

MODALIDADES E LIMITES DA “UNDERCOVER POLICE INVESTIGATION”

MODALITIES AND LIMITS OF THE UNDERCOVER POLICE INVESTIGATION

Bruno Augusto Vígo Milanez¹

RESUMO

O presente texto tem por objetivo descrever e problematizar as hipóteses de atividade investigativa encoberta, desenvolvidas em sede policial. São conhecidas, em essência, três modalidades dessa atividade policial investigativa, desempenhadas pelo agente provocador, pelo agente encoberto e pelo agente infiltrado. Enquanto a primeira é forma ilícita de investigação, as duas últimas são consideradas admissíveis pelo Direito. A distinção entre as três figuras, porém, nem sempre é clara, o que resulta, em alguns casos, na admissão de atos investigativos absolutamente nulos, como se legítimos fossem.

PALAVRAS-CHAVE: Investigação Preliminar. Atividade Policial Encoberta. Agente Provocador. Agente Encoberto. Agente Infiltrado.

ABSTRACT

This essay means to describe and problematize the hypotheses of undercover investigative activities, carried out by the police authorities. In essence, there are three types of this investigative police activity, developed by the provocateur agent, the undercover agent and the infiltrated agent. While the first develops illegal form of investigation, the last two are considered admissible by law. The distinction between the three figures, however, is not always clear, which results, in some cases, in the admission of absolutely null investigative acts as if they were legitimate under the law.

KEYWORDS: Preliminary Investigation. Undercovered Policial Activity. Provocateur Agent. Covered Agent. Infiltrated Agent.

¹ Mestre e Doutor em Direito, pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professor Adjunto de Direito Processual Penal da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Advogado. E-mail: bruno@mfadvocacia.adv.br

I INTRODUÇÃO

Uma vez praticada a infração penal e chegada ao conhecimento do Estado a sua ocorrência, deve-se iniciar a investigação preliminar, que tem por escopo a realização de diligências – essencialmente desempenhadas pela polícia investigativa – com a dupla finalidade de (a) evitar futuras acusações infundadas, contra cidadãos que não possuem nenhuma relação com a infração penal; e (b) de outra forma, garantir que elementos mínimos de autoria e materialidade do fato sejam obtidos, para que a acusação exerça a ação penal embasada em elementos empíricos mínimos da existência do fato e da vinculação dele ao acusado.

Sabendo-se que as agências oficiais com atribuições investigativas estão vinculadas ao princípio da legalidade – que para a administração pública significa fazer somente aquilo que a lei explicitamente autoriza –, o Código de Processo Penal e a legislação extravagante contemplam e delimitam a extensão de diversos atos investigativos que podem ser realizados no curso da fase preliminar da persecução penal, dentre os quais é possível citar, exemplificativamente, a oitiva de testemunhas, informantes e vítimas, o interrogatório do investigado, a determinação de perícias, reprodução simulada de fatos, acareações etc.

O ordenamento de direito positivo contempla, dentre a ampla gama de diligências, a possibilidade de que alguns atos investigativos sejam realizados mediante atividade policial encoberta (*undercover police investigation*), podendo-se aludir ao agente provocador, encoberto e infiltrado.

Na atualidade, existe uma distinção relativamente clara entre as figuras do agente provocador (que realiza atividade ilícita, que resulta na prática de atos investigativos inadmissíveis, por força do texto constitucional – art. 5º, LVI, da CR/88) e do agente encoberto (que realiza atividade lícita, cujo resultado consiste em atos admissíveis).

2 DISTINÇÕES ENTRE AGENTE PROVOCADOR E AGENTE DISFARÇADO

O agente provocador é aquele que, a pretexto de realizar atividade investigativa, atua de modo a incitar ou instigar a realização de atividade criminosa por terceiro, criando situação de flagrante que não ocorreria sem aquela atuação. A indução à prática de crime pelo agente estatal é absolutamente ilegal e nula, assim como são ilícitos todos os atos investigativos decorrentes da atuação do agente provocador².

2 SOUZA, Luiz Roberto Salles. A infiltração de agente como técnica de investigação criminal. In: MESSA, Ana Flávia; CARNEIRO, José Reinaldo Guimarães (Coord). **Crime organizado**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 245.

A questão, aqui, tem-se resolvido na âmbito do direito material, no sentido de que a provocação da prática do ilícito penal pelo agente impede, de forma absoluta, a consumação da infração penal, falando-se então em *crime impossível*, na esteira do enunciado da Súmula 145 do STF: "*não há crime, quando a preparação do flagrante torna impossível a sua consumação*". Na casuística, o STF chegou a afirmar que a provocação da prática delitiva pela polícia resulta na ocorrência de "*crime putativo inexistente*".

HABEAS CORPUS – PACIENTE CONDENADA PELA PRÁTICA DO CRIME DE TRÁFICO DE ENTORPECENTE – PROCESSO APODADO DE NULO, POR AUSÊNCIA DE DEFESA E POR TRATAR-SE DE CRIME PUTATIVO INEXISTENTE. Alegações que encontram ampla ressonância nos autos, onde se verifica que, efetivamente, a denúncia em relação à paciente, descreve crime putativo por obra de agente provocador, de modo tão nítido que, conquanto a circunstância não tenha sido invocada pela defesa, com sério prejuízo para a paciente, não poderia ter passado despercebido aos julgadores de primeiro e segundo graus. Processo nulo *ex radice*. Súmula 145. Ordem deferida (STF – HC 69.192, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 13.3.1992)

A figura do agente provocador não se confunde, porém, com o agente encoberto ou disfarçado. Este se limita a acompanhar, de forma velada, atividade criminosa em curso ou na iminência de ocorrer, seja para colher elementos de materialidade a autoria do fato investigado (v.g. realizando filmagens) ou mesmo para realizar a prisão em flagrante. Essa forma de atuação é admissível e independe de autorização judicial, pois se limita ao acompanhamento disfarçado de atividade ilícita de terceiro.

A linha de distinção entre as atividades do agente provocador e às do agente encoberto reside exatamente no fato de que a primeira atuação induz ou estimula a prática de uma infração penal – cuja consumação é absolutamente impossível, dadas as circunstâncias fáticas –, enquanto na atividade do agente encoberto a infração penal se encontra em fase de execução, não tendo havido indução de sua ocorrência pelo agente policial:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. FLAGRANTE PREPARADO. AUSÊNCIA DE CRIME. ENUNCIADO SUMULAR N. 145/STJ. NÃO OCORRÊNCIA NO CASO DOS AUTOS. FLAGRANTE ILEGALIDADE. INEXISTÊNCIA. NOVOS ARGUMENTOS HÁBEIS A DESCONSTITUIR A DECISÃO IMPUGNADA. INEXISTÊNCIA. DECISUM MANTIDO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. I - Há flagrante preparado (ou provocado) quando o agente é induzido à prática de um

crime pela "pseudovítima", por terceiro ou pela polícia (cf. J. F. Mirabete, *Processo Penal*, ed. Atlas, 2003, p. 375). Nesse caso não há crime, em face da ausência de vontade livre e espontânea do agente, pois este, na verdade, é induzido à prática de uma ação delituosa. Nesse sentido o Enunciado Sumular n. 145 do Pretório Excelso, *verbis*: "Não há crime quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação". II - *In casu*, já havia notícia do exercício da traficância pelo sentenciado, a partir da qual se originou uma investigação prévia, que levou à operação resultante da prisão em flagrante. Destarte, o crime de tráfico já se consumava em razão de os denunciados trazerem consigo e transportarem os entorpecentes; ademais, em momento algum, os policiais induziram ou instigaram o paciente e os demais denunciados a transportar o tóxico, tratando-se de infração penal de natureza permanente, cuja ocorrência se iniciou antes mesmo da atuação policial. III - Neste agravo regimental não foram apresentados argumentos novos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, devendo ser mantida a decisão impugnada por seus próprios e jurídicos fundamentos. Agravo regimental desprovido. (STJ – AgRg no HC 565.902, Rel. Min. Felix Fischer, DJe 27.5.2020)

3 A DISCIPLINA LEGAL DA INFILTRAÇÃO DE AGENTES

A infiltração de agentes consiste em uma técnica especial de investigação pela qual o agente policial se insere no contexto de uma organização criminosa e dela participa, com a finalidade de comprovação dos ilícitos perpetrados, identificação dos seus agentes e fontes de prova.

Tratando-se de técnica investigativa que pode implicar severa restrição de direitos fundamentais individuais, tanto de investigados como de terceiros, a infiltração de agentes reclama tratamento normativo específico, não apenas que preveja a sua possibilidade como meio típico de pesquisa investigativa, mas também que delimite as hipóteses de atuação válida, os prazos de duração, a forma e os limites da atividade do agente infiltrado.

No Brasil, a admissão da infiltração de agentes, no plano normativo, aparece com a recepção, pelo Decreto nº 5.015 da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, de 2004, que, na regra do art. 20, prevê a possibilidade de os Estados internalizarem técnicas especiais de investigação, dentre as quais "as operações de infiltração", "a fim de combater eficazmente a criminalidade organizada".

Com a vigência da Lei nº 9.034, de 1995, foram disciplinadas algumas técnicas especiais de investigação relativas aos crimes de pertinência à organização criminosa; porém, somente com as alterações promovidas pela Lei nº 10.217, de 2001, é que a infiltração de agentes ganha algum contorno normativo específico. Em linhas gerais, passou-se a admitir, "*mediante circunstanciada autorização judicial*", a "*infiltração de agentes de polícia ou de inteligência, em tarefas de investigação*" (art. 2º, V), prevendo-se o estrito sigilo da autorização judicial "*enquanto perdurar a infiltração*" (art. 2º, V, parágrafo único).

A infiltração de agentes ainda veio disciplinada de forma genérica na regra do art. 53, I, da Lei nº 11.343, de 2006, que contemplou, "*em qualquer fase da persecução criminal relativa aos crimes previstos nesta Lei*", "*a infiltração por agentes de polícia, em tarefas de investigação*".

Em que pesem os largos espaços de carência e vagueza normativa nas regulamentações iniciais sobre a infiltração de agentes³, é possível extrair duas grandes características essenciais ao instituto, quais sejam: (a) a necessidade de autorização judicial para a infiltração⁴; e (b) que o infiltrado seja, necessariamente, um agente estatal.

No atual contexto normativo, essa técnica investigativa está disciplinada na Seção III da Lei nº 12.850, de 2013, contemplando as infiltrações reais (art. 10) e virtuais, pela internet (art. 10-A). Análise das previsões normativas permite extrair alguns pontos comuns a ambas as formas de infiltração de agentes.

Em primeiro lugar, como decorrência da *excepcionalidade* da medida, a infiltração é admissível tão somente em investigações que contenham indícios de organização criminosa (art. 10, § 2º, primeira parte, e art. 10-A, § 3º, primeira parte). A previsão se coaduna com a lógica de não banalização do instituto, que deve ser reservado apenas a casos criminais de maior gravidade.

3 Sobre o tema: VIEIRA, Renato Stanzola. Agente infiltrado – estudo comparativo dos sistemas processuais português e brasileiro (ou a imprescindibilidade da tipicidade processual como requisito da admissibilidade dos meios de pesquisa de prova em processo penal). **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. n. 87, v. 18, 2010, p. 226-228.

4 No sentido da imprescindibilidade da autorização judicial e o efetivo controle judicial da ação do agente infiltrado. SOUZA, L. R. S. A infiltração... op. cit., p. 246; LOPES, Mariângela Tomé. A infiltração de agentes no Brasil e na Espanha. Possibilidade de reformulação do sistema brasileiro com base no direito espanhol. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 89, v. 19, 2011, p. 501; PEREIRA, Flávio Cardoso. A moderna investigação criminal: infiltrações policiais, entregas controladas e vigiadas, equipes conjuntas de investigação e provas periciais de inteligência. In: CUNHA, Rogério Sanches; TAQUES, Pedro; GOMES, Luiz Flávio (Coord.). **Limites constitucionais da investigação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 118-119.

Em segundo lugar, a infiltração sempre será a *ultima ratio* investigativa, de modo que sua utilização depende da demonstração concreta de que a prova não possa “ser produzida por outros meios disponíveis” (art. 10, § 2º, segunda parte, e art. 10-A, § 3º, segunda parte). A ausência de demonstração concreta da imprescindibilidade é causa de nulidade absoluta da infiltração, com a conseqüente declaração de ilicitude dos elementos empíricos dela decorrentes⁵.

Em terceiro lugar, a autorização para a realização da infiltração depende de representação policial ou do requerimento formulado pelo órgão do Ministério Público (art. 10, *caput*, primeira parte e § 1º, e art. 10-A, § 2º), sendo vedada a determinação de realização da medida *ex officio* pelo juiz que controla a legalidade das investigações. Nesse aspecto, o dispositivo até mesmo se coaduna com a regra do art. 3º-A, do CPP, segundo o qual “o processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”.

Em quarto lugar, somente se permite que a infiltração seja realizada por “agentes de polícia” (art. 10, *caput*, primeira parte, e art. 10-A, primeira parte), ou seja, por funcionário público com atribuições investigativas e vinculadas à Polícia civil ou federal. Excepcionalmente, possível a infiltração por policiais militares, nas investigações criminais realizadas em Inquérito Policial Militar.

A referência legal expressa a agentes de polícia exclui a admissibilidade de infiltração por agentes estatais não policiais – incluídos os agentes de inteligência⁶ – ou por particulares, diferentemente do que ocorre em outros países, como é o caso de Portugal, que contempla a infiltração desenvolvida “por funcionários de investigação criminal ou por terceiro actuando sob controlo da Polícia Judiciária” (art. 1.2 da Lei nº 101, de 2005).

Em quinto lugar, a infiltração de agentes, como medida extremamente invasiva, deve ser limitada temporalmente. Em nosso ordenamento, o prazo máximo de infiltração será de seis meses, admitindo-se renovação, quando exaustivamente demonstrada, por decisão judicial fundamentada, a sua necessidade (art. 10, § 3º, e art. 10-A, § 4º).

5 Em caso de interceptações telefônicas, que seguem lógica análoga, cf.: **STJ – Resp 1.670.637**, Rel. Min. Néli Cordeiro, Dje 3.4.2018.

6 Sobre a inconstitucionalidade do art. 2º, da Lei 9.034/95, ao possibilitar a infiltração por “agentes de inteligência”, LOPES, M. T. A infiltração... op. cit., p. 510-512. Em defesa da inadmissibilidade da infiltração por agentes de inteligência e particulares: PEREIRA, F. C. A moderna... op. cit., p. 115-116; LATERZA, Rodolfo Queiroz. Breves considerações críticas sobre os desafios da infiltração policial na persecução penal. In: Zanotti, Bruno Taufner; SANTOS, Cleopas Isaías (Orgs.). **Temas atuais de polícia judiciária**. 2ª ed., rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 393-394.

Este prazo de seis meses é o máximo admitido em lei, sendo possível o deferimento da diligência por período inferior. Em face da extrema limitação de direitos fundamentais que a infiltração policial implica, a decisão judicial que autoriza a medida deve fixar, segundo as peculiaridades do caso concreto, o menor tempo possível de duração eficaz da diligência⁷.

A lei não estabelece o limite de renovações de prazo possíveis para a infiltração. Porém, tratando-se de técnica investigativa excessivamente invasiva da privacidade e intimidade dos investigados, e admitindo-se que regras limitativas de direitos individuais comportam interpretação restritiva, consideramos que a infiltração não deve superar o prazo global máximo de um ano.

Em sexto lugar, a decisão que autoriza a infiltração de agentes deve ser concretamente motivada. A ausência de autorização judicial ou a deficiência de fundamentação que autoriza a infiltração implicam nulidade absoluta da medida e a consequente ilicitude dos elementos empíricos decorrentes da técnica excepcional⁸.

Quanto ao conteúdo do ato decisório, a infiltração ostenta natureza jurídica cautelar⁹, de modo que a decisão que a autoriza deve apontar os indícios de crime de pertinência: a organização criminosa (*fumus comissi delicti*), a urgência da medida e o risco à eficácia investigativa sem a sua realização (*periculum in mora*), o prazo máximo de sua duração, a indicação do agente policial que irá atuar infiltrado, a delimitação dos fatos a serem investigados, da finalidade das investigações e a especificação das atividades a serem desempenhadas pelo agente infiltrado.

Alguns dos requisitos da decisão que autoriza a infiltração atendem até mesmo a necessidade de que o ato jurisdicional guarde congruência com a representação policial e o requerimento formulado pelo órgão do Ministério Público, que devem justificar a "*necessidade da medida, o alcance das tarefas dos agentes e, quando possível, os nomes ou apelidos das pessoas investigadas e o local da investigação*" (art. 11, *caput*).

A especificação, na decisão judicial, das atividades a serem desempenhadas pelo agente infiltrado se presta não apenas a garantir a validade e a eficácia da infiltração, servindo como diretriz à atuação do agente infiltrado, que "*responderá pelos excessos praticados*" quando "*deixar de observar a estrita finalidade das investigações*" (art.

7 LOPES, M. T. A infiltração... op. cit., p. 506.

8 STF – HC 147.837, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 26.6.2019.

9 JESUS, Damásio Evangelista de. Agente infiltrado: reflexos penais e processuais. **Revista magister de direito penal e processual penal**. n. 9, v. 2, 2006, p. 11; BENTO, Ricardo Alves. Agente infiltrado: busca pela legitimidade constitucional. In: CUNHA, R. S.; TAQUES, p.; GOMES, L. F. (Coord.). **Limites...** op. cit., p. 344; LATERZA, R. Q. Breves... op. cit., p. 396-397.

10-C) e “*não guardar, em sua atuação, a devida proporcionalidade com a finalidade da investigação*” (art. 13, *caput*).

É bastante difícil elencar, de plano, o conjunto de atividades que podem ser realizadas pelo agente infiltrado. Porém, algumas situações limítrofes podem ser destacadas: (a) a eventual prática de ilícitos pelo infiltrado deve, como regra, ser antecedida de autorização judicial e guardar proporcionalidade com o caso investigado; (b) a realização de diligências investigativas como captação ambiental e coleta de documentos deve ser precedida de autorização judicial; e (c) em nenhuma hipótese o infiltrado poderá incitar a prática de crimes durante a infiltração, pois estará atuando como agente provocador.

O controle das atividades do agente infiltrado, tanto pelo Ministério Público como pelo Poder Judiciário, será realizado pelo relatório da atividade de infiltração, que pode ser requisitado pelos órgãos de fiscalização a qualquer tempo (art. 10, § 5º, e art. 10-A, § 6º), bem como pelo encaminhamento das informações da operação de infiltração ao juiz que autorizou a medida (art. 10-B).

Ainda que não exista referência à periodicidade do encaminhamento das informações e dos relatórios aos órgãos de controle, a excepcionalidade da medida e a limitação de direitos que ela implica recomendam rígido controle da infiltração, mediante documentação e remessa periódica de informações sobre os atos realizados pelo agente infiltrado e discriminação dos resultados investigativos obtidos.

Enquanto perdurar a infiltração, a diligência deverá permanecer sigilosa (art. 10-B, *caput* e parágrafo único e art. 12, *caput*), tanto para garantir a eficácia da medida investigativa como para preservar a integridade do agente infiltrado.

A medida será encerrada em quatro hipóteses, quais sejam: (i) por expiração do prazo máximo determinado, sem renovação; (ii) pela desnecessidade da sua permanência, ainda que dentro do prazo estabelecido; (iii) pela sustação da operação de infiltração, quando houver indícios de que o agente infiltrado sofre risco iminente (art. 12, § 3º); e (iv) quando o agente solicitar a cessação da infiltração (art. 14, I, segunda parte).

Ao final da diligência e encerradas as investigações, eventuais atos eletrônicos que tenham sido registrados deverão ser encaminhados ao órgão do Ministério Público (art. 10-D) e, em hipótese de oferecimento de denúncia, serão disponibilizados integralmente à defesa, resguardando-se, por questões de segurança, a identidade do agente infiltrado (art. 12, § 2º).

4 CONCLUSÃO

No campo da investigação preliminar no processo penal, são conhecidas três grandes modalidades de atividade policial investigativa encoberta desempenhadas pelo agente provocador, pelo agente encoberto e pelo agente infiltrado.

A fim de se evitarem abusos no direito de investigar, é necessário que a delimitação entre elas se dê da forma mais clara possível, em que pese na prática isso nem sempre seja possível. Ao menos no que diz com a distinção entre agente provocador e agente encoberto, há um critério distintivo, consistente no fato de que o agente provocador induz a prática do crime, e o agente encoberto atua sem este elemento de indução, ou seja, apenas acompanha de forma velada uma infração penal que se encontra em fase de execução.

Nos casos do reconhecimento judicial de que a infração penal decorreu de atuação de agente provocador, tem-se resolvido a questão no sentido do reconhecimento de crime impossível pela absoluta ausência de condições para a sua ocorrência, com consequente afastamento do ilícito penal pela incidência do enunciado da Súmula 145 do STF.

Ademais, nos casos de infiltração de agentes, que são as atividades que possibilitam uma maior flexibilização de direitos fundamentais e investigados e até mesmo de terceiros, há no Brasil uma regulamentação relativamente adequada da matéria, seja no sentido de limitar a utilização desse instrumento investigativo aos delitos de mais gravidade, seja ao determinar que a infiltração é matéria afeta à reserva de jurisdição e, portanto, depende de decisão judicial devidamente fundamentada para que possa ser realizada.

REFERÊNCIAS

BENTO, Ricardo Alves. Agente infiltrado: busca pela legitimidade constitucional. In: CUNHA, Rogério Sanches; TAQUES, Pedro; GOMES, Luiz Flávio (Coord). **Limites constitucionais da investigação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

JESUS, Damásio Evangelista de. Agente infiltrado: reflexos penais e processuais. **Revista magister de direito penal e processual penal**. n. 9, v. 2, 2006.

LATERZA, Rodolfo Queiroz. Breves considerações críticas sobre os desafios da infiltração policial na persecução penal. In: Zanotti, Bruno Taufner; SANTOS, Cleopas Isaías (Orgs.). **Temas atuais de polícia judiciária**. 2ª ed., rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2016.

LOPES, Mariângela Tomé. A infiltração de agentes no Brasil e na Espanha. Possibilidade de reformulação do sistema brasileiro com base no direito espanhol. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 89, v. 19, 2011.

PEREIRA, Flávio Cardoso. A moderna investigação criminal: infiltrações policiais, entregas controladas e vigiadas, equipes conjuntas de investigação e provas periciais de inteligência. In: CUNHA, Rogério Sanches; TAQUES, Pedro; GOMES, Luiz Flávio (Coord). **Limites constitucionais da investigação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SOUZA, Luiz Roberto Salles. A infiltração de agente como técnica de investigação criminal. In: MESSA, Ana Flávia; CARNEIRO, José Reinaldo Guimarães (Coord). **Crime organizado**. São Paulo: Saraiva, 2012.

VIEIRA, Renato Stanzola. Agente infiltrado – estudo comparativo dos sistemas processuais português e brasileiro (ou a imprescindibilidade da tipicidade processual como requisito da admissibilidade dos meios de pesquisa de prova em processo penal). **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. n. 87, v. 18, 2010.

Recebido em: 08/07/2024
Aprovado em: 15/05/2024