operação devem ser de conhecimento da autoridade judiciária, sob pena de violação do devido processo legal, e que não pode haver provocação, não podendo a Polícia funcionar como *agent provocateur*.

O agente infiltrado ou o agente disfarçado é alguém que recolhe informações e se relaciona com o suspeito sem catalisar condutas criminosas; o agente provocador incita outrem a praticar um crime. Os primeiros são legítimos; o segundo é ilegítimo. Assim, a prova produzida a partir da atividade dos agentes infiltrados e agentes encobertos (não infiltrados) é admissível em juízo apenas se não tiver havido incitação policial ou *entrapment*.

Técnica extremamente útil para investigar crime organizado, narcotráfico, lavagem de dinheiro, terrorismo e corrupção *latro sensu*, a execução da infiltração não deve perder de vista o devido processo legal. Por isto, no Brasil, não é tolerado o chamado *entrapment*, tática policial em que predomina as práticas dos agentes provocadores ou incitadores. A infiltração não se pode converter em instigação, induzimento ou incitação à prática criminosa. Este não é o papel do Estado e seria intolerável que a Polícia assim agisse com o fim de enredar um cidadão não propenso ou não predisposto ou não preparado para a prática de um crime.

No caso *Teixeira de Castro vs. Portugal* (1998), a Corte em Estrasburgo decidiu que o uso de agentes encobertos para investigar o cidadão lusitano Francisco Teixeira de Castro fora convencional porque a Polícia portuguesa não logrou demonstrar que o réu estava propenso ou predisposto à prática do crime antes da entrada em cena dos dois agentes encobertos da Polícia de Segurança Pública, que com ele se relacionaram sem se

24. Neste caso, a Polícia valeu-se de interceptações telefônicas e de infiltração policial. O agente encoberto não foi ouvido como testemunha em juízo, mas os relatórios que produziu e os diálogos interceptados serviram de base para a condenação do réu Ludwig Lüdi, acusado de tráfico internacional de drogas, entre a Suíça e Alemanha, em 1984. A Polícia também realizou busca e apreensão domiciliar. O agente infiltrado “Tony” se fez passar por um comprador de 2 kg de cocaína, sem incitação ou provocação. Porém, a Corte entendeu ter havido nulidade do processo porque não foi garantido ao réu o direito de inquirir o agente infiltrado em juízo.

25. Francisco Teixeira de Castro foi investigado pelo crime de tráfico de heroína. Em 1992, a Polícia de Segurança Pública empregou agentes disfarçados (na verdade, simplesmente à paisana) para

22. Que abrangem a ação controlada, a entrega vigiada, a infiltração policial e o agente disfarçado mas não infiltrado. São conhecidas em inglês por “covert operations”.

23. Caso *Ramonauskas vs. Lituânia* (2008) da CEDH, REC

identificarem, o que foi facilitado pelo fato de não estarem uniformizados. Entendeu-se, ademais, no caso concreto, que a diligência policial não se circunscreveu a uma investigação passiva. A conduta dos policiais foi determinante para a prática do crime de tráfico pelo réu.

Posteriormente, em *Ramanauskas v. Lituânia* (2008), o tribunal avançou no seu veto ao *entrapment* e afirmou que o interesse público não justifica o uso de provas obtidas como resultado de instigação policial, pois tal prática viola o devido processo legal e o direito ao *fair trial*, nos termos do art. 6º da Convenção Europeia de Direitos Humanos.

Para serem válidas em juízo, as provas colhidas pelo *undercover agent* devem derivar de atos prévios iniciados espontaneamente²⁶ pelo investigado, ou devem resultar de *iter criminis* por ele percorrido também espontaneamente. Aqui a diferença entre espontaneidade e voluntariedade é crucial.

Se houver alegação de incitação pelo Estado, cabe ao Ministério Público demonstrar que o crime já ocorrera antes disso ou que teria ocorrido mesmo sem a infiltração policial ou sem a utilização do agente disfarçado. Qualquer prova obtida por provocação do agente infiltrado é inadmissível, por ilícitamente obtida²⁷. No HC 40.436/PR, o STJ decidiu que “não se deve confundir flagrante preparado com esperado - em que a atividade policial é apenas de alerta, sem instigar qualquer mecanismo causal da infração”²⁸. Em suma, o agente infiltrado pode esperar o crime, mas não pode provocá-lo.

As *sling operations* são diferentes do *entrapment* (provocação). Naquele gênero, acham-se a infiltração policial e outras práticas de revelação passiva de criminosos, pelo uso dos chamados *honey traps* ou *bait cars* (iscas). Uma prática policial muito comum nos Estados Unidos é a de deixar veículos em locais públicos, sob vigilância policial, para que sejam subtraídos por ladrões de carros. Semelhante a estas armadilhas passivas, a técnica computacional de estabelecer *honeypots*²⁹ também é usada para identificar invasores ocasionais ou cibercriminosos. Já no *entrapment*, como vimos, há a provocação estatal à prática de um crime que, de outro modo não teria ocorrido.

26. CEDH, caso *Sequeira vs. Portugal*.

27. CEDH, caso *Khudobin vs. Rússia*.

28. STJ, 5ª Turma, HC 40.436/PR, relatora ministra Laurita Vaz, j. em 16/mar/2006.

29. Falha de segurança, real ou simulada, projetada para colher informações sobre invasores informáticos. Servem para fisgar hackers e crackers. Pode-se por exemplo simular todo um sistema informático ou um site de internet para atrair a cibercriminosidade.

As táticas de *sling operation*, que são uma modalidade de operações encobertas, podem ser erroneamente confundidas com “crime impossível” (*rectius*: “flagrante preparado”). Aparentemente, esta é a posição consolidada pelo STF na Súmula 145, aprovada em 1963: “*Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação*”. No entanto, desde então a jurisprudência da Corte tem evoluído neste aspecto, para marcar a diferença entre flagrante preparado e flagrante esperado, como se vê no HC 84.723, julgado em 2006:

“Cumpre registrar, neste ponto, por relevante, que a análise da alegada ocorrência de “delito de ensaio” não se mostra superável com a mera prolação da sentença penal condenatória, mesmo porque a eventual consiliação do “flagrante preparado” terá como consequência a própria invalidação da *persecutio criminis*. A jurisprudência desta Suprema Corte já firmou entendimento no sentido de que a comprovada ocorrência de “flagrante preparado” constitui situação apta a ensejar a nulidade radical do processo penal” (STF, HC 84.723, rel. min. Celso de Mello, 2ª Turma, j. em 21.02.2006).

Já no HC 105.929, de 2011, da relatoria do min. Gilmar Mendes, o tribunal afirmou que “o fato de os policiais condutores do flagrante terem se passado por consumidores de droga, como forma de possibilitar a negociação da substância entorpecente com o ora paciente e demais corréus, não provocou ou induziu os acusados ao cometimento do delito previsto no art. 33 da Lei 11.343/2006, sobretudo porque o tipo do crime de tráfico é de ação múltipla, admitindo a fungibilidade entre os seus núcleos, consumando-se, apenas, com a guarda da substância entorpecente com o propósito de venda, conforme restou evidenciado na espécie” (STF, HC 105.929, rel. min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, j. em 24.05.2011).

No HC 86.066, relatado pelo min. Sepúlveda Pertence, o STF também afastou a ocorrência do crime impossível, porque o fato descrito na denúncia amoldava-se ao que a doutrina e a jurisprudência chamam de flagrante esperado, “dado que dele não se extrai que o paciente tenha sido provocado ou induzido à prática do crime.” (STF, HC 86.066, rel. min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, j. em 06.09.2005).

Vale ainda lembrar a posição da Corte no HC 78.250, de 2010, quando prevaleceu o entendimento de que “não caracteriza flagrante preparado, e sim flagrante esperado, o fato de a Polícia, tendo conhecimento prévio de que o delito estava prestes a ser cometido, surpreende o agente na prática

da ação delitiva” (STF, HC 78.250, rel. min. Maurício Corrêa, 2ª Turma, j. em 15.12.1998).

Segundo Tereza Molina Pérez, em 1975³⁰ o Tribunal Supremo espanhol já havia abandonado entendimento semelhante ao que fora adotado pelo STF na Súmula 145, de 1963. Atualmente, para a Corte espanhola o delito provocado só ocorre quando a Polícia faz surgir na mente do suspeito a intenção de cometer um crime que de outra forma não seria cometido³¹. Na verdade, não há *entrapment* quando o suspeito está predisposto à prática do crime e a autoridade policial simplesmente cria a oportunidade para sua consumação, sem o provocar, incitar, estimular ou instigar.

Para legitimar uma operação encoberta deste tipo, a cogitação de cometer o ilícito e a iniciativa de fazê-lo devem partir do suspeito, ao passo que a atuação da Polícia deve ser passiva. Atendidos esses critérios subjetivos e objetivos, não há flagrante preparado nem *entrapment*³², e a Súmula 145 do STF não tem lugar.

A Corte Europeia de Direitos Humanos admite que na infiltração o agente não desempenhe um papel exclusivamente passivo (*caso Lüdi*), mas não tolera a provocação (*caso Teixeira de Castro*). Há provocação quando a conduta do infiltrado ou do agente encoberto é decisiva para a consumação do crime. Não há provocação quando o dolo (*cogitatio*) é latente e antecede qualquer ação do policial, não havendo ardil ou persuasão dos investigadores para viciar a vontade do suspeito ou fazer surgir a intenção criminoso³³.

Na provocação (*entrapment*), o agente faz surgir a ideiação ou deliberação e leva o suspeito a percorrer todo o *iter criminis* até a execução. A atuação do agente provocador é a verdadeira causa do crime, pois no seu jeito provocado não existia qualquer vontade primária de praticar o ilícito nem tinha ele o objeto material da conduta ilícita. Este sim é um crime impossível, pela intervenção *ab initio* da força policial, antes da cogitação³⁴.

30. MOLINA PEREZ, Tereza. Técnicas especiales de investigación del delito: el agente provocador, el agente infiltrado y figuras afines. Disponível em: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2567878>. Acesso em: 8 maio 2011.

31. STS, de 6 de julho de 2005.

32. A Suprema Corte dos Estados Unidos enfrentou o tema pela primeira vez em *Sorrells v. United States*, 287 U.S. 435 (1932). Veja também *United States v. Russel* (1973) e *Hampton v. United States* (1976).

33. KOSTER, Philippe de. Terrorism: special investigation techniques: analytic report. COE Publishing, Strasbourg, 2005, p. 31.

Segundo o Tribunal Supremo da Espanha a prova assim obtida é ilícita, não existindo nem tipicidade nem culpabilidade³⁵. Diversamente, na infiltração, nas ações encobertas e nas *sting operations* legítimas, o dolo já existe, e a vontade do suspeito não foi viciada pelo Estado. Os suspeitos já desejavam e planejavam o crime, ou já haviam iniciado seus atos preparatórios.

Assim, está claro que, para a Corte Europeia e também na prática brasileira, violará o devido processo legal uma condenação baseada exclusivamente nas atividades de um *agent provocateur*³⁶.

Segundo a CEDH, no caso *Lüdi vs. Suíça* (1992), não é possível invocar o direito à privacidade para nulificar infiltrações policiais legalmente autorizadas. Para a Corte, se o suspeito está envolvido em atividades ilícitas, deve estar ciente do risco de deparar-se com um agente infiltrado cuja missão é expor suas atividades clandestinas. E, como se decidiu no caso *Teixeira de Castro vs. Portugal* (1998), se o agente encoberto limitar-se a observar passivamente as atividades ilícitas do suspeito, não há ofensa ao direito a um julgamento justo (*fair trial*), nos termos do art. 6º da Convenção Europeia.

4. A INFILTRAÇÃO DE AGENTES SEGUNDO A LEI 12.850/2013

A lei brasileira estabelece as condições e a duração da infiltração policial, que sempre depende de autorização judicial, ouvido previamente o Ministério Público, quando este não for o requerente.

Resultante do PLS 150/2006, a Lei 12.850/2013 regulamentou minuciosamente a técnica de infiltração policial. Entre outros meios de obtenção de prova para a persecução do crime organizado, a lei dispôs sobre a colaboração premiada, a ação controlada e a interceptação ambiental, em perfeita harmonia com a Convenção de Palermo (2000) e com a Convenção de Mérida (2003), que instituem os regimes globais sobre crime organizado e corrupção, respectivamente.

4.1. O procedimento da infiltração policial

Os artigos 11 a 15 da Lei 12.850/2013 (LCO) disciplinam a infiltração policial e, em conjunto com os dispositivos sobre ação controlada, servem também de base a ações encobertas mais simples (agente disfarçado). No texto original, o projeto que resultou na LCO cuidava da “infiltração de agentes em tarefas de investigação”, o que englobaria policiais e servidores

35. MOLINA PEREZ, Tereza. Op. cit.

36. KOSTER, Philippe de. Terrorism: special investigation techniques: analytic report. COE Publishing, Strasbourg, 2005, p. 31.

de outros órgãos do sistema brasileiro de inteligência, inclusive da ABIN. No entanto, na redação final, optou-se por restringir seu emprego a policiais infiltrados.

Para que a infiltração seja legítima, é preciso que exista uma investigação preliminar formalizada³⁷. O art. 10 menciona apenas o inquérito policial, mas essa disciplina também se estende ao procedimento investigativo criminal (PIC) hoje regulado pela Resolução 181/2017 do CNMP.

A medida deve ser autorizada pelo juiz criminal ou tribunal competente, por prazo certo, que é no máximo de 6 meses, admitindo-se renovações, “desde que comprovada a necessidade” (art. 10, §3º, LCO). O legislador deveria ter estipulado o prazo máximo de um ano para a infiltração, ou seja, deveria ter admitido apenas uma renovação. O emprego da técnica por períodos prolongados pode comprometer a segurança do agente e prejudicar seriamente sua saúde mental³⁸. Aqui se deve atentar também para o requisito da razoabilidade, que se relaciona diretamente com a regra da “duração razoável do processo”, inserida no art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição.

O procedimento deve ser devidamente acompanhado pelo Ministério Público, nos papéis de fiscal da lei, de titular da ação penal e de órgão de controle externo da atividade policial. Por isso, além da possibilidade de requerer a medida, ou de manifestar-se sobre representação policial sobre seu emprego, o Ministério Público também pode requisitar relatórios periódicos sobre a infiltração (art. 10, §5º, da Lei) e, ao final da diligência, terá imediato acesso ao relatório circunstanciado a que alude o art. 10, §4º da Lei 12.850/2013.

Dizendo de outro modo, a autorização para a infiltração é precedida de pedido ou manifestação do Ministério Público (art. 10, §1º da Lei 12.850/2013). Além de ser o titular da ação penal (art. 129, I, da Constituição), o Parquet também atua como órgão de controle externo da Polícia, nos termos do art. 129, VII, da CF, do art. 9º da Lei Complementar 75/93 e da Resolução 20/2007 do CNMP.

Os pressupostos para a infiltração são a existência de pedido ou manifestação prévia do Ministério Público (nas suas capacidades de titular da ação penal, fiscal da lei, *ombudsman* e responsável pelo controle exter-

no da atividade policial), seguida de “circunstanciada, motivada e sigilosa autorização judicial, que estabelecerá seus limites”. A pretensão deve ter justa causa, baseada na existência de indícios da materialidade (art. 10, §2º, LCO) de uma das infrações a que se refere o art. 1º da Lei do Crime Organizado.³⁹

A Polícia só pode empregar infiltração policial “se a prova não puder ser produzida por outros meios disponíveis” (art. 10, §2º, LCO), que sejam menos gravosos, menos arriscados e tão eficientes quando tal medida. Ou seja, a infiltração é um meio excepcional. É o princípio da subsidiariedade.

A autoridade policial poderá solicitar a medida mediante a demonstração da sua necessidade, do alcance das tarefas dos agentes e, quando possível, dos nomes ou apelidos das pessoas investigadas e o local da infiltração (art. 11 da LCO).

Essa representação policial deverá ser distribuída em juízo. O §1º do art. 12 da Lei diz que a representação policial deve ser dirigida diretamente ao juízo. No entanto, no modelo acusatório, a representação policial deveria ser endereçada ao Ministério Público, que, em entendendo-a cabível, a apresentaria em juízo. Esse modelo tem a vantagem de manter o juiz o mais possível afastado da investigação criminal, assegurando sua isenção para a fase de julgamento.

Para a infiltração deve haver decisão judicial fundamentada e circunstanciada, que será mantida em sigilo (arts. 10 e 12, da Lei). A autorização judicial será concedida pelo juízo criminal ou tribunal competente para eventual ação penal, ambos agindo na função de autoridades judiciais de controle de garantias.

Embora não haja detalhamento legislativo sobre as atividades dos investigadores introduzidos em esquemas criminosos, os agentes infiltrados não estão autorizados a cometer certos crimes graves ou a deles participar. Seria intolerável e escandaloso que agentes do Estado tomassem parte em delitos de homicídio ou estupro. Para os fatos ilícitos que guardem proporcionalidade com os fins da infiltração, a conduta do agente será considerada estrito cumprimento do dever legal de investigar e obter provas, o que exclui a ilicitude (art. 23, III, do Código Penal) ou inexistibilidade de conduta diversa (art. 13 da Lei 12.850/2013). Há quem defenda que a conduta do agente infiltrado será atípica, por faltar dolo.

37. CEDH, caso *Lüdi vs. Suíça* (1992).

38. Há até mesmo o risco de “conversão” do agente infiltrado em cúmplice, devido a mecanismos psicológicos semelhantes aos que afligem as vítimas de sequestro (Síndrome de Estocolmo), e

39. Vide a seção 3 acima, sobre o “Campo de aplicação” da Lei 12.850/2013.

A identidade do agente deve ser mantida em sigilo em todas as etapas da infiltração e mesmo após a apresentação do relatório circunstanciado (art. 12, §2º, da Lei). A lei brasileira, considera um direito a preservação da identidade, da qualificação, da voz e da imagem do agente infiltrado (art. 14, incisos II a IV, da LCO), para a proteção de sua vida e integridade e da de seus familiares⁴⁰.

A infiltração, que é sempre sigilosa, depende da interação do agente (*undercover agent*) com o(s) investigado(s), da ocultação da verdadeira identidade do infiltrado e dissimulação de seu papel, profissão e histórico pessoal, a fim de preservar a utilidade da operação encoberta e a integridade física do servidor público.

Após a infiltração, o delegado de Polícia apresentará relatório circunstanciado da operação ao juiz competente e ao Ministério Público, sem prejuízo da requisição por estes de informes periódicos e detalhados sobre a atividade investigativa dissimulada, quando ainda em curso.

Após o final de cada período de infiltração, os relatórios periódicos devem ser encaminhados ao juiz competente (art. 10, §4º, da Lei), que decidirá em 24 horas, após a manifestação do Ministério Público, a respeito da prorrogação ou não da operação e sobre as providências necessárias para o êxito das investigações e a segurança do agente infiltrado.

Exatamente por isto, o §3º do art. 12 da Lei 12.850/2013 prevê que, em havendo indícios consistentes de que o agente infiltrado sofre risco iminente sobre sua integridade física, a operação será sustada pelo delegado de Polícia encarregado da investigação, dando-se imediata ciência ao Ministério Público e à autoridade judicial. O Ministério Público também pode requisitar à autoridade policial a imediata interrupção da infiltração, ou requerê-la em juízo. Do mesmo modo, o próprio agente infiltrado tem o direito de interrompê-la, devido a risco iminente ou por outro motivo pessoal ou operacional.

Finda a diligência, o contraditório é diferido ou postergado, já que a operação encoberta deve ser executada em sigilo. A confidencialidade da infiltração é determinada e reafirmada em vários dispositivos da Lei 12.850/2013, entre eles os arts. 10, 12, 14, 20 e 23.

Se não for possível o acesso imediato da defesa aos autos da infiltração encerrada, nos termos da Súmula Vinculante 14, do STF, toda a

documentação da operação deverá acompanhar a denúncia do Ministério Público, para o contraditório, assegurando-se, porém, a preservação da identidade do agente. Assim, o investigado terá acesso aos autos da infiltração assim que concluída ou tão logo seja deflagrada a operação policial. No mais tardar, terá conhecimento de todo o processado por ocasião da denúncia (art. 13, §2º, da Lei). O art. 23 da Lei assegura ao defensor do investigado “amplo acesso aos elementos de prova” necessários ao exercício da defesa, “ressalvados os referentes às diligências em andamento”.

Para fins de controle disciplinar e objetivos probatórios da acusação e da defesa, durante a infiltração, o policial e o supervisor da infiltração devem documentar toda a operação (art. 10, §4º, da LCO). Deve-se ter em mira que o infiltrado pode tornar-se testemunha do Ministério Público ou da defesa numa ação penal. Tais relatórios parciais ou gerais farão parte da base probatória da acusação e têm grande interesse para a ampla defesa.

Quanto à prova oral em juízo, duas são as soluções possíveis: adota-se o depoimento pessoal do infiltrado com imagem velada, voz alterada e preservação dos seus verdadeiros dados de qualificação (uma espécie de testemunha “sem rosto”); ou o depoimento em juízo será prestado pelo superior imediato do agente infiltrado, que terá tido acesso aos áudios interceptados ou gravados presencialmente, a fotografias e a imagens captadas em vídeo, a objetos e mensagens, assim como aos relatórios elaborados pelo próprio agente e pela equipe de acompanhamento e proteção da diligência. O supervisor policial deverá ter inquirido pessoalmente o agente, sobre todos os aspectos da operação, a fim de prestar seu depoimento em juízo.

No Brasil, a primeira solução pode ser viabilizada pela aplicação do art. 14, inciso III, da Lei 12.850/2013 em conjunto com a Lei 9.807/1999, que estabelece regras para a proteção de vítimas, testemunhas e réus colaboradores, inclusive mediante a ocultação ou alteração de dados de qualificação (identidade). O inciso II do art. 14 da LCO prevê expressamente essa hipótese também para os agentes infiltrados e lhes manda aplicar o mesmo regime de proteção das testemunhas. Deste modo, o agente infiltrado pode depor em juízo sem exposição de seu nome, rosto e dados de qualificação pessoal, e com modificação eletrônica da voz.

Tal procedimento viabiliza a inquirição (*cross-examination*) do agente infiltrado pela acusação e pela defesa durante o processo penal, valorizando o contraditório. Mas, se houver risco muito grave à segurança pessoal do agente infiltrado, pode-se recorrer ao depoimento do

40. De acordo com o art. 20 da Lei 12.850/2013, constitui crime descumprir determinação de sigilo das investigações que envolvam a ação controlada e a infiltração de agentes. A pena é de 1 a 4 anos de reclusão e multa.

supervisor da operação ou utilizar somente as provas documentais (em sentido amplo) obtidas pelo infiltrado durante a fase operacional da diligência.⁴¹

4.2. Direitos e deveres do agente infiltrado

Não podemos perder de vista que o agente infiltrado corre severo perigo. Esse risco será maior ou menor a depender do tipo de organização criminosa ou pessoa sob investigação. Para minimizá-lo ou evitá-lo, o art. 14 da Lei 12.850/2013 institui alguns direitos para o agente destacado para a operação.

O primeiro e mais óbvio deles é a voluntariedade. O policial não pode ser obrigado a trabalhar como infiltrado, tanto que poderá recusar a designação ou fazer cessar, *motu proprio*, a operação, sem prejuízo do que for apurado até ali.

São direitos do agente policial, conforme o art. 14 da Lei 12.850/2013: (i) recusar-se a participar de uma infiltração; (ii) fazer cessar sua própria infiltração, haja ou não risco iminente; (iii) não ter sua identidade, nome e qualificação, inclusive endereço profissional e residencial, revelados na investigação ou em juízo; (iv) não ter sua imagem e voz revelados em qualquer fase da persecução; (v) não ser fotografado ou filmado por meios de comunicação social, sem sua prévia autorização, nem ter sua identidade revelada por tais meios;⁴² (vi) obter medidas de proteção previstas na Lei 9.807/1999, inclusive a mudança de identidade prevista no art. 9º. A inclusão do novo nome no registro civil deve ser feita em sigilo, sob rigoroso controle judicial.

Independentemente disto, também poderão ser empregadas em favor do agente as demais medidas de proteção elencadas no art. 7º da Lei 9.807/1999, como escolta; segurança em residência; alteração de endereço domiciliar; suspensão temporária das atividades funcionais, sem prejuízo dos respectivos vencimentos ou vantagens, quando servidor público ou militar; e apoio e assistência social, médica e psicológica.

Obviamente, no campo dos deveres, o agente está sujeito a responsabilização administrativa, civil e criminal se violar os limites legais ou judiciais da infiltração.

O agente deve observar a proporcionalidade, entendida esta como a correlação entre os propósitos da apuração e a conduta por ele praticada durante a infiltração, tendo em conta os bens jurídicos atingidos pela ação ou omissão do policial. Aqui entram em questão as proibições categóricas para a prática de homicídio, genocídio, estupro, lesão corporal grave e tortura pelo agente infiltrado. Nos demais casos, o policial estará ao abrigo da causa excludente de ilicitude denominada estrito cumprimento do dever legal (art. 23, III, do CP) ou protegido pela inexistência de conduta diversa (art. 13, parágrafo único, da Lei).

Caso o agente seja levado ou compelido a praticar infrações penais diversas daquelas para as quais foi autorizado, a operação poderá ser imediatamente suspensa por ordem judicial, ouvido o Ministério Público, apurando-se se o infiltrado agiu acobertado por qualquer outra excludente de ilicitude (como a legítima defesa) ou se praticou o fato no exclusivo interesse da investigação.

Embora proibido de praticar homicídio, obviamente o infiltrado não está impedido de agir em legítima defesa de sua própria vida, se descoberto no curso da infiltração ou identificado depois dela.

Outra proibição se impõe: o infiltrado não pode converter-se em agente provocador (*agent provocateur*). O Estado não pode incitar, instigar ou induzir a prática de crimes. O agente está ali para colher provas destinadas a viabilizar a persecução de crimes pretéritos e para evitar futuros delitos, e não para provocá-los ou incentivá-los.

Devido aos elevados riscos que este tipo de investigação comporta, as infiltrações não podem apartar-se de seu caráter excepcional, como técnica de persecução cuja utilização deve dar-se em último caso, sob rígida fiscalização judicial, policial e do Ministério Público, este no exercício do controle externo (art. 129, VII, da Constituição), e sob o escrutínio da defesa, após o seu encerramento.

5. CIBERINFILTRAÇÃO EM INVESTIGAÇÕES DE PEDOFILIA

Em maio de 2011, como resultado da CPI da Pedofilia, o Senado aprovou um projeto que permitiria a policiais infiltrar-se em salas de chat (bate-papo) e em redes sociais na Internet, a fim de descobrir esquemas de ciberpedofilia, identificar e prender abusadores e predadores sexuais.

41. Para uma crítica a essa opção, vide o caso Lüdi vs. Suíça (1992).

42. O que pode gerar conflitos interpretativos entre a liberdade de imprensa (art. 93, IX, e art. 220, caput e §1º, da CF) e a tutela da imagem e da intimidade (art. 5º, incisos X e LX, CF) e da vida e da integridade física (art. 5º, CF).

Esta matéria foi objeto do PLS 100/2010. Convertido na Lei 13.441/2018, a proposta alterou a Lei 8.069/1990⁴³, introduzindo os arts. 190-A a 190-E no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

A técnica destina-se a alcançar pedófilos em geral, inclusive aqueles que se dedicam ao *grooming*, isto é, os que desde cedo preparam suas futuras vítimas por meio de lições e conselhos ilusórios, exagerada atenção de cunho sexual, entrega de dádivas e presentes e falsas manifestações de carinho e preocupação.

O *grooming* é uma das principais estratégias da ciberpedofilia. Envolve a manipulação psicológica da criança ou adolescente, para que este passe a confiar no pedófilo, com quem estabelecerá vínculos emocionais, que, ao fim, eliminarão as inibições da vítima, abrindo as portas para atividade sexual presencial ou telepresencial, neste caso por meio de *webcams* ou mensagens instantâneas.

Também é útil a infiltração policial virtual para ingresso e acompanhamento de trocas de imagens e vídeos de vítimas menores, em ambientes na Internet ou na *Deep Web*, onde criminosos virtuais mantêm seus círculos e clubes viciosos.

Se realizada sem interação entre os policiais e os supostos criminosos, tal modalidade de investigação pode confundir-se com uma vigilância eletrônica, com uma interceptação telemática ou com uma ação controlada. Tal como estas TEI, a infiltração digital é realizada à distância, por meio da própria Internet, sem qualquer intervenção do Estado no curso dos acontecimentos.

Na vigilância eletrônica, a Polícia limita-se a acompanhar o que acontece em ambientes digitais abertos a qualquer pessoa⁴⁴, com vistas a coletar inteligência ou rastrear pessoas ou valores. Na interceptação telemática, não há apenas a observação de um ambiente informático, mas também a captação de diálogos privados (protegidos conforme a Constituição), sem conhecimento de qualquer dos interlocutores. Na ação controlada "digital", a Polícia acompanhará a prática de um crime em meio eletrônico, de forma sigilosa ou velada, sem interagir com seus autores, retardando a reação estatal em caso de flagrante, para intervenção oportuna.

43. O projeto brasileiro se baseia no programa Innocent Images (<http://www2.fbi.gov/innocentimages.htm>), do Federal Bureau of Investigation (FBI), que, desde 1995, mantém uma unidade de agentes que se infiltram na Internet para investigar pedófilos que atuam no ciberespaço, especialmente na Deep Web.

44. Pedófilos costumam usar o YouTube para acessar vídeos comuns, domésticos, de crianças comuns, assistindo-os, marcando-os e os difundindo, para satisfação sexual.

A infiltração policial, por sua vez, tem um importante traço distintivo. Nela haverá interação entre o suspeito e o policial, que assume identidade simulada, fazendo-se passar por uma vítima menor, por um cliente em busca de material contendo pornografia infantil ou por um fornecedor de tais materiais ilícitos. Aqui há uma característica que se soma à confidencialidade, presentes em todas as técnicas antes descritas: a dissimulação. Esta é uma feição exclusiva da infiltração. O agente faz-se passar por quem não é para estabelecer um relacionamento virtual com o perpetrador. Como técnica *relacional*, a infiltração digital diferencia-se das que antes enunçarei.

Apesar de tal diferenciação doutrinária, sob o título de "Infiltração de Agentes de Polícia para a Investigação de Crimes contra a Dignidade Sexual de Criança e de Adolescente", a Lei 13.441/2017 regulou tanto a infiltração policial digital propriamente dita quanto a "infiltração digital não relacional", uma operação encoberta eletrônica. Em ambos os casos, o procedimento é muito semelhante ao da infiltração de agentes comum.

5.1. Âmbito de aplicação da ciberinfiltração

O art. 190-A do ECA permite 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 do Estatuto da Criança e do Adolescente e dos delitos dos arts. 217-A, 218, 218-A e 218-B do Código Penal. Os crimes alistados são os de produção, reprodução, registro, guarda, armazenament, aquisição, posse, distribuição, exposição, divulgação, troca, disponibilização, venda, comercialização de material pedopornográfico ("pornografia infantil"), inclusive fotografias, vídeos e outros registros gráficos exibidos, postados, disponibilizados ou transmitidos pela Internet, assim como a conduta de aliciar, assediar, instigar ou constranger, por qualquer meio de comunicação, criança, com o fim de com ela praticar ato libidinoso.

Além dos crimes da Lei 8.069/1990, a infiltração informática poderá ser empregada para investigar delitos sexuais tipificados no Código Penal, que tenham crianças ou adolescentes ou pessoas vulneráveis como vítimas, a saber, o crime de hacking ou invasão de dispositivo informático (art. 154-A), o estupro de vulnerável (art. 217-A, CP), a corrupção de menores (art. 218, CP), a satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente (art. 218-A) e o favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável (art. 218-B, do Código Penal).

Este duplice rol não é taxativo nem afasta a serendipidade. Isto é, se, no curso da investigação, surgirem provas de que o suspeito está envolvido em outros crimes não listados no referido artigo 190-A do ECA, a autoridade

de policial e o Ministério Público poderão deflagrar investigação autônoma para apurá-los, aproveitando-se a prova fortuitamente descoberta.

Por outro lado, como a infiltração policial foi genericamente prevista no arts. 10 a 14 da Lei 12.850/2013, sem limitação por espécies delitivas, pode-se empregá-la para qualquer delito que também se encaixe naquela lei. Essa exegese tem em conta o princípio da proteção integral (art. 100, parágrafo único, inciso II, do ECA), segundo o qual a interpretação e aplicação de toda e qualquer norma contida no Estatuto deve ser voltada à proteção integral e prioritária dos direitos de que crianças e adolescentes são titulares.

Ademais, note-se que a estratégia de enumeração adotada pelo legislador em 2017 repete o erro já de há muito conhecido e por muitos criticado. Tal técnica legislativa inapropriada foi adotada na formulação da Lei de Prisão Temporária (Lei 7.960/1989) e na Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8.072/1990), que contém róis exíguos que tiveram de ser emendados o que ainda assim rapidamente se tornaram capengas. Foi o que rapidamente se deu com a própria Lei 13.441/2017, pois logo em seguida à sua entrada em vigor, o Código Penal foi alterado pela Lei 13.718/2018, que nele incluiu o crime de “divulgação de cena de estupro ou de cena de estupro de vulnerável, de cena de sexo ou de pornografia” (art. 218-C, CP). Para piorar, a lei de 2017 já nasceu defeituosa porque não previu na sua lista o crime de tráfico de pessoas (art. 149-A do CP), previsto pela Lei 13.344/2016.⁴⁵

Ademais, a própria opção do legislador de confinar a infiltração digital ao Estatuto da Criança e do Adolescente foi equivocada, dado que a investigação de muitos outros crimes pode beneficiar-se de infiltrações digitais ou de ações encobertas em ambientes informáticos.

A solução interpretativa que me parece mais adequada para evitar a proteção insuficiente e para dar cumprimento integral às Convenções de Mérida e de Palermo e ao conjunto normativo internacional pertinente é a de considerar que os arts. 190-A a 190-E do ECA (ciberinfiltração), os arts. 10 a 14 da Lei 12.850/2013 (infiltração em organizações criminosas e terroristas) e o art. 53, I, da Lei 11.343/2006 (infiltração em narcotráfico) formam um subconjunto normativo que se aplica uniformemente à mais ampla gama de crimes, virtuais ou não, que sejam graves ou que estejam neles enumerados.

45. Os crimes de tráfico humano para remoção de órgãos, tecidos ou partes do corpo, para escravidão, para servidão, para adoção ilegal e para exploração sexual estão nos incisos I, II, III, IV e V do art. 149-A do CP. Tais condutas também podem atingir crianças e adolescentes e sua prática

Esta interpretação é sustentada ainda pelo fato de que a Lei 12.850/2013 não estabelece que a infiltração se deve fazer sempre presencialmente. Seria incongruente limitá-la aos meios físicos, quando se sabe que, numa sociedade globalizada e hiperconectada, organizações criminosas valem-se cada vez mais de meios eletrônicos e ambientes digitais para a prática de crimes “tradicionais” (*computer-facilitated crimes*) e para o cometimento dos novos crimes digitais (*computer-crimes*).

5.2. Procedimento da ciberinfiltração

Qualquer que seja sua modalidade, a ciberinfiltração deverá sempre ser precedida de autorização judicial devidamente circunstanciada e fundamentada, que estabelecerá os limites da infiltração para a obtenção de prova (art. 190-A, inciso I, do ECA). Poderá ser feita a pedido da Polícia ou do Ministério Público, para investigações por prazo de até 90 dias, mas sem exceder o máximo de 720 dias, em caso de efetiva necessidade, a critério do juiz (art. 190-A, incisos II e III). Esse prazo de quase dois anos parece excessivo; por isso, cabe ao Ministério Público e ao juízo aquilatar com rigor sobre a real necessidade de extensão da operação eletrônica até esse prazo máximo.

Neste tipo de teleinvestigação, o agente policial faz-se passar por uma criança, por um adolescente ou por um pedófilo, e participa das salas virtuais e das redes sociais frequentadas por esses criminosos ou visita sites de ciberpedofilia como se fosse uma potencial vítima ou um consumidor ou um fornecedor de material pedopornográfico.

Toda a operação corre em sigilo, com acesso aos autos apenas pelo Ministério Público, pela autoridade policial e pelo juiz competente. Somente após a conclusão da investigação, concede-se vista à defesa, nos termos do art. 5º, LV, da Constituição e da Súmula Vinculante 14. A Lei 12.850/2013 aplica-se subsidiariamente a essa modalidade de infiltração policial, inclusive quanto aos direitos de defesa.

Segundo a SV 14, é direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório, digam respeito ao exercício do direito de defesa.

Como em todas as técnicas especiais de investigação intrusivas, esta também deverá observar os princípios da legalidade, da necessidade, da proporcionalidade e da subsidiariedade, pois não será admitida a infiltração se a prova puder ser obtida por outros meios (art. 190-A, §3º, do ECA). Este modelo é semelhante ao adotado pela Lei 9.296/1996, para o deferimento da interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas

A representação policial ou a petição do Ministério Público deverá conter a demonstração da necessidade da infiltração, a descrição das tarefas dos policiais e os nomes ou apelidos das pessoas investigadas (inclusive *nicknames*, avatares ou nomes de tela), e, quando possível, os dados de conexão (em especial, data, hora e os *logs* de IP – *Internet Protocol*) ou os dados cadastrais (nome, endereço do assinante ou usuário) que permitam a sua identificação.

Para a fiscalização da medida, o juiz e o Ministério Público poderão requisitar relatórios parciais da operação antes da conclusão do prazo da infiltração (art. 190-B, parágrafo único, do ECA). Considerando que pode haver a captação de diálogos (conteúdo comunicacional) entre o investigador e o investigado e entre este e uma vítima real. Neste caso, aplica-se a cláusula de privacidade do art. 5º, incisos X e XII, da Constituição, sendo exigível autorização judicial específica. Os autos da investigação, com o seu relatório, serão encaminhados ao juízo competente, que dará vista ao Ministério Público, para que promova a ação penal, requisite novas diligências ou promova o arquivamento dos autos.

Se houver indícios de atuação transnacional do investigado ou da associação criminosa, a prova deverá ser compartilhada com as autoridades do país atingido, de preferência mediante informação ou comunicação espontânea (notícia-crime transnacional), com base em tratado bilateral ou em convenção multilateral ou mesmo mediante mera expectativa de reciprocidade.

Segundo o art. 190-E do ECA, todos os diálogos e atos eletrônicos ocorridos durante a diligência policial de infiltração devem ser registrados, gravados, armazenados e encaminhados ao juiz e ao Ministério Público, juntamente com relatório circunstanciado. Tais dados também são sigilosos, cabendo à autoridade policial, ao juiz, ao Ministério Público, ao acusado e seu advogado ou defensor e aos servidores da Justiça a preservação da intimidade das crianças e adolescentes envolvidos.

De acordo com o parágrafo do art. 190-E, a identidade do agente infiltrado será mantida em sigilo, o que significa que não deverá, em regra, ser listado como testemunha pelo Ministério Público ou como informante do juízo, já que todos os eventos da operação encoberta terão sido documentados no apartado. Porém, se seu depoimento for imprescindível, o policial infiltrado deverá ser ouvido com ocultação de seus dados de qualificação (nome, matrícula, lotação, endereço, etc), com velamento de sua imagem e distorção de sua voz, aplicando-se subsidiariamente o art. 14 da Lei 12.850/2013 e o art. 7º da Lei 9.807/1999.

O art. 190-D do ECA propicia a preservação da identidade do agente infiltrado na medida em que permite a preparação de identidade fictícia para este, até mesmo mediante a criação de registros públicos nos órgãos pertinentes, como cartórios de registro civil, secretarias de Segurança Pública (para inclusão de RG), a Receita Federal (para a criação de CPF) ou quaisquer órgãos públicos (para a instituição de matrícula para um “novo” funcionário público usado como personagem).

Ou seja, tais entidades poderão, sob autorização judicial e estrito sigilo, registrar a identidade fictícia a ser usada pelo agente infiltrado e emitir o documento pertinente. Portanto, se necessário, o policial poderá usar um nome *fantasma* (de pessoa natural falsa ou um *alias*) para identificar-se na internet, nos diálogos que manterá com o pedófilo investigado; nos negócios que eventualmente realizar (como compra de imagens de pornografia infantil); ou pessoalmente, se indispensável o contato pessoal com o indivíduo alvo da investigação policial.

Como as operações de venda e compra em meio virtual podem exigir pagamentos, tais negócios devem ser viabilizados por moedas virtuais ou por cartões de crédito emitidos em nome do infiltrado, mediante autorização judicial.

Devido à existência de completa e cabal documentação da operação, as vítimas não são depoentes essenciais para a persecução criminal. O Ministério Público e o juiz devem evitar a revitimização, para que tais crianças e adolescentes e pessoas vulneráveis não sejam compelidos a cerimônias processuais repetitivas e degradantes que as façam reviver os crimes de que foram vítimas. Em sendo absolutamente necessário ouvir vítimas menores, o ato judicial deve realizar-se com o acompanhamento de seus responsáveis legais e no formato de depoimento especial (“depoimento sem dano”), com a intermediação de um profissional especializado, em sala reservada, por meio de videoconferência ou sistema de transmissão remoto.

Segundo o art. 227 do CPP, se o juiz verificar que a presença do réu pode causar humilhação, temor, ou sério constrangimento à testemunha ou ao ofendido, de modo que prejudique a verdade do depoimento, fará a inquirição por videoconferência. Se não for possível, o juiz determinará a retirada do réu, prosseguindo na inquirição, com a presença do seu defensor. O depoimento especial de criança ou adolescente vítima de crime segue o rito previsto nos arts. 8º a 12 da Lei 13.431/2017, que estabelece o sistema de garantias de direitos para esse grupo de pessoas.

Os limites da investigação são objeto do art. 190-C do ECA. O agente policial infiltrado que deixar de observar estritamente a finalidade da investigação deve responder pelos excessos praticados, nos âmbitos administrativo-disciplinar, civil e criminal, se for o caso. A apuração caberá à corregedoria respectiva, à autoridade policial designada e ao Ministério Público.

De forma desnecessária, o parágrafo único do projetado art. 190-C do Estatuto da Criança e do Adolescente estabelecerá uma cláusula expressa e específica de exclusão do crime para o agente infiltrado. Diz o projeto que “Não comete o crime o policial que oculta a sua identidade para, por meio da internet, colher indícios de autoria e materialidade dos crimes” objeto da investigação. A regra geral do art. 23, inciso III, do CP é plenamente aplicável. Trata-se de estrito cumprimento do dever legal.

A introdução da ciberinfiltração no ordenamento jurídico brasileiro aperfeiçoou a persecução criminal no País, tornando mais eficiente a identificação e localização de suspeitos e eliminando dúvidas sobre a validade da prova colhida pela Polícia em situações similares. Além disso, a regulamentação desta técnica de teleinvestigação permite a prestação de assistência internacional a outros países na persecução de ciberdelitos transnacionais.

Embora lamentavelmente o Brasil (ainda) não seja signatário da Convenção de Cibercriminalidade do Conselho da Europa (Convenção de Budapeste, 2001), o País tem cooperado com investigações internacionais sobre cibercrimes, especialmente sobre pornografia infantil via internet. O rastreamento de suspeitos e a coleta probatória em território nacional têm sido viabilizados mediante acordos bilaterais de assistência jurídica mútua em matéria penal (os MLATs), ou com base na Convenção das Nações Unidas sobre Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo), sem prejuízo do apoio dos canais policiais bilaterais ou do sistema de comunicações da Interpol.

A possibilidade de infiltração dos *cybercops* brasileiros em nichos de pedófilos pode ser muito útil para apurações de alcance global, no marco do art. 20.1 da Convenção de Palermo, que dispõe que, se os princípios fundamentais do ordenamento jurídico local permitirem, cada Estado Parte deve adotar as medidas necessárias para permitir o emprego de entregas vigiadas e outras técnicas especiais de investigação, como a vigilância eletrônica ou outras formas de vigilância e as operações de infiltração, por parte das autoridades competentes no seu território, a fim de combater eficazmente a criminalidade organizada.

6. INFILTRAÇÃO DE AGENTES EM CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS

A antiga lei contra as drogas de 1976 era silente quanto ao emprego de técnicas especiais de investigação para investigação de narcotráfico.

Somente em 2001 a legislação brasileira passou a prever a infiltração policial. No entanto, como visto, a previsão era genérica e insuficiente. O art. 2º, inciso V, da Lei 9.034/1995, que fora alterada pela Lei 10.217/2001, limitava-se a prever a técnica, estabelecendo que deveria haver autorização judicial sigilosa e circunstanciada e mais nada.

Muito útil para o enfrentamento de associações criminosas especializadas em tráfico de drogas, a infiltração policial posteriormente passou a ser também prevista no art. 53 da Lei 11.343/2006. Contudo, esse dispositivo repetiu a omissão da legislação anterior, não estipulando os procedimentos adequados para a implantação dessa TEI.

Diz o art. 53, inciso I, da Lei 11.343/2006 que, em qualquer fase da persecução criminal relativa aos crimes nela tipificados, é permitida, mediante autorização judicial e ouvido o Ministério Público a infiltração por agentes de polícia, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes. O inciso II desse dispositivo prevê a ação controlada, outra TEI.

Com a entrada em vigor da Lei 12.850/2013, o procedimento da infiltração policial em casos de narcotráfico passou a ser o dessa lei. Anota apenas duas particularidades.

A Polícia pode valer-se da infiltração policial para todos os crimes previstos nos arts. 33 a 39 da Lei 11.343/2006, relacionados a drogas, inclusive para o crime de associação para fins de tráfico de drogas, previsto no art. 35 e que exige apenas a participação de duas pessoas para sua consultação.

Este registro é importante porque outras formas de associação ilícita abrangidas pela Lei do Crime Organizado exigem o mínimo de três pessoas (art. 288 do CP) ou quatro pessoas (art. 2º da LCO) para sua configuração. Na Lei Antidrogas, bastam dois integrantes, podendo haver ali a infiltração.

Ademais, à luz do critério da proporcionalidade, não faz sentido utilizar infiltração policial para investigar usuários de drogas (art. 28 da Lei), dado que a pena é ínfima e não atende ao critério de gravidade inerente a esses meios especiais de obtenção de provas. É mais do que suficiente empregá-la para a investigação de traficantes.

O Projeto de Lei 882/2019, de iniciativa do governo federal, pretende modificar a redação do art. 33, §1º, da Lei 11.343/2006, ali introduzin-

do um novo inciso IV, para também punir quem “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”.

Na exposição de motivos do projeto, o governo esclarece que a ação que o objetivo “*é dirimir qualquer dúvida sobre a possibilidade da (sic) conduta ser considerada crime. GUILHERME DE SOUZA NOCCI considera impossível o crime se o policial, pessoalmente ou por usuário, induz o traficante a conseguir-lhe a droga.*”⁴⁶

7. INFILTRAÇÃO DE AGENTES EM CRIMES DE CORRUPÇÃO

A infiltração de agentes pode ter grande aplicação na investigação de crimes contra a Administração Pública, crimes funcionais de prefeitos municipais (Decreto-lei 201/1967), crimes da Lei de Licitações (Lei 8.666/1993) e de lavagem de dinheiro (Lei 9.613/1998). Crimes eleitorais (Lei 4.737/1965, Lei 9.504/1997 etc) e crimes tributários (Lei 8.137/1990), alguns dos quais também abrangem práticas corruptivas, podem de igual modo ser investigados por esse mecanismo.

Por isso mesmo, o art. 50.1 da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção determina que os Estados Partes regulem as operações encobertas em seu direito interno. A fim de combater eficazmente a corrupção, cada Estado Parte deverá adotar as medidas que se revelem necessárias para a) possibilitar às suas autoridades competentes o recurso apropriado, no seu território, a entregas controladas e a outras técnicas especiais de investigação, como a vigilância eletrônica ou outras formas de vigilância e as operações encobertas, e b) para permitir a admissibilidade nos tribunais das provas obtidas por esses meios.

Tanto a infiltração de agentes quanto as demais técnicas especiais são objeto da Recomendação CM/Rec (2017)6, do Conselho da Europa, de 5 de julho de 2017. Conforme seu item 21, os Estados-Membros são encorajados a assinar, ratificar e implementar convenções ou instrumentos relevantes no domínio da cooperação internacional em matéria penal em áreas como a troca de informações, investigações financeiras, investigações cibernéticas

cas, entrega controlada, investigações encobertas, equipe de investigação conjuntas e operações transfronteiriças.

A infiltração policial também está prevista nas 40 Recomendações do GAFI e pode ser utilizada para a persecução da lavagem de dinheiro e das infrações penais antecedentes, inclusive corrupção. Segundo a Recomendação 31, que trata dos “Poderes das autoridades de investigação e de aplicação da lei”, os países devem assegurar que suas autoridades competentes tenham acesso a uma grande variedade de técnicas investigativas adequadas às investigações de lavagem de dinheiro, infrações penais antecedentes e financiamento do terrorismo. Tais técnicas podem incluir operações encobertas, interceptação de comunicações, acesso a sistemas computacionais e ação controlada.

A infiltração de agentes em casos de corrupção pode permitir a filiação de oferta e/ou recebimento de subornos, assim como facilitar a identificação dos participantes de um determinado esquema e das estratégias que adotam para a ocultação patrimonial.

Em ações encobertas, pode-se mesmo simular a entrega de propina a um corrupto, mediante a técnica de *controlled bribery*, que deve ser associada a gravações ambientais e à marcação de células.

Na casuística brasileira, um dos mais eficientes usos da infiltração policial para investigar corrupção ocorreu na Operação Pesos e Medidas, realizada em 2017 em Goiânia. O agente infiltrado, um delegado da Polícia Federal, fez-se passar por um servidor público do INMETRO para identificar os servidores públicos federais ali lotados que participavam de um esquema de corrupção no segmento de metrologia.

8. INFILTRAÇÃO DE AGENTES E O DIREITO PROBATÓRIO

Como vimos, a infiltração é um meio de obtenção de prova. A prova a ser obtida será de natureza documental ou de cunho pessoal. O depoimento pessoal do policial infiltrado poderá ser recebido nos autos como testemunho. Por outro lado, o infiltrado poderá ter reunido elementos documentais, cuja admissibilidade na ação penal poderá ocorrer.

Há duas dimensões probatórias a considerar, uma atinente ao procedimento probatório, desde sua origem; outra relativa à utilização da prova em juízo para posterior valoração. A prova que vier a ser obtida a partir de uma infiltração policial só poderá ser admitida e valorada em juízo se essas duas dimensões tiverem observado o direito ao devido processo legal, sob pena de se violar o direito a um julgamento justo (*fair trial*).

46. BRASIL. Projeto de Lei 882/2019. Exposição de Motivos. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=09C3494E958E1E0C2CED-2DA3E541025A.proposicoesWebExterno2?codteor=1712088&filename=PL+882/2019Acesso em 20.11.2019

A primeira questão a considerar é se a infiltração policial está prevista e lei e se estão presentes as hipóteses e razões para sua utilização no caso concreto, especialmente se havia outros meios para a produção probatória.

A segunda questão é determinar se a implantação da técnica especial (meio especial de obtenção de prova) respeitou os requisitos legais quanto à autorização judicial e ao controle interno e externo, e se foram cumpridos os deveres de registro e documentação ao longo de todas as etapas da diligência.

Em terceiro lugar, há de se checar se, no curso da infiltração, o agente observou os limites da atuação estatal, evitando o *entrapment*, ou seja, se houve atuação passiva do agente policial ou se, por outro lado, ocorreu alguma espécie de incitação ou provocação da atividade criminosa do suspeito.

Em seguida, deve-se ter em mira a produção da prova testemunhal pelo próprio agente infiltrado, em juízo, com sujeição a *cross-examination*, ou se essa fase oral será substituída e, em que medida pode sê-lo, pela prova documental ou por depoimentos de outros policiais da equipe (um não infiltrado).

Por fim, é de perquirir se os documentos, a exemplo de gravações ambientais, gravações de diálogos de que participou o infiltrado, papéis recolhidos ou copiados, fotos, vídeos e outros elementos colhidos durante a investigação para uso em juízo respeitaram os limites da autorização judicial e se seguiram seus próprios procedimentos probatórios.

Segundo o item II.b.7 da Recomendação COE n. 10, de 20 de abril de 2005 – REC(2005)10, sobre o uso de TEI em relação a crimes graves, inclusive o terrorismo, os Estados Partes do Conselho da Europa devem adotar medidas legislativas para permitir o uso em juízo de provas (“*production of evidence*”) recolhidas mediante o emprego das TEI. Acrescenta o texto que “os procedimentos legais de produção e admissibilidade da prova devem garantir os direitos dos acusados a um julgamento justo”.

No caso *Lüdi vs. Suíça* (1992), a Corte Europeia de Direitos Humanos, em Estrasburgo, determinou que é possível usar judicialmente como prova as informações obtidas a partir de infiltração policial. No entanto, a Corte entendeu ter havido uma violação à Convenção Europeia na investigação suíça. Para proteger sua identidade e garantir a continuidade do seu trabalho noutros casos, o agente infiltrado não foi convocado a prestar depoimento pessoalmente em juízo. Em lugar disso, seus relatórios foram usados no julgamento e foram valorados pelo juízo da condenação.

É certo que o agente (*precious witness*) deve ter a identidade, imagem e voz preservadas, para fins de segurança pessoal e de sua família, assim

como para facilitar seu engajamento em outras operações policiais do mesmo tipo⁴⁷. Esta preocupação é relevante porque nem todo policial é talhado para essa perigosa e delicada atividade de agente infiltrado. No entanto, há meios de ouvi-lo em juízo, sem exposição desnecessária.

Para a CEDH, no caso *Lüdi*, os registros escritos preparados pelo agente infiltrado foram recebidos como “prova testemunhal”.⁴⁸ Em regra, os acusados têm o direito de inquirir as testemunhas da acusação oralmente. Assim, a substituição do depoimento presencial de certo depoente por um relato escrito representa uma exceção a duas das dimensões do princípio acusatório: a oralidade e o confronto, no contexto do diálogo contraditório (*adversarial arguments*).⁴⁹

Devido à importância da garantia do devido processo legal, a Corte entendeu que havia outras formas de conciliar o interesse público de preservação da identidade do agente infiltrado e o direito da defesa ao confronto (*confrontation clause*), durante uma sessão de *cross-examination*. Por isso, reconheceu ter havido restrição indevida a esse direito de defesa e, portanto, violação ao art. 6º da Convenção Europeia de Direitos Humanos, especialmente ao direito à inquirição pessoal da testemunha de acusação.⁵⁰

A admissibilidade e o valor a ser dado ao relato escrito do infiltrado convive com o fato de que, embora sua real identidade não seja conhecida pelo réu, não se trata de uma testemunha anônima. Cuida-se de um policial concursado – “a *sworn police officer*”, na linguagem da Corte – cuja atuação no caso é sabida pela autoridade judiciária e que também é conhecido pessoalmente pelo investigado, embora não pelo seu verdadeiro nome.⁵¹

Antes disso, porém, há um relevante momento de interesse probatório, atinente ao procedimento da infiltração e à cadeia de custódia das provas alcançadas graças à atividade do agente infiltrado. Segundo DANIEL SALGADO, “a *metaprova não deixa de ser uma espécie do gênero prova, uma vez que o elemento que a distingue não é a atividade probatória em si mesma, mas a sua finalidade específica de corroborar, diminuir ou anular um outro meio/fonte ou elemento de prova no processo de valoração*”.⁵²

47. CEDH, caso *Lüdi vs. Suíça* (1992).

48. Conforme o §44 da sentença (1992).

49. Vide os §§46 a 48 da sentença da CEDH em *Lüdi vs. Suíça* (1992).

50. Vide o §§49 da sentença da CEDH em *Lüdi vs. Suíça* (1992).

51. Vide os §49 e 40 da sentença da CEDH em *Lüdi vs. Suíça* (1992).

52. SALGADO, Daniel de Resende. Os elementos de confirmação da narrativa do colaborador premiado e a corrupção. In: SALGADO, Daniel de Resende; Aras, VLADIMIR, Queiroz, RONALDO: *Corrupção: aspectos sociológicos, criminológicos e jurídicos*. Salvador: JusPodivm, 2019.

A metaprova⁵³ servirá para desconstruir o meio de obtenção de prova. Em nome dos interesses da vítima e do Estado, o Ministério Público deve estar preparado para refutar o ataque defensivo ao *procedimento* da infiltração, estratégia que, por sua vez, é essencial para o efetivo respeito aos direitos do acusado.

Assim, é crucial que seja estritamente observado o devido processo legal, em sua inteireza, inclusive, como dito acima, no momento da aferição das razões para se usar a infiltração em lugar de outros meios de obtenção de prova menos gravosos. Útil também será a metaprova para atacar a prova documental ou testemunhal obtida pelo agente infiltrado na sua atividade investigatória.

Como visto, a técnica de que cuidamos, como espécie do gênero das operações encobertas, depende de prévia autorização judicial e controle do Ministério Público. Nos casos *Lüdi vs. Suíça* e *Teixeira de Castro vs. Portugal*, a Corte Europeia concluiu pela legitimidade do emprego de infiltrações policiais no âmbito do Conselho da Europa. Porém, fixou que a identidade e o papel do agente na operação devem ser conhecidos pela autoridade judiciária, sob pena de violação do devido processo legal.

Na ciberinfiltração, o problema da prova é relativamente menos grave, porquanto os agentes e peritos que tomem parte da operação terão documentado todas as etapas do procedimento, mediante registros documentais, de natureza digital, e terão capturado e gravado diálogos ou preservado arquivos de áudio e vídeo recebidos do criminoso ou dos alvos da investigação. Disso cuida o art. 190-E do ECA ao estabelecer que “todos os atos eletrônicos praticados durante a operação deverão ser registrados, gravados, armazenados e encaminhados ao juiz e ao Ministério Público, juntamente com relatório circunstanciado”.

Contudo, a documentação cabal e completa nem sempre será possível no procedimento presencial, devido aos riscos de aparelhos de gravação usados ou plantados pelo agente infiltrado serem descobertos pelo grupo criminoso ou pelo suspeito.

Pelo menos do ponto de vista da acusação pública, o procedimento de documentação completa tornaria dispensável o recurso a prova testemunhal, isto é, que o investigador infiltrado deponha em juízo como testemunha do Ministério Público. Porém, a defesa pode pretender atacar a credibilidade da testemunha e questionar certos procedimentos adotados pelo

agente e, nesse contexto, o depoimento oral de tal funcionário policial deve ocorrer mediante preservação de suas identidades e, se necessário, sem captação de imagem e com distorção da voz.

No caso *Kostovski vs. Holanda* (1989), a Corte Europeia estabeleceu que, a princípio, toda prova repetível deve ser produzida na presença do acusado em um julgamento público, no qual se garanta o contraditório. Tal direito está presente também na Convenção Americana de Direitos Humanos.

A Corte Europeia estabeleceu os princípios que devem ser seguidos na avaliação da legalidade de testemunhas “anônimas”, como seriam os infiltrados de identidade preservada. No caso *Van Mechelen e Outros vs. Holanda* (1997), o tribunal assentou que uso de testemunhas “anônimas” justifica-se quando há necessidade de proteger seus interesses, mas isso só pode ocorrer se o método não privar o direito do acusado a um julgamento justo. A defesa deve ter a possibilidade de interrogar as testemunhas. A proteção da identidade dessa testemunha pode restringir o direito do réu de contraditória-la e de questionar sua confiabilidade, revelando possível hostilidade pessoal, inimizade ou preconceito em relação ao acusado.⁵⁴

Quanto à suficiência da evidência produzida, é preciso perceber que a infiltração não se basta em si mesma. Seu sucesso probatório dependerá da sua combinação com outros métodos, especiais ou não, de apuração, desde a mera observação, passando pela vigilância eletrônica e a interceptação de sinais, até o emprego de ações controladas, seguidas de buscas e apreensões e prisões cautelares.

Deixo por derradeiro a questão da incitação no contexto probatório. Como visto em tópico acima⁵⁵, é extremamente importante distinguir a infiltração policial do *entrapment*, pois pode haver alegação defensiva de utilização de agente provocador, o que levaria à invalidação de toda a diligência ou, ao menos de partes substanciais dela (*plea of incitement*).

No caso *Bannikova vs. Rússia* (2010), a Corte Europeia de Direitos Humanos estabeleceu um procedimento substantivo de checagem de incitação (*substantive test of incitement*). Cumpre fazer a seguinte pergunta, de início: o crime em questão teria sido cometido se não tivesse havido a intervenção de autoridades estatais?

54. STARIENE, Lijana. The limits of the use of undercover agents and the right to a fair trial under article 6(1) of the European Convention on Human Rights. Vilnius: Mýkolo Romerio Universitetas, ISSN 2029-2058, 2009. Disponível em: <https://www.mruni.eu/upload/iblock/2d7/15stariene.pdf>. Acesso em 10.jul.2019.

53. Pouco desenvolvida na doutrina brasileira, o tema das metaprovas é objeto de projeto de pesquisa de mestrado de Daniel Salgado (2019), pela Faculdade de Direito da USP.

Para responder à questão, é preciso identificar as razões pelas quais a autoridades optaram por empregar a infiltração policial no caso concreto, o que compreende saber se havia indícios ou ao menos suspeita de que o alvo da operação encoberta estivesse envolvido em atividades criminosas ou, ao menos, se estava predisposto a cometer um crime ou aquele crime.

Cumpra também esclarecer em que momento a Polícia empregou o agente infiltrado ou disfarçado, para determinar se o policial simplesmente aderiu à conduta criminosas (*to join in*) ou se a instigou. Neste caso terá agido como agente provocador, e não como agente infiltrado.

Por fim, deve-se ter clareza se o suspeito foi alvo de alguma espécie de pressão ou coação para cometer o crime. Para que se admita a prova em juízo, o réu deve ter a oportunidade de questionar ou impugnar esses dois últimos pontos, cabendo ao Poder Judiciário examinar as alegações e afastá-las, caso não tenha havido incitação.

Em suma, como fica claro nos casos *Teixeira de Castos vs. Portugal* (1992)⁵⁶ e *Ramanauskas vs. Lituânia* (2008)⁵⁷ o procedimento probatório do Estado deve ter observado os marcos normativos, desde sua origem. Se isso não ocorrer, a prova resultante da operação de infiltração, por mais relevante que seja, deve ser excluída dos autos, especialmente se tiver sido a única prova a embasar a condenação.

9. CONCLUSÃO

Embora a infiltração policial seja largamente utilizada no continente europeu e também nos Estados Unidos, no Brasil, ainda há resistência doutrinária ao seu emprego. Pouco a pouco seus usos e limites têm sido traçados. Em *obiter dictum* no julgamento da ADI 1570/DF, o min. Nelson Jobim fez um curioso registro sobre sua experiência como parlamentar na Câmara dos Deputados, quando se discutia a antiga Lei do Crime Organizado:

“Os fundamentalistas do Direito Penal não admitiam, em hipótese algum, essa infiltração policial nas organizações criminosas. Havia, então, uma capacidade incrível desses personagens, no discurso irrealista do processo investigatório, de empurrar a Polícia para a ilegalidade. Lembre-se Sua Excelência de que, antes da existência desse tipo de norma, toda vez que a Polícia implodia o ‘bunker’ de uma organização criminosas, alguém fugia. Era exatamente o informante.”⁵⁸

Em todos os seus aspectos, o tema das operações encobertas é complexo e controverso. Envolve problemas de direito penal, de direito processual e de ética e questões de responsabilidade civil e administrativa. Quem reparará os danos causados a terceiros pelo agente estatal infiltrado? Poderá haver ação de regresso do Estado contra o agente infiltrado? Esta ação civil tramitará em sigilo? Os investigados podem acionar civilmente o Estado em caso de abuso praticado pelo infiltrado?

Mais ainda. Quais são os limites da infiltração? O agente está “autorizado” a cometer crimes? Se o agente praticar um crime poderá responder criminalmente pelo excesso? Como assegurar a sua ampla defesa? O excesso anulará a operação? Se o agente infiltrado “mudar de lado”, quais são os efeitos sobre a prova colhida? Como abordar adequadamente as diferenças entre agente provocador e agente infiltrado?

Só uma coisa é certa. Uma vez prevista em lei, a infiltração policial pode ser autorizada para que a Polícia possa investigar crimes graves, inclusive crimes próprios e impróprios, respeitados os princípios da legalidade, da proporcionalidade e da proibição da proteção deficiente. Deve-se ter em mira, contudo, que o risco deste tipo de técnica investigativa é grande demais para todos os envolvidos.

Por isso mesmo, o controle judicial, desde as etapas iniciais, deve ser rigoroso e efetivo, cumprindo também ao Ministério Público exercer com mais diligência o seu papel no controle externo da atividade policial.

Deve-se, por fim, buscar um adequado equilíbrio entre as necessidades de segurança pública e de luta contra crimes graves, inclusive o terrorismo, e a necessidade de observar o devido processo legal no processo penal. Como assentou a Corte Europeia no caso *Delcourt vs. Bélgica* (1970), *the right to the fair administration of justice holds such a prominent place in a democratic society that it cannot be sacrificed for the sake of expedience.*

56. Vide o §34 da sentença.

57. Vide o §52 da sentença.

58. CTE DIÁRIO ADI 1570/DF no min. Moura e Castro: em 19.03.2004