

INFILTRAÇÃO COMO MEIO DE PROVA NO PROCESSO PENAL*

Denilson Feitoza Pacheco

Promotor de Justiça/MG

1. INTRODUÇÃO, HIPÓTESES, LIMITES E JUSTIFICAÇÃO LEGAL

As operações de inteligência são ações realizadas com a finalidade de obter dados não-disponíveis em fontes abertas. Elas podem ter por alvo pessoas, locais, objetos ou canais de comunicação. As operações de inteligência se utilizam de várias técnicas operacionais, como comunicações sigilosas, disfarce, eletrônica, entrada, entrevista, estória-cobertura, fotografia, infiltração, OMD, reconhecimento, recrutamento operacional e vigilância.

O neófito se deixa fascinar com facilidade pelo *glamour* dos agentes de inteligência cinematográficos, bem como pelos equipamentos eletrônicos e *softwares* que supostamente podem ser utilizados em operações de inteligência. Efeito semelhante têm os termos ingleses e acrônimos que a literatura internacional utiliza para classificar os meios de busca e de coleta de informações, como *humint* (*human intelligence*), *sigint* (*signals intelligence*), *imint* (*imagery intelligence*), *masint* (*measurement and signature intelligence*) ou *osint* (*open sources intelligence*).

Objetivando a realização de operações de inteligência, muitas organizações gastam vultosos recursos financeiros adquirindo *softwares* e materiais, especialmente eletrônicos, sem avaliar criticamente a adequação destes meios aos fins específicos do órgão de inteligência concretamente considerado.

As operações de inteligência não são uma panacéia para “satisfazer” necessidades informacionais, razão pela qual devem ser cuidadosamente sopesadas sua necessidade, adequação aos fins, viabilidade, custos e riscos.

Vejamos, adiante, especificamente o tema da infiltração, que já enfrentamos anteriormente em obra que publicamos sobre o assunto.¹

A Lei n. 9.034/1995 (art. 1º) define e regula meios de prova e procedimentos investigatórios que versem sobre ilícitos decorrentes de ações pratica-

* Tese aprovada por maioria.

1 PACHECO, Denilson Feitoza. *Direito processual penal: teoria, crítica e práxis*. 3. ed., rev. ampl. e atual. Niterói/RJ: Impetus, 2005, p. 967-72.

das por quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo.

A Lei n. 9.034/1995 (com a redação da Lei n. 10.217/2001) estabelece o seguinte:

Art. 2º Em qualquer fase de persecução criminal são permitidos, sem prejuízo dos já previstos em lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas:
(...)

V – infiltração por agentes de polícia ou de inteligência, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes, mediante circunstanciada autorização judicial.

A supracitada lei não define infiltração, nem o conceito de organizações criminosas para as quais foi prevista a infiltração como meio de obtenção de prova.

Como a lei se refere genericamente aos ilícitos decorrentes de ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas “de qualquer tipo”, a infiltração também se aplica, além dos crimes comuns, aos crimes militares e aos crimes eleitorais.

A técnica da infiltração de um agente em organizações tidas como subversivas ou com potencial adverso foi bastante utilizada, numa fase de nossa história (anos 1960 a 1980), pelos *serviços de informações* (atualmente serviços de inteligência), os quais atuavam por meio de seus *setores de operações*, na busca de informações que pudessem antecipar os procedimentos de *contra-informação* (ou contra-inteligência) necessários para obstruírem ou neutralizarem as ações ou atividades das organizações infiltradas.

A infiltração, no processo penal, é um meio de obtenção de provas, consistente na introdução de um agente policial ou agente de inteligência numa quadrilha, bando, organização criminosa ou associação criminosa, a fim de obter provas que possibilitem desvendá-los ou destruí-los.

Apesar de não haver regulamentação legal, mas, tendo em vista o princípio da liberdade probatória, não se pode, *a priori*, afirmar a impossibilidade da infiltração no processo penal.

A infiltração é possível se tiver como parâmetros legais os princípios da proporcionalidade e do devido processo legal.

O princípio da proporcionalidade estabelece os limites materiais da infiltração, especialmente no que tange ao subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, que nos remete a uma ponderação dos interesses/direitos/valores em conflito.

O princípio da proporcionalidade em sentido estrito impõe que a infiltração apenas possa ser utilizada quando os direitos a serem protegidos forem superiores àqueles que serão violados com a infiltração (por exemplo, serão violados os direitos fundamentais de intimidade/privacidade, imagem, honra etc.).

Assim, quanto ao crime a investigar, na falta de regulamentação, o *princípio* da proporcionalidade em sentido estrito faz a limitação pelo máximo de gravidade, somente permitindo a infiltração quanto a crimes graves.

Quanto aos “crimes” que o agente infiltrado pode praticar, também tendo em vista a falta de regulamentação, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito faz a limitação pelo mínimo de gravidade. Portanto, o agente infiltrado pode praticar aquelas condutas típico-penais que sejam inerentes ao conceito de infiltração e instrumentalmente ligadas à infiltração concretamente realizada, como falsidade documental, falsa identidade, falsidade ideológica etc. Se executar a infiltração conforme o *plano de operações de infiltração*, o agente infiltrado estará agindo no *estrito cumprimento do dever legal* de descobrir as atividades da organização criminosa infiltrada, seus integrantes e redes de contato, seu *modus operandi*, sua área geográfica de atuação, seus objetivos de curto, médio e longo prazo, a quantidade de recursos financeiros, materiais e humanos que possui etc.

Enfim, o princípio da proporcionalidade acarreta a *exclusão* da ilicitude, justificando legalmente as condutas típico-penais eventualmente praticadas, desde que sejam inerentes ao conceito de infiltração e instrumentalmente ligadas à infiltração concretamente realizada.

Fazendo-se as limitações materiais pelos seus extremos, teremos o âmbito mínimo de utilização da infiltração, que necessariamente estará incluído em qualquer regulamentação, alcançando apenas os crimes mais graves quanto àqueles a serem investigados e somente os menos graves quanto aos que o agente infiltrado pode praticar.

É importante ressaltar que isso não inviabiliza a infiltração, uma vez que, se há crimes *perigosos* para o agente infiltrado como o tráfico de entorpecentes, que podem demandar uma regulamentação mais detalhada, também temos crimes “de colarinho branco”, que estão perfeitamente sujeitos à infiltração nessa configuração mínima.

Quanto ao grupo delitivo a ser infiltrado, ainda na mesma linha restritiva, a infiltração, em princípio, é cabível para o combate a quadrilhas ou bandos. Observe que, mesmo não havendo definição de organizações criminosas, a lei se refere a quadrilhas, bandos ou associações criminosas de qualquer tipo.

Dependendo do valor do direito fundamental que poderia ser tutelado com a infiltração, poderia ser utilizada a definição internacional de organizações criminosas transnacionais, prevista na Convenção Internacional de Combate às Organizações Criminosas Transnacionais, da qual o Brasil é signatário. Apesar de não estar ainda em vigor, ela estabelece uma configuração mínima do que é uma organização criminosa, que tende a ser mais ampla nas normas legais internas, as quais certamente incluirão um rol maior de infrações penais caracterizadoras das organizações criminosas.

2. NATUREZA DO INFILTRADO

Agente infiltrado é a pessoa introduzida numa quadrilha, bando, organização criminosa ou associação criminosa, a fim de obter provas que possibilitem desvendá-los ou destruí-los.

A Lei n. 9.034/1995 estabelece que a pessoa infiltrada deve ser agente de polícia ou agente de inteligência.

A determinação do que é *agente de polícia* não oferece maiores dificuldades, pois podemos nos referir minimamente às Polícias previstas no art. 144 da Constituição Federal na condição de *polícias investigativas*: Polícia Federal e Polícias Cíveis em geral. Também as Polícias Militares, os Corpos de Bombeiros Militares, o Exército, a Marinha e a Aeronáutica, quando funcionam como *polícias investigativas* na apuração de crimes militares.

Como a Lei federal n. 9.883/1999 instituiu o Sistema Brasileiro de Inteligência e o Decreto federal n. 3.695/2000 criou o Subsistema de Inteligência de Segurança Pública, isso implica que o agente de inteligência deve ser de um órgão público formalmente constituído como órgão de inteligência.

Assim, podem ser utilizados os agentes de inteligência da Agência Brasileira de Inteligência (ABIN), do Exército, da Marinha, da Aeronáutica, do Ministério da Defesa, das Administrações Penitenciárias, das Secretarias Estaduais da Fazenda, Secretaria da Receita Federal e, enfim, de outros órgãos públicos que tenham formalmente constituído sua unidade de inteligência e vinculado seu servidor a ela como agente de inteligência.

Do ponto de vista constitucional e legal, nada impede que os agentes de inteligência de órgãos de inteligência do Ministério Público também possam realizar a referida infiltração. Observe que a Lei n. 9.034/1995 estabelece que a pessoa infiltrada deve ser agente de polícia “ou” agente de inteligência, sem restringir a instituição à qual pertence o agente de inteligência. Todavia, os membros do Ministério Público devem resistir ao fascínio que as operações de inteligência exercem no imaginário social, pois os Ministérios Públicos não são estruturados para arcar com os altos custos humanos, materiais e financeiros que a realização permanente de tais operações podem envolver, com possível comprometimento desproporcional das funções tipicamente jurídicas (como presidência de inquéritos civis, propositura de ações civis e penais etc.).

Isso não significa que o Ministério Público não possa realizar, por exemplo, uma infiltração, mas, em princípio, somente deveria fazê-lo em situações excepcionais. Um modelo de sucesso tem sido a integração do Ministério Público com órgãos de inteligência policial, os quais, normalmente, estão em melhores condições para a realização de várias técnicas operacionais.

Entretanto, há várias técnicas operacionais de inteligência que podem ser aplicadas com grande proveito pelo próprio membro do Ministério Público, como é o caso, por exemplo, da entrevista.

3. PROCEDIMENTO DA INFILTRAÇÃO

Os serviços de inteligência possuem sólidos conhecimentos sobre operações de inteligência, baseados em regulamentação interna consolidada. A generalidade das leis processuais penais, as quais apenas estabelecem alguns marcos legais, certamente não chegarão no nível de detalhamento e segurança exigidos pelas operações de inteligência.

Portanto, o conhecimento e experiência dos serviços de inteligência podem ser aproveitados para as atividades de *inteligência criminal*.

O princípio do devido processo legal significa, dentre outras coisas, a controlabilidade da persecução penal. A maioria dos meios de prova não possui previsão legal detalhada de sua realização e, no entanto, eles são utilizados, especialmente pelo controle judicial a que são submetidos, pois o juiz é garante dos direitos fundamentais.

A observância dos rígidos procedimentos de infiltração já utilizados pelos serviços de inteligência satisfaz, em níveis superiores aos previstos para os meios de prova em geral, às exigências de controle que são impostas pelo princípio do devido processo legal.

Desse modo, o planejamento da infiltração, baseado em prévio estudo da situação, deve ser suficientemente rigoroso para se possibilitar a execução e controle da infiltração, bem como sua avaliação contínua e final. O planejamento deve, inclusive, antecipar as possíveis medidas posteriores ao encerramento da infiltração.

No estudo da situação, devem ser feitas análise da organização, análise do ambiente operacional, análise do agente (perfil adequado para o desempenho da missão, compreensão da missão e dos riscos dela decorrentes, entendimento das normas e das ordens a que está submetido, provas de idoneidade, credibilidade e confiança demonstradas em missões ou operações anteriores etc.), análise de risco (custo/benefício da infiltração do agente, riscos quanto à pessoa do agente infiltrado, riscos institucionais, medidas de segurança específicas e alternativas, medidas de controle especiais, ligações/comunicações de informações com oportunidade e segurança etc.).

Um produto necessário do planejamento da infiltração é o plano de operações de infiltração, que deve conter 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 etc.

O plano de infiltração, no processo penal, deverá conter as espécies de condutas típico-penais que eventualmente o agente infiltrado poderá praticar, dependendo das circunstâncias concretas, dentro da linha restritiva acima exposta. Em outras palavras, o plano deve definir o que o agente pode ou não fazer.

O sigilo do plano de infiltração é necessário não-somente para o sucesso da operação, mas também para a proteção do agente infiltrado, que pode mesmo correr risco de vida. Assim, pensamos que deve ser elaborada uma versão sintética do plano de operações destinado à sua homologação judicial.

O plano de infiltração sintético deve ser submetido à homologação judicial, com prévio parecer do Ministério Público.

O plano de infiltração, devidamente aprovado judicialmente, é a base documental que o agente infiltrado terá para a execução da infiltração e, inclusive, para sua proteção, por exemplo, para comprovação, conforme a teoria, da ausência de dolo ou de ilicitude, na eventualidade de ser submetido a uma investigação criminal ou processo penal pelas condutas praticadas durante e em razão da infiltração.

Importante ressaltar que os órgãos judiciais e ministeriais devem adotar medidas mínimas de contra-inteligência que permitam a segurança da operação de infiltração e, sobretudo, do agente infiltrado, o qual pode ter sua vida ou integridade física em risco.

4. ANÁLISE PÓS-INFILTRAÇÃO E SITUAÇÃO DO AGENTE INFILTRADO

A análise pós-infiltração é crucial para se determinar a continuação da execução da infiltração (análise pós-infiltração *contínua*) e o destino do agente, da instituição investigadora e das provas eventualmente obtidas (análise pós-infiltração *final*).

Após o término da infiltração, o agente e sua situação devem ser meticulosa-mente avaliados, especialmente quanto às consequências da infiltração para o agente (se houve comprometimento social, profissional ou psicológico), para a finalidade da infiltração (se as provas obtidas comprometem futuro trabalho de maior vulto em relação à mesma organização infiltrada ou se as medidas adotadas após término da infração possibilitarão a utilização das provas obtidas) e para a instituição investigadora (se a revelação de certas informações, como a identidade do agente infiltrado e seu *modus operandi*, coloca em risco a imagem do órgão investigador e o futuro de outras infiltrações).

Dependendo do caso concreto, poderá haver uma gradação de medidas, como afastamento temporário das funções (com prazo variável dependendo da situação), mudança de local de trabalho ou até mudança de identidade (nos moldes do serviço de proteção de testemunhas, pois o agente tornou-se uma testemunha do caso).

A participação do agente em outras infiltrações deve depender de sua reavaliação (social, profissional e psicológica).

5. CONCLUSÃO

A infiltração pode ser utilizada como meio de obtenção de prova quanto a crimes comuns, militares ou eleitorais.

Apesar de não haver regulamentação legal, a infiltração é juridicamente exequível se os princípios constitucionais da proporcionalidade e do devido processo legal forem observados.

O princípio da proporcionalidade estabelece os limites materiais da infiltração, fazendo as limitações materiais pelos seus extremos, os quais delimitam o âmbito mínimo de utilização da infiltração, que necessariamente estará incluído em qualquer regulamentação, alcançando apenas os crimes mais graves quanto àqueles a serem investigados e somente os menos graves quanto aos que o agente infiltrado pode praticar. O princípio da proporcionalidade em sentido estrito, quanto aos crimes a serem investigados, impõe que a infiltração apenas possa ser utilizada quando os bens jurídicos a serem protegidos forem superiores àqueles que serão violados com a infiltração, e, quanto às condutas típico-penais que o agente infiltrado pode praticar, faz a limitação pelo mínimo de gravidade, ou seja, o agente infiltrado pode praticar

aquelas condutas típico-penais que sejam inerentes ao conceito de infiltração e instrumentalmente ligadas à infiltração concretamente realizada, como falsidade documental, falsa identidade, falsidade ideológica etc.

O princípio do devido processo penal poderá ser satisfeito se a infiltração for realizada conforme plano de operações de infiltração, que seja devidamente homologado pelo juiz, com prévio parecer do Ministério Público, e possibilite o efetivo controle da infiltração.

O plano de operações de infiltração deve conter 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 etc., bem como deverá especificar as espécies de condutas típico-penais que eventualmente o agente infiltrado poderá praticar, dependendo das circunstâncias concretas, e, enfim, o que pode ou não fazer, ainda que em linhas gerais.

O plano de operações de infiltração somente deve ser homologado judicialmente se fundamentado em prévio planejamento da infiltração.

O planejamento da infiltração deve basear-se em prévio estudo da situação, na qual devem ser feitas análise da organização, análise do ambiente operacional, análise do agente (perfil adequado para o desempenho da missão, compreensão da missão e dos riscos dela decorrentes, entendimento das normas e das ordens a que está submetido, provas de idoneidade, credibilidade e confiança demonstradas em missões ou operações anteriores etc.), análise de risco (custo/benefício da infiltração do agente, riscos quanto à pessoa do agente infiltrado, riscos institucionais, medidas de segurança específicas e alternativas, medidas de controle especiais, ligações/comunicações de informações com oportunidade e segurança etc.).

Com fundamento no interesse público, todas as fases da infiltração devem correr sob sigilo de justiça, tendo em vista que o sigilo é necessário para sua eficácia como meio de obtenção de prova, para a proteção do agente infiltrado, cuja vida ou integridade física podem estar ameaçadas com a publicidade, e para a proteção dos direitos fundamentais violados com a infiltração.

Deve ser elaborado um plano de operações de infiltração sintético, especificamente destinado à homologação judicial, mantendo-se, no órgão de inteligência, o plano de operações de infiltração completo e outros documentos do planejamento da infiltração para eventual controle posterior que se faça necessário, tendo em vista as rigorosas medidas de segurança orgânica (proteção dos dados, informações e conhecimentos sensíveis de uma instituição, por meio da segurança do pessoal, segurança da documentação e material, segurança das áreas e instalações, e segurança dos sistemas de informações – comunicações e informática) necessárias à preservação do sigilo da infiltração.

O Poder Judiciário e o Ministério Público devem adotar medidas mínimas de segurança orgânica que garantam a segurança da operação de infiltração e, sobretudo, do agente infiltrado.

A análise pós-infiltração é obrigatória, para determinar tanto a continuação da execução da infiltração (análise pós-infiltração *contínua*) quanto o destino do agente, da instituição investigadora e das provas eventualmente obtidas (análise pós-infiltração *final*).

Após o término da infiltração, no momento da análise pós-infiltração final, o agente e sua situação devem ser meticulosamente avaliados, especialmente quanto às consequências da infiltração para o agente (se houve comprometimento social, profissional ou psicológico), para a finalidade da infiltração (se as provas obtidas comprometem futuro trabalho de maior vulto em relação à mesma organização infiltrada ou se as medidas adotadas após término da infiltração possibilitarão a utilização das provas obtidas) e para a instituição investigadora (se a revelação de certas informações, como a identidade do agente infiltrado e seu *modus operandi*, colocam em risco a imagem do órgão investigador e o futuro de outras infiltrações). Dependendo do caso concreto, o agente infiltrado poderá ser submetido a uma gradação de medidas, como afastamento temporário das funções (com prazo variável dependendo da situação), mudança de local de trabalho ou até mudança de identidade (nos moldes do serviço de proteção de testemunhas, pois o agente tornou-se uma testemunha do caso). A participação do agente em outras infiltrações deve depender de sua reavaliação (social, profissional e psicológica).

O “agente de polícia” que pode ser infiltrado se refere minimamente aos policiais das Polícias previstas no art. 144 da Constituição Federal na condição de *polícias investigativas*, como Polícia Federal e Polícias Cíveis em geral, mas também inclui os policiais das Polícias Militares, dos Corpos de Bombeiros Militares, do Exército, da Marinha e da Aeronáutica, quando funcionam como *polícias investigativas* na apuração de crimes militares.

O “agente de inteligência” que pode ser infiltrado deve estar vinculado, como agente de inteligência, a uma unidade de um órgão público formalmente constituída como órgão de inteligência, independentemente de ser ou não policial, como os agentes de inteligência da Agência Brasileira de Inteligência (ABIN), do Exército, da Marinha, da Aeronáutica, do Ministério da Defesa, das Administrações Penitenciárias, das Secretarias Estaduais da Fazenda, Secretaria da Receita Federal ou do Ministério Público.