

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA” – FEESR  
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO – PPGD  
MESTRADO EM DIREITO

LIGIA BUENO ASPERTI

A RESPONSABILIDADE PENAL DO AGENTE INFILTRADO NA INTERNET:  
ANÁLISE DAS LEIS N° 12.850/2013 E 13.441/2017

Marília, SP

2021

LIGIA BUENO ASPERTI

A RESPONSABILIDADE PENAL DO AGENTE INFILTRADO NA INTERNET:  
ANÁLISE DAS LEIS N° 12.850/2013 E 13.441/2017

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* – Mestrado em Direito –do Centro Universitário Eurípides de Marília –UNIVEM, em sua área de concentração em Direito e Estado na Era Digital, Linha de Pesquisa Dogmática Jurídica e Transformação Digital, como requisito à obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: DR. MÁRIO FURLANETO NETO

Marília, SP

2021

Autora: LIGIA BUENO ASPERTI

Título: A RESPONSABILIDADE PENAL DO AGENTE INFILTRADO NA INTERNET:  
ANÁLISE DAS LEIS Nº 12.850/2013 E 13.441/2017

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* – Mestrado em Direito – Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, em sua área de concentração em Direito e Estado na Era Digital, Linha de Pesquisa Dogmática Jurídica e Transformação Digital, e aprovada pela banca examinadora.

Marília, SP, 24 de junho de 2021.

---

Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini – UNIVEM  
Coordenadora do Curso

---

Dr. Mário Furlaneto Neto – UNIVEM  
Orientador

---

Dr. José Eduardo Lourenço dos Santos – UNIVEM

---

Dr. Luiz Fernando Kazmierczak – UENP-Jacarezinho

**AGRADECIMENTOS**

A Deus, pelas bênçãos diárias, pelo direcionamento certo e pela força para superar todos os obstáculos, dentro e fora do curso.

À minha família e amigos, que me incentivaram durante todo esse processo, entenderam a minha ausência e não me deixaram desistir.

E finalmente, ao professor Mário Furlaneto Neto, por todas as dicas, correções, e ajuda, ao longo desses dois anos, mesmo antes de assumir a orientação deste trabalho.

**RESUMO**

O advento da Internet levou à comissão de diversos delitos no âmbito digital e ao surgimento de novos delitos, específicos desse ambiente. Visando à persecução penal de seus autores, as técnicas de investigação tradicionais foram adaptadas, de modo a possibilitar seu emprego no ambiente online, sendo a principal a infiltração policial digital. No entanto, é certo que o agente infiltrado se verá em situações onde não tem opção, a não ser o cometimento de delitos. Atento a essa realidade, o legislador pátrio estabeleceu a exclusão da responsabilidade penal do agente infiltrado nesses casos, desde que atue em consonância com as disposições legais e com proporcionalidade, porém não estabeleceu a natureza jurídica dessa exclusão, sendo necessária essa determinação para possibilitar a fiscalização externa da atuação policial, bem como para a segurança do agente infiltrado de saber os limites admitidos à sua atuação. Assim, por meio do método dedutivo e dos procedimentos de revisão bibliográfica e legislativa, tem-se como objetivo geral demonstrar a aplicação subsidiária das normas estabelecidas na Lei das Organizações Criminosas (BRASIL, 2013) para o instituto da infiltração policial enquanto gênero, à sua modalidade digital, determinando, assim, a natureza jurídica da exclusão dessa responsabilidade. Para tanto, tem-se como objetivos específicos analisar a persecução penal no Brasil, bem como as provas admitidas em processo penal, e a necessidade de observância à cadeia de custódia; estudar a infiltração policial, expondo sua disciplina legal, e, por fim, examinar a responsabilidade penal do agente infiltrado, dando ênfase às causas de exclusão dessa responsabilidade, apresentando um contraponto entre a legislação norte americana acerca do tema e as leis pátrias de regência. Conclui-se que a exclusão da responsabilidade penal do agente infiltrado que comete delitos indispensáveis à viabilização da infiltração ou à sua continuidade, quando atua com observâncias às leis que disciplinam o instituto e à proporcionalidade, se dá em razão de causa especial de excludente da culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa.

**Palavras-chave:** Infiltração policial digital. Responsabilidade penal. Causa especial.

**ABSTRACT**

The advent of the Internet has led to the commission of several crimes in the digital sphere and the emergence of new crimes, specific to this environment. Aiming at the criminal prosecution of its authors, the traditional investigation techniques were adapted in order to enable their use in the online environment, the main one being digital police infiltration. However, it is certain that the infiltrated agent will find himself in situations where he has no option, other than committing crimes. Aware of this reality, the national legislator established the exclusion of criminal liability of the infiltrated agent in these cases, provided that his acts are in accordance with the legal provisions and with proportionality, but didn't determine the legal nature of this exclusion, and this determination is necessary to enable external inspection of the police performance, as well as the security of the infiltrated agent of knowing the limits of his performance. Thus, through the deductive method and the bibliographic and legislative review procedures, the general objective is to demonstrate a subsidiary application of the rules established in the Criminal Organizations Law (BRASIL, 2013) for the police infiltration institute as a gender, to its digital modality, thus determining the legal nature of the exclusion of that liability. To this end, the specific objectives are the analysis of criminal prosecution in Brazil, as well as the evidence admitted in criminal proceedings, and the need to comply with the chain of custody; the study of police infiltration, exposing their legal discipline, and, finally, examining the criminal responsibility of the infiltrated agent, emphasizing the causes of exclusion from that responsibility, showing a counterpoint between the north american legislation on the subject and the national governing laws. It is concluded that the exclusion of the criminal liability of the infiltrated agent who commits crimes that are indispensable for the viability of the infiltration or its continuity, when acting in compliance with the laws that discipline the institute and proportionality, occurs due to the special cause of the excluding culpability by the unenforceability of different conduct.

**Keywords:** Digital police infiltration. Criminal liability. Special cause.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	<b>07</b>
<b>2 TEORIA GERAL DA PROVA NO PROCESSO PENAL</b> .....	<b>11</b>
<b>2.1 Persecução penal e investigação preliminar no Brasil</b> .....	<b>11</b>
2.1.1 Investigação preliminar tradicional X tecnológica .....	18
2.1.2 Provas cautelares, não repetíveis e antecipadas .....	25
<b>2.2 Das provas no processo penal</b> .....	<b>27</b>
2.2.1 Meios de investigação ou obtenção de prova e meios de prova .....	30
2.2.2 Provas ilícitas e ilegítimas e o Princípio da Vedação das Prova Ilícitas.....	33
<b>2.3 Da cadeia de custódia</b> .....	<b>39</b>
<b>3 INFILTRAÇÃO POLICIAL</b> .....	<b>42</b>
<b>3.1 Evolução legislativa</b> .....	<b>42</b>
3.1.1 Organização criminosa.....	47
<b>3.2 O ambiente digital</b> .....	<b>50</b>
3.2.1 Infiltração policial digital.....	55
<b>3.3 Disciplina legal da infiltração policial</b> .....	<b>57</b>
3.3.1 Conflito com direitos fundamentais.....	67
<b>3.4 Delitos passíveis de investigação por meio da infiltração policial</b> .....	<b>73</b>
<b>4 RESPONSABILIDADE PENAL NA INFILTRAÇÃO POLICIAL</b> .....	<b>77</b>
<b>4.1 Teoria do delito</b> .....	<b>77</b>
4.1.1 Fato típico.....	80
4.1.2 Ilicitude .....	82
4.1.3 Culpabilidade .....	86
<b>4.2 Responsabilidade penal do agente infiltrado</b> .....	<b>91</b>
4.2.1 Legislação norte americana.....	98
4.2.2 Lei das organizações criminosas .....	102
4.2.3 Infiltração policial na Internet .....	105
<b>5 CONCLUSÃO</b> .....	<b>110</b>
<b>6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	<b>113</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O advento da era digital trouxe diversos benefícios e facilidades para o dia a dia das pessoas. Tarefas que antes eram muito custosas e demoradas, com o emprego de novas tecnologias, em cujo contexto se insere a Internet, se tornaram simples e realizáveis com o apertar de um botão. De repente, não era mais necessário esperar alguns dias para ter notícias de familiares ou amigos por cartas, sendo possível o envio de um e-mail ou mesmo conversar em tempo real em salas de bate-papo e, mais recentemente, em aplicativos de chamadas online como o Zoom ou o Skype; compras passaram a ser feitas pela Internet e entregues direto na residência do comprador, assim como a educação à distância tornou-se comum.

No entanto, as facilidades introduzidas pela Internet trouxeram novos problemas, em especial no âmbito do Direito Penal. Novos delitos surgiram, específicos desse ambiente digital, e antigos delitos passaram a ser também cometidos no ambiente online, gerando efeitos ainda mais severos em razão da rapidez com que informações e dados se espalham pela web, de sua capacidade de alcance mundial, e da dificuldade, se não impossibilidade, de se retirar um conteúdo da Internet uma vez compartilhado. Criminosos do mundo todo passaram a fazer uso das novas tecnologias, protegidos por softwares desenhados para esconder o IP de seus dispositivos informáticos. Em razão dessa falsa segurança oriunda da sensação de anonimato decorrente na atuação digital, comunidades virtuais se desenvolveram, em especial no âmbito da *Dark Web*, com o propósito específico de cometer os mais variados delitos.

A *Dark Web* é uma parcela da Internet de acesso muito restrito, cujo conteúdo é quase exclusivamente ilícito, sendo possível encontrar todo tipo de bens e serviços ilegais em oferta, desde venda de drogas e de armas, venda de identidades falsas e ataques contratados contra sites governamentais, por exemplo. Nela são formadas comunidades fechadas para os mais diversos propósitos, como o aliciamento de novos membros e o planejamento de ataques por organizações terroristas e a venda e/ou compartilhamento de material de pornografia infanto juvenil. Essas comunidades estão entre as mais comuns na *Dark Web* em razão do alto poder lucrativo da exploração desse conteúdo.

Com a migração da criminalidade para o âmbito digital, as técnicas de investigação tradicionais do Estado se tornaram obsoletas, sendo necessária sua adaptação a esse meio. Atento a essa realidade, o legislador brasileiro editou a Lei 13.441/2017 (BRASIL, 2017), possibilitando o emprego da técnica da infiltração policial, disciplinada anteriormente na Lei das Organizações Criminosas (BRASIL, 2013), nas investigações de delitos cometidos na



Internet. Assim, o agente policial poderá se inserir no âmbito dessas comunidades sediadas na *Dark Web* para coletar provas contra seus membros e, principalmente, identificá-los, uma vez que, na Internet, não usam seus nomes verdadeiros, sendo conhecidos, apenas, pelos seus *nicknames* ou *screenames*.

Sabe-se, no entanto, que os administradores dessas comunidades tomam diversas precauções para evitar a persecução penal, sua e de seus membros, de modo que não é tão simples infiltrá-las. Em regra, para que um novo membro seja admitido, será necessário que comprove ele que pertence àquele grupo, que realmente é quem diz ser, e, para tanto, é comum que se exija o cometimento de um delito. A lei que disciplina a infiltração digital, ciente do *modus operandi* desse tipo de criminoso, previu a possibilidade de o agente infiltrado cometer delitos para viabilizar a infiltração, ou para garantir sua continuidade e sucesso, desde que atente a certos requisitos, nela contidos, sem que por eles fosse responsabilizado. No entanto, tal lei não identificou a natureza jurídica da exclusão dessa responsabilidade.

A definição acerca da responsabilidade penal do agente infiltrado e sua causa de exclusão é de suma importância, tanto para garantir a existência de uma investigação garantista, permitindo, assim, o controle externo da atividade investigativa, quanto para a própria segurança do agente infiltrado de saber até que ponto sua atuação estará resguardada, protegida de eventual persecução penal. Por esse motivo, decidiu-se pesquisar acerca da atuação do agente infiltrado no âmbito digital, em especial, sobre a possibilidade de exclusão de sua responsabilidade pelo cometimento de delitos, na condição de infiltrado, quando indispensáveis à continuidade da investigação. Nesses casos, qual a natureza jurídica da excludente dessa responsabilidade, prevista na Lei 13.441/2017 (BRASIL, 2017)?

Assim, por intermédio do método dedutivo e dos procedimentos de revisão bibliográfica e legislativa, tem-se por objetivo geral demonstrar a aplicação subsidiária das normas estabelecidas para a infiltração policial enquanto gênero, no âmbito da Lei das Organizações Criminosas (BRASIL, 2013), à sua modalidade digital, em especial, no tocante à exclusão de responsabilidade penal do policial infiltrado que pratica delitos necessários à continuidade e sucesso da própria investigação, estabelecendo, assim, a natureza jurídica dessa exclusão.

Sob a ótica dos objetivos específicos, analisar-se-á a persecução penal no Brasil, bem como as provas admitidas em processo penal, apresentando suas principais classificações, além da necessidade de observância à cadeia de custódia, em especial, das provas digitais; estudar-se-á a infiltração policial como forma de obtenção de provas, discorrendo sobre sua disciplina

legal pátria, e, por fim, far-se-á o exame da responsabilidade penal do agente infiltrado, enfatizando-se as causas de exclusão dessa responsabilidade, apresentando a disposição legislativa federal norte-americana, e as Leis nº 12.850/2013 (BRASIL, 2013) e 13.441/2017 (BRASIL, 2017).

Para tanto, a presente dissertação apresentará, no primeiro capítulo, a teoria geral da prova no processo penal, explicando o funcionamento da investigação preliminar tradicional e digital no Brasil, em especial no tocante à coleta de provas cautelares, uma vez que as provas coletadas em sede de infiltração policial são dessa natureza, sujeitando-se, portanto, a um contraditório diferido. Em seguida, serão analisadas as provas em si, distinguindo os meios de prova dos meios de obtenção de prova, com enquadramento da infiltração policial na segunda espécie, e discorrendo acerca da vedação do uso, em processo penal, de provas consideradas ilícitas. Por fim, discorrer-se-á acerca da necessidade da manutenção da cadeia de custódia das provas e das especificidades desta quando relacionada às provas digitais, bem como acerca das consequências de sua quebra.

O segundo capítulo focalizará a infiltração policial em si, a evolução do instituto jurídico, com especial atenção às disposições da Lei 12.850/2013, que disciplinam o instituto enquanto gênero. Em seguida, será estudado o ambiente digital, o surgimento da Internet e sua evolução até alcançar a realidade atual, expondo as camadas que a compõem, a saber, *Surface Web*, *Deep Web* e *Dark Web*. Também serão abordadas as questões da contração causada pela Internet na fórmula tempo *versus* espaço, das quebras que ela impõe à noção de territorialidade e, por consequência, de responsabilidade pessoal. Ainda, será analisada a disciplina legal da infiltração policial, em suas modalidades tradicional e digital, discorrendo acerca do aparente conflito gerado entre direitos fundamentais pelo emprego dessa técnica, bem como apresentando os delitos que admitem serem investigados por meio da infiltração policial.

Por fim, o terceiro capítulo tratará da responsabilidade penal do agente infiltrado. Para tanto, inicialmente será tratada a teoria do delito, expondo o conceito analítico de crime que, adotando-se a teoria finalista tripartite, entende-se como fato típico, ilícito e culpável. A seguir, serão analisados cada um dos elementos que compõem o delito, expondo as excludentes de ilicitude e de culpabilidade admitidas no Direito, uma vez que, nas leis de regência da infiltração policial, encontra-se tanto excludentes de ilicitude, quanto de culpabilidade. Em seguida, serão apresentadas as teorias existentes da doutrina pátria acerca da exclusão da responsabilidade penal do agente infiltrado, bem como será exposto o regramento norte-americano acerca do instituto, uma vez que foi pela prática daquele país que se deu a evolução e difusão mundial do

instituto, para, por fim, analisar as disposições das Leis 12.850/2013 (BRASIL, 2013) e 13.441/2017 (BRASIL, 2017) que tratam, respectivamente, sobre a responsabilidade penal na infiltração policial enquanto gênero e na sua modalidade digital.

## **2 TEORIA GERAL DA PROVA NO PROCESSO PENAL**

Para que seja possível a análise acerca das provas, no âmbito do processo penal, se faz necessária uma explanação inicial acerca da persecução penal no Brasil. Assim, neste capítulo

será estudada, inicialmente, a persecução penal como um todo, dando-se ênfase à fase preliminar de investigação, ou seja, à fase pré-processual, diferenciando a investigação tradicional da tecnológica. Ainda, discorrer-se-á sobre o inquérito policial, por ser nele, em regra, que se desenvolve a investigação.

A seguir, será analisada a prova em si, apresentando seu conceito, finalidade e objetivos, além de diferenciarem-se elementos, fontes e meios de investigação de prova, e prova ilícita de prova ilegítima. Ainda, serão analisados os principais princípios, em relação aos objetivos traçados para o presente estudo, que regem a prova no processo penal. Por fim, serão estudados os meios de prova, tanto típicos quanto atípicos.

## **2.1 Persecução penal e investigação preliminar no Brasil**

A persecução penal, no Brasil, pode ser classificada como de natureza mista, pois divide-se em três partes, sendo, a primeira fase a pré-processual, de investigação, que em regra se desenvolve por meio do inquérito policial, procedimento administrativo, de natureza essencialmente inquisitiva; a segunda fase, processual, tem início com o encerramento das investigações e o oferecimento da denúncia, e tem natureza acusatória, segundo a qual incumbem-se a órgãos diversos as tarefas de acusação, defesa e julgamento, sendo observados, portanto, todos os direitos e garantias materiais, processuais e constitucionais do acusado; e a terceira fase, de execução penal.

Assim, tem-se que o processo penal em si adota o modelo acusatório, enquanto a fase investigativa, pré-processual, da *persecutio criminis* adota o modelo inquisitorial. Para embasar uma acusação, é necessária a existência de indícios de autoria e prova da materialidade do delito, sendo que essa fase pré-processual existe para que seja possível obtê-los; nela serão buscados elementos para corroborar eventual denúncia do Ministério Público. Pode-se conceituar a investigação preliminar, portanto, como “conjunto de atividades desenvolvidas concatenadamente por órgãos do Estado, a partir de uma notícia-crime, com caráter prévio e de natureza preparatória com relação ao processo penal, e que pretende averiguar a autoria e as circunstâncias de um fato aparentemente delituoso” (LOPES JUNIOR, 2019, p. 122).

(...) quando o agente pratica uma conduta previamente definida como crime, cabe ao Estado promover a persecução criminal, a qual se verifica em três fases: a investigação preliminar, a ação penal e a execução da pena. Para tanto, vale-se de órgãos que o representam nesse mister: o Estado-juiz a quem cabe fazer a entrega da prestação jurisdicional e determinar o cumprimento da reprimenda imposta ao autor do crime no devido processo legal; o Estado-

administração, representado pelo Ministério Público, titular exclusivo da ação penal pública e a quem cabe promover a persecução criminal em juízo; e a Polícia Civil, com atribuição de promover a investigação criminal, fornecendo subsídios ao titular da ação penal para promover a persecução criminal em juízo (FURLANETO NETO; SANTOS; GIMENES, 2018, p. 154).

A investigação preliminar destina-se à busca da verdade real acerca de determinado fato em tese delituoso, ou seja, pretende encontrar indícios da autoria desse fato e provas de sua materialidade, evitando, assim, que seja instaurado um processo penal desnecessário, o que é custoso tanto para o Estado, quanto, se não mais, para o acusado.

Os órgãos capazes de atuar na investigação de um crime são a polícia federal e a polícia civil, nos termos do artigo 144, parágrafos 1º e 4º, respectivamente, da Constituição Federal, a depender da competência no caso concreto, que atuarão de acordo com os limites territoriais de suas circunscrições, conforme informa o artigo 4º, do Código de Processo Penal. Ainda, apesar de situar-se fora do escopo do presente estudo, é importante salientar que, após o julgamento do Recurso Extraordinário 593.727, pelo egrégio Supremo Tribunal Federal, em maio de 2015, tem-se que o Ministério Público, órgão encarregado de dar efetivo início ao processo penal e de proceder à acusação do denunciado, também poderá atuar na investigação de delitos.

(...) sua missão é utilizar-se de todos os meios legais disponíveis e necessários para juntar os elementos que comprovem a existência ou não de determinado fato, e que, caso este tenha acontecido, atribua a sua autoria ao suposto culpado. (...) os aparatos policiais deverão colher todas as provas possíveis que levem a um mínimo confiável de acontecimento do fato e indicação de autoria (BRITO; FABRETTI; LIMA, 2015, p. 77).

Após a conclusão das investigações, independente de qual autoridade as tenha conduzido, o processo em si terá início com o oferecimento da denúncia, em se tratando de ação penal pública, nos termos do artigo 129, I, da Constituição Federal, ou com a oferta da queixa-crime, nos casos de ação penal privada, cabendo o ônus da prova àquele que alega, conforme estabelecido no artigo 156, do Código de Processo Penal. Ao juiz, é reservada a tarefa de analisar as provas trazidas aos autos e, com base nelas, de maneira imparcial, formar o seu convencimento.

Com a entrada em vigor da Lei 13.964/2019, conhecida como Pacote Anticrime, foram incluídos no Código de Processo Penal, entre outros, os artigos 3º-A ao 3º-F, que tratam da figura do Juiz de Garantias, que passa a ser o responsável pelo controle da legalidade da investigação, bem como pela garantia dos direitos individuais dos investigados durante a fase pré-processual, sendo de sua competência a decisão sempre que haja a necessidade de autorização judicial para o emprego de determinado método de obtenção de prova nessa fase,

como, por exemplo, a infiltração policial, a teor do artigo 3º-B, XI, do Código de Processo Penal.

Somente quando em disputa, ou em risco, a lesão ou ameaça de lesão a direitos subjetivos ou à efetividade da jurisdição penal é que o Judiciário deveria – e deve – manifestar-se na fase investigatória, como juiz das garantias individuais, no exercício do controle judicial de legalidade dos atos administrativos (PACELLI, 2020, p. 102).

Assim, conforme se depreende do artigo 3º-D, do Código de Processo Penal, sendo a análise preliminar dos elementos informativos do processo realizada por juiz diverso daquele responsável pela instrução processual, impedido de nela atuar, não há que se falar em parcialidade do juiz por ter autorizado a produção antecipada de provas. Explica Pacelli (2020, p. 1287, grifo do autor) que o novo artigo 3º-A, do Código de Processo Penal “(...) ao estipular a vedação expressa da iniciativa judicial como *substitutiva* do ônus acusatório no processo penal brasileiro, deixando claro que o juiz não é detentor de iniciativa probatória *autônoma* (...)”, torna inadmissível a determinação de produção de provas de ofício pelo magistrado, podendo, no entanto, explorar aquelas produzidas pelas partes, reafirmando a opção do legislador pelo sistema acusatório no processo penal.

Insta salientar que a eficácia do instituto do Juiz das Garantias foi suspensa por tempo indeterminado por decisão do ministro Luiz Fux, do egrégio Supremo Tribunal Federal, proferida nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade 6298, 6299, 6300 e 6305, que está sujeita a referendo do Plenário.

Para os objetivos da presente dissertação, importa analisar a fase pré-processual ou investigativa, conduzida pela autoridade policial, de maneira mais detida. Em regra, ela se desenvolve por meio do inquérito policial e se destina ao órgão de acusação, sendo que as provas produzidas no seu âmbito deverão ser reproduzidas em Juízo, sob o crivo do contraditório, não sendo admissível condenação fundamentada exclusivamente em elementos informativos obtidos durante a investigação, salvo quando se tratar de prova cautelares, não repetível e/ou antecipada, conforme expresso no artigo 155, do Código de Processo Penal. Ainda, é possível que essas atividades investigativas sejam desenvolvidas “fora” do inquérito policial, antes de sua instauração, como acontece, por exemplo, com pedidos de busca e apreensão, de interceptação telefônica e de infiltração policial, entre outros.

(...) não é porque o inquérito policial acompanha a denúncia e segue anexado à ação penal que se pode concluir pela violação da imparcialidade do julgador ou pela violação ao devido processo legal. É para isso que se exige, também, que toda decisão judicial seja *necessariamente fundamentada* (art. 93, IX,

CF). Decisão sem fundamentação *racional* ou com fundamento em prova constante unicamente do inquérito é radicalmente nula (PACELLI, 2020, p. 41, grifo do autor).

Assim, constatada a prática de uma infração penal, apresenta-se ao Estado não só o direito de punir seu autor, mas, também, o dever de fazê-lo, uma vez que a segurança e a paz sociais são de sua responsabilidade, sendo, inclusive, “a forma pela qual o próprio Estado se legitima, impondo aos seus súditos uma pauta de conduta, materializada em normas emanadas de órgãos compostos por representantes do povo, e atuando para garantir o cumprimento estrito dessas normas” (MARQUES; CUNHA, 2012, Ebook). Assim, ao direito fundamental dos cidadãos à segurança, corresponde o dever do Estado de garanti-la, de modo que:

Na hipótese em que verificado o atentado delituoso ao direito fundamental, *do poder executivo também se exige que imprima a necessária investigação tendente a elucidá-lo*; tal dever implica colocar em marcha o aparato estatal de modo a que, dentro de um prazo razoável, sejam oportunizadas as condições para a apreciação da causa pelo Ministério Público e pelo Poder Judiciário (FELDENS; 2009, p. 234/235, grifo do autor).

A fase investigativa, parte inicial da persecução penal, destina-se, portanto, à produção e colheita de elementos de prova acerca da autoria e da materialidade da infração, de modo a embasar a formação da *opinio delicti*, uma futura denúncia e ação penal, tendo caráter instrumental. Essa fase pré-processual não é obrigatória para que seja possível o oferecimento da denúncia, sendo necessária apenas quando o titular da ação penal não dispuser de elementos suficientes para dar início ao processo penal ou requerer o arquivamento do procedimento investigativo. É, portanto, procedimento de natureza administrativa que se desenvolve, em regra, independente de provocação, de modo que, havendo a notícia da prática de uma infração penal, as autoridades de polícia judiciária podem e devem dar início à investigação.

A investigação preliminar, como pressuposto do exercício do direito de punir, é exercida, em regra, de forma autônoma, não se submetendo sequer à manifestação do ofendido (exceto nos crimes em que a ação penal somente se inicia por representação do ofendido ou se exercita mediante iniciativa privada). Por isso, não prevalece, nessa fase, o princípio da inércia, característico da jurisdição vez que as autoridades incumbidas da apuração de fatos criminosos devem, no mais das vezes, agir de ofício (MARQUES; CUNHA, 2012, E-book).

Conforme mencionado, a lei faculta à autoridade policial a representação ao juiz para adoção de medidas cautelares, independentemente da prévia instauração do inquérito, realizando-se, portanto, fora de um procedimento formalmente instaurado. No entanto, a fim de

elucidar o funcionamento prático da investigação preliminar, passa-se à apresentação do inquérito policial, principal procedimento empregado na fase pré-processual.

Parte da doutrina define o inquérito policial como o “procedimento administrativo, preparatório e inquisitivo, presidido pela autoridade policial, no exercício da função judiciária, com vistas à apuração de uma infração penal e à identificação de seus autores” (BONFIM, 2015, p. 166). No entanto, *data máxima vênia*, é importante consignar que, com a reforma do Código de Processo Penal, operada pela Lei 13.964/2019, passou-se a adotar o sistema acusatório também na investigação preliminar, ou seja, no inquérito policial, conforme já defendia Francisco Sannini Neto:

(...) defendemos o entendimento de que a investigação criminal preliminar constitui um direito fundamental do indivíduo. É o que chamamos de *devida investigação criminal constitucional*. Ora, tendo em vista as consequências extremamente deletérias ocasionadas pelo processo, é imprescindível que antes do seu início fique demonstrada a prova da materialidade do crime e os indícios suficientes de autoria contra uma determinada pessoa, sendo que apenas um instrumento devidamente regulamentado por lei e conduzido pelo próprio Estado poderia viabilizar a justa causa necessária ao exercício de uma pretensão acusatória (SANNINI NETO, 2016, grifo do autor).

O inquérito policial é presidido pelo Delegado de Polícia, civil ou federal, que determinará quais diligências deverão ser realizadas, a fim de apurar a autoria e a materialidade da infração. À vista do artigo 13, II, do Código de Processo Penal, deverá o Delegado, ainda, realizar as diligências que sejam requisitadas pelo Ministério Público e pelo magistrado, não estando obrigado, no entanto, a atender àquelas requeridas pelo investigado. Assim, temos que:

(...) a intervenção do órgão jurisdicional é contingente e excepcional. Isso porque o inquérito policial pode iniciar, desenvolver-se e ser concluído sem a intervenção de juiz. Ele não é um sujeito necessário na fase pré-processual e será chamado quando a excepcionalidade do ato exigir a autorização ou controle jurisdicional ou ainda quando o sujeito passivo estiver sofrendo restrições no seu direito de defesa, à prova, acesso aos autos, etc., por parte do investigador (LOPES JUNIOR, 2019, p. 126).

O inquérito policial é indisponível, de modo que, uma vez instaurado não pode ser arquivado, salvo por determinação do magistrado, havendo requerimento do órgão ministerial; oficioso, podendo ser instaurado independente de provocação; e informativo, sendo que os atos de investigação, em regra, não poderão ser utilizados, exclusivamente, para fins de condenação. Por fim, terá caráter sigiloso sempre que for necessário à elucidação dos fatos ou para preservar o interesse social, conforme dispõe o artigo 20, do Código de Processo Penal, sendo que esse sigilo não alcança o Ministério Público, nem o Poder Judiciário, que poderão acompanhar o



desenvolvimento das investigações, além de nelas atuar, por exemplo, requisitando novas diligências.

Insta salientar que é garantido o acesso do advogado às provas já coletadas e materializadas nos autos do inquérito, porém não em relação àquelas ainda não produzidas integralmente, permitindo-se, assim, a elucidação cabal dos fatos, conforme se depreende da Súmula Vinculante 14 do egrégio Supremo Tribunal Federal: “É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”. No mesmo sentido, o artigo 7º, XIV, parágrafo 11, do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, incluído pela Lei 13.245/2016.

Nos parece que aqui a intenção do legislador foi apenas adequar o Estatuto ao cenário atual. Primeiro porque em decisão recente o STF firmou entendimento no sentido de que o Ministério Público pode conduzir, por meios próprios, investigações criminais. Assim, especialmente pelo fato da investigação feita pelo MP não contar com uma adequada previsão legal, deixando totalmente vulnerável a figura do investigado, que, em tese, nem sequer precisaria ser ouvido, o texto legal deixa claro que o advogado pode examinar, “em qualquer instituição”, procedimentos investigatórios de interesse de seu cliente (SANNINI NETO, 2016).

Assim, o acesso aos autos de inquérito policial deve ser franqueado à defesa, em respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa, devendo-se manter em mente, no entanto, que é possível que ocorram circunstâncias que o impeçam independentemente da vontade da autoridade judiciária, como por exemplo, no caso de o advogado buscar acesso a investigações acerca de réus presos no último dia do escasso prazo para conclusão do inquérito. Nesses casos, não havendo a intenção de prejudicar o direito de defesa, não haverá violação à prerrogativa funcional do advogado.

Por fim, é importante ressaltar que o “inquérito policial é pré-processual, razão pela qual eventual irregularidade ocorrida durante a investigação não gera nulidade do processo” (FURLANETO NETO; SANTOS; GIMENES, 2018, p. 159), principalmente porque as provas ali produzidas serão repetidas em Juízo, e, ainda que isso não seja possível, serão colhidas com estrita observância de todas as disposições legais a ela referentes, garantindo-se a ausência de prejuízo à parte. Nesse ponto, é importante alertar para o disposto no artigo 7º, XXI, do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, uma vez que:

(...) a lei foi clara em estabelecer que a obstrução da assistência do advogado ao seu cliente durante depoimento ou interrogatório gera a *nulidade absoluta* destes atos, bem como dos demais elementos investigatórios ou probatórios

deles decorrentes. É, de fato, auspiciosa essa inovação, que, inclusive, adota a *teoria dos frutos da árvore envenenada* no seu conteúdo. Assim, se o advogado não puder assessorar seu cliente durante um interrogatório, por exemplo, e neste ato o investigado confessar o homicídio de uma pessoa, indicando, ademais, coautores e o local em que arma utilizada na execução do crime pode ser encontrada, entendemos que essa confissão é absolutamente nula, não podendo ser utilizada como prova. Outrossim, a arma não poderá ser utilizada como fonte de prova, uma vez que seu encontro foi derivado de um ato nulo. Pela mesma razão, a delação de eventuais coautores não poderia lhes acarretar qualquer prejuízo (SANNINI NETO, 2016).

Assim, tem-se que o defensor tem o direito de assessorar o investigado durante as investigações preliminares, porém, sua participação não é obrigatória, de forma que, se o investigado optar por não se fazer representar por advogado, não há nulidade, no entanto, em sendo-lhe negada tal assistência pela autoridade policial, opera-se a nulidade absoluta. Em tempo, insta salientar que as possíveis limitações à *Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada*, tanto no inquérito policial, quanto no processo penal, serão abordadas em seção própria.

Pode-se afirmar, portanto, que a investigação preliminar adota atualmente o sistema acusatório, sendo garantidos a ampla defesa e o contraditório, sempre que não inviabilizem as investigações, de modo que a nulidade ocorrida no âmbito da investigação preliminar poderá inviabilizar a propositura de eventual ação penal. Assim, tem-se que, na fase de investigação preliminar, faz-se presente o “contraditório possível, que deve desenvolver-se nos limites em que não possa prejudicar a eficácia do inquérito policial ou outro procedimento investigativo, haja vista que, em certos momentos da persecução penal, o Estado deve se valer de ações sigilosas” (SANNINI NETO, 2016). Assim,

Não vigora mais o entendimento ainda remanescente no sentido de que os vícios ocorridos na fase investigativa consistiam em meras irregularidades, não promovendo nulidades processuais. O embaraço da assessoria do advogado ao seu cliente no depoimento ou interrogatório acarreta nulidade absoluta do ato. A consagração legal dessa mudança de paradigma, que já encontrava eco na doutrina e na jurisprudência, se coaduna com a concretização do Estado Democrático de Direito (LIMA FILHO, 2016).

Com o avanço tecnológico decorrente do surgimento e propagação da Internet, foi necessária a adaptação dessa fase pré-processual, em especial no tocante às técnicas de obtenção de prova, para que, nela, fosse possível investigar delitos que passaram a ser cometidos no ambiente digital, além de novos delitos que surgiram em decorrência do aumento exponencial do acesso à Internet e de suas características intrínsecas, como a sensação de anonimato. Passa-se à análise da investigação preliminar tradicional e tecnológica.

### 2.1.1 Investigação preliminar tradicional X tecnológica

Antes de adentrar, especificamente, nos métodos de obtenção de prova, é importante distinguir a investigação preliminar tradicional da investigação tecnológica. Pode-se dizer que a investigação tradicional é aquela comum, feita com base em elementos físicos, reais, como a perícia no local dos fatos, a oitiva de testemunhas e a infiltração policial, enquanto a investigação tecnológica faz uso da tecnologia disponível na coleta de provas, como acontece com as interceptações telefônicas, telemáticas e de dados e também com a infiltração policial digital. Vê-se, portanto, que o que muda é a forma de obtenção da prova, que será buscada no âmbito eletrônico, digital, e não mais apenas no mundo físico. Conforme explica Jorge (2018):

(...) a denominada investigação criminal tecnológica é aquela baseada nos mais variados recursos eletrônicos. São exemplos de investigação tecnológica: interceptação telefônica e/ou telemática, pesquisa de informações disponíveis na internet e em bancos de dados físicos, pesquisa de imagens extraídas de recursos tecnológicos, incluindo câmeras de segurança, câmeras fotográficas, celulares, relatórios extraídos de softwares de análise de vínculos ou utilizados para examinar dispositivos informáticos e outros meios (...) (JORGE, 2018, E-book).

Assim, a evolução de criminosos na prática de delitos e no seu âmbito de atuação, além da adoção por eles de aplicativos e ferramentas que dificultam a tarefa da polícia de encontrar indícios de autoria e materialidade dos delitos por eles cometidos, fizeram com que as técnicas de investigação adotadas também evoluíssem para se tornarem capazes de combatê-los. Em última análise, pode-se dizer que foi a migração de criminosos para o ambiente digital, em razão de suas qualidades intrínsecas, como a transnacionalidade – possibilitando o alcance de pessoas do mundo todo instantaneamente, reduzindo, portanto, a fórmula tempo *versus* espaço –, e a sensação de anonimato que advém da atuação por meio de dispositivos eletrônicos, que tornaram imprescindível a atualização das técnicas investigativas para que pudessem transitar, também, nesse ambiente, viabilizando a persecução penal de indivíduos que se utilizam da Internet para o cometimento de delitos.

Independentemente de a investigação ser tradicional ou tecnológica, esta, “(...), com seu amplo conjunto de atos, deve seguir o procedimento previsto em lei e atingir, da forma menos lesiva possível, a dignidade da pessoa que está sendo investigada” (MARQUES; CUNHA, 2012, Ebook). Por este motivo, quando uma medida a ser adotada atingir direitos e garantias individuais do investigado, ela será submetida à chamada cláusula de reserva de jurisdição, o que significa dizer que sempre que uma diligência a ser cumprida, no âmbito de

uma investigação preliminar, restrinja direitos e garantias individuais, deverá ser precedida de autorização judicial, de modo que o magistrado atuará no controle da atividade investigativa policial e/ou ministerial. Essa autorização deverá ser, sempre, motivada e fundamentada, conforme a literalidade do artigo 315, parágrafo 2º, do Código de Processo Penal:

Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I – limitar-se à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III – invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V – limitar-se a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Vê-se, portanto, que a preservação dos direitos individuais dos investigados fica a cargo do magistrado, que fiscaliza a atividade do investigador, assegurando que este observe todas as suas garantias. Sobre o tema, conforme estabelecido no Código de Processo Penal pelas alterações incluídas por meio do Pacote Anticrime, discorre Pacelli (2020):

*Ao dispor que cabe a ele a salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, a redação do art. 3º-B confirma aquilo que vimos de sustentar anteriormente: todo juiz é essencialmente um garantidor dos direitos individuais no processo penal, mesmo quando decreta a prisão preventiva ou determina o afastamento das liberdades públicas na fase de investigação (interceptação telefônica e de dados, gravações ambientais etc.) (PACELLI, 2020, p. 1290, grifo do autor).*

Exposta a diferença entre a investigação preliminar tradicional e a tecnológica, passe-se à exposição das principais técnicas utilizadas pela polícia em cada uma delas, mantendo-se em mente que uma mesma investigação poderá utilizar-se tanto de técnicas tradicionais quanto tecnológicas sempre que necessário e possível.

O Código de Processo Penal, já em seu artigo 6º, elenca as providências que devem ser adotadas pela autoridade policial logo que tomar conhecimento da ocorrência de uma infração penal, quais sejam: dirigir-se ao local da infração e isolá-lo para garantir que não se alterem o estado e a conservação das coisas até a chegada dos peritos, viabilizando a coleta de evidências, bem como apreender objetos que interessem à elucidação dos fatos, após liberados

pelos peritos, independentemente de ordem judicial, devendo ser elaborado o respectivo auto de exibição e apreensão. Salienta-se que a apreensão de objetos relacionados ao crime pode ou não ser precedida de busca, sendo que, dependendo da situação, será necessária autorização judicial para que possa ser realizada, podendo ser determinada antes ou depois da instauração do inquérito policial e, ainda, durante o curso da ação penal. Por fim, é importante informar que os objetos apreendidos devem acompanhar os autos do inquérito, nos termos do artigo 11 do Código de Processo Penal. Deve, ainda, colher todas as provas que se prestem ao esclarecimento dos fatos e possam embasar eventual denúncia, como, por exemplo, informações de populares e vídeos coletados em aparelhos eletrônicos, sendo que “a busca por elementos de prova ocorre tanto no local do crime quanto em outros que se revelarem relevantes para o deslinde das investigações” (BONFIM, 2015, p. 183).

Outra providência a ser tomada pela autoridade policial é a oitiva dos envolvidos – ofendido, investigado e testemunhas – sempre que possível, logo após a ocorrência do delito, devendo ser respeitado o direito do investigado de permanecer em silêncio, não podendo essa opção ser valorada contra ele, bem como o de se fazer acompanhar por advogado, não sendo obrigatória sua presença, conforme mencionado na seção anterior. Ainda, cabe à autoridade policial proceder ao reconhecimento de pessoas e coisas que, em regra, se dá pessoalmente, sendo que, se necessário, será admitido o reconhecimento fotográfico; e à acareação entre quaisquer dos ouvidos, a fim de esclarecer divergências nas versões apresentadas. Deve, também, determinar a realização de exame de corpo de delito, possível tanto no autor, quanto no ofendido, e outras perícias que entender necessárias à investigação, sendo certo que, para que seja instaurado incidente de verificação de sanidade mental do acusado deverá o Delegado de polícia representar ao magistrado, que decidirá, ouvido o Ministério Público.

Procederá, ainda, à identificação do indiciado, de forma que seja possível, futuramente, demonstrar, sem deixar dúvidas, que aquele é o indivíduo que compareceu à delegacia e a quem foi imputada a autoria do delito. Para tanto, deverá ser qualificado o averiguado, além de feita sua identificação datiloscópica, salvo quando civilmente identificado, nos termos dos artigos 5º, LVIII, da Constituição Federal e 3º, da Lei 12.037/2009, e fotográfica, bem como descritas outras características relevantes, como a presença de tatuagens distintas, que possibilitem a individualização do investigado. Deverá averiguar sua vida pregressa, informando acerca de seu caráter e comportamento, podendo ter por base sua folha de antecedentes, já que essas informações, além de ajudarem a elucidar a verdade dos fatos, influirão na fixação de eventual pena a ser aplicada, bem como se tem filhos, crianças ou adolescentes, suas respectivas idades,

se possuem alguma deficiência e a identificação do responsável pelos seus cuidados. Importante anotar que a identificação criminal poderá incluir a coleta de material genético – DNA, mediante autorização judicial, conforme previu a Lei 12.654/2012, sendo que:

Esse material não poderá revelar traços somáticos ou comportamentais das pessoas, exceto a determinação genética de gênero. Os dados coletados integrarão banco de dados de perfis genéticos, assegurando-se o sigilo dos dados. Para fins probatórios, o código genético será confrontado com as amostras de sangue, saliva, sêmen, pelos, etc. encontrados no local do crime, no corpo da vítima, em armas ou vestes utilizadas para prática do delito, por exemplo. A partir da comparação, será elaborado laudo pericial firmado por perito oficial devidamente habilitado que analisará a coincidência ou não (LOPES JUNIOR, 2019, p. 435).

Por fim, decorre do artigo 7º, do Código de Processo Penal, a possibilidade de reconstituição do crime ou reprodução simulada dos fatos pela autoridade policial, desde que sua realização não ofenda a moralidade ou a ordem pública. Insta salientar que o investigado poderá ser obrigado a comparecer ao ato de reprodução simulada, mas não a colaborar com ele, uma vez que tem o direito de não produzir provas contra si mesmo.

Essas são as providências elencadas no Código de Processo Penal, que deverão ser adotadas pela autoridade policial na investigação preliminar, na sua modalidade ou parcela, tradicional. É importante mencionar, nesse ponto, outra forma de investigação tradicional, a infiltração policial. Esta técnica não está prevista no Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), sendo disciplinada na Lei das Organizações Criminosas – Lei 12.850/2013, sendo que, por meio dela, um agente policial, devidamente treinado, será inserido no âmbito de uma organização criminosa, sob o manto de identidade fictícia, para investigar seus membros e sua atuação. Esse método de investigação depende sempre de autorização judicial e será analisado mais detidamente no capítulo seguinte.

A seguir, far-se-á a exposição das principais técnicas utilizadas na parcela tecnológica da investigação preliminar. Conforme explicado, a investigação tecnológica se utiliza das ferramentas disponíveis, nos âmbitos eletrônico e digital, para viabilizar a produção de provas que não teriam como ser coletadas de outra forma.

Uma das principais técnicas da investigação tecnológica é a interceptação telefônica, telemática e de dados, regulamentada pela Lei 9.296/1996, que consiste na captação de uma conversa telefônica feita por um terceiro, sem o conhecimento dos interlocutores. Poderá ser determinada durante a investigação ou já no âmbito da instrução processual, sempre dependendo de ordem judicial. Ainda, para que seja deferida, devem ser demonstrados indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal, bem como que a prova não pode ser

obtida por outros meios, tendo, portanto, caráter subsidiário. Devem, por fim, ser indicados e qualificados os investigados, salvo manifesta impossibilidade, tendo o prazo de duração de 15 dias, renovável por igual período.

O Sistema Guardião é empregado para a realização de interceptações telefônicas autorizadas judicialmente, possibilitando gravações digitais dos diálogos efetuados por meio da linha de telefone móvel ou fixo. Com o atributo de melhorar a qualidade técnica do áudio gravado, o programa gera arquivos digitais com data e horário das gravações interceptadas, facilitando a recuperação dos diálogos de interesse para a investigação, bem como o cruzamento de dados com a relação das ligações efetuadas e recebidas pela linha alvo a ser fornecida pela operadora (FURLANETO NETO; SANTOS; GIMENES, 2018, p. 182).

Outra forma de investigação tecnológica é a coleta de fontes abertas, que é um método baseado na busca por informações por meio de fontes públicas, como postagens em redes sociais, ou seja, são aquelas informações de livre acesso, que podem ser obtidas independentemente de restrições de segurança. Após a coleta, as informações passam pelo chamado “ciclo ou processo de inteligência”, no qual são analisadas, processadas e validadas por um analista, resultando em um conhecimento contextualizado sobre determinado fato ou pessoa. Importante salientar que, com o advento da Internet, também a inteligência de imagens e sinais ganha destaque, uma vez que muitos desses programas têm versões abertas.

Esse método de obtenção de prova pode ser muito útil na investigação de delitos cometido na Internet, uma vez que, em regra, são cometidos no âmbito da *deep web* ou da *dark web*, e “os usuários da *deep web* produzem uma enorme quantidade de dados, conteúdo este capaz de fornecer ao profissional de segurança pública uma infinidade de opções na obtenção do dado buscado, o que dá celeridade e eficiência ao seu trabalho” (BARRETO; SANTOS, 2019, p. 128).

Ainda, conforme explica Ortenblad:

(...) a criação de perfil de usuário falso para a coleta de dados em fontes abertas sempre foi possível, já que, para interagir na internet, o usuário aceita abrir mão de grande parte de sua privacidade, logo, sendo possível ao agente investigativo, sem autorização judicial, colher informações públicas e disponibilizadas voluntariamente (ORTENBLAD, 2018, p. 84).

A investigação de delitos cometidos por meio da Internet é facilitada pelo emprego dessa técnica, que, em conjunto com os demais métodos de investigação de prova, é uma importante ferramenta de identificação e localização de suspeitos, ou mesmo de vítimas.

Já quando se tratar de informações a serem obtidas junto ao aplicativo *WhatsApp*, é possível a requisição, diretamente pelo Delegado de Polícia e pelo membro do Ministério Público, para a preservação de dados, informação de dados básicos de registro de conta e sobre a data e hora da criação do perfil, dados do dispositivo e sistema operacional usados para acesso à Internet, data e hora da última conexão, informações sobre conexão ou uso do *WhatsApp Web* e data e hora da última conexão nele. No entanto, dependem, sempre, de ordem judicial, as informações acerca dos grupos aos quais o usuário pertence, agenda de contato, suspensão de encaminhamento de arquivos com conteúdo ilícito, cancelamento de perfil, entre outros.

O *WhatsApp* utiliza a tecnologia conhecida como ponto-a-ponto ou “*end-to-end*”, de modo que as mensagens enviadas, após serem entregues, não ficam registradas, por esse motivo, deve a autoridade policial, tão logo tome ciência da necessidade de investigar determinado usuário desse aplicativo, solicitar a preservação de dados.

O *WhatsApp* recomenda que as requisições de informações não sejam exageradamente amplas ou vagas, sendo necessário identificar os registros solicitados de forma detalhada, constando o nome da autoridade que enviar a denúncia, o número do distintivo ou documento de identificação do oficial responsável, o endereço de e-mail com domínio do órgão policial e o número de telefone para contato direto (JORGE, 2018, E-book).

Outra importante técnica de investigação tecnológica é a *Network Investigative Technique* – NIT, que é empregada em investigações realizadas na *deep web*, a fim de comprovar a materialidade de um delito e determinar sua autoria, o que é dificultado pelas ferramentas disponibilizadas aos usuários que possibilitam seu anonimato, de modo que “os procedimentos investigativos aplicados para os crimes praticados na *surface* não serão suficientes para a elucidação de uma investigação em andamento na *deep web*” (BARRETO; SANTOS, 2019, p. 135).

Essa técnica é muito utilizada pelas agências de investigação norte-americanas para investigações envolvendo desde extorsão até terrorismo, sendo que o administrador de um dos maiores *hosts* de sites com conteúdo pornográfico infanto-juvenil, o “*Playpen*”<sup>1</sup>, foi identificado graças ao emprego da NIT, sendo que, após a apreensão dos servidores do “*Playpen*”, o FBI – *Federal Bureau of Investigation*<sup>2</sup> não tirou seu conteúdo imediatamente do ar, mas, ao invés disso, passou a administrar os sites por meio de seus próprios servidores e,

---

<sup>1</sup> Cercadinho.

<sup>2</sup> Departamento de Investigação Federal.



com isso, instalou dispositivos dentro deles que se aproveitavam de vulnerabilidades das configurações dos usuários e, com isso, era capaz de obter seus verdadeiros endereços de IP.

No Brasil, o emprego da NIT depende de autorização judicial e é efetivada da mesma forma empregada pelo FBI, ou seja, por meio da “instalação de *software* em dispositivo informático de terceiro, com o intuito de obtenção de registros de conexão, endereço MAC, sistema operacional, nome de usuário e do *host*, arquivos armazenados, histórico de navegação e outras informações necessárias” (BARRETO; SANTOS, 2019, p. 135).

A NIT não é prevista expressamente na legislação brasileira, no entanto, seu uso é viabilizado pelo artigo 5º, XII, da Constituição Federal, que permite a interceptação das comunicações e do fluxo de dados, mediante ordem judicial, para fins de investigação ou instrução processual penal, e pela Lei 9.296/1996, que regulamentou esse dispositivo.

Assim, para que seja possível o emprego da NIT será necessária autorização judicial, podendo ser determinada de ofício ou a requerimento da autoridade policial ou do Ministério Público, e, para tanto, deve ser demonstrada a necessidade da medida, que a prova não pode ser obtida por outros meios e deve haver indícios de autoria ou participação na infração penal. Ainda, a NIT “apenas se aplica para investigados certos e determinados, não podendo essa metodologia jamais ser aplicada para realização de vigilância em massa” (BARRETO; SANTOS, 2019, p. 138). É importante salientar que a investigação por meio da NIT prescinde de intermediários, diferente do que acontece com as interceptações telefônicas, sendo efetivada, diretamente, pela autoridade policial.

Por fim, em 2017, a Lei 13.441 inovou a investigação tecnológica, prevendo, expressamente, a possibilidade de infiltração policial no âmbito digital para investigar, principalmente, crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes cometidos na Internet. Essa técnica investigativa é espécie do gênero infiltração policial, sendo que ambos serão melhor analisados no capítulo seguinte.

Expostas as principais técnicas investigativas, tanto tradicionais quanto tecnológicas, é importante lembrar que as provas colhidas no âmbito da investigação preliminar poderão servir de base para eventual condenação em ação penal, porém, em regra, não isoladamente, uma vez que não estão sujeitas ao contraditório quando de sua produção.

### 2.1.2 Provas cautelares, não repetíveis e antecipadas

Nem sempre a obtenção de provas, durante a investigação preliminar, ocorre de forma linear, havendo casos em que, para que seja possível sua obtenção, é necessário agir com extrema rapidez, para evitar o perecimento da prova, sendo que, uma vez obtida, não haverá como renová-la no âmbito do processo penal. São as chamadas provas não repetíveis, que “(...) são aquelas que, por sua própria natureza, têm que ser realizadas no momento do seu descobrimento, sob pena de perecimento ou impossibilidade de posterior análise” (LOPES JUNIOR, 2019, p. 164, grifo do autor), tendo, portanto, caráter definitivo; uma vez produzidas, não poderão ser renovadas.

Assim, há uma importante classificação das provas, quanto à possibilidade de se repetirem em juízo, em *repetíveis* e *irrepetíveis*. As primeiras, como o próprio nome indica, podem ser realizadas novamente sob a égide do princípio do contraditório em juízo (v.g., a confissão, o reconhecimento e a oitiva de testemunhas). Já as provas irrepetíveis são aquelas que não podem ser renovadas na fase processual, uma vez que possuem caráter definitivo (v.g., exame de lesões corporais, em que os vestígios desaparecerão) (BONFIM, 2015, p. 207).

Nesses casos, não há como reproduzir a prova em Juízo, porém, nos termos do artigo 155, do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), ela poderá ser utilizada como fundamento único para uma eventual sentença condenatória. Trata-se, portanto, de medida excepcional, que será admitida, apenas, quando demonstrada a relevância da prova a ser obtida e o risco de seu perdimento caso não se atue com a urgência por ela exigida.

Significa que aquele elemento que normalmente seria produzido como mero ato de investigação, e posteriormente repetido em juízo para ter valor de prova, poderá ser realizado uma só vez, na fase pré-processual, e com tais requisitos formais que lhe permitam ter o *status* de ato de prova, isto é, valorável na sentença, ainda que não colhido na fase processual (LOPES JUNIOR, 2019, p. 414).

Apesar de serem produzidas no inquérito policial e não renováveis em juízo, essas provas podem ser diferenciadas, senão vejamos: será cautelar quando há o risco de desaparecimento da prova de circunstância inerente ao crime, sendo produzida com autorização e acompanhamento do magistrado, de modo a garantir o respeito aos direitos e garantias fundamentais do investigado, e fielmente transposta para dentro do processo, como acontece no caso das interceptações telefônicas. Nesses casos, seria possível produzi-la em momento futuro, porém perderia seu objeto, sendo realizado um contraditório diferido, em momento posterior. A prova será não repetível quando, não pode ser produzida novamente em momento futuro, como no caso do exame de corpo de delito, que deverá ser feito logo após o fato para

conservar evidências, e também permite um contraditório diferido; e, por fim, será antecipada quando admite o contraditório real, sendo antecipada sua colheita em razão de circunstância urgente e relevante, como no caso de testemunha que está leito de morte.

Neste ponto, mostra-se importante discorrer acerca do contraditório diferido, a que estão sujeitas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. O Princípio do Contraditório está previsto no artigo 5º, LV, da Constituição Federal, e garante, em suma, a possibilidade de discussão e impugnação, por uma das partes, de todas as provas produzidas pela outra, envolvendo, portanto, o direito à informação acerca dos atos e provas existentes no processo, e o direito de reagir a eles. Assim, por esse Princípio, “reflete-se um dever-ser que reclama (exige) a dialética de um processo de partes, ou seja, o diálogo entre a acusação e a defesa, perante um juiz imparcial” (COUTINHO, 2001, p. 44). Em regra, as provas estão sujeitas ao contraditório no momento de sua produção, por exemplo, na oitiva de uma testemunha, onde ambas as partes estarão presentes e poderão apresentar quesitos.

No entanto, em se tratando de provas cautelares, não repetíveis e antecipadas, o contraditório não pode ser exercido nesse momento, sob pena de se impedir a própria produção da prova. Assim, essas provas se submetem ao chamado contraditório diferido, ou seja, posterior ao momento de produção da prova. Assim,

(...) em caso de impossibilidade de efetivação do contraditório real, pela natureza da prova (interceptação telefônica, busca e apreensão, etc.) ou pela natureza do procedimento (inquérito policial), ou ainda pelo momento em que se realiza (ex.: exame perinecropsóptico em um morto, sem que se tenha ainda determinada a natureza jurídica da morte e/ou suspeita de autoria), deve ser garantido às partes o contraditório diferido (NOGUEIRA, 2002, p. 133).

A infiltração policial, tradicional e digital, objeto do presente estudo, enquadra-se no conceito de prova cautelar, uma vez que, apesar de produzida fora da fase processual, sujeita-se aos mesmos requisitos aos quais estaria sujeita se produzida dentro do processo, viabilizando, na investigação preliminar, a mesma intensidade de participação que o sujeito passivo teria se produzida na fase processual, sujeitando-se ao contraditório diferido.

Ademais, a produção da prova durante o inquérito policial não inviabiliza o exercício do contraditório. De fato, outras provas serão recolhidas já prontas e acabadas no mundo dos fatos e levadas ao processo, como por exemplo documentos já constituídos, cartas, fotografias, exames periciais, entre outros, e, nem por isso, deixam de se constituir formalmente como prova, uma vez que a defesa poderá em momento oportuno contestar a validade dos referidos elementos probatórios (MANN, 2016, p. 119).

Por fim, frise-se que a produção antecipada de provas deve ser requerida pelo Delegado de Polícia ou requisitada pelo membro do *Parquet*, não devendo ser determinada de ofício pelo magistrado, e, além disso, a decisão que a autoriza deve ser devidamente fundamentada, demonstrando a necessidade e a urgência da medida. Nesse sentido, a Súmula 455, do egrégio Superior Tribunal de Justiça: “A decisão que determina a produção antecipada de provas com base no art. 366 do CPP deve ser concretamente fundamentada, não a justificando unicamente o mero decurso do tempo”. Explicada em que consiste a prova não renovável, passe-se a uma análise mais aprofundada da prova no âmbito do processo penal.

## 2.2 Das provas no processo penal

As provas, no âmbito do processo penal, em regra, são a reprodução daquelas produzidas na investigação preliminar, podendo haver provas novas, no caso, por exemplo, do descobrimento de uma testemunha que não foi ouvida no inquérito policial, e servirão para embasar o convencimento do juiz acerca da ocorrência ou não do fato típico e da responsabilidade do acusado. Visam, portanto, à demonstração da realidade dos fatos investigados, tal como ocorridos, resultando em uma verdade processual, ou seja, “produzirá uma *certeza do tipo jurídica*, que pode ou não corresponder à verdade da realidade histórica (da qual, aliás, em regra, jamais se saberá), mas cuja pretensão é a de estabilização das situações eventualmente conflituosas que vêm a ser o objeto da jurisdição penal” (PACELLI, 2020, p. 417, grifo do autor).

O ônus da prova no processo penal incumbe àquele que alega determinado fato, nos termos do artigo 156 do Código de Processo Penal, assim, cabe ao acusador a prova de que o acusado praticou o crime descrito na inicial acusatória, e cabe ao acusado a prova do seu alibi ou de eventual excludente que estivesse presente quando de sua atuação. A partir das provas produzidas, o magistrado, então, formará o seu convencimento, que será externado na prolação da sentença.

A prova pode ser conceituada tanto como um meio de representação dos fatos que geram a lide no processo como, também, como meio de afirmação ou confirmação (ou não) de uma hipótese ou de um juízo de valor-relativo a ser (re)produzido no curso da demanda; nesse passo, a prova, portanto, revela-se como o intento de demonstração objetiva das alegações acerca dos fatos controvertidos no processo e pode (e/ou deve) ser utilizada como estímulo para o convencimento do julgador (CANOTILHO; SARLET; STRECK; MENDES, 2018, E-book).

O objeto da prova são os fatos, juridicamente relevantes, alegados pelas partes, não sendo necessário fazer prova acerca do direito em si, uma vez que, como estabelece o brocardo, o juiz conhece o direito ou *iura novit curia*, sendo possível, no entanto, que o magistrado exija a comprovação de vigência de direito municipal, estadual ou estrangeiro. Ainda, não é preciso que se comprovem fatos notórios, de conhecimento público, e fatos considerados verídicos por presunção legal, como a capacidade penal do maior de dezoito anos, devendo-se fazer prova, sendo o caso, de sua incapacidade. Por fim, deverão ser indeferidas pelo juiz provas consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias, nos termos do artigo 400, parágrafo 1º, do Código de Processo Penal.

Ainda, a doutrina classifica as provas em diretas, que são aquelas que recaem sobre o próprio fato probando, como, por exemplo, o depoimento de testemunhas oculares ou a gravação obtida por interceptação telefônica, na qual se registra a compra e venda de entorpecentes, e indiretas, que são aquelas às quais se chega por meio de dedução ou raciocínio lógico, ou seja, a prova indireta é a soma de indícios e presunções que levam à conclusão acerca da existência ou não de responsabilidade penal do agente.

Ainda, é necessário apontar que, como regra, o rol de provas expressamente previsto no Código de Processo Penal não é taxativo, sendo admitidas em Direito, além daquelas previstas no Código e na legislação esparsa, também outras não estipuladas em lei, desde que não sejam expressamente defesas em lei e não violem os direitos e garantias constitucionais e processuais do acusado, nem afronte a moralidade ou a ordem pública. Assim, a doutrina classifica como nominadas as provas previstas expressamente no Título VII, do Livro I do Código de Processo Penal e na legislação extravagante, enquanto as provas não previstas em lei são classificadas como inominadas.

Partindo da compreensão de que somente podemos pensar em provas inominadas que estejam em estrita observância com os limites constitucionais e processuais da prova, o processo penal – excepcionalmente – poderá admitir outros meios de demonstração de fatos ou circunstâncias não enumerados no CPP. Isso, em regra, decorre da própria superação dos meios existentes na década de 40, quando entrou em vigor a legislação processual penal (LOPES JUNIOR, 2019, p. 381).

Assim, além das provas expressamente previstas na legislação pátria, serão admitidas outras, aptas a demonstrarem a realidade dos fatos e circunstâncias do caso concreto, desde que tenham sido produzidas com respeito a todas as garantias constitucionais e legais atinentes à prova, não se admitindo a prova disfarçada de inominada, ou seja, aquela que retrata a “subversão da forma estabelecida para uma prova nominada” (LOPES JUNIOR, 2019, p. 382).

No âmbito da investigação tecnológica, passa-se a tratar de provas digitais, que podem ser entendidas como “meio de demonstrar a ocorrência de um fato ocorrido em meio digital, ou que tem no meio digital um instrumento de demonstração de determinado fato de seu conteúdo” (THAMAY; TAMER, 2020, p. 33). A diferença essencial entre a prova e a prova digital é que esta última se destina a demonstrar fatos ocorridos no âmbito digital ou foi produzida por meio de investigação preliminar tecnológica, ou seja, com o emprego de tecnologias eletrônicas disponíveis ao investigador, ainda que o fato não tenha acontecido nesse meio.

São fatos ocorridos por meios digitais e a respeito dos quais a prova pode ser feita (prova digital), por exemplo: envio de um *e-mail*, envio de uma mensagem por aplicativo de mensagens (WhatsApp, Telegram, entre outros), cópia ou desvio da base de dados, cópia de *software*, disponibilização de um vídeo na internet (conteúdo íntimo ou difamador) entre outros. Também é possível que o meio digital sirva de instrumento para demonstrar a existência de um fato ocorrido em meio não digital. (...). Na seara criminal, é possível que por meio de monitoramento autorizado judicialmente de conta de conversas no WhatsApp se prove a prática de tráfico de drogas e outros crimes. Os fatos não são digitais em si, mas os suportes digitais servem de mecanismo de demonstração (THAMAY; TAMER, 2020, p. 32/33).

Assim, a prova digital é tanto aquela que se refere a fatos ocorridos no âmbito da Internet, como as coletadas por meio da infiltração policial digital, quanto aquelas que se referem a fatos ocorridos no meio físico, porém que sejam obtidas pelo emprego da tecnologia. Caracterizam-se, como explicam FURLANETO NETO e SANTOS (2020), como imateriais, por não se representarem em meio físico; voláteis, passíveis de alterações ou perecimento; suscetíveis de cópia e de fácil dispersão, ameaçando a preservação do arquivo utilizado como meio de prova; e a necessidade de dispositivo informático para sua transmissão. Ainda, para que possam ser utilizadas, no âmbito processual, as provas digitais devem apresentar autenticidade, quando “a autoria do fato nela consubstanciado for inquestionável” (THAMAY; TAMER, 2019, p. 43); integridade, quando “permite a certeza com relação à sua completude e não adulteração” (THAMAY; TAMER, 2019, p. 45); e preservação da cadeia de custódia, de modo que “se alguém seguir os mesmos passos já dados na produção da prova, o resultado será exatamente o mesmo” (THAMAY; TAMER, 2019, p. 47).

Por fim, é importante atentar ao fato de que o vocábulo “prova” é utilizado para significar situações diversas no âmbito processual penal, veja-se:

(...) às vezes, é utilizado para designar o ato de provar, é dizer, a atividade probatória; é nesse sentido que se diz aquele que alega um fato cabe fazer prova dele, isto é, cabe fornecer os meios que demonstrem a sua alegação; b) noutras vezes, é utilizado para designar o meio de prova propriamente dito, ou

seja, as técnicas desenvolvidas para se extrair a prova de onde ela jorra; nesse sentido, fala-se em prova testemunhal, prova pericial, prova documental, etc.; c) por fim, pode ser utilizado para designar o resultado dos atos ou dos meios de prova que foram produzidos no intuito de buscar o convencimento judicial e é nesse sentido que se diz, por exemplo, que o autor fez prova dos fatos alegados na causa de pedir (DIDIER JUNIOR, 2015, p. 38/39).

Assim, considerando a atribuição de múltiplos significados ao vocábulo “prova”, a fim de demonstrar no que ela consiste e como é obtida, passa-se à diferenciação entre meios de investigação de prova e meios de prova.

### 2.2.1 Meios de investigação ou obtenção de prova e meios de prova

Os meios de obtenção ou investigação de prova são os procedimentos investigatórios aptos a colher elementos ou fontes de prova, de modo que, por exemplo, a infiltração policial é um instrumento de investigação de prova e as informações coletadas pelo agente infiltrado são as provas em si. Em regra, são extraprocessuais, realizados pelos agentes de polícia encarregados da investigação. Assim, os meios de investigação de prova “são técnicas processuais ou procedimentais, (...), porque são mecanismos delineados à obtenção de um resultado, no caso, a prova sobre o fato” (THAMAY; TAMER, 2020, p. 30). Destinam-se, assim, à obtenção de materiais, objetos e declarações dos quais será, posteriormente, obtida a prova, como explica Lopes Junior (2019, p. 352), “não são propriamente provas, mas caminhos para chegar-se à prova”.

Já os meios de prova são os instrumentos pelos quais se leva ao processo um elemento útil para decisão, como, por exemplo, o depoimento prestado por uma testemunha, que estará sujeito ao contraditório das partes e realizar-se-á perante o juiz.

Assim, os meios de prova são os instrumentos aptos à formar a convicção do juiz quanto à existência ou não de uma situação fática, sendo que, no processo penal brasileiro, vigora, em regra, o Princípio da Liberdade na Produção Probatória, ou seja, desde que não seja proibido e respeite os princípios constitucionais e processuais atinentes à prova, o meio será aceito, ainda que não previsto em lei. Diz-se nominado ou típico o meio de prova que tem previsão e disciplina expressas na lei, como a infiltração policial, e inominado ou atípico aquele que nela não é previsto, porém também não é defeso em lei, como, por exemplo, o reconhecimento fotográfico ou a identificação de voz. Assim:

(...) enquanto os meios de prova são aptos a servir, diretamente, ao convencimento do juiz sobre a veracidade ou não de uma afirmação fática

(p.ex., o depoimento de uma testemunha, ou o teor de uma escritura pública), os meios de obtenção de provas (p. ex.: uma busca e apreensão) são instrumentos para a colheita de elementos ou fontes de provas, estes sim, aptos a convencer o julgador (p. ex.: um extrato bancário [documento] encontrado em busca e apreensão domiciliar). Ou seja, enquanto o meio de prova se presta ao convencimento direto do julgador, os meios de obtenção de provas somente indiretamente, e dependendo do resultado de sua realização, poderão servir à reconstrução da história dos fatos (BADARÓ, 2012, p. 270).

Apesar da liberdade probatória trazida no Código de Processo Penal, o parágrafo único do artigo 155 desse diploma legal estabelece que, quando a prova se refere ao estado das pessoas, deverão ser observadas as restrições estabelecidas na lei civil, de modo que, por exemplo, só será extinta a punibilidade de um agente por morte quando juntada aos autos a respectiva certidão de óbito. Ainda, é importante salientar que são proibidas expressamente na Constituição Federal as provas tidas como ilícitas, ou seja, que tenham sido obtidas em razão da violação de direitos e garantias fundamentais do investigado. Essa regra constitucional serve como fator de dissuasão à adoção de práticas probatórias ilegais, pois, mesmo que frutífera a diligência, a prova obtida não será aproveitada no processo, nem deverá nele ingressar e, caso ingresse, será posteriormente desentranhada e desconsiderada pelo magistrado. Nesse sentido:

Para a consecução de tão gigantesca tarefa, são disponibilizados diversos meios ou métodos de prova, com os quais (e mediante os quais) se espera chegar o mais próximo possível da realidade dos fatos investigados, submetidos, porém, a um limite previamente definido na Constituição Federal: o respeito aos direitos e às garantias individuais, do acusado e de terceiros, protegidos pelo imenso manto da *inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente* (PACELLI, 2020, p. 417, grifo do autor).

Dessa forma, vigora no processo penal brasileiro o Princípio da Liberdade na Produção Probatória, sendo cabíveis todos os meios de se provar uma alegação. Esse princípio é de extrema valia, principalmente quando se consideram as provas digitais, uma vez que a tecnologia se desenvolve em velocidade tamanha que torna impossível a previsão legal de todos os meios de prova que dela possam decorrer.

Embora tradicionalmente *fechado*, o direito à prova na tradição romano-canônica vem experimentando paulatina *abertura*. A admissão de provas atípicas é um dos elementos que autorizam essa assertiva – prova emprestada, comportamento processual da parte como prova e prova cibernética são exemplos de provas atípicas admissíveis perante a ordem jurídica brasileira (SARLET; MARINONI; MITIDIEIRO, 2020, E-book).

Nesse sentido:



Interessante discussão há, por exemplo, na possibilidade de utilização de capturas de tela (*printscreen*) para provar o fato nela consubstanciado, por exemplo, uma conversa em aplicativo de mensagens (...), uma postagem em mídia social (...), ou *e-mail* recebido. Considerando a liberdade probatória, a possibilidade de sua utilização se impõe. Até porque não há, *a priori*, qualquer barreira de ilicitude a inviabilizar seu uso. E se não se proíbe, se permite (THAMAY; TAMER, 2020, p. 68, grifo do autor).

Assim, tem-se que deverá a “investigação ser ampla, com a finalidade de buscar a verdade dos fatos, os indícios de autoria e as circunstâncias do crime. No entanto, o Princípio da Liberdade Probatória não é absoluto, sofrendo algumas exceções” (BONFIM, 2015, p. 412), sendo a principal encontrada no artigo 5º, LVI, da Constituição Federal, que estabelece que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

Esse inciso estabelece o Princípio da Vedação das Provas Ilícitas, que impede o emprego de provas obtidas com violação às garantias constitucionais ou legais atinentes à prova, tanto como forma de desestimular a atuação dissimulada por parte de investigadores, quanto para proteger os direitos e liberdades das partes. “Assim, conquanto o processo penal tenha por finalidade a busca pela verdade real, esse valor encontra limites em outros valores tutelados pelo ordenamento jurídico, principalmente nos direitos e garantias fundamentais assegurados ao cidadão” (BONFIM, 2015, p. 99).

Passa-se, a seguir, a uma análise mais detida acerca desse princípio constitucional, e seus desdobramentos.

### 2.2.2 Provas ilícitas e ilegítimas e o Princípio da Vedação das Provas Ilícitas

Conforme mencionado no subtítulo anterior, a Constituição Federal, em seu artigo 5º, LVI, estabelece serem inadmissíveis no processo as provas obtidas por meios ilícitos, desestimulando e punindo eventual inobservância dos direitos e garantias fundamentais do investigado, seja durante o processo ou a investigação preliminar, pois, “No Estado Democrático de Direito, os fins não justificam os meios, o que significa dizer que para punir alguém que violou a lei, o Estado não pode igualmente violar a lei e aceitar uma prova produzida ou obtida em violação à legalidade estrita” (TAVARES; CASARA, 2020, p. 61).

(...) explica-se tal opção, em grande parte, por circunstâncias históricas. A Constituição foi elaborada logo após notável mudança política. Extinguira-se, recentemente, o regime autoritário que dominara o País e sob o qual eram muito frequentes as violações de direitos fundamentais, sem exclusão dos proclamados na própria Cartre da República então em vigor (...). Quis-se prevenir a recaída nesse gênero de violências. É mister reconhecer que,

naquele momento histórico, não teria sido fácil conter a reação contra o passado próximo nos lindes de uma prudente moderação. Se puxarmos um pêndulo com demasiada energia em certo sentido e assim o mantemos por largo tempo, quando liberado ele, fatalmente, se moverá com força equivalente no sentido oposto (MOREIRA, 1997, p. 120).

Assim, a edição da Constituição Federal atual, em 1988, no pós ditadura militar, assumiu caráter extremamente garantista, tendo expressamente proibido em seu texto a utilização de provas ilícitas ou obtidas por meios considerados ilícitos. Ainda, apesar de o texto constitucional mencionar a proibição no processo, tem-se que esta se estende, também, ao inquérito policial e quaisquer outros procedimentos investigatórios realizados no país. Dessa forma, é possível afirmar que, o indivíduo tem o direito constitucionalmente garantido de não ser denunciado, processado e condenado com base em provas ilícitas, ainda que, em razão desta proibição, reste inviabilizada a investigação de determinado delito, e/ou a persecução penal de seu autor.

(...) a prova obtida por meios ilícitos deve ser banida do processo, por mais relevantes que sejam os fatos por ela apurados, uma vez que se subsume ela ao conceito de inconstitucionalidade, por vulnerar normas ou princípios constitucionais – como, por exemplo, a intimidade, o sigilo das comunicações, a inviolabilidade do domicílio, a própria integridade e dignidade da pessoa (...) (GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 1992, p. 110).

Conforme ensina Pacelli (2020, p. 437), “a vedação das provas ilícitas atua no controle da regularidade da atividade estatal persecutória, inibindo e desestimulando a adoção de práticas probatórias ilegais por parte de quem é o grande responsável pela sua produção”. Nesse sentido:

(...) nem tudo que é útil para provar um delito é legalmente ou constitucionalmente válido. A tortura, por exemplo, pode ser um frutífero meio probatório, mas constitui prova ilícita (Não válida). A atividade de investigar e de provar, no Estado de Direito constitucional tem limites. As provas devem ser colhidas de acordo com o ordenamento jurídico vigente (MARQUES; CUNHA, 2012, Ebook).

Ao tratar sobre o assunto, o artigo 157 do Código de Processo Penal, usa o termo “provas ilícitas”, sendo que estas se dividem em prova ilícita “*stricto sensu*”, que é aquela que viola um direito material, legal ou constitucional, do investigado, como, por exemplo, eventual infiltração policial sem prévia autorização judicial, e a prova ilegítima que viola normas processuais penais, o procedimento adotado para sua produção ou introdução no processo, como, por exemplo, a oitiva de uma testemunha sem a presença da defesa técnica.

A prova pode ser lícita em si, mas obtida de forma ilícita (obtenção ilegal). Pode ser em si ilícita (formação ilegal). Ainda, pode ser produzida no processo ou procedimento de forma ilícita (produção ilegal). Ou, por fim, ser admitida de forma incorreta ou atemporal (admissão ilícita). Em suma, a violação da matriz jurídica que trouxe o resultado prova pode ser de ordem material ou processual, podendo ser identificada em qualquer ponto da cadeia probatória-cognitiva (THAMAY; TAMER, 2020, p. 53).

Em qualquer caso, seja a prova ilícita ou ilegítima, em regra, é vedada sua utilização no processo penal, devendo ser desentranhada dos autos, conforme estabelece o parágrafo 3º do artigo 157 do Código Penal, estando essa decisão de desentranhamento sujeita à preclusão, após o que, será determinada a inutilização da prova ilícita por decisão judicial. No entanto, a doutrina prevê a possibilidade de ser admitida a prova ilícita no processo, pois “não há mais espaço para tais teorias que têm a pretensão de serem “absolutas”, ainda mais quando é evidente que todo saber é datado e tem prazo de validade e, principalmente, que a Constituição, (...) já nasce velha, diante da incrível velocidade do ritmo social” (LOPES JUNIOR, 2019, p. 396).

Parte minoritária da doutrina sustenta ser possível a admissibilidade da prova ilícita por meio do emprego do Princípio da Proporcionalidade, aplicando-se àqueles casos em que “a obtenção e a admissão forem consideradas a única forma possível e razoável para proteger a outros valores fundamentais” (LOPES JUNIOR, 2019, p. 397). Assim, havendo, no caso concreto, um conflito entre direitos fundamentais, quais sejam, o direito à segurança da sociedade, e direito do investigado, como a intimidade, por exemplo, aplica-se Teoria da Ponderação, instrumentalizada pelo Princípio da Proporcionalidade, e, prevalecendo o direito à segurança, admite-se a prova, ainda que ilícita. Esta aplicação é limitada, no entanto, àqueles delitos mais graves, com grande potencial lesivo, para viabilizar sua persecução penal e impedir o uso de um direito fundamental, como a privacidade, como escudo para o cometimento de delitos. Assim, “dependendo da razoabilidade do caso concreto, ditada pelo senso comum, o juiz poderá admitir uma prova ilícita ou sua derivação, para evitar um mal maior, como por exemplo a condenação injusta ou a impunidade de perigoso marginal” (CAPEZ, 2013, p. 367).

O Princípio da Proporcionalidade, por meio do qual é feita a ponderação entre os direitos fundamentais conflitantes, se subdivide em outros três princípios, que deverão ser analisados de forma escalonada, até que se chegue a um direito prevalente. São eles:

(...) adequação (o meio promove o fim?), o da necessidade (dentre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não há outro meio menos restritivo do(s) direito(s) fundamentais afetados?) e o da proporcionalidade em sentido estrito (as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do meio?) (ÁVILA, 2006, p. 149).

Na esfera processual penal, é muito rara a aplicação dessa corrente, sendo que ela ainda se divide entre aqueles que aceitam o uso da prova ilícita em qualquer caso, como Fernando Capez e Eugênio Pacelli, e aqueles que só o admitem quando a regra do Princípio da Proporcionalidade for aplicada “*pro reo*”, permitindo-se, portanto, que o indivíduo erroneamente acusado da prática de um delito possa utilizar-se de todas as provas possíveis, inclusive as ilícitas, para demonstrar sua inocência.

No tocante a essa divergência, entende-se ser admissível o uso da prova ilícita contrária ao réu, quando, como explica Pacelli,

não estiver em risco a *aplicabilidade potencial e finalística* da norma da inadmissibilidade. Por *aplicabilidade potencial e finalística* estamos nos referindo à função de controle da atividade estatal (responsável pela produção da prova) que desempenha a norma do art. 5, LVI, da CF. Assim, quando não se puder falar no incremento ou no estímulo da prática de ilegalidade pelos agentes produtores da prova, pensamos ser possível, em tese, a aplicação da regra da proporcionalidade (PACELLI, 2020, p. 474, grifo do autor).

Já quanto à aplicação do Princípio da Proporcionalidade *pro reo* a doutrina é quase unânime, sendo que, havendo a possibilidade de comprovar sua inocência, tem-se como possível o uso de prova ilícita pelo réu, desde que o direito por ele buscado, qual seja, sua liberdade, seja superior, no caso concreto, que aquele por ele violado. Por exemplo, caso viole o domicílio de um terceiro para obter a prova, esta poderá ser utilizada, porém, caso torture um terceiro para obter dele informações sobre o crime, esta prova não poderá ser admitida. Assim entendem Ada Pellegrine Grinover, Norberto Avena, Néstor Távora, Rosmar Rodrigues Alencar, entre outros.

Ainda, o Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), em seu artigo 157, parágrafo primeiro, proíbe, expressamente, a chamada prova ilícita por derivação, consagrando a jurisprudência do egrégio Supremo Tribunal Federal, acerca da adoção da *Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada*, ou “*Fruits of The Poisonous Tree*”, que teve origem na Suprema Corte norte-americana, e estabelece que a prova obtida, quando derive de uma ação ilícita, será, também, inadmissível no processo, ainda que seja lícita em si. Assim, por esse princípio temos que “as provas ilícitas por derivação devem ser igualmente desprezadas, pois “contaminadas” pelo vício da ilicitude do meio usado para obtê-las” (BONFIM, 2015, p. 418).

Vige, portanto, o Princípio da Contaminação, decorrência direta da adoção da *Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada*, que teve a seguinte explicação, quando de seu nascimento, dada pelo Juiz Frankfurter, da Suprema Corte norte-americana, conforme citado por

PIEROBOM DE ÁVILA (2007, p. 152): “proibir o uso direto de certos métodos, mas não pôr limites a seu pleno uso indireto apenas provocaria o uso daqueles mesmos meios considerados incongruentes com padrões éticos e destrutivos da liberdade pessoal”. No entanto, como explica Andrés de la Oliva Santos, citado por Bonfim (2002, p. 420):

(...) a metáfora da “árvore envenenada” e seus “frutos” somente é isso, uma metáfora. E, para seguir com ela, diria que estes “frutos” são perfeitamente digeríveis e aproveitáveis por quem não tenha envenenado a “árvore”. Trasladar os termos da metáfora, absolutizados, ao plano da realidade e, em concreto, da prova, constituiria uma arbitrária sacralização.

O mesmo dispositivo legal estabelece as exceções à aplicação *Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada*, prevendo o aproveitamento da prova ante a ausência de demonstração inequívoca do nexo de causalidade entre ilicitude original e a obtenção da prova que se pretende utilizar no processo, bem como nos casos em que a descoberta da prova ocorreu em razão de fonte independente da ilícita. O conceito de fonte independente é trazido já no parágrafo segundo do artigo 157 do Código de Processo Penal, sendo “aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova”.

Assim, verificam-se duas situações distintas de aproveitamento da prova, a primeira na qual, apesar de existir uma ilegalidade conexa à sua obtenção, os elementos probatórios em si são obtidos por uma fonte autônoma, como, por exemplo, a confirmação da identidade do investigado com base em digital colhida com violação de domicílio, mas que seria confirmada de qualquer forma com a identificação criminal, decorrente da prisão.

(...) pode ocorrer que a prova posteriormente obtida já estivesse, desde o início, ao alcance das diligências mais frequentemente realizadas pelos agentes da persecução penal. Pode ocorrer, de fato, que seja possível concluir que o conhecimento da existência de tais provas se daria sem o auxílio da informação ilicitamente obtida. Aí, ao que se vê, a hipótese seria da aplicação da “fonte independente”, isto é, de meio de prova sem qualquer relação fática com aquela ilicitamente obtida (PACELLI, 2020, p. 459).

Na segunda situação se verifica que a prova é, de fato, ilícita, no entanto, em razão da demonstração de sua eventual descoberta inevitável por meios lícitos, é validada, como por exemplo, a descoberta da localização do corpo de delito por meio de coação do investigado não será ilícita quando aquele tenha sido deixado em local de grande circulação de pessoas, que o teriam localizado eventualmente.

Dessa forma, pode-se afirmar que, ainda que se identifique prova ilícita, sua mera existência não justifica o arquivamento da investigação ou do processo, pois, como explicado,

nem toda atividade que se segue à produção de uma prova ilícita será assim considerada, pois, “a prevalecer tal extensão para o conceito dos *frutos da árvore envenenada*, com desconsideração completa à teoria da *descoberta inevitável*, a ilicitude da prova, mais que uma violação à intimidade dos interessados, revelar-se-ia cláusula de permanente imunidade em relação ao fato” (PACELLI, 2020, p. 460, grifo do autor). Por isso, (...) predomina o entendimento nos tribunais superiores de que não se anula a condenação se a sentença não estiver fundada exclusivamente na prova ilícita. Tampouco se anula a decisão condenatória, em que pese existir uma prova ilícita, se existirem outras provas, lícitas, aptas a fundamentar a condenação (LOPES JUNIOR, 2019, p. 405).

Por fim, é importante mencionar a teoria do encontro fortuito de provas, que se dá quando a prova é descoberta de maneira casual, sem que por ela se estivesse procurando. Acontece quando, no âmbito da investigação de um delito, encontra-se, por acaso, prova relacionada a outro delito, conexo ou não com o primeiro. Nessas situações, a licitude da prova obtida fortuitamente será analisada no caso concreto.

Em primeiro lugar, caso em relação à prova fortuitamente obtida não haja nenhuma necessidade jurídica específica para tanto (v. g. autorização judicial), parece não haver qualquer ilegalidade, salvo algum sinal claro de abuso ou desvio de finalidade por parte de quem a obteve. O fato simplesmente chega ao conhecimento, como poderia chegar de outra forma, de forma livre e inexistente de qualquer pressuposto autorizativo. Em segundo lugar, caso exista essa necessidade, a questão ganha complexidade, devendo ser concretamente solucionada a partir da verificação da boa-fé na conduta de quem teve acesso ao resultado prova de forma casual (THAMAY; TAMER, 2020, p. 56).

No Brasil, essa teoria tem sido aceita pelo egrégio Superior Tribunal de Justiça pelo chamado Princípio da Serendipidade, de modo a permitir a admissibilidade da prova de infração penal encontrada de maneira fortuita, ainda quando não tenha relação com o delito que estava sendo investigado quando de sua descoberta. Também o egrégio Supremo Tribunal Federal adota esse posicionamento, como se vê da jurisprudência colacionada:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSO PENAL. CRIMES DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ARTIGOS 33 E 35 DA LEI 11.343/06. (...). INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. APLICABILIDADE DA TEORIA DO JUÍZO APARENTE. ENCONTRO FORTUITO DE PROVAS. ADMISSIBILIDADE. (...). AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. (...). 2. Nas interceptações telefônicas validamente determinadas é passível a ocorrência da serendipidade, pela qual, de forma fortuita, são descobertos delitos que não eram objetos da investigação originária. Precedentes: HC 106.152, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 24/05/2016 e HC

128.102, Primeira Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 23/06/2016. 3. In casu, o recorrente foi denunciado pela suposta prática dos crimes tipificados nos artigos 33 e 35 da Lei nº 11.343/06 e encontra-se preso preventivamente. 4. A competência originária do Supremo Tribunal Federal para conhecer e julgar habeas corpus está definida, exaustivamente, no artigo 102, inciso I, alíneas d e i, da Constituição da República, sendo certo que o paciente não está arrolado em qualquer das hipóteses sujeitas à jurisdição desta Corte. 5. Agravo regimental desprovido. (HC 137438 AgR, Relator(a): LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 26/05/2017, publicado em 20/06/2017).

E, ainda mais recentemente:

Agravo regimental no recurso ordinário em habeas corpus. 2. Penal e Processual Penal. 3. Mandado de busca e apreensão. 4. Arrecadação de documentos não especificados pelo tribunal de origem. 5. Possibilidade. 6. Encontro fortuito de provas. 7. Decisão em consonância com a jurisprudência do STF. 8. Agravo regimental desprovido. (RHC 182520 AgR, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 22/05/2020, publicado em 01/06/2020).

Assim, quando a prova for descoberta durante diligência tendente a apurar outro delito, se esta foi realizada de acordo com a lei e com a autorização judicial recebida para tanto, quando exigida, a prova fortuita será aproveitada. Por exemplo, se, durante a execução de diligência na residência do investigado, de posse de mandado judicial que autoriza a busca e apreensão de documentos, no âmbito de investigação do delito de falsificação de papéis públicos, a autoridade judiciária descobrir prova de delito diverso, como estelionato, essa será válida. Ainda, nessa mesma situação, se, ao ingressar no imóvel, descobrir entorpecentes em plena vista, que pela quantidade e forma de acondicionamento permitam concluir destinarem-se à comercialização, será essa prova viável em eventual persecução penal pelo crime de tráfico de drogas, uma vez que constituem o próprio corpo de delito do crime.

### **2.3 Da cadeia de custódia**

A cadeia de custódia processual, no âmbito do processo penal, foi introduzida na legislação pátria por meio da Lei 13.964, em vigor desde janeiro de 2020. Ela é definida, no artigo 158-A, introduzido no Código de Processo Penal, como o “conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte” (BRASIL, 2019).

A disciplina da cadeia de custódia probatória é uma consequência necessária dos princípios da legalidade estrita e do contraditório. Todos os momentos da

prova e mesmo o procedimento probatório devem respeitar a legalidade democrática, evitando arbítrios, distorções ou fraudes. Ademais, devem poder ser fiscalizados e contrastados pelas partes. Cada parte, portanto, tem o direito de exercer o controle e se opor às provas produzidas pela outra. (...). Em razão dos princípios da legalidade, da publicidade e do contraditório, uma prova para ser hábil a formar o convencimento e ser valorada pelo juiz deve poder ser submetida a controles legais, éticos e epistemológicos (TAVARES; CASARA, 2020, p. 82).

Com a entrada em vigor dessa lei, o acesso às evidências coletadas passa a ser ainda mais restrito, devendo todas as ações praticadas ser devidamente documentadas, conferindo, assim, maior grau de confiabilidade à evidência trazida aos autos de processo, pois

(...) a inobservância da cadeia de custódia pode comprometer o contraditório e a ampla defesa, assim como causar consequências relevantes à persecução penal, a gerar, inclusive, eventual nulidade da prova e, conseqüentemente inviabilizar a prova da materialidade da infração penal (FURLANETO NETO; SANTOS, 2020).

A Lei 13.964 estabelece como etapas da cadeia de custódia o seu reconhecimento, isolamento, fixação, coleta, acondicionamento, transporte, recebimento, processamento, armazenamento e descarte. O agente público que reconhece determinado elemento como possível fonte de prova é o responsável pela sua preservação, sendo que sua coleta deverá ser realizada, de preferência, por perito oficial. O cuidado do legislador pátrio em positivar o funcionamento da cadeia de custódia revela a vontade de garantir a própria investigação preliminar e possibilitar o futuro uso das provas coletadas, no âmbito do processo penal. Senão, vejamos:

Tal atuação policial tem, por uma das facetas, a coleta de elementos materiais e a reunião precavida de instrumentos, documentos, armas e compartimentos que corram risco de deterioração e tenham pertinência temática com a investigação. Para tal preservação, é indispensável que a custódia dessas provas seja efetivada com confiabilidade, para serem evitados questionamentos quanto à validade das possíveis fontes (COSTA JUNIOR, 2019, p. 179/180).

Ao tratar de provas digitais, foco principal para os fins aqui pretendidos, sejam elas obtidas por meio de interceptação do fluxo das comunicações telemáticas, por meio de agente infiltrado digital, estas sempre mediante autorização judicial, nos termos do artigo 5º, XII, da Constituição Federal e artigo 7º, I, II e III, da Lei 12.965/2014, ou, ainda, pela simples análise das informações disponibilizadas ao público pelo próprio investigado, faz-se necessária a padronização dos seus métodos de coleta e análise, uma vez que, no âmbito digital, a informação, em regra, encontra-se codificada, sendo essencial o emprego de dispositivo físico



para seu processamento e exposição de seu conteúdo. No Brasil, a norma utilizada como referência quanto às provas digitais é a ISO/IEC 27.037/2012, que define a coleta como “processo de reunião de itens físicos que contém possíveis evidências digitais”. Veja-se:

Em vigor no Brasil desde janeiro de 2014, a norma define e descreve as diretrizes para identificação, coleta, aquisição e preservação de evidência digital. Apesar de não se tratar de norma obrigatória, por não haver, ainda, um reconhecimento explícito em lei, é, de fato, a única norma elaborada por organismos competentes e reconhecida no Brasil que trata sobre o tema, além de ser a norma que, em sua versão internacional (ISO), descreve os procedimentos adotados nos ordenamentos de vários países (FURLANETO NETO; SANTOS, 2020).

Trata-se, portanto, de um tipo de prova que exige coleta mais sensível, que deverá sempre ser realizada por peritos oficiais capacitados, de preferência ainda no local da apreensão do dispositivo eletrônico que o armazena, devendo esses profissionais acompanharem a Polícia Civil quando da operação na qual se prevê a necessidade de coleta de provas digitais, de modo a garantir seu posterior emprego e valoração em juízo, sendo sua a responsabilidade pela conservação da autenticidade e integralidade da prova, como explica Rodrigues (2019).

A legitimidade da cadeia de custódia assume ainda maior relevância em se tratando de provas numéricas (“provas digitais”) e de elementos de convicção obtidos após o emprego de “métodos ocultos” de investigação. Isso se dá, não só diante da facilidade de adulteração dessas provas, mas sobretudo pela necessidade tanto de reafirmar o controle e dar a publicidade possível ao ato de investigação quanto de assegurar o contraditório na formação da prova, ainda que diferido (TAVARES; CASARA, 2020, p. 82).

A cadeia de custódia, portanto, vem como uma forma de se garantir a viabilidade e confiabilidade da prova independente de quaisquer questionamentos em relação ao elemento subjetivo do agente que a coleta e processa, reservando-se, assim, a critérios empíricos, sendo que a quebra da cadeia de custódia acarreta a ilegitimidade da prova, incidindo, portanto, o princípio da vedação das provas ilícitas, tratado anteriormente, e impossibilitando o uso da prova coletada.

Tendo sido analisadas as regras acerca da investigação preliminar no Brasil, nas modalidades tradicional e tecnológica; também a teoria geral das provas no processo penal brasileiro, conceituados os meios de investigação de prova, diferenciadas as provas ilegítimas das ilícitas e ilícitas por derivação, bem como explanando o Princípio da Vedação das Provas Ilícitas e a normatização nacional acerca da proteção à cadeia de custódia probatória, passa-se a seguir à análise do método de investigação de prova da infiltração policial, em suas modalidades tradicional e digital.

### **3 INFILTRAÇÃO POLICIAL**

A infiltração policial é um método de investigação de prova por meio do qual um agente de polícia se insere no âmbito de uma organização criminosa, utilizando-se de identidade fictícia, passando-se por um de seus membros ou associados, e estabelece, com o investigado, uma relação de amizade e confiança, com a finalidade de obter informações e provas sobre a estrutura da organização, seus demais membros, ramos de atuação, e etc.

A infiltração policial pode ser classificada como um meio oculto de investigação de prova, uma vez que se desenvolve à revelia do investigado, atingindo direitos fundamentais deste, como a privacidade, e sendo sujeita a um contraditório diferido, ou seja, o investigado e sua defesa terão acesso ao conteúdo das provas obtidas por meio da infiltração policial após o cessamento da atividade, e poderão impugná-las uma vez aperfeiçoadas, porém, não participarão, conscientemente, da produção dessas provas. Esse conflito existente entre a infiltração policial e os direitos fundamentais do investigado será abordado mais adiante.

Atualmente, a infiltração policial pode ser realizada tanto no meio físico, com a infiltração pessoal do agente, quanto no meio digital, ou seja, com a atuação do agente no âmbito da Internet, em especial, em comunidades criadas na *Dark Web*.

### 3.1 Evolução Legislativa

A literatura jurídica clássica acerca da infiltração de agentes remonta ao tempo das monarquias absolutistas, em especial a francesa, nas quais o rei, visando solidificar e garantir seu poder, se utilizava de agentes chamados delatores, que reportavam à coroa quaisquer atividades contrárias ao regime por parte de seus cidadãos, em troca de benefícios. Essa técnica foi muito utilizada, também, pela Igreja Católica para identificação de hereges, principalmente na Espanha. Nesse tempo, o agente infiltrado confundia-se com o agente provocador, uma vez que a simples observação de condutas e consequente delação de agentes mostrou-se insuficiente para conter a insatisfação popular. Dessa forma, os delatores passaram, também, a atuar instigando condutas para, posteriormente, delatar seus autores, garantindo, assim, as boas graças do monarca.

(...) a figura do agente infiltrado é originária do absolutismo francês, mais especificamente na monarquia do Rei Luís XIV, ante a existência dos agentes “delatores”. Os “delatores” eram cidadãos que descobriam na sociedade os inimigos políticos, para com isso obterem troca de favores com os príncipes. Entretanto, ao verificar que a simples vigilância não era suficiente para neutralizar a oposição ao regime, começaram a se valer da espionagem para a provocação de condutas consideradas ilícitas (BORBA, 2018, p. 36).

Com o passar do tempo e a evolução do Direito, o instituto da infiltração policial foi positivado em diversos ordenamentos jurídicos, em regra como método de investigação a ser empregado no combate à criminalidade organizada, além de ser destacado da figura do agente provocador, ficando sua atuação restrita à observância de comportamentos e a uma “interação legal”, ou seja, sem que haja provocação ao cometimento de quaisquer delitos.

Foi através da experiência dos Estados Unidos da América que a infiltração policial mais se desenvolveu, em especial entre os anos de 1930 e 1976, tendo sido o primeiro país a utilizar-se dessa técnica para o combate aos mais diversos crimes, desde falsificações até protestos contra o governo norte americano.

Um dos casos mais emblemáticos da história de infiltrações policiais norte-americanas foi a do agente alfandegário Robert Mazur, que ficou cinco anos infiltrado no Cartel de Medellin, sob a identidade de Bob Musella. Conta, o próprio Mazur, citado por Wolff:

O término da operação não foi menos cinematográfico que a última, tendo em vista que as prisões ocorreram no ambiente festivo em que se realizaria o casamento de Musella com outra agente infiltrada, ou seja, os acusados, todos envolvidos em lavagem de dinheiro oriundo do tráfico de entorpecentes, foram enganados a tal ponto de, inclusive, facilitarem suas prisões, juntando-

se em um local, de sorte a otimizar o trabalho das autoridades (WOLFF, 2018, p. 21).

A legislação norte-americana acerca da infiltração de agentes difere da brasileira, em especial por ser aquele país vinculado à *common law*, enquanto o Brasil segue a tradição da *civil law*. A responsabilidade penal do agente infiltrado na legislação norte-americana será estudada de maneira mais aprofundada, em título próprio.

No Brasil, a primeira legislação a prever a infiltração de agentes foi a Lei 9.034/1995 (BRASIL, 1995), que regulamentou os métodos de investigação referentes ao crime organizado que, até então, era entendido como as ações praticadas por quadrilha ou bando, à época, crime tipificado no artigo 288 do Código Penal (BRASIL, 1940), ou por organizações ou associações criminosas de qualquer natureza.

Essa lei, no entanto, não conceituou organizações ou associações criminosas, o que deu azo a grande discussão acerca da possibilidade do emprego das técnicas de investigação nela trazidas a situações que não se enquadrassem no crime de quadrilha ou bando, sustentando, parte da doutrina, que “ao se deixar de conceituar/definir o que seria “organização criminosa”, violar-se-ia o princípio da reserva legal” (JALIL, 2013, p. 99).

O seu artigo 1.º dispunha que a lei era uma definição e regulação de meios de prova e procedimentos investigativos de crimes realizados por quadrilhas ou bandos. Ou seja, a lei, de forma genérica, tentou dar um tratamento as ações do crime organizado, porém, se limitou a matéria de processo penal e execução de pena, sem definir em matéria de direito penal o que seria uma organização criminosa. Esta questão trouxe problemas, pois quadrilha ou bando já estava presente no artigo 288 do Código Penal, ou seja, a lei não tratava especificamente do crime organizado em si. Portanto, alguns autores defendiam que os dispositivos legais da Lei, perdiam sua eficácia, pois somente teriam aplicação nas investigações que envolvessem quadrilha ou bando ou associação criminosa. (OLIVEIRA, 2019, p. 16/17).

Além da imprecisão conceitual evidente na Lei 9.034/1995 (BRASIL, 1995), ela deixou de tipificar o delito de integrar organização criminosa, conforme decidiu a Ministra Ellen Gracie, em 2008, no *Habeas Corpus* 90.768, restando, a organização criminosa, como letra morta no âmbito dessa lei, e, por consequência lógica, sendo inaplicáveis as técnicas de investigação nela previstas, inclusive a infiltração policial, salvo quanto ao delito de quadrilha ou bando.

Por fim, insta salientar que, inicialmente, a figura do agente infiltrado foi vetada desse diploma legal pelo então Presidente da República, Fernando Henrique Cardoso, em razão da não exigência de autorização judicial para o emprego dessa técnica, o que impossibilitava seu

controle judicial, e da previsão de excludente de ilicitude ao agente que cometesse delitos enquanto infiltrado.

Em 2001, por meio da Lei 10.217 (BRASIL, 2001), que alterou disposições da Lei 9.034/1995 (BRASIL, 1995), esse instituto ingressou efetivamente na legislação pátria, trazendo a exigência de prévia autorização judicial circunstanciada, tendo sido retirada de seu texto a excludente de ilicitude, prevista na legislação anterior. No entanto, a referida lei, ao menos quanto à infiltração de agentes, restou sem aplicabilidade prática, uma vez que o legislador

(...) não fixou critérios básicos para o emprego do recurso a “infiltração”, quer no sentido de limitar sua utilização (via de enumeração taxativa das hipóteses em que é permitida, fixação do tempo de duração da ação dos infiltrados e, ainda, a expressa menção aos critérios de proporcionalidade/necessidade que devem norteá-la), quer no sentido de viabilizá-la na prática (com a criação de mecanismos de proteção aos agentes – como o direito de uso prolongado ou permanente de identidade falsa atribuída durante a operação de infiltração, o de retirar-se para ocupar funções diversas, temporária ou permanentemente, em caso de risco pessoal ou aos familiares, o de engajamento exclusivamente por voluntariedade, o de obtenção de outras vantagens funcionais, etc.- e, especialmente, da introdução de causa de justificação especial ou escusa absolutória, para os casos em que se vislumbrar com anterioridade a hipótese de que o agente se veja obrigado ao cometimento de determinadas infrações) (ROCHA, 2001, p. 145/146).

Assim, apesar de, com as alterações trazidas pela Lei 10.217/2001 (BRASIL, 2001), ser possibilitada a infiltração de agentes, tanto de polícia, quanto de inteligência, nas investigações que versassem sobre crimes cometidos por quadrilhas, bandos ou associações ou organizações criminosas, e estabelecida uma clara distinção entre o crime do artigo 288 do Código Penal (BRASIL, 1940) e as organizações criminosas, o legislador pátrio deixou, novamente, de conceituá-las, “aumentando-se, entretanto, o problema da aplicação da Lei 9.034/1995 (...) que disciplinava algo inexistente no direito penal pátrio, chamado agora ‘organizações ou associações criminosas de qualquer tipo’” (PITOMBO, 2009, p.100). Novamente, a legislação restou inócua.

Nesse interregno, em razão do aumento, em âmbito mundial, de atividades ligadas às organizações criminosas, entre 12 e 15 de novembro de 2000, realizou-se, em Palermo, na Itália, a Convenção da Organização das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, conhecida como Convenção de Palermo (BRASIL, 2004), visando coibir a criminalidade internacional e multinacional. Esse instrumento rege as ações e políticas criminais de combate ao crime organizado no âmbito internacional e serve de base para a elaboração de legislações internas acerca do tema pelos países signatários. Essa Convenção foi incorporada ao

ordenamento jurídico brasileiro, com status de lei ordinária, por meio do Decreto 5.015/2004 (BRASIL, 2004).

Logo em seu artigo 2º, a Convenção (BRASIL, 2004) definiu *grupo criminoso organizado* como “grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material”. Para os fins dessa Convenção (BRASIL, 2004), portanto, organização criminosa é aquela formada de maneira não fortuita, ainda que não tenha estrutura elaborada ou divisão de funções, que exista há algum tempo e tenha por objetivo o cometimento de uma ou mais infrações puníveis com pena de privação de liberdade não inferior a quatro anos ou enunciada na própria Convenção (BRASIL, 2004).

Com isso, pode-se dizer que a Convenção de Palermo (BRASIL, 2004) trouxe as balizas para a futura conceituação, na legislação pátria, de organização criminosa, bem como recomendações a serem seguidas pelos países signatários quando da regulamentação da matéria, como a previsão de responsabilidade penal da pessoa jurídica e a necessidade de adoção de técnicas específicas de investigação, entre elas, a infiltração policial, sugerindo que seja sempre precedida de autorização judicial. Ainda, a Convenção (BRASIL, 2004) autoriza a celebração de acordos entre os países signatários para que a infiltração possa ocorrer em diversos Estados, desde que respeitadas as respectivas soberanias.

Com a incorporação da Convenção de Palermo (BRASIL, 2004) ao ordenamento pátrio, apesar de permanecer a lacuna acerca do delito de integrar organização criminosa, adotou-se a definição de criminalidade organizada nela trazida, passando a ser utilizado sempre que determinado delito se encaixasse a ela, possibilitando, assim, a persecução penal de seus agentes pelo crime de organização criminosa, bem como o uso da infiltração policial nas investigações referentes a esses delitos. No entanto, em razão da incerteza gerada por conceitos conflitantes, na Convenção (BRASIL, 2004) e no artigo 288 do Código Penal (BRASIL, 1940), essa aplicação foi rechaçada

(...) porque violadora do princípio da *legalidade* penal no seu mais amplo sentido (e não exclusivamente no sentido estrito traduzido na máxima *nullum crimen, nulla poena sine lege*): um princípio - o da legalidade de toda a matéria penal – nascido e desimplicado à sombra da doutrina iluminista, que passou a fazer parte do *acquis* civilizacional da humanidade e a que ninguém hoje está disposto a renunciar (DIAS, 2008, p. 13, grifo do autor).

Em razão da exigência constitucional de que o crime deverá estar previsto em lei, o conceito trazido na Convenção, em especial pela incerteza que gera ao ser confrontado com o conceito trazido no Código Penal e, ainda, por definir grupo criminoso organizado, e não especificamente organização criminosa, “não pode ser tomado como elemento complementador das normas penais e processuais penais que empregam a expressão *organização criminosa*” (ESTELLITA, 2009, p. 85, grifo do autor). Dessa forma, novamente o instituto da infiltração policial viu-se esvaziado, em razão da ausência de definição legal de organização criminosa.

Em 2006, com a entrada em vigor da Lei 11.343 (BRASIL, 2006), a infiltração policial foi possibilitada, também, para investigações de delitos envolvendo o tráfico de entorpecentes, mediante autorização judicial e ouvido o representante do Ministério Público, a ser realizada por agentes de polícia e, apenas, em tarefas de investigação, ou seja, a partir de um procedimento já estabelecido, com indícios de autoria e materialidade, mas não como método preventivo do crime, conforme se depreende do artigo 53, I, da Lei (BRASIL, 2006). Nesse caso, em especial, não se verifica violação à legalidade, uma vez que o delito a ser investigado pelo agente infiltrado está definido na legislação, no entanto, a lei não estabeleceu a disciplina legal da infiltração policial, continuando, portanto, inaplicável o instituto.

A definição de organização criminosa, finalmente, ingressou no ordenamento jurídico brasileiro, com a Lei 12.694/2012 (BRASIL, 2012), que trata do julgamento colegiado de delitos praticados por organizações criminosas, conceituando-as, em seu artigo 2º, como a associação de três ou mais pessoas, estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com o objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de crimes com pena máxima igual ou superior a quatro anos ou que tenham caráter transnacional. No entanto, por não ter sido estabelecida a disciplina legal acerca desse instituto, a infiltração policial continuou sem aplicabilidade prática.

### 3.1.1 Organização criminosa

Foi só com a Lei 12.850/2013 (BRASIL, 2013), conhecida como Lei das Organizações Criminosas, que esse instituto passou a ser efetivamente utilizável como técnica de investigação, uma vez que essa lei não só conceituou organização criminosa, mas também estabeleceu as regras para a efetivação da infiltração, em seus artigos 10 a 14, que serão estudados de forma mais detida em seção própria.

(...) a doutrina majoritária, contando com o entendimento de doutrinadores como Cezar Roberto Bitencourt e Renato Brasileiro de Lima, tem o entendimento de que a lei em vigência revogou a Lei nº 9.034/1995, não trazendo disposição alguma sobre a lei de 2012, com exceção do seu artigo 2º, que também foi revogado, prevalecendo assim, somente o conceito disposto na Lei 12.850/2013 (MOURA, 2018, p. 14).

O conceito de organização criminosa passa a ser, portanto, a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com o 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, sendo aplicável, ainda, na investigação de delitos “(...) previstos em tratados ou convenções internacionais em que o Brasil se comprometeu a reprimir, bem como organizações terroristas, desde que não haja outro meio probatório para se comprovar as infrações penais” (FURLANETO NETO; SANTOS; GIMENES, 2018, p. 175).

Importante salientar que, no caso de infrações transnacionais, o *quantum* da pena prevista abstratamente é indiferente para a aplicabilidade dessa lei, de modo que, iniciando-se a execução de uma infração penal em um país e atingindo o território de outro, caracterizada está a transnacionalidade do delito, sendo aplicável, portanto, a Lei das Organizações Criminosas (BRASIL, 2013).

Interessante, nesse momento, apresentar o conceito adotado pelo *Federal Bureau of Investigation – FBI* de crime organizado transnacional:

Aquelas associações auto perpetuantes de indivíduos que operam transnacionalmente com o objetivo de obter poder, influência, e ganhos monetários e/ou comerciais, totalmente ou em parte por meios ilegais, enquanto protegem suas atividades por meio de um padrão de corrupção e/ou violência, ou enquanto protegem suas atividades ilegais por meio de uma estrutura organizada transnacional e da exploração do comércio transnacional e mecanismos de comunicação (Transnational, 2021, tradução nossa)<sup>3</sup>.

É possível, pela simples leitura do conceito norte americano de crime organizado transnacional, notar as similaridades com o conceito brasileiro, como a estrutura organizada e a autopropetuação do grupo, além de padrões visíveis de violência e corrupção em sua atuação, o que facilita a colaboração entre países, uma vez que é possível que o mesmo delito produza

---

<sup>3</sup> “Those self-perpetuating associations of individuals who operate transnationally for the purpose of obtaining power, influence, and monetary and/or commercial gains, wholly or in part by illegal means, while protecting their activities through a pattern of corruption and/or violence, or while protecting their illegal activities through a transnational organizational structure and the exploitation of transnational commerce or communication mechanisms”.



efeitos em ambos ao mesmo tempo, dando azo à eventual operação de infiltração policial conjunta.

Outra novidade trazida na Lei 12.850/2013 (BRASIL 2013) foi a tipificação do delito de promover, constituir, financiar ou integrar organização criminosa, em seu artigo 2º, prevendo a pena de reclusão de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações praticadas pela organização, de modo que, por exemplo, os membros de determinada organização criminosa que atue por meio da prática de extorsões, devem ser responsabilizados pelas extorsões praticadas e por integrar organização criminosa, aplicando-se as regras acerca do concurso de crimes.

É possível, portanto, apontar como características principais das organizações criminosas a estrutura definida, hierarquizada, com divisão interna de funções, não sendo necessário, no entanto, a existência de documentos ou regras expressas de funcionamento e tendendo à impessoalidade com a substituição automática de integrantes; o objetivo de lucro ou outra vantagem decorrente da prática de infrações penais e a necessidade de legalizar o lucro obtido, em regra, por meio da lavagem de dinheiro; a permanência no tempo, e, ainda, o "uso de meios tecnológicos avançados, (...) a conexão estrutural ou funcional com o poder público e/ou o poder político, (...) o alto poder de intimidação (...), além de conexão local, nacional ou até mesmo, internacional com outras organizações criminosas" (SOARES, 2015, p. 136).

Assim, costumam apresentar alto poder de corrupção de agentes estatais, que participam ou de alguma forma viabilizam a execução das atividades criminosas, e de intimidação, seja para impedir a formação de novas organizações, obter decisões políticas e judiciais favoráveis e/ou punir os que revelam seus segredos; praticam, também, infrações sem vítimas imediatas ou com vítimas difusas e, em regra, fornecem serviços sociais à comunidade, valendo-se das lacunas deixadas pelo aparelho estatal, formando um Estado paralelo.

Os meios de obtenção de prova que poderão ser utilizados na investigação de delitos cometidos por organizações criminosas são estabelecidos no artigo 3º, a Lei 12.850/2013 (BRASIL, 2013). São eles: colaboração premiada; captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos; ação controlada; acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais; interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, nos termos da legislação específica; afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal, nos termos da legislação específica; infiltração, por policiais, em atividade de

investigação; e cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal.

As novas técnicas de investigação, trazidas nessa lei, configuram meios de pesquisa ou investigação da prova, sendo, em regra, procedimentos realizados fora do processo, submetendo-se a um contraditório diferido, ou seja, exercido em momento posterior à produção da prova, conforme estudado no capítulo anterior.

Para os fins aqui buscados, cumpre analisar apenas a técnica investigativa da infiltração de agentes, de modo a, após seu estudo pormenorizado, identificar as causas de exclusão da responsabilidade penal do agente infiltrado, tanto no meio físico quando no digital. Inicialmente, cumpre apontar que não há, na legislação, um conceito de infiltração policial, porém a doutrina conceitua infiltração como o

(..) ingresso de alguém em uma organização criminosa, com ocultação de sua identidade, objetivando descobrir os seus membros, principalmente os de atuação mais relevante na estrutura daquela organização, e colher elementos para a prova de suas infrações. O fato de alguém penetrar na organização, agindo como se a ela pertencesse, permite-lhe conhecer o seu funcionamento e possibilita o acesso a informações e dados relevantes.” (FERNANDES, 2009, p. 18).

A infiltração de agentes, portanto, é um método de investigação de prova, no qual um agente policial infiltra determinada organização criminosa, por meio de técnicas de dissimulação, com o intuito de coletar informações e provas que possibilitem seu posterior desmantelamento e a persecução penal de seus membros.

A doutrina aponta como características essenciais da infiltração de agentes:

A primeira é a dissimulação, pois ocorre a ocultação da condição de agente policial e de suas verdadeiras intenções. A segunda é o engano, baseada numa encenação/fingimento para que o agente tenha a confiança do suspeito. E, a interação, que constitui em uma relação direta do agente com os investigados (OLIVEIRA, 2019, p. 34).

Assim, vê-se que a infiltração policial é um meio excepcional de produção de prova, que, por sua própria natureza, criado para fazer frente às características típicas das organizações criminosas.

A utilização de meios inovadores de investigação, a exemplo da infiltração de agentes, visa adicionar eficiência processual no combate à criminalidade organizada, fato que se deve justamente às características especiais típicas desses grupos que se diferem da criminalidade comum. O agente infiltrado funciona como meio de apoio a identificação, desestabilização e finalmente,

extinção dessas estruturas de macrocriminalidade (...) (SILVA; CASTRO, 2016, p. 306).

Com isso, tem-se que a infiltração de agentes de polícia é técnica extraordinária de investigação, criada como resposta à evolução na atuação dos próprios criminosos, para garantir sua identificação e a colheita de provas necessárias à persecução penal. A análise acerca da disciplina legal da infiltração policial será feita em título próprio, em conjunto com aquela referente à sua modalidade digital, que será apresentada a seguir.

### 3.2 O ambiente digital

Para possibilitar a compreensão acerca da necessidade do emprego da técnica da infiltração policial no âmbito da Internet, para viabilizar a investigação de delitos ali cometidos, é preciso, inicialmente, analisar o ambiente digital em si.

A Internet evoluiu a partir de um projeto desenvolvido pela Agência de Projetos e Pesquisa Avançada - ARPA, do Departamento de Defesa norte-americano, durante a Guerra Fria, criado para garantir suporte militar ao país através do estabelecimento de uma rede que conectasse todos os centros de pesquisa ali sediados, facilitando a comunicação entre eles. “A principal ‘sacada’ da nova tecnologia foi a divisão da informação em pequenos ‘pacotes’, o que diminuiu a carga de transmissão e tornou possível o processamento dos dados de forma rápida, sem o bloqueio da comunicação de outras partes” (BARRETO; SANTOS, 2019, e-book).

Inicialmente, essa rede ficou restrita aos Estados Unidos, extrapolando seu território apenas em 1982, dando origem à Internet, sendo que, em 1989, passou a tomar a forma que hoje conhecemos a partir da publicação de um artigo científico:

Em 12 de março de 1989, o britânico Tim Berners-Lee, idealizando uma forma mais acessível de acesso às informações arquivadas em computadores, publicou um artigo científico em que discorria sobre a *world wide web*. Sua ideia era facilitar as buscas e a disponibilidade de arquivos transformando os índices em *links*. Assim, mediante esta nova sistemática, poderia ser realizado o acesso a computadores, informações e diretórios com apenas um clique e de maneira remota (BARRETO, WENDT; CASELLI, 2017, e-book, grifo do autor).

Com base nessa lógica de acesso remoto e instantâneo, a Internet foi evoluindo até alcançar a estrutura atual, tendo chegado ao Brasil, mais especificamente no estado de São Paulo, no ano de 1991, em razão da conexão existente entre a FAPESP - Fundação de Amparo à Pesquisa no Estado de São Paulo e o Fermilab, um laboratório de física situado em Illinois,

nos Estados Unidos, responsável por todas as transmissões via Internet entre o Brasil e o exterior até o ano de 1994, conforme explica Oliveira (2011).

Essas conexões eram feitas a partir de *softwares* desenvolvidos por empresas privadas, que recebiam a rede, sendo mais utilizadas, até então, a Bitnet e a Decnet. “No final da década de 1990, a Bitnet e a Decnet, entre outras redes proprietárias, estavam em decadência e a internet crescia e disseminava o TCP/IP, um protocolo aberto e não de um fabricante como os outros” (OLIVEIRA, 2011).

O TCP/IP pode ser definido como a linguagem utilizada pelos aparelhos ligados a determinada rede para que possam se comunicar uns com os outros, independentemente de serem do mesmo tipo ou fabricante, sendo um conjunto de protocolos que padroniza todas as comunicações da rede. Assim, com a adoção padronizada do TCP/IP, a rede mundial de computadores ou *world wide web*, idealizada por Tim Berners-Lee tornou-se uma realidade, evoluindo para a Internet que se conhece hoje.

O grande evento que veio dar novo impulso à internet, em 1982, através do estabelecimento do protocolo IP/TCP, foi a interligação de todas as redes existentes assim como dos seus respectivos computadores. Paulatinamente, diversos países foram se interligando numa mesma estrutura, a NSFNET – a atual base da internet – que rapidamente cresceu até ao nível que hoje conhecemos, com a interação constante dos países que não o fizeram inicialmente (CATANA, 2018, p. 52).

É importante apontar para o fato de que, apesar de a grande maioria dos usuários da Internet limitarem-se à navegação na chamada *Surface Web*, essa rede é composta por outros dois níveis, de acesso mais restrito e dificultoso, chamados *Deep Web* e *Dark Web*. Em regra, quando um delito é praticado na Internet, justificando o emprego de técnicas como a infiltração policial em sua investigação, é porque o foi em uma dessas duas “sub redes”, que, por suas próprias características, impossibilitam o emprego dos meios de obtenção de prova ordinários.

A literatura acerca do tema costuma comparar a Internet com um *iceberg*, sendo que a *Surface Web* seria a parte dele que fica visível, acima da linha da água, ou seja, a *Surface Web* é a Internet que utilizamos no dia a dia, quando realizamos tarefas como acessar e-mail ou executar busca em buscadores como Google ou Yahoo, enquanto que a *Deep Web* e a *Dark Web* seriam a parte do *iceberg* que fica submersa, invisível, inacessível, portanto, à grande maioria das pessoas.

A internet é uma porção integral de várias redes derivadas, ou seja, existem infinitas redes de computadores e a todo momento surgem outras. Cada uma possui finalidade e público distintos. Algumas redes estão acessíveis ao

mundo inteiro, enquanto outras dependem de certos níveis de permissão e/ou conhecimento, por possuírem características que as colocam em estágios mais profundos (BARRETO; SANTOS, 2019, e-book).

A *Surface Web* representa cerca de 10% (dez por cento) do que em realidade compõe a internet, sendo que os outros 90% (noventa por cento) representam a *Deep Web*, onde estão localizados sites não encontrados por meio de buscadores comuns, que contenham informações médicas e acadêmicas, e etc., em regra, sem conteúdo criminoso, e *Dark Web*, que, na realidade, é uma parcela ainda mais oculta da *Deep Web*, cujo conteúdo é, em sua maioria, composto por atividades criminosas, como pornografia, pornografia infantil, atuação de grupos terroristas, etc., sendo a navegação e o pagamento, através de criptomoedas como as *bitcoins*, totalmente anônimos na *Dark Web*.

Além do conteúdo da Internet que muitos podem acessar facilmente online, existe outra camada - na verdade, uma camada muito maior - de material que não é acessado por meio de uma pesquisa online tradicional. (...). Esta área profunda da Internet, ou Deep Web é caracterizada pelo desconhecido - amplitude, profundidade, conteúdo e usuários desconhecidos. Os cantos mais distantes da Deep Web, conhecidos como a Dark Web, contém conteúdo que foi escondido intencionalmente. A Dark Web pode ser acessada para fins legítimos e para esconder crimes ou outras atividades maliciosas. (...). Veja-se o exemplo do Silk Road - um dos sites mais notórios anteriormente localizados na Dark Net. O Silk Road era um bazar global online de serviços ilícitos e contrabando, principalmente drogas. Vendedores destas substâncias ilegais foram localizados em mais de 10 países ao redor do mundo, e bens e serviços contrabandeados foram fornecidos a mais de 100.000 compradores. Foi estimado que o Silk Road gerou cerca de US \$ 1,2 bilhão nas vendas entre janeiro de 2011 e setembro de 2013, após o qual foi desmantelado por agentes do governo federal (FINKLEA, 2017, p. 01, tradução nossa)<sup>4</sup>.

Juntas, a *Surface Web*, a *Deep Web* e a *Dark Web* compõem a Internet e o chamado espaço virtual ou ciberespaço, definido como “espaço de comunicação aberto pela interconexão mundial dos computadores e das memórias dos computadores” (LÉVY, 2010, p. 94), incluindo-se, aqui, todas as formas de comunicação eletrônica, como e-mail, sites de bate-papo, redes sociais, aplicativos de mensagens, etc., desde que digitalmente codificadas “pois ela condiciona

---

<sup>4</sup>“Beyond the Internet content that many can easily access online lies another layer—indeed a much larger layer—of material that is not accessed through a traditional online search. (...). This deep area of the Internet, or the Deep Web, is characterized by the unknown—unknown breadth, depth, content, and users. The furthest corners of the Deep Web, known as the Dark Web, contain content that has been intentionally concealed. The Dark Web may be accessed both for legitimate purposes and to conceal criminal or otherwise malicious activities. (...). Take for instance the Silk Road—one of the most notorious sites formerly located on the Dark Web. The Silk Road was an online global bazaar for illicit services and contraband, mainly drugs. Vendors of these illegal substances were located in more than 10 countries around the world, and contraband goods and services were provided to more than 100,000 buyers. It has been estimated that the Silk Road generated about \$1.2 billion in sales between January 2011 and September 2013, after which it was dismantled by federal agents”.

o caráter plástico, fluido, calculável com precisão e tratável em tempo real, hipertextual, interativo e, resumindo, virtual da informação que é, parece-me, a marca distintiva do ciberespaço” (LÉVY, 2010, p. 95).

Veja-se que, nesta seara, não se entende o virtual como potencialidade, sem efeito real, ou como aquilo que poderá vir a ser, que é possível, porém ainda não concretizado. Explica Pierre Lévy:

Já o virtual não se opõe ao real, mas sim ao atual. Contrariamente ao possível, estático e já constituído, o virtual é como o complexo problemático, o nó de tendências ou de forças que acompanha uma situação, um acontecimento, um objeto ou uma entidade qualquer, e que chama um processo de resolução: a atualização. (...). Por exemplo, se a execução de um programa informático, puramente lógica, tem a ver com o par possível/real, a interação entre humanos e sistemas informáticos tem a ver com a dialética do virtual e do real (LÉVY, 2011, p. 16/17).

Dessa forma, vê-se que as interações on-line e os fatos praticados no âmbito virtual, são reais, decorrentes de atitudes tomadas por seres humanos, com consequências reais, que extrapolam os limites da Internet, caracterizando-se como virtuais pelo fato de terem ocorrido por meio de programas e sistemas computacionais. Conclui-se, portanto, que a classificação como virtual não implica na inexistência do aro ou fato, isto porque, “o fato de não pertencer a nenhum lugar, de frequentar um espaço não designável (...), de ocorrer apenas entre coisas claramente situadas, ou de não estar *somente* ‘presente’ (como todo ser pensante), nada disso impede a existência” (LÉVY, 2011, p. 20, grifo do autor).

Na verdade, o que acontece é a quebra da territorialidade e da temporalidade, não estando aquele fato ligado a qualquer espaço físico, geográfico, nem ao relógio ou calendário. Significa dizer que a Internet, o ciberespaço, gera a contração da fórmula tempo-espaço, sendo possível, portanto, o contato imediato de pessoas em cantos opostos do planeta, sendo prolongados os efeitos e o alcance de tudo aquilo que ali acontece, em razão da extrema dificuldade, senão impossibilidade, de se excluir qualquer conteúdo uma vez compartilhado na *web*. Veja-se, portanto, que a maioria dos delitos graves praticados na Internet tem como principal característica a transnacionalidade, decorrente do próprio meio onde são cometidos, como o tráfico de pessoas e a distribuição de pornografia infanto-juvenil, o que, por si só, já viabiliza o emprego da infiltração policial em sua investigação.

Analisado o que é o virtual e o ciberespaço, cumpre conceituar os elementos que compõem a Internet:

A *surface web* é constituída, basicamente, por páginas, sites e conteúdos que utilizam a arquitetura de redes cliente/servidor, onde existem computadores “especiais” encarregados de prover serviços aos seus clientes. Essas máquinas hospedam páginas *web*, serviços de e-mail, banco de dados, arquivos e muitos outros serviços utilizados diariamente por pessoas e empresas.

(...).

A *deep web* é, portanto, composta por redes de computadores que têm como características o anonimato, a criptografia, a descentralização e a codificação aberta, e cujo conteúdo não é “visível” pelas ferramentas de busca convencionais. A arquitetura de redes predominante é a ponto a ponto (P2P), ou seja, dispensa um servidor central, cenário no qual todos os componentes (pontos ou nós) funcionam ora como cliente, ora como servidor.

(...).

Por outro lado, a *dark web*, ou *darknet*, é a rede da *deep web* ou parte dela com características de um alto grau de anonimato e segurança exigido e é utilizada, como regra, para o cometimento de ilícitos criminais e práticas escusas. É empregada por usuários de internet, ativistas políticos, *hackers* e criminosos, notadamente por garantir privacidade nas comunicações e/ou a não aplicação da lei penal (BARRETO; SANTOS; 2019, e-book, grifo dos autores).

Assim, é inequívoca a necessidade de se viabilizar a investigação efetiva dos delitos cometidos na *Dark Web*, que variam desde o tráfico de drogas e armas até aqueles contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes, uma vez que “nem a responsabilidade individual, nem a opinião pública e seu julgamento desaparecem no ciberespaço” (LÉVY, 2010, p. 130).

Resume, pontualmente, Nick Routley:

Tudo aquilo que é ilegal vender (ou discutir) na superfície da internet está disponível na *Dark Web*. Informações pessoais, drogas, armas, malware, Ataques DDoS, serviços de hacking, contas falsas para mídias sociais e serviços de contrato de assassinato estão todos disponível para venda (ROUTLEY, 2017, tradução nossa)<sup>5</sup>.

O principal meio disponível, atualmente, para a investigação desses delitos, identificação de seus autores e colheita de provas de sua materialidade é a infiltração policial digital, que será analisada no tópico seguinte.

### 3.2.1 Infiltração policial digital

A infiltração policial digital é um método de investigação de prova por meio do qual um agente policial, mediante a ocultação de sua real identidade, ingressa em comunidades

---

<sup>5</sup> “Anything that is illegal to sell (or discuss) on the Surface Web is available in the Dark Web. Personal information, drugs, weapons, malware, DDoS attacks, hacking services, fake accounts for social media, and contract killing services are all available for sale”.

sediadas na internet, em regra na chamada *Dark Web*, a fim de obter provas do cometimento de eventuais infrações penais, bem como identificar seus autores.

Pode-se dizer, portanto, que a infiltração policial digital nada mais é do que espécie do gênero infiltração policial, porém levada a cabo no âmbito digital e com algumas especificidades em sua disciplina legal, que será analisada em conjunto com a disciplina relativa à infiltração policial tradicional. Assim, pode-se conceituar a infiltração de agentes, de forma mais completa, como

(...) meio especial de obtenção de prova – verdadeira técnica de investigação criminal -, por meio do qual um (ou mais) agente de polícia, judicialmente autorizado, ingressa, ainda que virtualmente, em determinada organização criminosa, forjando a condição de integrante, com o escopo de alcançar informações a respeito de seu funcionamento e de seus membros (MASSON; MARÇAL, 2018, p. 393).

A infiltração digital, portanto, funciona nos mesmos moldes da infiltração tradicional, atuando o agente infiltrado sob o manto de uma identidade fictícia, inserindo-se no contexto das relações pessoais de seu alvo, estabelecendo com ele uma relação de confiança para, através dela, obter informações e provas, sendo certo que, “assim como um homicida deixa impressões digitais na arma utilizada para cometer o crime, também o criminoso virtual deixará suas pegadas. Caberá ao investigador saber aonde encontrá-las e como recolhê-las” (MANN, 2016, p. 122)

Com a difusão mundial da internet, viu-se um considerável aumento da prática de crimes por esse meio, em especial, crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes. De acordo com dados da ONG Safernet, em 2018, as denúncias de crimes praticados na internet aumentaram 110% em relação ao ano anterior, sendo que a maioria delas tratavam de casos envolvendo pornografia infantil. Assim, foi necessária a atualização dos métodos de obtenção de prova disponíveis, para viabilizar a investigação desses delitos, bem como a persecução penal de seus autores.

(...) a internet acaba sendo utilizada como meio de prática de inúmeras outras infrações penais, dentre as quais se destacam aquelas mencionadas no caput do art. 190-A do ECA. Referida prática delitiva encontra-se catalogada como uma das atividades ilícitas mais frequentemente perpetradas pelas grandes organizações criminosas de cunho transnacional. Justifica-se tal assertiva em razão dos altíssimos lucros advindos da exploração, principalmente, de material pornográfico na rede mundial de computadores (CARDOSO, 2017, p. 109).



O mundo virtual é terreno vasto para a disseminação de atividades criminosas, e, em especial, crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes, tráfico de drogas e armas, entre outros, e, pior, garante altos lucros às organizações criminosas, recebidos através de moedas não rastreáveis como, por exemplo, a *bitcoin*. Assim, a infiltração digital consiste em política criminal para investigação e eventual punição dos criminosos que se escondem atrás das telas dos computadores.

Em razão dessa realidade, foi editada pelo legislador brasileiro a Lei 13.441/2017 (BRASIL, 2017), que acrescentou os artigos 190-A a 190-E ao Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990), possibilitando o uso a infiltração policial, em sua modalidade digital nas investigações de alguns delitos, e disciplinando o seu funcionamento. De acordo com o artigo 190-A, será possível a infiltração digital para investigar os delitos dos artigos 240, 241, 241-A, 241-B, 241-C, e 241-D, do Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990), que criminalizam as condutas de produzir, reproduzir, dirigir, filmar, registrar cena de sexo explícito envolvendo criança ou adolescente, vender ou expor à venda, oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, distribuir, publicar ou divulgar, por qualquer meio, adquirir, possuir ou armazenar material dessa natureza.

Ainda, são passíveis de investigação por meio de infiltração digital as condutas de simular a participação de criança ou adolescente em cena de sexo explícito ou pornográfica, ainda que o faça por meio de softwares de montagem ou adulteração de imagens, por exemplo, reduzindo a idade de uma pessoa artificialmente, para que pareça criança ou adolescente, e aliciar assediar, instigar ou constranger criança para fins libidinosos.

Por fim, a Lei 13.441/2017 (BRASIL, 2017) possibilitou o emprego desse método de obtenção de prova em investigações relacionadas aos delitos previstos nos artigos 154-A, invasão de dispositivo informático; 217-A, estupro de vulnerável; 218, corrupção de menores; 218-A, satisfação da lascívia mediante a presença de criança ou adolescente; e 218-B, favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança, adolescente e/ou vulnerável, todos do Código Penal (BRASIL, 1940).

Vê-se da leitura dos delitos indicados na Lei 13.441/2017 (BRASIL, 2017) que o bem jurídico com o qual mais se preocupou o legislador foi a dignidade sexual de crianças e adolescentes, no entanto, como será analisado em tópico seguinte, as hipóteses de cabimento da infiltração policial digital não se limitam aos delitos expressos no artigo 190-A do Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990).

### 3.3. Disciplina legal da infiltração policial

A disciplina legal da infiltração policial tradicional é estabelecida nos artigos 10 a 14 da Lei 12.850/13 (BRASIL, 2013). Ela deverá ser realizada, sempre, por agentes de polícia judiciária, civil ou federal, a depender da competência no caso concreto, nos termos do artigo 144, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), em tarefas de investigação, possibilitando o contato direto e habitual de agentes policiais e investigados, propiciando o entendimento acerca da estrutura e hierarquia da organização, sua fonte de recursos e métodos de legalização dos lucros obtidos.

Com a entrada desta lei em vigor, torna-se impossível a infiltração policial por agentes de inteligência, como permitia a revogada Lei 9.034/95 (BRASIL, 1995), uma vez que as agências de inteligência “não têm como objetivo a busca de provas ou indícios a serem utilizadas em inquéritos policiais ou processos criminais, mas a produção de um conhecimento que permita a tomada de decisões estratégicas para auxílio do governo e segurança do Estado” (NEISTEIN, 2006, p. 105).

(...) tanto a nova Lei do Crime Organizado (...), quanto a Lei de Drogas (...), permitem apenas a infiltração de policiais. Embora parte da doutrina compreenda a infiltração de agentes como meio de investigação e obtenção de prova, ambas as legislações tratam como infiltração policial, o que reforça mais ainda a tese de que o legislador desejou excluir pessoas estranhas dessa importante atividade estatal de investigação (v.g. particular) e, ainda, os próprios agentes de inteligência, pois, se assim desejasse, teria afirmado expressamente (BINI, 2019, p. 134).

O agente infiltrado é, portanto, pessoa investida na função policial, devidamente treinada para a atividade de infiltração, subordinada a outras autoridades de persecução criminal, que se torna parte de organização criminosa, com o fim específico de obter informações e provas sobre a prática de crimes por parte dela.

Pode se originar a requerimento do Ministério Público ou por representação da autoridade policial, ouvido o Ministério Público, destinatário direto de eventuais elementos de prova colhidos pelo agente infiltrado. Ainda, quando solicitada no curso do inquérito policial, será necessária a manifestação técnica do Delegado de Polícia acerca da viabilidade da determinação, em termos de pessoal e estrutura de trabalho adequados para a efetivação da medida.

A representação do Delegado ou requerimento do Ministério Público que deve conter a demonstração da existência de indícios suficientes de autoria ou participação em infração

penal que permita a investigação por meio de agente infiltrado – *fumus commissi delicti* –, da necessidade da medida – *periculum in mora* –, o alcance das tarefas dos agentes, e, quando possível, os nomes ou apelidos das pessoas investigadas e o local da infiltração. Parte da doutrina sustenta, portanto, que o pedido seja instruído com um plano operacional da infiltração, no qual devem ser expostos a

(...) situação (elementos fáticos disponíveis, alvo e ambiente operacional), missão (objetivo da infiltração, provas a serem obtidas), especificação dos recursos materiais, humanos e financeiros disponíveis, treinamentos necessários, medidas de segurança da infiltração a serem observadas, coordenação e controle precisamente definidos com pessoa de ligação, prazos a serem cumpridos, formas seguras de comunicação, restrições, (...) espécies de condutas típico-penais que eventualmente o agente infiltrado poderá praticar, dependendo das circunstâncias concretas (...) (PACHECO, 2005, p. 971).

O pedido de infiltração será distribuído de forma sigilosa, não trazendo informações que possam indicar a operação a ser realizada ou identificar o agente infiltrado, devendo ser encaminhado diretamente ao juiz competente, que decidirá em 24 (vinte e quatro) horas, adotando as medidas necessárias ao êxito da operação e segurança do agente.

O trâmite sigiloso do pedido de infiltração de agentes e da operação em si é necessário ao sucesso da própria investigação, à proteção de eventuais vítimas e do agente policial infiltrado, cuja identidade deve ser mantida em sigilo mesmo durante eventual depoimento, aplicando-se a Lei de Proteção à Testemunha, Lei nº 9.807/1999 (BRASIL, 1999), de modo a garantir a sua segurança e a de sua família contra possíveis retaliações da organização criminosa infiltrada, bem como possibilitar que possa trabalhar como agente infiltrado novamente no futuro.

A Constituição Federal (BRASIL, 1988) permite a limitação da publicidade em seu artigo 5º, LX, ressaltando a exigência da defesa da intimidade ou do interesse social. Essa limitação pode ser externa, ou seja, apenas em relação àqueles que não fazem parte do processo, garantindo-se ao acusado, vítimas e testemunhas acesso normal aos autos, ou interna, apenas em relação ao investigado, de modo que a ele não é permitido acesso integral ao processo. Nos casos em que haja a opção pela infiltração de agentes, torna-se indispensável a limitação da publicidade interna dos autos, restringindo o acesso a eles apenas ao magistrado e seus auxiliares, ao Ministério Público e aos próprios investigadores envolvidos.

Analisadas as informações apresentadas, e concluindo o magistrado pela necessidade da infiltração policial, deverá conceder autorização judicial circunstanciada, baseando-se na análise da viabilidade da infiltração no caso concreto, motivada e sigilosa, trazendo os limites

da atuação do agente infiltrado na busca de provas, ou seja, deve especificar “as técnicas especiais de investigação de que poderá se valer o agente no cumprimento de seu mister (**limites investigatórios**) (MASSON, MARÇAL, 2018, p. 408, grifo dos autores)”. A necessidade de motivação da decisão que autoriza a infiltração decorre do artigo 93, IX, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), que estabelece a necessidade de demonstração, por parte do órgão de decisão, da análise de todos os pontos apresentados e normas aplicáveis ao caso, e apresentação, de forma clara, da conclusão alcançada.

Deve, portanto, apontar as circunstâncias e fatos ocorridos que justificam o emprego dessa medida excepcional, além dos motivos da inaplicabilidade, no caso concreto, de medidas menos gravosas às liberdades individuais, demonstrando as fases do processo decisório enfrentado pelo magistrado, com a avaliação de todas as questões de fato e de direito alegados por ambas as partes, de modo que possam ter conhecimento dos argumentos utilizados para que, se for o caso, possam recorrer da mencionada decisão.

Visível, portanto, uma das principais características da infiltração policial, qual seja, o seu caráter de subsidiariedade, ou seja, de excepcionalidade, de *ultima ratio*, exposto no artigo 10, § 2º, da Lei (BRASIL, 2013). Isso significa que, por ser um método de investigação de prova capaz de provocar a restrição de direitos fundamentais do investigado, deve ser usada apenas em último caso, quando não houver forma menos invasiva de se obter a prova necessária.

A impossibilidade de a prova ser levada a cabo por outros meios é relevante. Afinal, o uso de ardil por parte do Estado não deve ser a regra, mas sim a última opção. Assim, por exemplo, se a interceptação das comunicações não tiver sido frutífera ou não puder ser usada é que a infiltração de agentes poderá ser cogitada (WOLFF, 2018, p. 82).

Entende-se que a infiltração policial, para ser autorizada pelo magistrado, deve ser imprescindível à obtenção da prova, de modo que, sendo possível tal obtenção por outro meio, ainda que também invasivo, porém em grau inferior à infiltração de agentes, esta não será deferida.

Nesse passo, a palavra necessidade deve ser entendida como *imprescindibilidade*. Além de ser medida que permitirá aos investigadores adentrar na intimidade de terceiros (seja a infiltração concreta, real, atual ou seja ela virtual), envolve alto grau de risco para os seus executores. Assim, é imprescindível demonstrar ao juiz que este é o único caminho para a obtenção da prova, pois os demais já falharam ou, diante das particularidades do caso em concreto, certamente falhariam (MANN, 2016, p. 120).

Assim, a subsidiariedade desse método de obtenção de prova determina seu emprego apenas em relação aos casos mais graves, quando a prova não puder ser obtida por outros meios, sendo utilizada, portanto, apenas como último recurso. Será autorizada pelo prazo de até 6 (seis) meses, admitindo-se prorrogações desde que justificada sua necessidade, devendo a decisão que prorroga a vigência da infiltração ser, também, circunstanciada e devidamente motivada.

Ciente de que as investigações contra a criminalidade organizada, em geral, são difíceis, complexas e demoradas, por incluírem o conhecimento de variados escalões de chefia, divisão de tarefas, diversidade de *modus operandi*, o legislador previu também a possibilidade de **renovação** do prazo da infiltração de agentes, sem mencionar expressamente um patamar temporal máximo nesse caso (MASSON, MARÇAL, 2018, p. 411, grifo dos autores).

Findo esse prazo, o agente infiltrado deve apresentar relatório circunstanciado de suas atividades ao juiz competente, que comunicará, imediatamente, o Ministério Público. Esse relatório, no qual serão indicadas a forma como se deu a infiltração, o relacionamento do infiltrado com os investigados, se houve necessidade de envolvimento pessoal na prática de delitos e quais, os métodos de obtenção de prova utilizados além da infiltração em si, as provas obtidas, etc., servirá para ajudar na formação da *opinio delicti* do órgão da acusação, que poderá pleitear sua prorrogação ou encerramento, para instruir eventual ação penal, além de servir como instrumento de controle externo da atividade policial pelo Ministério Público e pelo magistrado.

Ainda, ocorrendo a infiltração no curso do inquérito policial, o Delegado poderá determinar aos seus agentes, e o Ministério Público poderá requisitar, a qualquer tempo, relatório parcial da atividade de infiltração, no qual devem ser discriminadas todas as providências adotadas pelo agente até aquele momento.

(...) o Ministério Público, a quem cabe a função constitucional de controle externo da atividade policial, e a autoridade judicial podem requisitar relatórios parciais do andamento da operação de infiltração, mesmo antes do término do prazo fixado para a investigação. Diante da natureza sigilosa da investigação promovida pelo agente, as informações obtidas com a operação de infiltração serão encaminhadas diretamente ao juiz responsável pela autorização da medida, que exercerá o controle da legalidade da medida e zelará pelo seu sigilo (TAVARES; CASARA, 2020, p. 77).

Os autos da infiltração acompanharão a denúncia, quando serão disponibilizados à defesa, assegurando-se a preservação da identidade do agente infiltrado, sendo que a lei tipificou como delito punível com reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos a conduta de descumprir determinação de sigilo de operações de ação controlada e infiltração de agentes.

Estabelece o artigo 12 da Lei 12.850/13 (BRASIL, 2013) que, “havendo indícios seguros de que o agente infiltrado corre risco iminente, a operação será sustada mediante requisição do Ministério Público ou pelo delegado de polícia, dando imediata ciência ao Ministério Público e à autoridade judicial”. Não se exige, portanto, autorização judicial para a sustação da operação, uma vez que, por mais rápido que tramite um pedido referente a uma medida cautelar, como a infiltração de agentes, a urgência da situação exige a sustação imediata da operação, preservando-se, assim, a integridade do agente infiltrado.

Uma vez que a infiltração policial é sempre voluntária, é possível, ainda, a sustação voluntária da operação, sendo este um dos direitos do agente infiltrado, expressamente previstos no artigo 14, I, da Lei (BRASIL, 2013), devendo ser comunicados o Ministério Público e o Delegado responsável, sendo a infiltração policial, portanto, sempre voluntária.

Esse mesmo artigo traz outros direitos do agente infiltrado além de fazer cessar a infiltração, como recusar a participação na operação, sem que isso caracterize insubordinação ou violação de dever funcional; ter sua identidade alterada, aplicando-se, no que couber, o art. 9º da Lei nº 9.807/99 (BRASIL, 1999), bem como usufruir das medidas de proteção a testemunhas; ter seu nome, qualificação, imagem, voz e demais informações pessoais preservadas durante a investigação e o processo criminal, salvo decisão judicial em contrário; e não ter sua identidade revelada, nem ser fotografado ou filmado pelos meios de comunicação, sem sua prévia autorização por escrito.

A responsabilidade penal do agente infiltrado será abordada em capítulo próprio, no entanto, mister se faz apontar para a previsão do artigo 13 da Lei 12.850/13 (BRASIL, 2013), que estabelece a possibilidade de sua responsabilização por excessos cometidos, quando atuar sem observância da proporcionalidade, em contraponto a seu parágrafo único, que prevê não ser punível a prática de delito pelo agente infiltrado, no curso da infiltração, quando dele for inexigível conduta diversa.

Já a infiltração policial na Internet é disciplinada pela Lei 13.441/2017 (BRASIL, 2017), que alterou o Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990), sendo que esse método de investigação já era utilizado antes da edição da mencionada lei, aplicando-se as regras expressas na Lei das Organizações Criminosas (BRASIL, 2013). Podemos citar como exemplos de operações de infiltração digital que resultaram na comprovação da autoria de infrações contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes a *Darknet*, primeira operação desse tipo realizada no país, em 2014, pela Polícia Federal, na qual foram efetuadas 50 (cinquenta) prisões em flagrante e cumpridos mais de 100 (cem) mandados de busca e

apreensão, condução coercitiva e prisão; *Darknet II*, realizada em 2016, em 16 (dezesesseis) estados, que resultou no cumprimento de 70 (setenta) mandados de prisão e busca e apreensão; e *Underground 2*, efetivada em abril de 2018, que resultou na prisão de 18 (dezoito) usuários, em 8 (oito) estados diferentes, conforme informações retiradas do site da Polícia Federal e de notícias divulgadas à época.

Em regra, esses delitos são cometidos por meio da rede *Tor*, que garante o anonimato do usuário, no entanto, outras redes também são usadas para o fim de cometimento de delitos, em especial, contra a dignidade sexual de crianças e adolescente, como *Freenet* e *Gigatribe*, o que evidencia a necessidade cada vez maior do emprego desse método de investigação.

Assim como definido na Lei 12.850/2013 (BRASIL, 2013), quando se intentar empregar a infiltração policial digital na investigação de delitos, será ela requisitada pelo Ministério Público ou requerida pelo Delegado de Polícia, devendo trazer informações detalhadas acerca da necessidade da medida, o alcance das tarefas dos investigadores, nomes ou apelidos dos investigados, entre outros. A lei não estabelece a necessidade de oitiva da autoridade policial, quando requerida a infiltração digital pelo Ministério Público, no entanto, “por uma questão prática, o deferimento da infiltração virtual nos crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes dependerão de manifestação técnica da autoridade policial, pois apenas esta sabe se há recursos humanos disponíveis para a tarefa” (WOLFF, 2018, p. 84).

O requerimento deve conter, ainda, os dados de conexão (informações sobre hora, data, início, término, duração, endereço de IP utilizado e terminal de origem da conexão) ou cadastrais (informações sobre nome e endereço de assinante ou usuário registrado ou autenticado para a conexão ao endereço de IP, identificação de usuário ou código de acesso que tenha sido atribuído no momento da conexão) que permitam a identificação dessas pessoas. Isto porque, especialmente neste âmbito da Internet, a tarefa de identificar o investigado é de extrema dificuldade, uma vez que, em regra, só serão conhecidos pelos investigadores os nomes dos perfis ou *nicknames* dos usuários, que não utilizam, por óbvio, sua identidade real para cometer delitos. Assim, devem ser indicados os dados mencionados no requerimento, servindo a infiltração digital, também, para identificar a autoria dos delitos investigados.

Ainda seguindo a linha traçada pela Lei das Organizações Criminosas, a infiltração de agentes na Internet requer a comprovação da necessidade da medida, não sendo admitida quando a prova puder ser obtida por outros meios, ficando claro seu caráter subsidiário, de *ultima ratio*, de modo que “havendo outro meio menos intrusivo será por esse que se deve optar em detrimento de outro mais violador dos direitos fundamentais” (CATANA, 2018, p. 19).

Os meios ocultos de investigação e, entre eles a utilização da infiltração digital, promovem severas restrições a direitos fundamentais de modo que sua utilização não pode ser banalizada. O princípio da subsidiariedade na aplicação dos métodos ocultos de investigação criminal determina que sejam cogitadas e avaliadas primeiramente a utilização das técnicas abertas de investigação, não sigilosas, abstratamente aplicáveis ao caso concreto. (MANN, 2018, p. 55).

Dependerá, sempre, de autorização judicial fundamentada, que estabelecerá os limites da infiltração, tendo prazo de duração máxima de até 90 dias, podendo ser renovado por iguais períodos, demonstrada sua necessidade e a critério da autoridade judicial, e desde que não ultrapasse o máximo de 720 (setecentos e vinte) dias. Acerca do prazo de duração da infiltração digital, digna de nota é a crítica formulada por Alexandre Krul Bini:

A nosso entender, a limitação do prazo da infiltração virtual em 720 dias criou critérios diferenciados e desproporcionais de prazo para o mesmo gênero de método investigativo. Ora, o delegado de polícia pode estar diante de uma investigação complexa, com envolvimento de elevado número de criminosos e que depende de prazo mais elástico. Sabidamente, investigação não é matemática, não possui hora marcada, sendo dotada de *timing* certo e adequado para recolha de provas. Por isso, o encerramento da investigação não pode ser retardado ou antecipado de forma que seja prejudicial aos trabalhos apuratórios (BINI, 2019, p. 61, grifo do autor).

O Ministério Público e a autoridade judicial podem requisitar relatórios parciais da operação antes do término do prazo mencionado, sendo certo que “(...) no âmbito da infiltração virtual o relatório certamente haverá de ser diferente. As atividades do perfil infiltrado, mais do que serem relatadas ao juiz, devem ser passíveis de comprovação” (MANN, 2016, p. 123). As informações obtidas serão encaminhadas diretamente ao juiz responsável pela autorização, que zelará pelo seu sigilo, sendo que, antes de sua conclusão, o acesso aos autos de infiltração será restrito ao juiz, Ministério Público e delegado responsável pela operação, como forma de garantia do sigilo das investigações e da segurança do policial infiltrado na Internet.

Assim como ocorre na infiltração tradicional, o agente policial não pode ser obrigado a infiltrar-se digitalmente, devendo haver voluntariedade do agente em atuar infiltrado e anuência em relação aos eventuais riscos gerados pela investigação, em especial quando se refere a delitos sexuais cometidos contra crianças e adolescentes, devendo o policial infiltrado se inserir nesse submundo e agir como os demais integrantes da comunidade, de modo que “(...) o delegado de polícia, coordenador da operação, deverá ficar atento a eventuais alterações na saúde mental dos agentes infiltrados, decidindo pela substituição do policial se o trabalho estiver causando danos” (MANN, 2016, p. 126). Ainda, é necessário que se submeta a



treinamento especializado, no qual obterá todas as informações sobre seu alvo, com apoio psicológico dentro de sua unidade; também se faz necessário ter conhecimentos avançados em matéria cibernética, devendo ser recrutados agentes com o perfil técnico e psicológico correspondente à finalidade da infiltração.

Ainda, o agente infiltrado fará uso de identidade fictícia para infiltrar comunidades na Internet, inclusive por meio da criação de perfis falsos, caracterizando-se como criminoso ou como vítima, para se aproximar de seus membros e obter informações acerca de suas verdadeiras identidades e de delitos por eles cometidos, sendo que, por expressa disposição legal, não comete crime o agente policial infiltrado que oculta sua identidade para esses fins, sendo que a lei ainda prevê que,

Mediante requisição judicial decorrente do deferimento da representação do Delegado de Polícia ou a requerimento do Ministério Público, os órgãos de registro e cadastro público deverão incluir nos bancos de dados próprios, mediante procedimento sigiloso, as informações necessárias à efetividade da identidade fictícia criada para o agente de polícia infiltrado (FURLANETO NETO; SANTOS; GIMENES, 2018, p. 178).

Dessa forma, é possível que o magistrado determine a expedição de documentos falsos em nome da persona assumida pelo agente infiltrado, bem como a fabricação de antecedentes criminais fictícios, visando dar credibilidade à identidade assumida adotada pelo policial infiltrado.

Concluída a investigação, todos os atos eletrônicos praticados durante a operação serão reunidos em autos apartados e apensados ao processo criminal, juntamente com o inquérito policial, assegurando-se a preservação da identidade do agente policial infiltrado e a intimidade de eventuais vítimas, em especial crianças e adolescentes. Assim, para que a infiltração digital produza resultados e possa ser utilizada como prova no processo penal, sendo submetida ao contraditório diferido, é indispensável a utilização de ferramentas que possibilitem o registro das atividades no ciberespaço, sendo, portanto, “passíveis de auditoria uma vez que a defesa poderá questionar o conteúdo do relatório de infiltração e solicitar uma perícia no material produzido visando questionar a autenticidade e invalidar a prova” (MANN, 2016, p. 123/124).

Dessa forma, vê-se que a infiltração digital se utiliza do procedimento previsto para infiltração de agentes na Lei 12.850/13 (BRASIL, 2013), adequado à realidade digital, sendo que “**infiltração policial é gênero, sendo as espécies física e virtual**” (BINI, 2019, p.58, grifo nosso).

Por fim, deve o policial infiltrado na Internet agir sempre de acordo com a finalidade da medida e com o princípio da proporcionalidade, sendo prevista em lei a responsabilização do agente que agir em desacordo com essas normas, como se vê do parágrafo único do artigo 190-C, acrescido ao Estatuto da Criança e do Adolescente pela Lei 13.441/2017 (BRASIL, 2017). Em especial, deve o agente cuidar para nunca instigar ou incentivar o cometimento de um delito, o que caracterizaria flagrante preparado, invalidando eventuais provas por ele obtidas, nos termos da Súmula 145 do Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2009): “Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação”.

Uma situação a ser considerada, no tocante ao flagrante preparado, no entanto, é a seguinte:

Se uma policial infiltrada, fingindo ser um senhor de meia idade, sugere troca de vídeo pornográfico infantil com investigado, este não poderá ser preso em flagrante pelo verbo nuclear trocar. Isto porque, por “ineficácia absoluta do meio”, o crime não irá se consumir (art. 17, CP). O vídeo não entrará em circulação, nem correrá o risco de causar lesão ao bem jurídico tutelado, pois será apreendido pela polícia. Por outro lado, incidirá o agente no crime de armazenar ou possuir “fotografia, vídeo ou outra forma de registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente” (art. 241-B do ECA). Afinal, no tocante a este, a atividade já havia se consumado, sem qualquer instigação do agente, diga-se de passagem (WOLFF, 2018, p. 89).

Assim, por exemplo, havendo a prática de delito pelo policial infiltrado, quando este for indispensável para a continuidade e o sucesso da operação, tendo ele agido de acordo com a autorização recebida e com a proporcionalidade entre as condutas por ele praticadas e os delitos sob investigação, não será responsabilizado. No entanto, quando o ato cometido desbordar dos limites estabelecidos, deverá o agente infiltrado responder pelo delito cometido, na forma da lei.

Ainda, o *caput* desse dispositivo 190-C estabelece, acertadamente, que a ocultação da identidade, pelo policial infiltrado na Internet, para essa finalidade, não configura crime, uma vez que, sem essa precaução, a própria atividade de infiltração restaria completamente inviabilizada.

Em 2020, entrou em vigor a Lei 13.964 (BRASIL, 2019), conhecida como Pacote Anticrime, que alterou a Lei 12.850/2013 (BRASIL, 2013), nela inserindo, entre outros, os artigos 10-A ao 10-D, além do parágrafo único do artigo 11. Até a promulgação dessa lei, havia discussão acerca da possibilidade do uso da infiltração digital para investigar outros crimes que não aqueles previstos no rol do artigo 190-A do Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL,

1990), principalmente o crime de organização criminosa, sendo que parte da doutrina, como Higor Vinicius Nogueira Jorge, afirmava ser o rol do artigo 190-A taxativo, não admitindo, portanto, a infiltração digital em crimes que não estivessem ali previstos; e outra parte, como Danni Sales Silva, admitia a infiltração digital, por considerar a expressa previsão, na Lei 12.850/2013 (BRASIL, 2013), do emprego da infiltração física, mais perigosa para o agente e mais invasiva para o investigado. A possibilidade de admissão da infiltração digital baseava-se na fórmula *a maiori, ad minus*, ou seja, se é possível o mais invasivo e perigoso, também o é o menos.

Com a entrada em vigor da Lei 13.964/2019 (BRASIL, 2019), restou resolvida a discussão supramencionada, uma vez que ela previu, expressamente, a possibilidade do uso da infiltração em sua modalidade digital na investigação de crimes praticados por organizações criminosas, além dos demais tratados na Lei 12.850/2013 (BRASIL, 2013), seguindo as normas estabelecidas na Lei 13.441/2017 (BRASIL, 2017), anteriormente explicadas.

### 3.3.1 Conflito com direitos fundamentais

A Constituição Federal (BRASIL, 1988), em especial em seu artigo 5º, prevê diversos direitos e garantias fundamentais, que devem ser respeitados e promovidos pelo Estado. Para se tratar do conflito entre direitos fundamentais gerado pelo emprego da infiltração policial, é necessário atentar para uma das principais características desses direitos, sua relatividade ou limitabilidade. Significa dizer que nenhum dos direitos fundamentais estabelecidos na Constituição é absoluto, de modo que poderão ser restringidos ou mitigados havendo conflito com outro direito fundamental.

É importante atentar ao fato de que os direitos fundamentais

(...) não encontram limites apenas em outros direitos da mesma natureza, mas também no interesse público específico com base em outros valores e normas desde que igualmente constitucionais. Nessa segunda situação estão em jogo direitos fundamentais e bens da coletividade ou do Estado constitucionalmente protegidos (ARAGÃO, 2016, p. 221).

Assim,

(...) é preciso destacar que a infiltração de agentes policiais é uma técnica excepcional, tendo em vista a sua complexidade e a dificuldade do controle estatal na atuação do agente. Logo, deve-se observar cada caso concreto, pois não havendo outra técnica de investigação eficaz, a possibilidade de infiltração policial deve ser analisada. Sabe-se, contudo, que a lei prevê os crimes que permitem, em sua persecução, a aplicação da referida técnica, ou seja, o

legislador demonstra a sua excepcionalidade também ao restringir a sua abrangência, visto que a existência da infiltração policial pressupõe a relativização de algum direito fundamental (SILVA, 2017, p. 48).

Verificado o conflito entre direitos fundamentais, será empregada a técnica da ponderação, por meio da qual, através do emprego do princípio da proporcionalidade, utilizado como parâmetro de controle de constitucionalidade, serão sopesados os direitos envolvidos, determinando-se qual deverá prevalecer, no caso concreto, restringindo-se, portanto, o direito tido como inferior. A possibilidade de limitação do exercício de direitos fundamentais é compatível com o Estado Democrático de Direito, por ser necessária à concretização da Justiça Criminal, viabilizando a investigação de delitos que, sem essa possibilidade, ficariam impunes, e a persecução penal de seus autores, sendo que, conforme explica Rocha (2002), é a própria submissão a um critério de excepcionalidade extrema e ao maior controle possível da execução da medida que efetivamente caracteriza o Estado Democrático de Direito. Conforme visto, a infiltração policial, tanto tradicional quanto digital, atende a esses requisitos.

Ilustrando, todo ser humano tem direito à liberdade de ir e vir para onde quiser dentro do território nacional, sem prévia autorização de qualquer órgão público; no entanto, esse mesmo indivíduo pode ser preso por ordem escrita e fundamentada de um juiz de direito competente para apurar um crime que ele tenha praticado. Embora pareça singelo, o exemplo evidencia que a norma asseguradora da prisão preventiva (art. 312, CPP) deve prevalecer, por ser específica àquele caso concreto respaldada pela norma constitucional garantidora da segurança pública. O direito individual à liberdade, componente do quadro dos direitos humanos, cede – mas não é revogado. Imagine-se, agora, tenha sido demonstrado que um dos requisitos principais da prisão preventiva não mais existe. O acusado está preso. Novo conflito surge, pois ele almeja a liberdade; nessa situação deve o juiz revogar a prisão preventiva, dando espaço à liberdade individual. Cede a norma da prisão cautelar, criada em nome da segurança pública para se privilegiar a norma da liberdade (NUCCI, 2016, p. 75/76).

Estabelecida a relatividade dos direitos fundamentais, é mister explicar como se dá o emprego do princípio da proporcionalidade para fins de ponderação. Esse princípio se subdivide em três subprincípios, que devem ser analisados na ordem em que elencados, havendo entre eles relação de subsidiariedade, de modo que se um dos princípios resolver o conflito, os demais não precisarão ser examinados. A seguir, elencamos os três subprincípios.

Inicialmente, analisar-se-á o *subprincípio da adequação ou idoneidade*, por meio do qual será aferido se a medida pretendida é eficiente para atingir o fim almejado, em seguida, pelo *subprincípio da necessidade ou exigibilidade*, serão reanalisadas as medidas passíveis de serem adotadas, aptas à consecução do objetivo buscado, selecionando-se aquela que seja necessária, ou seja, nem excessiva, nem ineficaz. Por fim, caso os subprincípios anteriores não

tenham sido suficientes para resolver o conflito, será examinado o *subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito*, por meio da qual será verificado se a medida aplicável ao caso concreto restringirá direitos fundamentais “mais importantes” do que aqueles que pretendeu proteger, ou seja, a proporcionalidade em sentido estrito é o “sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva” (SILVA, 2002, p. 40).

Ainda, para que seja devidamente atendido o princípio da proporcionalidade, ao restringir o alcance de um direito fundamental, devem ser observados o pressuposto formal da legalidade, devendo haver lei prévia, elaborada pelo órgão competente, e motivação que justifique a restrição, de modo que só será possível quando objetivar realizar valores relevantes no sistema constitucional.

A proporcionalidade consiste na ponderação dos interesses em jogo sob o aspecto jurídico. Dito de outra forma: os meios e os fins da medida processual devem mostrar-se harmônicos com as diretrizes jurídicas, com as regras e com os princípios. Dá-se, nesse controle de sintonia fina, a ponderação entre os danos e os resultados. Mostra-se, por exemplo, proporcional o afastamento da garantia da privacidade sempre que a interceptação das comunicações telefônicas for o único meio à descoberta da autoria e/ou à cessação da prática de um crime investigado (TAVARES; CASARA, 2020, p. 89).

A técnica da infiltração policial, seja em sua modalidade física ou digital, tem caráter excepcional, sendo empregada apenas como *ultima ratio*, conforme já explicitado. Isto porque, o simples emprego da mencionada técnica implica em automático conflito com direitos fundamentais do investigado, como sua intimidade e privacidade, e, muito provavelmente, de terceiros a eles associados, mesmo que não pela prática de delitos, como seus familiares. Como vimos, o agente infiltrado “tem por missão primeira conquistar a confiança dos membros do grupo, para então com eles conviver, eventualmente partilhando da intimidade dos investigados, tudo com o objetivo de amealhar informações relevantes” (MANN, 2016, p. 127), em regra fornecidas pelo próprio investigado.

São, também, invariavelmente atingidos pela infiltração policial os direitos ao silêncio e à não autoincriminação, uma vez que é o próprio investigado quem, sem saber, por meio do relacionamento com ele estabelecido pelo agente policial, fornece as informações e provas que serão utilizadas em eventual processo penal,

(...) e o fazem desconhecendo a condição do infiltrado, a quem consideram membro da organização criminosa e por isso “digno” de confiança. De fato, a

admissão da infiltração representa uma mitigação do *nemo tenetur*. Em razão disso, a infiltração há de ser admitida em caráter de excepcionalidade, em casos em que os bens jurídicos em risco sejam sobremaneira caros à sociedade para justificar uma atuação excepcionalmente severa (MANN, 2016, p. 121, grifo do autor).

É certo que a infiltração de agentes é prática ofensiva a diversos direitos e garantias fundamentais, estabelecidos na Constituição da República, porém, frente às características específicas das organizações criminosas ou mesmo de criminosos individuais, quando atuam no ambiente digital, que impossibilitam a obtenção de provas por quaisquer outros meios, a infiltração de agentes torna-se necessária ao seu combate. Ainda, há de se considerar que o criminoso, quando decide delinquir, sabe que estará sujeito à investigação por todos os meios previstos em lei, “sabe que o dinheiro fácil tem um preço, que é a possibilidade de sofrer a persecução penal através dos meios legalmente disponíveis, como o agente infiltrado” (GUIMARÃES, 2008, p. 111).

Assim, a ponderação entre os direitos fundamentais colidentes será feita pelo magistrado, para impedir a mitigação desarrazoada desses direitos, quando de eventual autorização da infiltração policial, que, conforme exposto em tópico anterior, estabelecerá limites à atuação do agente infiltrado, físico e/ou digital, equilibrando o interesse estatal e os direitos e garantias fundamentais dos investigados.

Além de se verificar a adequação e a necessidade da medida, observadas em cada caso concreto, é preciso observar se a inclinação da balança a favor dos interesses da sociedade se justifica, em face da gravidade do crime, da duração da infiltração, das faculdades concedidas ao agente e do destino a ser dado às informações obtidas. Somente após detida análise, que somente será possível com a estrita observância das regras legais que expressamente tratarem do tema, poder-se-á dizer se a medida é proporcional e, em sendo, ser judicialmente autorizada a utilização do agente infiltrado (NEISTEIN, 2006, pg. 91/92).

A mitigação de alguns direitos fundamentais do investigado, para viabilizar o emprego dessa técnica investigativa, se dá, portanto, em razão da prevalência do valor eficácia da persecução e sanção penais sobre suas garantias fundamentais, no âmbito da ponderação de direitos, uma vez que se funda no direito, também fundamental, à segurança de toda a sociedade. Eventual constrangimento do investigado será em razão da busca da justiça, atingida, nesse caso, pela identificação de organizações criminosas e criminosos individuais, culpados de crimes graves, muitas vezes contra vítimas vulneráveis, e sua eventual punição. Assim,

(...) é possível que o Estado restrinja certo direito fundamental, seja o da intimidade, o do sigilo das informações, ou até mesmo o da presunção da

inocência, na medida em que o elevado grau de periculosidade social dos crimes investigados é uma razão legítima para tal conduta estatal (SILVA, 2017, p. 74).

É importante atentar para o fato de que o delito em si também é ofensivo a direitos fundamentais, o que deverá ser considerado pelo magistrado quando da ponderação. Por exemplo, quando se discute organização criminosa, esta e os delitos que dela derivam ofendem direitos fundamentais, como, por exemplo, a vida, seja em razão de eventuais homicídios para se garantir o controle de determinado local, quanto em razão do desvio de dinheiro dos cofres públicos, em decorrência da prática de crimes de colarinho branco, que impedem que esse mesmo dinheiro seja destinado à construção de hospitais ou à compra de insumos. “Nesse caso, é necessário que prevaleça o interesse do Estado cujos representantes devem reagir proporcionalmente à ameaça produzida por esse tipo de criminalidade” (SILVA; CASTRO, 2016, p. 312)

Por fim, cumpre salientar que a ponderação será aplicada mesmo frente ao princípio da dignidade da pessoa humana, considerada núcleo essencial dos direitos fundamentais em si, integrando cada um deles portanto, uma vez que, em regra, todas as partes a serem consideradas, no caso da infiltração policial, investigados e vítimas, estarão sofrendo ou virão a sofrer alguma restrição no âmbito desse direito, devendo o magistrado analisar no caso concreto qual deverá prevalecer.

Destaca-se, nesse sentido, que a Constituição Federal possui como fundamento a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), de modo que a intimidade de alguns investigados, ou mesmo de seus familiares, não pode servir de óbice ao prosseguimento de uma investigação na qual existam fundadas suspeitas da existência de organização criminosa responsável pela prática de tráfico internacional de seres humanos para fins de prostituição infantil, por exemplo (WOLFF, 2018, p. 27).

Veja-se que o emprego da infiltração policial atende ao chamado garantismo penal, idealizado pelo jusfilósofo italiano Luigi Ferrajoli, segundo o qual devem ser observados os direitos e garantias fundamentais elencados na Constituição Federal (BRASIL, 1988), atuando o magistrado como sujeito imparcial, garantidor da igualdade entre as partes. Sustenta o jurista que o garantismo pode ser explicado a partir de três conceitos, sendo que o primeiro importa num *modelo normativo de direito*, em especial tratando-se do Direito Penal, submetido à estrita legalidade, caracterizando-se, portanto, como um sistema de poder mínimo, que visa à minimização da violência e a máxima liberdade e, “sob o plano jurídico, como um sistema de

vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos” (FERRAJOLI, 2002, p. 684).

O segundo refere-se à *teoria jurídica da validade e da efetividade*, que exige o constante questionamento acerca da validade e da aplicabilidade das leis, e o terceiro designa uma filosofia política, segundo a qual as ações estatais e as previsões legais são obrigadas a apresentar justificação de ser externa a eles próprios, demonstrando sua necessidade para fins de garantia de bens e interesses por eles tutelados, explica Ferrajoli (2002).

Apreende-se, da leitura dos conceitos acima, que a infiltração policial atende aos requisitos garantistas, sendo prevista em lei, tendo validade e aplicabilidade práticas, em especial frente à evolução dos métodos de atuação de criminosos que dificultam se não impossibilitam a investigação por quaisquer outros meios, e, por fim, sendo justificada em razão da necessidade da proteção de diversos bens jurídicos externos ao Estado, como a saúde e a segurança públicas, considerando os delitos de tráfico de drogas e terrorismo, a dignidade sexual de crianças e adolescentes, considerando o aumento exponencial da prática de delitos dessa conotação no âmbito da Internet, entre outros.

Assim, apesar de tratar-se de instituto agressivo a direitos e garantias fundamentais em especial de investigados, a infiltração policial será sempre balizada por critérios de proporcionalidade, servindo como instrumento de “equilíbrio entre o *garantismo* e a *efetividade da sanção*, **garantismo negativo** e **garantismo positivo**, na mesma medida” (MASSON; MARÇAL, 2018, p. 161, grifo dos autores), sendo não só cabível, como essencial na realidade atual, tanto nas modalidades física quanto digital, não havendo que se falar em inconstitucionalidade do instituto. Como bem explica Luciano André da Silveira e Silva:

Acreditamos que o agente infiltrado de fato tenha sido um dos reflexos do movimento expansionista do direito penal das últimas décadas, direcionado à persecução penal de determinado tipo de criminalidade – crime organizado e criminalidade grave. Todavia, não acreditamos que a aceção de JACKOBS em incluído dentro do conceito de direito penal do inimigo encontra respaldo dogmático, haja vista as garantias, caráter subsidiário e observância do princípio da proporcionalidade, previstas nas leis que introduziram o método investigatório do agente infiltrado nos sistemas legais estudados. A pessoa investigada pelo agente infiltrado, não é tratada como “inimigo”, mas como um cidadão, com direitos e garantias respeitados, mesmo que em certo momento e em certa medida, restringidos pela atuação do agente infiltrado (SILVA, 2015, p. 95).

Ainda sustentando a compatibilidade entre o garantismo e a efetividade da investigação, persecução e sanção penal, Fernandes (2009) aponta como requisitos essenciais ao emprego de métodos invasivos de investigação, que em regra resultam na mitigação de



direitos fundamentais dos investigados, a determinação dos legitimados a requerer a medida, dos autorizados a executá-la e dos encarregados de fiscalizar sua execução; a necessidade de autorização judicial prévia, fundamentada e circunstanciada; e a existência de disciplina legal expressa regulamentando o instituto. Como vimos, todos os requisitos elencados são atendidos pela infiltração policial, sendo exigidas, ainda, outras condições como a demonstração da imprescindibilidade da medida.

Conclui-se, portanto, que a infiltração de agentes, seja na modalidade tradicional, seja na digital, mostra-se possível por ser prevista e regulamentada em lei; precedida de autorização judicial, uma vez demonstrada sua necessidade; adequada, apta à obtenção do resultado pretendido de estabelecer a autoria e colher provas da materialidade do delito; necessária, não havendo outro modo de se obter a prova pretendida; e proporcional, quando prevalecem, no caso concreto, os direitos fundamentais de segurança pública, intimidade e privacidade das vítimas, em especial quando pensamos em delitos digitais em razão da dificuldade, se não impossibilidade, de se retirar um conteúdo da Internet uma vez compartilhado, etc., sobre os direitos ao silêncio, à não autoincriminação, etc., do investigado, de modo que “usada em conformidade com o vetor da proporcionalidade e de acordo com o *due process of law*, a medida (**compatível com o garantismo penal**), agora devidamente regulamentada pela legislação, haverá de ser utilizada com mais eficiência e frequência” (MASSON; MARÇAL, 2018, p. 397, grifo do autor).

Analisada como se dá a solução de conflitos entre direitos fundamentais e estabelecida a possibilidade do emprego da infiltração policial para investigação de delitos, mesmo frente à necessidade de mitigação de determinados direitos fundamentais dos investigados, passa-se à exposição dos demais delitos cuja investigação admite o emprego dessa técnica de verificação de prova, previstos fora das Leis 12.850/2013 (BRASIL, 2013) e 13.441/2017 (BRASIL, 2017).

### **3.4 Delitos passíveis de investigação por meio da infiltração policial**

A infiltração policial, conforme explicado, é técnica de investigação que, por sua própria natureza, conflita com direitos fundamentais dos investigados e, por vezes, de terceiros, de modo que não pode ser utilizada ao bel prazer do investigador, tendo caráter extraordinário, subsidiário. É reservada, portanto, ao enfrentamento dos delitos mais graves do ordenamento jurídico, que, por suas características ou meio de cometimento, impossibilitam a investigação

pelos métodos ordinários. Em razão disso, não é possível o emprego dessa técnica para investigar delitos que não a admitam, expressamente.

É simples visualizar seu cabimento em relação ao delito de tráfico de drogas, conforme artigo 53, I, da Lei 11.343/2006 (BRASIL, 2006), bem como àqueles cometidos por organizações criminosas, às infrações previstas em tratado ou convenção internacional quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente e aos praticados por organizações terroristas, conforme artigo 1º, § 2º, da Lei 12.850/2013 (BRASIL, 2013).

No entanto, além desses delitos, é possível o emprego da infiltração policial também em relação aos delitos de terrorismo e tráfico interno e internacional de pessoas, uma vez que as leis que dispõem sobre eles preveem a aplicação subsidiária das disposições da Lei 12.850/2013 (BRASIL, 2013), respectivamente nos artigos 16, da Lei 13.260/2016 (BRASIL, 2016) e 9º, da Lei 13.344/2016 (BRASIL, 2016).

Até esse momento, não havia regulamentação em relação à infiltração policial na Internet, de modo que, quando esta era empregada, seguia as regras estabelecidas para a infiltração policial tradicional. Com a entrada em vigor da Lei 13.441/2017 (BRASIL, 2017) regulamentou-se, especificamente, a infiltração digital. No entanto, o estabelecimento de rol de delitos passíveis de serem investigados por esse método, no artigo 190-A, incluído no Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990), gerou dúvida acerca do cabimento dessa técnica de investigação. Sabe-se que a infiltração policial, por ser método extraordinário de investigação, deve estar prevista em lei para que seja possível o seu emprego, no entanto, seria a infiltração, em sua modalidade digital, cabível apenas em relação ao rol específico trazido pela Lei 13.441/2017 (BRASIL, 2017) ou em relação a esse rol e aos demais delitos que admitem a infiltração policial tradicional?

Essa discussão durou até a entrada em vigor da Lei 13.964/2019 (BRASIL, 2019), que alterou a Lei 12.850/2013 (BRASIL, 2013), deixando claro que as normas ali estabelecidas também valem para a infiltração digital, de modo que, havendo a previsão legal para o emprego da infiltração policial, poderá ela ser efetivada em qualquer uma de suas modalidades. Assim, em razão dessa alteração, não há mais dúvida acerca da possibilidade do emprego da infiltração policial digital em investigações de crimes de tráfico de drogas, terrorismo e de tráfico interno e internacional de pessoas, uma vez que as normas regulamentadoras desse instituto estão no bojo da Lei das Organizações Criminosas, agora expressamente prevendo a modalidade digital,

não sendo taxativo o rol estabelecido no artigo 190-A, incluído no Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1988).

Ao submeter a infiltração digital, no âmbito da Lei das Organizações Criminosas (BRASIL, 2013), às mesmas regras traçadas para a infiltração tradicional, a lei consagrou o entendimento de que a infiltração policial é o instituto, o gênero, dotado de duas espécies, a tradicional e a digital, a depender do meio em que se desenvolve. Com isso, havendo a previsão do emprego dessa técnica, certo é que ela poderá desenvolver-se de quaisquer desses modos, a depender do caso concreto, atentando às normas regulamentadoras estabelecidas tanto no Lei 12.850/2013 (BRASIL, 2013), quanto na Lei 13.441/2017 (BRASIL, 2017).

Desse modo, além do rol do art. 190-A do ECA, é possível também a infiltração de agentes policiais na internet nos seguintes casos tratados pela Lei 12.850/2013: Infrações penais praticadas por organização criminosa; (...); Organizações terroristas (...) (CAVALCANTE; 2017).

Assim, em razão dessa determinação na Lei 12.850/2013 (BRASIL, 2013), bem como da previsão expressa do cabimento da infiltração policial, na Lei de Drogas, e da aplicação subsidiária dessa lei em relação ao terrorismo e ao tráfico interno e internacional de pessoas, certo é que a infiltração, tanto física quanto digital, será possível na investigação de todos esses delitos.

Em relação especificamente ao delito de terrorismo, regulamentado pela Lei 13.260/2016 (BRASIL, 2016), anterior, portanto, à entrada em vigor da Lei 13.441/2017 (BRASIL, 2017), que regulamentou a infiltração digital, e da Lei 13.964/2019 (BRASIL, 2019), que encerrou a dúvida acerca do se cabimento em relação a crimes previstos fora do rol específico inserido no Estatuto da Criança e do Adolescente, a infiltração digital não só foi empregada, como o foi de maneira extremamente bem sucedida, por exemplo, na operação *Hashtag*. Senão, vejamos:

A Polícia Federal (PF) usou um agente infiltrado para ter acesso aos grupos de bate-papo em que os investigados pela Operação *Hashtag* conversavam sobre a possibilidade de realizar ataque terrorista durante os Jogos do Rio. A **Folha** apurou que, com essa técnica de monitoramento, as forças de segurança reuniram elementos suficientes para comprovar que os simpatizantes das facções extremistas migraram de meras manifestações de apoio ao Estado Islâmico aos chamados atos preparatórios, o que sustentou a realização das prisões na última quinta (MASCARENHAS, 2016).

Veja-se que, quando do emprego da infiltração policial digital na operação *Hashtag*, havia, apenas, a previsão expressa de aplicação subsidiária da Lei 12.850/2013 (BRASIL, 2013) na investigação dos delitos de terrorismo, o que demonstra que, mesmo antes da edição das Leis

13.441/2017 (BRASIL, 2017) e 13.964/2019 (BRASIL, 2019), já era possível o emprego dessa técnica, submetida à regulamentação existente para a infiltração policial enquanto gênero.

Conclui-se, portanto, que havendo previsão legal do emprego da técnica da infiltração policial na investigação do delito, esta poderá ser executada em ambas suas modalidades, tradicional e/ou digital, devendo sujeitar-se às normas estabelecidas tanto na Lei 12.850/2013 (BRASIL, 2013), quanto na Lei 13.441/2017 (BRASIL, 2017).

Analisada a infiltração policial, em ambas as suas modalidades, estabelecida sua regulamentação legal, bem como suas hipóteses de cabimento, passa-se à análise da responsabilidade penal do agente infiltrado, focalizando especialmente a modalidade digital, objeto do presente estudo.

#### **4 RESPONSABILIDADE PENAL NA INFILTRAÇÃO POLICIAL**

Analisadas as normas aplicáveis à infiltração policial, em ambas as suas modalidades, vê-se que é possível que se apresentem situações em que se imponha ao agente infiltrado a necessidade de cometer algum delito, seja para viabilizar a infiltração em si ou para garantir a confiança de seu alvo e, com isso, a continuidade e o sucesso da investigação. Serão analisadas, a seguir, as situações previstas em lei acerca da exclusão da responsabilidade penal desse agente.

Para tanto, serão apresentadas algumas das teorias acerca do crime em si, com ênfase no conceito analítico de crime, expondo seus elementos, em especial a ilicitude e a culpabilidade, para, com isso, explicar a exclusão da responsabilidade penal do agente infiltrado.

#### **4.1 Teoria do delito**

Inicialmente, é importante salientar que a evolução da teoria do delito e o surgimento de novas escolas de pensamento não eliminam ou substituem as anteriores, de modo que convivem harmonicamente, ganhando ou cedendo espaço de acordo com o avanço das discussões acerca do tema. "A teoria do delito não é unitária, diversificando-se de acordo com os elementos que a compõe, bem como a forma como esses funcionam para entre si. Podem-se citar, dentre teorias do delito, a naturalista, a social, a teleológica e a finalista" (MARTINS, 2008, p. 62).

*A teoria geral do delito não foi concebida como uma construção dogmática acabada, pelo contrário, é fruto de um longo processo de elaboração que acompanha a evolução epistemológica do Direito Penal e apresenta-se, ainda hoje, em desenvolvimento. O consenso francamente majoritário da doutrina no sentido de que a conduta punível pressupõe uma ação típica, antijurídica e culpável, além de eventuais requisitos específicos de punibilidade, é fruto da construção das categorias sistemáticas do delito — tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade (...). O conteúdo, o significado e os limites de cada uma dessas categorias, assim como a forma com que elas se relacionam, foram e continuam sendo debatidos sob diferentes pontos de vista teóricos (BITENCOURT, 2019, p. 08, grifo do autor).*

Na conceituação formal, crime era definido como toda conduta definida em lei como criminosa, e na conceituação material, era crime toda ação ou omissão que gerasse lesão ou expusesse a risco um bem jurídico tutelado. Esses conceitos, apesar de corretos, não eram suficientes para abranger todas as situações que se apresentavam no âmbito do Direito Penal,

surgindo, então, o conceito analítico de crime, que “(...) desmembra o delito em partes que se completam numa ordem lógica, cuja sequência finalizada configura crime. Trata-se de conceito que atribui ao crime seus elementos estruturais, cuja concepção pode variar de acordo com os fundamentos filosóficos de cada sistema” (MARTINELLI; BEM, 2020, p, 516). O crime, portanto, passa a ser entendido como conduta típica, ilícita e culpável.

Com base nesse conceito analítico, inicialmente, apresentou-se a *teoria clássica do delito*, também conhecida como sistema causal-naturalista, criado por Von Liszt e Beling com forte influência do positivismo, “para o qual ciência é somente aquilo que se pode apreender através dos sentidos, o mensurável”. Com isso, o delito recebeu uma conceituação extremamente formal, totalmente desligada do aspecto subjetivo, de modo que, havendo uma ação que gerasse um resultado juridicamente relevante, configurado estaria o delito. Essa concepção positivista foi abandonada por diversos motivos, sendo os principais, como explica Bitencourt (2009), o fato de não ser suficiente para lidar com resultados relevantes oriundos de conduta omissiva, nem com os crimes culposos e a tentativa, além da sua incapacidade de reconhecer a invalidade de uma norma formalmente presente no ordenamento, porém com ele incompatível materialmente.

Em seguida, emerge a *teoria neoclássica de delito*, baseada em uma fundamentação metodológica neokantiana, passando o delito a ser analisado com base nos fins pretendidos no Direito Penal, introduzindo, portando, conceitos de valor na teoria do delito, de modo que se substitui o Direito como um fim em si mesmo para estabelecer “a aspiração da estruturação de um conceito de delito segundo as finalidades perseguidas pelo Direito Penal e as valorações abarcadas na teoria teleológica do delito” (AGUIRRE, 2010, p. 47). Com isso, as concepções materiais de tipicidade e ilicitude são introduzidas no conceito de delito, que mantém, no entanto, sua estrutura original de conduta típica, ilícita e culpável.

Por fim, desenvolveu-se a *teoria finalista do delito*, na qual o conceito central do Direito Penal é a ação, uma vez que apenas uma ação, comissiva ou omissiva, poderá ser valorada como lícita ou ilícita. Essa teoria, criada por Hans Welzel, entende conduta como o comportamento humano voluntário e consciente, dirigido a determinada finalidade. Frise-se que, para essa teoria, dolo e ação são conceitos complementares, porém não se confundem, de modo que permanece “o conceito de ação como vontade de agir, e o conceito de dolo, por seu turno, torna-se vontade de agir dirigida à realização do tipo” (FRANCK JUNIOR, 2011, p. 203).

Explica Ordieg, (*apud* Brandão, 2000), que “o finalismo não abandona a tradicional tripartição: tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade. Nem sequer introduz ou suprime novos dados, mantém os mesmos, mas os separa e os redistribui de outro modo entre os três estados da teoria do delito” (BRANDÃO, 2000, p. 93).

Para os fins aqui pretendidos, adota-se a teoria finalista do delito. Conforme visto, o conceito analítico trata da estrutura da infração, sendo identificadas duas teorias principais acerca desse conceito, no âmbito da teoria finalista do delito, a bipartite e a tripartite. Para a teoria bipartite, defendida, entre outros, por René Ariel Dotti e Julio Fabbrini Mirabete, também chamada teoria finalista dissidente, o crime é definido como fato típico e ilícito, sendo que o elemento subjetivo, volitivo, da conduta é inserido no conceito de tipicidade. Assim, a culpabilidade é entendida como pressuposto de aplicação da pena, sendo que o dolo e a culpa integram a ideia de fato típico, de modo que se o crime deriva de uma conduta que visa uma finalidade lícita, haverá culpa, enquanto que, se a finalidade da conduta for ilícita, estará presente o dolo.

Para a corrente bipartida, a teoria que a baseia é a finalista, pois para esta linha de pensamento o dolo e a culpa, elementos fundamentais para caracterização do crime, devem estar englobados na conduta, elemento do fato típico, e sendo assim a culpabilidade estaria apenas armazenando a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa, que analisadas cuidadosamente seriam vistas apenas para a questão da pena, não para caracterização ou não de um crime (OLIVEIRA, 2019, p. 30).

Já a teoria finalista tripartite ou tripartida, adotada, entre outros, por Luiz Regis Prado e Cesar Roberto Bitencourt, conceitua o delito como o fato típico, ilícito e culpável, estando, portanto, o elemento subjetivo da conduta, fora do conceito de tipicidade. Assim, entende como necessário, para que se considere um fato como crime, não apenas o vínculo entre a conduta e resultado, mas também que este resultado tenha sido previsto e desejado pelo autor, caracterizando a conduta dolosa, ou, quando não desejado, tenha decorrido da sua negligência, caracterizando a culpa.

A teoria tripartida entende que o conceito analítico de crime é o fato típico, ilícito e culpável, sendo a culpabilidade um elemento constitutivo de crime, visto que sem a culpabilidade não há crime. Nos dizeres de Cesar Roberto Bitencourt o sistema clássico formou essa teoria, formulando um crime com uma conduta típica ilícita e culpável, tendo dentro de si o dolo e a culpa, que mais tarde tem como concorrente a teoria finalista que mudava o dolo da culpabilidade para o fato típico (OLIVEIRA, 2019, p. 31).

Adota-se a teoria finalista tripartite do delito, considerando existente o delito, portanto, quando presente o fato típico, ilícito e culpável. Passa-se à análise de seus elementos.

#### 4.1.1 Fato típico

O fato típico é composto pela conduta humana, o resultado, o nexo de causalidade e a tipicidade. A conduta é a ação humana voluntária e consciente, comissiva ou omissiva, dolosa ou culposa, dirigida a uma finalidade. Vê-se que, na teoria finalista tripartite o dolo e a culpa integram o fato típico, de modo que no caso de atos involuntários, como os praticados em estado de inconsciência, como o sonambulismo, movimentos reflexos ou aqueles praticados em razão de coação física irresistível ou de um caso fortuito ou de força maior, exclui-se a conduta em si, e por consequência, o próprio fato típico, não caracterizando crime.

O segundo elemento é o resultado, que poderá ser naturalístico, presente apenas nos crimes materiais, que se refere à consequência, aos reflexos gerados no mundo dos fatos, pela conduta do autor, e/ou jurídico ou normativo, que se refere à ocorrência de lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico tutelado, presente, portanto, em todos os delitos.

Já o terceiro elemento constitutivo do fato típico é o nexo de causalidade, previsto no artigo 13 do Código Penal (BRASIL, 1940), que se traduz no vínculo entre o resultado e a conduta, de modo que, se o resultado decorreu da conduta, e pode ser atribuído objetivamente ao sujeito ativo, estará presente o nexo causal. Assim, o nexo de causalidade é essencial para identificar os delitos materiais, cujos resultados alteram, de fato, o mundo externo; no entanto, não se mostra suficiente em relação à omissão, uma vez que esta, por sua própria natureza, caracteriza ausência de vontade, de modo que "a omissão não pode ser entendida como componente causal de nenhum resultado, já que a causalidade exige a colocação em marcha de uma força desencadeante que por definição falta na omissão" (ARÁN; CONDE, 2010, p. 243). Dessa forma, a omissão torna-se relevante para o Direito em razão do juízo de desvalor que recai sobre ela, sendo considerada, portanto, como conduta valorada.

Assim, explicam Gonçalves e Cogo (2010) que a análise do nexo causal e do resultado é imprescindível apenas em relação aos delitos materiais, que só se consumam com a efetiva ocorrência do resultado naturalístico, vinculado à conduta do agente, por exemplo, o homicídio só se consuma com a efetiva morte da vítima. Já nos delitos formais e de mera conduta a consumação ocorre com a simples ação, conduta do agente, sendo que a eventual ocorrência de resultado naturalístico, nos delitos formais, é mero exaurimento do crime



Por fim, o último elemento do fato típico é a tipicidade, que diz respeito ao enquadramento do fato a um tipo penal estabelecido pelo legislador, ou seja, “advém quando a conduta hipotética, descrita no tipo penal, se concretiza no meio material, ou seja, há a existência da conduta humana, a qual enquadra-se no tipo penal descrito na legislação vigente” (MARTINS, 2008, p. 64). A tipicidade divide-se em formal ou objetiva, e material, sendo que a tipicidade formal é resolvida com a adequação do fato à norma, enquanto que a tipicidade material diz respeito à efetiva lesão ou ameaça de lesão ao bem jurídico tutelado, de modo que a tipicidade penal é composta pela união das duas.

O Direito Penal pátrio rege-se pelo Princípio da Lesividade, de forma que não se caracterizando a lesão ou a ameaça de lesão a bem jurídico de terceiro, não haverá tipicidade material, e, conseqüentemente, tipicidade penal, não se confirmando o fato típico, como acontece, por exemplo, nos crimes de bagatela.

Assim, propõem Zaffaroni e Pierangeli (2002) a análise do fato típico como um todo, sustentando que, para que fique caracterizado esse elemento, deve haver contradição da conduta do agente com o ordenamento jurídico como um todo, uma vez que, seria ilógico admitir que o Direito, ao mesmo tempo, proíbe e obriga ou fomenta determinada conduta. É o que o autor chama de tipicidade conglobante. Explicam:

As normas jurídicas não vivem isoladas, mas num entrelaçamento em que umas limitam as outras, e não podem ignorar-se mutuamente. Uma ordem normativa não é um caos de normas proibitivas amontoadas em grandes quantidades, não é um depósito de proibições arbitrárias, mas uma ordem de proibições, uma ordem de norma, um conjunto de normas que guardam entre si uma certa ordem, que lhes vem dada por seu sentido geral: seu objetivo final, que é evitar a guerra civil (a guerra de todos contra todos, *bellum omnium contra omnes*) (Welzel). Essa ordem mínima, que as normas devem guardar entre si, impede que uma norma proíba o que a outra ordena, como também impede que uma norma proíba o que a outra fomenta. A lógica mais elementar nos diz que o tipo não pode proibir o que o direito ordena e nem o que ele fomenta (ZAFFARONI; PIERANGELI 2002, p. 458).

Dessa forma, para que reste caracterizada a tipicidade, deve a conduta do agente enquadrar-se nos conceitos de tipicidade formal, ou seja, estar prevista na norma jurídica como típica, e de tipicidade conglobante, esta abrangendo a tipicidade material, a ofensividade, a lesão ou um perigo de lesão a um bem juridicamente protegido, e a antinormatividade, sendo contrária ao ordenamento jurídico como um todo.

#### 4.1.2 Ilicitude

A ilicitude refere-se à contrariedade entre a conduta do sujeito ativo e o ordenamento jurídico como um todo. Em verdade, a conduta do agente conforma-se com o tipo penal previsto na legislação brasileira, mas é contrário ao ordenamento jurídico pátrio, por exemplo, a Lei 11.343/2006 (BRASIL, 2006) não estabelece a proibição do tráfico de drogas, mas sim descreve as condutas que, quando praticadas, caracterizam esse delito. Assim como a tipicidade, a ilicitude também pode ser entendida em suas concepções formal e material, sendo que o primeiro retrata a oposição literal entre o comportamento do sujeito e o ordenamento jurídico, e o segundo trata da efetiva lesão ou risco de lesão imposto a um bem jurídico.

*A antijuridicidade formal* busca a unidade do ordenamento jurídico, porque uma autorização legal, independentemente de qual órgão tenha crido essa regra jurídica, exime o agente de responsabilidade penal porque não há contrariedade ao direito. *A antijuridicidade material*, por sua vez, estrutura-se no menosprezo ao bem jurídico e possui um caráter antissocial (MARTINELLI; BEM; 2020, p. 722).

Acerca da conexão existente entre o fato típico e a ilicitude, pode-se identificar três principais teorias na doutrina. Uma delas, a teoria indiciária, adotada, entre outros, por Cláudio Brandão, prediz que havendo fato típico, presume-se a ilicitude, de modo que, em regra, toda conduta típica é, também ilícita, salvo se presente causa justificante, de modo que a tipicidade é *ratio cognoscendi* da ilicitude.

A segunda teoria é a absoluta dependência, criada por Edmund Mezger, segundo a qual a ilicitude é a razão de ser da tipicidade, estando inclusa em seu conceito, sendo, portanto, *ratio essendi* desta, de modo que, ao criar o tipo penal, o legislador cria, também, a ilicitude específica daquela conduta, transformando “a ação em ação antijurídica, sem dúvida não por si só, mas em vinculação com a ausência de fundamentos especiais excludentes do injusto” (SANTOS, 2004, p. 35).

Por fim, essa teoria deu origem à teoria dos elementos negativos do tipo, que, na prática, tem os mesmos efeitos da teoria da dependência absoluta, no entanto, fundamenta-se de forma diversa. Sustenta que o tipo penal é composto por elementos expressos e elementos implícitos, sendo que os expressos são os elementos tradicionais do fato típico, conduta, resultado, nexos de causalidade e tipicidade, enquanto os negativos são as excludentes de ilicitude, que, para que reste caracterizado o fato típico não poderão estar presentes, sendo, portanto, elementos negativos do tipo.

O tipo legal descreve as características positivas do tipo de injusto, enquanto os preceitos permissivos excludentes da antijuridicidade constituem características negativas do tipo de injusto, separadas dos tipos legais por

motivos técnicos, de modo que todo tipo de injusto deveria ser lido assim: matar alguém, exceto em legítima defesa, em estado de necessidade, etc. - ou seja, um homicídio em legítima defesa seria uma ação atípica, e não uma ação típica justificada (SANTOS, 2004, p. 36).

Prevalece, atualmente, a teoria indiciária, em que havendo tipicidade, presume-se a ilicitude, sendo esta excluída quando presente causa excludente de ilicitude. Assim, a ilicitude pode ser definida como o juízo de desvalor que recai sobre a conduta praticada, de modo que a sua presença é verificada por meio da constatação da ausência de causas justificantes, chamadas excludentes de ilicitude. As causas justificantes podem estar presentes dentro ou fora do Direito Penal, sendo que, havendo permissão para determinado comportamento em quaisquer dos ramos do Direito, por ser este uno, estará excluída a ilicitude, uma vez que tal comportamento não pode ser, ao mesmo tempo, proibido e permitido.

Para os fins aqui pretendidos, importa analisar as causas legais genéricas de exclusão da ilicitude, descritas no artigo 23 do Código Penal (BRASIL, 1940), quais sejam, estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal e exercício regular do direito, pois, presente uma delas, será o comportamento permitido, não mais ilícito, não havendo, portanto, crime. Insta salientar que, em qualquer das excludentes de ilicitude, havendo excesso, doloso ou culposo, será o agente por ele responsabilizado, conforme estabelece o parágrafo único do artigo 23 do Código Penal (BRASIL, 1940).

(...) percebe-se que o legislador tomou para si a responsabilidade de dizer quando uma ação típica não se configurará em crime, sendo assim, o dispositivo produz efeitos importantíssimos em toda a órbita jurídica, pois, tende a mudar todo o rumo do processo em andamento (SOUZA, 2015, p. 38).

O artigo 24 do Código Penal (BRASIL, 1940) estabelece que se considera em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se. Significa dizer que “para que se tenha o estado de necessidade deve haver um perigo atual ou iminente, que coloca em conflito interesses legítimos. Ou seja, nesse sentido o agente tem que ofender um bem alheio para assim salvar direito próprio ou de terceiro” (LIMA, 2019, p. 25).

O parágrafo primeiro desse dispositivo exclui a possibilidade de alegação de estado de necessidade por aquele que tem o dever legal de enfrentar o perigo, como o bombeiro ou o policial, sendo necessária a ponderação entre os bens jurídicos expostos ao risco para dizer se de havia ou não o dever legal de enfrentar o perigo. Por exemplo, no caso do bombeiro, não está presente este dever em relação à recuperação de objetos deixados para trás pelas vítimas

ou, ainda, como bem explicam Martinelli e Bem (2020), nos casos em que o risco à sua vida for nitidamente maior do que a chance de resgate delas. Por fim, é importante salientar que o Código Penal brasileiro adota a teoria ou fórmula unitária em relação ao estado de necessidade, de modo que, sendo o bem jurídico sacrificado de menor ou igual valor que aquele preservado, sempre haverá a exclusão da ilicitude da conduta. “Assim, para o nosso Código Penal, ou a situação reveste-se de razoabilidade, ou não há estado de necessidade” (PORTO, 2009, p. 33).

A segunda excludente de ilicitude é a legítima defesa, descrita no artigo 25 do Código Penal (BRASIL, 1940), segundo o qual se entende em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem. Vê-se, portanto, que a legítima defesa repele uma agressão injusta, ou seja, não provocada ou legitimada por lei, que está acontecendo ou prestes a acontecer. Ainda, o agente deve agir com proporcionalidade à agressão, utilizando-se de meio necessário, adequado, à repulsa e, havendo diversos meios para tanto, deve optar pelo menos danoso. “Quando a reação não se dá com moderação e é reconhecido o excesso, a ação do agente será equiparada ao crime previsto no tipo penal e deve ser feita a verificação se caberá ou não a respectiva punição” (MATOS, 2019, p. 9).

Ainda, a Lei 13.964/2019 (BRASIL, 2019) incluiu o parágrafo único no artigo 25 do Código Penal (BRASIL, 1940), prevendo uma hipótese de legítima defesa específica para os agentes de segurança pública, que atuam para repelir agressão ou ameaça de agressão à vítima mantida refém durante a prática de crimes. Veja-se que, nesse caso, o agente deve agir enquanto ainda está sendo praticado o delito, de modo que, cessado o cometimento do delito, o agente que atua nesse sentido atua de maneira ilícita e responde por seus atos.

Já o exercício regular do direito, previsto no inciso III do artigo 23 do Código Penal (BRASIL, 1940), não tem uma definição legal, sendo entendido como o exercício de um direito previsto em lei, dentro dos limites legais a ele impostos.

(...) a antijuridicidade é única e não privativa do direito penal, ou de qualquer outro ramo do direito. O ordenamento jurídico tem de ser harmônico. Por isso, se um comportamento é aprovado ou legitimado por lei extrapenal (civil, administrativa, etc.), o direito penal não pode considerá-lo um ilícito penal. Assim, sempre que o direito admite uma conduta, essa mesma conduta não pode ser punida pela legislação penal. Note-se porém que a lei fala em exercício regular do direito, demonstrando que não podem ser ultrapassados os limites, determinados ou implícitos (PORTO, 2009, p. 47).

Dessa forma, atua em exercício regular do direito o lutador de boxe que, dentro de uma competição que atenda aos requisitos legais do esporte, bate em seu adversário, não havendo,

nesse caso, que se falar em lesão corporal. No entanto, aquele que age da mesma forma, porém no âmbito de uma briga clandestina, organizada para fins de promoção de apostas, por exemplo, responderá pelas lesões praticadas.

Por fim, importante para os fins aqui pretendidos anotar que, em 2018, foi incluída excludente de ilicitude específica no artigo 218-C, § 2º, do Código Penal (BRASIL, 1940), segundo a qual não há crime quando o agente ofereça, troque, disponibilize, transmita, venda ou exponha à venda, distribua, publique ou divulgue fotografia, vídeo ou outro registro audiovisual que contenha cena de estupro, de estupro de vulnerável ou que faça apologia ou induza a sua prática, desde que em publicação de natureza jornalística, científica, cultural ou acadêmica com adoção de recurso que impossibilite a identificação da vítima, ressalvada sua prévia autorização, caso seja maior de 18 (dezoito) anos.

A última das causas legais genéricas de excludente de ilicitude é o estrito cumprimento do dever legal, segundo a qual quando a prática de determinado fato tido como típico decorre de dever expresso em lei, penal ou não, exclui-se a ilicitude do comportamento. Assim, a própria lei estabelece as situações que uma ação, ainda que prevista em lei como típica e que cause lesão ou exponha a risco o bem jurídico tutelado, não será ilícita. Como explica Masson (2020), se fosse comum no Brasil a imposição da pena de morte, não poderia o Direito determinar que o agente a executasse e, em seguida, puni-lo pelo crime de homicídio.

O dever pode ser imposto por qualquer lei, seja penal, seja extrapenal, pois as obrigações de natureza social, moral ou religiosa não determinadas por lei, não se incluem na justificativa. O dever pode estar contido em regulamento, decreto ou qualquer ato emanado do poder público, desde que tenha caráter geral (PORTO, 2009, p. 48).

Além da previsão expressa do comportamento em lei, outro requisito para que se configure essa excludente de ilicitude, é que o agente atue dentro dos limites impostos ao direito exercido em sua disciplina legal, sob pena de responder pelo excesso praticado.

Na atuação dos agentes públicos no cumprimento de um dever há a necessidade de delimitar o correto e proporcional uso da força, pois não é possível descrever legalmente todas as possíveis situações concretas em que se deverá usar a força para manter a ordem. Os princípios de necessidade e proporcionalidade devem fixar limites objetivos do uso da força pelos agentes. O emprego da força deve ser proporcional à gravidade do caso (AMARAL, 2017, p. 29).

O estrito cumprimento do dever legal é uma das hipóteses de exclusão da responsabilidade penal encontrada na regulamentação do instituto da infiltração policial, como será analisado em título próprio.

### 4.1.3 Culpabilidade

O último elemento caracterizador do delito é a culpabilidade, que pode ser entendida como o juízo de censura acerca do fato praticado pelo autor, ou seja, a possibilidade de atribuir a alguém a responsabilidade por um fato criminoso, considerando suas condições pessoais, ou “possibilidade de reprovação do fato ao autor que cometeu um injusto penal tendo, naquele momento liberdade para comportar-se de acordo com o Direito” (COSTA, 2016, p. 32). O estabelecimento dos elementos que compõe a culpabilidade evoluiu ao longo do tempo, passando por três principais teorias, a psicológica, a normativa ou psiconormativa, e a normativa pura, adotada pelo Código Penal brasileiro (BRASIL, 1940).

Para a teoria psicológica, idealizada por Franz von Liszt e Ernst von Beling, a culpabilidade baseia-se nos elementos imputabilidade e dolo ou culpa, traduzindo o vínculo psicológico existente entre o fato típico e seu autor, devendo ser analisada, portanto, “em dois estágios legais, de maneira que a primeira (causalidade) se encontra caracterizada na tipicidade e na antijuridicidade, e a última parte (vínculo psicológico) constitui a base da culpabilidade” (TAVARES, 1980, p. 20). No entanto, essa teoria não resolvia situações como o ato praticado sob coação moral irresistível ou a culpa inconsciente, sendo, portanto, abandonada.

A segunda teoria acerca da culpabilidade, a teoria normativa ou psiconormativa, idealizada por Reinhart Frank, une os elementos estabelecidos anteriormente, imputabilidade e dolo ou culpa, a um terceiro elemento, qual seja, a reprovabilidade do ilícito. Assim, conforme explica Frank (2002), para que seja culpável o agente, é necessário que exista a aptidão espiritual normal, ou seja, a imputabilidade do agente, a ligação psíquica concreta ou possível do agente com o fato, ou seja, deve ter desejado o resultado ou assumido o risco de obtê-lo, identificando-se o dolo e a culpa, e, por fim, a normalidade das circunstâncias sob as quais o agente atua, sendo necessário, na análise do caso concreto, a verificação de que, naquela situação, não era possível exigir-se do agente que agisse de forma diversa, identificando-se o elemento hoje conhecido como exigibilidade de conduta diversa.

Por fim, a última das teorias acerca da culpabilidade, adotada atualmente, é a teoria normativa pura, criada por Hans Welzel, segundo a qual a culpabilidade é composta pela imputabilidade, que é a capacidade do agente de ser responsabilizado pelo ato praticado, sendo que o Brasil adota o critério biopsicológico, sendo imputáveis os maiores de 18 (dezoito) anos

que estejam em pleno gozo de sua saúde mental; pela exigibilidade de conduta diversa e pela potencial consciência da ilicitude do fato.

A teoria normativa pura da culpabilidade criada por Welzel com ideal finalista retirou os elementos dolo e culpa, psicológicos da culpabilidade, quebrando a teoria psicológica da culpabilidade, passando o dolo e a culpa agora para a conduta do agente, sendo objeto da tipicidade (COSTA, 2016, p. 34).

A inclusão da potencial consciência da ilicitude como um dos requisitos da culpabilidade decorre exatamente desse deslocamento do dolo e da culpa para a tipicidade subjetiva, sendo necessário, para que seja possível a responsabilização, que o agente saiba que o ato por ele praticado é proibido pelo ordenamento jurídico. Não significa que o agente deva ter conhecimento da lei em si, até porque, ante a vasta quantidade de legislação, se este fosse o caso, apenas os estudiosos do Direito, quando muito, poderiam ser responsabilizados por delitos cometidos. O que se busca é que o agente saiba que aquela conduta não é aceitável pela sociedade.

(...) na possibilidade de uma falta de consciência da ilicitude não está ínsita uma confissão a favor ou contra o princípio da culpa, mas uma diferença nos modos de entender o seu conteúdo material e, sobretudo, nas formas de conceber o âmbito daquela falta e de a delimitar perante o erro intelectual – tudo dentro do mais integral respeito pelo princípio e pelo pensamento da culpa (DIAS, 2000, p. 311).

Por fim, tem-se a exigibilidade da conduta diversa, pela qual deve ser demonstrado que, na situação em análise, daquele sujeito poderia ser exigido comportamento diverso, que fosse compatível com a ordem jurídica, isto porque “o conteúdo da reprovabilidade repousa no fato de que o autor devia e podia adotar uma resolução de vontade de acordo com o ordenamento jurídico, e, não, uma decisão voluntária ilícita” (PRADO, 2008, p. 380).

Vistos os elementos que compõem a culpabilidade, importa analisar as causas que a excluem, impedindo, portanto, a conformação do delito, quais sejam, a inimputabilidade, a ausência do potencial conhecimento da ilicitude e a inexigibilidade de conduta diversa.

(...) A conduta do agente sendo penalmente ilícita, e se não houver nenhuma excludente de ilicitude, o terceiro passo é analisar a culpabilidade. (...) se faltar algum desses requisitos não há crime. Ainda seguindo esta linha de raciocínio, no que tange à culpabilidade, se o agente não for imputável, se o mesmo não teve consciência sobre seus atos e também não pode agir de outro modo senão ao qual agiu, mais uma vez, não haverá crime. Sendo, portanto, aplicado a excludente de culpabilidade (SOUZA, 2015, p. 40).

A inimputabilidade é prevista no Código Penal (BRASIL, 1940) em seus artigos 26, 27 e 28, § 1º, de modo que são inimputáveis os agentes que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, e, ainda, os que, por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior eram, ao tempo da ação ou omissão, inteiramente incapazes de entender o caráter ilícito do fato ou se determinarem de acordo com esse entendimento, e os menores de 18 (dezoito) anos.

O termo “doença mental” deve ser entendido como toda alteração que suprima a capacidade do sujeito de entender o caráter ilícito do fato e/ou sua capacidade de autodeterminação, podendo ser permanente ou transitória, incluindo, portanto, as decorrentes do uso de drogas e de enfermidades físicas que atinjam a capacidade psíquica do indivíduo. Já quanto ao desenvolvimento mental incompleto, a previsão abrange, além dos menores de idade, também os indígenas, de modo que, avaliado o caso concreto, o indígena poderá ser imputável, quando totalmente integrado à sociedade; semi-imputável, quando não é totalmente integrado à sociedade, estando dividido entre suas normas e as que regem a tribo; ou inimputável, quando desconhece totalmente as regras sociais, estando totalmente imerso naquelas que regem sua tribo. Por fim, o desenvolvimento mental retardado abrange os oligofrênicos, bem como os que apresentem deficiência no coeficiente psíquico, intelectual, em razão da ausência ou deficiência dos sentidos.

A doença mental, o desenvolvimento mental incompleto, relativamente ao indígena, bem como o retardado deverão ser comprovados por meio de perícia médica, enquanto que a prova da menoridade deve ser feita por documento hábil, nos termos da Súmula 74 do Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 1993).

Também exclui a culpabilidade do agente a ausência do potencial conhecimento da ilicitude do fato, prevista no artigo 21 do Código Penal (BRASIL, 1940). O artigo estabelece que o desconhecimento da lei é inescusável, no entanto, prevê a análise acerca do erro em relação à ilicitude, devendo ser demonstrado se o agente possuía ou não condições de conhecer a proibição. Assim, sendo inevitável o erro, é o agente isento de pena, excluindo-se sua culpabilidade; sendo evitável, mantém-se a culpabilidade, devendo o agente ser responsabilizado, sendo prevista, no entanto, a possibilidade de redução da pena imposta.

Por fim, a última excludente da culpabilidade é a inexigibilidade de conduta diversa, prevista no artigo 22 do Código Penal (BRASIL, 1940), segundo o qual não é punível o agente que atua, dentro do caso concreto, da única forma possível, esteja ele sob coação moral irresistível ou em estrita obediência a ordem não manifestamente ilegal de superior hierárquico.



Na coação moral irresistível, é verificada uma circunstância na qual não é pertinente exigir que o autor enfrente uma ameaça, tendo em vista que há uma coação moral que torna irrazoável uma pretensão de obediência à ordem jurídica. A obediência à ordem não manifestamente ilegal de superior hierárquico, por sua vez, caracteriza-se pela estrita observância de ordem superior com aparência de legalidade, na qual igualmente não é exigível uma decisão entre sofrer um mal e causar um mal (ALBAN, 2019, p. 25).

A coação moral absoluta, conhecida como *vis compulsiva*, é a ameaça grave a ponto de eliminar a capacidade do agente de resistir a ela. Ao contrário da coação física irresistível, ou *vis absoluta*, que exclui a conduta em si, a coação moral irresistível exclui a liberdade de agir do coacto, sendo este mero instrumento do crime, e, portanto, isento de pena, enquanto impõe a responsabilização daquele que coage, o autor mediato do fato.

Já quanto à estrita obediência a ordem não manifestamente ilegal de superior hierárquico, insta salientar que esta é própria das relações de direito público, não sendo abrangida por este dispositivo a hierarquia verificada no âmbito das relações privadas. Assim, para que incida a excludente é necessário que exista uma ordem, emanada por agente competente para tanto, de hierarquia superior àquele a quem a ordem é dirigida, e, ainda, que esta não seja manifestamente ilegal, ou seja, contrária ao ordenamento jurídico pois, se o for, devem responder pelo ato praticado tanto quem dá a ordem, quanto aquele que a executa sabendo de sua ilegalidade.

Como explica Amaral (2017), a subordinação do agente decorre da própria estrutura da Administração Pública, de modo que, não havendo dúvida quanto à legalidade da ordem emanada, deve ela ser cumprida, sendo excluída a ilicitude da conduta, pois “em caso de conflito entre uma ordem não manifestadamente ilegal e a ofensa a um bem jurídico, afetado por essa ordem, a lei será a favor das necessidades de funcionamento da administração pública” (AMARAL, 2017, p. 35).

Assim, dotada a ordem de aparência de legalidade e emanada de superior hierárquico, no âmbito do direito público, o agente que a cumpre será isento de reponsabilidade.

Como se nota, ambas são situações claras de inexigibilidade de conduta diversa, nas quais é observada uma tolerância geral de atuação, em decorrência da “não obrigatoriedade” da conduta conforme a norma ante a impossibilidade de exigência de atos heroicos pelo Direito. Nesses casos, por mais que exista a possibilidade de vinculação do sujeito à norma proibitiva violada, as peculiaridades fáticas indicam a inexigibilidade de realização de uma conduta respeitadora da norma. Por um lado, não se pode exigir que o coagido enfrente a grave ameaça sofrida; por outro lado, não é plausível exigir o

descumprimento de uma ordem superior pelo subordinado, notadamente diante da razoável necessidade de subserviência e aparente legalidade da determinação. (ALBAN, 2019, p. 142).

Além dessas duas causas previstas em lei, a doutrina sustenta a existência de uma cláusula geral de inexigibilidade de conduta diversa. Isto porque a prática demonstra, além da existência de inúmeras situações similares, em que não é razoável exigir do agente um comportamento conforme a norma, a impossibilidade de previsão legislativa de todas as situações que se enquadrariam nessa excludente, de modo que se entende serem as hipóteses legais elencadas no artigo 22 do Código Penal (BRASIL, 1940) meramente exemplificativas. Assim, ainda que não se enquadre nas hipóteses previstas na lei, é possível a exclusão da culpabilidade do agente a partir da análise da possibilidade de se exigir dele a atuação em conformidade com a lei, naquela situação concreta, com base nos princípios gerais do direito, em especial o princípio da proporcionalidade, consagrando, assim, causa especial de excludente de culpabilidade.

Com efeito, como o reconhecimento de hipóteses legais de inexigibilidade de conduta diversa não impede a admissão de uma cláusula aberta pautada no princípio geral da exigibilidade, ao lado das estipulações do art. 22 do Código Penal, deve-se também defender a previsão normativa de uma “cláusula geral de inexigibilidade de conduta diversa”. Deve ser reconhecida a existência de um preceito permissivo – de natureza supralegal, mas fundado em princípio informador da ordem jurídica –, que abarca todas as situações limítrofes que não podem ser ajustadas àquelas normas de pretensão generalizante. Sendo assim, não enquadrada a situação em qualquer das situações precedentes, será possível submeter a conduta a uma verificação significativa para examinar se era plausível exigir uma atuação conforme a norma naquela situação específica (ALBAN, 2019, p. 142/143).

Insta salientar que, na análise das causas supraleais de exclusão da culpabilidade, as circunstâncias pessoais do agente também serão levadas em consideração, não se pautando a verificação, como em regra se faz no Direito, no comportamento do “homem médio”, mas sim nas peculiaridades específicas daquele caso, nas circunstâncias factuais concretas e nas características próprias do agente, de modo que “a falta de oportunidades, as condições sociais, uma situação de desespero ou ingenuidade genuína do autor são fatores que podem reduzir ou eliminar o juízo de reprovabilidade de sua conduta” (MARTINELLI; BEM, 2020, p. 778).

Os principais exemplos de causas supraleais de exclusão da culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa são o fato de consciência, fundamentado na liberdade de crença e de consciência, garantida na Constituição Federal, sendo que, “para que efetivamente haja a exculpação é necessária a existência de uma alternativa neutra, apta a isentar de lesão o

bem jurídico tutelado” (BERTONI, 2013, p. 110), como é o caso clássico dos Testemunhas de Jeová, que, mesmo em situações em que um filho corre risco de morte, não permitem a transfusão de sangue, que acaba sendo autorizada pelo Juízo da Infância; e a desobediência civil, por meio da qual busca-se a defesa de direitos fundamentais, a demonstração da injustiça de determinado ato normativo e a mudança na ordem estabelecida.

Dessa forma, quando analisada a situação em concreto na qual decorreu a conduta ilícita do agente, somada às suas qualidades pessoais, a lei garante um espaço de questionamento, tolerância e validação de sua liberdade pessoal, ou, como explica Palma (2005), uma área de exclusão da culpa e da desculpa, desde que reste demonstrado que não era de fato exigível que se comportasse de outra maneira, compatível com ordenamento jurídico.

Analisados os elementos compositores do delito, fato típico, ilícito e culpável, e as causas de exclusão da ilicitude e da culpabilidade, que, quando presentes, impedem a responsabilização do agente, passa-se à análise específica da responsabilidade penal do agente infiltrado.

#### **4.2 Responsabilidade penal do agente infiltrado**

A participação do agente infiltrado, seja esta uma infiltração tradicional ou digital, nos delitos cometidos pela organização criminosa que investiga, ou mesmo a prática de delitos autônomos pelo agente é, mais cedo ou mais tarde, inevitável. Isto porque, a recusa contínua do agente à prática de crimes, certamente levantará suspeitas acerca de sua confiabilidade colocando em risco não só o sucesso da operação, mas, em especial tratando-se de infiltração tradicional, onde há o contato pessoal do agente com o investigado, sua própria incolumidade física. Ainda, não raro será o agente obrigado a cometer delitos para viabilizar a infiltração em si, uma vez que o cometimento de crimes é uma forma de conquistar a atenção e o respeito dos investigados, dando início, portanto, ao processo de infiltração.

Especialmente em relação à infiltração digital, em que o agente deve infiltrar comunidades estabelecidas na *Dark Web*, seu ingresso só será permitido após o cometimento de determinado crime, pois os administradores dessas comunidades o exigem como uma espécie de ritual de iniciação, e, até mesmo, uma contramedida à infiltração policial. Assim, dentro de limites que devem ser devidamente estabelecidos, é irreal presumir possível a infiltração de agentes policiais sem o cometimento de quaisquer crimes.

Esse é o caso por exemplo, das infiltrações em grupos virtuais, privados ou secretos, que se dedicam à prática de crimes relacionados à pornografia infantil, seja transmissão, seja a produção de imagens dos abusos sexuais por eles praticados. É muito comum que os membros desses grupos exijam provas de que o novato é um criminoso do mesmo jaez. Nesse caso, para a construção da credibilidade do perfil infiltrado será necessário possuir e compartilhar pornografia infantil (MANN, 2016, p. 121).

Há, portanto, uma disputa de valores, tendo, de um lado a eficiência e eficácia da investigação e da persecução penal e, de outro, a moralidade e a licitude dos métodos de investigação adotados pelo Estado. No Brasil, e na maior parte do mundo, o sopesamento desses valores levou à eleição da eficácia estatal, permitindo-se o emprego do agente infiltrado, principalmente, por questões de política criminal, em razão do crescimento exponencial da criminalidade organizada e dos delitos cometidos no âmbito da Internet.

(...) a infiltração policial trata-se da técnica operacional de investigação que consiste em introduzir um policial em meio às atividades ilícitas de determinado grupo criminoso, dele se tornando parte (leia-se, participando efetivamente das atividades ilícitas), com o fim de desarticulá-lo (MARIATH, 2013, p. 70).

Assim, a necessidade de que o agente infiltrado cometa delitos, ou participe do cometimento deles, é flagrante, seja para viabilizar a infiltração em si, seja para garantir tanto o seu prosseguimento e sucesso, quanto sua segurança pessoal, sendo de extrema importância a definição acerca da possibilidade de exclusão da responsabilidade desse agente pelos crimes cometidos.

(...) o que não se pode admitir é a sua responsabilização penal incondicional pelas práticas delituosas praticadas. Não quer dizer-se que o agente infiltrado estará isento de qualquer prática delituosa, todavia deve tomar-se como acontecimento corriqueiro, a prática de delito isentada de responsabilidade penal, excepcionando-se as práticas que merecem o severo rigor da lei penal, quando não abarcadas pela devida isenção (MARTINS, 2008, p. 67).

Conforme exposto no capítulo anterior, para que seja possível o emprego da técnica de investigação da infiltração de agentes, será necessária prévia autorização judicial, que deverá estabelecer os limites da atuação do agente infiltrado, ou seja, deverá descrever quais outros métodos investigativos poderão ser por ele empregados, como a gravação ambiental ou a escuta telefônica, e, além disso, dispor acerca de quais delitos poderá o agente cometer para viabilizar a investigação, não sendo por eles responsabilizado. No entanto, não é crível que o magistrado terá capacidade de antecipar todas as situações que poderão se apresentar durante a infiltração, motivo pelo qual as leis de regência estabelecem a necessidade de responsabilização do agente

quando não atue de acordo com a autorização recebida, com a estrita finalidade da investigação e com a devida proporcionalidade.

Por exemplo, quando infiltrado um agente em uma organização criminosa estabelecida para fins de tráfico de drogas, é simples prever que este agente, em determinado momento, será obrigado a transportar entorpecentes para viabilizar a continuidade da operação, ou que um agente infiltrado na Internet para investigar delitos de pornografia infantil deva, eventualmente, compartilhar material dessa natureza para que consiga efetivamente se infiltrar na comunidade alvo. No entanto, não haveria por quê o magistrado, quando da autorização da infiltração, prever a exclusão da responsabilidade penal do agente em relação a delito de lesão corporal. Ora, trata-se de agente policial, de modo que, caso presencie um dos investigados agredindo um terceiro, teria o dever legal de atuar para impedir a agressão, no entanto, tal atuação certamente colocaria em risco tanto a operação quanto ele próprio.

A prática de infrações pelo agente infiltrado é, logicamente, um caminho quase que obrigatório a se seguir quando na constância da infiltração. A prática dessa em uma organização criminosa é um ato de extrema periculosidade que, ante ao menor descuido, pode comprometer toda a operação e a própria integridade física do agente. Por esse ângulo pode-se perceber que, em grande parte dos casos, o agente infiltrado não possui alternativas senão a da cooperação para com a organização criminosa (MARTINS, 2008, p. 60).

Assim, independente do delito que está sendo investigado no caso concreto, não há como se predeterminar com absoluta certeza qual prática delituosa será exigida do agente policial para que consiga se infiltrar em determinada organização criminosa ou comunidade virtual, sendo necessária a existência de uma forma de exclusão da responsabilidade por esses atos, com base em critérios pré-definidos, ainda quando sua atuação não tenha autorização expressa. Assim, certo é que o sucesso da operação em si “não poderá, por si só, ser suficiente para afastar a sua punibilidade em relação a infrações que, por ventura, tenha cometido no decurso da sua atuação. Mas também não pode ele ficar totalmente desprotegido (CASIMIRO, 2019, p. 29).

Com base nesse entendimento, a Lei 12.850/2013 (BRASIL, 2013), em seu artigo 13, e a Lei 13.441/2017 (BRASIL, 2017), em seu artigo 190-C, estabelecem, *a contrario sensu*, que não será responsabilizado o agente infiltrado que atuar dentro dos limites da autorização recebida, atentando à estrita finalidade da investigação, e de acordo com o princípio da proporcionalidade.

Dessa forma, estabelece-se uma escusa de responsabilidade para todos os atos caracterizados como infrações penais, praticados pelo agente infiltrado, seja física ou

digitalmente, desde que comprovadamente necessários à efetiva infiltração policial ou sua continuidade, observem a finalidade da investigação e sejam proporcionais aos fins perseguidos. Existem quatro correntes na doutrina pátria acerca da natureza jurídica dessa exclusão, sendo escusa absolutória com opção de política criminal; atipicidade da ação por ausência de dolo; excludente de ilicitude pelo estrito cumprimento do dever legal; e causa especial de exclusão da culpabilidade por inexigência de conduta diversa.

Discute-se, entretanto, qual seria a natureza da exclusão da responsabilidade penal do agente infiltrado. É possível identificar as seguintes soluções: 1.<sup>a</sup>) trata-se de uma causa de exclusão de culpabilidade, por inexigibilidade de conduta diversa. Isso porque, se o agente infiltrado tivesse decidido não participar da empreitada criminosa, poderia ter comprometido a finalidade perseguida com a infiltração, ou seja, não havia alternativa senão a prática do crime; 2.<sup>a</sup>) escusa absolutória: o agente infiltrado age acobertado por uma escusa absolutória, na medida em que, por razão de política criminal, não é razoável nem lógico admitir a sua responsabilidade penal. A importância da sua atuação está diretamente associada a impunidade do delito perseguido; 3.<sup>a</sup>) trata-se de causa de excludente da ilicitude, uma vez que o agente infiltrado atua no estrito cumprimento do dever legal; 4.<sup>a</sup>) atipicidade penal da conduta do agente infiltrado. Essa atipicidade, todavia, poderia decorrer de duas linhas de raciocínio distintas. A atipicidade poderia derivar da ausência do dolo por parte do agente infiltrado, uma vez que ele não age com a intenção de praticar o crime, mas visando a auxiliar a investigação e a punição do integrante ou dos integrantes da organização criminosa. Faltaria, assim, imputação subjetiva. De outro lado, a atipicidade poderia derivar da ausência de imputação objetiva, porque a conduta do agente infiltrado consistiu numa atividade de risco juridicamente permitida, portanto, sem relevância penal. Seja lá qual for a interpretação que se faça em relação à natureza jurídica da isenção da responsabilidade penal do agente infiltrado, para que essa efetivamente se ultime, devem concorrer algumas exigências: a) a atuação do agente infiltrado precisa ser judicialmente autorizada; b) a atuação do agente infiltrado o qual comete a infração penal deve ser uma consequência necessária e indispensável para o desenvolvimento da investigação, além de ser proporcional à finalidade perseguida, de modo a evitar ou coibir abusos ou excessos; c) o agente infiltrado não pode induzir ou instigar os membros da organização criminosa a cometer o crime, o que configuraria um delito provocado, o qual, devido à sua impossibilidade de consumação, é impune tanto em relação ao sujeito provocado como ao provocador. O provocador poderia responder pelo crime de abuso de autoridade (JESUS; BECHARA, 2005).

A corrente da exclusão da responsabilidade do agente infiltrado com base na noção de escusa absolutória, que encontra guarida nas legislações espanhola e portuguesa, por exemplo, sustenta que o agente infiltrado não será responsabilizado por eventuais delitos praticados durante a infiltração por opção de política criminal, caracterizando causa pessoal de exclusão da aplicação da pena. Veja-se que a escusa absolutória não exclui a tipicidade ou a ilicitude do

fato, nem a culpabilidade do sujeito, impedindo, apenas, o juízo de reprovação pessoal daquele agente, que praticou um delito, conforme explica Sales (1993).

Assim, a necessidade da atuação do agente infiltrado justificaria a impunidade de eventual delito por ele praticado, sendo que, quando o delito for praticado em conjunto com os investigados, a escusa absolutória abrangeria apenas ele, não se comunicando suas condições pessoais aos demais indivíduos que tenham participado do cometimento do delito. No entanto, o Estado continuaria responsável, subsidiariamente, pelo delito cometido pelo agente enquanto infiltrado, mesmo não sendo-lhe imposta pena, e, além disso, “afirmar que sua impunidade se dá em razão de política criminal seria o mesmo que afirmar que seu ato criminoso caracterizar-se-ia como um ‘nada’ jurídico, dando amplo espaço à arbitrariedade” (SOARES, 2015, p. 154/155).

Já a corrente que se apoia na noção de atipicidade da conduta por ausência de dolo baseia-se no entendimento de que, para que seja típica uma ação, não basta estar ela prevista como tal no ordenamento jurídico, ou seja, não é suficiente a tipicidade formal da conduta, sendo necessário analisar, ainda, a tipicidade material, baseada no princípio da lesividade ao bem jurídico tutelado, e a antinormatividade da conduta. Dessa forma, considerando que o agente não age com dolo de cometer o delito, mas sim com o intuito de fomentar a investigação e garantir a persecução penal dos investigados, ficaria descaracterizada a tipicidade penal em razão da ausência de imputação subjetiva.

(...) verifica-se que os adeptos do afastamento da responsabilidade penal do agente infiltrado com fundamento na atipicidade conglobante, consideram o ato, em si, típico. Entretanto, entendem que a conduta, embora formalmente típica, encontra-se fomentada e/ou imposta pela autorização judicial que precede a investigação infiltrada, fundamentando-se, comumente, nas hipóteses de estrito cumprimento do dever legal e do exercício regular de direito (ALMEIDA, 2016, p. 49/50).

No entanto, apesar de não existir o dolo no cometimento do delito, é certo que o agente o pratica, existindo uma conduta ilícita e ofensiva a bens jurídicos. Veja-se, a título de exemplo, o agente infiltrado que, para viabilizar a investigação, tem em depósito entorpecentes, pratica uma conduta formalmente típica, prevista no ordenamento, ilícita e ofensiva ao bem jurídico tutelado, qual seja, a saúde pública. Em verdade, nesse caso, o que diferencia o investigado e o agente infiltrado são as características pessoais do segundo, em especial, o fato de ser agente de segurança pública atuando na investigação de delitos, o que faz com que sua atuação seja analisada com base em critérios distintos daqueles utilizados para o investigado.

Já no tocante à ausência de imputação objetiva, que sustenta a necessidade de ser analisada, no caso concreto, se o resultado ocorrido pode ou não ser imputado ao agente, não sendo suficiente para tanto que ele seja decorrente de uma conduta por ele praticada. Essa teoria, criada por Claus Roxin, prevê que, para que seja possível essa imputação, devem verificar-se três condições, a criação ou o aumento de um risco não permitido, a realização desse risco no resultado, e que o resultado ocorrido esteja dentro da esfera de proteção da norma. Assim, não seria possível imputar-se o resultado ao agente, quando:

1) O resultado decorra do exercício de um de risco permitido ou de uma ação do agente que tenha visado apenas diminuir um risco não-permitido; 2) O risco não-permitido não chegue a se realizar no resultado concreto; 3) O resultado se encontre fora do alcance do tipo ou da esfera de proteção da norma (STIVANELLO, 2003, p. 72).

Assim, a escusa de reponsabilidade do policial infiltrado se basearia na ausência de imputação objetiva em razão de enquadrar-se no conceito de risco permitido, segundo o qual, não é possível o desvalor penal de uma conduta desprovida de dolo ou culpa, sob pena de se atribuir a um resultado, oriundo de uma conduta irrelevante para o Direito, um desvalor penal. No entanto, como explica Roxin (*apud* BURGEL, 2017),

(...) se propuséssemos a utilização do risco permitido como causa de justificação, ele não seria mais necessário enquanto instituto jurídico autônomo, podendo, portanto, ser completamente rechaçado. Ao ver do autor, o risco permitido não poderia configurar como causa de justificação pois “Do fato de correr-se um risco – ainda quando ele seja socialmente aceito – não surge a permissão para matar (BURGEL, 2017, p. 32).

Com isso, a principal crítica levantada acerca da tese da atipicidade da conduta do agente é que seria um contrassenso admitir que o Estado, visando o combate ao cometimento de ilícitos, autorize a prática de ilícitos por seus agentes, não sendo aceita a tese de que a autorização judicial prévia consiste em licença ou fomento ao cometimento de delitos.

Já a corrente da exclusão da responsabilidade penal com base na excludente de ilicitude do estrito cumprimento do dever legal fundamenta-se no entendimento de que, quando o agente infiltrado pratica um delito para viabilizar a infiltração ou que seja indispensável ao sucesso da operação, desde que esteja atuando de acordo com a autorização recebida e dentro dos limites da proporcionalidade, estará cumprindo uma obrigação imposta por lei, qual seja, a de investigação de delitos, não sendo, portanto, ilícita a sua conduta.

Almeida (2016) pauta-se, em especial, no entendimento de que a autorização judicial concedida para o emprego da infiltração de agentes configura cláusula geral de exclusão da



ilicitude das condutas do agente, desde que sua atuação guarde relação com a atividade de infiltração e respeite os princípios da proporcionalidade, legalidade e os direitos fundamentais dos investigados.

Por fim, tem-se a corrente que sustenta a exclusão da culpabilidade de agente policial infiltrado pela inexigibilidade de conduta diversa, descaracterizando o delito. Para essa corrente, o agente infiltrado incide em causa especial de excludente de culpabilidade, uma vez que se encontra em situação excepcionalíssima, na qual se vê obrigado ao cometimento de delitos não só para ganhar a confiança dos investigados e, assim, viabilizar a infiltração, mas também para garantir o seu sucesso e a sua segurança pessoal.

Veja-se que, não se enquadra, a atuação do agente infiltrado, nas causas legais de excludente de culpabilidade, não havendo que se falar em coação moral irresistível, uma vez que a tarefa da infiltração é voluntária, podendo o agente fazer cessar a operação a qualquer tempo e, além disso, uma vez infiltrado é considerado parte do grupo, sendo que, em regra, não será ameaçado ou forçado a cometer delitos, mas será esperado que os cometa, provocando suspeitas a sua negativa em fazê-lo; ou em obediência hierárquica, uma vez que, como visto, a hierarquia que justifica essa excludente é típica do setor público, não sendo cabível em relação à hierarquia existente no âmbito de uma organização criminosa, e, ainda que fosse, havendo uma ordem para o cometimento de delito, será esta manifestamente ilegal, afastando a incidência da excludente.

(...) vale ressaltar que no caso de infiltração de agentes policiais, a coação jamais poderá ser considerada irresistível, visto que a qualidade do agente infiltrado pressupõe treinamento e é voluntária para o exercício de tal tarefa. Por outro lado, também não há que se falar em obediência hierárquica pelo motivo óbvio de que o agente infiltrado não é “subalterno” do criminoso. O é apenas de forma fictícia ante sua situação anormal. Assim, ante à anormalidade de circunstâncias na qual atua o agente infiltrado, mais prudente é a afirmação de que existe a exclusão da sua culpabilidade, não lhe sendo aplicada pena nos casos em que cometer crimes, em razão de causa suprallegal de inexigibilidade de conduta diversa (SOARES, 2015, p.156).

Assim, quando o cometimento do delito se mostrar indispensável à viabilização da infiltração ou à sua continuação, desde que o agente atue de acordo com a finalidade da investigação, com a autorização judicial recebida e com o princípio da proporcionalidade, incidirá em causa especial de exclusão da culpabilidade.

Analisadas as teorias acerca da natureza jurídica da exclusão da responsabilidade penal do agente infiltrado, analisar-se-á, inicialmente, a legislação norte-americana que trata do tema

para, em seguida, analisar as excludentes de responsabilidade incluídas nas Leis 12.850/2013 (BRASIL, 2013) e 13.441/2017 (BRASIL, 2017).

#### 4.2.1 Legislação norte americana

A legislação norte-americana prevê o emprego de agentes infiltrados no *United States Code* ou Código dos Estados Unidos, sendo que o FBI – *Federal Bureau of Investigation* passou a utilizar essa técnica a partir de 1930. Ao contrário do que acontece no Brasil, a infiltração de agentes, nos Estados Unidos, não se limita aos crimes considerados de maior gravidade, sendo prevista por diversas vezes no Código americano, sendo aplicável em investigações que tratem desde fraude de seguros e operações alfandegárias até tráfico de drogas e terrorismo.

(...) tem origem na agência Pinkerton, que tinha gente encarregada de infiltração nas bandas do Oeste Americano. Depois da guerra civil, o Departamento do Tesouro dos Estados Unidos, infiltraram detetives para combater os roubos dos correios e as falsificações. Em 1930, nos Estados Unidos, através do FBI, aprimorou e começou a utilizar a técnica da infiltração policial para combater outros tipos de crime (FERNANDES, 2007, p. 139).

Ainda, a infiltração policial, nos Estados Unidos, poderá ser utilizada não só para a repressão de delitos, mas, também, para sua detecção e prevenção, não estando vinculada, como ocorre no Brasil, à existência de um procedimento investigativo prévio, sendo que a autoridade responsável pelas operações de infiltração será sempre o FBI, podendo contar com outras agências federais, estaduais ou locais. A citação abaixo esclarece quem pode ser considerado empregado infiltrado.

(...) qualquer funcionário do FBI ou funcionário de uma agência de aplicação de lei federal, estadual ou local trabalhando sob a direção e controle do FBI em uma investigação específica, cuja relação com o FBI é ocultada de terceiros no curso de uma operação investigativa pela manutenção de um disfarce ou identidade fictícia (Undercover, 1992, tradução nossa)<sup>6</sup>.

Veja-se que, nos Estados Unidos, a infiltração policial não fica restrita aos policiais federais e/ou civis, como acontece no Brasil, sendo possível que a infiltração seja feita por informantes particulares "pelo fato de que a aceitação da infiltração desses agentes seria melhor aceita por parte dos criminosos investigados do que a de policiais tentando agir como criminosos" (ALMEIDA, 2016, p. 23), sendo condicionada pela maior parte das legislações

---

<sup>6</sup> “Any employee of the FBI, or employee of a Federal, state, or local law enforcement agency working under the direction and control of the FBI in a particular investigation, whose relationship with the FBI is concealed from third parties in the course of an investigative operation by the maintenance of a cover or alias identity”.

estaduais que admitem essa prática, à prévia autorização judicial. Por fim, outra diferença digna de nota entre as legislações analisadas, é que, nos Estados Unidos, a infiltração por agentes de polícia será autorizada pelo próprio agente especial encarregado da operação (*special agent in charge – SAC*), ou em alguns casos, será exigida a autorização pelo Quartel General do FBI (*FBI Headquarters - FBIHQ*), ambos subordinados ao Advogado Geral dos Estados Unidos, chefe geral do Departamento de Justiça, que seria o equivalente ao Ministério Público brasileiro.

Tanto o guia do FBI quanto o Code of Federal Regulation determinam a necessidade de se fazer um relatório requerendo a aprovação do uso da medida investigatória, devendo relatar os riscos da operação (quanto à integridade do agente, danos à propriedade, custos financeiros, dano à imagem ou outras formas de lesão), os riscos de responsabilização civil do governo ou da ocorrência de alguma perda ao governo, os fatos relacionados às quebras de garantias constitucionais (sigilo de dados, telefônico etc.) e as possíveis condutas típicas praticadas pelos policiais infiltrados. Salta aos olhos a quantidade de dados a serem disponibilizados no pedido de utilização da infiltração policial a ser levada a cabo pelo FBI, cuidando-se tais requisitos de verdadeira ferramenta de controle prévio acerca da imprescindibilidade que deve guardar tal medida invasiva, a ser feito pelo SAC ou FBIHQ a depender da magnitude da operação (SOUSA, 2015, p. 67/68).

Interessante notar que, no tocante ao conflito entre garantias constitucionais do investigado, como o direito à privacidade e intimidade, ou mesmo o direito ao silêncio e de não produzir prova contra si mesmo, já em 1966, quando do julgamento do caso de Jimmy Hoffa, líder sindicalista com ligações ao crime organizado, restou decidido que, conforme explica Santamaría, (*apud* JOSÉ, 2010), as conversas ocorridas entre o investigado e o policial infiltrado foram voluntárias, assim como o oferecimento de informações pelo investigado, não tendo havido violação a quaisquer emendas constitucionais dos Estados Unidos, mesmo considerando que o infiltrado não havia revelado sua identidade e função ao investigado.

Ainda, diferente do que acontece no Brasil, nos Estados Unidos à polícia é permitido enganar e mentir para suspeitos, não se verificando, portanto, o conflito visto no Brasil em razão do emprego do engodo, da enganação do investigado, para viabilizar a infiltração policial. Veja-se:

À primeira vista, pode parecer que a principal distinção entre o trabalho infiltrado e todos os outros tipos de policiamento é a enganação. A enganação é usada, no entanto, em diversos aspectos do policiamento. O detetive pode mentir para o réu para obter uma confissão, um policial uniformizado pode convencer um suspeito armado e barricado a franquear-lhe a entrada, iludindo-o com a promessa de não o prender. O fato é que pequenas enganações permeiam a arte do policiamento eficaz. A diferença entre essas enganações e

aquelas relativas ao trabalho infiltrado pode ser uma questão de grau, mas é significativa. Um detetive pode mentir na sala de interrogatório sobre o status de um caso para encorajar uma confissão: um engano de propósito. Dentro do trabalho infiltrado, os suspeitos desconhecem o propósito da investigação e a qualidade de policial do agente. Na verdade, o objetivo do policiamento infiltrado é capturar criminosos em seu estado "natural", embora a ironia seja que os observadores são dúbios, ou, nos casos de vendas com iscas e armadilhas para crimes de rua, fazem parte das circunstâncias do crime (JOH, 2009, p. 161, tradução nossa)<sup>7</sup>.

Assim, incumbe ao agente infiltrado apurar o papel dos envolvidos em atividades criminosas, assim como os locais onde elas ocorrem e identificar eventuais fornecedores e colaboradores usados pelos membros da organização criminosa. É possível a infiltração de agentes do FBI e das demais agências federais, sendo que, atualmente, a agência que mais se utiliza desse método investigativo é a DEA – *Drug Enforcement Agency*, em investigações relacionadas ao tráfico de drogas; bem como é possível a infiltração de agentes de agências estaduais e locais, estas sempre sob o comando do FBI, e de particulares, sendo necessária autorização judicial apenas neste último caso.

A legislação federal acerca da infiltração de agentes é estabelecida no Código dos Estados Unidos e serve de base para todas as regulamentações a serem estabelecidas pelos estados norte-americanos. Ali estão discriminadas as quais tarefas poderão ser exigidas do infiltrado, prevendo, no tocante à responsabilidade penal do agente infiltrado, sua imunidade em relação aos delitos por ele cometidos enquanto nesta condição.

A infiltração policial é tida como um dos principais métodos de investigação norte-americano. Para tal, o agente deve contar com a autorização de seu superior, respeitando alguns limites impostos, quais sejam: não obter benefícios pessoais por meio de delitos que vier a cometer; não atingir direitos constitucionais, salvo mediante prévia autorização; não oferecer ou receber favores sexuais no exercício de sua função; não intimidar ou ameaçar os investigados e; não provocar ou instigar a prática de crimes pelos investigados (BORBA, 2018, p. 37).

Assim, não se pode dizer que o agente infiltrado norte-americano, seja ele integrante dos quadros policiais ou não, nunca será responsabilizado por delitos cometidos enquanto

---

<sup>7</sup> "At first glance, it may seem that the key distinction between undercover work and all other kinds of policing is deception. Deception is used, however, in many aspects of policing. The detective may lie to the defendant in order to gain a confession. A uniformed officer might con an armed and barricaded suspect into providing entry by promising no arrest. And so the fact is that petty deceptions pervade the craft of effective policing. The difference between these deceptions and those of undercover work may be a matter of a degree, but it is a significant one. A detective may lie in the interrogation room about the status of a case to encourage a confession: a deception of purpose. In undercover work, suspects are unaware of both the purpose and the identity of the police. Indeed, the objective of undercover policing is to capture criminals in their "natural" state, although of course the irony is that the observers are duplicitous, or, in the cases of bait-sales and street crime decoys, are part of the circumstances of the crime".

infiltrado, pois há limites que deverão ser estritamente observados, sendo dotados, no entanto, de uma imunidade qualificada, segundo a qual poderá o agente ser responsabilizado quando violar um direito constitucional ou legal claramente estabelecido, do qual tinha conhecimento quando da violação, salvo quanto tenha autorização para tanto.

O Código dos Estados Unidos regulamenta a infiltração de agentes no Título 21, Capítulo 13, especificamente se referindo a investigações relacionadas a substâncias controladas, sendo que essa legislação serve de base para o emprego da infiltração na investigação de outros delitos e para a elaboração das legislações próprias dos estados norte-americanos.

Em outros casos, a participação da polícia parece corresponder à definição substantiva de um crime. No caso improvável de que um agente infiltrado ser processado por sua participação no crime, a defesa da autoridade pública, reconhecida em todas as jurisdições americanas, justificaria suas ações e o isentaria de responsabilidade criminal. (...) a defesa afirmativa, também conhecida como defesa da autoridade policial, justifica a conduta criminal de outra forma quando essa ação é tomada por um policial (ou um particular sob a direção de um policial) visando efetuar uma prisão, impedir um criminoso em fuga ou prevenir um crime. A defesa existe para que a ameaça de processo criminal não atrapalhe os objetivos policiais, mas, como outras defesas, tem limitações importantes. A conduta policial deve ser autorizada, e os meios utilizados pela polícia devem ser os necessários. Algumas jurisdições também podem impor uma proporcionalidade adicional como limitação. Assim, por exemplo, um policial não pode recorrer à força física se a coerção psicológica (como uma "voz de comando") for suficiente; nem poderia um policial atirar (ou seja, usar força mortal) em um fugitivo batedor de carteiras (JOH, 2009, p. 169/170, tradução nossa)<sup>8</sup>.

Assim, ficam proibidas condutas do agente infiltrado tendentes à obtenção de favores pessoais em razão dos delitos cometidos, a violação de direitos constitucionais, salvo prévia autorização, a oferta e o recebimento de favores sexuais, a ameaça e a intimidação dos investigados e a incitação para o cometimento de crime. No tocante à responsabilização do agente infiltrado em relação aos demais crimes que poderão vir a ser cometidos, percebe-se que a disciplina não é tão diferente daquela estabelecida na legislação nacional, devendo o agente,

---

<sup>8</sup> "In other instances, the police participation will appear to meet the substantive definition of a crime. In the unlikely event that an undercover officer were prosecuted for his participation in crime, the public authority defense, recognized in every American jurisdiction, would justify his actions and relieve him of criminal responsibility. (...) the affirmative defense, also known as the law enforcement authority defense, justifies otherwise-criminal conduct when that action is taken by a police officer (or a private person under the direction of a police officer) in order to effectuate an arrest, to stop a fleeing criminal, or to prevent a crime. The defense exists so that the threat of criminal prosecution will not hamper police objectives, but it, like other defenses, has important limitations. The police conduct must be authorized, and the means used by the police must be necessary. Some jurisdictions may also impose an additional proportionality limitation. Thus, for example, a police officer cannot resort to physical force if psychological coercion (such as a "command voice") would suffice; nor could a police officer shoot (i.e., use deadly force against) a fleeing pickpocket".

quando não estiver expressamente autorizado, atuar de acordo com o bom senso, utilizando-se dos meios estritamente necessários para a obtenção do resultado pretendido.

#### 4.2.2 Lei das organizações criminosas

A Lei 12.850/2013 (BRASIL, 2013) trazia, inicialmente, apenas uma disposição acerca da responsabilidade penal do agente infiltrado, prevista em seu artigo 13, parágrafo único. Posteriormente, a Lei 13.964/2019 (BRASIL, 2019) acrescentou outra previsão, específica para a infiltração digital. Assim, atualmente tanto a infiltração policial tradicional quanto a digital, no âmbito da Lei das Organizações Criminosas (BRASIL, 2013), preveem a excludente de responsabilidade penal do agente infiltrado.

O *caput* do artigo 13 da Lei (BRASIL, 2013) prevê a possibilidade de responsabilização do agente quando não observe a devida proporcionalidade e a finalidade da investigação em sua atuação, de modo que, caso pratique um delito que não tenha ligação com a investigação em curso, que não seja necessário ao seu sucesso ou cuja ofensa ou risco gerado por ele seja desmedido em relação àquele que se busca proteger (como, por exemplo, matar alguém para viabilizar a infiltração) será responsabilizado. Não pode o agente, portanto, cometer quaisquer delitos, mas apenas aqueles indispensáveis à operação e desde que sua atuação seja proporcional.

(...) a proporcionalidade exigida pelo agente infiltrado quando do cometimento de crimes na organização criminosa, ou seja, tal como ocorre para o princípio da proporcionalidade inerente ao próprio direito penal, está ligada à correspondência de um ou mais valores. Assim, não é admitido o cometimento de quaisquer crimes desmotivadamente para o deslinde da investigação criminal, porquanto deva obedecer à finalidade dessa, e, de outro ponto de vista, não seria justo imputar a responsabilidade penal ao agente infiltrado por qualquer delito que cometesse (MARTINS, 2008, p. 76).

O parágrafo único desse mesmo dispositivo estabelece não ser punível, no âmbito da infiltração, a prática de crime pelo agente infiltrado no curso da investigação, quando inexigível conduta diversa. Neste dispositivo, portanto, o legislador adotou o entendimento de que a exclusão da responsabilidade do agente infiltrado tem natureza jurídica de causa especial de excludente de culpabilidade.

Não é punível, no âmbito da infiltração, a prática de crime pelo agente infiltrado no curso da investigação, quando inexigível conduta diversa, porém, o agente que não guardar, em sua atuação, a devida proporcionalidade com a

finalidade da investigação, responderá pelos excessos praticados” (FURLANETO NETO; SANTOS; GIMENES, 2018, p. 177).

Veja-se que a intenção da lei nunca foi dar carta branca para a atuação do agente infiltrado, sendo que “a existência de limites à atuação delituosa do infiltrado, deve-se dar, principalmente, em respeito ao aspecto moral do instituto em estudo, pelo fato de o mesmo agir como preposto do Estado” (LAMEIRÃO, 2015, p. 48). Assim, a finalidade da investigação e a observância dos ditames do princípio da proporcionalidade são limites impostos à incidência dessa excludente de culpabilidade, devendo o agente infiltrado responder por delitos praticados que não as respeitem.

Frise-se que o eventual delito cometido por determinado agente deverá necessariamente ter alguma ligação com sua atividade de infiltração, esse liame passará a ser um limite da responsabilidade do agente infiltrado, isto é, se a conduta do agente nada tiver a ver com sua atividade de policial infiltrado, não há de ser analisada sequer as demais circunstâncias, como a verificação do excesso ou não na conduta delitiva e irresistibilidade da coação no âmbito da inexigibilidade de conduta diversa (COSTA, 2016, p. 38/39).

A proporcionalidade, nesses casos, é entendida como bom senso, ficando a cargo do agente, no caso concreto, determinar até que ponto sua conduta poderá ser considerada proporcional, sabendo que sua atuação será, posteriormente, quando do envio do relatório parcial ou final da operação, reanalisada pelos encarregados de fiscalizar a atividade de infiltração, ou seja, pelo Delegado de Polícia, pelo Ministério Público e pelo Magistrado. Ainda, insta salientar que, quando o delito for cometido pelo agente em conjunto com os investigados, essa excludente não se estenderá a eles, devendo serem responsabilizados normalmente.

Nos casos em que o agente é induzido ou encaminhado a praticar um delito penal por exercício de sua função, o A.I. estará enquadrado na situação de inexigível conduta diversa, ou seja, fica isento de culpabilidade, mas os demais participantes da organização criminosa deverão ser punidos de acordo com a **teoria da acessoriedade limitada**, quando os participantes da organização criminosa têm relação direta com a ação do Agente Infiltrado, sendo, portanto, uma participação acessória à principal, daí incorrendo em culpa, enquanto o Agente, não (LEITE, 2018, p. 33, grifo do autor).

Dessa forma, será isento de pena o agente que cometa delito, desde que atue nos limites da autorização judicial recebida, observando a finalidade da investigação e nos estritos limites da proporcionalidade, de modo que, como bem observa Nucci (2015), essa causa especial de excludente de culpabilidade, passa, com a Lei 12.850/2013 (BRASIL, 2013), à mais expressa legalidade.

Já a à Lei 13.964/2019 (BRASIL, 2019), inclui o artigo 10-C na Lei 12.850/2013 (BRASIL, 2013), estabelecendo que não comete crime o policial que oculta a sua identidade para se infiltrar no âmbito da Internet, sendo que, se deixar de observar a estrita finalidade da investigação responderá pelos excessos praticados. Veja-se que, nesse caso, a opção legislativa foi pela excludente de ilicitude da conduta do agente em razão do estrito cumprimento do dever legal. Considerando que, sem a ocultação de sua identidade e qualidade de agente de segurança, não seria possível sua infiltração digital, considera-se acertada a opção do legislador.

Fato é que, em regra, o agente policial fará uso de identidade fictícia, seja na infiltração digital seja na tradicional, sendo possível inclusive, como visto em capítulo próprio, a inserção de dados relativos à identidade assumida em bancos de dados e a criação de antecedentes criminais falsos para o agente, de modo que, caso seja ela verificada pelos investigados, consiga subsistir.

Já o parágrafo único desse dispositivo prevê a possibilidade de responsabilização do agente que atuar com excessos, ou seja, que não observar a finalidade da investigação e o princípio da proporcionalidade. No entanto, não estabeleceu a natureza jurídica da exclusão dessa responsabilidade nos casos em que sua atuação for proporcional. Assim, imagine-se um agente infiltrado na Internet investigando delitos de terrorismo, por exemplo, caso o mesmo faça discurso sobre os atentados de 11 de setembro, nos Estados Unidos, elogiando a conduta de Osama Bin Laden, visando ser aceito na comunidade alvo, é certo que não deverá ser responsabilizado pelo delito de apologia de crime ou criminoso.

Entende-se que, nesse caso, a não responsabilização do agente ocorra porque atua visando viabilizar a infiltração policial para, com isso, identificar os membros daquela comunidade, coletar elementos de prova contra os mesmos e, eventualmente, dismantelar o grupo e garantir a persecução penal de seus membros. Atua o agente sob o manto de causa especial de excludente de culpabilidade pela inexigibilidade de conduta diversa, uma vez que o cometimento do delito era necessário, quiçá indispensável, à infiltração policial.

Assim, da mesma forma que essa excludente de culpabilidade isenta de pena o agente que comete delitos indispensáveis e de acordo com a proporcionalidade, no âmbito da infiltração tradicional, também o faz quando a mesma se dá na Internet.

Por fim, importante notar que a lei nada cita em relação ao delito de integrar organização criminosa em si, o primeiro delito que deverá ser cometido pelo agente infiltrado. Nesse caso, entende-se que o agente atua protegido pelo manto da excludente de ilicitude do



estrito cumprimento do dever legal, uma vez que existe a previsão expressa em lei para tal comportamento.

#### 4.2.3 Infiltração policial na Internet

A exclusão da responsabilidade penal do agente infiltrado, no âmbito digital, vem regulamentada no artigo 190-C da Lei 13.441/2017 (BRASIL, 2017), que estabelece que não comete crime o policial que oculta a sua identidade para, por meio da Internet, colher indícios de autoria e materialidade dos crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes, previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990), ou para investigar os delitos de invasão de dispositivo informático, estupro de vulnerável, corrupção de menores, satisfação da lascívia mediante presença de criança ou adolescente e favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança, adolescente e/ou vulnerável.

A ocultação da identidade do agente é medida indispensável para a própria infiltração, uma vez que esses delitos ocorrem, em regra, no âmbito de comunidades sediadas na *Dark Web*, nas quais os membros e administradores tomam todas as precauções possíveis para evitar sua responsabilização, inclusive verificando as identidades de possíveis novos membros. Assim, ilógico seria manter a responsabilização penal do agente que oculta sua identidade, uma vez que essa providência esvaziaria o conteúdo da lei, tornando a investigação policial letra morta por absoluta falta de aplicabilidade.

Inclusive, como exposto em capítulo próprio, a própria lei prevê a inserção dos dados relativos à identidade fictícia do agente infiltrado em bancos de dados públicos para sustentar a persona criada para aquela investigação específica. Assim, uma vez determinada a comunidade alvo da investigação e identificados os perfis de seus membros, é criada uma identidade para o agente que seja atrativa para aquele grupo a ser infiltrado, e tomadas todas as providências para garantir que, caso os investigados decidam checar a identidade do novo membro, esta prevaleça.

Sabe-se que os agentes delituosos protegidos pelo anonimato virtual, geralmente, são hacker, ou, pelo menos, bons conhecedores da tecnologia da informação, e possuem artifícios de invasão de sistemas informáticos dos órgãos públicos em busca de dados. Contudo, se houver a devida inserção da identidade fictícia nos bancos de dados públicos, dificilmente o criminoso encontrará a verdadeira identidade do agente policial infiltrado (GUERRA, 2019, p. 37).

Já o parágrafo único do artigo 190-C estabelece que o agente infiltrado que deixar de observar a estrita finalidade da investigação responderá pelos excessos praticados, de modo que, assim como acontece na Lei 12.850/2013 (BRASIL, 2013), o policial infiltrado poderá cometer delitos para viabilizar a infiltração e garantir seu sucesso, desde que sua atuação esteja dentro dos limites estabelecidos na autorização judicial, respeite a finalidade de investigação e esteja de acordo com os ditames da proporcionalidade.

Sabe-se que, para que um novo integrante seja aceito no âmbito de comunidades da *Dark Web*, costuma ser dele exigido o cometimento de delitos, como uma forma de precaução de seus membros para evitar a persecução penal. Imagine-se uma infiltração destinada à investigar o compartilhamento de material pornográfico infanto-juvenil, ainda que não seja exigido do agente o cometimento de um delito para ingressar na comunidade, este deverá ter armazenado, no computador que utiliza para fins de infiltração, material desse cunho, em tese cometendo o delito previsto no artigo 241-B, do Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990). Logo, é necessário o estabelecimento da exclusão de sua responsabilidade penal, e dos limites aos quais sua atuação deve atentar, sob pena de inviabilizar o emprego dessa técnica investigativa.

Como é de conhecimento geral, a entrada em fóruns provados é feita por convites, e para que o agente consiga ter a confiança do suspeito tem de fazer prova que também ele é pedófilo entregando material pornográfico para conquistar a confiança do administrador do fórum (CATANA, 2018, p. 63).

Ainda no exemplo de infiltração anterior, para viabilizar a infiltração em si e sua continuidade, certo é que o agente policial terá que ofertar ao grupo, material com conteúdo pornográfico envolvendo crianças e adolescentes, incidindo, assim, no delito expresso no artigo 241 do Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990), que criminaliza a conduta de oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, distribuir, publicar ou divulgar por qualquer meio, inclusive por meio de sistema de informática ou telemático, fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente. No entanto, essa conduta está de acordo com os limites estabelecidos para sua atuação, tendo ligação com a finalidade da investigação, uma vez que permite a entrada do policial na comunidade para, a partir daí, colher elementos de provas contra seus membros e, ainda mais importante, buscar descobrir suas reais identidades, e proporcional, considerando o bem jurídico a ser protegido pela infiltração, qual seja a dignidade sexual de crianças e adolescentes, devendo ser excluída sua responsabilidade penal.

Diferente é o caso do policial que, sendo-lhe exigido material inédito, produz um vídeo de pornografia infantil, permitindo, assim, que um estupro de vulnerável aconteça, para o posterior compartilhamento na comunidade. Este deverá ser responsabilizado, pois, nesse caso, apesar de ser possível enxergar a observância a finalidade da investigação, sua conduta é extremamente desproporcional.

Com efeito, é imprescindível que o agente infiltrado desenvolva suas ações com base nos limites impostos pelo juiz na decisão que autorizou o procedimento, atentando-se especialmente para o prazo estabelecido e o objeto da investigação. Assim, o policial que se aproveitar da diligência para armazenar fotografia ou vídeo de cunho pornográfico envolvendo criança ou adolescente para satisfazer sua própria lascívia, responderá pelo crime previsto no artigo 241-B, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Haverá, outrossim, desvio de finalidade nos casos em que o agente se aproveita da identidade virtual fictícia para efetivar transações pessoais de seu interesse pela Internet (SANNINI NETO, 2017).

Vê-se, no entanto, que a lei estabeleceu a possibilidade de responsabilização do agente infiltrado que não atuar de acordo com a proporcionalidade, porém, não estabeleceu qual a natureza jurídica da exclusão dessa responsabilidade quando sua atuação estiver de acordo com esse princípio, com a finalidade da investigação e com a autorização judicial recebida.

Creemos que a omissão ocorreu porque a infiltração virtual não proporcionará tantas situações imprevisíveis como a infiltração “*in loco*”, na qual o agente estará, fática e fisicamente, junto aos criminosos, surgindo, obviamente, possibilidades bem maiores de que este pratique comportamentos delituosos não autorizados antecipadamente pelo magistrado. De qualquer forma, parecem-nos que os arts. 10 a 14 da Lei 12.850/2013 podem ser aplicados subsidiariamente às infiltrações virtuais, por tratarem do mesmo *instituto jurídico*, qual seja, a infiltração de agentes policiais (ZANELLA, 2020).

Assim, fica o policial infiltrado isento de pena quando se encontrar em situação em que não tenha alternativa senão delinquir, e desde que atue com observância da proporcionalidade. Mesmo na infiltração digital, na qual, em regra, não há contato direto, pessoal, do agente infiltrado com os investigados, pela própria dinâmica das comunidades da *Dark Web*, onde são cometidos delitos, não parece realista acreditar ser possível o transcurso integral de uma investigação que pode se estender por até 2 (dois) anos, sem que uma situação como esta se apresente.

Nesse panorama, **pontua-se que a Lei de Organizações Criminosas foi mais completa ao prever causa de exclusão da culpabilidade (inexigibilidade de conduta diversa)** aos agentes infiltrados que porventura precisem cometer delitos no âmbito da investigação, **sempre observando a proporcionalidade** (FIGUEIREDO, 2019, p. 29, grifo nosso).

Considerando que a Lei 12.850/2013 (BRASIL, 2013) regulamenta o instituto da infiltração policial enquanto gênero, sendo aplicável, de forma subsidiária, para suprir eventuais lacunas existentes na Lei 13.441/2019 (BRASIL, 2019), que regulamenta a modalidade digital de infiltração policial, entende-se, assim como no tocante ao artigo 10-C, incluído na Lei das Organizações Criminosas (BRASIL, 2013) pela Lei 13.964/2019 (BRASIL, 2019) para encerrar a discussão acerca da possibilidade de emprego da modalidade digital nas investigações dos crimes ali tratados, que a exclusão da responsabilidade do agente infiltrado se dá em razão da escusa especial de culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa, nos casos onde restar demonstrado não ter o policial outra opção que não o cometimento do delito, e estando sua atuação em conformidade com a autorização judicial, a finalidade da investigação e os ditames da proporcionalidade.

Assim, pela leitura do parágrafo único do artigo 190-C, incluído no Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990), vê-se que este guarda correspondência com o disposto no artigo 13 da Lei 12.850/2013 (BRASIL, 2013), que estabelece a inexigibilidade de conduta diversa como causa de exclusão da responsabilidade penal do agente infiltrado, devendo ser entendida a excludente de responsabilidade penal na infiltração digital como tendo a mesma natureza jurídica daquela prevista para a infiltração tradicional.

Por fim, insta salientar que, em quaisquer dos casos, seja no âmbito da Lei 12.850/2013 (BRASIL, 2013) ou da Lei 13.441/2017 (BRASIL, 2017), o agente infiltrado deve sempre cuidar para não instigar um comportamento por parte do investigado, passando assim da figura de agente infiltrado para agente provocador, e impedindo, com isso, o flagrante em razão da caracterização de crime impossível, bem como eventual persecução penal do investigado.

Outro ponto fundamental é a diferenciação entre agente infiltrado e agente provocador. O agente infiltrado deve adentrar a cadeia de cometimento de crimes ligados a medida de forma mimética, como mero observador do ilícito, mesmo que quando necessário para a eficácia da infiltração virtual, o mesmo venha a cometer crimes. Contudo, não poderá fomentar a prática criminosa com o *animus* de prender o investigado, o que tornará automaticamente o crime impossível (OLIVEIRA FILHO, 2020, p. 42/43).

Assim, tem-se que a regulamentação legal da infiltração policial prevê duas formas de isenção de responsabilidade penal do agente policial infiltrado. No âmbito da infiltração tradicional, tem-se a excludente de ilicitude do delito de ocultação da identidade na infiltração na Internet, no artigo 10-C, e a causa especial de excludente de culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa nos demais delitos, quando cometidos dentro dos limites traçados pela

autorização judicial, e de acordo com o princípio da proporcionalidade e a finalidade da investigação, no parágrafo único do artigo 10-C e no artigo 13, todos da Lei 12.850/2013 (BRASIL, 2013).

Já no âmbito da infiltração digital, sendo esta espécie do gênero infiltração policial, as escusas se repetem, havendo a exclusão da ilicitude da conduta de ocultação da identidade para infiltrar-se na Internet, no artigo 190-C, da Lei 13.441/2017 (BRASIL, 2017), e a escusa especial de culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa, no parágrafo único do mesmo dispositivo.

## 5 CONCLUSÃO

Buscou-se analisar a natureza jurídica da exclusão da responsabilidade penal do agente policial infiltrado no âmbito digital, quando dentro dos limites legais existentes e daqueles firmados pelo magistrado quando da autorização para o emprego do instituto. Para tanto foram analisadas as provas em processo penal, desde sua coleta, durante a investigação preliminar, as principais classificações a seu respeito e princípios norteadores, até a necessidade de se observar sua cadeia de custódia e as consequências de sua quebra.

Em seguida, analisou-se a infiltração policial em si, enquanto método de investigação de prova, apresentando a evolução legislativa desse instituto e analisando ambas as modalidades de seu emprego, tradicional e digital, e a disciplina legal que as rege e demonstrando a possibilidade do uso dessa técnica investigativa, mesmo frente a conflitos gerados com direitos fundamentais de investigados, quando entender-se, no caso concreto, por meio do emprego da técnica da ponderação, que o direito fundamental à segurança da sociedade como um todo, prevalece sobre eventuais direitos de investigados que venham a ser violados, justificando sua restrição.

Ainda, demonstrou-se que a Lei das Organizações Criminosas disciplina a infiltração policial enquanto instituto, enquanto gênero, sendo aplicável a ambas as espécies de infiltração, de modo que, havendo previsão para o emprego dessa técnica investigativa na investigação de

determinado delito, a mesma poderá se dar tanto na sua forma tradicional quanto na digital. Assim, resta comprovado que as disposições da Lei 13.441/2017, que originalmente disciplinou a modalidade digital da infiltração poderão ser aplicadas quando esta técnica for utilizada para investigar crimes diversos daqueles expressamente nela elencados, não se tratando o rol do artigo 190-A dessa lei, portanto, de rol taxativo.

Com base nessa análise, foram elencados os delitos que, atualmente, admitem o emprego da infiltração digital na sua investigação, tanto na modalidade tradicional quanto na digital, quais sejam, o tráfico de drogas, organização criminosa, e infrações previstas em tratado ou convenção internacional quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente, terrorismo, tráfico interno e internacional de pessoas.

Por fim, foi focalizada a responsabilidade penal, partindo da teoria do delito, apresentando as principais teorias acerca do conceito analítico de crime – fato típico, ilícito e culpável, adotando-se para os fins aqui pretendidos, a teoria tripartite do delito, analisada a partir de cada um dos elementos constitutivos do crime, discorrendo acerca das causas de exclusão da ilicitude e da culpabilidade, uma vez que ambas existem na legislação de regência do instituto. Analisaram-se também as teorias existentes acerca da exclusão da responsabilidade penal especificamente em relação ao agente infiltrado, quais sejam a escusa absolutória, atipicidade da conduta, excludente de ilicitude por estrito cumprimento do dever legal e excludente de culpabilidade por causa especial de inexigibilidade de conduta diversa.

Foi, então, exposta a legislação norte-americana acerca da infiltração de agentes, em especial no tocante à possibilidade da sua responsabilização penal, indicando uma maior proteção ao agente infiltrado nessa legislação, na qual é ele dotado de uma imunidade qualificada, sendo presumido justificado em sua atuação, sendo retirado o ônus da prova do Estado de comprovar a atuação legal e proporcional de seu agente, salvo em relação a algumas condutas expressamente proibidas, devendo ser responsabilizado o agente as cometer.

Ao final, analisou-se a legislação pátria de regência da infiltração policial expondo a excludente de ilicitude por estrito cumprimento do dever legal prevista para o agente que oculta sua identidade para se infiltrar no âmbito no digital, tanto na Lei 12.850/2013 quanto na Lei 13.441/2017, e também a excludente de culpabilidade por causa especial de inexigibilidade de conduta diversa, prevista na Lei 12.850/2013, para o agente que cometer delitos, enquanto infiltrado, desde que sua atuação esteja em consonância com a autorização recebida, a finalidade da investigação e os ditames da proporcionalidade.

A partir do contraponto entre ambas as leis, e do conhecimento de que são aplicáveis tanto às infiltrações tradicionais quanto às digitais, sendo a infiltração policial gênero do qual ambas são espécies, concluiu-se que a excludente de culpabilidade prevista na Lei 13.441/2017 ( desde que o agente policial infiltrado na Internet atue de acordo com a lei, a finalidade da investigação, os limites traçados na autorização recebida e a proporcionalidade) tem natureza jurídica de causa especial de excludente de culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa.

Analisadas as demais possibilidades, apresentadas pela doutrina, acerca da natureza jurídica desse instituto, tem-se que não se sustentam. A tese da escusa absolutória não pode ser admitida, uma vez que, excluir-se a responsabilidade penal do agente infiltrado por opção de política criminal, implicaria na possibilidade de responsabilização do Estado em si, uma vez que fica caracterizado o delito, sendo o Estado objetivamente responsável pelos excessos praticados por seus agentes. Já a teoria da atipicidade também não suporta maior escrutínio. Veja-se que ela sustenta que a conduta do agente é atípica por ausência de dolo, enquadrando-se a conduta do agente na ideia de risco permitido, não sendo possível, portanto, seu desvalor penal. No entanto, mesmo ausente o elemento subjetivo, certo é que existe a prática de uma conduta prevista em lei como típica e ofensiva a um bem jurídico tutelado, não sendo admitida a noção de que o Estado, para combater delitos, admite a prática de delitos por seus agentes, não se igualando o risco permitido, portanto, à autorização para delinquir.

Por fim, a excludente de ilicitude por estrito cumprimento do dever legal também não se mostra suficiente para os casos de cometimento de delitos por agentes infiltrados, uma vez que essa excludente exige a previsão legal de determinado comportamento, o que não se verifica na hipótese, pois a autorização judicial concedida, ainda que preveja a possibilidade do cometimento de determinado delito, não é lei, não se caracterizando, com isso, essa hipótese de excludente de ilicitude.

Assim, rechaçadas as demais teorias acerca da natureza jurídica dessa excludente de responsabilidade, sustenta-se a adoção, pela Lei 13.441/2017 (BRASIL, 2017) da causa especial de exclusão de culpabilidade pela inexigibilidade de conduta diversa, uma vez que atua o agente da única maneira possível, no caso concreto, não se enquadrando, a atuação do agente infiltrado, nas causas legais trazidas no artigo 22, do Código Penal (BRASIL, 1941), porém enquadrando-se na cláusula geral, que permite o seu reconhecimento em situações não previstas expressamente em lei, porém nas quais verifica-se não ser possível exigir do agente conduta diversa daquela por ele adotada, que seja conforme a lei. Dessa forma, tem-se que a exclusão

da responsabilidade penal do agente infiltrado no âmbito digital tem natureza jurídica de causa especial de excludente de culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa.

Essa determinação garante segurança jurídica, tanto aos investigados, que têm a garantia de que a atuação policial será devidamente fiscalizada, seja pelo Delegado que comanda a investigação, pelo Ministério Público e/ou pelo magistrado que autoriza a medida, quanto aos agentes infiltrados, que terão a tranquilidade de fazer o seu trabalho cientes de estarem amparados pela legislação, quando se encontrarem em situações nas quais não têm alternativa que não o cometimento do delito. Com isso, espera-se garantir uma investigação ainda mais eficiente dos delitos cometidos no âmbito da Internet, em especial das comunidades de tão difícil acesso, criadas na *Dark Web*, com a expressa finalidade de cometer os mais diversos crimes, e a persecução penal de seus autores.

## REFERÊNCIAS

AGUIRRE, Eduardo Küpper Pacheco de. **A evolução metafísica da teoria do delito**. 2010. Dissertação (Mestrado em Filosofia do Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/8960/1/Eduardo%20Kupper%20Pacheco%20de%200Aguirre.pdf>. Acesso em 08 maio 2021.

ALBAN, Rafaela de Oliveira. **Uma releitura do conceito analítico de crime através do princípio da exigibilidade**. 2019. Tese (Doutorado em Direito) – Departamento de Ciências Econômicas e Sociais, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2019. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/30718>. Acesso em 04 mar. 2021.

ALEGRE, Gabriela Porto. Ocorrências crescem 110% de 2017 para 2018. **Jornal do Comércio**. Disponível em: [https://www.jornaldocomercio.com/\\_conteudo/cadernos/jornal\\_da\\_lei/2019/10/706706-ocorrencias-crescem-110-de-2017-para-2018.html](https://www.jornaldocomercio.com/_conteudo/cadernos/jornal_da_lei/2019/10/706706-ocorrencias-crescem-110-de-2017-para-2018.html). Acesso em 19 ago. 2020.

ALMEIDA, Luiz Felipe Campos Hidalgo de. **Os limites da responsabilidade penal do agente infiltrado**. 2016. Monografia (Bacharelado em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2016. Disponível em: <http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/45886/22.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 15 abr. 2021.

AMARAL, Gemaiel Ribeiro da. **Os limites do estrito cumprimento do dever legal**. 2017. Monografia (Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2017. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/174611/001061434.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 04 mar. 2021.



ARAGÃO, David Farias de. Limites constitucionais e efetividade da investigação criminal de delitos cibernéticos. *In: BZERRA, C. S.; AGNOLETTI, G.C. (org.). **Combate ao crime cibernético**: doutrina e prática (a visão do Delegado de Polícia)*. Rio de Janeiro: Mallet Editora, 2016, p. 115-130

ARÁN; Mercedes García; CONDE, Francisco Muñoz. **Derecho Penal**: parte general. 8ª ed., Valência: Tirant lo Blanch, 2010.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR ISO/IEC 27037: Tecnologia da informação: Técnicas de segurança: Diretrizes para identificação, coleta, aquisição e preservação de evidência digital**. 2013. Disponível em: <https://www.abntcatalogo.com.br/norma.aspx?ID=307273>. Acesso em: 01 mar. 2021.

ANDREUCCI, Ricardo Antônio. **Curso básico de processo penal**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, E-book.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 5ª ed., São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006.

ÁVILA, Raniel Fernandes de; PEREIRA, Lais Zumach Lemos. A flexibilização do princípio da inadmissibilidade da prova obtida por meios ilícitos, à luz da máxima da proporcionalidade, nos casos de provas obtidas por terceiro particular. *In: DERECHO Y CAMBIO SOCIAL*. Lima, año XIII, n. 44, 2016. Disponível em: [https://www.derechocambiosocial.com/revista044/A\\_FLEXIBILIZA%C3%87AO\\_DO\\_PRINCIPIO\\_DA\\_INADMISSIBILIDADE\\_DA\\_PROVA.pdf](https://www.derechocambiosocial.com/revista044/A_FLEXIBILIZA%C3%87AO_DO_PRINCIPIO_DA_INADMISSIBILIDADE_DA_PROVA.pdf). Acesso em 14 dez. 2020.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. Rio de Janeiro. Campus: Elsevier, 2012.

BARBOSA, Emerson Silva. O devido processo penal e as garantias do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial. **Sistema Penal e Violência**. Porto Alegre, v. 3, n. 1, jan.-jun. 2011. Disponível em: <https://revistaseletronicas.pucrs.br/index.php/sistemapenaleviolencia/article/view/7942>. Acesso em 03 mar. 2021.

BARRETO, Alesandro Gonçalves; SANTOS, Hericson dos. **Deep web**: investigação no submundo da internet. Rio de Janeiro: Brasport, 2019.

BARRETO, Alesandro Gonçalves; WENDT, Emerson; CASELLI, Guilherme. **Investigação digital em fontes abertas**. Rio de Janeiro: Brasport, 2017.

BEDI, Monu. Facebook and interpersonal privacy: why the third party doctrine should not apply. **Boston College Law Review**, v. 54, n. 1, 2013. Disponível em: <https://lawdigitalcommons.bc.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=3270&context=bclr>. Acesso em: 05 mar. 2021.

BERTONI, Felipe. Culpabilidade no Direito Penal e a inexigibilidade de conduta diversa. **Iurisprudencia – Revista da Faculdade de Direito da AJES**, v. 2, n. 3, 2013. Disponível em: <http://revista.ajes.edu.br/index.php/iurisprudencia/issue/view/31/showToc>. Acesso em 13 abr. 2021.

BINI, Adriano Krul. **O agente infiltrado: perspectivas para a investigação criminal na contemporaneidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019

BITENCOURT, Cesar Roberto. Prolegônemos sobre a evolução da teoria geral do crime. **Revista Delictae**, v. 4, n. 7, jul.-dez. 2019. Disponível em: <http://www.delictae.com.br/index.php/revista/article/view/101/70>. Acesso em 08 maio 2021.

BITENCOURT, Cesar Roberto; BUSATO, Paulo César. **Comentários à lei de organização criminosa, Lei 12.850/13**. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

BORBA, Gustavo Fernandes Mota. **A infiltração policial como técnica de investigação no combate às organizações criminosas**. 2018. Monografia (Bacharelado em Direito) - Faculdade de Direito Professor Jacy de Assis, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2018. Disponível em: <https://repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/22012/1/A%20Infiltra%C3%A7%C3%A3o%20Policial%20como%20T%C3%A9cnica%20de%20Investiga%C3%A7%C3%A3o%20no%20Combate%20%C3%A0s%20Organiza%C3%A7%C3%B5es%20Criminosas.pdf>. Acesso em 03 maio 2021.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRANDÃO, Cláudio. Teorias da conduta no direito penal. **Revista de Informação Legislativa**, v. 37, n. 146, abr.-jun. 2000. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496878>. Acesso em 03 maio 2021.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 17 nov. 2020.

BRASIL, **Decreto 5.015, de 12 de março de 2004**. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o crime organizado transnacional. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm). Acesso em: 17 nov. 2020.

BRASIL, **Decreto Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm). Acesso em 17 nov. 2020.

BRASIL, **Lei 8.0906, de 04 de julho de 1994**. Dispões sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18906.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18906.htm). Acesso em 09 mar. 2021.

BRASIL, **Lei 9.296, de 24 de julho de 1996**. Regulamenta o inciso XII, parte final, do artigo 5º da Constituição Federal. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19296.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19296.htm). Acesso em 09 dez. 2020.

BRASIL, **Lei 9.807, de 13 de julho de 1999**. Estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, institui o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas e dispõe sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva

colaboração à investigação policial e ao processo criminal. Brasília, DF: Presidência da República, 1999. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19807.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19807.htm). Acesso em 25 nov. 2020.

**BRASIL, Lei 12.037, de 1º de outubro de 2009.** Dispões sobre a identificação criminal do civilmente identificado, regulamentando o artigo 5º, inciso LVIII, da Constituição Federal. Brasília, DF: Presidência da República, 2009. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/112037.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112037.htm). Acesso em 25 nov. 2020.

**BRASIL, Lei 12.694, de 24 de julho de 2012.** Dispõe sobre o processo e o julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por organizações criminosas; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e as Leis nºs 9.503, de 23 de setembro de 1997 - Código de Trânsito Brasileiro, e 10.826, de 22 de dezembro de 2003; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2012. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/lei/112694.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112694.htm). Acesso em 25 nov. 2020.

**BRASIL, Lei 12.850, de 2 de agosto de 2013.** Define organização criminosa e dispões sobre a investigação criminal, os meios da obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2013. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm). Acesso em 17 set. 2020.

**BRASIL, Lei 12.965, de 23 de abril de 2014.** Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, 2014. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm). Acesso em 01 mar. 2021.

**BRASIL, Lei 13.245, de 12 de janeiro de 2016.** Altera o artigo 7º da Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil). Brasília, DF: Presidência da República, 2016. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Lei/L13245.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13245.htm). Acesso em 19 nov. 2020.

**BRASIL, Lei 13.441, de 8 de maio de 2017.** Altera a Lei 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), para prever a infiltração de agentes de polícia na internet com o fim de investigar crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes. Brasília, DF: Presidência da República, 2017. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2017/Lei/L13441.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13441.htm). Acesso em 18 set. 2020.

**BRASIL, Lei 13.709, de 14 de agosto de 2018.** Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm). Acesso em: 31 ago. 2020.

BRASIL, **Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Altera a legislação penal e processual penal. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm). Acesso em 01 mar. 2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Habeas Corpus 593.727**. Relator Min. Cezar Peluso, 14 de maio de 2015. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2641697>. Acesso em 17 nov. 2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). **Agravo Regimental no Habeas Corpus 137.438**. Relator Min. Luiz Fux, 26 de maio de 2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5058674>. Acesso em 14 dez. 2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). **Habeas Corpus 90.768**. Relatora Min. Ellen Gracie, 15 de agosto de 2008. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2495894>. Acesso em 04 mar. 2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). **Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Habeas Corpus 182.520**. Relator Min. Gilmar Mendes, 22 de maio de 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5873603>. Acesso em 14 dez. 2020.

BRENTEL, Camila. **As provas não repetíveis no processo penal brasileiro**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-02102012-145142/pt-br.php>. Acesso em 03 mar. 2021.

BRITO, Alexis Couto de; FABRETTI, Humberto Barrionuevo; LIMA, Marco Antônio Ferreira. **Processo penal brasileiro**. 3ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2015.

BURGEL, Letícia. **O risco permitido em Direito Penal**. 2017. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2017. Disponível em: <https://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/12176/1/000489325-Texto%2BCompleto-0.pdf>. Acesso em 08 maio 2021.

CANOTILHO, J. J. Gomes; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; MENDES, Gilmar Ferreira. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, E-book.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 19ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

CARDOSO, Flavio Pereira. Agente infiltrado virtual (Lei n. 13.441/2017): primeiras impressões. **Revista Eletrônica do Ministério Público do Estado de Goiás**, n. 33, Goiânia: ESMPGP, jan.-jun., 2017.

CARVALHO, Jefferson Lemes. Cadeia de custódia e sua relevância na persecução penal. **Brazilian Journal of Forensic Sciences**, v. 5, n. 4, 2016. Disponível em: <http://www.ipebj.com.br/forensicjournal/edicoes?volume=5&numero=4&artigo=220>. Acesso em 03 mar. 2021.

CASIMIRO, Helena de Castro Tomé Diniz. **Isenção de responsabilidade do agente encoberto**. 2019. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2019. Disponível em: <http://estudogeral.sib.uc.pt/handle/10316/90292>. Acesso em 04 mar. 2021.

CATANA, Antônio José da Silva. **A natureza jurídica da ação do agente infiltrado digital**. 2018. Dissertação (Mestrado em Ciências Policiais) - Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna, Lisboa, 2018. Disponível em: [comum.rcaap.pt/handle/10400.26/25348](http://comum.rcaap.pt/handle/10400.26/25348). Acesso em 25 abr. 2021.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Comentários à infiltração de agentes de polícia na internet para investigar crimes contra a dignidade sexual de criança e de adolescente**. 2017. Disponível em: [dizerodireito.com.br/2017/05/comentarios-infiltracao-de-agentes-de.html](http://dizerodireito.com.br/2017/05/comentarios-infiltracao-de-agentes-de.html). Acesso em 21 jul. 2020.

COSTA, Michel Cabral da. **A responsabilidade penal do agente infiltrado: limites da inexigibilidade de conduta diversa**. 2016. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdade Damas da Instrução Cristã, Recife, 2016. Disponível em: <https://www.faculdedamas.edu.br/revistafd/index.php/academico/article/view/573>. Acesso em 04 mar. 2021.

COSTA JUNIOR, Ivan Jezler. **Prova penal digital: tempo, risco e busca telemática**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro. **Revista de Estudos Criminais do ITEC**, n. 1., Sapucaí do Sul: Notadez Informações, 2001.

COX, Joseph. **A inédita campanha do FBI contra hackers investigou mais de mil computadores**. 2016. Disponível em [https://www.vice.com/pt\\_br/article/ezagza/a-campanha-inedita-do-fbi-contra-hackers-atingiu-mais-de-mil-computadores](https://www.vice.com/pt_br/article/ezagza/a-campanha-inedita-do-fbi-contra-hackers-atingiu-mais-de-mil-computadores). Acesso em 22 set. 2020.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **O problema da consciência da ilicitude em Direito Penal Brasileiro**. 5<sup>a</sup> ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

DIAS, Jorge de Figueiredo. A criminalidade organizada: do fenômeno ao conceito jurídico-penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 71, São Paulo, mar.-abr., 2008.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17<sup>a</sup> ed. rev., ampl. e atual., v. 1, Salvador: JusPodivm, 2015.

DOTTI, Rene Ariel. **A posição sistemática da culpabilidade** – coleção ciências penais V. 2013.

ESTELLITA, Heloisa, **Criminalidade de empresa, quadrilha e organização criminosa**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

**Exposição de crianças e adolescentes na internet ocupa 5ª posição no ranking do Disque 100**, 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2020-2/novembro/exposicao-de-criancas-e-adolescentes-na-internet-ocupa-quinta-posicao-no-ranking-de-denuncias-do-disque-100>. Acesso em 03 abr. 2021.

Federal Bureau of Investigation. **Undercover operations & guidelines**. Disponível em: <https://vault.fbi.gov/FBI%20Undercover%20Operations%20FBI%20Undercover%20Operations%20Part%201%20of%201>. Acesso em: 03 maio 2021.

FELDENS, Luciano. **Limites constitucionais da investigação**. São Paulo: RT, 2009.

FERNANDES, Antônio Sacarance. O equilíbrio na repressão ao crime organizado. **Crime organizado – aspectos processuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FERNANDES, Antônio Sacarance. O equilíbrio na repressão ao crime organizado. *In*: SCARANCE, A.; ALMEIDA, J. R. G.; MORAES, M. Z. (org.). **Crime organizado: aspectos processuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 9-28.

FERNANDES, Bruno Lacerda Bezerra. **Direitos fundamentais como limites ao dever-poder de punir do Estado: um novo paradigma na execução penal brasileira**. 2016. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas) - Universidade Federal do Rio Grande do Norte. 2016. Disponível em: <https://repositorio.ufrn.br/handle/123456789/21314>. Acesso em 03 maio 2021.

FERNANDES, Welington Henriques. **Infiltração policial como meio de prova no estado democrático de direito**. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Penal e Cidadania) - Universidade Paranaense – UNIPAR, Umuarama, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 3ª ed. rev., São Paulo, Editora dos Tribunais, 2002.

FIGUEIREDO, Alisson Silva Hubner de. **Infiltração virtual à luz do ordenamento jurídico brasileiro**. 2019. Monografia (Bacharelado em Direito) - Centro Universitário UNIFACIG, Manhuaçu, 2019. Disponível em: <http://pensaracademico.unifacig.edu.br/index.php/repositoriottcc/article/view/1766/1379>. Acesso em 25 abr. 2021.

FINKLEA, Kristin. Dark Web. **Congressional Research Service**. 2017. Disponível em: [https://a51.nl/sites/default/files/pdf/R44101%20\(1\).pdf](https://a51.nl/sites/default/files/pdf/R44101%20(1).pdf). Acesso em 05 maio 2021.

FONTELES, Cláudio Lemos. Investigação preliminar: significado e implicações. **Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios**, ano 9, v. 17, jan.-jun. 2001. Disponível em: [https://escolamp.org.br/revistajuridica/17\\_03.pdf](https://escolamp.org.br/revistajuridica/17_03.pdf). Acesso em 04 maio 2021.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. Notas sobre a prova em processo penal. **Revista de Direito Penal**, n. 23, jul.-dez. 1976, p. 23-40. Disponível em: <http://www.fragoso.com.br/wp-content/uploads/2017/10/RDP23.pdf>. Acesso em 14 dez. 2020.

FRANCK JUNIOR, Wilson. **O dolo eventual na estrutura finalista do delito: crítica de um dogma**. *In*: CONGRESSO INTERNACIONAL DE CIÊNCIAS CRIMINAIS, 2011.

Disponível em:

<http://congressos.ifal.edu.br/index.php/connepi/CONNEPI2010/paper/viewFile/1773/1022>. Acesso em 14 dez. 2020.

FRANK, Reinhart. **Sobre la estructura del concepto de culpabilidad**. Buenos Aires: Julio Cezar Faria Editor, 2002. Disponível em:

[https://editora.pucrs.br/anais/cienciascriminais/edicao2/Wilson\\_Frank.pdf](https://editora.pucrs.br/anais/cienciascriminais/edicao2/Wilson_Frank.pdf). Acesso em: 04 abr. 2021.

FURLANETO NETO, Mário; SANTOS, José Eduardo Lourenço dos. Apontamentos sobre a cadeia de custódia da prova digital no Brasil. **Revista Em Tempo**. v. 20, n. 1, nov. 2020.

Disponível em: <https://revista.univem.edu.br/emtempo/article/view/3130>. Acesso em: 25 fev. 2021.

FURLANETO NETO, Mário; SANTOS, José Eduardo Lourenço dos; GIMENES, Eron Veríssimo. **Crimes na internet e inquérito policial eletrônico**. 2ª ed. rev., ampl. e atual., São Paulo: Edipro, 2018.

GONÇALVES, Thiago André Silva; COGO, Rodrigo. Aspectos relevantes da teoria finalista da ação no conceito de fato típico. In: XIII Simpósio Científico Cultural - SCIENCULT, 2010, Parnaíba. [Anais]. Parnaíba/Piauí. 2010. Disponível em:

<https://anaisonline.uems.br/index.php/sciencult/article/view/3334>. Acesso em 03 maio 2021.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. **As nulidades no processo penal**. 2ª ed., São Paulo: Editora Malheiros, 1992.

GUERRA, Gustavo Gabriel Alves. **Infiltração virtual dos agentes policiais: como meio de investigação de prova na persecução penal**. 2019. Monografia (Bacharelado em Direito) - UniEVANGÉLICA, Anápolis, 2019. Disponível em: [repositorio.aee.edu.br/handle/aee/8621](http://repositorio.aee.edu.br/handle/aee/8621). Acesso em 25 abr. 2021.

GUIMARÃES, Issac Sabbá. Agente provocador, agente infiltrado e o novo paradigma de processo penal. In: MOREIRA, R. A. (org.). **Leituras complementares de processo penal**. Salvador: JusPODIVM, 2008, p. 97-117.

HOFFMANN, Débora Daniely Zimmer. **Meios de prova no processo penal e a admissibilidade da interceptação ambiental**. 2015. Monografia (Bacharelado em Direito) - Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, 2015. Disponível em: [https://bibliodigital.unijui.edu.br:8443/xmlui/bitstream/handle/123456789/3200/TCC\\_DEBORRA\\_HOFFMANN.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://bibliodigital.unijui.edu.br:8443/xmlui/bitstream/handle/123456789/3200/TCC_DEBORRA_HOFFMANN.pdf?sequence=1&isAllowed=y). Acesso em 03 mar. 2021.

JALIL, Mauricio Schaun. Nova lei sobre organizações criminosas (Lei 12.850/2013): primeiras considerações. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, ano 16, v. 32, jul-dez, 2013.

JESUS, Damásio E. de; BECHARA, Fabio Ramazzini. **Agente infiltrado: aspectos penais e processuais**. 2005. Disponível em: <https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/12110-12110-1-PB.htm>. Acesso em 12 abr. 2021.

JOH, Elizabeth E. Breaking the law to enforce it: undercover police participation in crime. **Stanford Law Review**, v. 62, n. 1, 2009. Disponível em: <https://www.stanfordlawreview.org/wp-content/uploads/sites/3/2010/03/Joh.pdf>. Acesso em 03 maio 2021.

JORGE, Higor Vinicius Nogueira. **Investigação criminal tecnológica**. v. 1, Rio de Janeiro: BRASPORT Livros e Multimídia Ltda., 2018, Ebook.

JOSÉ, Maria Jamile. **A infiltração policial como meio de investigação de prova nos delitos relacionados à criminalidade organizada**. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-01122010-144008/pt-br.php>. Acesso em 04 mar. 2021.

LACHI, Rômulo. Exceções à inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro. **Rvista Jurídica UNIGRAN**. Dourados, v. 11, n. 22, jul.-dez. 2009. Disponível em: [https://www.unigran.br/dourados/revista\\_juridica/ed\\_anteriores/22/artigos/artigo07.php](https://www.unigran.br/dourados/revista_juridica/ed_anteriores/22/artigos/artigo07.php). Acesso em 04 mar. 2021.

LAMEIRÃO, Cláudio Marcos Romero. **A infiltração policial como instrumento de combate aos delitos perpetrados por organizações criminosas**. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional) - Universidade Católica de Santos, São Paulo, 2015. Disponível em: <http://biblioteca.unisantos.br:8080/pergamumweb/vinculos/000012/00001282.pdf>. Acesso em: 04 mar. 2021.

LANNA, Letícia Marques. A condição da vítima na persecução penal: aspectos sociológicos e jurídicos. **Revista VirtuaJus**, v. 5, n. 8, 2020. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/virtuajus/article/view/24343/17154>. Acesso em 03 mar. 2021.

LEITE, Carolina Salgueiro Vieira. **O agente infiltrado: considerações sobre o novo instrumento de investigação à luz do ordenamento jurídico brasileiro**. 2018. Monografia (Bacharelado em Direito) - Escola de Direito, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/24103/CAROLINA%20SALGUEIRO%20VIEIRA%20LEITE.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 25 abr. 2021.

LEITE, Sara Souza. O emprego das fontes abertas no âmbito da atividade de inteligência policial. **Revista Brasileira de Ciências Policiais**, v. 5, n. 1, 2014. Disponível em <https://periodicos.pf.gov.br/index.php/RBCP/article/view/193/214>. Acesso em 22 set. 2020.

LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. 3ª ed., São Paulo: Editora 34, 2010.

LÉVY, Pierre. **O que é o virtual?** 2ª ed., São Paulo: Editora 34, 2011.

LIMA, Luana Cristina do Nascimento. **Excludentes de Ilicitude**. 2019. Monografia (Bacharelado em Direito) - Universidade de Taubaté, 2019. Disponível em: <http://repositorio.unitau.br:8080/jspui/handle/20.500.11874/3563>. Acesso em 12 out. 2020.



LIMA FILHO, Eujecio Coutrim. Lei 13.245/2016: uma análise do caráter democrático do inquérito policial. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 126, dez., 2016. Disponível em:

[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/RBCCrim\\_n.126.06.PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RBCCrim_n.126.06.PDF). Acesso em: 09 mar. 2021.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 16<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LOPES JUNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 6<sup>a</sup> ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2014.

MANN, Diana Calazans. A infiltração cibernética no processo penal brasileiro. *In*: BZERRA, C. S.; AGNOLETTO, G.C. (org.). **Combate ao crime cibernético**: doutrina e prática (a visão do Delegado de Polícia). Rio de Janeiro: Mallet Editora, 2016, p. 115-130.

MANN, Diana Calazans. **Infiltração digital**: a validade como meio de prova e os limites éticos do Estado-investigador. 2018. Dissertação (Mestrado Não Integrado em Ciências Policiais, Especialização em Criminologia e Investigação Criminal) - Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna – ISCPSI, Lisboa, 2018. Disponível em: <http://comum.rcaap.pt/handle/10400.26/25245>. Acesso em: 03 mar. 2021.

MARIATH, Carlos Roberto, Infiltração policial no Brasil: um jogo ainda sem regras. **Revista Brasileira de Segurança Pública e Cidadania**, Brasília, v. 2, n. 2, 2009. Disponível em: <https://periodicos.pf.gov.br/index.php/RSPC/article/view/86/91>. Acesso em 12 out. 2020.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas: 2008.

MARQUES, Ionéia de Souza; COELHO, Luiz Cláudio Araújo. Princípio da inadmissibilidade da prova ilícita: entre a rigidez e a flexibilidade. *In*: V CONGRESSO NORTE-NORDESTE DE PESQUISA E INOVAÇÃO – CONNEPI, 2010, Alagoas. [Anais]. Maceió / Alagoas. 2010. Disponível em: <http://congressos.ifal.edu.br/index.php/connepi/CONNEPI2010/paper/viewFile/1773/1022>. Acesso em 14 dez. 2020.

MARQUES, Ivan Luis; CUNHA, Rogério Sanches. **Processo Penal I**: investigação preliminar, ação penal, ação civil ex delicto. São Paulo: Saraiva, 2012, E-book.

MARTINELLI, João Paulo; BEM, Leonardo Schmitt de. **Direito penal**: lições fundamentais (parte geral). 5<sup>a</sup> ed., São Paulo: D'Plácido, 2020.

MARTINS, Jorge Augusto de Souza. **A responsabilidade penal do agente infiltrado**. 2008. Monografia (Bacharelado em Direito) - Universidade do Vale do Itajaí, 2008. Disponível em: <http://siaibib01.univali.br/pdf/Jorge%20Augusto%20de%20Souza%20Martins.pdf>. Acesso em 12 out. 2020.

MARTINS, Priscila Maria Alcântara. **Infiltração policial em organizações criminosas**. 2010. Monografia (Bacharelado em Direito) – Universidade Tuiuti do Paraná, Curitiba, 2010.

Disponível em: <https://tcconline.utp.br/wp-content/uploads/2012/06/INFILTRACAO-POLICIAL-EM-ORGANIZACOES-CRIMINOSAS.pdf>. Acesso em 04 mar. 2021.

MASCARENHAS, Gabriel. **Polícia federal recorreu a infiltrado para obter dados de grupo suspeito**. 2016. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/esporte/olimpiada-norio/2016/07/1794611-policia-federal-recorreu-a-infiltrado-para-obter-dados-de-grupo-suspeito.shtml>. Acesso em 04 abr. 2021.

MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. **Crime organizado**. 4ª ed. rev., atual., e ampl., São Paulo: Editora Método, 2018.

MASSON, Cleber. **Direito penal: parte geral** (arts. 1º a 120), v. 1, 13ª ed., São Paulo: Editora Método, 2019.

MATOS, Erica Mara de Freitas. **A legítima defesa como causa excludente da ilicitude**. 2019. Monografia (Bacharelado em Direito) – UniEVANGÉLICA, Anápolis, 2019. Disponível em: <http://repositorio.aee.edu.br/handle/aee/8557>. Acesso em 04 mar. 2021.

MESQUITA, Iolanda Alexandrina Fernandes. **O agente infiltrado: “análise jurisprudencial”**. 2016. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses) - Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016. Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/34771/1/O%20agente%20infiltrado%20analise%20jurisprudencial.pdf>. Acesso em 25 abr. 2021.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Código Penal interpretado**. 10ª ed. rev. e atual. 2019.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A Constituição e as provas ilicitamente obtidas**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

MOURA, Takinahikam Teixeira de. **Os limites do agente infiltrado dentro da organização criminosa: uma análise do princípio da proporcionalidade como critério de validação das provas colhidas**. 2018. Monografia (Bacharelado em Direito) - Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2018. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/prefix/12899/1/21424170.pdf>. Acesso em 06 abr. 2021.

NEISTEIN, Mariângela Lopes. **O agente infiltrado como meio de investigação**. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

NIGRE, Carlos Roberto Sanches; BATISTA, João Pedro. **Investigação Criminal, smartphone e whatsapp**. In: ETIC – ENCONTRO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA, v. 15, n. 15, 2019, Presidente Prudente. **Anais [...]**, Presidente Prudente: ETIC, 2019. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/7935/67648710>. Acesso em 12 out. 2020

NOGUEIRA, Carlos Frederico Coelho. **Comentários ao Código de Processo Penal**, v. 1, Bauru: Edipro, 2002.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Direitos humanos versus segurança pública: questões controversas penais, processuais penais, de execução penal e da infância e juventude.** Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização criminosa.** 2ª ed., São Paulo: RT, 2015.

OLIVEIRA, Caroline Pereira Barreto de. **Infiltração policial em organizações criminosas: os limites da obtenção da prova pelo agente infiltrado.** 2019. Monografia (Bacharelado em Direito) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019. Disponível em: <https://pantheon.ufrj.br/bitstream/11422/10273/1/CPBOliveira.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2021.

OLIVEIRA, Gabriel Barbosa de. **Teoria geral do crime e aspectos formais da classificação do delito.** 2019. Monografia (Bacharelado em Direito) - UniEVANGÉLICA, Anápolis, 2019. Disponível em: <http://repositorio.aee.edu.br/handle/aee/8574>. Acesso em: 13 mar. 2021.

OLIVEIRA, Marcos. **Primórdios da rede.** 2011. Disponível em: [https://revistapesquisa.fapesp.br/prim%C3%B3rdios-da-rede\\_/](https://revistapesquisa.fapesp.br/prim%C3%B3rdios-da-rede_/). Acesso em 05 maio 2021.

OLIVEIRA FILHO, Antônio Roberto de. **Os limites materiais da infiltração virtual de agentes policiais: a responsabilidade penal do agente infiltrado virtual.** 2020. Monografia (Bacharelado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade do Ceará, 2020. Disponível em: [repositorio.ufc.br/handle/riufc/55202](http://repositorio.ufc.br/handle/riufc/55202). Acesso em 25 abr. 2021.

**Operação Darknet - Balanço.** 2014. Disponível em: <http://www.pf.gov.br/agencia/noticias/2014/10/operacao-darknet-balanco>. Acesso em 22 set. 2020.

ORTENBLAD, Renata Wanderley. **A proteção penal à dignidade sexual da criança e do adolescente.** 2018. Monografia (Bacharelado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/colecao.php?strSecao=resultado&nrSeq=37840@1>. Acesso em 22 set. 2020.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal.** 24ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2020.

PACHECO, Denilson Feitoza. **Direito processual penal – teoria, crítica e práxis.** 3ª ed. Niterói: Impetus, 2005.

PALMA, Fernanda. **O princípio da desculpa em Direito Penal.** Coimbra: Alamedina, 2005.

PAZ, Isabel Sánchez García de. **La criminalidad organizada – aspectos penales, procesales, administrativos y policiales.** Madrid: Dykinson, 2005. Disponível em: <https://pt.calameo.com/books/0001050894ac4ff47833b>. Acesso em 02 mar. 2021.

**PF combate crime de pornografia infantil na Deep Web.** 2016. Disponível em: <http://www.pf.gov.br/agencia/noticias/2016/11/pf-combate-crime-de-pornografia-infantil-na-deep-web>. Acesso em: 22 set. 2020.

**PF combate distribuição de imagens pornográficas com crianças na deepweb.** 2018. Disponível em: <http://www.pf.gov.br/agencia/noticias/2018/04/pf-combate-distribuicao-de-imagens-pornograficas-com-criancas-na-deepweb>. Acesso em 15 set. 2020.

**PF prende 18 na operação #underground contra pornografia infantil na internet.** 2018. Disponível em: <https://istoe.com.br/pf-prende-18-na-operacao-underground-contra-pornografia-infantil-na-internet-2/>. Acesso em: 15 set. 2020

**PF prende 18 na operação #underground contra pornografia infantil.** 2018. Disponível em: <https://exame.com/brasil/pf-prende-18-na-operacao-underground-contra-pornografia-infantil/>. Acesso em 15 set. 2020.

PIEROBOM DE ÁVILA, Thiago André. **Provas ilícitas e proporcionalidade.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

PITOMBO, Antônio Sérgio Altieri de Moraes. **Organização criminosa: nova perspectiva do tipo legal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PORTO, Guilherme Cotecchia. **Excludentes da ilicitude no Código Penal brasileiro.** 2009. Monografia (Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Penal e Processo Penal) – Universidade Cândido Mendes, Rio de Janeiro, 2009. Disponível em: [http://www.avm.edu.br/docpdf/monografias\\_publicadas/K211532.pdf](http://www.avm.edu.br/docpdf/monografias_publicadas/K211532.pdf). Acesso em 22 set. 2020.

PRADO, Geraldo. **Notas sobre proteção de dados, prova digital e o devido processo penal.** 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-ago-18/geraldo-prado-protecao-dados-prova-digital-devido-processo-penal>. Acesso em 03 mar. 2021.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal brasileiro.** 8ª ed., v. I, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

REIS, Mainara Lacerda dos. **Encontro fortuito de provas e sua admissibilidade no processo penal brasileiro.** 2017. Monografia (Bacharelado em Direito) - Centro Universitário de Formiga. 2017. Disponível em: [https://repositorioinstitucional.uniformg.edu.br:21074/xmlui/bitstream/handle/123456789/573/TCC\\_MainaraLacerdaReis.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repositorioinstitucional.uniformg.edu.br:21074/xmlui/bitstream/handle/123456789/573/TCC_MainaraLacerdaReis.pdf?sequence=1&isAllowed=y). Acesso em: 22 set. 2020.

ROCHA, Luiz Otávio de Oliveira. Agente infiltrado: inovações da lei 10.217/2001. **Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo.** São Paulo, v.1, n. 1, jan./jun. 2001. Disponível em: [http://www.esmp.sp.gov.br/revista\\_esmp/index.php/RJESMPSP/issue/viewIssue/24/39](http://www.esmp.sp.gov.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/issue/viewIssue/24/39). Acesso em: 4 ago. 2020.

RODRIGUES, Benjamin Silva. **A monitorização dos fluxos informacionais e comunicacionais: contributo para a superação do “paradigma da ponderação constitucional e legalmente codificado” em matéria de escutas telefônicas.** v. 1, Coimbra: Coimbra, 2009.

ROUTLEY, Nick. **The dark side of the internet.** Disponível em: <https://www.visualcapitalist.com/dark-web/>. Acesso em 15 mar. 2019.

SAAD, Marta. Editorial do dossiê: “reformas da investigação preliminar e a investigação defensiva no processo penal” - Investigação preliminar: desafios e perspectivas. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal.** Porto Alegre, v. 6, n. 1, jan-abr. 2020. Disponível

em: <http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/article/view/348/200>. Acesso em: 03 mar. 2021.

SALES, Sheila Jorge Selim de. **Do sujeito ativo na parte especial do código penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. Curitiba: Editora Fórum, 2004.

SANNINI NETO, Francisco. **Lei 13.245/2016: contraditório e ampla defesa na investigação criminal?** 2016. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/lei-13-2452016-contraditorio-e-ampla-defesa-na-investigacao-criminal/>. Acesso em: 09 mar. 2021.

SANNINI NETO, Francisco. **Infiltração virtual de agentes representa avanço nas técnicas especiais de investigação criminal**. 2017. Disponível em: <https://franciscosannini.jusbrasil.com.br/artigos/456115145/infiltracao-virtual-de-agentes-representa-avanco-nas-tecnicas-especiais-de-investigacao-criminal>. Acesso em: 25 abr. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIEIRO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, E-book.

SILVA, Danni Sales. Da validade processual penal das provas obtidas no Facebook. **Revista do Ministério Público do Estado de Goiás**. n. 34, jul./dez. 2017. Disponível em: <http://www.mp.go.gov.br/revista/revista13.html>. Acesso em: 19 set. 2020.

SILVA, Eduardo Araújo da. **Crime organizado: procedimento probatório**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SILVA, Eduardo Araújo da. **Organizações criminosas: aspectos penais e processuais da Lei n.º 12.850/13**. São Paulo: Atlas, 2014.

SILVA, Ingrid Martins. **A infiltração policial como técnica especial de investigação no ambiente cibernético**. 2017. Monografia (Bacharelado em Direito) - Instituto de Ciências da Sociedade de Macaé, Universidade Federal Fluminense, Macaé, 2017. Disponível em: <https://egov.ufsc.br/portal/conteudo/infiltra%C3%A7%C3%A3o-policial-como-t%C3%A9cnica-especial-de-investiga%C3%A7%C3%A3o-no-ambiente-cibern%C3%A9tico>. Acesso em: 22 set. 2020.

SILVA, Luciano André da Silveira e. **O agente infiltrado: estudo comparado da legislação da Alemanha, Brasil e Portugal**. 2015. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2015. Disponível em <https://estudogeral.sib.uc.pt/handle/10316/34845>. Acesso em 04 mar. 2021.

SILVA, Luciano Nascimento; CASTRO, Lorena Daniely Lima de. Organização criminosa e agente infiltrado: constitucionalidade e aplicabilidade à luz da lei 12.850/13. **Revista Jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina**. Ano VII, n. 13, jul-dez, 2016. Disponível em: [http://www.portaldeperiodicos.unisul.br/index.php/U\\_Fato\\_Direito/article/view/3991/2773](http://www.portaldeperiodicos.unisul.br/index.php/U_Fato_Direito/article/view/3991/2773). Acesso em 04 mar. 2021.

SILVA, Rafael; MARQUES, Daniel. Crimes cibernéticos e sua competência. *In: ETIC – ENCONTRO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA*, v. 15, n. 15, 2019, Presidente Prudente. **Anais [...]**, Presidente Prudente: ETIC, 2019. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/7911>. Acesso em 12 out. 2020.

SILVA, Vigílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, v. 798, ano 91, p. 23-50, abr. 2002.

SOARES, Helena Frade. Da infiltração policial em organizações criminosas: evolução, espécies e consequências. **Revista Eletrônica do Curso de Direito – PUC Minas Serro**, n. 12, ago.-dez. 2015. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/DireitoSerro/article/view/10966>. Acesso em 06 abr. 2021.

SOUSA, Marllon. **Crime organizado e infiltração policial**: parâmetros para a validação da prova colhida no combate às organizações criminosas. São Paulo: Atlas, 2015.

SOUSA, Stenio Santos. Coleta de perfil genético e identificação criminal: identificação criminal ou meio de prova, à luz do princípio da constitucionalidade? **Corpus Delicti – Revista de Direito de Polícia Judiciária**. Brasília, ano 2, n. 3, jan.-jun. 2018. Disponível em: <https://periodicos.pf.gov.br/index.php/RDPJ/article/view/554/336>. Acesso em 03 mar. 2021.

SOUZA, Wellington. Conceito analítico do crime. **Boletim Informativo Criminológico**, v. 2, n. 1, 2015. Disponível em: <http://revistas.unifenas.br/index.php/BIC/article/view/133>. Acesso em 25 abr. 2021.

STF. **Ministro Luiz Fux suspende criação de juiz de garantias por tempo indeterminado**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=435253&ori=1>. Acesso em 09 mar. 2021.

STIVANELLO, Gilbert Uzêda. Teoria da Imputação Objetiva. **Revista do Conselho de Justiça Federal, Centro de Estudos Jurídicos**. Brasília, n. 22, jul.-set. 2003, p. 70-75. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/211926078.pdf>. Acesso em 08 maio. 2021.

TAPOROSKY FILHO, Paulo Silas; BUENO, Diéssica. O juiz das garantias como ferramenta para assegurar a imparcialidade no processo penal. **Revista Húmus - Decadência Ocidental: pandemia e repressão**, v. 10, n. 29, 2020. Disponível em: <http://www.periodicoseletronicos.ufma.br/index.php/revistahumus/article/view/14842/7855>. Acesso em 05 maio 2021.

TAVARES, Juarez. **Teorias do delito (variações e tendências)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

TAVARES, Juarez; CASARA, Rubens. **Prova e verdade**. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020.

**Transnational organized crime.** Disponível em: <https://www.fbi.gov/investigate/organized-crime#Glossary-of%20Terms>. Acesso em: 07 abr. 2021.

THAMAY, Rennan; TAMER, Mauricio. **Provas no direito digital: conceito da prova digital, procedimentos e provas digitais em espécie.** São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

**Undercover and Sensitive Operations Unit, Attorney General's Guidelines on FBI Undercover Operations.** Disponível em: <https://www.justice.gov/archives/ag/undercover-and-sensitive-operations-unit-attorney-generals-guidelines-fbi-undercover-operations#definitions>. Acesso em 03 maio 2021.

**United States Code.** Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text>. Acesso em 03 maio 2021.

VAZ, Denise Provasi. **Provas digitais no processo penal: formulação do conceito, definição das características e sistematização do procedimento probatório.** 2012. Teses (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. 2012. Disponível [https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-28052013-153123/publico/Denise\\_Provasi\\_Vaz\\_tese\\_integral.pdf](https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-28052013-153123/publico/Denise_Provasi_Vaz_tese_integral.pdf). Acesso em 03 mar. 2021.

WOLFF, Rafael. **Agentes infiltrados: o magistrado como garantidor e ferramenta de aprimoramento desde meio especial de investigação.** 2ª ed., São Paulo: Alamedina, 2018.

XAVIER, Andressa Collares. **A atuação do Ministério Público na investigação criminal.** 2013. Monografia (Bacharelado em Direito) - Faculdade de Direito – Universidade Federal Fluminense. 2013. Disponível em: <https://app.uff.br/riuff/handle/1/8729>. Acesso em: 05 maio 2021.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro Parte Geral.** 4ª ed., São Paulo: Editora RT, 2002.

ZANELLA, Everton Luiz. Infiltração de agentes. **Enciclopédia Jurídica da PUCSP**, 1ª ed., tomo processo penal, ago. 2020. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/442/edicao-1/infiltracao-de-agentes>. Acesso em 03 maio 2021.