

FUNDAÇÃO OSWALDO ARANHA
CENTRO UNIVERSITÁRIO DE VOLTA REDONDA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

HENRIQUE KIENITZ LEMOS

**INVESTIGAÇÃO E INFILTRAÇÃO DE AGENTES POLICIAIS NO
COMBATE AOS CRIMES CIBERNÉTICOS**

**VOLTA REDONDA
2019**

**FUNDAÇÃO OSWALDO ARANHA
CENTRO UNIVERSITÁRIO DE VOLTA REDONDA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO**

**INVESTIGAÇÃO E INFILTRAÇÃO DE AGENTES POLICIAIS NO
COMBATE AOS CRIMES CIBERNÉTICOS**

Monografia apresentada ao Curso de
Direito do UniFOA como requisito à
obtenção do título de bacharel em Direito.

Aluno:

Henrique Kienitz Lemos

Professora Orientadora:

Éricka Júlio Batitucci

VOLTA REDONDA



Fundação Oswaldo Aranha



FOLHA DE APROVAÇÃO

Trabalho de Conclusão de Curso intitulado:

Investigações e Infiltração de Agentes Policiais
no Combate aos Crimes Cibernéticos

Elaborado por Henrique Kienitz Lemos apresentado
publicamente perante a Banca Avaliadora, como parte dos requisitos para conclusão do Curso de
Direito.

Aprovada em 29 de outubro de 2019

Banca Avaliadora:


.....
Professor Orientador - Unifoa


.....
Professor Avaliador - Unifoa


.....
Professor Avaliador - Unifoa

A meu falecido avô Zeca, que em vida me ensinou sobre a importância de zelar pela família e de ser forte independentemente do que aconteça. E a minha mãe, minha base e minha maior inspiração dentro do universo acadêmico, sem você eu não chegaria até aqui.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por me dar força, ânimo e saúde para não desistir e continuar lutando pelos meus sonhos. A ele eu devo minha gratidão. À minha orientadora pelo apoio e paciência ao longo da elaboração desse trabalho. À minha família, deixo aqui registrada a minha eterna gratidão por tudo. Aos meus pais por todo incentivo durante os anos de faculdade e por todo apoio que sempre recebi, não encontro palavras para descrever o quanto sou grato a vocês. À minha namorada por toda compreensão, apoio e ajuda quando precisei, minha gratidão. A todas as pessoas que de uma alguma forma me ajudaram, direta ou indiretamente, muito obrigado.

RESUMO

Formas inovadoras de comunicação viabilizadas pela *internet* proporcionam avanços em todas as esferas, mas também favorecem a proliferação das mais variadas infrações penais cibernéticas. Neste cenário, é imprescindível que a legislação se adapte e acompanhe as constantes inovações, através de mecanismos que facilitem o monitoramento e a conseqüente antecipação de atitudes suspeitas ou de teor questionável encontradas na rede. Garantindo os preceitos fundamentais previstos na Constituição Federal, leis complementares, códigos e demais dispositivos encontrados na legislação pátria, a monografia tem por objetivo analisar o Instituto da infiltração de agentes sob o prisma da infiltração policial virtual, a luz das Leis 9.034/95, editada pela Lei 12.850/13, Lei das Organizações Criminosas, Lei nº 13.441/2017, que alterou o Estatuto da Criança e do Adolescente, Constituição Federal, Código Penal e demais diplomas legais atinentes à área, bem como contextualizar historicamente a Internet com enfoque na criação da *Deep Web* e da *Dark Web* e no surgimento dos crimes cibernéticos. Refletir sobre a eficácia da legislação brasileira e as formas de prevenção e repressão, em vigor, contra crimes virtuais.

Palavras-chave: Internet; cibercrime; infiltração de agentes.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 BREVE HISTÓRICO CIBERCRIMES	11
2.1 <i>Deep web, dark web</i> e o surgimento dos crimes cibernéticos	11
2.2 Conceito de crime cibernético.....	12
2.3 Convenção de Budapeste e a transnacionalidade	14
3 DO CRIME COMUM AO CIBERNÉTICO.....	17
3.1 O crime	17
3.2 Classificação dos crimes cibernéticos.....	17
3.2.1 Crimes cibernéticos abertos, impuros ou impróprios.....	18
3.2.2 Crimes cibernéticos puros ou próprios	18
4 A INFILTRAÇÃO POLICIAL.....	20
4.1 Leis que preveem a infiltração de agentes policiais	20
4.2 Conceito, natureza jurídica e legitimidade da infiltração policial	22
4.3 Requisitos conforme a lei 12.850/13.....	24
4.3.1 Da ocasião em que se adota a medida e do procedimento para iniciar a infiltração	24
4.3.2 <i>Fumus comissi delicti e periculum in mora</i>	25
4.3.3 Dos prazos.....	26
4.3.4 Do sigilo.....	26
4.3.5 Restrição e responsabilidade criminal da atuação do agente infiltrado	28
4.3.6 Do direito à abstenção do agente infiltrado	29
4.3.7 A ação controlada como estratégia na infiltração de agentes	31
4.3.8 Tipos de infiltração	33
4.3.9 Agente infiltrado e agente provocador	33
4.3.10 Agente encoberto, agente de inteligência, informante e colaborador.....	35
4.3.11 Fases da infiltração do agente policial	36

5 O AGENTE POLICIAL VIRTUAL INFILTRADO	38
5.1 A lei 13.441/17 e sua aplicação.....	38
5.2 Das provas	39
5.2.1 O perfil falso (“fake”) do agente infiltrado como meio de obtenção de provas na internet	40
5.3 O direito constitucional e sua aplicação no instituto da infiltração de agentes públicos em organizações criminosas	42
5.4 Aspectos éticos da legalidade da atuação do agente infiltrado.....	44
6 CONCLUSÃO	46
7 REFERÊNCIAS.....	48

1 INTRODUÇÃO

As mudanças tecnológicas que a sociedade tem assistido nos últimos 50 anos trazem benefícios e avanços inegáveis em todas as áreas, porém a inauguração da *web 3.0* e a explosão das redes sociais proporcionaram, junto com as formas inovadoras de comunicação, a proliferação das mais variadas infrações penais cibernéticas, obrigando órgãos públicos e instituições privadas a aprimorar os sistemas de segurança e a fortalecer um ciclo virtuoso de mecanismos que assegurem a proteção do cidadão.

Neste sentido, a lei nº 13.441, de 8 de maio de 2017, que alterou a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), constituiu um grande avanço na prevenção dos crimes contra a dignidade sexual da criança e do adolescente por prever a infiltração de agentes de polícia na internet. Contudo, por que a infiltração nas investigações criminais ainda é um método pouco utilizado para o combate aos crimes virtuais?

No ordenamento jurídico atual de maneira geral, bem como, nas fases de investigação e inquérito policial, podemos observar a necessidade da materialidade dos delitos previstos no código para que se dê início a fases executórias de investigação, até que seja obtido um resultado favorável de punição ao acusado.

Na dinâmica atual, encontrada na internet e nos meios de comunicação, torna-se imprescindível que a legislação se adapte e acompanhe as constantes inovações, de maneira a não só punir atos consumados, mas também prevenir os mesmos, através de mecanismos que facilitem o monitoramento e consequente antecipação de atitudes suspeitas ou de teor questionável encontradas na rede, sem, entretanto, violar preceitos fundamentais previstos na CF, leis complementares, códigos e demais dispositivos encontrados na legislação pátria.

Desenvolver mecanismos que possibilitem a investigação policial mediante a infiltração de agentes dentro dos preceitos legais da legislação brasileira é fundamental para a repressão do crime e a ação preventiva na proteção à privacidade e à vida humana. Contribuir para a reflexão sobre as bases legais vigentes e seu descompasso no tratamento a questões contemporâneas complexas

como os crimes virtuais, surge em função dos impactos frequentemente irremediáveis para a vida de uma pessoa no seu cotidiano virtual e não virtual.

Faz-se necessário pensar sobre o enfoque punitivo da legislação atual que prevê sanções após ocorrência não favorecendo a atuação profissional na prevenção dos crimes. Outro ponto a ser levantado que implica diretamente na abordagem a esta temática é o fato de que a legislação brasileira não define a fronteira do que se considera invasão de privacidade.

Este estudo se propõe a analisar o Instituto da infiltração de agentes sob o prisma da infiltração policial virtual, a luz das Leis 9.034/95, editada pela Lei 12.850/13, Lei das Organizações Criminosas, lei nº 13.441, de 8 de maio de 2017 que alterou o ECA, Constituição Federal, Código Penal e demais diplomas legais atinentes à área, bem como contextualizar historicamente a Internet com enfoque na criação da *Deep Web* e da *Dark Web* e no surgimento dos crimes cibernéticos. Refletir sobre a eficácia da legislação brasileira e as formas de prevenção e repressão em vigor contra crimes virtuais.

2 BREVE HISTÓRICO

A internet, como se conhece hoje, teve seu desenvolvimento estruturado na década de 60 durante o período da Guerra Fria em que o mundo estava polarizado pela URSS e EUA (EQUIPE BRASIL ESCOLA, 2019). Tem sua origem na Arpanet, rede de computadores desenvolvida por universitários em conjunto com o Departamento de Defesa dos Estados Unidos, cuja principal função era manter e proteger os sistemas de defesa através de um canal de comunicação que permitisse a troca de informações de vários centros de computadores, o que manteria a segurança e a comunicação entre os órgãos de defesa mesmo em caso de ataques ou bombardeios (CASTELLS, 2003).

Já em meados da década de 90, após anos de desenvolvimento e com a Arpanet tornando-se obsoleta, além da abertura da rede para fins comerciais, pode ser observada a consolidação da internet como mecanismo eficaz de troca de informações, compartilhamento de dados e meio de comunicação (BARROS, 2013). Como exemplos, a criação da *World Wide Web*, conhecida comumente pela sigla “www”; a criação do protocolo HTTPS (*Hyper Text Transfer Protocol Secure*), que permite o envio de dados criptografados pela web; criação de portais, sites de busca, serviços de e-mail gratuitos; surgimento de redes sociais que ampliaram a comunicação e até mesmo as formas de se relacionar em sociedade; o aperfeiçoamento da qualidade de conexão além do desenvolvimento de novas tecnologias que permitiram a criação de um universo à parte, que facilitou e moldou a sistemática e o funcionamento do mundo tal qual o conhecemos hoje (BARROS, 2013).

2.1 Deep Web, dark web e o surgimento dos crimes cibernéticos

A internet expandiu fronteiras, revolucionou o mundo em que vivemos e foi fundamental no desenvolvimento e crescimento do fenômeno da Globalização. Trouxe consigo inúmeras facilidades e tendo como um de seus fundamentos a liberdade, permitiu que as pessoas transportassem suas vidas para esse mundo repleto de informação e de possibilidades. A consequência foi que na medida em

que a sociedade foi sendo alterada, a partir de uma nova perspectiva, o acesso a privacidade e a vida dos usuários revelou a vulnerabilidade deste ambiente e em consequência, observou-se que as mazelas que sempre acompanharam a vida em sociedade, alcançaram um novo patamar em um ambiente sem fronteiras partilhado por milhões de pessoas (ANDRADE, 2015).

No mesmo campo de desenvolvimento podemos destacar o surgimento de uma internet denominada invisível ou como ficou conhecida mundialmente, a *Deep Web*. Seu surgimento é datado da década de 90, quando pesquisadores militares criaram uma tecnologia que permitia que os agentes de inteligência trocassem informações de forma completamente anônima. Como demonstra Andrade

Além dos navegadores mais conhecidos como o *Google Chrome*, *Internet Explorer* ou o *Firefox* o acesso à *Deep Web* também é realizado por meio de navegadores específicos, dentre os quais está o TOR, acrônimo de *The Onion Router* que foi criado pela marinha norte-americana objetivando meios seguros de comunicação via internet. Suas principais características são a segurança conferida pela criptografia e a garantia do anonimato, sendo impossível saber o IP do usuário. Dessa forma as comunicações podem ser realizadas com total segurança e privacidade. Após alguns anos o projeto foi abandonado pelos militares e posteriormente continuado por organizações da internet.(ANDRADE, 2015, p.2).

Em razão de sua natureza, como foi demonstrado, torna-se possível a utilização da *Deep Web* e também da chamada *Dark Web* (camada mais profunda da primeira), como espaço sem limites, em que criminosos encontram uma ampla gama de possibilidades para o cometimento de diversos delitos, os chamados cibercrimes, dentre os quais podemos citar como os mais conhecidos, os crimes financeiros, armazenamento e compartilhamento de pornografia infantil, terrorismo entre outros (ANDRADE, 2015).

2.2 Conceito de crime cibernético

O termo cibercrime surgiu em meados de 1990, quando da ocorrência da expansão da internet demonstrando ser não apenas um progresso nas comunicações e na forma de socialização, mas ao transpor fronteiras e criar um mundo novo, repleto de troca de informações, possibilitou e facilitou o cometimento

de crimes já conhecidos, bem como favoreceu a aparição de novos delitos, em razão do próprio ambiente virtual (CANONGIA; MANDARINO JUNIOR, 2009).

Pinheiro (2013) *apud* Garcia, Caruzo e Zamquim Junior (S/ANO, p.8) afirmam que “Os crimes cibernéticos podem ser tratados como sendo condutas de acesso não autorizados a sistemas de informática, resultando em ações destrutivas [...]” gerando danos materiais e morais para as vítimas. Ainda segundo os autores, não há um consenso quanto à denominação dada a todos os crimes, cuja ocorrência tenha sido em ambiente virtual. Rossini (2004) define os crimes informáticos como

Conduta típica e ilícita, constitutiva de crime ou contravenção, dolosa ou culposa, comissiva ou omissiva, praticada por pessoa física ou jurídica, com o uso da informática, em ambiente de rede ou fora dele, e que ofenda, direta ou indiretamente, a segurança informática, que tem por elementos a integridade, a disponibilidade e a confidencialidade (2004; p. 8).

Por sua vez Jesus e Milagre (2016) conceituam os delitos informáticos como

O fato típico e antijurídico cometido por meio da ou contra a tecnologia da informação. Decorre, pois, do Direito Informático, que é o conjunto de princípios, normas e entendimentos jurídicos oriundos da atividade informática. Assim, é um ato típico e antijurídico, cometido através da informática em geral, ou contra um sistema, dispositivo informático ou rede de computadores. Em verdade, pode-se afirmar que, no crime informático, a informática ou é o bem ofendido ou o meio para a ofensa a bens já protegidos pelo Direito Penal (2016, p. 49).

Crimes tecnológicos, por compreenderem o uso de tecnologias diversas (computador, internet, caixas eletrônicas, celulares), podem ser entendidos, portanto, como sendo gênero na medida em que somente a forma em que são praticados é inovadora ou tratam de meio pelo qual o agente busca atingir os fins a que deseja. Por sua vez, os crimes denominados virtuais, informáticos, cibernéticos e demais terminologias adotadas seriam espécie, pois apesar de serem executados no universo virtual, os delitos abarcam materialidade no mundo real (BARRETO, 2016). Em seu preâmbulo a Convenção de Budapeste sobre o Cibercrime define o mesmo como “atos praticados contra a confidencialidade, integridade e disponibilidade de sistemas informáticos, de redes e dados informáticos, bem como a utilização fraudulenta desses sistemas, redes e dados”(2001, p. 1).

2.3 Convenção de Budapeste e a transnacionalidade

Com o objetivo de inaugurar um estreitamento entre seus membros, em 2001 o Conselho da Europa realizou a Convenção de Budapeste, ou Convenção sobre o Cibercrime, em que definiu prioritariamente a cooperação, entre os estados parte, para um esforço conjunto de colaboração internacional, por meio de mecanismos legais adequados, para a proteção da sociedade do crime cibernético.

Convictos de que a presente Convenção é necessária para impedir os actos praticados contra a confidencialidade, integridade e disponibilidade de sistemas informáticos, de redes e de dados informáticos, bem como a utilização fraudulenta desses sistemas, redes e dados, prevendo a criminalização desses comportamentos, tal como se encontram descritos na presente Convenção, e a criação de competências suficientes para combater eficazmente essas infracções, facilitando a detecção, a investigação e a acção penal relativamente às referidas infracções, tanto ao nível nacional como ao nível internacional, e adoptando medidas que visem uma cooperação internacional rápida e fiável (CONVENÇÃO SOBRE O CIBERCRIME, 2001, PREÂMBULO).

Esta convenção representou um marco fundamental para as nações envolvidas, pois materializou e caracterizou os riscos a que os países estavam expostos, tanto em relação ao mau uso da internet, quanto pela fragilidade dos sistemas de proteção em relação a possíveis ataques e a formação de redes criminosas potencializadas pela web, em decorrência da disseminação de informações. Determinou-se assim, os termos de cooperação legal garantindo o respeito pelos direitos fundamentais do homem como a liberdade de opinião sem interferência, a liberdade de expressão, a liberdade de tramitar informações e ideias de todo tipo sem fronteiras, direito à proteção de dados pessoais e o respeito à vida privada (CONVENÇÃO SOBRE O CIBERCRIME, 2001, PREÂMBULO).

O documento redigido de forma clara e concisa subdivide-se em quatro Capítulos: I - Terminologia; II - Medidas a serem adotadas a nível internacional; III - Cooperação Internacional e IV - Disposições Finais. No Capítulo II, dividida em três seções, ressaltamos a Seção 1, em que são definidos os tipos de infrações, desde aquelas contra a confidencialidade, integridade e disponibilidade de dados, até as relacionadas com computadores, conteúdos e direitos autorais. Ainda na mesma Seção são previstas as responsabilidades e sanções. As infrações relacionadas à pornografia infantil, por exemplo, são contempladas no Art. 9.º, Título 3, também na

Seção 1, abrangendo a produção, divulgação, obtenção ou posse, por ou através de sistema informático, de material que se caracterize como pornografia infantil, qual sejam aqueles em que um menor (qualquer pessoa com menos de 18 anos de idade ou, de acordo com o país, menor de 16 anos) esteja envolvido em comportamentos sexualmente explícitos (CONVENÇÃO SOBRE O CIBERCRIME, 2001).

O Capítulo III, Cooperação Internacional, da Convenção de Budapeste (CONVENÇÃO SOBRE O CIBERCRIME, 2001) define, entre outros, os princípios relativos à cooperação internacional, à extradição, auxílio judiciário mútuo, informação espontânea, confidencialidade e restrições de utilização de informações e materiais, auxílio mútuo em medidas cautelares e acesso a dados informáticos armazenados e desdobramentos. De acordo com o Art. 35 – Rede 24/7, cada parte compromete-se a

[...] designar um ponto de contacto que deverá estar disponível 24 horas por dia, sete dias por semana, a fim de assegurar de imediato a prestação de auxílio nas investigações e nos procedimentos relativos a infracções penais relacionadas com sistemas informáticos, ou na recolha de provas sob a forma electrónica, da prática de infracções penais. (CONVENÇÃO SOBRE O CIBERCRIME, 2001, p. 29).

A internet, por sua própria constituição, ultrapassa as fronteiras dos países, o que implica em uma necessidade de cooperação a nível internacional, especialmente nos casos que se configuram como crimes e infracções cibernéticas. As informações que circulam pela web conectam pessoas e corporações, favorecendo o acesso e a manipulação de dados, mesmo que fora da jurisdição de cada país, aumentando os desafios ao enfrentar, por exemplo, a criminalidade cibernética. De acordo com CAVALCANTE (S/ANO)

O fluxo de informações é internacional, a rede é internacional, os participantes da rede estão alocados nas diferentes partes do globo, as redes sociais são globalizadas, informações de cada país estão disponíveis a todo o mundo (p. 21)

Em vista deste panorama, coloca-se o grande desafio da cooperação internacional, frente às distintas estruturas legais e entendimentos jurídicos de cada país. Neste sentido, podemos observar o fenômeno da Transnacionalidade do

Direito, pelo qual surge a necessidade de conversação para tratamento de direitos difusos e transfronteiriços. A inevitabilidade desta transnacionalidade se ampara na urgência de elaboração de ambientes públicos destinados a suplantar empecilhos pertencentes a fenômenos novos, que serão inoperantes se forem tratados unicamente sob o aspecto e sob a égide das leis nacionais. As demandas transnacionais se justificam a partir da necessidade de criação de espaços públicos para tratar de questões referentes a fenômenos novos que serão ineficazes se tratados somente dentro do espaço do tradicional Estado nacional.

Isto posto, volta-se à posição do Brasil frente à Convenção de Budapeste, da qual ainda não é integrante, mas pode participar ativamente, intenção esta sinalizada pela Procuradoria-Geral da República em matéria divulgada no site do Ministério Público Federal (MPF, 2018), sobre a participação de duas coordenadoras do Grupo de Apoio sobre Criminalidade Cibernética da Câmara Criminal do MPF, na Conferência Octopus, realizada em Estrasburgo, na França, em julho de 2018. De acordo com o MPF (2018) “Esse é o único tratado internacional que aborda os crimes cibernéticos”. A participação do Brasil na Convenção significaria avanços na investigação de crimes cibernéticos com maior rapidez e contribuiria sobremaneira para a repressão efetiva deste tipo de delito (SOUZA; PEREIRA, 2009).

3 DO CRIME COMUM AO CIBERNÉTICO

3.1 O crime

Antes de abordar os crimes cibernéticos propriamente ditos, é preciso analisar o conceito de crime para, a partir daí, observarmos uma de suas espécies. Segundo Capez, o crime pode ser classificado sob três concepções diversas, que seriam a material, formal e a analítica. Na material o crime poderia ser “definido como todo fato humano que, propositada ou descuidadamente, lesa ou expõe a perigo bens jurídicos considerados fundamentais para existência da coletividade e da paz social” (CAPEZ, 2018, p.179). Na concepção formal, “crime é aquilo que a lei descreve como tal, sem qualquer preocupação quanto ao conteúdo [...], sem qualquer critério ou exigência de que a conduta incriminada tenha alguma lesividade.” (CAPEZ, 2012, p.94). Já a concepção analítica estuda os elementos que compõem o conceito de crime. Neste sentido

[...] há duas concepções diferentes a respeito dos seus elementos integrantes: a bipartida, segundo a qual crime é todo fato típico e ilícito (ou antijurídico), e a tripartida, para quem o crime é todo fato típico, ilícito e culpável. (CAPEZ, 2012, p.94)

Capez defende que a teoria bipartite (fato típico e ilícito) está de acordo com o Código Penal em seu Art. 1º: “não há crime sem lei que o defina”, não incluindo a culpabilidade como elemento do conceito analítico de crime.

[...] portanto, se o fato não estiver definido como tal, não haverá crime, provando que o fato típico é elemento do crime. [...] A culpabilidade não é, assim, elemento do crime, mas juízo de censurabilidade exercido sobre o autor do crime. Adotamos a linha bipartida, muito embora, essa discussão, atualmente, tenha perdido toda a relevância. O que interessa são os requisitos para que esteja presente o fato típico, a ilicitude e a culpabilidade. (CAPEZ, 2012).

O foco do conceito analítico de crime por sua vez tem por escopo a busca pela análise do crime, os seus aspectos estruturais, o que permite ao juiz conseguir seccionar o crime por diferentes ângulos em seu exame. Como nos ensina Capez (2018) “em primeiro lugar deve ser observada a tipicidade da conduta. Em caso positivo, e só neste caso, verifica-se se a mesma é ilícita ou não. Sendo o fato típico e ilícito, já surge a infração penal”.

Já para Greco, defensor da teoria tripartida, dispõe que "segundo a maioria dos doutrinadores, para que se possa falar em crime é preciso que o agente tenha praticado uma ação típica, ilícita e culpável." (GRECO, 2017, p.61). Portanto, o conceito analítico, para esta teoria, além de ser composto por fato típico, ilícito, também prevê a culpabilidade como elemento do mesmo, considerando que a definição da teoria bipartida não possui todos os elementos estruturais do conceito de crime. Greco destaca a importância do estudo do conceito analítico do crime tendo em vista que ele busca "analisar os elementos ou características que integram a infração penal, permitindo ao intérprete, após sua averiguação, concluir ou não pela sua prática." (GRECO, 2017, p.61).

3.2 Classificação dos crimes cibernéticos

Os crimes cibernéticos são divididos em crimes cibernéticos abertos ou impróprios, podendo ser cometidos com ou sem a utilização de computadores, e crimes exclusivamente cibernéticos ou próprios, que são necessariamente realizados por algum meio eletrônico com acesso à internet (WENDT; JORGE, 2014 apud GARCIA, CARUZO, ZAMQUIM JUNIOR, S/ANO, p.8).

3.2.1 Crimes cibernéticos abertos, impuros ou impróprios

Os denominados cibercrimes abertos, impuros ou impróprios (BARRETO, 2016) são aqueles que essencialmente não necessitam da internet ou dos atalhos oferecidos por ela para o cometimento do delito. Dessa forma, os crimes não são cometidos em razão da internet, mas sim através dela, na medida em que a internet aparece como um facilitador nos métodos de seus cometimentos, ou como uma mudança de ambiente em que o crime é executado, o que pode ser observado ao citar por exemplo um dos crimes contra a honra previstos no Código Penal de 1940, o crime de calúnia. De acordo com Barreto (2016, p.18) "[...] apenas o veículo em que o crime é praticado é que envolve tecnologia, sendo perfeitamente adequadas diversas figuras típicas previstas no Código Penal Brasileiro ou em leis penais especiais". Quando o mesmo é cometido no espaço virtual, geralmente em algumas

das diversas redes sociais encontradas online, o Juiz pode aplicar analogicamente o referido artigo com previsão no Código desde uma época em que nem se pensava em internet, justamente por ser o delito algo já previsto, ocorrendo uma alteração apenas do espaço em que foi cometido.

3.2.2 Crimes cibernéticos puros ou próprios

Diferentemente dos crimes impróprios, os cibercrimes próprios são aqueles que só podem ser cometidos no universo da internet, ou seja, estão intrinsecamente ligados e dependentes do espaço virtual para seu cometimento, pois só são cometidos em razão da internet. Um dos crimes mais comuns que podem ser citados, são as fraudes bancárias, roubo de dados, cibervandalismo, venda e compartilhamento de dados pessoais de pessoas, etc. De acordo com Barreto (2016) quando os criminosos descobrem a vulnerabilidade de uma sistema informatizado o atacam por meio de programas maliciosos, vírus, entre outros, sendo “[...] o dispositivo informatizado e/ou o seu conteúdo o alvo dos criminosos” (BARRETO, 2016, p. 17).

4 A INFILTRAÇÃO POLICIAL

A principal função do Direito é acompanhar a evolução social e garantir a segurança da coletividade, através de regras que possam disciplinar a conduta dos indivíduos que a ela pertencem. Eventualmente o Direito não consegue acompanhar a vida em sociedade, o que acaba gerando questionamentos acerca da aplicação de normas processuais em diferentes situações do cotidiano, bem como seu cumprimento sobre uma nova realidade que está sendo criada diariamente em todos os computadores e correlatos. Tendo em vista esse quadro, é sabido que alguns institutos legais já existentes estão sendo utilizados e aperfeiçoados para o combate e repressão de crimes cometidos nesse ambiente virtual, a destacar a infiltração de agentes policiais cuja análise e desdobramentos será realizada no presente capítulo.

4.1 Leis que preveem a infiltração de agentes policiais

A primeira lei que instituiu a figura do agente infiltrado foi a Lei 9.034/95 (Lei do Crime Organizado), em seu art. 2º, inciso I, que foi vetado à época, por não trazer em seu conteúdo a necessidade de autorização judicial que precedesse a infiltração. Por isso, com a intenção de preencher o vácuo criado na legislação, foi editada a Lei 10.217/01 que alterou a Lei 9.034/95, fazendo com que a mesma passasse a constar em seu art. 2º, inciso V com a seguinte redação

Art. 2º Em qualquer fase de persecução criminal são permitidos, sem prejuízo dos já previstos em lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas: V – infiltração por agentes de polícia ou de inteligência, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes, mediante circunstanciada autorização judicial. Parágrafo único. A autorização judicial será estritamente sigilosa e permanecerá nesta condição enquanto perdurar a infiltração.

Pode ser citada também a Lei 10.409/02 que em seu art. 33, inciso I, definiu a possibilidade de infiltração policial na investigação de tráfico de substâncias ilícitas. Posteriormente foi revogada pela Lei 11.343/06 comumente conhecida como Lei de Drogas, que exhibe em seu art. 53, inciso I, a seguinte redação

Em qualquer fase da persecução criminal relativa aos crimes previstos nesta Lei, são permitidos, além dos previstos em lei, mediante autorização judicial e ouvido o Ministério Público, os seguintes procedimentos investigatórios: I - a infiltração por agentes de polícia, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes;

Com o crescente aumento da criminalidade e da articulação de organizações criminosas, o seu aperfeiçoamento, a melhoria de técnicas e a diversidade de sua atuação, ocasionadas, por exemplo, por uma maior amplitude de artifícios tecnológicos disponível no mercado, surgiu a necessidade de uma nova legislação que se adequasse à atual realidade.

Foi promulgada então a Lei da Organização Criminosa nº 12.850, de 02 de agosto de 2013, que revogou a Lei nº 9.034/95 trazendo mais atenção ao assunto com a regulamentação de procedimentos de investigação pela previsão de requisitos, prazos e duração das atividades, legitimação quando de seu requerimento, obrigatoriedade de comunicação ao órgão competente, tramitação sigilosa do pedido de infiltração e definição dos direitos do agente infiltrado (LIMA, 2016). É a lei que perfaz com melhor abrangência esse instituto e é importante salientar que essa ferramenta de investigação não está vinculada puramente a crimes peculiares de atuação de organizações criminosas, mas é inviável a análise e estudo da infiltração policial no nosso país sem o suporte da mesma. Em seu Art. 1º “Esta Lei define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado”. Nesta lei, a partir de quatro pessoas que se associem e realizem atividades organizadas com distribuição de tarefas, até mesmo se informalmente, desde que “com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional” (BRASIL, 2013), caracterizam-se como organização criminosa.

Merece destaque também a Lei nº 13.441, de 08 de maio de 2017, que alterou o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) alterando o Capítulo III, Título VI da Parte Especial da mesma, para que passasse a “prever a infiltração de agentes de polícia na internet com o fim de investigar crimes contra a dignidade

sexual de criança e de adolescente.” Apresentando desta forma, um novo tipo de infiltração de agentes.

4.2 Conceito, natureza jurídica e legitimidade da infiltração policial

A infiltração de agentes policiais pode ser caracterizada como uma técnica especial pela qual ocorre o ingresso do policial, de maneira camuflada, dessa forma escondendo sua real identidade, em uma organização criminosa, com o intuito de recolher material ou elementos probatórios suficientes a respeito da atuação, métodos, rotina, identidade dos integrantes da organização e demais dados relevantes que possam ser usados como meios de prova para desmantelar a mesma. O agente policial nesta condição passa a agir como um dos integrantes da organização criminosa a fim de não levantar suspeita de seus membros. Segundo Paulo Rangel, conceitua-se agente infiltrado como

[...] o policial que ingressa na organização criminosa (vide conceito de organização criminosa no art. 1º, § 1º, da Lei nº 12.850/13), com prévia autorização judicial e ciência de sua chefia, ocultando sua identidade e qualidade pessoais e funcionais, com o propósito de colher informações e provas (documentais, pessoais, periciais etc.) sobre as atividades ilícitas de integrantes das organizações criminosas sem, contudo, determinar ou incentivar a prática de novos crimes. Trata-se de um meio de obtenção de prova. (RANGEL, 2019, p. 252)

Ainda no contexto das organizações criminosas, CARLOS e FRIEDE tratam da natureza jurídica da infiltração policial e conceituam-na

A infiltração policial, enquanto meio de prova (art.3º, VII, da Lei nº 12.850/13), caracteriza-se por sua própria complexidade jurídico-operacional, considerando, ainda, tratar-se de uma técnica especial de investigação através da qual um agente policial, devidamente selecionado e treinado para a tarefa, ocultando a verdadeira identidade, e utilizando outra a ser fornecida pelo Estado, é introduzido no âmbito de uma organização criminosa e, conquistada a confiança dos verdadeiros membros, passa a atuar com o fim de obter provas a respeito das atividades delituosas praticadas, objetivando, com isso, desmantelá-la. (FRIEDE, 2014)

Neistein (2006) *apud* Lima (2016, p. 565) afirma que

No ordenamento jurídico pátrio, é possível chegarmos a uma definição comum de agente infiltrado, observando-se algumas características que lhe são inerentes: a) agente policial; b) atuação de forma disfarçada, ocultando-se a verdadeira identidade; c) prévia autorização judicial; d) inserção de forma estável, e não esporádica, nas organizações criminosas; e) fazer-se passar por criminoso para ganhar a confiança dos integrantes da organização; f) objetivo precípua de identificação de fontes de provas de crimes graves.

De acordo com Lima (2016, p. 567) “a nova Lei das Organizações Criminosas faz referência apenas à infiltração por agentes de polícia”, o que significa que “a ação infiltrada poderá ser executada exclusivamente por agentes de polícia, não mais por agentes do Sistema Brasileiro de Inteligência (Sisbin) e da Agência Brasileira de Inteligência (Abin)” (LIMA, 2016, p. 567). O autor ressalta ainda que devem ser entendidos “como agentes de polícia apenas as autoridades policiais que tenham atribuição para a apuração de infrações penais”. Saliencia Rangel que “as únicas polícias que exercem atividade de persecução criminal, investigando a prática de crimes, são as Polícias Cíveis e a Federal e, conseqüentemente, somente elas podem exercer a atividade de infiltração de seus agentes.” (RANGEL, 2019, p. 260)

De acordo com a natureza da infração penal a infiltração deverá ser conduzida por autoridade policial específica a saber: 1. Crime militar: polícia judiciária militar; 2. Crime eleitoral: Polícia Federal ou pela Polícia Civil, caso no município não haja o órgão anteriormente citado; 3. Crime comum da competência da Justiça Federal: Polícia Federal; 4. Crime comum de competência da Justiça Estadual: Polícia Civil ou em casos específicos a Polícia Federal (LIMA, 2016, p. 568).

A infiltração, considerando o ordenamento jurídico brasileiro, não é permitida a cidadãos civis que eventualmente prestem serviços aos organismos policiais, configurando “verdadeira prova ilícita” (LIMA, 2016, p. 569), no entanto, segundo Lima (2016) é possível a conjugação de duas técnicas especiais de investigação: colaboração premiada e agente infiltrado - quando um membro de uma organização criminosa passa a colaborar com as investigações podendo até mesmo atuar como infiltrado. Nesta configuração, o autor prefere classificar a atividade como “colaboração premiada”.

4.3 Requisitos conforme a Lei 12.850/13

4.3.1 Da ocasião em que se adota a medida e do procedimento para iniciar a infiltração

A infiltração de agentes é tratada do Art. 10 ao Art. 14 da LEI 12.850/13. O Art. 10, que possui cinco parágrafos, define em seu caput que

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

Em conformidade com a Lei nº 12.850/13, inicialmente deverá ocorrer uma solicitação da autoridade policial ou por requerimento do Ministério Público à autoridade judiciária competente. Na situação de representação do delegado de polícia, no Art. 10, § 1º define-se que o juiz deve consultar o Ministério Público antes de proferir sua decisão. No Art. 11 a Lei especifica que cabe ao Ministério Público ou ao delegado de polícia através de requerimento por meio de documento escrito, indicar expressamente a necessidade da medida, o alcance das tarefas dos agentes antecipando-a na medida do possível, listar os nomes e apelidos dos investigados e o local da infiltração sempre que as informações forem previamente conhecidas. No § 2º do Art. 10 admite-se a infiltração “se houver indícios de infração penal”, conforme descrito no art. 1º “e se a prova não puder ser produzida por outros meios disponíveis”. Neste sentido

A providência prevista no artigo só é admissível durante a fase da persecução criminal, ou seja, durante a fase preliminar preparatória da ação penal (investigação policial) e não durante a fase da persecução criminal processual, propriamente dita, pelas seguintes razões: A uma, porque está dentro do que a lei resolveu denominar, no Capítulo III, de procedimento penal e, na Seção I, de Investigação. A duas, por se tratar de uma regra restritiva de direitos, que não comporta interpretação extensiva. A três, porque o que se quer é colher informações para viabilizar o curso da ação penal evitando acusações infundadas. Razão pela qual, se forem adotadas na fase processual, tratar-se-á de prova ilícita (RANGEL, 2019, p. 251).

Para que o sigilo das informações seja guardado o pedido de infiltração será distribuído (BRASIL, 2013, caput Art. 12). De acordo com o § 1º do Art. 12, cabe ao juiz competente decidir em 24 horas a autorização para a atividade bem como “adotar as medidas necessárias para o êxito das investigações e a segurança do agente infiltrado”. O § 2º do Art 12 assegura a preservação da identidade do agente e o terceiro e último parágrafo preveem a suspensão da operação em caso de “indícios seguros” de risco imediato para o agente infiltrado. Havendo indícios seguros de que o agente infiltrado sofre risco iminente, a operação será sustada mediante requisição do Ministério Público ou pelo delegado de polícia, dando-se imediata ciência ao Ministério Público”.

4.3.2 *Fumus Comissi Delicti e Periculum in Mora*

Para que se determine a infiltração de agentes de polícia faz-se necessário verificar a existência de indícios de crimes praticados pela organização criminosa - *fumus comissi delicti*. Isso se verifica no Art.10, § 2º, da Lei 12.850/13 que dispõe claramente que a infiltração será acolhida “se houver indícios de infração penal de que trata o Art. 1º”. Contudo, de acordo com Lima

Não se faz necessária a prova cabal da existência da organização criminosa, até mesmo porque, fosse isso necessário, não haveria motivo para a produção de quaisquer outros elementos de informação. Face a complexidade dos crimes decorrentes de organizações criminosas, geralmente praticados por agentes residentes em estados e/ou países diversos, o que acaba dificultando a identificação de todos os integrantes, o dispositivo legal sob comento não exige a presença de indícios de autoria (ou de participação) [...] (2016, p. 570).

Portanto, os indícios de infração penal são suficientes para requerer a infiltração, sendo a indicação de nomes ou apelidos dos integrantes da organização criminosa feita se possível. Quanto ao *periculum in mora* deve ser analisado o risco ou o prejuízo para a aplicação da lei penal, para a investigação criminal ou para a coibição no cometimento de outras infrações decorrentes da não realização desta diligência (LIMA, 2016).

4.3.3 Dos prazos

A lei 12.850/13 prevê, no art 10, § 3º o prazo de até 6 (seis) meses para a infiltração, podendo ser prorrogado se necessário pelo mesmo período de tempo, e a geração de relatório da atividade de infiltração solicitada pelo Ministério Público. Conforme afirma Rangel

O prazo de 6 (seis) meses poderá ser renovado por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade. Perceba que a lei fala em “até 6 meses”, isto é, poderá o juiz autorizar a infiltração por 2, 3, 4 ou 5 meses, não sendo lícito autorizar por mais de 6 meses, na primeira autorização. O prazo poderá sempre ser inferior a 6 meses, mas a autoridade judiciária não poderá autorizar por prazo superior a 6 meses, salvo nos casos de renovação. Findo o prazo de 6 meses, a autoridade policial apresentará um relatório circunstanciado que será apresentado ao juiz competente, que imediatamente cientificará o Ministério Público (art. 10, § 4º, da Lei nº 12.850/13) (RANGEL, 2019, p.256).

Desta forma, a duração da infiltração pode ser inferior a 6 meses, no entanto, a autoridade judiciária não poderá autorizar a medida por prazo superior a 6 meses, exceto em casos de renovação: “Findo o prazo de 6 meses, a autoridade policial apresentará um relatório circunstanciado que será apresentado ao juiz competente, que imediatamente cientificará o Ministério Público (art. 10, § 4º, da Lei nº 12.850/13).”

4.3.4 Do sigilo

A sigiliosidade da infiltração de agentes é de extrema importância por motivos óbvios, tendo em vista que, a sua não observância desconstitui toda a essência da investigação policial, pois, tornando-a pública coloca-se em risco tanto a segurança do agente infiltrado quanto o sucesso da operação. Desta forma, prevê o Art. 10 da Lei 12.850/13.

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

O Art. 12 da referida lei prevê ainda a necessidade de sigilo quanto ao pedido de infiltração que “será sigilosamente distribuído, de forma a não conter informações que possam indicar a operação a ser efetivada ou identificar o agente que será infiltrado”.

A preocupação com o sigilo da operação é reforçada no Art 20, da referida lei, prevendo a incriminação daquele cuja conduta mostrar claro descumprimento da determinação de sigilo nas investigações com infiltração de agentes. Lima (2016) comenta a importância do sigilo como estratégia fundamental para garantir o sucesso da operação e salvaguardar a integridade física e a vida do agente policial infiltrado. De acordo com o autor

Nesse caso, não importa se a medida venha a ser autorizada durante as investigações ou durante a instrução processual penal: o procedimento investigatório sempre deve ser levado a efeito sob sigilo de justiça, única forma de se garantir sua utilidade. Trata-se, portanto, de medida cautelar *inaudita altera pars*, cuja decretação prescinde de prévia oitiva do(s) investigado(s). De modo a se preservar a própria eficácia da diligência, os investigados (ou acusados) e seus respectivos defensores não podem tomar conhecimento da circunstância de estar em curso uma infiltração de agentes de polícia (LIMA, 2016, p.580).

O sigilo, neste caso, é uma mitigação do princípio constitucional da publicidade previsto no Art. 5º, inciso LX da Constituição Federal “que a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou interesse social o exigirem”. Assim sendo, estão presentes os requisitos, pois há necessidade de proteção da identidade dos agentes infiltrados envolvidos na investigação, bem como o interesse social da mesma. Neste sentido, há previsão também no Art. 8º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, da qual o Brasil é signatário: “O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça”.

Vale salientar que, como o sigilo da infiltração de agentes ocorre na fase de investigação, o princípio do contraditório é garantido posteriormente quando a publicidade do mesmo não oferecer riscos para a instrução criminal, no entanto, a identidade do agente permanece em sigilo, como prevê o Art. 12 da Lei 12.850/13 em seu § 2º “os autos contendo as informações da operação de infiltração

acompanharão a denúncia do Ministério Público, quando serão disponibilizados à defesa, assegurando-se a preservação da identidade do agente”.

4.3.5 Restrição e responsabilidade criminal da atuação do agente infiltrado

O Art. 13. define que o agente deve atuar dentro da devida proporcionalidade de sua atividade, caso contrário “responderá pelos excessos praticados”, salvaguardando no Parágrafo único que “Não é punível, no âmbito da infiltração, a prática de crime pelo agente infiltrado no curso da investigação, quando inexigível conduta diversa”.

Bitencourt e Busato apud Lima (2016, p. 583) alertam que deve ser guardada a diferenciação entre “o crime que guarda relação com a própria atividade investigada e o crime paralelo à investigação que deu ensejo à infiltração de agentes”. Lima (2016, p. 583) acrescenta que de acordo com Bitencourt e Busato se os crimes eventualmente cometidos pelo agente infiltrado estiverem “na esfera do previsto pelo projeto de infiltração, o agente estará acobertado por uma excludente da ilicitude, a saber, o estrito cumprimento do dever legal”. Ao Ministério Público cabe acompanhar a execução da ação podendo solicitar relatórios periódicos das atividades de infiltração (LIMA, 2016, p. 579) e para garantir a validade da operação, finda a atividade todos os documentos e provas deverão ser entregues ao Ministério Público com o devido relatório detalhado do que foi realizado. Este procedimento também tem a função de proteger o agente infiltrado de responder por possíveis acusações de ilicitudes cometidas por força da atividade de infiltração, de acordo com Lima (2016, p. 582), “o fato de haver prévia autorização judicial para a utilização dessa técnica especial de investigação, permitindo sua infiltração no seio da organização criminosa, tem o condão de afastar a ilicitude de sua conduta, diante do estrito cumprimento do dever legal (CP, art. 23, III)”.

Contudo, no caso de crimes sem relação à investigação em andamento, para os quais o agente infiltrado se veja compelido a praticar como demonstração de “lealdade à organização criminosa” deve-se atentar para aspectos como

- a) em se tratando de conduta praticada pelo agente infiltrado a título de cumplicidade, enquanto mera contribuição material para a prática de determinado delito, aplica-se o art. 13, parágrafo único, da Lei nº 12.850/13,

com a conseqüente exclusão da culpabilidade em virtude de inexigibilidade de conduta diversa; b) na hipótese de crime praticado em coautoria pelo agente infiltrado, a análise da proporcionalidade da atuação do agente infiltrado à luz da finalidade da investigação há de ser feita em cada caso concreto, porquanto não é possível fixar uma regra geral a respeito de até que ponto estará o agente infiltrado autorizado a contribuir em uma repartição de tarefas a respeito da realização de um crime; c) cuidando-se de crimes praticados pelo agente infiltrado em autoria direta ou mediata, revela-se inviável a aplicação de qualquer causa de justificação ou exculpação, já que esta técnica especial de investigação não pode ser interpretada como fomento à prática de delitos. O agente deverá, portanto, ser responsabilizado criminalmente pelo delito por ele praticado; d) por fim, se se tratar de crimes praticados pela organização criminosa em face de provocação ou instigação por parte do agente infiltrado, também não se revela possível a aplicação de qualquer causa de justificação ou exculpação. Se o delito provocado pelo agente infiltrado não guarda nenhuma relação com aquele para o qual foi estabelecida a infiltração, sua atuação não estará acobertada pela norma autorizadora do art. 13, parágrafo único, da Lei nº 12.850/13, valendo lembrar, quanto à responsabilização dos ilícitos praticados pela organização criminosa em virtude da atuação do agente provocador, que "não há crime quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível sua consumação" (Súmula nº 145 do STF) (LIMA, 2016, p.583).

Portanto, o exame da conduta e das ações tomadas pelo agente enquanto o mesmo se encontrava no curso de uma infiltração, deve ser realizado sob a ótica do princípio da proporcionalidade e da análise do caso concreto, tendo em vista o agente não possuir outra escolha a não ser cometer o ilícito. Além disso, por estar atuando precedido de autorização judicial, apenas com o propósito de investigação criminal, na realidade ele não seria mais um componente da organização criminosa, mas sim estaria disfarçando sua real identidade com o intuito de reunir informações e provas, o que suscita a necessidade de afastar a ilicitude de sua conduta, por estrito cumprimento do dever legal.

4.3.6 Do direito à abstenção do agente infiltrado

No Art. 14, Lima (2016, p. 581) destaca que "por sua vez, confere expressamente ao agente policial o direito de recusar ou fazer cessar a atuação infiltrada". Esta lei garante os direitos ao agente de

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

III - ter seu nome, sua qualificação, sua imagem, sua voz e demais informações pessoais preservadas durante a investigação e o processo criminal, salvo se houver decisão judicial em contrário; IV - não ter sua identidade revelada, nem ser fotografado ou filmado pelos meios de comunicação, sem sua prévia autorização por escrito (BRASIL, LEI 12.850/13, Art. 14).

Ainda no mesmo artigo da Lei 12.850/13, Lima (2016, p. 581) destaca que “confere expressamente ao agente policial o direito de recusar ou fazer cessar a atuação infiltrada.” Quando se examina o presente artigo deve-se ponderar sobre a espécie de investigação adotada, pois, posto que a atividade policial já possui riscos inerentes ao seu exercício, a investigação realizada através da infiltração implica riscos muito maiores para o policial que a desempenha (RANGEL, 2019; p. 265). Como Rangel aponta

A princípio, em uma visão, pensávamos açodada, poderíamos dizer que o agente estaria obrigado a realizar a infiltração por ser inerente ao exercício de suas funções policiais. Entretanto, ao refletirmos melhor, a infiltração demonstra ser uma atividade de alto risco para o agente, diferente do risco normal a que está submetido no seu dia a dia, exigindo do mesmo calma, paciência, sangue-frio e tranquilidade diante das situações que irá encontrar. A atividade policial é atividade de risco, não há dúvida, mas a atividade policial do agente infiltrado é de um risco acima do normal, extraordinário, colocando não só a vida do policial em perigo, mas também as investigações que estão sendo feitas sobre a organização criminosa e, conseqüentemente, a atuação do Estado no combate à criminalidade organizada (RANGEL, 2019, p. 265).

Dessa forma fica nítido que a recusa do agente, frente às particularidades presentes na infiltração, os riscos e encargos advindos de sua utilização, que são muito bem retratados nos incisos subsequentes, ao assegurar ao agente infiltrado

II - ter sua identidade alterada, aplicando-se, no que couber, o disposto no art. 9º da Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999, bem como usufruir das medidas de proteção a testemunhas; III - ter seu nome, sua qualificação, sua imagem, sua voz e demais informações pessoais preservadas durante a investigação e o processo criminal, salvo se houver decisão judicial em contrário; IV - não ter sua identidade revelada, nem ser fotografado ou filmado pelos meios de comunicação, sem sua prévia autorização por escrito. (BRASIL, LEI 12.850/13, Art. 14)

Não pode se configurar como insubordinação o pedido de um superior hierárquico e muito menos uma desobediência de suas atribuições para que o agente atue infiltrado, pois se trata acima de tudo de direitos que lhe são assegurados por lei.

4.3.7 A ação controlada como estratégia na infiltração de agentes

A ação controlada é um recurso legal que se caracteriza por uma estratégia para a colheita de provas e a identificação de mais de um integrante de organização criminosa. É utilizada, quando, mesmo em situação de flagrante, retarda-se a intervenção que ocorrerá em momento mais oportuno para a investigação criminal. Esta importante técnica particular de investigação está prevista nas Leis nº 11.343/06, art. 53, I (Lei de Drogas); na Lei nº 9.613/98, art. 4ºB, com redação dada pela Lei nº 12.683/12 (Lei de Lavagem de Capitais) e na Lei nº 12.850/13, art. 8 (Lei das Organizações Criminosas). Destas leis, destaca-se da Lei das Organizações Criminosas, o Capítulo II, referente à “Investigação e dos Meios de Obtenção da Prova”, a ação controlada, tratada na Seção II, nos arts. 8º e 9º, com a seguinte redação

Art. 8º. Consiste a ação controlada em retardar a intervenção policial ou administrativa relativa à ação praticada por organização criminosa ou a ela vinculada, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz à formação de provas e obtenção de informações.

§ 1º O retardamento da intervenção policial ou administrativa será previamente comunicado ao juiz competente que, se for o caso, estabelecerá os seus limites e comunicará ao Ministério Público.

§ 2º A comunicação será sigilosamente distribuída de forma a não conter informações que possam indicar a operação a ser efetuada.

§ 3º Até o encerramento da diligência, o acesso aos autos será restrito ao juiz, ao Ministério Público e ao delegado de polícia, como forma de garantir o êxito das investigações.

§ 4º Ao término da diligência, elaborar-se-á auto circunstanciado acerca da ação controlada.

Art. 9º. Se a ação controlada envolver transposição de fronteiras, o retardamento da intervenção policial ou administrativa somente poderá ocorrer com a cooperação das autoridades dos países que figurem como provável itinerário ou destino do investigado, de modo a reduzir os riscos de fuga e extravio do produto, objeto, instrumento ou proveito do crime.

A Lei nº 12.850/13 constitui um grande avanço em relação à revogada Lei nº 9.034/95, pois prevê a autorização ao retardamento da intervenção policial e administrativa. Desta forma, segundo Lima (2016, p. 559)

[...] agentes das receitas estaduais e federal, integrantes da Agência Brasileira de Inteligência, órgãos do Ministério Público, corregedorias e outras autoridades administrativas também poderão retardar sua intervenção para que esta se concretize num momento mais eficaz sob o ponto de vista da colheita de elementos de informação.

De acordo com Lima (2016) a ação controlada não fere o direito a não autoincriminação, caracterizada pela produção de provas dos investigados em seu desfavor, pois “o interesse público na persecução penal dos delitos praticados por organizações criminosas justifica a restrição ao referido princípio, representada pela ação controlada, em consonância com o princípio da proporcionalidade” (LIMA, 2016, p. 560).

No art. 8º, § 1º, da Lei nº 12.850/13, o objetivo da comunicação prévia é dar ciência ao juiz e ao órgão do Ministério Público da prática do retardamento da intervenção policial ou administrativa, que por sua vez, estabelecerá os limites da ação controlada, de acordo com suas especificidades. Lima (2016, p. 561) diz que os limites podem ser de duas espécies:

- a) temporais: em tese, é possível que o juiz estabeleça um prazo máximo de duração da ação controlada, findo o qual a autoridade policial seria obrigada a representar pelo prosseguimento da medida, já, então, sob o controle judicial;
- b) funcionais: diante da possibilidade de dano a bens jurídicos de maior relevância, deve o juiz determinar a pronta intervenção da autoridade policial.

A ação controlada, definida pela Lei de Drogas e a Lei de Organizações Criminosas prevê dois métodos que auxiliam nas investigações: 1. o flagrante prorrogado, retardado ou diferido que, como o próprio nome diz, permite a mitigação do flagrante obrigatório que as autoridades policiais devem executar em situação de flagrância, podendo deixar de fazê-lo com o objetivo de identificar mais informações sobre o crime como componentes do grupo e local em que agem, e 2. a entrega vigiada que objetiva da mesma forma a identificação dos integrantes de um esquema criminoso e a localização tanto de pontos de apoio, quanto de possíveis mercadorias (LIMA, 2016). Consiste, portanto, no monitoramento acirrado do traslado de materiais e da movimentação do grupo investigado ponto a ponto.

Lima (2016, p. 560) destaca que a prática do retardamento da intervenção, conforme disposto no art. 8º da LEI 12.850/13, em momento algum indica a necessidade de “prévia autorização judicial”, mas apenas a “necessidade de prévia comunicação à autoridade judiciária competente”, portanto, entende-se que o retardamento da intervenção pode ser executado independente de autorização judicial (LIMA, 2016, p. 560).

4.3.8 Tipos de Infiltração

De acordo com o grau de duração encontram-se na doutrina norte-americana dois tipos de infiltração:

- a) *light cover*: espécie de infiltração mais branda, que não demora mais de 6 (seis) meses, esta modalidade não demanda inserção contínua e permanente, nem tampouco mudança de identidade ou perda de contato significativo com a família, sendo que, a depender do caso concreto, pode se resumir a um único encontro para o recolhimento de elementos de informação acerca das atividades ilícitas desenvolvidas pela organização criminosa;
- b) *deep cover*: são infiltrações que se prolongam por mais de 6 (seis) meses, necessitando de uma imersão mais profunda e complexa no seio da organização criminosa. Por exigir um detalhamento mais abrangente, esta espécie de infiltração geralmente é feita com a mudança de identidade por parte da autoridade policial, assim como perda significativa do contato com sua entidade familiar (LIMA, 2016, p. 573).

A infiltração também pode ser preventiva ou repressiva. Na primeira forma o agente infiltrado apenas observa a movimentação do grupo a fim de colaborar e intervir para a ação global. Na segunda forma o agente assume uma postura ativa na organização criminosa e comete ilícitos inerentes à atividade criminosa (LIMA, 2016, p. 573)

4.3.9 Agente infiltrado e o agente provocador

A principal característica do agente infiltrado consiste em atuar precedido de autorização judicial e introduzido em determinada organização criminosa com foco em extrair elementos que possibilitem a desarticulação da mesma, sem dessa forma instigar ou contribuir para a prática de ilícito por qualquer membro dessa composição (Lima 2016, p. 574). Como salienta Lima

Logo, se os agentes de polícia ou de inteligência têm indícios suficientes da existência de uma organização criminosa e nela se infiltram em busca de informações que permitam identificar os diversos ilícitos praticados por seus integrantes, não há falar em crime impossível, porquanto a intenção de delinquir já havia surgido firmemente nos sujeitos que estão praticando "as infrações penais, por meio de decisão livre e anterior à intervenção do agente infiltrado.

Frente ao exposto, se após uma análise do caso concreto for constatado que o objetivo da infiltração policial é o reconhecimento de uma ocorrência de flagrante

que possibilite a prisão de alguns integrantes dessa organização criminosa este procedimento poderá ser empregado sem a utilização simultânea da ação controlada prevista nos artigos 8º e 9º da lei 12.850/13 (LIMA, 2016) a destacar:

Art. 8º Consiste a ação controlada em retardar a intervenção policial ou administrativa relativa à ação praticada por organização criminosa ou a ela vinculada, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz à formação de provas e obtenção de informações. Art. 9º Se a ação controlada envolver transposição de fronteiras, o retardamento da intervenção policial ou administrativa somente poderá ocorrer com a cooperação das autoridades dos países que figurem como provável itinerário ou destino do investigado, de modo a reduzir os riscos de fuga e extravio do produto, objeto, instrumento ou proveito do crime.

Todavia, se as autoridades encarregadas da persecução penal entenderem que o flagrante deva ser prorrogado frente o surgimento de um melhor momento para que seja efetuada com maior eficiência a colheita de provas substanciais, o procedimento investigatório pode ser executado somado a ação controlada previstas nos artigos já acima expostos e combinados com os artigos 10º a 14º da seção da lei 12.850/13 que trata da Infiltração de Agentes (LIMA, 2016).

Em contrapartida, quando se analisa a figura do agente provocador, cuja ação normalmente é realizada sem prévia autorização judicial, pode ser observado um incentivo à prática de determinado delito quando a pessoa que o faz, não possui intenção inicial de realizá-lo o que acaba acarretando numa violação do direito fundamental do “*Nemo tenetur se detegere*”, isto é, do direito à não auto-incriminação bem como o direito à ampla defesa. O agente provocador pode ser caracterizado por incentivar o sujeito a prática do delito, somado ao desejo de punir o autor desse delito e a aplicação de medidas que possam evitar a consumação do crime (Lima, 2016). Segundo Lima

Quando alguém (particular ou autoridade policial), de forma insidiosa, instiga o agente à prática do delito com o objetivo de responsabilizá-lo criminalmente, ao mesmo tempo em que adota todas as providências para que o delito não se consuma, prevalece o entendimento de que haverá crime impossível, em virtude da ineficácia absoluta do meio (CP, art. 17). Nesses casos de atuação de agente provocador, o suposto autor do delito não passa de um protagonista inconsciente de uma comédia, cooperando para a ardilosa averiguação da autoria de crimes anteriores, ou da simulação da exterioridade de um crime.

Salienta-se a aplicação da súmula 145 do Supremo Tribunal Federal, “Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação.” Segundo Lima “A leitura da súmula fornece os dois requisitos do flagrante preparado: preparação e não consumação do delito. Logo, mesmo que o agente tenha sido induzido à prática do delito, porém operando-se a consumação do ilícito, haverá crime e a prisão será considerada legal”.

4.3.10 Agente Encoberto, Agente de Inteligência, Informante e Colaborador

a. Informante: Informante é a pessoa que não possui qualquer vínculo com a atividade policial, mas em razão de estar próxima, em contato, ou até por vezes inserida dentro do contexto de uma organização criminosa, acaba por compartilhar informações com a autoridade policial que só ela poderia alcançar, justamente pela facilidade de acesso que encontra no cenário em que está inserido. Portanto a entrega dessas informações acontece de maneira sigilosa, de figura que possua a confiança da autoridade policial, e que por sua vez, gera uma expectativa de contraprestação material ou imaterial. Assim sendo, enquanto que o informante apenas cumpre com o compromisso de compartilhar informações sigilosas com a autoridade policial, o agente infiltrado tem sua conduta pautada em prévia autorização judicial, cujo propósito principal é descobrir fontes de provas suficientes que possam desarticular a organização criminosa alvo da investigação. (Lima, 2016,p. 576)

b. Agente de Inteligência: a atuação do agente de inteligência está atrelada a coleta de informações e investigação de fatos capazes de colocar a soberania e a segurança do Estado em risco. No Brasil, conforme a Lei nº 9883/99, em seu art.1º §2º “...entende-se como inteligência a atividade que objetiva a obtenção, análise e disseminação de conhecimentos dentro e fora do território nacional sobre fatos e situações de imediata ou potencial influência sobre o processo decisório e a ação governamental e sobre a salvaguarda e a segurança da sociedade e do Estado.” Dessa forma, as atividades pertencentes a investigação no decorrer da investigação penal, devem ser executadas apenas pela jurisdição dada às autoridades policiais, não sendo possível a participação de agentes incomuns a atividade policial, sob

pena de violarem o art. 144, § 1º, IV, da CF/1988, da Lei nº 9.883/1999, e dos arts. 4º e 157º e parágrafos do CPP. (Lima, 2016, p. 576)

c. Colaborador: pode ser descrito como aquele que é coautor ou partícipe de transgressão penal que, para auferir determinados prêmios legais, acaba confessando seus crimes, bem como entregando às autoridades policiais informações valiosas e suficientes para o alcance de um dos objetivos previstos na Lei. (Lima, 2016, p. 577)

d. Agente Encoberto: existe entendimento por parte de alguns autores no sentido de que não ocorre qualquer distinção entre o termo agente encoberto e agente infiltrado, podendo ambos serem utilizados para definir a mesma espécie de atuação investigativa. Entretanto, parte da doutrina assegura que existe sim uma diferença entre ambos, em que a figura do agente encoberto poderia ser definida como um campo de atuação um pouco diferente do agente infiltrado, na medida em que embora apresentem semelhanças, como o fato de ambos serem policiais preparados para atuarem em ambientes criminosos, o agente encoberto atuaria de maneira mais genérica, sem algum objetivo específico e apenas buscando informações relevantes vinculadas a atividades criminosas e o agente infiltrado no que lhe concerne, teria suas ações predeterminadas para investigar uma organização criminosa específica. (Lima, 2016, p.578)

4.3.11 Fases da infiltração do agente policial

Pereira *apud* Lima (2016) detalha oito fases que compõem a infiltração policial:

FASES	DESCRIÇÃO
1. RECRUTAMENTO	Divide-se em duas etapas distintas. A primeira delas é a captação de um sujeito para satisfazer as necessidades institucionais. A segunda etapa é a seleção. Nesta etapa, a Polícia difunde de maneira restrita a informação acerca de suas necessidades, com o objetivo de capacitar o infiltrado, escolhendo o candidato dentro de um rol de agentes pré-selecionados e que apresentam características pessoais e profissionais adequadas a este procedimento investigatório.
2. FORMAÇÃO	É introduzido um programa de capacitação básica ao infiltrado, com o objetivo de desenvolver as qualidades consideradas como diferenciais a um agente infiltrado e que correspondem ao perfil traçado no protótipo do modelo de agente a ser formado para a infiltração.

3. IMERSÃO	Esta fase serve para estabelecer, configurar e implantar uma identidade psicológica falsa em um infiltrado previamente designado, já com uma missão de infiltração concreta, com reais objetivos a serem atingidos.
4. ESPECIALIZAÇÃO DA INFILTRAÇÃO	Aprimoramento da dimensão operativa de inteligência. O objetivo desta fase é assegurar que o agente assuma identidade psicológica falsa com a certeza de que irá representá-la com o grau máximo de eficácia.
5. INFILTRAÇÃO PROPRIAMENTE DITA	O agente terá, nesta fase, os primeiros contatos com os integrantes da organização criminosa, geralmente por meios táticos previamente analisados no contexto da atividade de inteligência criminal.
6. SEGUIMENTO	Com o início da identificação de fontes de prova e coleta de elementos de informação acerca da organização criminosa, deve ser desenvolvida uma cobertura técnica com a finalidade de preservar a integridade física e psicológica do agente dentro do ambiente delituoso.
7. PÓS-INFILTRAÇÃO	Consiste no procedimento tático em que se buscam as melhores alternativas para a saída do agente infiltrado do ambiente criminoso. O ideal é que esta fase esteja associada a um programa de proteção a vítimas e testemunhas, nos moldes da Lei no 9.807/99.
8. REINSERÇÃO	O objetivo desta fase é reintegrar o agente à sua vida pré-infiltração, ajudando-o na recuperação de sua verdadeira identidade junto ao seio familiar e profissional. Como é provável que o agente tenha permanecido inserido no seio da organização criminosa por muito tempo, deve haver intenso acompanhamento médico e psicológico.

Quadro 01 – Fases da infiltração policial
Fonte: Adaptado de Lima (2016, p.573)

Diante do exposto constata-se a complexidade da atividade e a importância de assegurar ao agente policial infiltrado a sua segurança pessoal e profissional, que se estende também a seus familiares, através dos mecanismos legais e da atuação efetiva dos órgãos públicos.

5 O AGENTE POLICIAL VIRTUAL INFILTRADO

5.1 A Lei 13.441/17 e sua aplicação

Um avanço recente em relação à investigação de crimes que atentam contra a dignidade sexual da criança e do adolescente ocorreu com o sancionamento da LEI 13.441/17, que alterou a LEI 8.069/90. Desta forma, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) passou a dispor dos artigos 190-A, B, C, D e E que tratam da infiltração virtual de agentes policiais com a finalidade de investigar delitos relativos à dignidade sexual de crianças e adolescentes, cujos atos de execução, ou mesmo preparatórios, sejam cometidos pela internet.

Art. 190-A. A infiltração de agentes de polícia na internet com o fim de investigar os crimes previstos nos arts. 240, 241, 241-A, 241-B, 241-C e 241-D desta Lei e nos arts. 154-A, 217-A, 218, 218-A e 218-B do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), obedecerá às seguintes regras: I – será precedida de autorização judicial devidamente circunstanciada e fundamentada, que estabelecerá os limites da infiltração para obtenção de prova, ouvido o Ministério Público; II – 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; III – 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.

A lei especifica que a infiltração de agentes será autorizada caso não haja outros meios de obtenção de provas. O texto diferencia os dados de conexão e cadastrais relacionados à identificação como protocolos de Internet (IP). Além disso, as informações da operação deverão ser encaminhadas ao juiz responsável pela autorização e apenas este e o delegado de polícia também responsável pela operação poderão ter acesso aos autos, a fim de guardar sigilo. A autoridade judicial e o Ministério Público poderão requisitar relatórios parciais da operação de infiltração a qualquer tempo (Art. 190-B).

Visando a proteção e o respaldo ao agente policial infiltrado, o Art.190-C define que “Não comete crime o policial que oculta a sua identidade para, por meio da internet, colher indícios de autoria e materialidade dos crimes previstos [...]”,

contudo no Parágrafo único a redação é clara quando que no caso da prática de excessos por parte do agente policial infiltrado, este responderá em juízo.

5.2 Das provas

As provas no processo penal são de extrema importância para que o juiz possa se aproximar ao máximo dos fatos tal qual eles tenham ocorrido, e a partir daí exerça sua função essencial, ser garantidor da Constituição e protetor dos direitos fundamentais. Segundo o art. 155 do CPP “o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida e contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação [...]”. A prova, nada mais é do que “todo e qualquer meio de percepção empregado pelo homem com a finalidade de comprovar a verdade de uma alegação” (CAPEZ, 2016, p.398). Desta forma, o propósito das provas revela ser a formação de convicção do juiz em relação aos principais elementos na busca pela elucidação da causa. Lima (2016, p.788) salienta que

[...] jamais será possível se atingir com absoluta precisão a verdade histórica dos fatos em questão. Daí se dizer que a busca é da verdade processual, ou seja, daquela verdade que pode ser atingida através da atividade probatória desenvolvida durante o processo.

Os meios de provas podem ser lícitos ou ilícitos, sendo que o segundo conforme preceitua o caput do art. 157 do CPP “são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.” Como demonstra Capez

Quando a prova for vedada, em virtude de ter sido produzida com afronta a normas de direito material, será chamada de ilícita. Desse modo, serão ilícitas todas as provas produzidas mediante a prática de crime ou contravenção, as que violem normas de Direito Civil, Comercial ou Administrativo, bem como aquelas que afrontem princípios constitucionais. Tais provas não serão admitidas no processo penal. Assim, por exemplo, uma confissão obtida com emprego de tortura (Lei n. 9.455/97), uma apreensão de documento realizada mediante violação de domicílio (CP, art. 150), a captação de uma conversa por meio do crime de interceptação telefônica (Lei n. 9.296/96, art. 10) e assim por diante (CAPEZ, 2016, p.401).

Um dos objetivos essenciais de uma operação com agente infiltrado é a busca e a identificação da maior quantidade de provas relacionadas às atividades ilícitas realizadas pela organização criminosa investigada. As provas podem ser de vários tipos: documentais, apreensões, gravações ambientais, indicação de linhas telefônicas e de e-mails interceptáveis, bens, objetos, imagens e etc. Visa-se com a identificação de provas materiais prescindir do depoimento do agente infiltrado na descrição do funcionamento da organização criminosa, sendo aquelas suficientemente acuradas para dirimir ações policiais e dismantelar locais de crime, apreender drogas e etc. (LIMA, 2016,p.584).

Caso seja necessário que o agente infiltrado se apresente como testemunha no curso do processo judicial terá o direito de se apresentar como testemunha anônima, que salvaguarda seu anonimato, não divulgando sua identidade verdadeira, prevenindo ao risco de possíveis ameaças por parte do(s) acusado(s). Essa medida é realizada em atenção a proteção de sua intimidade e como uma forma de assegurar sua segurança física, e de seus familiares que eventualmente poderiam ser atingidas por represálias oriundas da organização criminosa que foi alvo da investigação. Ademais, possibilita que o agente seja utilizado em novas infiltrações, o que poderia ser prejudicado se eventualmente sua identidade fosse revelada, além de despender ao Estado, um custo maior em recrutamento, seleção e treinamento de novos agentes toda vez que essa diligência fosse adotada. (LIMA, 2016; p.584).

5.2.1 O perfil falso (“fake”) do agente infiltrado como meio de obtenção de provas na internet

O perfil falso ou “fake” adotado por um agente, como estratégia para a obtenção de informações ou de provas, é uma prática reconhecida e comumente utilizada em investigações sendo cada vez mais incorporada como tática também em ambientes virtuais. De acordo com Silva (2016)

[...] o agente infiltrado age com o fim de obter prova para incriminar o(s) suspeito(s), ganha sua confiança pessoal, mantém-se a par dos acontecimentos, acompanha a execução dos fatos e pratica ato de execução, se necessário for, como forma de conseguir a informação necessária ao fim da investigação. [...] tem influência no modo como o crime é praticado e tem,

ou pode ter, intervenção direta sobre os atos preparatórios e de execução na prática do crime. (SILVA, 2016).

Como todo processo inovador, observam-se diversos posicionamentos quanto à confiabilidade, a segurança e o atendimento aos limites legais impostos pela legislação brasileira em relação ao agente infiltrado, bem como à validade das provas colhidas por meio desta prática. De acordo com Silva (2016), o Art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal brasileira não admite dúvidas ao definir a inadmissibilidade de provas por meio ilícito durante um processo.

A infiltração de agentes como já demonstrado é uma modalidade de obtenção de provas que só deve ser utilizada se não ocorrer possibilidade de utilização de outro meio para alcance de tais evidências, portanto, trata-se de um meio extraordinário de obtenção de prova. Nesse contexto, mesmo que a legislação atinente ao tema tenha apresentado uma notável evolução, como pode ser observado nas leis 12.850/13 e mais recentemente na lei 13.441/17, que se tornou a primeira lei a prever a modalidade de infiltração de agentes de polícia na internet, ainda que com o fim apenas de investigar crimes contra dignidade sexual da criança e do adolescente, pode ser destacado que na legislação esqueceu-se de estatuir as normas da infiltração no ambiente virtual na investigação de todos os crimes que podem ser cometidos nesse universo (SILVA, 2016; p. 18). Entretanto, como nos demonstra Rangel apud Silva:

Ocorre que a Lei Federal nº 9.296/1996 (Interceptação Telefônica) permite, em seu art. 1º, parágrafo único, a quebra do sigilo no que tange à comunicação de dados, mediante ordem judicial fundamentada. Aqui reside a permissão normativa para quebra do sigilo de dados informático, e, subsequentemente para permitir a interação, a interceptação e a infiltração do agente cibernético. Enquanto essa Lei outorga legitimidade (legalidade), a Lei das Organizações Criminosas (12.850/2013) ditaria o rito (regras procedimentais), em uma flagrante interpretação progressiva, atento ao princípio da atualidade para adequar a norma à realidade tecnológica contemporânea. (RANGEL apud SILVA, 2016; p.18)

Dessa forma, pode ser constatado que a Lei nº 9.296/96 que dispõe sobre as interceptações, combinada com a Lei nº 12.850/13 que legisla sobre as organizações criminosas e ordena sobre os procedimentos da infiltração, viabiliza a infiltração cibernética, desde que a mesma esteja respaldada por autorização judicial e respeite os fins a que se destina, bem como não viole nenhum princípio constitucional na sua aplicação (SILVA, 2016, p.20). Assim sendo, a criação de perfil

falso pelo agente durante a investigação, visando a obtenção de provas, não configura meio ilícito de obtenção de provas, desde que ele esteja procedendo em conformidade com autorização judicial e sem ultrapassar nenhum limite estipulado anteriormente pelo juiz tendo em vista os preceitos constitucionais pertinentes.

5.3 O direito constitucional e sua aplicação no instituto da infiltração de agentes públicos em organizações criminosas

Como podemos observar no fenômeno da globalização, o encurtamento de distâncias permitido com o advento da internet trouxe inúmeras vantagens para o convívio em sociedade, mas provocou com isso um aperfeiçoamento e modernização da atividade criminosa, principalmente no âmbito do crime organizado que acabou por aumentar sua complexidade de atuação, quer seja na sua estruturação, quer seja em seus métodos ou também no local de sua atividade. Nesse sentido, é crucial que se encontrem novos métodos de combate a esta modalidade de crime, tendo como referência, o fato de que a forma convencional de combate a criminalidade não tem demonstrado ser efetiva o bastante. Isso ocorre por conta da dificuldade de consecução de provas relativas a grupos criminosos organizados, principalmente quando sua atuação acontece no ambiente informático.

A partir dessa escassez, surge a necessidade de obtenção de provas com a utilização de meios extraordinários de investigação. Dessa forma, tem ocorrido uma maior aceitação de novos métodos de investigação, justamente por conta das características singulares que o crime organizado tem apresentado, o que acaba por demandar um tratamento diferente daquele que é dado aos crimes ditos comuns. Isto posto, converte-se em algo justificável para que o Estado, de maneira compreensível e excepcional possa admitir a limitação dos direitos e garantias dos investigados que façam parte desse meio criminoso, para que assim seja viável o alcance de evidências suficientes para responsabilização penal dos mesmos.

Sob essa perspectiva o princípio da proporcionalidade aparece como um instrumento regulador das ações estatais, pois a partir do momento que esse excepcional meio de prova é avocado, o Poder Judiciário deverá ponderar se as resultantes da utilização desse meio são admissíveis e irão atender os fins propostos. Salienta-se para tal que o crime organizado necessita de ações diferentes

em seu combate, justamente por conta de sua complexidade ser muito maior em relação a investigação de crimes tradicionais ou cometidos unicamente por um agente, e que seguindo esse raciocínio, por vezes, o combate a esses crimes necessitará de restrição de alguns direitos ditos fundamentais (ZANLUCA, 2016).

Nesse diapasão, podemos destacar o entendimento de (SILVA, 2014 *apud* ZANLUCA, 2016), segundo o qual

Nota-se, pois, das consequências do crime organizado no plano processual penal, uma inegável tendência de restrição de certos direitos fundamentais dos investigados e acusados, na busca de maior eficiência penal. Para justificar essa tendência, entende-se que a apuração da criminalidade organizada exige medidas diferenciadas daquelas utilizadas para a repressão da criminalidade tradicional, o que poderá conduzir a restrições de direitos constitucionais.

Na ótica do mesmo princípio, sabe-se que o Estado tem a obrigação de defrontar os crimes de maneira eficiente, e assim sendo, é basilar que o agente infiltrado não extrapole os limites definidos para sua atuação nem que pratique infrações penais que ultrapassem a razoabilidade de sua investigação, o que acabaria por prejudicar a persecução penal (ZANLUCA, 2016).

Diante do fato de o Estado ter que, por delegação da Constituição Federal, garantir os direitos mínimos da pessoa, do cidadão, em qualquer aspecto, também no que se refere ao criminoso, há que se buscar provas lícitas e respeitar sua intimidade. Portanto, o mesmo Estado deve dar garantias ao cidadão de bem e ao cidadão eventualmente criminoso quanto aos seus direitos garantidos na Constituição. A partir dessa premissa, todo cuidado se faz necessário quando o agente policial atua como agente infiltrado para combater o crime organizado. Deverá ser um profissional altamente especializado para atuar de forma coerente com o que a situação exige.

Outro princípio que merece destaque, é o da dignidade da pessoa humana. Sabiamente, Souza (2005) apresenta uma reflexão deveras relevante ao demonstrar que

De um lado, promulgaram-se textos constitucionais e tratados internacionais reconhecendo e criando mecanismos de defesa da dignidade da pessoa humana. De outro, a busca por uma resposta eficiente do Estado frente às

atividades delitivas autorizou uma gradativa invasão dos direitos personalíssimos em prol de um suposto bem geral comum (SOUZA, 2005, p.153).

Desta forma, o caminho percorrido para a apuração de infrações penais e, por conseguinte, a punição de seus responsáveis, deve ser norteado pela Constituição Federal, por conta da necessidade de respeito as garantias fundamentais dos indivíduos, bem como a necessidade de prevenir atos de arbitrariedade e excesso de poder. Este princípio não poderia ser deixado de lado por ser ele integrante do alicerce de nossa sociedade. Como nos elucida Batista (2015)

[...] embora possua, o poder estatal, o monopólio da sanção penal, consubstanciado num direito de punir, os indivíduos subordinados à sua atuação são revestidos de direitos e garantias, por sua essência, fundamentais, assegurados para que as interferências no âmbito das liberdades individuais não se sujeitem ao alvedrio incontrolável, justificado pelo jus puniendi (BATISTA, 2015).

Assim sendo, a relevância deste princípio previsto no inciso III do art. 1º da nossa Carta Magna “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: “[...] III - a dignidade da pessoa humana” (BRASIL, 1988), nos demonstra que pode ser utilizada como preceito fundamental, bem como um marco para interpretar e aplicar as normas nos casos concretos. O correto então, é que ocorra uma ponderação entre os valores e preceitos fundamentais, afim de que a proteção a intimidade e dignidade da pessoa humana do acusado não se sobreponha aos interesses e proteção da sociedade como um todo.

5.4 Aspectos éticos da legalidade da atuação do agente infiltrado

A validade da infiltração policial esbarra em questões éticas que são debatidas por estudiosos da área. Lima (2016, p. 566) apresenta aspectos delicados como a “[...] utilização da fraude e da mentira pelo agente infiltrado” e o comprometimento do Estado ao conjurar com a utilização destes recursos e autorizar a atuação, portanto, imoral de seus agentes. Acrescenta que se “[...] o próprio Estado viola esses preceitos éticos para lograr a aplicação de uma pena, estar-se-ia demonstrando que pode valer a pena violar qualquer norma fundamental cuja vigência o direito penal se propõe a assegurar”. Segundo Gomes Filho apud

Lima (2016, p. 566) países desenvolvidos como a Alemanha e os Estados Unidos têm contestado enfaticamente a legitimidade ética e jurídica desta prática por considerarem que é uma prática “[...] incompatível com a reputação e dignidade da Justiça Penal de seus agentes se as eventuais provas resultantes dessas operações terão sido conseguidas através de instigação, simulação ou outros meios enganosos”. Outro aspecto apresentado por Lima (2016) diz respeito a tênue linha entre a ação virtuosa e a prática de um delito e a tentação a que alguns agentes estariam submetidos em praticar e integrar organizações criminosas frente às facilidades que o contexto oferece e ainda com a chancela do Estado respaldando-o.

Para Lima (2016) os aspectos citados anteriormente são legítimos, mas não se sobrepujam aos benefícios advindos do uso de uma técnica especial de investigação dada a ineficácia da utilização de meios tradicionais de obtenção de prova no combate ao crime organizado e à contenção de sua expansão. Trata-se de uma técnica mais dura e que impõe restrições a direitos, contudo sua prática é constitucional, pois

[...] se trata de procedimento investigatório que demanda prévia autorização judicial. Segundo, porque sua utilização é medida de *ultima ratio* (Lei nº 12.850/13, art. 10, § 2º). Em conclusão porque, à luz do princípio da proporcionalidade, a periculosidade social inerente às organizações criminosas acaba justificando o emprego de procedimentos investigatórios mais invasivos, sem os quais os órgãos estatais não seriam capazes de localizar fontes de prova e coligir elementos de informação necessários para a persecução penal (LIMA, 2016, p. 567).

Questões éticas são balizadoras da ação humana e do Estado e devem ser debatidas sempre que a conduta for questionável e houver a necessidade de esclarecer os limites legais acolhidos pela sociedade, visando proteger o cidadão e garantir que a Constituição seja respeitada.

6 CONCLUSÃO

A vulnerabilidade da *web* e dos aplicativos de comunicação à ataques cibernéticos de *hackers* tem sido cada vez mais experienciado por governos e pela sociedade civil. Por oferecer inúmeras possibilidades e abrir caminhos antes inimagináveis a tendência é de que a cada dia surjam mais usuários explorando e reinventando os produtos disponibilizados na *web*. Junto com este fenômeno os governos precisarão antecipar-se e preparar-se tanto tecnológica quanto humanamente, capacitando seu corpo de oficiais permanentemente dotando-o de inteligência para analisar cenários, investigar e tomar decisões com agilidade.

Investimentos governamentais em segurança e campanhas de orientação quanto à exposição de dados e informações pessoais também se fazem necessárias, pois a população leiga ingenuamente acredita que tudo que está disponível nas mídias e na *web* é seguro ou verídico. O fenômeno das *fakenews*, utilizado durante as eleições de 2017 nos EUA e em 2018 no Brasil, com o objetivo indiscutível de manipulação da opinião pública, viralizado e potencializado pelas redes sociais, são um exemplo recente deste cenário perturbador do mau uso dos recursos da *web*. Por estas mesmas ferramentas, utilizadas por organizações criminosas envolvidas com tráfico de drogas e de seres humanos; pedofilia e crimes de toda sorte, tem sua entrada facilitada nos lares, que sem nenhum esforço causam danos morais, emocionais e financeiros sem precedentes.

Alterações recentes em decretos e legislações brasileiras são fundamentais para o trabalho de investigação policial, pois viabilizam que práticas sejam implementadas também na *web* oferecendo segurança jurídica aos agentes policiais. O agente policial infiltrado na *web* é uma modalidade que tem sido discutida e cada vez mais utilizada, mostrando ser uma técnica eficaz no combate aos crimes cibernéticos. Contudo, além de demandar uma melhora significativa em sua legislação com uma conseqüente modernização de sua regulamentação, permitindo que possa ser uma técnica cada vez mais utilizada em prol da defesa da sociedade, trata-se de uma medida que deve ser utilizada com toda a cautela, tendo em conta que eventualmente se for permitida sua aplicação de maneira genérica, na investigação de todo e qualquer crime, implicaria sobremaneira em um

aperfeiçoamento da atividade criminosa para fugir ou se esquivar da força Estatal, o que prejudicaria o combate a crimes mais graves e que demandam a utilização dessa técnica em sua investigação, por não haverem outras formas de obtenção de prova em sua persecução penal.

Tendo em vista o apresentado, é essencial que o Estado busque não só aperfeiçoar seus mecanismos de repressão, mas procure aperfeiçoar ou criar ferramentas que possibilitem a prevenção dos crimes, independente do ambiente em que são cometidos, além de implementar e estreitar relações com outros países, através de acordos de cooperação que garantam a defesa da sociedade e da soberania nacional frente a todo tipo de criminalidade.

7 REFERÊNCIAS

ANDRADE, Leonardo. Cybercrimes na deep web: as dificuldades jurídicas de determinação de autoria nos crimes virtuais. **Revista Jus Navigandi**. 2015. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/39754/cybercrimes-na-deep-web-as-dificuldades-juridicas-de-determinacao-de-autoria-nos-crimes-virtuais/2>. Acesso em: 20 mai 2019.

BARRETO, A.G. **Manual de Investigação Cibernética à luz do Marco Civil da Internet**. Rio de Janeiro: Brasport, 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf. Acesso em 08 set 2019.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Site do Planalto. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm#art218a. Acesso em: 11 fev 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.441, de 8 de maio de 2017**. Site do Planalto. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2015-2018/2017/Lei/L13441.htm. Acesso em: 10 fev 2019.

BRASIL. **Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013**. Site do Planalto. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em: 10 fev 2019.

CANONGIA, Claudia; MANDARINO JUNIOR, Raphael. **Segurança cibernética: o desafio da nova Sociedade da Informação**. Brasília-DF. v. 14. 2009. Disponível em http://seer.cgee.org.br/index.php/parcerias_estrategicas/article/viewFile/349/342. Acesso em: 21 mai 2019.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. 22ª edição. São Paulo: Saraiva, 2018.

CARLOS, André; FRIEDE, Reis. **Aspectos Jurídico-Operacionais do Agente Infiltrado**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 2014.

CARNEIRO A. G.. **Crimes virtuais: elementos para uma reflexão sobre o problema na tipificação**. Portal de E-Governo, inclusão digital e sociedade do conhecimento. 2012. Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/crimes-virtuais-elementos-para-uma-reflex%C3%A3o-sobre-o-problema-na-tipifica%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 20 fev 2019.

CASTELLS, Manuel. **A galáxia da internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade.** Tradução Maria Luiza X. de A. Borges; revisão Paulo Vaz. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

CAVALCANTE, Waldek Fachinelli. **Crimes Cibernéticos: noções básicas de investigação e ameaças na internet.** Disponível em <http://www.conteudojuridico.com.br/pdf/cj054548.pdf>. Acesso em: 21 mai 2019.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos.** Costa Rica, 1969. Disponível em https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm Acesso em: 8 set 2019.

CONVENÇÃO SOBRE O CIBERCRIME. **Série de Tratados Europeus.** 185. Budapeste: 2001. Disponível em http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679595842774f6a63334e7a637664326c756157357059326c6864476c3259584d76574339305a58683062334d76634842794d544d794c5668664d53356b62324d3d&fich=ppr132-X_1.doc&Inline=true. Acesso em: 01 jun 2019.

CORERA, Gordon. **Created by the US government.** Disponível em <http://www.bbc.co.uk/guides/z9j6nbk>. Acesso em: 20 mai 2019.

GARCIA, R. A. C, CARUZO, W. R., ZAMQUIM JUNIOR, J.W. **Crimes Cibernéticos.** Instituto Matonense Municipal de Ensino Superior. Revista Matiz Online. ISSN 21794022. Disponível em http://immes.edu.br/novo_site/wp-content/uploads/2017/10/2017-Crimes-Cibern%C3%A9ticos.pdf. Acesso em: 21 maio 2019.;

JESUS, Damásio. **Direito Penal: Parte Geral.** 35ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014.

JESUS, Damásio de; MILAGRE, José Antonio. **Manual de crimes informáticos.** São Paulo: Saraiva, 2016. ISBN 978850262724-6. Disponível em <http://177.69.246.151/manual.pdf>. Acesso em: 21 mai 2019.

JORGE, H.V.N. **Investigação criminal tecnológica:** Contém modelos de apresentações e requisições, além de procedimentos para investigação em fontes abertas. Vol. 1. Rio de Janeiro: Brasport, 2018.

_____. **Investigação criminal tecnológica:** Contém informações sobre inteligência policial, drones e recursos tecnológicos aplicados na investigação. Vol. 2. Rio de Janeiro: Brasport, 2018.

LEITÃO JÚNIOR, Joaquim. **A infiltração policial na Internet para repressão de crimes contra a dignidade sexual.** Canal Ciências Criminais. 2017. Disponível em <https://canalcienciascriminais.com.br/infiltracao-policial-internet/>. Acesso em: 10 fev 2019.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Representantes do MPF participam de reunião internacional que discutiu Convenção de Budapeste.** Disponível em:

<http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/representantes-do-mpf-participam-de-reuniao-internacional-que-discutiu-a-convencao-de-budapeste>. Acesso em: 01 jun 2019.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO ESTADO DE SP GRUPO DE COMBATE AOS CRIMES CIBERNÉTICOS. **Crimes cibernéticos manual prático de investigação**. 2006. Disponível em <http://tmp.mpce.mp.br/orgaos/CAOCRIM/pcriminal/ManualdeCrimesdeInform%C3%A1tica-versaofinal.pdf>. Acesso em: 21 mai 2019.

NETO, F.S.; JORGE, H.V.N.. **Infiltração Virtual de Agentes é um avanço nas técnicas especiais de investigação criminal**. Canal Ciências Criminais. 2017. Disponível em <https://canalcienciascriminais.com.br/infiltracao-virtual-agentes/>. Acesso em: 10 fev 2019.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 27. Ed. São Paulo: Atlas, 2019.

ROCHA, Carolina Borges. **A evolução criminológica do Direito Penal: aspectos gerais sobre os crimes cibernéticos e a Lei 12. 737/2012**. Disponível em http://www.amab.com.br/fileadmin/user_upload/A_evolucao_criminologica_do_Direito_Penal.pdf. Acesso em: 21 mai 2019.

SILVA, Danni Sales. Da Validade Processual Penal de Provas Obtidas em Sites de Relacionamento e a Infiltração de Agentes Policiais no meio virtual. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 24, vol.120, n.29, 2016. Disponível em http://www.mpggo.mp.br/portal/arquivos/2016/08/01/12_08_28_0_Artigo_Dr._Danni_publica%C3%A7%C3%A3o_revista_do_IBCCrim.pdf. Acesso em: 17 jun 2019.

SOUZA, Gills Lopes Macêdo; PEREIRA, Dalliana Vilar. **A Convenção de Budapeste e as Leis Brasileiras**. Disponível em <http://www.charlieoscartango.com.br/Images/A%20convencao%20de%20Budapeste%20e%20as%20leis%20brasileiras.pdf>. Acesso em: 01 jun 2019.

SOUZA. **A eficiência da persecução penal e a dignidade da pessoa humana**. Revista de Ciências Jurídicas e Sociológicas. da Unipar, v. 8, n. 2, p. 153-165, jul./dez., 2005.