



UEPB

**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
CAMPUS I
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE DIREITO**

MAURICIO WANDERLEY DE FREITAS FERREIRA

**A INFILTRAÇÃO VIRTUAL DE AGENTES POLICIAIS
NA INVESTIGAÇÃO DE CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL DE
CRIANÇAS E ADOLESCENTES**

**CAMPINA GRANDE-PB
2019**

MAURICIO WANDERLEY DE FREITAS FERREIRA

**A INFILTRAÇÃO VIRTUAL DE AGENTES POLICIAIS
NA INVESTIGAÇÃO DE CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL DE
CRIANÇAS E ADOLESCENTES**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Estadual da Paraíba, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito Penal.

.

Orientadora: Prof^ª. Dr^ª. ANA ALICE RAMOS TEJO SALGADO.

**CAMPINA GRANDE-PB
2019**

É expressamente proibido a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano do trabalho.

F383i Ferreira, Mauricio Wanderley de Freitas.
A Infiltração virtual de agentes policiais na investigação de crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes [manuscrito] / Mauricio Wanderley de Freitas Ferreira. - 2019.
33 p.
Digitado.
Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas, 2019.
"Orientação : Profa. Dra. Ana Alice Ramos Tejo Salgado, Coordenação do Curso de Direito - CCJ."
1. Agente Infiltrado. 2. Validade Probatória. 3. Lei nº13441/17. I. Título
21. ed. CDD 345.05

MAURICIO WANDERLEY DE FREITAS FERREIRA

A INFILTRAÇÃO VIRTUAL DE AGENTES POLICIAIS
NA INVESTIGAÇÃO DE CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL DE CRIANÇAS
E ADOLESCENTES

Trabalho de Conclusão de Curso em
Direito da Universidade Estadual da
Paraíba, como requisito parcial à
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito Penal.

Aprovada em: 18/06/2019.

BANCA EXAMINADORA

Ana Alice Ramos Tejo Salgado
Prof. Dra. ANA ALICE RAMOS TEJO SALGADO (Orientadora)
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)

Renan Farias Pereira
Prof. Me. RENAN FARIAS PEREIRA
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)

Steffi Graff Stalchus Montenegro
Profa. Esp. STEFFI GRAFF STALCHUS MONTENEGRO
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)

Dedico este trabalho a minha mãe PETRONILA ALVES DE FREITAS (*in memoriam*), embora fisicamente ausente, sentia sua presença ao meu lado, dando-me força. Hoje, onde quer que esteja me serve de inspiração para enfrentar todas as dificuldades e me tornar um vitorioso como ela sempre foi.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a minha esposa pelo apoio e incentivo em todos os momentos e aos meus filhos pela compreensão quanto à minha ausência em muitos momentos.

A minha orientadora, a professora Ana Alice Ramos Tejo Salgado, pela orientação, paciência, dedicação e por me ajudar a chegar até aqui.

Aos professores Renan Farias Pereira e Steffi Graff Stalchus Montenegro, por aceitarem participar desta banca de graduação.

Aos professores do curso de Direito, por todo o conhecimento repassado;

Aos colegas de classe pelos momentos de amizade e apoio.

A todas aquelas pessoas que de forma direta ou indireta deram sua contribuição a este trabalho.

RESUMO

O presente estudo tem por norte a análise dos limites da aplicação do instituto do Agente Infiltrado à luz do Direito Processual Penal brasileiro. Para tanto, utiliza-se o método de pesquisa dedutivo, consultando-se a doutrina e legislação pertinente. Com vistas a alcançar este objetivo, iniciaremos a partir da conceituação das organizações criminosas instituída na Lei n. 12.850/13. Adiante analisa-se os meios de prova em face do crime organizado em especial o instituto do Agente Infiltrado e sua validade probatória. No segundo capítulo, estudaremos a Infiltração Virtual de Agentes policiais a luz da lei 13.441/17, seus conceitos e os requisitos para a atuação legal. Em seguida verificaremos a segurança jurídica do agente policial, efetuando uma revisão teórica e uma análise crítica da legislação vigente na visão de nossos juristas mais ilustres, averiguaremos assim as limitações legais e as condutas típicas da infiltração virtual. Conclui-se que, embora inexista uma determinação exata dos limites de atuação, a aplicação do instituto do agente infiltrado encontra-se embasada pelos princípios da legalidade, proporcionalidade e inexistibilidade de conduta diversa, sempre fiscalizada através de controle jurisdicional, afim de evitar excessos, bem como resguardar os direitos e garantias fundamentais dos investigados.

Palavras-Chave: Agente Infiltrado. Validade Probatória. Proporcionalidade. Lei n.º 13.441/17.

RESUMEN

El presente estudio tiene por norte el análisis de los límites de la aplicación del instituto del Agente Infiltrado a la luz del Derecho Procesal Penal brasileño. Para ello, se utiliza el método de investigación deductiva, consultando la doctrina y legislación pertinente. Con el fin de alcanzar este objetivo, comenzaremos a partir de la conceptualización de las organizaciones criminales instituida en la Ley n. 12.850/13. A continuación se analizan los medios de prueba frente al crimen organizado en especial el instituto del Agente Infiltrado y su validez probatoria. En el segundo capítulo, estudiaremos la Infiltración Virtual de Agentes policiales a la luz de la ley 13.441/17, sus conceptos y los requisitos para la actuación legal. En seguida verificaremos la seguridad jurídica del agente policial, efectuando una revisión teórica y un análisis crítico de la legislación vigente en la visión de nuestros juristas más ilustres, averiguar así las limitaciones legales y las conductas típicas de la infiltración virtual. Se concluye que, aunque no existe una determinación exacta de los límites de actuación, la aplicación del instituto del agente infiltrado se encuentra basada en los principios de legalidad, proporcionalidad e inexistencia de conducta diversa, siempre fiscalizada a través de control jurisdiccional, a fin de evitar excesos, así como resguardar los derechos y garantías fundamentales de los investigados.

Palabras clave: Agente Infiltrado. Validez Probatoria. Proporcionalidad. Ley nº 13.441/17.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	08
2	METODOLOGIA.....	10
2.1	Método.....	10
2.2	Tipos de pesquisa.....	10
2.3	Universo e amostra.....	11
2.4	Coleta e análise de dados.....	11
3	A INFILTRAÇÃO POLICIAL.....	12
3.1	O Agente Infiltrado.....	13
3.2	Validade da prova testemunhal do agente infiltrado.....	14
3.3	Requisitos legais para infiltração de agente policiais.....	16
4	A INFILTRAÇÃO VIRTUAL.....	18
4.1	Disposições da Lei 13.441/2017.....	19
5	(IN)SEGURANÇA JURÍDICA DO AGENTE INFILTRADO.....	22
5.1	Discussões sobre a responsabilidade penal de condutas praticadas pelo o Agente Infiltrado.....	23
5.2	Análise crítica da norma de exclusão de culpabilidade prevista no art. 13 da Lei 12.850/13.....	25
5.3	Limitações na atuação do Agente Infiltrado.....	26
5.4	Condutas (a)típicas na Infiltração Virtual.....	29
6	CONSIDERAÇÕES FINAIS	31
	REFERÊNCIAS	32

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo visa aferir a real eficácia da aplicação legal da Lei nº. 13.441 de 2017, com fito em verificar quais os limites legais da atuação do agente infiltrado virtual e como distinguir eventuais abusos da análise subjetiva deste dispositivo legal.

A problemática está na atuação de um agente policial, com ciência e incentivo da Administração Pública, incorrer em condutas que a própria instituição deveria evitar e punir. Se de um lado o Estado deve buscar reprimir com eficiência a criminalidade, de outro não podem seus agentes praticar quaisquer infrações penais, que até eventualmente podem ser mais gravosas que aquelas cometidas pelos investigados.

Diante do conceito analítico, que considera crime um fato típico, antijurídico, culpável e punível. A pesquisa revelará que diante da questão, “Quais os fatores que levam o trabalho do policial infiltrado a ser considerado crime? O aspecto da segurança pessoal do agente e das vítimas é citado constantemente para se defender a tese de que em defesa da vida e em busca do cumprimento da lei, atos que vão contra o ordenamento jurídico podem ser aceitáveis. É importante, dessa forma, avaliarmos as leis que protegem o policial de forma a resguardar os direitos do mesmo.

Respondendo de forma provisória o questionamento acima, ao vislumbrarmos a Lei nº. 13.441/2017, verificamos que a legislação brasileira avançou muito no que diz respeito à investigação policial, no combate ao crime organizado e aos crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes. Entretanto, devemos traçar parâmetros diante da permeabilidade de conduta do agente infiltrado. Estará este isento de qualquer ônus, qual o limite de sua atuação delituosa dentro de uma organização criminosa. Estando infiltrado é punível matar para conseguir uma informação? Ou deve o agente ser duramente punido com os rigores da Lei.

A partir da criação da Lei nº. 12850/2013 que dispõe sobre a organização criminosa e sua investigação, houve drástica alteração nos meios de obtenção de prova, regulando ações policiais e produzindo assim meios legais para que o agente policial utilize recursos como a ação controlada, a colaboração premiada e a infiltração policial. Com o advento da Lei 13.441/2017, a legislação avançou ainda mais ganhando um mecanismo que regulou as investigações cibernéticas e eletrônicas.

Esta mudança de paradigma justifica a necessidade de um estudo pertinente sobre a segurança jurídica do agente policial e os limites de sua atuação, verificando

assim, se mesmo amparado pelo nosso ordenamento jurídico, o agente poderá responder criminalmente pelos atos delituosos, que sejam considerados excesso e não guardem proporcionalidade com a finalidade da persecução investigativa.

2. METODOLOGIA

Este capítulo apresenta o método e o tipo de pesquisa. Serão descritos o modelo em que seu planejamento e desenvolvimento foram baseados, o universo e amostra, além da coleta e análise de dados.

2.1 Método

Esta produção visa fazer uma análise histórico-crítica do cotidiano dos agentes infiltrados, discutir suas práticas, refletir o emprego do instituto e cartografar movimentos coletivos de aplicação legal em sua totalidade, discutir estratégias, e naturalmente propor mudanças. O método escolhido para dar embasamento as pesquisas foi o método dialético.

Pois seguramente o método dialético permite analisar a evolução ao longo do tempo o instituto jurídico da Infiltração, verificar as estratégias jurídicas que estão sendo viabilizadas para enfrentar os problemas práticos na investigação criminal e verificar quais as omissões do ordenamento legal brasileiro que permitirão a insegurança jurídica do agente.

2.2 Tipos de pesquisa

Para a classificação do tipo de pesquisa, toma-se como base os critérios apresentados por VERGARA (2016, p. 32), que qualifica uma pesquisa segundo critérios relacionados aos fins e aos meios.

Quanto aos fins, a pesquisa será descritiva e exploratória. Descritiva porque fita expor o processo de combate ao crime organizado no Brasil, em especial através do instituto do Agente Infiltrado. Exploratória porque apenas após a Lei nº. 13.441/2017, que dispõe sob a investigação criminal específica ao tema, que acarretou enorme avanço jurídico, o qual já havia sido iniciado com a Lei 12.850/2013, que promoveu uma firme retomada do processo de combate de organizações criminosas, nas modalidades de lavagem de dinheiro e corrupção, e por sua natureza de sondagem, não comportam hipóteses que, todavia, poderão surgir durante ou ao final da pesquisa.

Quanto aos meios, a pesquisa será bibliográfica. Bibliográfica porque a fundamentação teórica da pesquisa ocorreu a partir de material disponível ao público em geral como: livros e artigos sobre infiltração policial, legislação e jurisprudência pertinente sobre o tema, isto é, material acessível ao público em geral.

2.3 Universo e amostra

O universo da pesquisa envolve, conforme amostra por acessibilidade toda a legislação e jurisprudência brasileira e internacional correlata, vinculada ao instituto da infiltração policial, desde a sua criação, com o advento da convenção de Palermo, até os dias de hoje. Abordaremos todos os ramos da infiltração desde a categoria presencial até as modalidades virtual ou eletrônica.

A escolha por estas amostras é explicada pelo fato de serem elementos de aplicação legal pública correlata ao instituto jurídico estudado.

2.4 Coleta e análise de dados

Na pesquisa bibliográfica, buscar-se-ão estudos sobre atitudes, aprendizado e mudanças em relação entre as técnicas de investigação antigas e as novas metodologias após a implementação das Leis 12850/2013 e 13.441/2017. Serão pesquisados livros, periódicos e dissertações. Como resultado desta pesquisa, espera-se uma compreensão maior do que se trata o instituto do agente infiltrado, bem como a geração de um quadro de referência para o levantamento de campo.

Os dados com os quais trabalhamos serão expostos através de cunho qualitativo, cujas as respostas podem ser interpretadas global e individualmente. Tais dados essencialmente, levantados por terceiros, trarão reflexões, argumentações, interpretações, análises e conclusões de suas experiências vividas. Extraímos de nossa observação ativa elementos práticos de análise, mas trabalhamos na mais sistematizada parte do tempo por publicações. O método escolhido é o dialético, pois lidaremos com conceitos contraditórios como conteúdo e forma, causa e efeito, possibilidade e realidade, sempre diante de um contexto de visão do fenômeno em sua totalidade.

O tratamento de dados pelo método dialético tem dificuldades e riscos. Entre as dificuldades está a própria complexidade que lhe dá consistência, mas que também exige do pesquisador maior rigor. Entre os riscos, conta-se a tendência a simplificações. Apesar disso não temos dúvida que o olhar dialético trouxe enorme contribuição a pesquisa.

3. A INFILTRAÇÃO POLICIAL

Um dos grandes dilemas do mundo moderno que exige uma resposta eficiente do Estado, é o crime organizado, principalmente devido à extensão das atuações das organizações criminosas, muitas vezes abrangendo múltiplas jurisdições. Um importante meio de obtenção de prova no combate às organizações criminosas, trata-se do instituto da infiltração policial, o qual está incluso e orientada pela Lei nº. 12.850/13.

Segundo o artigo 1º da Lei nº. 12.850/13 considera-se organização criminosa:

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

Promulgada em 02 de agosto de 2013, a Lei nº. 12.850 além de definir organização criminosa, passou a normatizar institutos correlatos, definindo assim meios para a investigação e combate eficaz ao crime organizado.

A nova lei revogou a anterior (Lei n. 9.034/95) alterando o Código Penal, especificamente o artigo 288, deixando assim de existir o crime de quadrilha ou bando, passando então a ser nomeado como crime de associação criminosa. Ademais houve também alteração nas penas do artigo 342, que dispõe de Falso Testemunho ou Falsa Perícia.

Consoante o artigo 2º da referida lei: "promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa. ", criminalizando, portanto, as condutas relacionadas à prática do crime organizado. A penalidade restou definida entre três a oito anos de reclusão e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas. Já os parágrafos 1º ao 4º do dispositivo trataram de causas agravamento e aumento da pena. Os parágrafos 5º e 6º tratam de medidas que podem ser adotadas em caso de envolvimento de servidor público e o parágrafo 7º, caso haja participação policial. Denotando assim que no entendimento do legislador que o combate a corrupção seria uma importante batalha na guerra contra as organizações criminosas.

A Lei nº. 12.850/13 aborda a investigação e os meios de obtenção da prova em qualquer fase da instrução penal. Traz, nos incisos de seu art. 3º, os meios de prova

admissíveis que podem ser utilizados sem prejuízo daqueles já previstos em lei, a saber:

I - A colaboração premiada; II - captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos; III - ação controlada; IV - acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais; V - interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, nos termos da legislação específica; VI - afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal, nos termos da legislação específica; **VII - infiltração, por policiais, em atividade de investigação, na forma do art. 11;** VIII cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal.

Com intuito em entender melhor do que se trata a infiltração policial em atividade de investigação iniciaremos a análise partindo da conceituação do instituto do Agente Infiltrado, e avaliaremos qual sua real importância dentro da investigação policial e os meios de prova.

3.1. O Agente Infiltrado

Vale destacar que a infiltração policial com o objetivo de obter provas acerca da existência práticas criminosas teve seu marco normativo na legislação brasileira com o advento da Lei Ordinária n.º 11.343, de 23 de agosto de 2006, denominada de Lei de Drogas, que em seu artigo 53, inciso I, deliberara o instituto da infiltração como sendo o procedimento investigatório cujo objetivo é angariar provas de materialidade e autoria das condutas tipificadas na norma referida.

O agente infiltrado é definido como:

A pessoa que, integrada na estrutura orgânica dos serviços policiais, é introduzida, ocultando-se sua verdadeira identidade, dentro de uma organização criminosa, com a finalidade de obter informações sobre ela e, assim proceder, em consequência, à sua desarticulação (CAPEZ, 2012, p. 282).

Ao redor do mundo, em diversas culturas e arcabouços jurídicos o mecanismo do agente infiltrado representa um extraordinário meio para obtenção de prova na persecução do crime organizado. No Brasil, não obstante sensatas controvérsias, não há dúvida que a infiltração de agentes somente veio a experimentar algum nível de

controle estatal com a promulgação da Lei n. 12.850/13, o que trouxe uma normatização mais adequada ao instituto e sua aplicabilidade.

O agente infiltrado atua com sua identidade oculta, inserido em meio a criminalidade para coletar informações. Assim a infiltração permite a descoberta de um enorme volume de provas sobre delitos de uma organização criminosa, bem como sobre aspectos primordiais do seu funcionamento, dentre os quais 'cabeças' da organização, nomes de 'testa de ferro', bens ocultos, planos de execução de crimes, agentes públicos envolvidos, nomes de empresas e outros mecanismos utilizados.

Uma vez conceituado o instituto do Agente Infiltrado, passaremos a analisar qual a validade probatória do seu testemunho e quais os requisitos legais para sua atuação.

3.2. Validade da prova testemunhal do agente infiltrado

Conforme o disposto no artigo 202 do Código de Processo Penal, “toda pessoa poderá ser testemunha”. Além disso a jurisprudência é pacífica no sentido de que servidores policiais que atuem como agente infiltrado em organizações criminosas possam ser ouvidos como testemunhas indiscriminadamente, de forma que não há que se questionar o valor de seus depoimentos testemunhais, especialmente quando prestados em juízo.

EMENTA: FLAGRANTE PREPARADO NÃO CARACTERIZADO. LICITUDE DA PROVA. APLICAÇÃO DA PENA. NATUREZA DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DO ART. 59 DO CPB. Regular a atuação do policial conforme autorização judicial para a infiltração, não estando caracterizada a hipótese de crime impossível por flagrante preparado. Quanto às condutas de ter em depósito, guardar e trazer consigo droga, que também constituem núcleos do tipo penal e estão contidas na denúncia, já haviam sido praticadas antes da atuação do policial infiltrado e se encontrava em flagrante em virtude do caráter permanente do delito. A materialidade do delito se encontra atestada por auto de apreensão (uma porção de cocaína pensando 0,30g), acompanhado do laudo de constatação da natureza da substância, confirmado por laudos periciais. A autoria se ampara em relatos coerentes e unânimes dos policiais que atuaram na investigação. Os elementos probatórios no feito conduzem à conclusão da destinação a terceiros, considerando o relatório de diligências pelo policial infiltrado, estando comprovada a prática contida no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006. Pena adequadamente estabelecida na origem. Incidência da agravante da reincidência, sendo adequado o aumento de dez meses de pena privativa de liberdade. APELAÇÃO DESPROVIDA, POR MAIORIA (Apelação Crime Nº 70067958983, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Cláudia Maria Hardt, Julgado em 06/04/2016).

Observa-se que a jurisprudência considera inteiramente legal a atuação do agente infiltrado autorizado judicialmente, descaracterizando uma possível fomentação de flagrante preparado. Da mesma forma validando totalmente valido o depoimento dos agentes como meio de prova.

EMENTA: TÓXICOS - ARTS. 12 E 14 DA LEI Nº 6.368/76 - DILIGÊNCIAS POLICIAIS INDEVIDAMENTE AUTORIZADAS - IMPROCEDÊNCIA - ART. 33, I, DA LEI Nº 10.409/2002 - AUSÊNCIA DE ADVOGADO NO APFD - PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO E ARGÜIÇÃO EXTEMPORÂNEA - PRECLUSÃO - DENÚNCIA - CUMPRIMENTO DO DISPOSTO NO ART. 41 DO CPP - EXORDIAL QUE NARRA OS DELITOS DE FORMA SATISFATÓRIA E CONDIZENTE COM O CONTEXTO FÁTICO - PRELIMINARES REJEITADAS - MÉRITO - PEDIDOS DE ABSOLVIÇÃO - NÃO ACOLHIDOS - AUTORIA E MATERIALIDADE DO TRÁFICO E DA ASSOCIAÇÃO COMPROVADAS - FLAGRANTE PREPARADO - INOCORRÊNCIA - DEPOIMENTO DO POLICIAL CONDUTOR DO FLAGRANTE - VALIDADE - PRECEDENTES DO STF - REGIME PRISIONAL - DELITO DO ART. 14 DA LEI Nº 6.368/76 - CARÁTER NÃO HEDIONDO - IMPOSIÇÃO DO REGIME INICIALMENTE FECHADO - SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. O art. 33 da Lei 10.409/2002, em seu inciso I, expressamente prevê que, em qualquer fase da persecução criminal relativa aos crimes ali previstos, é permitida, mediante autorização judicial, e ouvido o representante do Ministério Público, a infiltração de policiais em quadrilhas, grupos, organizações ou bandos, com o objetivo de colher informações sobre operações ilícitas desenvolvidas no âmbito dessas associações. O depoimento de agente policial, ainda que participante das diligências na fase investigatória, merece a normal credibilidade, que não lhe pode ser subtraída em razão do exercício de suas funções, máxime quando suas declarações se revelam seguras e coerentes com os demais elementos probatórios constantes dos autos. Inexiste flagrante preparado senão há provas de que a atividade policial instigou o mecanismo causal da infração, cuja conduta, preexistente à diligência, exauriu-se no "vender" (TJMG - Apelação Criminal 1.0027.05.049931-1/001, Relator(a): Des.(a) Edelberto Santiago, 1ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 07/03/2006, publicação da súmula em 14/03/2006).

Masson e Marçal (2015) aduz que o depoimento do infiltrado é de grande importância para o processo que apura delitos ligados ao crime organizado, pois foi esse agente que conheceu profundamente a organização criminosa investigada. Por sua vez Lima (2015), faz uma ressalva, uma vez acredita que o ideal é que as provas obtidas durante a operação de infiltração torne desnecessária a oitiva do policial infiltrado, tendo em vista o risco a que fica submetido, inerente à revelação de sua existência e atuação. Não obstante, sendo estritamente necessária à sua oitiva, deverá prestar depoimento como testemunha anônima, sendo sua identidade e imagem preservadas, atendendo

como veremos mais adiante os princípios de segurança jurídica do agente previstos na Lei nº 12.850/2013, bem como, no que couber os dispositivos da Lei de Proteção a testemunhas – Lei nº 9.807/1999.

3.3. Requisitos legais para infiltração de agente policiais

O obscuro panorama referente à infiltração policial, cuja imprecisão legal, possibilita toda uma sorte de interpretações, põe em risco, até mesmo, o princípio da segurança jurídica. Para a construção de um Estado de Direito é imperativo a aplicação do princípio da legalidade. A performance do Estado está, necessariamente, embasada em tal princípio, limitando a atividade administrativa e dando um sentido de garantia de respeito aos direitos individuais dos administrados. Para qualquer atividade estatal, como no caso a infiltração na investigação criminal, os agentes infiltrados somente podem agir de acordo com aquilo que a lei estabelecer.

Como qualquer atividade do estado, a infiltração de agentes na investigação criminal, deve ter previsão legal e o Estado e seus agentes somente podem agir de acordo com aquilo que a lei fundar. Conforme delineiam os artigos 10 e 11 da Lei nº. 12.850/13, detalham quais os requisitos legais para a infiltração de agentes:

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

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

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

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

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

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

Por fim, deve-se fazer uma análise de requisitos para a atuação do agente infiltrado, principalmente aquelas elencadas nos artigos 10 e 11 da Lei n. 12.850/13, quais sejam a Representação deverá ser feita por requerimento do Ministério Público

ou pelo delegado de polícia, o qual se manifestará acerca de viabilidade técnica da infiltração, e neste caso o Ministério Público também deverá ser ouvido. Sendo necessária prévia autorização judicial devidamente circunstanciada, motivada e sigilosa.

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

Não obstante existe uma falta de clareza acerca dos limites da ação dos agentes tornando sua atividade arriscada, não somente em relação a proximidade com os criminosos e a possibilidade de ser descoberto e sofrer duras represálias, mas também de estar submetido à punições administrativas e responsabilização criminal.

A natureza da infração penal para execução da infiltração, não abrangendo todos os crimes, na ótica da Lei 12850/13, naturalmente deve ser relacionada às organizações criminosas ou legislação correlata, sendo demonstrada a imprescindibilidade da medida. Deste modo, é necessário o respeito ao princípio da subsidiariedade, devendo-se optar pela infiltração de agentes somente quando não for possível a investigação por outro meio.

Os princípios do Sigilo acerca da infiltração e a Segurança do agente infiltrado são basilares para execução do procedimento. A Infiltração deverá ser realizada por agente policial de Polícia Judiciária Civil ou Federal, com a sua devida anuência para que seja efetuada a infiltração (art. 14, I da Lei n. 12.850/13), sendo também estabelecido prazo de infiltração, no §3º do art. 10, que narra prazo máximo de 6 meses com possível renovação desde que comprovada necessidade.

4. A INFILTRAÇÃO VIRTUAL

Como já discutimos a Lei do Crime Organizado (Lei n.º 12.850, de 02 de agosto de 2013), em seus artigos 10 a 14, estabeleceu efetivamente, ainda que de maneira tímida, o procedimento de Infiltração a ser observado para obtenção da prova respectiva.

A infiltração é um método excepcional na investigação criminal, ou seja, deve ser usado de forma secundária, pois dependente obviamente de prévia autorização judicial. Trata-se, portanto, de um processo regido pela sigilosidade, com inserção de uma agente de polícia judiciária na organização criminosa (orcrim) com objetivo de desarticular a referida, procurando assim prevenir a ocorrência de novas infrações penais, bem como, produzir provas suficientes e necessárias para à instauração da fase processual.

Até então, a infiltração exigia uma atuação presencial do agente policial, requerendo-se, inclusive, a voluntariedade do agente para participar da atuação infiltrada, sendo a recusa classificada como direito legítimo, mesmo que sem justificativa expressa. Contudo, com o advento da Lei Ordinária n.º 13.441, de 08 de maio de 2017, criou-se a figura do agente infiltrado virtual, com o objetivo de investigar crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes, tal procedimento se distingue de sobremaneira da infiltração comum.

A Lei n.º 13.441/2017, inseriu os artigos 190-A a 190-E no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), disciplinando o instituto da infiltração de agentes de polícia para a investigação de Crimes contra a Dignidade Sexual de Crianças e de Adolescentes, materializando o método respectivo através do uso da rede mundial de computadores, com o objetivo de reduzir os ilícitos penais praticados ou intentados contra crianças e adolescentes.

Destoante do que prevê a Lei de Drogas e na Lei de Organização Criminosa, que utiliza a infiltração policial no ambiente físico, a infiltração virtual do agente policial, trata-se de uma nova modalidade de infiltração, através do meio virtual, utilizando a internet. Assim, não se criou um novo instituto apenas efetuou-se a normatização da figura do agente infiltrado (já prevista no artigo 53, I, da Lei 11.343/06, bem como no artigo 10 da Lei 12.850/13 e ainda no artigo 20 da Convenção de Palermo – Decreto 5.015/04), como técnica investigativa em

ambiente eletrônico.

Já discutimos sobre a infiltração policial, a qual consiste em método de investigação secundário, onde o agente atua de forma sigilosa e dissimulada, ou seja, com ocultação da real identidade (seja presencial ou virtualmente), na presença de um criminoso ou grupo de criminosos, com o fim de buscar provas, identificar criminosos e obter elementos para elucidação de um delito ou mesmo desarticular associação ou organização criminosa. Deste modo podemos subdividir a infiltração policial em presencial (física) e a virtual (cibernética ou eletrônica).

Conforme o artigo 190-A do ECA, introduzido pela Lei 13.441/17, admite-se a infiltração policial virtual basicamente nos seguintes delitos: a) Crimes relacionados a Pedofilia (artigos 240, 241, 241-A, 241-B, 241-C e 241-D do ECA); b) Crimes contra a dignidade sexual de vulneráveis: estupro de vulnerável (artigo 217-A do CP), corrupção de menores (artigo 218 do CP), satisfação de lascívia (artigo 218-A do CP) e favorecimento da prostituição de criança ou adolescente ou de vulnerável (artigo 218-B do CP); c) invasão de dispositivo informático (artigo 154-A do CP).

Existem duas correntes doutrinárias sobre o rol dos crimes da infiltração virtual, a primeira acredita que é taxativo, em razão do caráter excepcional do procedimento. Uma segunda corrente acredita que seria apenas exemplificativo, pois se embasa no princípio da proteção deficiente e a livre iniciativa probatória justifica o emprego dessa técnica investigativa quando necessária para elucidar crimes graves cometidos por meio da internet.

4.1. Disposições da Lei 13.441/2017

De forma díspar a Lei de Organização Criminosa, para a Infiltração Virtual não é exigida a anuência do agente policial, não possuindo o agente o direito de recusar ou fazer cessar a infiltração. Não obstante, do mesmo modo só deve ser procedida com autorização judicial circunstanciada após representação do delegado de polícia, ouvido o Ministério Público ou diretamente requerimento por membro do “*parquet*”. Não foi estabelecido um prazo para decisão judicial, mas, por tal lacuna legal deve ser solucionada por aplicação analógica do artigo 12, §1º da Lei 12.850/13, portanto, o juiz deverá decidir no prazo de 24 horas. De pronto a autorização judicial expedida

nos autos de um procedimento específico, deverá estabelecer os limites da infiltração para obtenção da prova.

Outro ponto que foi alterado é o prazo para infiltração, que é de até 90 dias, admitindo-se renovações não podendo exceder a 720 dias, mediante decisão judicial que motivadamente confirme a sua necessidade. Apesar do legislador não ter mencionado, naturalmente, a apresentação de relatório parcial das diligências pela polícia judiciária é importante para embasar a renovação do procedimento. Destoante da infiltração presencial, que é muito mais arriscada, e não prevê limite para o número de renovações, a adoção do limite dessas renovações gerou críticas, uma vez que a infiltração é um processo muito lento e o prazo máximo pode culminar na interrupção forçada da operação e a colocação de vítimas em situação de risco.

Tratando-se de medida cautelar subsidiária, a infiltração policial virtual não será admitida se a prova puder ser obtida por outros meios legais, sendo necessário demonstrar ao poder judiciário, indícios da existência de determinado crime (*fumus comissi delicti*). Torna-se necessário demonstrar um mínimo de elementos para justificar a medida, sendo vedada a infiltração por prospecção, não obstante não se exige prova irrefutável do delito, uma vez que o que realmente se deseja é justamente aprofundar a apuração. Para a execução da infiltração requer-se assim que sejam evidenciados o alcance das tarefas dos policiais, os nomes ou apelidos das pessoas investigadas e, quando possível, os dados de conexão ou cadastrais que permitam a identificação dessas pessoas.

Autorizados constitucionalmente a apurar infrações penais (artigo 144 da CF), a infiltração policial deverá ser efetuada pela polícia judiciária. Não estão permitidos outros tipos de policiais ou particulares, que não sejam policiais civis ou federais, contudo, considerando a interpretação teleológica de todo arcabouço normativo do ECA, não se vedara a participação dos demais órgãos do Estado, responsáveis por promoverem a segurança pública, uma vez que estes órgãos de segurança pública podem auxiliar e subsidiar a investigação infiltrada promovida pelo Ministério Público.

O princípio da sigilosidade norteia todo o procedimento, consoante artigo 190-B, do ECA, introduzido pela Lei Ordinária 13.441, de 2017, prevendo que as informações advindas da infiltração virtual devem ser remetidas ao juiz autorizador, que zelar pelo seu sigilo. Destaque que até a conclusão das investigações somente o juiz, o Ministério Público e o delegado de polícia responsável pelo caso poderão ter acesso ao teor dos autos,

Findo o procedimento de infiltração virtual, conforme estipulado no Art. 190-E, do ECA, a Polícia Judiciária providenciará relatório circunstanciado da operação, que deve ser encaminhado ao Judiciário (que dará ciência ao Ministério Público) juntamente com o registro dos atos eletrônicos praticados durante a operação. Mencione-se, por fim, que os autos do inquérito policial devem ser apensados ao processo penal, assegurando-se a preservação da identidade do agente policial infiltrado e a intimidade das crianças e dos adolescentes envolvidos.

5. (IN)SEGURANÇA JURÍDICA DO AGENTE INFILTRADO

A segurança do agente infiltrado, de forma geral, encontra-se prevista nos dispositivos referentes ao sigilo da operação e preservação de sua identidade, previsto no art. 12 e nos incisos II, III e IV do art. 14:

Art. 12. O pedido de infiltração será sigilosamente distribuído, de forma a não conter informações que possam indicar a operação a ser efetivada ou identificar o agente que será infiltrado.

Art. 14. São direitos do agente:[...]

II - ter sua identidade alterada, aplicando-se, no que couber, o disposto no art. 9º da Lei no 9.807, de 13 de julho de 1999, bem como usufruir das medidas de proteção a testemunhas;

III - ter seu nome, sua qualificação, sua imagem, sua voz e demais informações pessoais preservadas durante a investigação e o processo criminal, salvo se houver decisão judicial em contrário;

IV - não ter sua identidade revelada, nem ser fotografado ou filmado pelos meios de comunicação, sem sua prévia autorização por escrito.

Existe também a possibilidade de abortar a operação, havendo indícios seguros de que o agente infiltrado sofre risco iminente, a operação será sustada mediante requisição do Ministério Público ou pelo delegado de polícia. Ainda existindo uma outra possibilidade, que está inclusa no inciso I do art. 14, a qual permite ao próprio agente a qualquer tempo cessar sua atuação infiltrada. Como já debatido, a Lei de Organização Criminosa, difere da Lei 13.441/17, determinando que para a infiltração virtual não é exigida a voluntariedade do agente policial, não possuindo este o direito de recusar ou fazer cessar a infiltração.

Primordialmente a segurança do agente se baseia na excludente de culpabilidade fundamentada na “inexigibilidade de conduta diversa” prevista no parágrafo único do art. 13, proporciona maior segurança jurídica ao agente infiltrado que, estando inserido em uma organização criminosa, se vê compelido à prática de crimes, sob pena de ter sua identidade revelada, colocando em risco não somente a operação, como sua própria segurança.

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

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

Nesse diapasão, o legislador padronizou o entendimento de grande parte da doutrina acerca da impunibilidade do agente infiltrado que, no curso da investigação,

venha a praticar algum crime, desde que necessário à finalidade da operação, respeitada a proporcionalidade e inexigível conduta diversa.

Percebe-se, no entanto, que o legislador optou por incluir uma excludente de culpabilidade da inexigibilidade de conduta diversa do agente infiltrado, sem afastar a tipicidade e antijuridicidade dos crimes praticados por esse agente durante a operação, ainda que guardada a devida proporcionalidade com a finalidade da investigação.

Essa escolha não afasta o risco de punição do policial infiltrado, ficando a critério subjetivo do julgador analisar caso a caso, se os atos praticados foram ou não desproporcionais ou excessivos; expondo o agente à enorme insegurança, não somente pela infiltração, mas também pela possibilidade de responder criminalmente por seus atos.

5.1. Discussões sobre a responsabilidade penal de condutas praticadas pelo o Agente Infiltrado

Para debater as ações do Agente Infiltrado, o ponto inicial de qualquer análise do direito penal é justamente, diante de um caso concreto, identificar se ali está presente um fato criminoso. E, para definir se um fato é criminoso ou não, existe a teoria do crime. Esta teoria, aduz que crime é um fato típico, ilícito e culpável. Portanto, diante de um fato basta o observador identificar se ele é típico, ilícito e culpável. Se for, pode-se dizer que ele é um fato criminoso, portanto existe o crime.

“Fato típico é o fato material no qual se identifica a efetivação de uma conduta prevista no tipo penal incriminador, e ainda, que afeta ou ameaça de forma relevante bens penalmente tutelados.” (FERREIRA, 2008, p. 1). São elementos do fato típico: a conduta; o resultado jurídico; o nexo de causalidade entre a conduta e o resultado mencionado; e finalmente a tipicidade. Assim perante dúvida sobre o fato concreto, quando se verifica que o ato do agente infiltrado não é típico, por conta da ausência de um de algum de seus elementos essenciais, fica rejeitada a ocorrência do fato como criminoso.

Quanto a ilicitude, deve-se verificar se está presente alguma das excludentes na conduta do Agente Infiltrado tais como: O estado de necessidade; A legítima defesa; o estrito cumprimento de dever legal; o exercício regular de direito; o livre e eficaz consentimento do ofendido. Boa parte desses elementos não se

aplica a realidade do agente infiltrado como veremos mais a frente, todavia caso ocorram, concluíram-se sobre a inexistência de crime, não sendo necessário prosseguir a análise.

Quanto a culpabilidade, deve se averiguar a presença de seus elementos essenciais. Inicialmente pelo ponto de vista da imputabilidade, não há o que se discutir, pois não é cabível ao agente público em efetiva atuação as excludentes ligadas: A doença mental ou desenvolvimento mental retardado (art. 26 do CP); A imaturidade natural (menoridade penal – art. 27 do CP); A embriaguez completa proveniente de caso fortuito ou força maior (art. 28, § 1º, do CP); A condição de silvícola inadaptado.

Seguindo a análise de culpabilidade, a potencial consciência sobre a ilicitude do fato, que também não pode ser arraigada, pois o agente infiltrado trata-se de um membro da Polícia Judiciária diretamente ligada ao campo do direito. O desconhecimento da lei é inescusável, não podendo se aplicar a tal instituto para tornar o fato não culpável.

Finalizando o aspecto culpabilidade está na exigibilidade de conduta diversa, o ponto de principal apoio a discussão sobre a legalidade dos atos do agente infiltrado. No tocante à exigibilidade de conduta diversa, procura-se identificar suas excludentes que estão previstas no art. 22 do CP: A coação moral irresistível e a obediência hierárquica. A doutrina majoritária admite, no entanto, admite também causas supralegais de exclusão da exigibilidade de conduta diversa, que devem ser identificadas diante das situações concretas, sempre tendo em mente o raciocínio de que para excluir a exigibilidade de conduta diversa, o proceder do agente infiltrado deve estar em consonância com o comportamento que a sociedade exige para a situação que se apresenta, consoante o princípio da proporcionalidade.

Superada a análise da culpabilidade, chegando-se à conclusão de que o fato é culpável, e já tendo concluído que o mesmo é típico e ilícito, finalmente se pode dizer que estamos diante de um crime. Pensando nisso, devemos estudar assim o caso concreto do Agente Infiltrado a luz do Direito Penal, para identificar se dentro da sua conduta existe um fato é criminoso ou não.

5.2. Análise crítica da norma de exclusão de culpabilidade prevista no art. 13 da Lei 12.850/13

A obscuridade acerca dos limites dos agentes infiltrados torna sua atividade de extremo risco não apenas pela proximidade com a criminalidade, e a possibilidade de ser descoberto e sofrer duras represálias, mas também de estar submetido à punições administrativas e responsabilização criminal. Essa lacuna legislativa é consequência direta da complexidade da matéria, não sendo possível que o legislador estabeleça exaustivamente esses limites. Também não parece desejável permitir que o agente infiltrado possa agir sem quaisquer limitações, com autorização para roubar, matar ou estuprar livremente.

Nesse sentido verifica-se duras críticas ao instituto já avistada pela doutrina de Fernando Capez, ao tratar da infiltração de agentes, a qual à época era disciplinada pela lei n. 9.034/95:

Entendemos que, a princípio, a participação do agente nos crimes praticados pelo grupo configurará fato típico, ilícito e culpável, não sendo, portanto, admissível, doutrinariamente, essa prática delituosa. Assim, o policial que, para desbaratar uma grande quadrilha internacional de tráfico de entorpecentes, acaba por participar de ações criminosas, como sequestros, homicídios, tráfico de entorpecentes etc., será responsabilizado criminalmente (CAPEZ, 2012, p. 282-283).

Conforme CABETTE (2014) ressalta:

Importa ainda anotar que a própria opção legislativa pelo reconhecimento da inexigibilidade de conduta diversa como forma de evitar a punição do agente infiltrado por seus atos proporcionais também não segue o melhor caminho. É que esse instituto retrata uma excludente de culpabilidade, o que significa que o Estado está afirmando que o agente pratica fato típico e antijurídico (injusto penal), somente não culpável. Soa muito estranha essa opção, já que o policial atua por determinação estatal e de acordo com um instituto legalmente previsto. O reconhecimento das ações do agente infiltrado como mera inexigibilidade de conduta diversa significa mais um indicativo, na sua faceta teórica, de que o instituto é falido desde o seu nascedouro. (CABETTE, 2014, p. 35).

No mesmo sentido a crítica de ANDREUCCI (2013) afirma que:

Curioso notar, entretanto, que a nova lei, a par de se alinhar ao Princípio da Proporcionalidade Constitucional no “caput” do art. 13, estabelece, no parágrafo único, que “não é punível, no âmbito da infiltração, a prática de crime pelo agente infiltrado no curso da investigação, quando inexigível conduta diversa”, estabelecendo expressamente causa excludente de culpabilidade, consistente na inexigibilidade de conduta diversa (conforme o Direito), a acobertar eventuais ilicitudes praticadas pelo infiltrado, isentando-o de

responsabilidade. Essa não nos pareceu a melhor solução, até porque coloca o agente infiltrado em delicadíssima posição de ter que avaliar, muitas vezes em situação concreta de perigo durante o desenrolar da infiltração, a inexigibilidade de conduta diversa em sua atuação, a qual será posteriormente reavaliada e até mesmo rechaçada pelas autoridades, acarretando-lhe a eventual responsabilização pelos “excessos praticados”. Melhor seria tivesse a nova lei ousado mais e erigido a infiltração propriamente dita em causa de preexclusão de antijuridicidade. (ANDREUCCI, 2013, p. 23)

Além disso o instituto da infiltração policial sofreu censuras por grande parte da doutrina, não somente em razão do aspecto ético da infiltração policial, mas por violar direitos fundamentais, como a privacidade do investigado, ou mesmo o cometimento de crimes, sob o argumento de combatê-los, o que não se poderia admitir em um Estado Democrático de Direito.

Acontece que a infiltração policial é ferramenta imprescindível ao combate ao crime organizado, bem como crimes complexos como a Pedofilia Virtual. Negar sua utilização pode representar enorme entrave a garantias constitucionais como: à vida, à liberdade e à propriedade; direitos esses constantemente violados pelos grupos criminosos. É necessário possibilitar a existência de meios suficientes para a eficácia legal e manutenção da ordem pública.

No entanto, não há de se falar no uso indiscriminado ou irrestrito da infiltração policial como meio de prova. Sua utilização deve ter limitações, as quais serão abordadas mais adiante, e estar sempre balizada por um rígido controle judicial, bem como o respeito à legislação vigente e princípios constitucional tais como o da legalidade, da subsidiariedade, da proporcionalidade para que assim as garantias e direitos fundamentais dos investigados sejam respeitados e preservado o interesse da coletividade.

5.3 Limitações na atuação do Agente Infiltrado

O agente infiltrado pode vir a cometer crimes, tanto quando estiver atuando dentro da organização criminosa, ou mais especificamente, quando estiver atuando na investigação de crimes contra dignidade sexual de Crianças e Adolescentes. Anteriormente a Lei nº 12.850/2013, não havia previsão legal a respeito da responsabilidade criminal do agente infiltrado.

Por isso, a fim de regular eventual responsabilidade criminal por excessos e salvaguardar o agente policial que venha a praticar alguma infração penal durante

a infiltração, foi instituído o já mencionado artigo 13 da Lei de Organizações Criminosas, segundo o qual “Não é punível, no âmbito da infiltração, a prática de crime pelo agente infiltrado no curso da investigação, quando inexigível conduta diversa”.

Entretanto produz certo antagonismo com a Lei ordinária nº 13441/17, que aduz que há punição adequadamente esperada para o caso concreto, citado no Parágrafo único do Artigo 190-C do ECA: “O agente policial infiltrado que deixar de observar a estrita finalidade da investigação responderá pelos excessos praticados”.

Consoante Masson e Marçal (2015), a infiltração de agentes policiais deverá ser pautada nos princípios da legalidade, especialidade, subsidiariedade, controle e, principalmente, proporcionalidade e atendendo estes preceitos lícitos os atos praticados pelo infiltrado. Deste modo, o princípio da Proporcionalidade tem que ser analisado: “Em virtude de excessos eventualmente praticados e se seus atos não guardarem a devida proporcionalidade com a investigação. A análise dessa proporcionalidade deve levar em conta as circunstâncias em que se encontra o agente” (Greco Filho, 2014, p. 62).

Acerca da proporcionalidade da conduta, Nucci ilustra o seguinte exemplo:

O agente se infiltra em organização criminosa voltada a delitos financeiros; não há cabimento em matar alguém somente para provar lealdade a um líder. Por outro lado, é perfeitamente admissível que o agente promova uma falsificação documental para auxiliar o grupo a incrementar um delito financeiro. No primeiro caso, o agente responderá por homicídio e não poderá valer-se da excludente, visto a desproporcionalidade existente entre a sua conduta e a finalidade da investigação. No segundo, poderá invocar a inexigibilidade de conduta diversa, pois era a única atitude viável diante das circunstâncias (NUCCI, 2014, p. 624-625).

Contudo, quanto à hipótese de haver o agente praticado o delito de homicídio, Lima faz a seguinte ressalva:

É evidente que, em prol da infiltração do agente, nada justifica o sacrifício de uma vida. No entanto, se um policial infiltrado, impossibilitado de impedir o pior, se ver obrigado a atirar contra uma pessoa por ter uma arma apontada para sua própria cabeça, não se pode estabelecer um juízo de reprovação sobre sua conduta, porquanto, no caso concreto, não lhe era possível exigir conduta diversa (LIMA, 2015, p. 587).

Para Mendroni (2014, p. 84), se ocorrer delito por parte do agente policial infiltrado, em situação que não se possa exigir dele outra conduta e, “obviamente

desde que guardado o princípio da proporcionalidade, não deverá responder pela sua prática, aplicando-se a causa excludente de antijuridicidade (ilicitude) de inexigibilidade de conduta diversa”. Na mesma linha, se pronunciou o TJRS ao julgar Habeas Corpus sobre caso de agente infiltrado que se disfarçou de consumidor para comprovar o crime de tráfico de drogas:

Ementa: *HABEAS CORPUS*. - Cumpre registrar, inicialmente, que o parágrafo único do art. 13 da Lei nº 12.850/13 prevê causa de exclusão de culpabilidade, pois permite que o agente infiltrado - na tentativa de elucidar os delitos a que sua infiltração se destina esclarecer - pratique "crime", quando inexigível outra conduta. Assim, o fato de o agente infiltrado ter se disfarçado de consumidor não macula a prisão do paciente. - Por outro lado, a Autoridade Policial da Comarca de Frederico Westphalen, após prévia investigação dando conta da realização do delito de tráfico de drogas [inclusive com infiltração de policiais civis, captação ambiental de sinais acústicos/óticos e ação controlada (aquisição de entorpecentes) - medidas que foram judicialmente autorizadas], representou pela prisão preventiva do paciente Diogo e da co-acusada Silvana, bem como pela prisão temporária da paciente Karine. [...] (Habeas Corpus Nº 70059454884, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marco Aurélio de Oliveira Canosa. Julgado em 10/07/2014, publicado em 06/08/2014).

Destaque-se que o artigo 190-C do ECA, não lista os crimes aos quais fica afastada a responsabilidade penal do policial, mas apenas reitera o rol de delitos que podem ser investigados por meio dessa técnica investigativa. Deste modo citando ilustres doutrinadores analisaremos sobre diversos aspectos conforme a teoria do domínio do fato.

Quando o infiltrado incorrer como cumplicidade ou participe na prática delitiva, segundo Lima (2015), sua conduta estará amparada pela excludente de ilicitude prevista no parágrafo único do artigo 13 da Lei nº 12850/13, pois é inexigível conduta diversa por parte do infiltrado.

Nos casos de infrações penais praticadas em coautoria caberá a análise da proporcionalidade da atuação do agente com a finalidade da investigação, deste modo não é possível fixar uma regra geral a respeito de até que ponto poderá o infiltrado concorrer para a prática de um crime.

Para Bitencourt e Busato (2014) quando o agente infiltrado figura como autor direto do delito, deverá este responder integralmente pelo ato, pois jamais se poderá aceitar que as normas que regulam a infiltração de agentes possam ser interpretadas de forma a fomentar a prática de delitos. Na mencionada hipótese, se está diante de uma decisão tomada pelo agente, ou seja, foi sua a iniciativa de

praticar o ilícito. Do mesmo modo se o policial for meramente instigado a cometer um crime, os referidos doutrinadores argumentam que o agente deverá ser responsabilizado, pois permaneceu com a possibilidade de decidir pela não realização do delito e optou por agir de forma criminosa.

Somente quando o agente é forçado por coação moral irresistível a incorrer em conduta típica, não se estará, nesse caso, diante de crime que figure o infiltrado como autor mediato da ação, pois foi mero instrumento utilizado pelo verdadeiro autor.

5.4. Condutas (a)típicas na Infiltração Virtual

Ocultação da identidade, falsidade documental ou ideológica, posse ou armazenamento de material pornográfico do suspeito, inserção de dados falsos em bancos de dados, invasão de privacidade de dispositivo informático, falsa identidade, criação de perfil falso, flagrante preparado são apenas alguns dos fatos típicos que o agente infiltrado virtual pode vir a executar durante uma operação de infiltração, face a ocorrência de hipóteses de exclusão de antijuridicidade, ilicitude ou culpabilidade, passaremos então analisar e desconstruir alguns desses fatos típicos, caso a caso, utilizando os princípios elencados na Teoria do Crime.

A Lei 13.441/17 inclui o artigo 190-C no ECA, o qual afirma que não comete crime o policial que oculta a sua identidade para, por meio da internet, colher indícios de autoria e materialidade dos crimes. Assim, fica excluída a ilicitude por estrito cumprimento do dever legal das condutas típicas praticadas para manutenção da identidade fictícia, como falsidade documental ou ideológica.

No que tange à falsa identidade, sequer se faz presente o requisito subjetivo do artigo 307 do CP de “obter vantagem, em proveito próprio ou alheio, ou para causar dano a outrem”. Com relação à posse ou armazenamento de material pornográfico do suspeito, aplica-se a excludente do próprio artigo 241-B, §2º, I do ECA.

Conforme o artigo 190-D do dispositivo em estudo, mediante requisição da autoridade judicial, os órgãos de registro e cadastro público poderão incluir nos bancos de dados próprios as informações necessárias à efetividade da identidade fictícia criada, por meio de procedimento sigiloso numerado e tombado em livro específico, não havendo o que se falar, portanto em crime de inserção de dados falsos em sistemas de informações (artigo 313-A do Código Penal).

Em relação a conduta típica de invasão de dispositivo informático, previsto no artigo 154-A do CP, incide a inexigibilidade de conduta diversa para afastar a culpabilidade. De todo modo, o agente policial infiltrado responde pelo excesso se deixar de observar a estrita finalidade da investigação (artigo 190-C, parágrafo único). A utilização conjunta do ECA com a quebra de sigilo de dados telemáticos da Lei 9.296/96 (Lei de Interceptação Telefônica) e a Lei 12.965/14 (Marco Civil da Internet), admite-se, inclusive que simultaneamente à atuação dissimulada do policial efetue-se o encaminhamento de um arquivo malicioso para o computador ou celular do suspeito a fim de se extrair informações.

Inexiste crime de falsa identidade, no que diz respeito a criação de perfil falso na internet, já que o tipo penal demanda finalidade de obtenção de vantagem ou causar dano. A criação do perfil “fake” de usuário continua sendo admitida sem autorização judicial para coleta de dados em fontes abertas, já que para interagir na internet, o usuário admite abrir mão de grande parte de sua privacidade, nada impede que o policial crie um usuário falso para colher informações públicas, disponibilizadas voluntariamente pelos investigados como fotos, mensagens, endereço, nomes de amigos e familiares.

Ocorrerá invasão da privacidade do investigado, e, portanto, impedimento, quando houver invasão aos dados alocados na internet de forma restrita, em que o usuário só aceita abrir mão de sua intimidade em razão da confiança depositada no interlocutor (agente infiltrado). Esta invasão ou obtenção furtiva das informações pelo órgão investigativo só pode ser feita mediante previa autorização judicial que permita a infiltração policial virtual.

De forma geral, o agente policial ao ocultar a sua identidade unicamente para colher indícios de autoria e materialidade dos crimes a ser investigados prenotados na norma regente, não incorre em tipificação, não cometendo crime. Não obstante, todo e qualquer excesso policial advindo da não observância a estrita finalidade da investigação deve ser apurado e responsabilizado.

Não é admissível em nenhuma hipótese que o agente infiltrado provoque o investigado a praticar delito e tome as providências para que este não se consuma, sendo ilegal qualquer eventual flagrante preparado, pois deste modo o agente provocador cria um cenário de crime impossível por ineficácia absoluta do meio empregado (artigo 17 do CP).

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo teve como objetivo primordial a análise os limites da aplicação do instituto do agente infiltrado à luz do Direito Processual Penal brasileiro. Nesse contexto, a pesquisa partiu da análise da lei 12850/13, analisando o conceito de organização criminosa e os meios de prova admissíveis na investigação dessas organizações, entre os quais a Infiltração Policial.

Superada esta etapa, tratou-se de conceituar a figura do agente infiltrado, fazendo também uma análise da validade probatória do seu depoimento e dos requisitos legais para sua atuação, principalmente aquelas elencadas nos artigos 10 e 11 da Lei n. 12.850/13.

Destacamos os avanços na investigação de Crimes contra a Dignidade Sexual de Crianças e adolescentes, com a aplicação da Infiltração Virtual, atendendo os requisitos da Lei 13.441/2017, que determina que sua aplicação somente se dará após a necessária autorização judicial devidamente circunstanciada, só podendo ser solicitada quando se verificar imprescindível para persecução criminal, sendo portando executada de forma sigilosa, afim de promover a segurança do agente infiltrado.

Com fito em analisar a segurança jurídica do agente infiltrado, fez se aprofundada revisão da Teoria do Crime com fito em analisar hipóteses de exclusão de antijuridicidade, ilicitude ou culpabilidade, passando em seguida uma análise crítica da norma, vislumbrando as limitações na atuação do Agente Infiltrado e a desconstruir condutas típicas na Infiltração Virtual.

Quanto a realização de crimes pelo agente infiltrado no curso da investigação, verificou-se que, conforme disposto no art. 13 da Lei n. 12.850/13, e art. 190-C do ECA, não haverá punição, desde que as práticas desses crimes sejam necessárias à finalidade da operação, respeitada a proporcionalidade da atuação e inexigível conduta diversa.

Enfim, concluímos que não existe uma determinação apropriada do limite de atuação do agente infiltrado, sendo está centrada pelos princípios da legalidade, excepcionalidade da medida, da proporcionalidade e de um rígido controle jurisdicional, afim de evitar excessos, bem como preservar garantias e direitos fundamentais dos investigados.

REFERÊNCIAS

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Infiltração policial: possibilidade**. 2013. Disponível em: <http://cartaforense.com.br/conteudo/artigos/infiltracao-policial-possibilidade/11950>. Acesso em 04 de abril de 2018.

BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. **Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei 12.850/2013**. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

_____. Código de Processo Penal. Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941.

_____. Código Penal. Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940.

_____. Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995.

_____. Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013.

_____. Lei nº 13.341, de 8 de maio de 2017.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: legislação penal especial**, volume 4. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Crime organizado: nova Lei 12.850/13 e o problema da conduta dos agentes infiltrados no cometimento de infrações penais. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVI, n. 117, out 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13707>. Acesso em 04 de abril de 2018.

FERREIRA, Gecivaldo Vasconcelos. **Teoria do crime em síntese**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/10913/teoria-do-crime-em-sintese>. Acesso em 14 de abril de 2019.

GRECO FILHO, Vicente. **Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei n.12.850/13**. São Paulo: Saraiva, 2014.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada**. 3. ed. rev. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2015.

MARÇAL, Vinicius; MASSON, Cleber. **Crime Organizado**. São Paulo: Método, 2015. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-6728-4/recent> . Acesso em: 29 abr. 2016.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Comentários à Lei de Combate ao Crime Organizado**. São Paulo: Atlas, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 8. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v. 2.

VERGARA, Sylvia Constant. **Projetos e relatórios de pesquisa em administração**. 16 ed. São Paulo: Atlas, 2016.