



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM PRÁTICA JUDICANTE**

**INFILTRAÇÃO VIRTUAL DE AGENTES DE POLÍCIA NA REPRESSÃO DE
CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES**

AMANDA MARIA PEREIRA LINDOLFO

CAMPINA GRANDE – PB

2020

AMANDA MARIA PEREIRA LINDOLFO

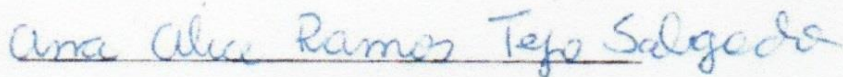
**INFILTRAÇÃO VIRTUAL DE AGENTES DE POLÍCIA NA REPRESSÃO DE
CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES**

Monografia apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Prática Judicante da Universidade Estadual da Paraíba, como requisito parcial à obtenção do título de especialista em Prática Judicante.

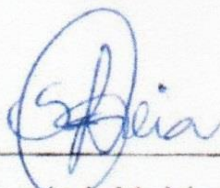
Aprovada em: 18/09/20

Nota: 10,0


BANCA EXAMINADORA



Profa. Dra. Ana Alice Ramos Tejo Salgado (Orientadora)



Profa. Dra. Sabrina Correia de Medeiros Cavalcanti (Examinadora)



Prof. Dr. Marcelo D'Angelo Lara (Examinador)

L747i Lindolfo, Amanda Maria Pereira.

Infiltração virtual de agentes de polícia na repressão de crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes [manuscrito] / Amanda Maria Pereira Lindolfo. - 2020.

67 p.

Digitado.

Monografia

(Especialização

em

Prática

Judicante) -

Universidade Estadual da Paraíba, Pró-Reitoria de Pós-Graduação e Pesquisa , 2021.

"Orientação : Profa. Dra. Ana Alice Ramos Tejo Salgado , Coordenação do Curso de Direito - CCJ."

1. Cibercrimes. 2. Dignidade sexual. 3. Crianças e adolescentes. 4. Infiltração virtual.

I. Título

RESUMO

A crescente utilização de recursos informáticos como meio de execução de cibercrimes ensejou o surgimento da figura do agente infiltrado virtual, introduzida ao ordenamento brasileiro por força da Lei n. 13.441/17. A referida lei permitiu a utilização de uma nova técnica investigativa na busca pela repressão de crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes, por meio da qual é possível colher provas a respeito da materialidade delitiva e os indícios de autoria. Nesse contexto, a presente pesquisa pauta-se na análise dos aspectos procedimentais da infiltração virtual de agentes de polícia trazendo à baila os delitos suscetíveis ao referido procedimento investigatório, os limites da atuação do agente de polícia e seu poder discricionário, bem como a discussão a respeito da legalidade das provas obtidas. Com o escopo de obter tais dados, utilizou-se a pesquisa qualitativa, do tipo documental e de cunho exploratório, valendo-se do método de procedimento histórico, e analítico-descritivo. Quanto aos resultados alcançados, o estudo desenvolvido destaca como requisitos para a instauração e desenvolvimento da infiltração virtual a legitimidade, autorização judicial, subsidiariedade, prazo de duração, sigilo e atuação policial sem excessos. Em conclusão, a pesquisa desempenhada expõe que a novel Lei 13.441/17 se mostra como uma importante aliada na repressão de crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes, trazendo à tona a imprescindibilidade de o agente de polícia estar sempre adstrito aos ditames da autorização judicial, de modo a evitar a ilicitude das provas obtidas e a punição por eventuais excessos. Com efeito, ressalta-se que em que pese a infiltração virtual de agentes de polícia ser amparado por um indispensável documento legal, ainda há críticas, a exemplo da impossibilidade de extensão do prazo de duração, mesmo em caso de comprovada necessidade, dando margem a uma interpretação judicial da norma, conforme o caso concreto.

Palavras-Chave: Cibercrimes. Dignidade Sexual. Crianças e Adolescentes. Infiltração Virtual.

ABSTRACT

The growing use of computer resources as a means of executing cybercrimes led to the appearance of the figure of the virtual infiltrated agent, introduced to the Brazilian order under Law no. 13,441/17. This law allowed the use of a new investigative technique in the search for the repression of crimes against the sexual dignity of children and teenagers, through which it is possible to gather evidence regarding criminal materiality and evidence of authorship. In this context, the present research is based on the analysis of the procedural aspects of the virtual infiltration of police officers, bringing to light the crimes susceptible to the aforementioned investigative procedure, the limits of the police officer's performance and his discretionary power, as well as the discussion about the legality of the evidence obtained. In order to obtain such data, it was used qualitative research of the documentary type and of an exploratory nature, using the method of historical procedure, and analytical-descriptive. As for the results achieved, the study developed highlights as requirements for the establishment and development of virtual infiltration the legitimacy, judicial authorization, subsidiarity, duration, secrecy and police action without excess. In conclusion, the research carried out demonstrates that the new Law 13,441/17 shows itself as an important ally in the repression of crimes against the sexual dignity of children and teenagers, exposing the necessity for the police officer to always be bound by the dictates of legal authorization, in order to avoid the illegality of the evidence obtained and the punishment for possible excesses. Indeed, it is emphasized that despite the virtual infiltration of police officers be supported by an indispensable legal document, there are still criticisms to be analyzed, example of the impossibility of extending the duration, even in case of proven need, allowing a judicial interpretation of the rule, according to the specific case.

Keywords: Cybercrimes. Sexual Dignity. Children and Teenagers. Virtual Infiltration.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	6
2 DOS CIBERCRIMES.....	9
2.1 Cibercrimes contra a dignidade sexual na Lei 13.441/2017.....	14
2.2 Evolução normativa da repressão de cibercrimes e infiltração virtual de agentes de polícia.....	19
3 INFILTRAÇÃO VIRTUAL COMO MEIO DE OBTENÇÃO DE PROVAS.....	23
3.1 Do ônus da prova e atividade probatório do juiz.....	25
3.2 Da (i)licitude e cadeia de custódia da prova.....	28
4 DO AGENTE DE POLÍCIA E DO PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO VIRTUAL NA LEI 13.441/2017.....	33
4.1 Do agente de polícia infiltrado no âmbito dos crimes sexuais contra crianças e adolescentes.....	33
4.1.1 Agente disfarçado e Agente provocador.....	38
4.2 Aspectos procedimentais da infiltração virtual previstos na Lei 13.441/2017.....	41
4.2.1 Requisitos legais da infiltração virtual de agentes de polícia.....	42
5 DA PROPORCIONALIDADE DA ATUAÇÃO DO AGENTE DE POLÍCIA NA OBTENÇÃO DE PROVA.....	48
5.1 Do encontro fortuito de provas (<i>serendipidade</i>).....	50
5.2 Da prova testemunhal do agente infiltrado.....	52
6 METODOLOGIA.....	55
7 RESULTADOS E DISCUSSÕES.....	57
8 CONCLUSÃO.....	62
REFERÊNCIAS.....	64

1 INTRODUÇÃO

Os avanços tecnológicos e o mundo globalizado favoreceram o surgimento do fenômeno social denominado de cibercrime, sua notoriedade é relativamente nova, mas as autoridades de segurança pública brasileira já haviam reconhecido sua severidade ao criar delegacias especializadas nesse tipo de delito, porém as técnicas de investigações ainda eram escassas.

A crescente utilização de recursos informáticos como meio de execução dos delitos virtuais a cada dia que passa propicia o surgimento de novas formas de burlar a lei por meio de condutas com alta capacidade de gerar a impunidade, devido ao grau de sigilidade que o ciberespaço propicia. Assim, em sua maioria, as praticas delituosas atingem grupos vulneráveis da sociedade, como as crianças e adolescentes, justificando a busca por novos mecanismos de investigação de crimes virtuais, a exemplo da infiltração virtual de agentes policiais prevista na Lei 13.441/2017.

Nesse contexto, no que concerne aos cibercrimes contra a dignidade sexual, objeto de estudo do presente trabalho, é notório que os infantes são vítimas que merecem atenta tutela do Estado, primeiro pelo microsistema de proteção presente no nosso ordenamento jurídico, segundo devido as características inerentes a essa fase da vida humana, a qual caracteriza-se preponderantemente pelo baixo grau de maturidade intelectual que acarreta uma remota compreensão da realidade capaz de dissimilar condutas ilícitas.

Nesse último caso, além da proteção estatal, se faz necessária uma atuação cautelosa e firme da família e da comunidade, os quais conforme teor do artigo 227, da Constituição Federal, são corresponsáveis pela proteção desses indivíduos.

A infiltração de agentes de polícia é um procedimento especial e excepcional de investigação criminal que depende de prévia autorização judicial, regido pela sigilidade e com prazo fixado para a colheita de provas necessárias e atinentes à materialidade e indícios de autoria dos delitos, a fim de embasar a justa causa de uma futura denuncia.

O procedimento investigatório previsto na Lei 13.441/17 é considerado uma pertinente inovação legislativa, uma vez que esse instrumento, antes previsto apenas no meio físico no seio da Lei de Drogas e na Lei de Organização Criminosa, passou a ter aparato legal para ser realizada no ciberespaço como meio de obtenção de provas na repressão de crimes contra a dignidade sexual em desfavor de crianças e adolescentes.

Em outra senda, colaborando para comprovar a importância da novel previsão legal, se faz mister trazer a baila o artigo 10-A a Lei 12. 850/2013, trazido ao nosso ordenamento através da Lei 13.964/2019, o qual prever a admissão da ação de agentes de polícia infiltrados

virtuais na internet com o fim de investigar os crimes praticados por organização criminosas e a eles conexos.

Nestes moldes, o presente trabalho tem por escopo analisar os aspectos procedimentais da infiltração de agentes de polícia como um meio de obtenção de prova na repressão de crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes, trazendo à tona quais são esses delitos, quais os limites da atuação do agente de polícia no âmbito do procedimento investigatório, bem como a discussão a respeito da legalidade das provas obtidas.

Além disso, visa esclarecer as dificuldades da investigação criminal após a promulgação da Lei 13. 441/2017 quando se busca identificar a autoria do crime, já que na maioria das vezes o investigado utiliza-se de camadas profundas da internet (*deep web e dark net*) para praticar os ilícitos criminais.

Quanto à problemática, a pesquisa consubstancia-se no seguinte questionamento: quais são as margens de atuação do agente de polícia e qual o seu nível de discricionariedade na investigação virtual, uma vez que é de notório conhecimento que a ilegalidade de seu desempenho pode culminar na ilicitude das provas obtidas?

Ademais, também nortearão o trabalho a análise da evolução normativa no que diz respeito à infiltração de agentes de polícia até se alcançar a infiltração deflagrada em ambiente virtual prevista na Lei 13.441/2017.

Destaca-se ainda o caráter inovador da referida técnica investigativa no âmbito da repressão de crimes contra a dignidade sexual no meio cibernético, sendo, desse modo, válida adequação legislativa às demandas e desdobramentos sociais que foram construídos a partir da evolução tecnológica que possibilitou o surgimento de novos *modus operandi* para prática de crimes.

Nesse sentido, por questões de política criminal, é importante que se atente ao imprescindível dever que o legislador e o operador do direito devem ter de se amoldarem aos anseios sociais e se utilizarem de novos instrumentos para frear o alarmante cenário de violência cibernética, principalmente no que concerne a solidificação da proteção a grupos vulneráveis, como é o caso dos infantes.

Visto isso, é de extrema importância que as pesquisas no meio jurídico demonstrem que a sociedade está em constante transformação e, portanto, institutos do direito que já possuem uma basilar importância em nosso ordenamento jurídico, como é o caso no inquérito policial, devem ser aperfeiçoados conforme as necessidades inerentes à sociedade.

Em momento de grande avanço digital, as investigações devem ser cada vez mais tecnológicas, utilizando-se de profissionais que possuam conhecimento e técnica para lidar com tais fenômenos sociais, uma vez que as tecnologias de Informação e Comunicação (TIC) vêm rompendo os velhos limites estáveis e referenciais do ser humano e ultrapassando fronteiras outrora inimagináveis.

2 DOS CIBERCRIMES

Levando em consideração a necessidade social de abordar formalmente e objetivamente os crimes praticados no ambiente virtual, de modo a alcançar com caráter prioritário, uma política criminal comum entre os países, através da adoção de legislação adequada e da melhoria da cooperação internacional, o Conselho da Europa, elaborou a Convenção sobre Cibercrimes, firmada na cidade de Budapeste, na Hungria, a qual entrou em vigor em 01 de julho de 2004.

A Convenção de Budapeste (ou Convenção sobre cibercrimes) tem, dentre outros objetivos, o de complementar a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança de 1989, e a Convenção da Organização Internacional do Trabalho sobre as Piores Formas do Trabalho Infantil de 1999, aspirando “tornar mais eficazes as investigações e as acções penais relativas a infracções penais relacionadas com sistemas e dados informáticos, bem como permitir a recolha de provas em forma electrónica de uma infracção penal” (CONVENÇÃO SOBRE CIBERCRIMES, 2004, p. 2).

O principal ponto de relevância a se destacar sobre a Convenção comentada no âmbito dos crimes cibernéticos é que ela os define em seu capítulo 1, tipificando-os como infrações contra sistemas e dados informáticos, infrações relacionadas com computadores, infrações relacionadas com o conteúdo (pornografia infantil) e infrações relacionadas com a violação de direitos autorais.

Além disso, destaca-se também que Convenção já trazia em seu texto a denominação do ambiente virtual como ciberespaço, asseverando que tem como objetivo a formação de uma política criminal comum, a fim de que seja possível proteger a sociedade contra a criminalidade crescente nesse ambiente.

Dessa forma, baseando na internacionalização dos crimes praticados no âmbito da internet, os países signatários observaram na cooperação internacional, uma forma de combater esse tipo de delito e reprimir, principalmente quando se fala em crimes contra a dignidade sexual, em especial a pedofilia, conforme citação da própria convenção de Budapeste.

Mesmo diante da patente importância que a citada convenção tem no combate aos cibercrimes, embora não traga soluções e sim caminhos para a repressão, o Brasil ainda não é signatário, mas segundo a nota 309 publicada em 11 de dezembro de 2019, no site dos

Ministérios das Relações Exteriores, o Brasil deverá tomar as providências legais internas necessárias à adesão à Convenção, podendo, contudo, desde já, participar, como observador, das reuniões sobre o Ajuste e seus protocolos (ITAMARATY, 2019).

Nesse contexto, diante do grande número de crimes praticados no ambiente virtual, inclusive sendo tema para ensejar a cooperação internacional, considera-se imperioso tratar nesse título sobre a definição de ciberespaço, ambiente que vem se configurando eficiente e frutuoso na prática de delitos.

Destaca-se que a razão para o exponencial crescimento relaciona-se ao fato de que a rede mundial de computadores constitui uma atmosfera caracterizada pelo anonimato, rapidez na propagação de informações, maior alcance geográfico, e conseqüentemente maior número de vítimas, o ciberespaço por muito tempo foi considerado intangível a tutela do Estado, gerando uma sensação de impunidade e insegurança jurídica, tanto para os atores do ilícito quanto para os usuários e vítimas.

Sobre o início do ciberespaço, Cristiano Colombo e Rogerio Fachini Neto (2017, p. 219) asseveram que no auge da guerra fria, a agência de pesquisa Advanced Research Projects Agency (ARPA) foi encarregada pelo governo norte-americano para realizar um sistema de comunicação capaz de transmitir dados mesmo na hipótese de um conflito nuclear, nascendo assim, a rede Arpanet, que está na origem da rede Internet (INTERconnected NETworks).

A partir desse momento, o conceito de tempo e espaço foi totalmente modificado, pois esses se inseriram em um novo contexto, havendo, simultaneamente, o espaço físico e espaço virtual, destruindo as fronteiras físicas e abrindo novas perspectivas de comunicação de nível global.

Com base nessas informações, o que vem a ser entendido por ciberespaço?

Segundo Lévy (2000, p.17), o ciberespaço, chamando também de rede, pode ser caracterizado como o novo meio de comunicação que surgiu da interconexão mundial de computadores, de modo que o termo não especifica somente a infraestrutura material da troca de informações digital, mas a enorme gama de dados que ele abriga.

Entendido o que se denomina por ciberespaço, passemos a se ater ao conceito de crimes praticados no ambiente virtual. Não há unanimidade dos doutrinadores sobre o

assunto, visto que a divergência se mostra evidente no que se refere à denominação de crimes dessa natureza, como exemplo, pode destacar as seguintes intitulações: virtuais, informáticos, cibernéticos, digitais, cibercrimes e transnacionais.

Segundo Ramalho Terceiro (2002, p. 1), os crimes perpetrados neste ambiente se caracterizam pela ausência física do agente ativo, por isso, passaram a ser definidos pela nomenclatura de crimes virtuais, ou seja, os delitos praticados por meio da rede mundial de computadores são denominados de crimes virtuais, devido à ausência física de seus autores e vítimas, levando em consideração nesses casos a presença virtual.

Acrescenta-se o que Andrade assevera sobre o tema

Acreditamos que a nomenclatura de **cybercrimes** seja a mais apropriada, pois se coaduna com o modelo da política criminal internacional instituída pela Convenção de Budapeste sobre cybercrimes, modelo este, amplamente adotado por vários países. Os cybercrimes podem ser classificados em: próprios ou impróprios. Os primeiros são os ilícitos penais que só existem na esfera do ciberespaço, como a exemplo dos ataques de negação de serviços - Denial Of Services (DOS) -. Os impróprios são aqueles que a tecnologia serve como meio da atuação. (ANDRADE, 2005, p. 1, grifo nosso)

Baseado na ótica da Convenção sobre o Cibercrime de Budapeste (2004), Castro (2003, p.9), preceitua que “os crimes de informática são aqueles perpetrados através dos computadores, contra os mesmos, ou através dele. A maioria dos crimes é praticada através da internet, e o meio usualmente utilizado é o computador”.

Outrossim, Rosa (2012, p. 53) reputa que o crime de informática como sendo todo procedimento que atenta contra os dados, através do computador, utilizando-se software e hardware, para perpetrá-los. Além disso, a autora entende que o crime de informática é toda a ação típica, antijurídica e culpável, contra ou pela utilização de processamento automático e/ou eletrônico de dados ou sua transmissão.

Nesses crimes a conduta típica se realiza contra ou pela utilização de processamento automático de dados ou a sua transmissão. Ou seja, a utilização de um sistema de informática para atentar contra um bem ou interesse juridicamente protegido, pertença ele à ordem econômica, à integridade corporal, à liberdade individual, à privacidade, à honra, ao patrimônio público ou privado, à Administração Pública.

Diante desses entendimentos, constata-se que o termo cibercrimes, ou simplesmente crimes virtuais, são as nomenclaturas que mais se adequam para nomear os crimes analisados no presente estudo, haja vista que este está ligado estritamente aos crimes que são praticados através da rede mundial de computadores, alvos da infiltração virtual de agentes de polícia. Porém, nada impede de que as nomeações trazidas no decorrer do presente tópico sejam usadas para fins de sinonímia.

Assim, em resumo, considera-se que a definição de crimes virtuais é a de que esses são delitos praticados por meio ou contra dispositivo informático, podendo ser divididos em próprios, que “são aqueles em que o bem jurídico protegido pela norma penal é a inviolabilidade das informações automatizadas (dados)” (VIANA, 2003, p. 13), os quais segundo SCHMIDT (2015, p. 1) pode-se destacar as condutas praticadas por hackers, tanto de invasão de sistemas quanto de modificar, alterar, inserir dados falsos. E os impróprios, que seriam aqueles que atingem um bem jurídico comum, como o patrimônio, e utilizam dos sistemas informáticos apenas como *animus operandi*, ou seja, um novo meio de execução (SCHMIDT, 2015, p. 1).

A partir das definições de cibercrimes apresentadas nesse tópico, depreende-se que o Estado, com o advento das inovações tecnológicas, tem o dever de adequar suas leis (ou alterar os tipos penais existentes) e seus procedimentos investigativos, a fim de tutelar os bens jurídicos atingidos com as novas práticas delitivas. Crimes que já eram praticados em ambiente físico somaram novos desdobramentos no ambiente virtual, com capacidade de eficiência e eficácia muito superior, o que também enseja uma proporcionalidade na cominação das penas em face do alto grau de consumação desses delitos.

No que diz respeito ao ordenamento jurídico nacional, apenas no ano de 2012, com o advento da Lei 12.737/2012, conhecida como Lei Carolina Dieckman, se falou em cibercrimes, por isso, essa norma representou um avanço legislativo no que concerne a tutela dos direitos no âmbito virtual.

Todavia, em que pese sua novel previsão, é considerada pelos doutrinadores como uma norma deficiente, pois para que a conduta possa ser tipificada como crime, há a necessidade de que ocorra, indispensavelmente, a violação de dispositivo de segurança, ou seja, só haveria crime se houvesse uma barreira de segurança (senha) no dispositivo

eletrônico, assim, condutas que poderiam ser tipificadas como crime passariam pela peneira da previsão legal e não seriam abarcados por ela.

Apesar das críticas, a Lei 12.737/2012 inseriu no Código Penal um novo tipo penal disposto no artigo 154-A, denominado invasão de dispositivo informático no capítulo dos crimes contra a liberdade individual, e teve por escopo tutelar a intimidade e a inviolabilidade dos segredos, protegendo a vida privada do proprietário ou possuidor do dispositivo informático, ou seja, a pessoa física ou jurídica que poderá vir a sofrer dano material ou moral em face da invasão.

Mais tarde, a lei 12.965/2014, popularmente denominada por Marco Civil da Internet ou Constituição Digital brasileira, positivou as discussões a respeito da necessidade de segurança jurídica e governança digital, as quais o âmbito virtual ensejava, estabelecendo princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil, e determinando ainda, diretrizes para a atuação dos entes federados sobre o assunto.

É notório que após compartilhar informações no ambiente virtual, se torna quase que impossível fiscalizar e ter conhecimento do destino que foi adotado por esses dados inseridos na rede, já que, além de todas as características inerentes ao meio virtual, cada usuário tem um banco particular de informações em seu próprio dispositivo eletrônico. Ademais, os conteúdos podem ser alterados, compartilhados e interpretados de vários modos, dos quais o autor não consegue ter controle sozinho, surgindo então, a necessidade de o Estado proteger os interesses legítimos ligados ao uso e desenvolvimento das tecnologias da informação.

Visto isso, em decorrência desse fenômeno social, se faz mister trazer ao presente estudo a evolução normativa na repressão de crimes dessa natureza, em especial, aqueles contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes, e, particularmente, por meio da infiltração virtual de agentes de polícia; bem como, uma breve análise acerca dos cibercrimes cometidos contra crianças e adolescentes tratados na lei 13.441/2017, objeto de estudo dessa pesquisa.

Nesses termos, a invasão de dispositivo móvel e os crimes contra a dignidade sexual no ciberespaço, a exemplo da pedofilia e o estupro de vulnerável são um dos delitos a serem tratados na próxima seção, trazendo à baila o seu modus operandi virtual e a maneira que o

Código Penal e o Estatuto da Criança e do Adolescente criaram um microssistemas a fim de reprimê-los, cominando pena privativa de liberdade para os seus autores.

2.1 Cibercrimes contra a dignidade sexual na Lei 13.441/2017

A Lei 13.441/2017 trouxe a seção V-A ao Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual intitulou de infiltração virtual de agentes de polícia para investigação de crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescente. Nesse caso, o que seria dignidade sexual de crianças e adolescente?

Segundo Nucci (2015, p. 1), a dignidade sexual está intimamente ligada à sexualidade humana, ou seja, o conjunto dos fatos, ocorrências e aparências da vida sexual de cada um que soma a respeitabilidade, a autoestima à intimidade e à vida privada, de modo que ser humano pode realizar-se, sexualmente, como ele preferir, sem que haja qualquer interferência estatal ou da sociedade.

No caso de crianças ou adolescente a dignidade sexual vai muito além da liberdade sexual do indivíduo, trata-se de uma verdadeira faceta do princípio constitucional da dignidade humana, uma vez que as referidas figuras encontram-se ainda em desenvolvimento intelectual e corporal, razão pela qual é dever do Estado, da família e da comunidade (artigo 227, da Constituição Federal) assegurar o livre e sadio desenvolvimento da personalidade sexual dos infantes.

O nosso ordenamento jurídico ocupa-se, dessa forma, a resguardar direitos inerentes a essa parcela da sociedade que tem como característica latente a vulnerabilidade. Soma-se a isso, o fato de que os citados crimes não se limitam a ofensa física imediata, mas gera efeitos muito mais graves e que se protraem no tempo, atingindo direitos intrínsecos a personalidade das crianças e adolescentes que não podem ser reparados, ricocheteando inclusive na própria família e sociedade.

Quanto ao contexto legalmente positivado, o artigo 190-A do referido Estatuto traz a previsão da infiltração virtual de agentes de polícia nos crimes correspondentes aos artigos 240 , 241 , 241-A , 241-B , 241-C e 241-D, todos do Estatuto da Criança e do adolescente e nos artigos 154-A , 217-A , 218 , 218-A e 218-B do Código Penal .

A Lei 13.441/2017 prescreve a atuação policial nos crimes capitulados tanto no Código Penal, quanto no próprio Estatuto da Criança e do adolescente, mas a indagação que surge na primeira leitura do artigo 190-A diz respeito ao tipo de rol que o legislador instituiu: seria o artigo 190-A um rol taxativo ou exemplificativo?

Na novidade da Lei, com base em Castro (2017, p 1), citando Leitão e Saninni Neto, sobre a natureza do rol dos crimes autorizadores da infiltração virtual, era sabido que existiam duas correntes sobre o tema: a primeira que asseverava que o rol é taxativo, em razão do caráter excepcional do procedimento e a segunda que afirmava que esse é exemplificativo, pois o princípio da proteção deficiente e a livre iniciativa probatória justificam o emprego da técnica investigativa quando necessária para elucidar crimes graves cometidos por meio da internet.

Não obstante tais entendimentos, após três anos da promulgação da Lei 13.441/2017, observa-se que a corrente mais pertinente ao presente estudo é a de que o rol dos crimes trazidos pela lei é exemplificativo, uma vez que, mesmo diante da excepcionalidade da atuação policial e da previsão precisa da referida lei, hoje, já é plenamente possível o uso da técnica investigativa em crimes praticados por organizações criminosas e conexos.

Com efeito, a novel Lei nº 13.964, de 2019 em seu artigo 10-A dispõe que será admitida a ação de agentes de polícia infiltrados virtuais na internet, com o fim de investigar os crimes previstos na respectiva Lei e os conexos, praticados por organizações criminosas, desde que demonstrada sua necessidade e indicados o alcance das tarefas dos policiais (BRASIL, 2019, grifo nosso).

Abordando-se os cibercrimes de modo geral, quanto ao sujeito passivo, tem-se que os delitos dos artigos 240 , 241 , 241-A , 241-B , 241-C e 241-D, todos do Estatuto da Criança e do adolescente, devido à especialidade da Lei só podem ter como sujeito passivo a criança e o adolescente, em contrapartida, os artigos 154-A , 217-A , 218 , 218-A e 218-B do Código Penal, podem ter como vítimas tanto o adulto, quanto a criança e adolescente, porém, levando em consideração o objetivo da lei 13. 441/2017 e a interpretação literal do artigo 290-A, do Estatuto da Criança e do Adolescente, entende-se que a previsão da infiltração virtual se dará quando forem praticados contra a dignidade sexual de crianças e adolescente, delimitação que respalda o objeto de estudo do presente trabalho.

Partindo para análise específica dos crimes, avaliaremos os pertencentes aos artigos 240, 241, 241-A, 241-B, 241-C e 241-D do Estatuto da Criança e do Adolescente, todos integrantes da categoria dos delitos que se ligam a Pedofilia, os quais contêm na descrição do seu tipo penal condutas que envolvam a expressão “cena de sexo explícito ou pornografia”, essa segundo a norma explicativa contida no artigo 241-E, compreende qualquer situação que envolva criança ou adolescente em atividades sexuais explícitas, reais ou simuladas, ou exibição de seus órgão genitais para o fim sexual.

A Pedofilia é uma patologia e, segundo informações contidas no site do Ministério Público Federal direcionado a crianças e adolescente denominado de turminha do MPF (200?, p.1), constitui um transtorno da preferência sexual, pelo o qual o indivíduo apresenta um desejo, uma fantasia e/ou estímulo sexual por infantes pré-púberes. Nestes moldes, ela não é si considerada crime pelo nosso ordenamento jurídico, porém, quando o pedófilo exterioriza a sua patologia e essa conduta se amolda aos elementos do tipo penal, estará caracterizado o crime.

O artigo 240 trata da utilização de criança ou adolescente em cena de sexo explícito ou pornográfica, por estar previsto no próprio tipo penal que pode ser praticado por qualquer meio, entende-se que tal delito classifica-se como cibercrime impróprio. O artigo 241, por sua vez, trata do comércio de material pedófilo, e também pode ser praticado tanto no ambiente virtual, quanto no físico, razão pela qual se enquadra no cibercrime imoproprio.

Os artigos. 241-A (difusão de pedofilia), artigo 241-B(trata da posse de material pedófilo), artigo 241-C (simulacro de pedofilia) e o artigo 241-D que faz previsão a respeito do aliciamento de crianças, também são considerados cibercrime impróprios, pois todos podem ser praticados por outros meios além do ciberespaço.

Nesse contexto, em que pese os delitos apresentados serem cibercrimes impróprios, para que haja a infiltração virtual prevista na Lei 13. 441/2017, o meio de desenvolvimento do delito deve ser necessariamente o ciberespaço, não sendo alvo, por tanto, da referida técnica investigativa modus operandi que se desdobra no ambiente físico.

Já os crimes trazidos pelo artigo 190-A que estão previstos no Código Penal são aqueles contra a dignidade sexual de vulneráveis, quais sejam: estupro de vulnerável (artigo 217-A do Código Penal), corrupção de menores (artigo 218 do Código Penal),

satisfação de lascívia (artigo 218-A do Código Penal) e favorecimento da prostituição de criança ou adolescente ou de vulnerável (artigo 218-B do Código Penal).

Assim como os delitos previstos no Estatuto da Criança e do adolescente, todos os citados crimes previstos no Código Penal são classificados como cibercrimes impróprios, porém, para a incidência da Lei 13.441 devem ser, de forma obrigatória, praticados no ciberespaço.

O estupro de vulnerável tipificado no artigo 217-A traz a seguinte indagação: qual seria o *modus operandi* desse crime no contexto virtual, já que o tipo penal fala em ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos?

Segundo o Promotor de Justiça Júlio Almeida, tratando sobre um caso concreto que ocorreu na 6ª Vara Criminal do Foro Central de Porto Alegre o estupro de vulnerável resta caracterizado no contexto virtual, uma vez que

Embora abusador e vítima estivessem geograficamente em estados diferentes, o ambiente virtual é capaz de simular o encontro, como se de fato, fisicamente, juntos estivessem, e isso, certamente, provocou danos à vítima, que, após o ocorrido, passou a manifestar comportamento atípico e a repetir a situação vivenciada por influência do réu. (ALMEIDA, 2018, p. 1)

Assim, entende-se que a adequação típica no estupro de vulnerável praticado no ciberespaço se dá no momento em que o autor simula estar praticando conjunção carnal ou ato libidinoso com a vítima, gerando em si mesmo e na criança ou adolescente, danos que a levou a crer que aquele acontecimento se parecia real.

Nesse contexto, observa-se que a subsunção a normal nesse tipo de acontecimento é bastante difícil, principalmente na questão da infiltração do agente de polícia para investigar esse tipo de crime, já para a configuração da materialidade do crime, o policial deveria estar presente no momento do crime ou tomar conhecimento dele após seu cometimento.

O artigo 218-A, também enseja dúvidas quanto a sua prática no ciberespaço, pois o legislador tipificou o crime como a prática, na presença de alguém menor de 14 (catorze) anos, ou induzi-lo a presenciar, conjunção carnal ou outro ato libidinoso, a fim de satisfazer lascívia própria ou de outrem.

Observa-se que de uma interpretação literal desse artigo, não seria possível a sua prática no ambiente virtual, pois ele deixa claro que necessita da presença de alguém menor de 14(catorze) anos, porém, a partir dos desdobramentos das práticas de cibercrimes, tornou-se aceito pelo nosso ordenamento jurídico a configuração desse delito quando houver presença virtual da vítima e do autor do crime, como por exemplo por meio da chamada de vídeo.

Os delitos penais de satisfação de lascívia (artigo 218-A do Código Penal) e favorecimento da prostituição de criança ou adolescente ou de vulnerável (artigo 218-B do Código Penal) se mostram evidentes no contexto virtual, uma vez que a rede mundial de computadores tem se revelado como um meio comum e eficaz na prática desses tipos penais, principalmente no contexto da chamada dark web, ciberespaço onde existem páginas de difícil acesso e frequentemente usado por hackers e criminosos virtuais, devido ao grande grau de anonimato, e assim com apenas um clique é possível atingir milhares de crianças ou adolescentes.

No ciberespaço, os criminosos criam verdadeiros catálogos virtuais de criança e adolescente em contexto pornográfico, através de fotos e vídeos, disseminando assim, conteúdo apto a ser usado para satisfação da lascívia do investigado e o favorecimento de prostituição, de modo que este último delito, pode vir a acarretar um futuro estupro de vulnerável em ambiente físico.

Por fim, passemos a tratar sobre o crime previsto no artigo 154-A do Código Penal, o qual se denomina invasão de dispositivo informático e tem como sujeito passivo tanto o proprietário, quanto o possuidor do dispositivo, que no contexto da infiltração virtual de agentes deve ser necessariamente criança e adolescente, em decorrência do princípio da especialidade.

O crime em tela não tutela a dignidade sexual contra a criança e adolescente diretamente, pois se encarrega de proteger a intimidade e inviolabilidade dos segredos, porém, entende-se que o legislador, ao incluir a invasão de dispositivo móvel no artigo 190-A, do Estatuto da Criança e do adolescente, teve como objetivo resguardar de forma indireta a dignidade sexual, pois a partir da invasão de dispositivo informático, que tenha como possuidor ou proprietário criança e adolescente, pode vir a ocorrer em conseqüente outros delitos que afrontem o bem jurídico da dignidade sexual.

Em havendo fotos ou vídeos que tenha conteúdo sexual no computador invadido, por exemplo, pode ser veículo para a realização de delitos como os previstos no Estatuto da Criança e do adolescente, nos artigos 241, (vender ou expor à venda fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente), 241-A (oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, distribuir, publicar ou divulgar por qualquer meio, inclusive por meio de sistema de informática ou telemático, fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente), 241-B (adquirir, possuir ou armazenar, por qualquer meio, fotografia, vídeo ou outra forma de registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente).

Assim, mesmo que o delito não se encaixe de forma direta no rol dos crimes contra a dignidade sexual, o legislador se precaveu em prever os desdobramentos que essa invasão do dispositivo informático poderia acarretar.

Visto isso, após tratar da adequação típico dos crimes no ciberespaço para que se sujeitem a técnica investigativa prevista na Lei 13. 441/2017, objeto do presente estudo, se faz mister versar sobre os indícios de autoria e prova da materialidade do fato que são colhidas a partir dessa atuação policial, a fim de repreender as práticas criminosas apresentadas no decorrer desse capítulo, conforme veremos no próximo título.

2.2 Evolução normativa da repressão de cibercrimes e infiltração virtual de agentes de polícia

A infiltração de agentes de polícia, inicialmente foi prevista no Brasil através da lei 10.217/2001, que alterou os artigos 1º e 2º da Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995, a qual encontra-se revogada e dispunha sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas, de modo que prescrevia em seu artigo 2º que em qualquer fase de persecução seria permitida a infiltração por agentes de polícia ou de inteligência, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes, mediante circunstanciada autorização judicial(2001).

Na redação original da Lei n. 9.034/95, a figura do agente infiltrado fora vetada, de modo que seu ingresso nessa legislação, mesmo que dotado de imperfeição técnica, somente se deu por intermédio da Lei n. 10.217/01.

A citada Lei, composta de atecnia, se caracterizava pela ausência de tratamento específico de alguns instrumentos a serem utilizadas no enfrentamento aos crimes organizados. Além disso, a legislação não apresentava um conceito normativo sobre o que seriam consideradas organizações criminosas, já que as previu em seu artigo 1º, afirmando que ela regula meios de prova e procedimentos investigatórios que versem sobre ilícitos decorrentes de ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo (BRASIL, 2001).

Posteriormente, houve a previsão legal do agente infiltrado na lei 11.343/2006, especialmente nos casos de entorpecentes, quadrilha ou bando, associação ou organização criminosa.

Em seu art. 53, inciso I, da Lei 11.343/2006 o legislador previu que em qualquer fase da persecução criminal, 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. Porém, não se prevê prazo máximo, nem como ocorrerá a técnica investigativa.

Em consequente, nasce no Brasil a lei nº 12.850/2013, a qual segundo Buffon (2018, p. 78), foi por meio dessa que novos crimes passaram a ser alvos na busca da autoria e materialidade delitiva, os quais pode-se enumerar: organizações criminosas previstas no art. 1º, § 1º e as situações previstas no § 2º, ambos da mesma lei, esse último, possibilitando investigações no ambiente virtual, em geografia internacional, especialmente quanto aos crimes relacionados à pornografia infantil.

Ainda segundo o doutrinador (2018, p. 79), a grande inovação da Lei nº 12.850/2013 é a não exigência da existência de organização criminosa para permitir o uso da infiltração policial, desde que se referissem aos delitos tratados no § 2º da legislação.

Nesse sentido, nos preceitos dessa norma, a infiltração de agentes de polícia poderá se originar de requerimento pelo Ministério Público ou representação pela polícia (civil ou federal). Além disso, exige-se, de acordo com o artigo 10, caput, da Lei nº 12.850/2013 a “manifestação técnica” do delegado de polícia, quando a medida de obtenção de provas for solicitada no curso do inquérito policial.

A lei de crime organizado (12. 850/2013) prevê prazo máximo para a realização da infiltração de 6 meses, podendo ser sucessivamente prorrogado e só poderá ser adotado se a prova não puder ser produzida por outros meios disponíveis.

Em 08 de maio de 2017, surge ao ordenamento jurídico brasileiro a Lei nº 13.441/2017, que acrescenta a Seção V-A à Lei nº 8.069/1990 – Estatuto da Criança e Adolescente –, a qual trata especificamente de infiltração virtual de agentes policiais, promovendo a inserção dos preceitos contidos nos artigos 190-A, 190-B, 190-C, 190-D e 190-D.

Segundo Castro (2017), a utilidade maior da infiltração policial cibernética reside no uso de identidade fictícia para coletar informações sigilosas (privadas, em relação às quais há expectativa de privacidade) e na penetração em dispositivo informático do criminoso a fim de angariar provas

Nestes moldes, destaca-se que a Lei 13.441/2017 pode ser considerada um marco no ordenamento jurídico brasileiro, pois, mesmo que a infiltração de agentes, diante dos regramentos anteriores, fosse prevista no Brasil muito antes da última lei publicada, esta, pela primeira vez, fez referência expressa à aplicação de tal meio de obtenção de provas no mundo digital.

Além disso, ressalta-se que as inovações trazidas pela Lei 13.964/2019 à Lei de organização criminosa, abarcaram muito do que já era previsto pela Lei 13.441/2017, de modo que agora, no combate a os tipos penais previstos naquela lei, também pode-se utilizar da infiltração virtual de agentes de polícia.

Não obstante as previsões destacadas, todas anteriores ao advento da Lei nº 13.441/2017, se faz necessário trazer à baila a Lei nº 13.964/2019, popularmente conhecida como pacote anticrime, o qual acrescentou o artigo 10-A à Lei 12.850/2013 que prevê a admissão de ação de agentes de polícia infiltrados virtuais, obedecidos os requisitos do artigo 10, da mesma lei, com o fim de investigar os crimes previstos na lei de crime organizados e a eles conexos, praticados por organizações criminosas.

Destarte, seguindo os ditames da inovação legislativa que foi a Lei 13.441/2017 ao prever a infiltração virtual de agentes, o legislador entendeu que se fazia necessário trazer a

mesma presciência à lei que define as organizações criminosas e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal atinente a esse tipo de infração penal e abarcar as ações policiais novos instrumentos de investigação.

Após entender como se deu a evolução normativa da infiltração virtual de agentes de polícia, se faz necessário tratar dos crimes pelos quais poderá ocorrer a incidência dessa técnica investigativa, segundo os ditames do art. 190-A, do Estatuto da Criança e do Adolescente, inserido pela Lei 13. 441/2017, o qual será abarcado pelo próximo capítulo.

3 INFILTRAÇÃO VIRTUAL COMO MEIO DE OBTENÇÃO DE PROVAS

Segundo previsão da Lei 8069/90 (Estatuto da Criança e do adolescente), artigo 190-A, inciso I, e da Lei de Organização (Lei 12.850/13), artigo 3º, inciso VII, a infiltração de agentes de polícia é considerada um meio de obtenção de prova, a fim de embasar a justa causa da denúncia que virá a ser ofertada pelo Ministério Público, bem como uma possível sentença condenatória.

A prova, segundo lições de Alves (2019, p.311) é todo meio de se demonstrar, evidenciar uma verdade e no caso particular do direito processual penal, a prova consubstancia-se no princípio da verdade real, de modo que se faz necessária a exigência e busca da verdade dos fatos, uma vez que nesse meio prevalecem direitos indisponíveis, notadamente a liberdade; diferente do que ocorre no processo civil, no qual há a busca pela verdade formal, apenas.

Nesse sentido, acrescenta Pacelli (2017, p.167) que o processo civil aceita uma certeza obtida pela simples ausência de impugnação dos fatos articulados na inicial, sem prejuízo da iniciativa probatória que se confere ao julgador, já no processo penal não se admite tal modalidade de certeza, exigindo-se a materialização da prova.

Desse modo, o conjunto probatório consiste na possibilidade de reconstrução dos fatos investigados no processo, isto é, as provas trazem ao operador do direito a ressignificação dos acontecimentos, de modo que através delas ele poderá ter uma noção próxima da realidade de como se deu o episódio criminoso.

É imperioso destacar que, em que pese alguns doutrinadores ainda defenderem no processo penal a busca da verdade real, os estudos atuais revelam que esse princípio vem sendo substituído pelo princípio da busca da verdade processual, devendo a prova ser produzida com a fiel observância ao contraditório e à ampla defesa, tendo como titular da ação penal pública o Ministério Público.

Diante disso, é conveniente trazer à baila os sistemas de avaliação da prova desenvolvidos pelo Juiz de direito na análise probatório, quais sejam: sistema da íntima convicção ou livre convicção ou certeza moral do juiz, o qual “há valoração livre ou [...] íntima convicção do magistrado, significando não haver necessidade de motivação para suas decisões (NUCCI, 2008, p. 394).

O sistema da prova legal ou regras legais ou sistema tarifário ou certeza moral do legislador, de modo que nesse caso “há valoração tarifada da prova, significando o preestabelecimento de um determinado valor para cada prova produzida no processo, fazendo com que o juiz fique adstrito ao critério fixado pelo legislador, bem como restringido na sua atividade de julgar” (NUCCI, 2008, p. 394).

Por fim, enumera-se o sistema da persuasão racional ou convencimento racional ou livre convencimento racional ou livre convencimento motivado ou apreciação fundamentada ou prova fundamentada, que é o adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, decorrente da previsão legal contida no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, o qual exige a motivação de todas as decisões judiciais.

O primeiro sistema de avaliação de prova é aplicado apenas no Tribunal do Júri, uma vez que não há a motivação por parte dos jurados dos seus votos. Segundo Alves, citando Nucci (2019, p.311), há apenas resquícios do segundo sistema - artigo 158, caput, do Código de Processo Penal; na exigência do exame de corpo de delito, direto ou indireto, para a formação da materialidade da infração penal que deixar vestígios, vedando a produção de provas através da confissão.

Assim, é notório que a prova no âmbito do processo penal é um dos meios indispensáveis na busca da verdade real. A infiltração virtual de agentes, meio de obtenção de fontes de prova, é um instrumento com grande eficácia na repressão de crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes, tanto na etapa de investigação policial - não obstante o inquérito policial ter como características o caráter não vinculativo e dispensável por parte do juízo na sua atividade probatória; quanto no exercício do direito de ação por parte do Ministério Público.

Entende-se por meio de uma interpretação literal que o nosso ordenamento jurídico, por força do artigo 155, do Código de Processo Penal, apenas proíbe o juiz de fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, desse modo, não há óbice que ele utilize esses elementos como mais um meio de formação de sua cognição. Além disso, é válido ressaltar que as provas obtidas por meio da infiltração virtual, devem ser apreciadas em juízo, tratando-se, nesses moldes, de um contraditório diferido.

Ainda, acrescenta-se que no caso do Ministério Público, o promotor ao conhecer do inquérito policial, deve deixar claro as razões de convicção que o levaram ao oferecimento da

denúncia por meio da indicação do lastro probatório da peça acusatória, apontando ainda os depoimentos colhidos em sede investigatória, os laudos periciais realizados, bem como outros elementos de prova, como também provas cautelares, antecipadas ou não repetíveis que tenham influenciado a sua opinião.

Dessa forma, sabendo que os crimes contra a dignidade sexual são de ação penal pública incondicionada, tendo o Ministério Público como titular, as provas angariadas no âmbito da investigação por meio da infiltração virtual são o ponto chave na formação da convicção do promotor de justiça, já que os agentes de polícia adentram no cerne da conduta delituosa tendo contato virtual direto com o investigado.

Ademais, devido à notória importância da atuação da polícia para subsidiar uma futura cognição do juiz de direito, assim como na justa causa da denúncia ofertada pelo Ministério Público, é de extrema importância que se estude no presente trabalho a atividade probatória do juiz na gestão da prova, conforme veremos adiante.

3.1 Do ônus da prova e atividade probatório do juiz

O artigo 155 do Código de Processo Penal se refere à colheita dos elementos probatórios pelo juiz, asseverando que ele “formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”.

O teor do artigo 156, *caput*, do mesmo código é claro e criterioso no que diz respeito ao ônus probatório do âmbito do processo penal, asseverando que “a prova da alegação incumbirá a quem a fizer”, visto que a presunção de inocência é um dos pilares da persecução penal e, portanto, o ônus é da acusação (querelante ou Ministério Público).

Entretanto, excepcionalmente admite-se o ônus da prova pertencente ao polo defensivo quando se tratam de excludentes de ilicitude, de causas de extinção de culpabilidade, bem como de circunstâncias mitigadoras da pena. Desse modo, o sistema de distribuição da prova, assim como ocorre no Código de Processo Civil, vem prevalecendo entre a doutrina e jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, vez que se concluiu que a

carga dinâmica da prova não fere a busca da verdade real (ou verdade processual) inerente ao processo penal.

Segundo Alves (2019, p. 315), no que tange ao teor do artigo 156, inciso I, do Código de Processo Penal, mesmo que não seja recomendada a atuação do juiz na fase inquisitorial, o legislador pretendeu privilegiar o princípio da verdade real, pois o magistrado tem o papel de preservar as provas, sem que implique em violação da sua imparcialidade e do próprio sistema acusatório.

O artigo 156, II, Código de Processo Penal, por sua vez, aduz que é facultado ao juiz, de ofício, determinar, no curso da instrução, ou antes, de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante, isso ocorre porque se o magistrado entender que as provas produzidas até então não são suficientes para construir sua cognição exauriente, antes de decidir e eventualmente aplicar o princípio do *in dubio pro reo*, poderá determinar a realização de diligências para desfazer as dúvidas existentes e pertinentes.

Pacelli (2017, p.179) deixa claro que é possível que se construa uma linha divisória entre o que seja iniciativa probatória e iniciativa acusatória do juiz no processo penal. A iniciativa acusatória estará sempre presente quando o juiz se vale da atividade probatória de iniciativa da acusação ou quando tal atividade revele-se substitutiva ou mesmo supletiva daquela que a própria lei impõe, como ônus processual, ao Ministério Público (art. 156, Código de Processo Penal).

Nesse diapasão, Alves (2019, p. 316) colabora afirmando que a atuação do magistrado não pode substituir ou subverter a atividade típica do polo acusatório, uma vez que sua atuação na produção de provas deve ser meramente complementar, já que é cediço que a construção das provas em prol da busca da verdade real deve ser realizada através das próprias partes, com base na distribuição do ônus da prova.

Sobre esse ponto, se faz mister trazer à baila a chamada “Síndrome de Dom Casmurro” no processo penal ou quadro mental paranoico, a qual é fruto de um sistema inquisitivo puro, e diz respeito

À situação em que o juiz, sob o pretexto de estar em busca da verdade real, primeiro toma a sua decisão em seu íntimo e depois passa a adotar no

processo comportamentos que visem confirmar esta sua convicção. Para tanto pratica atos instrutórios de ofício, colocando em risco a sua imparcialidade em prol da confirmação do seu prejulgamento. Desse modo o magistrado legitima o seu imaginário, tomando-o como verdadeiro. (ALVES, 2019, p. 317)

Depreende-se que a prova é o pilar do desenvolvimento e construção do processo penal junto com os princípios que lhe regem, pois, é através dela que as partes podem demonstrar ao juiz a veracidade ou a falsidade da acusação que é lhe imposta, impedindo a subversão ilegítima de direitos indisponíveis, em especial, à liberdade do acusado.

Nesse contexto, Távora e Assumpção, preceituam

o processo, na visão do ideal, objetiva fazer a reconstrução histórica dos fatos ocorridos para que se possam extrair as respectivas consequências em face daquilo que ficar demonstrado. A demonstração da “verdade” dos fatos é feita por intermédio da utilização probatória, e a prova é tudo aquilo que contribui para a formação do convencimento do magistrado, demonstrando os fatos, atos, ou até mesmo o próprio direito discutido no litígio. (TÁVORA; ASSUMPÇÃO, 2012, p. 17)

Colabora Nucci ao tema, afirmando que

a prova é a demonstração lógica da realidade, no processo, por meio dos instrumentos legalmente previstos, buscando gerar, no espírito do julgador, a certeza em relação aos fatos alegados e, por consequência, gerando a convicção objetivada para o deslinde da demanda. (NUCCI, 2015, p. 19)

Além disso, tendo em vista o sistema de avaliação da prova adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, a exigência da motivação de todas as decisões judiciais não abre espaço para uma instrução probatória deficitária, visto que nesse caso, o dever do operador do direito é aplicar o princípio do *in dubio pro reo*.

Nesse diapasão, quando se trata de infiltração virtual como meio de obtenção de provas na repressão de crimes contra a dignidade sexual, o contraditório será exercido apenas de maneira diferida, de modo que em sede de persecução penal será dada a oportunidade de o réu se defender das acusações.

É preciso ressaltar que na maioria das vezes, as provas da materialidade e indícios de autoria podem ser alcançadas através de arquivos digitais, registros de servidores, histórico de navegadores, fotos ou vídeos, e-mails e registros de conversas on-line, assim, caso se entenda que essas provas não poderão ser repetidas em juízo ou se perderem e desse modo se enquadrem nas ressalvas previstas no artigo 155, do Código de Processo penal (provas cautelares, não repetíveis e antecipadas), é possível que o magistrado se utilize delas para construir sua convicção.

Nesse sentido, observa-se que na maioria das vezes, as atividades exercidas por meio de infiltração virtual trazem identificação provas robustas e somente a partir da inserção do gente no ciberespaço criminoso é que se pode alcançar provas da materialidade e indícios de autoria de cibercrimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes.

Em regra, a infiltração culmina em busca e apreensão, e é a partir dela que se pode materializar, no mundo físico, a operação autorizada pelo juiz, e assim, dar o primeiro passo na busca por uma condenação futura, em sede de ação penal, do acusado em crimes dessa natureza.

Porém, mesmo diante das inúmeras operações bem sucedidas da polícia em conjunto com o Ministério Público Federal que culminaram no fim do processo em sentença condenatória, é preciso que se discuta no presente estudo a licitude das provas angariadas por meio da infiltração virtual, pois é imperativo que a atuação dos policiais seja coberta pelo manto da legalidade e constitucionalidade, conforme veremos no seguinte tópico.

3.2 Da (i)licitude e cadeia de custódia da prova

O ordenamento jurídico brasileiro, com base no princípio do contraditório e da ampla defesa admite a possibilidade de utilização de todos os meios de provas lícitos admitidos pelo direito.

Segundo Alves (2019, p. 318), o Código de Processo Penal não apresenta um rol taxativo dos meios de prova lícitos, pois as provas previstas nos artigos 158 a 250 desse Código tratam apenas dos meios de prova típicos ou nominadas, e além dessas, existem os meios de provas atípicos ou inominados, não previstos em legislação infraconstitucional.

A Constituição Federal de 1988 é clara e precisa, segundo os termos do artigo 5º, inciso LVI, afirmando que são inadmissíveis, no processo penal, as provas obtidas por meio ilícito e com base nessa premissa constitucional, o código de processo penal também estatuiu que são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas.

Outrossim, Lopes Jr. (2010, p. 599) relata que o magistrado que teve contato com a prova ilícita juntada no processo tem comprometida, direta ou indiretamente, a sua imparcialidade para julgamento da causa, devendo, pois, por cautela declarar-se impedido para continuar no feito.

Nesse sentido, entende o Supremo Tribunal Federal em seu informativo nº 849 (BRASIL, 2016) que as peças processuais que fazem referência à prova declarada ilícita, a exemplo, no tribunal do júri, da denúncia, pronúncia e acórdão do recurso em sentido estrito, não devem ser desentranhadas do processo, pois o artigo 157, do código de processo penal, não prevê a exclusão de peça que faça menção à realização da prova, observe o julgado:

Se determinada prova é considerada ilícita, ela deverá ser desentranhada do processo. Por outro lado, as peças do processo que fazem referência a essa prova (exs: denúncia, pronúncia etc.) não devem ser desentranhadas e substituídas. A denúncia, a sentença de pronúncia e as demais peças judiciais não são "provas" do crime e, por essa razão, estão fora da regra que determina a exclusão das provas obtidas por meios ilícitos previstos no art. 157 do CPP. Assim, a legislação, ao tratar das provas ilícitas e derivadas, não determina a exclusão de "peças processuais" que a elas façam referência. STF. 2ª Turma. RHC 137368/PR, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 29/11/2016 (Info 849).

Em decorrência da Suprema Corte americana, o Supremo Tribunal Federal admitiu a aplicação da teoria da árvore envenenada ou do efeito à distância (fruits of the poisonous tree), que nada mais é do que a previsão feita pelo artigo 157, §1º, do Código de Processo Penal, o qual assevera expressamente a impossibilidade da utilização das provas ilícitas por derivação.

Segundo a teoria mencionada

As provas ilícitas por derivação são aquelas que decorrem de uma prova ilícita originária, porém, tal ilicitude somente restará caracterizada se houver demonstração do nexo causal entre as provas ou quando as derivadas não puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras (ALVES, 2019, p. 320)

A contrário sensu, não se considera ilícita a prova que não possui nexo de causalidade com a prova ilícita originária ou se a sua fonte de obtenção for independente a essa última, e é nesse cenário que surge a teoria da prova absolutamente independente ou limitação da fonte independente.

Sobre a teoria citada, Távora; Alencar, asseveram que

Se existirem provas outra no processo, independentes de uma determinada prova ilícita produzida, não há de se falar em contaminação, bem em aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada, pois, em não havendo vinculação nem relação de dependência, a prova ilícita não terá o condão de contaminar as demais (TÁVORA; ALENCAR, 2009, p. 316)

Segundo Adriana Shimabukuro (2017, p.23), as provas no contexto dos cibercrimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescente, podem ser as mais diversas possíveis, como por exemplo, arquivos digitais, registros de servidores, cookies, o histórico de navegadores, fotos ou vídeos, e-mails e registros de conversas on-line. Pela característica da evidência digital, caso esta não seja prontamente preservada, pode ser rapidamente danificada ou alterada, impedindo qualquer investigação ou identificação de criminosos.

Por isso, a coleta de vestígios digitais deve seguir um rigoroso mecanismo de preservação, além de controlar qualquer espécie de alteração. Nesse sentido, se faz mister trazer à baila a novel previsão apresentada pela Lei 13.964/19, a qual positivou o instituto da cadeia de custódia, previsto no artigo 158-A e seguintes do Código de Processo Penal.

A cadeia de custódia está diretamente ligada ao âmbito investigativo e desse modo, atrelada à técnica investigativa da infiltração virtual, pois encontramos-nos diante de um meio de obtenção de informação acerca do fato delituoso, os quais, conforme previsão do artigo 190-B, do Estatuto da Criança e do Adolescente, deverão ser encaminhadas diretamente ao juiz responsável pela autorização da medida.

É preciso que se preservem as provas coletadas, principalmente porque elas deverão estar amparadas pelo sigilo e especialmente, nos casos dos crimes contra a dignidade sexual, a sua inviolabilidade pode culminar em sérios prejuízos tanto para vítima, quanto para o acusado que futuramente poderá ter sua liberdade cerceada por uma condenação.

O legislador prescreveu de forma clara e precisa o instituto da cadeia de custódia, asseverando, por meio do artigo 158-A, do Código de Processo Penal, que é o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte.

Coelho traz com riqueza de detalhes o que vem a ser cadeia de custódia da prova, sendo importante que se some ao presente estudo

Cadeia de custódia é o processo de documentar a história cronológica da evidência, esse processo visa a garantir o rastreamento das evidências utilizadas em processos judiciais, registrar quem teve acesso ou realizou o manuseio desta evidência. No que diz respeito à preservação das informações coletadas, a cadeia de custódia possibilita documentar a cronologia das evidências, quem foram os responsáveis por seu manuseio, garantir a inviolabilidade do material, lacrar as evidências, restringir acesso, tudo isso visando à perda da confiança do elemento (com) probatório, seja

em qual área for. No processo penal, como não poderia deixar de ser, por envolver instrumento processual que pode culminar com a restrição da liberdade de locomoção do cidadão, o tema preservação das fontes de prova ganha ainda maior importância e, nesse contexto, a preservação da cadeia de custódia probatória segue mesma sorte. A sua preservação, em verdade, é erigida a verdadeira “condição de validade da prova” (COELHO, 2016, p. 1)

O Superior Tribunal de Justiça sobre o assunto afirmou que a cadeia de custódia da prova consiste no caminho que deve ser percorrido pela prova até a sua análise pelo magistrado, sendo certo que qualquer interferência indevida durante esse trâmite processual pode resultar na sua imprestabilidade (STJ. 5ª Turma. RHC 77.836/PA, Rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 05/02/2019), (BRASIL, 2019).

Assim, à luz de tal previsão, observa-se que a história cronológica das provas nos crimes contra a dignidade sexual pode ser desenvolvida de várias formas, mas para que se entenda a necessidade da cadeia de custódia nesse âmbito, pode ser dado como exemplo o seguinte desenvolvimento no decurso do tempo: de início parte-se da notícia criminis ou de denúncias realizadas até mesmo por meio de sites, como ocorre no caso do SaferNet Brasil, que controla a Central Nacional de Denúncias de crimes e violações contra os Direitos Humanos na Internet, os quais sua maioria é de pornografia infantil, conforme se observa no gráfico a seguir retirado do mencionado site.

Figura 1- Denúncias de cibercrimes por tema



Fonte: Safernet (2020)

Após a notícia do crime, a autoridade policial, na certeza de que as provas não podem ser obtidas por outro meio e autorizada pelo juiz, irá iniciar a infiltração virtual, a qual poderá se deparar, por exemplo, com fotos e vídeos contendo cenas de sexo explícito de crianças e adolescente, com a posterior descoberta dos indícios de autoria daquele compartilhamento ou armazenamento em dispositivo eletrônico por meio da IP fornecido pelo provedor.

O IP, ou Internet Protocol, segundo Adriana Shimabukuro(2017, p.20), é um número que um dispositivo informático conectado à Internet recebe. Combinado a uma data e um horário, é possível localizar usuário da Internet em qualquer parte do mundo.

Em seguida, depois de obter as citadas informações contendo provas da materialidade e indício de autoria, elas serão enviadas ao Juiz autorizador da citada técnica investigativa, para que se dê andamento à persecução penal.

Assim, observa-se que a preservação das provas e informações angariadas é requisito essencial para o desenvolvimento do processo, sendo considerada condição de validade para uma futura sentença condenatória, pois qualquer comprometimento pode vir a gerar dúvidas na construção do entendimento do juiz e nesse caso, aplicar-se-á o *in dubio pro reo*.

Nestes moldes, o legislador se preocupou com a preservação da prova no andamento do processo, de modo que a história cronológica da prova, que se inicia na cautela do local do crime e passa por todas as etapas previstas no artigo 158-B, do Código de Processo Penal, bem como, no decorrer dos procedimentos policiais, consiga ser resguardada para que a decisão judicial constitua-se motivada por provas que reflitam a verdade real dos fatos.

Após a presente análise da teoria geral da prova e seus desdobramentos no âmbito da infiltração virtual de agentes, é necessário que se inicie o estudo atinente ao procedimento investigativo, ou seja, como se dá a investigação dos crimes contra a dignidade sexual realizada por meio da técnica mencionada e quem é a figura que a desenvolve.

4 DO AGENTE DE POLÍCIA E DO PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO VIRTUAL NA LEI 13.441/2017

Impelido pelos avanços tecnológicos que favoreceram o surgimento de crimes cibernéticos, caracterizados pela sua natureza cada vez mais inovadora e de caráter sigiloso (como os que ocorrem na *dark net*) em detrimento de grupos vulneráveis da sociedade, o legislador e os operadores do direito buscaram por novos instrumentos de investigação e repressão desses crimes praticados no ambiente virtual contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes.

A infiltração virtual prevista na Lei 13.441/17 é um exemplo dos novos instrumentos legais e considerado pela doutrina uma pertinente inovação legislativa, uma vez que esse meio de obtenção de prova, antes previsto apenas no meio físico, tanto na Lei de Drogas, quanto na Lei de Organização Criminosa, no ano de 2017 passou a ter aparato legal para ser realizada em ambiente cibernético, como meio na busca de provas e uma forma de repressão na prática dos crimes já citados em momento oportuno.

Visto isso, após a análise dos institutos que gravitam ao redor da infiltração virtual de agentes de polícia nos capítulos anteriores, e o entendimento do que é o ciberespaço em que esse tipo de investigação tramita, a presente pesquisa passará a embrenhar-se no seu cerne que é o estudo voltado para o excepcional instrumento de investigação e os responsáveis pela sua prática, apresentando seus aspectos procedimentais e o âmbito de validade das provas adquiridas.

4.1 Do agente de polícia infiltrado no âmbito dos crimes sexuais contra crianças e adolescentes

Sob o aspecto histórico, a origem dos agentes infiltrados pode ser encontrada no contexto francês à época do *Ancien Régimen*, tendo sido identificada a pessoa de Eugène François Vidocq como sendo o primeiro agente a executar tarefas típicas de infiltração no ano de 1800 (PEREIRA, 2017, p. 99)

Após as frequentes atuações de infiltração dos agentes e a notável eficácia na obtenção de informações essenciais às investigações, esse meio de obtenção de prova se tornou aceito à nível mundial, já que, além disso, esse tipo de instrumento ensejou uma política criminal muito mais atuante e significativa na repressão de crimes advindos de organizações criminosas transnacionais.

Segundo Pereira (2017, p. 99), a principal justificativa para utilização desse meio extraordinário de investigação é o fato das técnicas tradicionais utilizadas habitualmente no

controle da expansão da criminalidade organizada de investigação, se mostrarem ineficazes, somando-se a dimensão internacional desses grupos delitivos, a destacada estrutura logística utilizada em suas atividades ilícitas e por fim, às dificuldades em se conhecer a fundo a potencialidade lesiva, a estrutura material e o modus operandi das que segundo ele, são verdadeiras multinacionais do crime.

E continua asseverando que “apesar de tratar-se de uma técnica claramente restritiva de direitos fundamentais, é considerada necessária para se conter um tipo de criminalidade cada vez mais desenvolvida e sofisticada, portanto, fruto da atual sociedade globalizada”. (PEREIRA, 2017, p. 99)

Sobre essa técnica, Nucci (2013, p.75) faz uma importante afirmação sobre a sua natureza, aduzindo que “a infiltração de agentes é um meio de prova misto, envolvendo a busca e a testemunha, visto que o agente infiltrado busca provas enquanto conhece a estrutura e as atividades da organização e será ouvido futuramente como testemunha”. Sobre a futura necessidade de o agente infiltrado ser ouvido como testemunha conforme Nucci afirmou no parágrafo anterior, ressalta-se esta será tratada posteriormente em tópico específico.

Eduardo Araújo da Silva, citando Juan José Lopes Ortega (2015, pg. 99), confere a sistematização da atuação do agente infiltrado em três momentos: a dissimulação, que é a estratégia fundamental de esconder a real posição de agente estatal; o engano, mediante o qual o agente infiltrado exerce um verdadeiro papel teatral na tessitura criminoso, com o escopo de cativar a confiança dos membros e, conseqüentemente, lograr êxito em obter as informações investigadas; a interação, haja vista o agente se envolver direta, pessoal e intensamente com o grupo criminoso.

O agente infiltrado, portanto, é aquele que através da confiança, que é imprescindível na sua atuação, conquista a fé dos membros da organização criminoso, ou do criminoso, e se envolve no modus operandi da prática ilícita e, assim, consegue obter informações internas, bem como, provas aptas a embasar a investigação criminal e uma posterior ação penal.

Mas diante de tais informações, surge o questionamento sobre quem poderá atuar como agente infiltrado. Segundo o artigo 190-A do Estatuto da Criança e do Adolescente, a infiltração é feita por "agentes de polícia" e conforme previsão constitucional deve-se levar em consideração os preceitos do artigo 144, da Constituição Federal, o qual menciona como órgãos de segurança pública a Polícia Federal, Polícia Rodoviária Federal, Polícia Ferroviária

Federal, Policiais Civis e Polícias Militares, Corpos de Bombeiros Militares e Polícias penais federal, estaduais e distrital (conforme Emenda Constitucional número 104 de 2019).

Do respectivo rol, apenas a Polícia Federal e a Polícia Civil constituem os dois órgãos que possuem a função precípua de investigar infrações penais, nos termos do art. 144, § 1º, I e § 4º da Constituição Federal, e desse modo, são eles que figuram como os agentes policiais que podem se infiltrar virtualmente.

Sobre o assunto, é válido trazer a discussão a respeito da possibilidade de infiltração virtual de particulares, a qual, conforme tais previsões legais é vedada, porém, não obstante tal restrição, Lima traz a seguinte noção

Caso um dos integrantes da organização criminosa resolva colaborar com as investigações para fins de ser beneficiado com a celebração de possível acordo de colaboração premiada, há quem entenda ser possível que o colaborador atue de modo infiltrado. Nesse caso, por mais que esse colaborador não seja servidor policial, desde que haja autorização judicial para a conjugação dessas duas técnicas especiais de investigação - colaboração premiada e agente infiltrado -, é possível que o colaborador mantenha-se infiltrado na organização criminosa com o objetivo de coletar informações capazes de identificar os demais integrantes do grupo." (LIMA, 2015, p. 574)

As autoridades policiais responsáveis por esse tipo de investigação enfrentam grandes desafios no seu andamento decorrentes de fatores como as próprias características inerentes a rede mundial de computadores que dificultam a colheita de provas relativas à materialidade e autoria dos delitos, a exemplo do anonimato, o alcance geográfico da prática criminosa que não se limita a fronteiras territoriais, bem como a criptografia que torna inteligível as informações a profissionais que não detenham a técnica necessária para lidar com esse tipo de procedimento.

Soma-se a tais dificuldades o que destaca Shimabukuro (2017, p.19-20), que afirma ser possível identificar três camadas na internet: a Internet Pública, a Deep Web e a Dark Web. A Internet Pública é de fácil acesso, podendo ser navegada por qualquer pessoa, já que necessita de senhas ou softwares específicos para a navegação, ao contrário da Deep Web, que é composta de dados não indexados, isto é, não pode ser detectada por motores de busca como o Google. Na Deep Web também encontramos sites dinâmicos, criados como resultado de uma busca ou até páginas que requerem acesso via login e senha.

Darknet, por sua vez, é uma rede fechada, usada para compartilhar conteúdo de forma anônima. Seu acesso é permitido mediante o uso de softwares específicos, e é nessa camada

que são praticados as maiorias dos crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes.

Diante disso, a formação de um processo penal e de uma provável condenação está cada vez mais dependente da infiltração virtual, de sorte que é preciso repensar todos os atores da segurança pública a fim de que se construa um aparato legal para a repressão de crimes dessa natureza através de técnicas cada vez mais tecnológicas e inovadoras que se adequem aos novos desdobramentos sociais relativos às práticas ilícitas.

Em que pese o investigado ter o direito ao sigilo de seus dados na rede mundial de computadores, esse não é absoluto, pois conforme previsão constitucional presente no artigo 5º, inciso XII há a ressalva da mitigação de tal garantia por meio de ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual pena.

É justamente por tal motivo que a infiltração virtual do agente de polícia tem como requisito obrigatório de desenvolvimento a autorização judicial, pois nesse caso há a ponderação entre os direitos e garantias previstos na própria Constituição Federal, quais sejam (a grosso modo), o sigilo de dados do réu e a dignidade sexual da vítima.

Além disso, seguindo o entendimento debatido, o artigo 10, §1º, do Marco Civil da Internet (Lei 12.965/14), prevê que o provedor responsável pela guarda dos registros de conexão somente será obrigado a disponibilizar os registros, de forma autônoma ou associados a dados pessoais ou a outras informações que possam contribuir para a identificação do usuário ou do terminal, mediante ordem judicial.

Nesse sentido, restou claro que a Lei 13.441/2017 ao prever a autorização judicial para a deflagração de operações que se utilizam da técnica investigativa da infiltração virtual de agentes de polícia encontra-se em consonância com os respectivos preceitos legais, de modo que a cooperação entre os guardiões dos dados que circulam no ciberespaço é fundamental na repressão de crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes, pois é através dessas informações que as autoridades conseguem atuar no ponto chave dessa repressão, qual seja, a punição do autor do delito.

Através da penalização do investigado é que se cria a possibilidade de instituir na sociedade o seu caráter preventivo, ou seja, por meio da repressão dos cibercrimes que

antes eram tidos como insusceptíveis da tutela estatal e desdobram-se com subsunção ao mesmo tipo penal, mas em ambiente diferente, haverá a conscientização que enseja que os demais cidadãos não realizem aquele comportamento ou em caso de realizarem, que sejam repreendidos pelas autoridades.

No Brasil, segundo dados da sala de imprensa do Ministério Público Federal, a operação denominada de DARKNET foi a primeira investigação realizada na deep web, com o objetivo de identificar usuários da rede Tor (*The Onion Router*) que a utilizavam para praticar pornografia infantil. Os trabalhos voltados à realização dessa operação foram iniciados no final de 2013, tendo sido deflagrada em duas fases, a primeira em 15 de outubro de 2014 e 22 de novembro de 2016. (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2016)

Para a utilização da técnica de investigação virtual, houve autorização judicial, na qual foi utilizada ferramenta desenvolvida pela Polícia Federal do Rio Grande do Sul, que tinha o objetivo de detectar usuários que compartilhavam vídeos e fotos contendo pornografia de crianças e adolescentes.

É de importante valia trazer as informações prestadas pelo Ministério Público Federal a respeito do procedimento investigatório da operação DARKNET, a qual se desenvolveu da seguinte forma:

Depois da obtenção dos respectivos endereços de IP, a fim de individualizar a autoria, ocorreu a quebra do sigilo dos dados cadastrais do usuário de internet, visando também a identificação do local no qual houve o compartilhamento do material contendo pornografia infantojuvenil, indicando, assim, a competência territorial para a expedição de mandado de busca e apreensão e demais medidas decorrentes. Somente após a coleta dessas informações, ocorreu o declínio de competência às respectivas Subseções Judiciárias. (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2016)

No contexto da citada investigação ainda não tinha sido promulgada a 13.441/2017, por esse motivo a autorização judicial se deu com fundamento na Lei nº 12.850/2013, especialmente seus artigos. 1º, § 2º, I, e 10, para fins de investigação da prática do crime previsto no art. 241-A, caput, do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

Desse modo, observa-se que a partir da inovação legislativa e com base no princípio da especialidade, as investigações virtuais como meio de obtenção de provas referentes a materialidade e indícios de autoria dos delitos cometidos contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes ganharam aparato legal para serem deflagradas, tornando a técnica uma grande ferramenta na repressão de crimes dessa natureza.

Antes de 2017, as autoridades policiais faziam uso da aplicação de diplomas legais que previam apenas a investigação no ambiente físico, de modo que todas as práticas investigativas desenvolvidas no ambiente virtual eram autorizadas por interpretação analógica em prol da busca da verdade real e da tutela dos direitos das crianças e adolescentes que se configuram como parte vulnerável da sociedade.

Nesse contexto, restou claro que a despeito da falta de desenvolvimento de uma lei sobre técnicas investigativas que incidissem sobre cibercrimes, a polícia passou a tentar preencher a lacuna legislativa e adequar-se aos novos modos de praticar crimes, fenômeno social alarmante numa sociedade que vive uma constante inovação tecnológica.

Além do agente infiltrado, no que tange a obtenção de provas a fim de que se embase a persecução penal, surge a necessidade de trazer ao presente estudo as figuras do agente disfarçado e do agente provocador previstas no processo penal, as quais possuem especificidades, tanto quanto a (i)licitude de sua atuação, quanto na (i)licitude das provas obtidas, que serão discutidas no próximo subtítulo.

4.1.1 Agente disfarçado e Agente provocador

A Lei 13.964/2019, popularmente conhecido como pacote anticrime, já mencionada outrora, trouxe a nova figura do agente disfarçado que não deve ser confundido com outras técnicas especiais e subsidiárias de investigação, como o agente infiltrado objeto de estudo do presente trabalho.

A referida lei realizou alterações à Lei 10.826/2013, a qual discorre sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, incluindo o agente disfarçado em suas disposições.

Igualmente, a mesma lei alterou a Lei 11.343/2006, a qual Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad, essa prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Sobre as alterações, Souza; Cunha; Lins aduzem que

Da leitura dos dispositivos que contemplam a novidade, logo se verifica tratar-se de outra espécie de técnica especial de investigação e atuação

policial, utilizável em situações peculiares e que reclamam uma sofisticação operacional intermediária, situada entre uma simples campana policial e uma infiltração policial/ação controlada. Além do relativo grau de expertise, notabilizado pela habilidade de atuar descaracterizado de forma a permitir a coleta de provas do crime e de sua autoria, sem, entretanto, interferir em seu curso causal. (SOUZA; CUNHA; LINS, 2019, p. 1)

E continuam

Ainda que o agente policial tenha uma pequena participação na cadeia causal da conduta criminosa, resta afastado o crime impossível porque, doravante, a norma penal erigiu como nova hipótese normativa (suporte fático) uma conduta que produz um resultado jurídico bem delimitado, qual seja, a dispersão daqueles produtos ilícitos, independentemente de serem identificadas outras pessoas no negócio. (SOUZA; CUNHA; LINS, 2019, p. 1 grifo nosso)

Desse modo, nota-se que o agente disfarçado, diferentemente do agente infiltrado, não se insere no interior da organização criminosa ou na atuação do criminoso. O primeiro agente, segundo Souza; Cunha; Lins (2019), “oculta sua real identidade, posicionando-se com aparência de um cidadão comum e, a partir disso, coleta elementos que indiquem a conduta criminosa preexistente do sujeito ativo”.

Quanto à figura do agente provocador, Aras (2020, p. 372) em seu estudo sobre a infiltração de agentes como meio especial de obtenção de prova, traz pertinente distinção ao afirmar que o agente infiltrado ou o agente disfarçado é alguém que recolhe informações e se relaciona com o suspeito sem que pratique condutas criminosas, já o agente provocador, por sua vez, incita outrem a praticar um crime. Dessa forma, entende que os primeiros são legítimos e o segundo não.

Assim, o autor levanta a característica da subsidiariedade ao afirmar que 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 o que ele chama de *entrapment*.

Prossegue ainda explicando que

Na provocação (*entrapment*), o agente faz surgir a ideação 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 sujeito 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 cogitação. Segundo o Tribunal Supremo da Espanha a prova assim obtida é ilícita, não existindo nem tipicidade nem culpabilidade. 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. (ARAS, 2020, p. 375)

Nesse contexto, se faz mister trazer à baila, a íntima ligação que a forma de atuação provocada do agente de polícia tem com o flagrante delito preparado, tema que já fora sumulado pelo supremo tribunal federal (súmula 145, STF), sobre o qual a suprema corte assevera que “não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação”(BRASIL, 2017). Nesse caso, o ocorre o que a doutrina intitula de crime putativo por obra do agente provocador.

Outrossim, colabora ao tema do flagrante preparado os dizeres do seguinte julgado

Cumpra 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 constatação do "flagrante preparado" terá como consequência a própria invalidação da "persecutio criminis" (Súmula 145/STF). 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 (RTJ 130/666, Rel. Min. Carlos Madeira - RTJ 140/936, Rel. Min. Ilmar Galvão – RTJ 153/614, Rel. Min. PAULO BROSSARD, v.g.). [HC 84.723, rel. min. Celso de Mello, 2ª T, j. 21-2-2006, DJE 238 de 4-12-2013.] (BRASIL, 2019)

Conforme os dados citados, entende-se que as provas obtidas pelo agente provocador não se adequam a legalidade que o direito processual penal brasileiro requer numa atuação investigativa, já que “do ponto de vista político a atuação do agente policial provocador é incompatível com um ordenamento democrático. Não cabe ao Estado induzir à prática do crime – ou mesmo aguardá-la propositadamente – com a exclusiva finalidade de efetuar uma prisão em flagrante”. (SEMER, 2002, p. 92).

Ainda, na mesma perspectiva de pensamento, Miguel Reale Jr. afirma ser “inadmissível, por ser torpe, que o Estado, através de seus agentes policiais, insufle à prática de um delito com vistas a adquirir legítimo interesse à persecução penal”. (REALE JR, 1979, p. 143)

Portanto, observa-se que o que liga as figuras do agente disfarçado, agente provocador e agente infiltrado é justamente a finalidade de obtenção de prova, porém, por entendimento jurisprudencial e doutrinário, o segundo tipo de conduta policial é maculado pela ilicitude das provas obtidas, decorrente do seu modo de obtenção, já que a conduta do suposto criminoso não é decorrente de desígnios autônomos. Nesse sentido, havendo uma ação penal com base

nessas provas, toda ela será prejudicada pela má formação da cadeia de custódia da prova, tema já apresentado em capítulo anterior.

Sabendo quem é a figura responsável pelo desenvolvimento da operação investigativa no meio virtual, é necessário que discuta-se quais os aspectos procedimentais dessa operação, ou seja, como se dará a atuação das autoridades competentes.

4.2 Aspectos procedimentais da infiltração virtual previstos na Lei 13.441/2017

A Lei 13.441/2017, como já explicitado em seções anteriores desse estudo, alterou a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), para prever a infiltração de agentes de polícia na internet com o fim de investigar crimes contra a dignidade sexual de criança e de adolescente.

Conforme citado, o legislador definiu os tipos penais nos quais a referida técnica de investigação seria utilizada para obtenção de provas, delimitando atividade policial apenas para as seguintes categorias de delitos: pedofilia (artigos 240, 241, 241-A, 241-B, 241-C e 241-D do ECA); crimes contra a dignidade sexual de vulneráveis, quais sejam, 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); e por fim, invasão de dispositivo informático (artigo 154-A do CP).

Em que pese os entendimentos que prosperavam logo após a promulgação da Lei 13.441 asseverarem que o rol encimado seria taxativo, é válido lembrar que atualmente é plenamente possível o uso da técnica investigativa em crimes praticados por organizações criminosas e conexos, alargando dessa forma a utilização da infiltração virtual para o fim de obtenção de provas.

Nessa senda, segundo Pereira (2017, p. 108), é importante ressaltar que o procedimento mais detalhado de infiltração de agentes previsto na Lei n. 12.850/13 pode e deve ser utilizada para complementar a previsão legal da infiltração virtual de agentes, assim, considera-se que, a infiltração virtual seria apenas uma espécie do gênero infiltração de agentes.

Entende-se que o artigo 1º, da Lei 13.441/2017 instituiu uma conexão entre o Estatuto da criança e do adolescente e o Código Penal brasileiro, como forma de fortalecer o

microsistema de proteção integral dos infantes no âmbito da repressão de crimes contra a dignidade sexual, através da previsão da prática de infiltração tanto nos delitos previstos pelo estatuto, quanto naqueles previstos pelo código.

Dito isso, se faz necessário adentrar aos estudos dos requisitos legais relativos à infiltração virtual elencados pela lei 13.441/2017.

4.2.1 Requisitos legais da infiltração virtual de agentes de polícia

O artigo 190-A, da Lei 13.441 inicialmente prevê em seu inciso um que a infiltração virtual “será precedida de autorização judicial devidamente circunstanciada e fundamentada, que estabelecerá os limites da infiltração para obtenção de prova, ouvido o Ministério Público”.

Nessa senda, observa-se que o legislador foi criterioso ao estabelecer que o delegado de polícia não tem legitimidade para, de ofício, autorizar a infiltração virtual de seus agentes e mesmo que o magistrado autorize tal técnica de investigação, sua autorização deve ser circunstanciada e fundamentada, estabelecendo os limites da infiltração, além de ouvir o parecer Ministerial.

Assim, se na autorização judicial de infiltração houver expressa referência à quebra de sigilo de dados, por exemplo, não há que se suscitar, em momento posterior da ação penal, a ilicitude da prova, facilitando, dessa forma, a atuação do agente na fase investigativa e a eficácia do procedimento.

Sobre a prévia autorização judicial, Lima (2017, p. 752) expõe a sua importância para a licitude das provas angariadas e para a eficiência do próprio procedimento, afirmando que a infiltração não pode constituir uma “carta branca” para violações através da discricionariedade ou até mesmo arbitrariedade do agente infiltrado. Assim, é necessária a autorização e posteriormente o monitoramento para que, antes mesmo da violação do direito, possa o juiz fazer tal julgamento, autorizando ou não, baseado nos limites legais, a violação de uma garantia fundamental.

Além disso, o autor assevera que se fosse o agente obrigado a buscar autorização judicial para cada situações que surgisse no decorrer da infiltração virtual, haveria um evidente prejuízo à eficácia do procedimento investigatório, além de colocar em risco a própria segurança do policial. Desse modo, é de extrema importância que o magistrado, ao

conceder a autorização judicial, pronunciar-se desde já, quanto a execução de outros procedimentos investigatórios.

Sobre o assunto, Cunha; Pinto (2014, p.106), asseveram que ao estabelecer as balizas da infiltração, a permissão judicial deve autorizar expressamente o emprego de outras técnicas para colheita das evidências, de forma que se constitui inviável exigir nova e específica autorização para cada elemento a ser angariado, já que essa técnica investigativa é caracterizada pelo dinamismo, pois o agente deve a todo tempo se adequar aos desdobramentos fáticos do delito.

Diante dos posicionamentos destacados, depreende-se a evidência de que ao autorizar a infiltração virtual, autoridade judicial abre caminho para que a atuação do policial seja realizada de modo mais dinâmico possível dentro dos limites pré-estabelecidos, uma vez que após infiltrado no seio da organização criminosa ou do criminoso que age individualmente, o agente tem a liberdade de atuar do modo mais eficiente possível na busca pela obtenção de provas aptas a embasar uma futura ação penal.

Para Saninni Neto, mesmo que a autoridade policial não tenha legitimidade de por si só autorizar a infiltração, deve-se destacar que

O delegado de polícia, como chefe de Polícia Judiciária, é a autoridade com aptidão para verificar as condições técnicas e estruturais para a realização deste meio investigativo. Isto, pois, a *infiltração de agentes* exige uma preparação adequada por parte do agente infiltrado, especialmente na *infiltração virtual*, onde o domínio da ciência da computação, o conhecimento de *softwares* e outras técnicas são essenciais para o sucesso da investigação. (SANNINI NETO, 2017, p. 1)

Diante de tal posicionamento, entende-se que em não havendo aptidão técnica para realizar o meio de obtenção de prova em comento, o delegado de polícia, no seio do inquérito policial, deve buscar outra técnica investigativa, sob pena de comprometer o processo investigativo e a aquisição de provas.

Ainda no âmbito da legitimidade para provocação da infiltração virtual de agente de polícia, o inciso dois da referida Lei afirma que o procedimento

Dar-se-á mediante requerimento do Ministério Público ou representação de delegado de polícia e conterà a demonstração de sua necessidade, 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. (VADE MECUM RIDELL, p. 980, 2019, grifo nosso)

O legislador, acrescentando ao inciso encimado, a fim de facilitar a prática investigativa em comento, instituiu no §2º uma norma explicativa, a qual aspira esclarecer os conceitos de dados de conexão e dados cadastrais. Os dados de conexão para o legislador seriam as informações referentes a hora, data, início, término, duração, endereço de Protocolo de Internet (IP) utilizado e terminal de origem da conexão, já os dados cadastrais, são informações referentes a nome e endereço de assinante ou de usuário registrado ou autenticado para a conexão a quem endereço de IP, identificação de usuário ou código de acesso tenha sido atribuído no momento da conexão.

Em que pese o legislador tenha se valido de tais regras para iniciar o procedimento investigatório, entende-se que muitas vezes eles não poderão ser alcançados, pois são desconhecidos pela autoridade policial. Assim, apenas com o desenvolvimento da operação é que é possível obtê-los, já que na maioria das ocasiões o acusado se identifica no ciberespaço apenas por uma foto, símbolo, código, apelido e nome falsos.

Desse modo, em comparação a mesma previsão contida na Lei de Organizações criminosas, o legislador foi mais cauteloso prevendo no artigo 11, da Lei 12.850 de 2013 que o requerimento do Ministério Público ou a representação do delegado, quando possível, deve indicar os nomes ou apelidos das pessoas investigadas e o local da infiltração.

Conforme Saninni Neto, de forma a aprimorar a norma e torná-la mais eficiente frente à repressão de crimes contra a dignidade sexual,

O legislador também poderia ter estipulado, além dos dados de conexão e cadastrais, os denominados dados de acesso a aplicações de Internet, que são os registros armazenados por serviços oferecidos pela Internet, contendo hora, padrão de horário, data e protocolo de Internet de cada um dos acessos realizados. (SANINNI NETO, 2017, p.1)

Em que pese haver necessidade de futuras adequações legislativas para aumentar a capacidade da atuação investigatória da autoridade polícia, é notória a competência do legislador ao tratar desse assunto, pois trouxe ao nosso ordenamento jurídico uma norma especial e detalhada sobre a repressão de cibercrimes contra a dignidade sexual, já que anteriormente a desempenho dos policiais era baseado em norma precária e genérica, sendo necessário adequar a operação a legalidade.

Quanto ao prazo de duração, a Lei 13.441/2017, em seu inciso três, previu que a infiltração virtual do agente de polícia não poderá exceder o prazo de 90 (noventa) dias, sem prejuízo de eventuais renovações, desde que o total não exceda a 720 (setecentos e vinte) dias e seja demonstrada sua efetiva necessidade, a critério da autoridade judicial.

De plano, sobre o prazo máximo fixado pelo legislador, é pertinente ressaltar o não contentamento da doutrina pátria sobre o assunto, pois a infiltração de agentes, de modo geral, que pode ser classificada em duas modalidades, a *Light Cover* ou infiltração leve, com duração máxima de seis meses e que exige menos engajamento por parte do agente infiltrado; e a *Deep Cover* ou infiltração profunda, que se desenvolve por mais de seis meses, exigindo total imersão no bojo da organização criminosas, sendo que na maioria dos casos o agente infiltrado assume outra identidade e praticamente não mantém contato com a sua família (MASSON; MARÇAL, 2017, p. 318), assim como previsto Lei de Drogas e na Lei de organizações criminosas, não cabe previsão máxima para a atuação policial.

Sobre isso, colabora o entendimento de Leitão Junior (2017) que entende que o legislador foi infeliz ao fixar um prazo limite, pois para que o agente obtenha a confiança para se infiltrar e coletar o máximo de elementos normativos leva um tempo, assim, ao fixar um prazo máximo, acaba engessando e comprometendo as investigações que exigirem um lapso temporal maior. Nesse caso, ele entende que o mais responsável seria exigir motivação idônea para renovação da infiltração, dentro do prazo de 90 dias, por quantas vezes fosse preciso.

Ainda seguindo a mesma linha de pensamento, Cavalcante (2017, p. 1) entende que na hipótese de infiltração do policial na internet, a limitação temporal não deveria existir por três razões, a primeira os grupos criminosos que cometem crime de pedofilia no ciberespaço são bastante fechadas e restritas, e por isso, o agente policial não conseguirá se infiltrar facilmente, só depois de um longo processo de aquisição de confiança e isso pode durar anos. A segunda razão citada por ele é que a técnica investigativa, ao contrário da interceptação telefônica, por exemplo, não relativiza de forma tão intensa os direitos fundamentais do investigado, pois é ele próprio que revela os aspectos relacionados com sua intimidade

Cavalcante (2017, p. 1) finaliza afirmando que a terceira razão está no fato de que a infiltração policial prevista na Lei do Crime Organizado (Lei nº 12.850/2013) não prevê limite para o número de renovações, permitindo que elas ocorram tantas vezes quantas forem necessárias (art. 10, § 3º), e em comparação com a infiltração virtual, a técnica investigativa utilizada na Lei 12.850/2013 é muito mais grave porque envolve a presença física do agente

policial, ou seja, o agente está totalmente vulnerável, enquanto que a infiltração virtual estará protegido.

Não obstante tais insatisfações a respeito do prazo máximo fixado pelo legislador entende-se que o seu intuito ao prever o interregno de 720 (setecentos e vinte) dias, acompanhado de demonstração de sua efetiva necessidade, a critério da autoridade judicial, é o de proteção à criança e o adolescente que se encontra em situação alarmante de vulnerabilidade, de modo que, instituindo o citado prazo máximo, colabora para que o agente no âmbito da investigação preze por sua eficiência, trazendo à baila o princípio da proteção integral, base norteadora do Estatuto da Criança e do adolescente.

Em relação ao sigilo do procedimento investigativo, conforme prescreve o artigo 190-B, da Lei 13.441/2017, as informações da operação de infiltração serão encaminhadas diretamente ao juiz responsável pela autorização da medida, que zelará por seu sigilo.

Outrossim, objetivando garantir o segredo das investigações e sua eficácia, antes da conclusão da operação, o acesso aos autos será reservado ao juiz, ao Ministério Público e ao Delegado de Polícia responsável pela operação.

Segundo Saninni Neto (2017, p.1), a nova lei não menciona a forma de distribuição do requerimento ou representação pela infiltração virtual, razão pela qual, deve-se aplicar por analogia o artigo 12, da Lei 12.850/12, assegurando-se, assim, a sigilosidade desde o início da operação, requisito que pode ser essencial para o sucesso da medida.

Além das previsões específicas a atuação do agente infiltrado virtual, o Código de Processo Penal já previa em seu artigo 20 a característica da sigilosidade do Inquérito Policial, asseverando que “a autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade” (VADE MECUM RIDEEL, p. 437, 2019).

Além da previsão da legislação pátria, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, da qual o Brasil é signatário contém a exceção de publicidade do processo penal no caso do interesse da justiça, opção que se aplica aos casos da referida técnica investigativa, nos seguintes moldes: “o processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça”. (CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS, p. 1).

Quanto ao requisito da subsidiariedade do procedimento investigativo, o legislador deixa claro por meio do § 3º, da Lei 13.441/2017 a característica da subsidiariedade da infiltração virtual de agentes, uma vez que prevê que a referida técnica investigativa não será admitida se a prova puder ser obtida por outros meios.

Essa previsão se tornou imperiosa, pois o instituto da infiltração virtual acaba relativizando alguns direitos previstos na Constituição Federal como o direito a intimidade e a privacidade em prol da busca da verdade real, princípio norteador do inquérito policial. Além disso, é preciso que se leve em consideração a integridade física e psicológica dos agentes infiltrados que estão a todo tempo buscando a confiança de investigados como meio imprescindível para o sucesso da operação.

Nesse sentido, a autoridade policial, ao optar técnica investigativa em debate, deve levar em consideração o princípio da proporcionalidade, ponderando pela necessidade do uso da ferramenta investigativa para alcançar as provas indispensáveis, bem como sua adequação ao caso concreto, sem que se prejudiquem mais bens jurídicos, além da dignidade sexual de crianças e adolescentes que é objeto principal da tutela do Estado ao criar a Lei 13.441/2017.

Outrossim, é necessário também que haja a constituição do equilíbrio entre os interesses do Estado e os direitos das pessoas que figuram como investigadas, surgindo a obrigação de compatibilização entre a infiltração virtual e o binômio da garantia e eficiência.

Sobre o assunto, deve-se trazer a tona o entendimento de Wolff que assevera:

A impossibilidade de a prova ser levada a cabo por outros meios é relevante. Afinal, o uso de ardil por parte do Estado não deve ser a regra, mas sim a última opção. Se a interceptação das comunicações não tiver sido frutífera ou não puder ser usada é que a infiltração de agentes poderá ser cogitada. [...] estes são os requisitos para o deferimento de qualquer infiltração de agentes, inclusive a virtual. Mesmo que, neste último caso, o risco ao agente policial seja reduzido, ainda assim existe altíssima vulneração da intimidade do provável criminoso e de terceiros, bem como o desconfortável fato de que o Estado está se utilizando do mesmo ardil que tanto censura em inúmeros tipos penais. (WOLFF, 2017, p.221).

Assim, tendo analisado os aspectos procedimentais da técnica investigativa de infiltração virtual de agentes de polícia, a pesquisa irá se desenvolver no âmbito da discussão sobre a proporcionalidade da atuação da autoridade policial, uma vez que o seu desempenho fora dos limites legais trazidos no decorrer desse capítulo pode levar a sua punição, bem como a ilicitude das provas obtidas.

5 DA PROPORCIONALIDADE DA ATUAÇÃO DO AGENTE DE POLÍCIA NA OBTENÇÃO DE PROVA

Como já explanado em capítulo anterior, a Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso LVI, prescreve que são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos; e coadunando-se com o respectivo preceito constitucional, o Código de Processo Civil em seu artigo 157, previu que são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

Nesse contexto, o agente de polícia ao utilizar a técnica de infiltração virtual para investigar crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes deve agir com total destreza no decorrer da operação, já que quase sempre, nos casos dos crimes que contra a dignidade sexual, as provas obtidas em sede de inquérito policial serão renovadas e reproduzidas à luz dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa no juízo competente.

Além disso, o Ministério Público, ao analisar se há indícios suficientes de autoria e materialidade, pode se valer das provas obtidas durante a investigação para de modo a viabilizar e sustentar oferecimento da denúncia contra o investigado, garantindo a sua justa causa, levando em consideração ainda que a infiltração virtual alcançou provas robustas acerca do modus operandi do criminoso.

Desse modo, a obtenção de prova caracterizada pelo nosso ordenamento jurídico como ilícita durante as investigações, não haverá embasamento jurídico para que tais indícios possam ser utilizados para formar a cognição exauriente do magistrado em uma futura ação penal, mesmo que elas não tenham caráter vinculante ao juízo.

Assim, se faz mister que se defina no âmbito da autorização judicial a margem de atuação do policial para que o procedimento investigatório venha a ser realizado em acordo com as normas constitucionais e legais, bem como, que lhe seja dada uma ampla possibilidade de performance para que não seja preciso expedir diversas autorizações judiciais em decorrência de novos desdobramentos fáticos no decorrer do andamento das investigações.

Além da autorização do juízo, é de extrema importância que a equipe policial designada tenha as habilidades necessárias e familiaridade com o ambiente tecnológico e virtual. Sobre o assunto, Pereira leciona que a investigação virtual deve ser desenvolvida por

Agente policial devidamente treinado para tal desígnio, devendo este apresentar aspectos psicológicos condizentes com a complexidade da operação, perfil intelectual adequado para o correto desempenho das tarefas inerentes ao plano operacional, conhecimentos avançados em matéria cibernética e capacidade de inovar em situações de extrema fragilidade no tocante ao sigilo do trabalho encoberto. (PEREIRA, 2017, p. 109).

Diferente da infiltração operada por meio físico como a prevista na Lei 12. 805/2013, na qual o agente encontra-se imerso na organização criminosa e com grandes chances de ser compelido a prática de infrações penais, a infiltração virtual pode ser caracterizada pela atuação policial um pouco mais distante do criminoso, mas que não deixa de exigir uma constante busca de alcançar a confiança do investigado.

Nesses crimes em específico, quando o agente de polícia cria um perfil falso para se passar por uma criança ou adolescente propicia a tornar-se vítima ou para se passar por um interessado no conteúdo ilícito, estamos diante de uma dissimulação, pois há a criação de uma falsa identidade, a qual assume novas características no contexto fático delituoso.

Atento a essa possibilidade, o legislador deixou claro no artigo 190-C, do Estatuto da Criança e do Adolescente que não comete crime o policial que oculta a sua identidade para, colher indícios de autoria e materialidade dos crimes previstos no artigo 190-A do mesmo Estatuto. Dessa forma, o policial preserva sua intimidade e integridade física de forma a não frustrar o andamento das investigações.

Nesse sentido, disciplina Wolff (2017, p. 218.) que se um policial simula uma identidade de uma menina de 8 anos para evitar a prática de pornografia infanto-juvenil, ou ser um homem de meia idade interessado em fotos de crianças em poses sensuais, disposto a trocar arquivos com terceiros, por exemplo, estamos diante de uma ação (e não simplesmente omissão) para a construção de um personagem totalmente distinto da realidade, de forma a obter uma falsa identidade, amparado pelo norma permissiva legal citada no artigo 190-C, do Estatuto da Criança e do adolescente encimado.

Nesse diapasão, diante das situações exemplificadas, surge a discussão a respeito da possibilidade de o agente, quando imerso nessas circunstâncias de falsa identidade e contato virtual direto com o investigado, oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, distribuir, publicar ou divulgar materiais pornográficos a fim de alcançar a confiança do criminoso, uma vez que esses verbos estão tipificados no artigo 241-A, do Estatuto da Criança e do adolescente. O agente estaria agindo no estrito cumprimento do dever legal?

Desse modo, entende-se que quem vai ditar os limites da atuação do agente infiltrado é a própria autorização judicial, se ela previr a possibilidade da prática de tais condutas, o agente estaria no estrito cumprimento do dever legal e agindo de forma proporcional, pois sua conduta estaria adequada e necessária para os fins que se buscam na investigação, não prejudicando a sua responsabilidade por excessos praticados, conforme previsão do parágrafo único do artigo 190-C, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Sobre o assunto, Wolff (2017, p. 227) assevera que é importantíssimo que o agente obedeça rigorosamente aos limites da autorização e atue guardando a devida proporcionalidade com a finalidade da investigação, assim, exemplifica que agente deve usar vídeo contendo cenas pornográficas de sexo com crianças e adolescentes apenas para a finalidade de obter a confiança dos alvos, fugindo do âmbito da ponderação se compartilhasse o vídeo para todos os envolvidos em um chat.

Na busca para colher indícios de autoria e materialidade, o agente que desconsiderar os limites fixados pelo juiz no âmbito da autorização judicial pode ter suas provas alcançadas por meio dos excessos de atuação consideradas ilícitas e nesse caso, não podem ser usadas para embasar uma condenação criminal, mesmo que se tenham indícios suficientes de autoria do investigado.

Em contrapartida, atuando o agente amparado pela autorização judicial, não há falar em excesso de atuação ou ilicitude das provas obtidas, pois no âmbito da referida técnica de investigação virtual, a Constituição Federal deixa claro que a inviolabilidade dos dados e da intimidade do indivíduo pode ser mitigada por meio da aquiescência do juízo.

5.1 Do encontro fortuito de provas (serendipidade)

Conforme já abordado no tópico anterior, o policial em sede de investigação virtual deve ficar adstrito aos ditames da autorização judicial, de forma que se busque colher provas da materialidade e indícios de autoria sobre os crimes previstos no artigo 190-A, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Porém, nesse contexto surge um questionamento, e se no decorrer das investigações, os agentes de polícia se depararem com provas de outros crimes distintos daqueles pelos quais teve autorização para diligenciar?

Trata-se do fenômeno denominado por serendipidade que consiste justamente na descoberta fortuita de delitos que não são objeto da investigação. Esse encontro fortuito de provas foi reconhecido pelo Superior Tribunal de Justiça, o qual fixou entendimento, por meio do informativo número 539, que ele é admitido pela jurisprudência atual.

Esse entendimento se deu nos casos de interceptação telefônica, mas o raciocínio pode ser transportado para a infiltração policial conforme o seguinte precedente do Tribunal que era recente ao tempo da promulgação da Lei 13. 441/2017:

(...) 1. Não há violação ao princípio da ampla defesa a ausência das decisões que decretaram a quebra de sigilo telefônico em investigação originária, na qual de modo fortuito ou serendipidade se constatou a existência de indícios da prática de crime diverso do que se buscava, servindo os documentos juntados aos autos como mera notícia criminis, em razão da total independência e autonomia das investigações por não haver conexão delitiva.

2. O chamado fenômeno da serendipidade ou o encontro fortuito de provas - que se caracteriza pela descoberta de outros crimes ou sujeitos ativos em investigação com fim diverso - não acarreta qualquer nulidade ao inquérito que se sucede no foro competente, desde que remetidos os autos à instância competente tão logo verificados indícios em face da autoridade. (...)

(RHC 60.871/MT, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 04/10/2016, DJe 17/10/2016) (BRASIL, 2016)

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, emprega o termo “crime achado” (informativo 869), afirmando ser aquela infração penal desconhecida e não investigada até o momento em que se descobre o delito. Segundo o Ministro Alexandre de Moraes, a prova é considerada lícita, mesmo que o “crime achado” não tenha relação com o delito que estava sendo investigado, desde que tenham sido respeitados os requisitos constitucionais e legais e desde que não tenha havido desvio de finalidade ou fraude (BRASIL, 2017).

Noutro giro, diferente dos Tribunais Superiores, o entendimento doutrinário sobre o assunto é mais rígido, asseverando que só haveria licitude da prova fortuita se houvesse acentuada conexão entre o crime descoberto e aquele objeto da investigação.

Nesse contexto, segundo Alves (2019, p. 331), é possível se falar que quanto ao nexo causal, temos a serendipidade de primeiro grau, que ocorre quando há nexo causal entre o crime investigado e o crime descoberto fortuitamente, sendo esse caso considerado lícito; e a serendipidade de segundo grau, quando ao contrário da primeira não há nexo causal entre os crimes.

Ainda de acordo com Alves (2019, p. 331), há também que se apontar a subdivisão da serendipidade objetiva, quando se descobre fortuitamente fato até então não apurado, e serendipidade subjetiva, a qual ocorre quando se descobre fortuitamente agente não envolvido no fato delituoso investigado.

Assim, não há ilicitude na conduta de que o agente infiltrado virtualmente, que busca colher provas sobre o crime de estupro de vulnerável, por exemplo, encontre material que

induza a visualização da prática de tráfico de pessoas, ou encontre indivíduos diferentes do que se têm indícios de autoria e é objeto da investigação.

Nesses casos, segundo Lima (2017, p. 546/547), a validade da prova inesperadamente obtida está condicionada à forma como foi realizada a diligência: se houve desvio de finalidade, abuso de autoridade, a prova não deve ser considerada válida; se o encontro da prova foi casual, fortuito, a prova pode ser considerada válida.

Entende-se desse modo, que pela natureza da técnica investigativa, é plenamente possível que o agente infiltrado se depare com novas provas estranhas a materialidade do crime apurado, e nesse caso, não há óbice no ordenamento jurídico brasileiro quanto a licitude de tais provas, e conseqüentemente a nulidade ao inquérito policial, desde que não haja abuso de autoridade ou desvio de finalidade.

5.2 Da prova testemunhal do agente infiltrado

Em que pese o ambiente virtual traga um menor grau de vulnerabilidade ao agente infiltrado, a investigação que utiliza essa ferramenta como meio de obtenção de prova deve ser desenvolvida de modo a preservar a integridade física do indivíduo em que nela atuam; por isso, só em caso excepcionais aquele deve ser ouvido como testemunha e se o for, sua verdadeira identidade deve ser mantida em sigilo, por meio da modalidade de testemunha anônima.

O ideal é que os indícios de autoria e prova da materialidade do crime tornem desnecessária a atuação do agente infiltrado como testemunha, uma vez o requerimento de sua oitiva será realizado caso seja da vontade da defesa ou no caso das provas serem insuficientes para embasar uma futura condenação.

Nesse contexto, leciona Lima (2017, p. 766) que no caso de ser necessária a oitiva do agente infiltrado como testemunha no curso da ação penal, sua identidade deve ser resguardada, uma vez que não haveria sentido que durante todo o curso da operação o sigilo fosse mantido e após a conclusão da investigação a verdadeira identidade civil do agente fosse colocada em risco a partir de sua revelação ao acusado.

Não obstante o direito ao sigilo pertencente ao agente, surge um empasse acerca do direito ao contraditório e a ampla defesa, uma vez que o acusado tem o direito de saber o teor

de sua acusação e por quem está sendo acusado, seria nesse caso, um cerceamento do direito de defesa?

O artigo 187, parágrafo 2º, inciso V, do Código de Processo Penal prevê que o interrogatório será constituído de duas partes: sobre a pessoa do acusado e sobre os fatos, e na segunda parte será perguntado ao réu se conhece as vítimas e testemunhas já inquiridas ou por inquirir, e desde quando, e se tem o que alegar contra elas.

Assim, de acordo com essa previsão legal, entende-se que o acusado saberá quem testemunhará no seu processo e terá o direito de informar se tem algo contra elas, porém o Superior Tribunal de Justiça, com relação às testemunhas inseridas em programa de proteção, que não há nulidade quando se permite ao réu conhecer e contraditar todas as declarações por elas prestadas, bem como à sua defesa o acesso à sua identificação, mantida em registro apartado. (STJ, Quinta Turma, HC 158.557/SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julgado em 18/10/2011) (BRASIL, 2011)

Nesse sentido, acredita-se que é possível estender o entendimento encimado ao caso de oitiva de agente policial que realizou infiltração virtual em busca de identificação das fontes de prova na repressão de crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes.

Se faz mister trazer à baila o chamado direito ao confronto, o qual segundo Malan (2009, p. 317) foi aquele que nasceu na Sexta Emenda à Carta Política estadunidense, e atualmente se consagrou em diversos tratados internacionais de proteção aos Direitos Humanos, o qual trata-se, do direito fundamental do acusado a presenciar e participar da produção da prova oral contra si em audiência pública.

Nesse contexto, no âmbito internacional, a Convenção Europeia de Direitos Humanos, prevê em seu art. 6º, nº3, alínea “d”, que o acusado tem como direito interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e obter a convocação e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições que as testemunhas de acusação.

O pacto de São José da Costa Rica, por sua vez, assevera em seu art. 8º, nº 2, alínea “f” que toda pessoa tem como garantia mínima o direito de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos (BRASIL, 1992).

Conforme os entendimentos apresentados observa-se que de fato há um choque de direitos: de um lado a integridade física do agente infiltrado e a viabilidade de futuras investigações, do outro, o direito constitucional ao contraditório e a ampla defesa.

Mas, em que pese o referido confronto de direitos, é razoável entender que deve sopesar os direitos explicitados, de modo que é de fundamental importância que haja uma reflexão acerca do caso concreto, levando em consideração as provas apuradas no decorrer da investigação e a necessidade de produção de prova testemunhal anônima do agente de polícia.

É sabido que o ordenamento jurídico enfrenta grandes dificuldades na repressão de crimes contra a dignidade sexual, e de todo modo, é preciso que os meios de investigação e produção de prova se adequem aos novos fenômenos sociais, em especial, os cibercrimes, sem deixar de preservar os direitos e as garantias constitucionais do acusado, vítima e família.

Desse modo, entende-se pertinente o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça ao declarar que não há nulidade na inquirição de testemunhas anônimas, já que de todo modo, será dada a oportunidade ao acusado de se defender dos fatos pelos quais lhe são imputados, já que sua defesa terá total acesso aos autos de forma apartada.

6 METODOLOGIA

A metodologia é a ciência que utiliza de métodos científicos, os quais podem ser conceituados por “uma série de regras com finalidade de resolver determinado problema ou explicar um fato por meio de uma hipótese ou teorias que devem ser testadas experimentalmente e podem ser comprovadas ou refutadas” (MARCONI; LAKATOS, 2011, p. 253).

A pesquisa teve como método o dedutivo que é aquele raciocínio, segundo Marconi e Lakatos (2011, p. 256) parte do geral para chegar o particular, ou seja, será estudada a infiltração virtual de agentes de polícia (aspecto geral), para posteriormente ser analisado no âmbito dos crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes (aspecto particular).

O trabalho foi realizado a partir dos princípios da pesquisa qualitativa, do tipo documental e de cunho exploratório. De acordo com Marconi e Lakatos (2011, p. 272) na pesquisa qualitativa, inicialmente é feita a coleta de dados, para em seguida elaborar a “teoria base” que constitui o conjunto de conceitos, princípios e significados. Ainda segundo os autores, o esquema conceitual pode ser uma teoria elaborada, com um ou mais constructos, impondo a correlação da pesquisa com o universo teórico.

Quanto ao método de procedimento empregado no presente estudo considera-se que foi usado o histórico, uma vez que terá como um dos objetivos específicos analisar a evolução normativa da infiltração virtual de agentes de polícia como técnica investigativa, a fim de consagrar a efetividade do direito fundamental à dignidade sexual, tendo, em contrapartida, o direito a intimidade e inviolabilidade dos dados pessoais do investigado.

Ademais, a pesquisa valeu-se do procedimento analítico-descritivo, posto que o estudo terá como base documental a Lei 13.441/2017, o Estatuto da Criança e do adolescente (Lei 8069/90), Lei 12.850/13, Constituição Federal, Código Penal e Código de Processo penal.

A pesquisa bibliográfica partirá de dados secundários trazidos através da revisão bibliográfica de artigos científicos nacionais em Revistas do Ministério Público dos estados de Goiás e do Paraná, e doutrina especializada como, por exemplo, Rafael Wolff em sua obra Infiltração de agentes por meio virtual de 2017 e Renato Brasileiro Lima, de 2017, a fim de embasar o referencial teórico.

Quanto ao universo temporal a ser estudado, delineou-se o interím de setembro de 1988 a maio de 2020, para o qual foi considerada a data da promulgação da Constituição Federal do Brasil (BRASIL, 1988), concebido como o ponto de partida na previsão de direitos e garantias para crianças e adolescentes e o período posterior a publicação da Lei 13.441/2017.

7 RESULTADOS E DISCUSSÕES

A presente pesquisa bibliográfica desenvolveu-se tendo como norte a análise dos requisitos legais presentes na Lei 13.441/2017 pra a instauração da infiltração virtual de agente de polícia, a fim de obter provas da materialidade do fato e indícios de autoria de cibercrimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes.

A importância de abordar tais requisitos se justifica pelo fato de que, quando cumpridos, tornam o procedimento investigatório lícito, e assim, apto a produzir elementos que venham a subsidiar a convicção do promotor de justiça (*opinio delicti*) para que ele possa iniciar a ação penal pública, se oferecida a peça inicial, definida no artigo 24 do Código de Processo Penal como denúncia, essa for recebida pelo juízo.

Nesses moldes, tomando por base a previsão legal contida no artigo 190-A do Estatuto da Criança e do Adolescente e seguintes, foi necessário inicialmente expor quais crimes comportam a incidência da infiltração virtual e de que forma é possível haver a adequação típica desses delitos.

De plano, observou-se que a tese majoritária entre a doutrina era a de que o legislador havia previsto de forma expressa e taxativa o rol de cibercrimes, mas a partir dos estudos realizados, depreendeu-se que, mais tarde, com o advento da lei 13.964/2019, passou a ser autorizada a utilização da infiltração virtual também em crimes de organização criminosa, e partir daí, pode-se concluir que arrolamento dos ilícitos contidos no artigo 190-A, do Estatuto da Criança e do Adolescente era meramente exemplificativo.

Em que pese ser permitida a possibilidade de se estender o citado rol, o presente trabalho limitou-se a abordar apenas os tipos penais contidos nos artigos 240 , 241 , 241-A , 241-B , 241-C e 241-D, todos do Estatuto da Criança e do adolescente e nos artigos 154-A , 217-A , 218 , 218-A e 218-B do Código Penal, pois o interesse está pautado na utilização da infiltração virtual na repressão de crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescente, conforme previsão da Lei 13.441/2017.

Após essa etapa, a pesquisa passou a analisar a evolução normativa da infiltração virtual de agentes de polícia no âmbito dos cibercrimes, o que possibilitou o entendimento de que a infiltração já existia no nosso ordenamento jurídico no meio físico e após o surgimento de novos fenômenos sociais baseados no desenvolvimento tecnológico, passou a ser utilizada também no ciberespaço.

Assim, através dos estudos foi possível entender que os crimes que antes eram realizados apenas no meio físico, passaram a ter um *modus operandi* diferente, valendo-se das novas tecnologias da informação, de modo que surgiu a necessidade de o Estado tutelar os

direitos das crianças e dos adolescentes também quando inseridos no espaço virtual, já que é seu dever, resguardar um desenvolvimento sadio dos infantes, conforme previsão contida na Constituição Federal, artigo 227.

A partir das informações adquiridas, entendeu-se que a infiltração virtual é um meio de obtenção de prova pelo qual a autoridade policial se vale para obter informações concretas para embasar o inquérito policial, objetivando, dessa forma, a colheita da materialidade do fato e indícios de autoria.

No âmbito da colheita de prova, o presente estudo analisou a incidência da novel previsão legal da cadeia de custódia da prova à luz da Lei 13.964/2019, uma vez que o artigo 190-B do Estatuto da Criança e do Adolescente traz a previsão de que as informações da operação de infiltração serão encaminhadas diretamente ao juiz responsável pela autorização da medida, e por isso, tais informações devem ser preservadas, valendo-se também do sigilo.

Nesse sentido, após a apreciação da cadeia de custódia no âmbito da infiltração virtual, foi possível identificar que, além do objetivo de preservação das provas colhidas, há também a finalidade de preservação da dignidade sexual dos infantes, vítimas dos cibrecrimes, bem como a proteção do investigado, que teve o sigilo de dados e intimidade violada a partir de autorização judicial, imperando dessa forma, a garantia Constitucional da presunção de inocência.

Após essa etapa, conforme previsão da Constituição Federal, foi possível analisar quais seriam as autoridades que podem exercer a função de agente infiltrado virtual, e conforme artigo 144, apenas a Polícia Federal e a Polícia Civil constituem os dois órgãos que possuem tal prerrogativa.

O objetivo geral pautado na análise dos aspectos procedimentais da infiltração de agentes de polícia como um meio de obtenção de prova na repressão de crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes foi alcançado, posto que, a partir das pesquisas bibliográficas e o estudo da Lei 13.441/2017, indicou-se quais são os requisitos que condicionam a instauração do procedimento.

Desse modo, a partir dos dados pesquisa desempenhada, elencou-se como requisitos para a instauração e desenvolvimento da infiltração virtual a legitimidade, autorização judicial, subsidiariedade, prazo de duração, sigilo e atuação policial sem excessos.

Apenas detém legitimidade para instalação da infiltração virtual o Ministério Público, através de requerimento e o delegado de polícia, por meio de representação, as quais deverão

conter a demonstração da sua necessidade (artigo 190-A, inciso II, Estatuto da Criança e do Adolescente)

Dessa forma, a partir dos dados coletados foi possível entabular que não há a possibilidade de o delegado de polícia, autoridade responsável pelo inquérito policial, implementar de ofício a investigação, sendo necessária a autorização judicial para tanto (artigo 190-A, inciso I, Estatuto da Criança e do Adolescente) e isso se dá a violação que acarreta aos direitos fundamentais da inviolabilidade do sigilo de dados e da intimidade do investigado.

Nesse contexto, pelo o motivo de violar os referidos direitos é que o procedimento só poderá ser instaurado quando a prova não poder ser obtida por outros meios, configurando-se assim mais um requisito, o da subsidiariedade. (artigo 190-A, §3º, Estatuto da Criança e do Adolescente).

Quanto ao prazo para duração da infiltração virtual, observou-se que há grande crítica a essa previsão legal, posto que alguns estudiosos defendem que a inclusão de prazo limite para findar a investigação acaba influenciando de forma negativa no seu desenvolvimento, uma vez que esse tem por base a conquista da confiança, que muitas vezes leva um grande tempo para ser alcançada.

Conforme a base constitucional fundamentada nos direitos e garantias individuais do nosso ordenamento jurídico, entende-se que a principal finalidade do legislador ao incluir um prazo máximo de 90 dias, sem prejuízo de eventuais renovações, desde que não exceda 720 dias, foi a preservação da vítima, de sua família e do acusado. Porém, acredita-se que, por questões de prudência e segurança jurídica, deveria haver a possibilidade de, excepcionalmente, relativizar o prazo máximo quando houver motivos suficientes que justifiquem a sua renovação para além dos 720 dias previstos na lei.

As organizações criminosas ou até mesmo o acusado individualmente, se valem de meios de difícil acesso, como é o caso da *deep web*, para desenvolver seus crimes, e muitas vezes possuem uma comunidade organizada e sigilosa, que evita a entrada de terceiros não autorizados.

A Lei 13.441/2017 também prever como requisito a sigilosidade, isto é, a operação não deve ser dada a publicidade, característica essa que já é inerente ao inquérito policial, conforme previsão contida no artigo 20, do Código Processo Penal, pois deve resguardar o princípio da presunção de inocência, uma vez que não há contraditório, e em crimes contra a dignidade sexual, em especial, preservar a vítima.

Além disso, o artigo 190-B, Estatuto da Criança e do Adolescente de forma expressa afirma que as informações da operação de infiltração deverão ser encaminhadas ao juiz responsável por sua autorização e ele zelará por seu sigilo. Desse modo, assim como as autoridades policiais devem preservar o sigilo da operação, o juiz que a autorizou também deve.

Quanto aos limites de atuação do agente de polícia infiltrado, é importante que o magistrado se pronuncie desde já, quanto à execução de outros procedimentos investigatórios, dando uma margem de atuação ao policial, de forma que seja possível o desenvolvimento de estratégias no meio da infiltração para alcançar o objetivo principal, sem que culmine na ilicitude das provas ou afaste a eficácia da própria investigação.

Se a todo o momento que o policial fosse realizar algum procedimento, necessitasse da autorização judicial para tanto, iria acabar maculando o andamento da infiltração e não se conseguiria concluí-la no prazo legalmente previsto, por isso, entende-se que o ponto chave para iniciar e desenvolver a operação é a própria autorização do juízo, configurando-se dessa forma, fundamento de validade.

Nestes moldes, conforme exposto alhures, entende-se que a hipótese levantada foi confirmada, já que se obteve como resultado, a partir do presente estudo, que as margens de atuação do agente de polícia e o seu nível de discricionariedade na investigação virtual é unicamente a autorização judicial.

A discussão a respeito da legalidade das provas obtidas e da atuação policial, que configurava objetivo específico, também foi alcançada, uma vez que os estudos apontaram que essa validade, igualmente está adstrita a autorização judicial, assim, se o policial infiltrado pauta toda e qualquer atuação naquilo que foi ditado pelo juiz, não há que se falar em ilicitude dos meios de obtenção de prova e da própria prova.

Além disso, foi possível esclarecer as dificuldades da investigação criminal após a promulgação da Lei 13. 441/2017 quando se busca identificar a autoria do crime, já que houve a identificação que na maioria das vezes o investigado utiliza-se da *deep web* para praticar os ilícitos penais e quando atua em organização criminosa, em especial, conforme já foi debatido, há uma rígida política dos seus membros a fim de que se forme uma barreira contra a tutela do Estado.

Nesse contexto, surge a importante atuação do provedor da internet, que ao fornecer a autoridade policial o endereço do IP do usuário e dos dados concernente a ele, acaba eliminando a barreira do sigilo que o ciberespaço constrói com o mundo físico, e facilita o desenvolvimento da infiltração virtual na busca por provas.

Assim, conforme os estudos desenvolvidos depreende-se que, em regra, apenas após iniciada a infiltração é que surge a possibilidade de a autoridade de polícia ter ciência dos dados cadastrais e de conexão exigidos artigo 190-A, inciso II do Estatuto da Criança e do adolescente, bem como dos nomes ou apelidos que o acusado utiliza, pois, na maioria das vezes são designações falsas, ou o usuário apenas se identifica por símbolo ou foto.

Desta feita, o trabalho em tela proporcionou uma análise jurídica sobre a Lei 13.441/2017, demonstrando ser uma pertinente inovação legislativa, por meio da qual trouxe ao nosso ordenamento jurídico a possibilidade de utilização pela polícia de novo instrumento na obtenção de provas e de repressão de crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescente, configurando-se, dessa forma, uma adaptação do ordenamento jurídico aos novos desdobramentos sociais.

8 CONCLUSÃO

A construção da presente pesquisa foi ensejada pelo questionamento a respeito de quais seriam as margens de atuação do agente de polícia e qual o seu nível de discricionariedade na investigação virtual, conforme problemática explicitada no capítulo 1 do estudo.

Diante dos dados obtidos e apresentados no tópico anterior, conclui-se que ele deve permanecer adstrito ao que está disposto na autorização judicial, de modo que sua discricionariedade, necessariamente será pautada nos fins a que a infiltração se sujeita e naquilo que o juiz ditou. Assim, só em caso de excessos, ou seja, atuação à margem do que foi imposto pelo juízo competente, o agente infiltrado será responsabilizado.

Nesse sentido, acrescenta-se que, tendo o legislador se omitido quanto a forma de responsabilização, entende-se que ela poderá no âmbito penal, caso pratique alguma conduta típica descrita no ordenamento jurídico, administrativamente, apurada conforme os ditames da corregedoria, bem como civilmente, reparando o possível dano a vítima.

A partir da pesquisa desenvolvida, também se conclui que em que pese antes da sua promulgação da Lei 13.441/2017, os órgãos de segurança pública competentes já se valessem do agente infiltrado para investigar crimes dessa natureza, como o exemplo da operação dark net apresentada no presente trabalho, ou outros crimes, como os de organização criminosa, só após a referida lei foi possível alcançar a segurança jurídica necessária, instituindo, assim, regras para o seu legal desempenho.

Desse modo, a positivação dos preceitos de desenvolvimento e instauração da infiltração virtual proporcionou a proteção das garantias constitucionais que outrora poderiam ser negligenciadas, tanto quanto em relação ao investigado, quanto à vítima, como é o caso do requisito da subsidiariedade, o qual denota que a infiltração de agentes só será admitida se a prova não puder ser obtida por outros meios.

No que diz respeito à legitimidade para desenvolver a infiltração virtual, depreendeu-se que essa não é possível que o particular atue como agente infiltrado, pois mesmo que surja no decorrer da investigação a possibilidade de um integrante da organização criminosa resolver colaborar com a investigação, ele não será um agente infiltrado.

Nesse caso, irá se valer do instituto da colaboração premiada, o que é bastante diferente. Esse último pode resultar no perdão judicial, redução em até 2/3 (dois terços) da pena privativa de liberdade ou sua substituição por restritiva de direito.

De outra senda, em que pese a Lei 13.441/2017 ser um incontestável instrumento de luta contra a prática de crimes sexuais no âmbito do Estatuto da Criança e do Adolescente, a partir do presente estudo pode-se observar que ainda há adequações que precisam ser feitas a fim de acompanhar a realidade do mundo dos fatos.

Conforme discussões levantadas ao decorrer da pesquisa, a primeira crítica é em relação à impossibilidade de se estender o prazo de duração da infiltração virtual para além dos 720, se houver motivação pertinente que comprove essa necessidade, uma vez que a imposição desse limite inviabiliza aquelas operações que demandem mais tempo para alcançar a confiança do acusado ou da organização criminosa, prejudicando, assim, a colheita das provas de materialidade e indícios de autoria.

A segunda crítica diz respeito às regras presentes no artigo 190-A, inciso II, do Estatuto da Criança e do Adolescente o qual prever que a infiltração dar-se-á mediante requerimento do Ministério Público ou representação de delegado de polícia e conterà os nomes ou apelidos das pessoas investigadas, o que, conforme discussão já abarcada pelo presente trabalho, configura na maioria das vezes, uma impossibilidade, já que só após o início da investigação se é possível obter tais dados.

Posto isso, destaca-se que o objeto de estudo poderá ser expandido ao analisar a infiltração virtual na Lei 12.850/2013 (Lei de organizações criminosas), uma vez que no ano de 2019 a novel Lei 13.964 previu expressamente em seu texto a técnica investigativa em estudo, a qual anteriormente limitava-se a infiltração no ambiente físico.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Leonardo. **Cybercrimes na deep web: as dificuldades jurídicas de determinação de autoria nos crimes virtuais**. 2005. Disponível em Acesso em: 31 de jan. 2020

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

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Processo Penal parte geral**. 9 ed. Bahia: Juspodvm. 2019

BRASIL. Lei nº 9.034, de 03 de maio de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9034.htm> Acesso em: 8 maio 2017

_____. **Leis. Vade Mecum Rideel**. 25. ed. São Paulo: Rideel, 2019.

_____. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm> Acesso em : 16 de mar. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. [S.l.: s.n.], 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo869.htm>. Acesso em 25 abr. de 2020.

_____. Ministério Público Federal. **Crimes cibernéticos**. 2ª Câmara de Coordenação e Revisão, Criminal. Coletânea de artigos; v. 3. Brasília. 2018. 275 p.

_____. **LEI Nº 9.034. 1995.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9034.htm. Acesso em: 20 jan. de 2020.

_____. Ministério Público Federal. **Convenção sobre o cibercrime**. [S.l.: s.n.], 2001. Disponível: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/normas-e-legislacao/legislacao/legislacoes-pertinentes-do-brasil/docs_legislacao/convencao_cibercrime.pdf. Acesso em: 19 abr. 2020.

_____. Convenção Europeia de Direitos Humanos. [S.l.: s.n.], 200?. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=536&lID=4>. Acesso em: 23 abr. de 2020.

_____. Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal. Edição: Imprensa Nacional. 2017, p. 82. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumula/anexo/Enunciados_Sumulas_STF_1_a_736_Completo.pdf. Acesso em: 24 de mai. 2020.

_____. Ministério Público Federal. Turminha do MPF. O que é pedofilia? [S.l.: s.n.], 200?. Disponível em: <http://www.turminha.mpf.mp.br/explore/direitos-das-criancas/18-de-maio/o-que-e-pedofilia>. Acesso em: 07 de mai. 2020.

SHIMABUKURO Adriana. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **Cibercrime: quando a tecnologia é aliada da lei. Escola de Magistrados Investigação e prova nos crimes cibernéticos**. São Paulo: EMAG, 2017.

Constituição da República Federativa do Brasil: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais nº 1/1992 a 68/2011, pelo Decreto Legislativo nos 186/2008 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão nos 1 a 6/1994. 35. ed. Brasília: Edição Câmara, 2012.

CASTRO, Carla Rodrigues Araújo de. **Crimes de Informática e seus Aspectos Processuais**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p.9.

COELHO, Pedro. **O que é “Quebra da Cadeia de Custódia”?**. Blog Ebeji. [S.l.: s.n.], 2016. Disponível em: <https://blog.ebeji.com.br/o-que-e-quebra-da-cadeia-de-custodia/>. Acesso em: 24 de mai. 2020.

PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal, 21ª edição. Atlas, 2017.

SCHMIDT Guilherme. **Crimes cibernéticos**. [S.l.: s.n.], 2014. Disponível em: <https://gschmidtadv.jusbrasil.com.br/artigos/149726370/crimes-ciberneticos>. Acesso em: 23 abr. 2020.

NUCCI Guilherme. **Conceito e alcance da dignidade sexual**. [S.l.: s.n.], 2015. Disponível em: <http://www.guilhermenucci.com.br/dicas/conceito-e-alcance-da-dignidade-sexual>. Acesso em 23 abr. 2020.

PEREIRA. Flávio Cardoso. Revista do Ministério Público do Estado de Goiás. **Agente infiltrado virtual (lei n. 13.441/17): primeiras impressões**. Disponível em: http://www.mpgop.mp.br/portal/arquivos/2018/01/10/16_42_09_810_Revista33_final.pdf#page=97
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em 19 abr. 2020.

VALFRÉ FILHO Silvério. **Infiltração de agentes na internet no combate aos crimes contra a dignidade sexual de criança e de adolescente**. [S.l.: s.n.], 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/65186/infiltracao-de-agentes-na-internet-no-combate-aos-crimes-contra-a-dignidade-sexual-de-crianca-e-de-adolescente>. Acesso em 23 jan. de 2020.

BRASIL. Ministério Público Federal. **Operação dark net**. [S.l.: s.n.], [200-?]. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/rs/sala-de-imprensa/docs/outros-documentos/operacao-darknet>. Acesso em 24 jan. de 2020.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Comentários à infiltração de agentes de polícia na internet para investigar crimes contra a dignidade sexual de criança e de**

adolescente. [S.l.: s.n.], 2017. Disponível em: <https://www.dizerodireito.com.br/2017/05/comentarios-infiltracao-de-agentes-de.html>. Acesso em: 30 de mai. 2020.

CONSULTOR JURÍDICO. **Estudante gaúcho é condenado a 14 anos por estupro virtual de menor.** [S.l.: s.n.], 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-dez-05/estudante-condenado-14-anos-estupro-virtual-menor>. Acesso em 19 jan. de 2020.

Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 28 abr. 2017.

CASTRO Henrique Hoffmann Monteiro de. Lei 13.441/17 instituiu a infiltração policial virtual. [S.l.: s.n.], 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-mai-16/academia-policia-lei-1344117-instituiu-infiltracao-policial-virtual>. Acesso em 24 abr. de 2020

COLOMBO Cristiano; FACCHINI Eugênio. **Ciberespaço e conteúdo ofensivo gerado por terceiros: a proteção dos direitos de personalidade e a responsabilização civil dos provedores de aplicação, à luz da jurisprudência do superior tribunal de justiça.** [S.l.: s.n.], 2017. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/4910>. Acesso em 24 abr. de 2020.

LAKATOS Eva Maria. **Metodologia científica.** 6. ed. 4. reimpr. São Paulo: Atlas S.A., 2011.

LEITÃO JÚNIOR, Joaquim. **A infiltração policial na internet na repressão de crimes contra a dignidade sexual.** Canal Ciências Criminais. [S.l.: s.n.], 2017. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/infiltracao-policial-internet/>. Acesso em: 23 abr. de 2020

LÉVY, Pierre. **Cibercultura.** Trad. De Carlos Irineu da Costa. 2. Ed São Paulo: Editora 34, 2000.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada.** 3ª ed., Salvador: Juspodivm, 2015, p. 574).

LIMA, Renato Brasileiro. **Código de Processo Penal Comentado.** 2.ed. rev. e atual. Salvador: JUSPODIVM, 2017.

LIMA, Renato Brasileiro. **Código de Processo Penal Comentado.** 2.ed. rev. e atual. Salvador: JUSPODIVM, 2017. p. 546/547.

MALAN Diogo Rudge. **Direito ao confronto no processo penal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no processo penal.** 4. ed. Rio de Janeiro:Forense, 2015.

ORTEGA, Juan Jose López apud SILVA, Eduardo Araújo da. **Organizações Criminosas: Aspectos Penais e Processuais da Lei 12.850/13**. São Paulo: Atlas, 2015, pg. 99.

RAMALHO TERCEIRO, Cecílio da Fonseca Vieira. **O problema na tipificação penal dos crimes virtuais**. Jus Navigandi, Teresina, a. 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/3186/o-problema-na-tipificacao-penal-dos-crimes-virtuais>. Acesso em: 31 de jan. 2020.

REALE JR., Miguel. **A ação do provocado**. In Ciência Penal. I. ano IV, 1979

ORTEGA, Juan Jose López apud SILVA, Eduardo Araújo da. **Organizações Criminosas: Aspectos Penais e Processuais da Lei 12.850/13**. São Paulo: Atlas, 2015, pg. 99.

Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Crime organizado**. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 106.

ROSA, Fabrizio. **Crimes de Informática**. Campinas: Bookseller, 2002. P. 53.

SEMER, Marcelo. **Crime impossível e a proteção aos bens jurídicos**. São Paulo. Ed. Malheiros, 2002.

SOUZA Renee do Ó; CUNHA Rogério Sanches; LINS Caroline de Assis e Silva Holmes. **A nova figura do agente disfarçado prevista na Lei 13.964/2019**. [S.l.: s.n.], 2019. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2019/12/27/nova-figura-agente-disfarçado-prevista-na-lei-13-9642019/>. Acesso em 23 abr. de 2020.

TÁVORA, Nestor; ASSUMPÇÃO, Vinícius. **Provas – questões e processos incidentais**. São Paulo. Ed. Saraiva. 2012.

VIANA, Marco Túlio apud CARNEIRO, Adeneele Garcia. **Fundamentos de direito penal informático. Do acesso não autorizado a sistemas computacionais**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 13-26.

WOLFF, Rafael. **Infiltração de agentes por meio virtual**. Conforme SILVA, Ângelo Roberto Ilha da (Org.). **Crimes Cibernéticos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2017. p.221.