

O “HOMEM DE CONFIANÇA” NO ENFRENTAMENTO AO CRIME ORGANIZADO

TRUSTED MAN IN OPERATIONS AGAINST ORGANIZED CRIME

DANIEL MARCHIONATTI BARBOSA

Juiz auxiliar da Corregedoria Nacional de Justiça. Juiz federal na 4ª Região. Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo – USP e mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS.

<https://orcid.org/0000-0002-2200-9570>

RESUMO

Este artigo discorre sobre a participação de homens de confiança em operações encobertas para fins de inteligência, de prevenção e de investigação de crimes. De forma especial, é analisada a validade do uso de provas obtidas por tais agentes em juízo, tendo em vista as implicações dessas operações aos direitos fundamentais das pessoas investigadas, em particular o direito ao silêncio. O entendimento tradicional é de que o direito à não autoincriminação é engajado pela coação do suspeito a colaborar com as apurações, mas, recentemente, tem-se defendido que o engano também pode levar ao engajamento do direito. Nas ações encobertas, a dissimulação, o ardil e o embuste são empregados pelo homem de confiança, o qual não é um funcionário público, mas que, sem revelar sua qualidade, colabora com as autoridades. A jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos e de tribunais constitucionais tem afirmado a incompatibilidade do direito ao silêncio com as provas obtidas mediante extração da informação (*elicitation*) pelo homem de confiança. Mas, nas investigações preventivas, a

dinâmica é diversa, visto que o direito à não autoincriminação não se aplica aos delitos cuja execução não foi iniciada.

Palavras-chave: homem de confiança; ações encobertas; técnicas especiais de investigação; direito ao silêncio; direito à privacidade.

ABSTRACT

This article discusses the collaboration of trusted men in undercover operations, with emphasis on the compatibility of the use of evidence obtained by such agents in investigations and preventive investigations. In a special way, the implications on fundamental rights of the investigated persons are analyzed, in particular the right not to produce evidence against oneself. The traditional understanding is that the right to non-self-incrimination is engaged by the suspect's coercion to collaborate with the investigations. More recently, it has been argued that deception can also trigger that right. In covert actions, dissimulation, trickery and deceit are employed by the trusted man, which is not a public servant, but without revealing this quality, collaborates with the authorities. The jurisprudence of the European Court of Human Rights and constitutional courts has affirmed the incompatibility with the right to silence when the trusted man carries out the extraction of information from the suspect (elicitation). In preventive investigations, the dynamics are different since the right to non-self-incrimination does not apply in relation to crimes whose execution has not yet started.

Keywords: trusted man; covert actions; special investigation techniques; right to silence; right to privacy.

Recebido: 14-3-2022
Aprovado: 28-4-2022

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Autoincriminação e engano. 3 Homem de confiança e ações controladas. 4 Validade da prova. 5 Investigações preventivas. 6 Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

No Brasil, há pouca discussão sobre a participação de particulares em ações encobertas em face de grupos criminosos. Países como Portugal, Alemanha e Itália dispõem de ferramentas legais para regulamentar a colaboração dessas pessoas em apurações. A doutrina jurídica lusitana, por exemplo, discute os limites da atuação dessas pessoas, referidas como homens de confiança.

Este artigo analisa a participação de homens de confiança em operações encobertas para fins de inteligência, de prevenção e de investigação de crimes. De forma especial, é analisada a validade do uso de provas obtidas por tais agentes em juízo, tendo em vista as implicações dessas operações quanto aos direitos fundamentais das pessoas investigadas, em particular o direito ao silêncio.

As operações encobertas estão entre as técnicas especiais de investigação cujo emprego é incentivado por tratados internacionais para o combate à corrupção e ao crime organizado – art. 20 da Convenção de Palermo (UNITED NATIONS CONVENTION AGAINST TRANSNATIONAL ORGANIZED CRIME, 2004) e art. 50 da Convenção de Mérida (CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS CONTRA A CORRUPÇÃO, 2007).

Nem sempre as operações encobertas podem se valer de um investigador estatal, profissional teoricamente habilitado para realizar uma ação dessa complexidade. São ações que pressupõem um contato

próximo entre o agente e os suspeitos, com o estabelecimento de uma relação de confiança. A construção dessa relação demanda tempo e, por vezes, o envolvimento em práticas ilícitas.

Por isso, a contribuição de pessoas próximas aos suspeitos pode ser decisiva para obtenção de informações ou provas relevantes. Pessoas da confiança dos suspeitos – amigos, familiares e associados – podem ter interesse em colaborar com as apurações estatais.

A esses particulares costuma-se dar o nome de homem de confiança. O homem de confiança é um particular que não está diretamente a serviço da administração pública, mas que colabora com as autoridades em ações de investigação ou de inteligência, sem revelar essa colaboração aos seus associados.

Os limites à contribuição de não profissionais em investigações precisam ser devidamente traçados. O recurso fornecido a agentes encobertos gera preocupações com os direitos à privacidade, à integridade moral e à não produção de provas contra si mesmo.

Neste artigo, são analisadas as implicações do emprego de confiança com os direitos fundamentais das pessoas investigadas. De forma especial, avaliamos a relação com o direito ao silêncio.

2 AUTOINCRIMINAÇÃO E ENGANO

Tradicionalmente, o direito ao silêncio é engajado em face da coação para a cooperação com investigações. No entanto, mais recentemente, surgiu a discussão da possibilidade de invocar esse privilégio diante da colaboração obtida mediante engano.

Traçar os limites da prerrogativa de não se autoincriminar não é simples, até porque ela não é enunciada em termos claros nas declarações de direito. Naquelas em que figura, costuma limitar-se à enunciação de norma protegendo o direito a não depor contra si mesmo.

O reconhecimento normativo da prerrogativa é mais antigo nos países de tradição *commom law*. A Quinta Emenda à Constituição dos Estados Unidos, de 1791, foi o primeiro documento a consagrar essa prerrogativa no âmbito constitucional.

Nos tratados internacionais de proteção aos Direitos Humanos, a prerrogativa é consagrada no art. 14, parágrafo 3, *g*, do Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos; e no art. 8º, parágrafo 2, *g*, do Pacto de San José da Costa Rica. Ela não está expressa na Convenção Europeia dos Direitos Humanos, mas a jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos a deduz do direito ao *fair trial*, previsto no art. 6º da Convenção Europeia (Saunders v. Reino Unido, § 60; O'Halloran e Francis v. Reino Unido, § 45; Funke v. França, § 44). O direito não é mencionado na Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos ou na Declaração Islâmica Universal dos Direitos Humanos.

Nos países de tradição continental, o reconhecimento da prerrogativa de não colaborar com a acusação ganhou velocidade na segunda metade do século passado.

No Brasil, tal direito não constava no catálogo de direitos fundamentais das constituições pré-1988, tampouco era reconhecido no plano legal. Pelo contrário, o Código de Processo Penal – CPP originalmente previa que o silêncio do acusado seria interpretado em seu desfavor – art. 186 (BRASIL, 1941).

A Constituição de 1988 consagrou o direito ao silêncio de forma indireta. O texto constitucional enunciou apenas o direito à advertência, e ainda assim somente em favor do preso – “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado”, art. 5º, inciso LXIII (BRASIL, 1988). No entanto, é seguro dizer que, mesmo indiretamente, esse dispositivo afirma o direito ao silêncio, na medida em que somente se adverte um direito existente.

Além disso, a doutrina costuma amparar o direito ao silêncio na conjugação de disposições constitucionais. Trois Neto (2011) defende que o direito à não autoincriminação é derivado da “união de diversos enunciados constitucionais, dentre os quais o do art. 1º, inciso III (dignidade humana); o do art. 5º, inciso LIV (devido processo legal); do art. 5º, inciso LV (ampla defesa); e do art. 5º, inciso LVII (presunção de inocência)” (TROI NETO, 2011, p. 104). Ainda que essa conjugação indique que o direito tem âmbito de proteção amplo, não há consenso quanto à existência de um direito fundamental à não autoincriminação fora do universo das provas declarativas.

No plano legal, apenas em 2003, a modificação legislativa ocorrida no art. 186 reconheceu o direito ao silêncio no interrogatório policial e judicial, alterado pela Lei n. 10.792/2003 (BRASIL, 2003), combinado com art. 6º, inciso V, do CPP (BRASIL, 1941). O Código de Processo Civil, de 2015 (BRASIL, 2015), introduziu o direito da parte de não produzir prova contra si própria – art. 379. Por tudo, é seguro afirmar que o direito ao silêncio se aplica a qualquer interrogatório policial ou judicial.

Como visto, o marco normativo do direito à não autoincriminação não é claro. As referências constitucionais e convencionais limitam-se a enunciar a prerrogativa de não depor contra si mesmo. A dificuldade

de compreender se o direito ao silêncio pode ser engajado em face de ações encobertas decorre dessa falta de clareza.

As operações encobertas permitem acessar a comunicação dos suspeitos e documentar seu conteúdo mediante testemunho de seus interlocutores ou captação de voz, de imagem ou de voz e imagem.

Para avaliar em que medida o direito ao silêncio poderia ser invocado, é importante ter em vista seus fundamentos. O direito ao silêncio tem fundamentos epistêmicos e não epistêmicos.

Fundamentos epistêmicos “são instrumentais, tendo por foco a promoção de uma acurada descoberta dos fatos ou descoberta da verdade” (CHOO, 2013, p. 647). São, portanto, razões ligadas à qualidade da produção da prova. A ideia é que o Estado, ao coagir o imputado a cooperar, contribui para a produção de informações pouco confiáveis. Especialmente preocupante é a contribuição do aparelho estatal para a obtenção de confissões falsas. Fundamentos epistêmicos, portanto, são aplicáveis quando “o que se demanda é a *resposta* a uma pergunta” (CHOO, 2013, p. 701, grifo nosso).

Fundamentos não epistêmicos, por sua vez, são ligados a outras razões diversas da qualidade da prova:

Justificações não epistêmicas para o privilégio contra a autoincriminação são variadas, mas têm em comum preocupações deontológicas com valores intrínsecos não relacionados à promoção de uma acurada investigação dos fatos. (CHOO, 2013, p. 701).

Muito embora possam ser de ordem variada, os fundamentos não epistêmicos mais lembrados são aqueles relacionados à “imposição de

ônus excessivo” ou “afrontosos à dignidade individual” (CHOO, 2013, p. 703).

Em síntese, os fundamentos epistêmicos levam à não exigência de uma confissão potencialmente falsa. Os fundamentos não epistêmicos levam ao respeito da liberdade moral do imputado. Os limites do direito à não autoincriminação são uma decorrência de seus fundamentos.

Segundo a interpretação tradicional, o privilégio protege contra a coação do imputado a declarar. O fundamento epistêmico recomenda que o Estado não atue sobre a vontade do imputado, buscando obter uma declaração, sob pena de contribuir para uma falsa confissão. Os fundamentos não epistêmicos contam com a crueldade de exigir a autoincriminação e desrespeitam a decisão do acusado em declarar-se ou não. Logo, se a declaração é espontânea, não há engajamento do direito. Observa Silva (2018, p. 389) que “a utilização de coação sobre o arguido para dele obter declarações assinala o núcleo essencial do *nemo tenetur se ipsum accusare*”, na medida em que “voluntário, um depoimento com conteúdo altamente incriminador pode, sem objeções constitucionais, ser valorado contra o seu autor” (SILVA, 2018, p. 255).

Mais recentemente, tem surgido o debate sobre o engajamento do *nemo tenetur* em face da utilização de meios enganosos ou ocultos de interrogatório e de investigação. Roxin (2008) defende que o uso do engano ou ardil para obter a colaboração do investigado constitui fraude à lei, devendo ser sancionada com a inadmissibilidade da prova. De acordo com o autor, a proteção contra a autoincriminação:

[...] não apenas proíbe a coação para declarar, mas também pretende proteger o imputado de uma autoincriminação induzida pelo Estado por meio do erro, de uma manipulação de sua decisão de declarar por meio do engano estatal. (ROXIN, 2008, p. 62).

A jurisprudência tem invocado a proteção contra a autoincriminação como meio para impedir o interrogatório disfarçado, conduzido sem que o investigado tenha conhecimento de que está interagindo com agentes do Estado – ou pessoas sob sua orientação – e de forma que a comunicação esteja registrada para fins probatórios.

No Direito Comparado, percebe-se a tendência de a jurisprudência usar um teste em dois passos para avaliar a compatibilidade de provas produzidas mediante engano com o *nemo tenetur*. Inicialmente formulado pela Suprema Corte do Canadá (R. v. Broyles [1991] 3 S.C.R. 595), (CANADÁ, 1991), o teste persuadiu a Corte Europeia de Direitos Humanos (Allan v. Reino Unido. Decisão de 5 de novembro de 2002. §§ 50-51), (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2002) e foi internalizado na jurisprudência dos países-membros (BGH 3 StR 104/07, decisão de 26 de julho de 2007), (ALEMANHA, 2007).

De acordo com a Suprema Corte do Canadá (1991, p. 597, tradução nossa):

[...] o direito ao silêncio só será infringido se o informante agir como um agente do Estado no momento em que o acusado fez a declaração e se foi o informante que levou o acusado a fazer a declaração.

A Corte Europeia de Direitos Humanos seguiu, com expressa menção, o entendimento da corte canadense no Caso Allan v. Reino Unido, de 2002.

O Tribunal Federal Alemão *Bundesgerichtshof* – BGH seguiu a compreensão da Corte Europeia no chamado Caso Maiorca (ALEMANHA, 2007). Antes dele, o BGH tinha se debruçado sobre a relação entre o direito ao silêncio e a captação ambiental em uma

seqüência de precedentes conhecidos por *Hörfalle*. Após decisões divergentes do 2º (BGHSt - 39, 335), (ALEMANHA, 1993) e 5º (BGH - 5 StR 680/1994), (ALEMANHA, 1995) senados, o Grande Senado concluiu não haver violação do *nemo tenetur* em face da utilização do homem de confiança para interrogar o investigado sob suspeita (ALEMANHA, 1996).

Há dois grandes vetores na avaliação do interrogatório disfarçado: a participação de agente de investigação e a extração da informação (*elicitation*).

Ao que releva este artigo, a definição de agente de investigação não está limitada ao funcionário do Estado envolvido na investigação, normalmente um policial, mas também alcança o terceiro, que age sob sua influência. Esse terceiro é definido como homem de confiança.

No próximo título, analisaremos a validade das provas produzidas pelo homem de confiança em face do direito à não autoincriminação.

3 HOMEM DE CONFIANÇA E AÇÕES ENCOBERTAS

As ações encobertas inserem-se entre as técnicas especiais de investigação, as quais são meios de obtenção marcados pelo sigilo, geralmente de prova invasiva, e voltadas para a criminalidade grave ou organizada (ARAS, 2012).

Nas ações encobertas, a “dissimulação, o arдил e o embuste são empregados pelo Estado para romper o silêncio mafioso (*omertá*) de organizações criminosas ou para obter informações cruciais de criminosos comuns” (ARAS, 2012, p. 540).

As ações encobertas podem ser conduzidas diretamente por investigadores ou podem se valer de particulares. Interessa-nos essa segunda modalidade, na qual homens de confiança concorrem para o seu desenvolvimento.

Elas podem ter fins de inteligência ou probatórios. Nesta hipótese, são destinadas a reunir provas a serem empregadas em juízo. Naquela, buscam produzir informações relevantes para a tomada de decisões públicas – identificação dos integrantes, da estrutura do grupo ou da organização, do patrimônio, dos relacionamentos externos etc. (ARAS, 2020).

O homem de confiança é um particular que não está a serviço da administração pública, mas que colabora com as autoridades em ações de inteligência ou de investigação, sem revelar essa qualidade (SILVA, 2018, p. 562).

A expressão homem de confiança decorre do idioma tedesco. A legislação alemã usa a expressão *Vertrauensleute*, que pode ser traduzida por “pessoas de confiança” cujo emprego corrente se vale da flexão de gênero – *Vertrauensman* (homem de confiança) e *Vertrauensfrau* (mulher de confiança) –, e mesmo de forma abreviada – V-Mann ou V-Leute. Daí o emprego, pela doutrina portuguesa, da expressão homem de confiança.

A legislação dos países que preveem o uso de homens de confiança varia quanto ao escopo de sua admissibilidade.

A Alemanha está entre os países que prevê o uso de homens de confiança em operações de inteligência, inclusive de Estado e de investigação criminal. A legislação define homem de confiança como

um particular que de forma duradoura colabora com as autoridades, normalmente sem o conhecimento de terceiros (ALEMANHA, 1977), (Anexo D 2.2; BVerfSchG, § 9b).

Em Portugal, o ordenamento menciona o uso de homens de confiança apenas em face de fatos com relevância criminal, ainda que o admita para fins preventivos e propriamente de investigação. A lei que trata do “regime jurídico das ações encobertas para fins de prevenção e investigação criminal” prevê que o “terceiro atuando sob o controle da Política Judiciária” pode desenvolver “ações encobertas”, com a “ocultação da sua qualidade e identidade”, para a “prevenção ou repressão dos crimes” graves nela arrolados (Lei n. 101/2001, artigo 1º, § 2; e artigo 2º), (PORTUGAL, 2001).

Na Itália, a legislação prevê o uso de homens de confiança em operações encobertas (*operazioni sotto copertura*) apenas para a investigação criminal. A lei menciona que os investigadores podem praticar uma série de condutas típicas formais pessoalmente – ou valendo-se de pessoa interposta (*interposta persona*) ou auxiliar (*ausiliar*) – somente para obter elementos de prova dos delitos graves nela especificados. Para que a responsabilidade pela prática de delitos seja afastada, é indispensável que a operação seja devidamente autorizada e documentada (Legge, 16 de março de 2006, n. 146, art. 9), (ITÁLIA, 2006).

No Brasil, a legislação não contempla a previsão sobre o uso do homem de confiança. Não há nenhuma menção à colaboração de terceiros com ações de inteligência ou de investigação, preventiva ou repressiva.

Existe, em nosso país, apenas a previsão de infiltração policial em organizações criminosas (art. 3º, da Lei n. 12.850/2013), (BRASIL, 2013)

e em grupos que praticam crimes pela internet (arts. 190-A a 190-E do Estatuto da Criança e do Adolescente), (BRASIL, 1990). Não há menção à colaboração de terceiros não integrantes de forças estatais.

A participação de homens de confiança em ações encobertas tem grande potencial de produzir informações e provas relevantes. Por serem pessoas que gozam de relacionamento com os membros dos grupos criminosos, possuem mais facilidade para obter informações aos investigadores.

As investigações de ações de grupos criminosos organizados são especialmente favorecidas pelo emprego de homens de confiança. O crime organizado adota estratégias para evitar a responsabilização de seus agentes, como o segredo interno, a compartimentação de informações e o acesso gradual de novatos. Assim, a colaboração de uma pessoa inserida no grupo criminoso é de grande valor.

4 VALIDADE DA PROVA

Compreendido o potencial de contribuição da colaboração de homens de confiança em ações encobertas para a apuração de delitos praticados por organizações criminosas, resta avaliar se as provas produzidas por esses agentes teriam validade em juízo, em face do direito ao silêncio.

Há dois passos no teste de validade da prova produzida em ações encobertas mediante engano: a participação de agente de investigação e a extração da informação (*elicitation*).

O primeiro passo é a participação de agente de investigação. Entre particulares, as interações não são regidas pela oficialidade que

regulamenta as investigações criminais. Assim, há maior liberdade, que pode ser usada para a extração de informações.

Se um terceiro, agindo por conta própria, interroga o imputado, ter-se-á uma conversa entre privados, não sendo eles obrigados a respeitar reciprocamente a prerrogativa de não autoincriminação. Não haverá engajamento do direito ao silêncio. Nessa linha, o Supremo Tribunal Federal possui jurisprudência no sentido da admissibilidade do uso, como prova, de gravação ambiental realizada por um dos interlocutores (RE 583.937 QO-RG. Rel. Min. Cezar Peluso, julgado em 19 de novembro de 2009). Como regra, terceiros podem questionar o suspeito de um crime sobre o fato sem realizar qualquer advertência. Dessa forma, um comparsa ou um amigo do perpetrador, um familiar da vítima ou a imprensa poderiam realizar questionamentos que levassem a uma confissão, em princípio, válida.

O envolvimento do direito ao silêncio surge quando toma parte da comunicação um agente de investigação. Os agentes do Estado envolvidos na investigação não podem dirigir perguntas potencialmente incriminatórias ao suspeito sem antes adverti-lo de que suas declarações podem ser usadas como prova e de que existe a faculdade de não responder. Do contrário, o investigado é posto em uma situação em que está produzindo prova contra si, em interação com o agente público, sem ser advertido do direito ao silêncio. Mesmo nos países em que não exista um dever de advertir formalmente quanto ao direito ao silêncio, o interrogatório disfarçado é uma perigosa subversão ao rito. Trata-se de uma forma de obter confissão mediante engano.

A questão é um pouco mais complexa quando não há agente estatal envolvido na investigação participando da conversa. A atuação autônoma do particular não atrai o engajamento do direito ao silêncio.

Como visto, a interlocução entre particulares não está sujeita ao dever de advertência quanto às consequências da autoincriminação.

No entanto, o particular pode ser um agente de investigação quando age sob instigação ou induzimento dos investigadores estatuais. Apesar de não serem funcionários públicos, os homens de confiança são terceiros que atuam sob influência dos investigadores e podem ser considerados, para essa finalidade, agentes da investigação.

O teste para a avaliação da qualidade do homem de confiança é bastante inclusivo. Nas palavras da Suprema Corte do Canadá:

[...] o teste para determinação se o informante é agente do estado para os propósitos do direito ao silêncio é simples: teria a conversa entre investigado e informante ocorrido, na forma e maneira em que ocorrida, não fora pela intervenção do estado ou de seus agentes? (CANADÁ, 1991, p. 607, tradução nossa).

Portanto, se o particular é instigado ou induzido a comunicar-se com o investigado, com intuito de produzir prova, estará na qualidade de homem de confiança.

Esse tema ganha especial relevância nas provas produzidas por membros de organizações criminosas convencidos pelos investigadores a colaborar com investigações.

A instigação ou o induzimento devem ser concretos, decorrentes de contato do homem de confiança com agentes da investigação. O particular que age espontaneamente não será considerado homem de confiança.

No Brasil, a legislação beneficia o membro da investigação criminosa que colabora com as apurações, delatando os comparsas – art. 4º, da Lei n. 12.850/2013 (BRASIL, 2013). Trata-se de incentivo para que membros arrependidos da organização criminosa providenciem a produção de prova contra os demais.

Se um dos comparsas na empreitada criminosa resolve, por iniciativa própria, gravar a conversa com os demais, no interesse de obter os benefícios da delação premiada (art. 4º, da Lei n. 12.850/2013), não haverá engajamento do *nemo tenetur*.

No entanto, se o membro da organização foi induzido ou instigado pelos investigadores a colaborar com a investigação, fornecendo informações ou produzindo provas, será considerado homem de confiança.

Recente modificação da legislação brasileira parece indicar a invalidade da captação ambiental realizada por homem de confiança. A gravação de conversas entre presentes é importante meio para documentar o conhecimento obtido por esses agentes.

A nova legislação afirma que, se feita por um dos interlocutores “[...] sem o prévio conhecimento da autoridade policial ou do Ministério Público” (BRASIL, 1996), a captação ambiental poderá ser usada em matéria de defesa (art. 8º-A, § 4º, da Lei n. 9.296/1996, incluído pela Lei n. 13.964/2019). Apesar da falta de clareza, o dispositivo parece indicar que a instigação ou o induzimento à gravação, realizados pelos órgãos da persecução penal, levam à invalidade da prova. O texto legal tampouco deixa claro se, com autorização judicial, seria válida a captação ambiental entre presentes feita por homem de confiança.

O segundo passo do teste proposto pela jurisprudência internacional é a extração da informação (*elicitation*).

Para que a prova seja invalidada, exige-se que a informação tenha sido extraída pelo agente de investigação (*elicitation*). Se o investigado tomar a iniciativa de comunicar sua própria culpa, não haverá engajamento do *nemo tenetur*. A comunicação incriminatória deve ocorrer em resposta a uma indagação por parte do homem de confiança. Assim, a declaração deve ser provocada e a informação, extraída.

Sobre o ponto, o Supremo Tribunal do Canadá afirmou que “a informação deve ser ativamente extraída pelo agente”, visto que “não haverá violação do direito ao silêncio se o suspeito espontaneamente decide fornecer a informação” (CANADÁ, 1991, tradução nossa). Asseverou ainda que, na avaliação, dois conjuntos de fatores devem ser considerados.

O primeiro conjunto de fatores diz respeito à “natureza do diálogo”. Observando “a conversa como um todo, o informante conduziu sua parte da conversa como o acusado esperaria, ou foi a conversa o equivalente formal a um interrogatório?” (CANADÁ, 1991, tradução nossa).

Aqui, o relevante é a iniciativa das declarações incriminatórias. Se o homem de confiança não dirige a conversa para o fato investigado, sendo do suspeito a iniciativa de falar sobre sua culpa, não haverá engajamento do direito à não autoincriminação. A informação terá sido espontaneamente oferecida.

O segundo conjunto de fatores diz respeito à “natureza da relação entre o agente do Estado e o acusado”. Indaga-se se o agente “explora alguma característica especial da relação para extrair a declaração” (CANADÁ, 1991, tradução nossa).

Nesse ponto, importam quaisquer condições que coloquem o investigado em especial sujeição às perguntas do interlocutor. As relações de parentesco e de afeto, ou a posição de liderança ou de autoridade, devem ser especialmente consideradas.

As razões epistêmicas do direito à não autoincriminação são relevantes neste ponto: a relação de sujeição torna especialmente propícia a extração de confissões falsas.

Também as razões não epistêmicas podem ser lembradas, visto que haverá incentivo estatal à quebra de confiança dentro das relações de amizade ou de parentesco.

No mencionado caso *Broyles*, a corte canadense aplicou esse conjunto de princípios e julgou inválida a gravação na qual o amigo do investigado o visitou na prisão e, sob orientação dos investigadores, fez perguntas sobre os fatos. Essa mesma interpretação pode ser aplicada ao Direito brasileiro (CANADÁ, 1991).

Por tudo, a prova produzida será, em regra, válida se realizada por pessoa que não seja funcionário público envolvido na investigação. Poderá, no entanto, ser inválida se o terceiro atuar como homem de confiança dos agentes da investigação e se, cumulativamente, a confissão for extraída do investigado em resposta a perguntas do homem de confiança. Na avaliação da extração da informação, deve-se considerar se o agente fez indagações que levaram às respostas e se

havia alguma relação que colocava o investigado em especial posição de sujeição ao investigador.

5 INVESTIGAÇÕES PREVENTIVAS

O tema merece enfoque diverso em relação às investigações preventivas.

Investigações preventivas são apurações conduzidas para evitar a prática ou a reiteração de delitos.

A investigação preventiva gera muitas preocupações quanto à interferência em direitos fundamentais. O Direito Penal não se coaduna com a criminalização da cogitação. Recolher provas sobre condutas que, apenas eventualmente, terão relevância criminal pode ser uma forma indevida de interferência na autonomia privada.

A produção de conhecimento, com propósitos preventivos, costuma ser mais bem reconhecida no campo da inteligência. Mais recentemente, a inteligência também tem sido acrescida às atribuições das forças policiais e de segurança pública (TINOCO, 2020).

Alguns países, no entanto, vêm voltando seus instrumentos de persecução penal para a prevenção de delitos. A legislação de Portugal prevê o uso de ações encobertas com propósito preventivo (Lei n. 101/2001, art. 1º, § 2; e art. 2º), (PORTUGAL, 2001).

No Brasil, não há previsão expressa de investigações preventivas. Mesmo a inteligência de Estado é escassamente regulamentada. A Lei n. 9.883/1999 cria o Sistema Brasileiro de Inteligência, estabelecendo competências para o planejamento e a execução de ações de

inteligência, mas não desenha o regime jurídico às quais essas ações estão submetidas (BRASIL, 1999).

Apesar da falta de previsão legal, o uso de técnicas especiais de investigação em ações de inteligência é mencionado por normativos e manuais do Sistema Brasileiro de Inteligência¹.

Além disso, nos casos envolvendo crime organizado, o Brasil usa instrumentos processuais penais para o acompanhamento do grupo criminoso, o que permite desvendar ações criminosas desde a preparação. As legislações penal e processual penal propiciam esse tipo de apuração.

A legislação penal material brasileira facilita o uso de investigações criminais com propósito preventivo. O país criminaliza condutas anteriores e posteriores ao dano em alguns casos, como delitos autônomos e permanentes, permitindo o enquadramento penal de condutas que não exteriorizam, *ictu oculi*, lesividade. As associações para fins criminais são tipificadas como delitos permanentes (art. 288 do Código Penal; art. 2º da Lei n. 2.889/1956; art. 35 da Lei n. 11.343/2006; art. 2º da Lei n. 12.850/2013), permitindo que a apuração de suas ramificações seja de interesse policial a qualquer momento. O branqueamento de capitais também é tipificado, possibilitando que a movimentação de ativos sem lastro ou sem aparente finalidade econômica leve à expansão das apurações em direção à origem dos recursos. Existem também vários crimes de posse, notadamente na legislação sobre drogas (art. 33, da Lei n. 11.343/2006) e de armas (Lei n. 10.826/2003), as quais facilitam o uso de ações controladas.

¹ Para uma análise crítica, ver Aras (2012).

Com base na legislação sobre o crime organizado, são instauradas investigações que se iniciam por uma fase oculta na qual são empregadas técnicas especiais de investigação (art. 3º, da Lei n. 12.850/2013). O uso desses meios ocultos e dissimulados de obtenção de provas busca revelar as ramificações da organização e flagrar delitos, na medida em que vão sendo postos em execução.

Assim, a partir da constatação de um evento criminoso, é possível instaurar acompanhamento temporário de um grupo de suspeitos de integrar uma organização criminosa. Por exemplo, a apreensão de uma partida de droga em uma inspeção de rotina em uma estrada permite que, a partir do rastreamento de contatos do condutor, sejam identificadas as pessoas envolvidas na operação. Essas pessoas passam a ser investigadas, e sua movimentação leva à identificação dos demais membros da organização criminosa. Novas remessas realizadas pelo grupo podem ser interrompidas antes de chegar ao usuário final.

Apesar de certa vocação para a prevenção a delitos, essas investigações não perdem seu propósito de produção de provas. Todas as diligências apuratórias precisam ser documentadas para o controle judicial e o acesso às defesas. A investigação não permanece oculta de forma indeterminada. Ela evolui para uma fase ostensiva, na qual são adotadas medidas apuratórias e cautelares que não dependem do sigilo. Nesse momento, os implicados passam a ter amplo acesso aos elementos coligidos.

Em investigações preventivas, o direito ao silêncio não impede o uso de homens de confiança. Por definição, a prerrogativa de não autoincriminação não se aplica a crimes cuja execução ainda não se iniciou. A prerrogativa de não se autoincriminar é engajada como proteção ao sujeito, que “não é juridicamente exigido ou compelido a

prover informação que razoavelmente levaria a, ou aumentaria o risco de, perseguição do sujeito por um delito” (CHOO, 2013, p. 8).

Não há possibilidade de incriminação quanto ao delito que ainda não aconteceu. Por mais que o sujeito tenha a intenção de praticar um crime, enquanto o *iter criminis* não ultrapassar a fase de preparação, não há possibilidade de punição. Logo, se não há ao menos tentativa, não há possibilidade de autoincriminação.

Como não há direito ao silêncio no que tange a delitos cuja execução não foi iniciada, é viável, em princípio, a utilização de homens de confiança em investigações preventivas. A prova assim obtida poderia ser usada em juízo, sem que o direito à autoincriminação socorra o implicado.

Esse tema ganha especial relevância nas ações realizadas por homens de confiança infiltrados em organizações criminosas. Imagine-se que o homem de confiança participa de uma conversa com um membro da associação criminosa, na qual se gabam de um delito que acabaram de praticar, enquanto planejam os detalhes de sua reiteração. O direito ao silêncio não impede que a conversa contribua para a prova de delitos que, naquele momento, ainda não tinham a execução iniciada. Logo, o direito ao silêncio não impede a prova do delito que está sendo planejado – caso a execução venha a ser iniciada.

Em Portugal, a doutrina se orienta na direção de que as provas produzidas em investigações preventivas não contrariam o *nemo tenetur*. Silva (2018, p. 578-579) defende a validade da utilização de homens de confiança em investigações preventivas, muito embora a condene em investigações repressivas. Andrade (2006, p. 232), por sua vez, vai além para admitir a utilização de agentes de confiança para a obtenção de provas para “finalidades exclusiva ou prevalentemente

preventivas”. Um detalhe interessante é que o autor adota uma interpretação bem ampla de investigação preventiva: sustenta a validade do uso de prova não apenas para comprovar delitos ainda não consumados, mas também para reprimir e dismantelar grupos criminosos como meio de combate “do terrorismo, da criminalidade violenta ou altamente organizada”. Orientação semelhante é adotada por Monte (1997). Pereira (2004, p. 21) sustenta que, nos casos envolvendo a criminalidade altamente organizada, justifica-se o uso de homens de confiança em investigações preventivas.

Por tudo, temos que, em princípio, é válida a prova obtida por investigações preventivas, mediante ações encobertas, nas quais participam homens de confiança.

Por óbvio, o valor da prova produzida antes do início da execução é limitado. A prova da cogitação ou da preparação de um delito não é suficiente para demonstrar o delito em si. A execução do crime pode nem sequer vir a ser iniciada. Ainda que o resultado venha a ocorrer, a cogitação não é suficiente para demonstrar a autoria. Incumbirá à acusação complementar a prova, demonstrando que o suspeito evoluiu da preparação para a execução do delito.

As investigações preventivas também levam à preocupação com a responsabilidade criminal do homem de confiança. No Brasil, não há regras excludentes de responsabilidade pela atuação como agente duplo. Eventual perdão ou redução de penas estão subordinados às regras da colaboração premiada (arts. 3º-A a 7º da Lei n. 12.850/2013), (BRASIL, 2013).

Sempre existe, ademais, a preocupação com a indução à prática do delito. A oferta de benefícios ao homem de confiança pode estimulá-lo a converter-se em agente provocador. No Brasil, esse tema

costuma ser tratado sob o rótulo do flagrante preparado, que afasta a consumação do crime (Súmula 145 do STF). No entanto, ainda que haja preparação ou induzimento por agente provocador, se o bem jurídico pode ser atingido, haverá delito. Nesse sentido, o Ministro Gilmar Mendes afirmou em voto no julgamento do Inquérito n. 4.483/DF do Supremo Tribunal Federal que:

[...] se a preparação [do flagrante] não impedir a consumação do delito, o agente público que determina, instiga ou auxilia o agente será penalmente responsável, a título de participação ou, em casos extremos, de autoria mediata (art. 29 do CP). (BRASIL, 2017).

Portanto, o induzimento à prática do delito por homens de confiança pode levar à impossibilidade de consumação do delito se não for viável atingir o bem jurídico protegido. Poderá, entretanto, dar causa à responsabilidade penal dos homens de confiança, caso o dano venha a ocorrer.

De tudo concluímos que, realizada no interesse de investigação preventiva, a atuação de homem de confiança não leva ao engajamento do direito ao silêncio.

6 CONCLUSÃO

Nem sempre as ações encobertas podem se valer de um investigador estatal, profissional teoricamente habilitado para realizar uma ação dessa complexidade. São ações que pressupõem um contato próximo entre o agente e os suspeitos, com o estabelecimento de uma relação de confiança. A construção dessa relação demanda tempo e, por vezes, o envolvimento em práticas ilícitas.

O dilema jurídico das ações encobertas relaciona-se de forma próxima com a invocação ao direito ao silêncio. O objetivo do uso do meio de prova costuma ser a utilização do conteúdo de comunicação dos investigados obtido mediante testemunho de seus interlocutores – captação de voz, de imagem ou de voz e imagem.

Recentemente, tem surgido debate sobre o engajamento do *nemo tenetur* em face da utilização de meios enganosos ou ocultos de interrogatório e de investigação. A jurisprudência tem invocado a proteção contra a autoincriminação como base para impedir o interrogatório disfarçado, conduzido sem que o investigado tenha conhecimento de que está interagindo com agentes do Estado – ou pessoas sob sua orientação –, e de forma que a comunicação esteja sendo registrada para fins probatórios.

No Direito Comparado, percebe-se a tendência da jurisprudência em avaliar a validade das provas em teste em dois passos. Inicialmente formulado pela Suprema Corte do Canadá (R. s. Broyles), (CANADÁ, 1991), o teste persuadiu a Corte Europeia de Direitos Humanos (Allan v. Reino Unido, decisão de 5 de novembro de 2002. §§ 50-51), (CONSELHO DA EUROPA, 2002) e foi internalizado na jurisprudência dos países-membros (BGH 3 StR 104/07, decisão de 26 de julho de 2007), (ALEMANHA, 2007).

Há dois grandes vetores na avaliação do interrogatório disfarçado: a participação de agente de investigação e a extração da informação (*elicitation*).

Entre particulares, as interações não são regidas pela oficialidade que regulamenta as investigações criminais. Assim, há maior liberdade, que pode ser usada para a extração de informações.

Se um terceiro, agindo por conta própria, interroga o imputado, ter-se-á uma conversa entre privados, não obrigados a respeitar reciprocamente a prerrogativa de não se autoincriminar. Não haverá engajamento do direito ao silêncio. Nessa linha, o Supremo Tribunal Federal tem jurisprudência no sentido da ampla admissibilidade do uso, como prova, de gravação ambiental realizada por um dos interlocutores.

O envolvimento do direito ao silêncio surge quando toma parte da comunicação um agente de investigação. Os agentes do Estado envolvidos na investigação não podem dirigir perguntas potencialmente incriminatórias ao suspeito sem antes adverti-lo de que suas declarações podem ser usadas como prova e de que existe a faculdade de não responder.

O homem de confiança não é, ao menos diretamente, um agente do Estado. Apesar de não serem funcionários públicos, os homens de confiança são terceiros que atuam sob influência dos investigadores e podem ser considerados, para essa finalidade, agentes de investigação. A jurisprudência vem afirmando que o questionamento por agente de confiança é causa do engajamento do direito ao silêncio.

Além disso, exige-se que a informação tenha sido extraída pelo homem de confiança (*elicitation*). Se o investigado tomar a iniciativa de comunicar sua própria culpa, não haverá engajamento do *nemo tenetur*. A comunicação incriminatória deve ocorrer em resposta a uma indagação; a declaração deve ser provocada; e a informação deve ser extraída.

A questão é um tanto diversa nas investigações preventivas.

Em investigações preventivas, o direito à não autoincriminação não impede o uso de homens de confiança. Por definição, a prerrogativa de não autoincriminação não se aplica a crimes cuja execução ainda não se iniciou.

Não há possibilidade de incriminação quanto a delito que ainda não aconteceu. Por mais que o sujeito tenha a intenção de praticar um crime, enquanto o *iter criminis* não ultrapassar a fase de preparação, não há possibilidade de punição. Logo, se não há ao menos tentativa, não há possibilidade de autoincriminação.

Por óbvio, o valor da prova produzida antes do início da execução é limitado. A prova da cogitação ou da preparação de um delito não é suficiente para demonstrar o delito em si. A execução do crime pode nem sequer ser iniciada. Ainda que o resultado venha a ocorrer, a cogitação não é suficiente para demonstrar a autoria. Incumbirá à acusação complementar a prova, demonstrando que o suspeito evoluiu da preparação para a execução do delito.

REFERÊNCIAS

ALEMANHA. **Diretrizes para processos criminais e processos de multa (RiStBV), 1º jan. 1977.** Benz: Ministério da Justiça Federal, 1977. Disponível em: https://www.verwaltungsvorschriften-im-internet.de/bsv-wvbund_01011977_420821R5902002.htm. Acesso em: 20 maio 2022.

ALEMANHA. **Lei de cooperação entre os governos federal e estadual em questões relativas à proteção da constituição e da Secretaria Federal de Proteção à Constituição (Lei Federal de Proteção Constitucional – BVerfSchG).** Berlim: Ministério Federal de Justiça, 1990. Disponível em: https://www.gesetze-im-internet.de/bverfschg/___9b.html. Acesso em: 20 maio 2022.

ALEMANHA. Tribunal Distrital de Frankfurt. BGHSt – 39, 335, StR 400/1993. Um policial que ouve uma conversa telefônica em um segundo receptor como parte de uma investigação geralmente não está agindo ilegalmente se o usuário da conexão permitir que o faça; isso também se aplica se ele ouvir a conversa sem o conhecimento da outra parte [...]. Decisão em: 8 de outubro de 1993. **Servat:** Frankfurt, 1993. Disponível em: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bs039335.html>. Acesso em: 20 maio 2022.

ALEMANHA. Tribunal Distrital de Hamburgo. BGHSt – 42, 139, GSSt 1/1996. Se, por instigação das autoridades investigadoras, um particular tiver mantido uma conversa com o suspeito com o objetivo de obter informações sobre o objeto da investigação sem revelar a intenção de investigar, o conteúdo da conversa poderá ser utilizado como prova testemunhal, trata-se de solucionar um crime de considerável importância. Investigar os fatos usando outros métodos de investigação teria sido significativamente menos promissor ou significativamente mais difícil [...]. Decisão em: 13 de maio de 1996. **Servat:** Hamburgo, 1996. Disponível em: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bs042139.html>. Acesso em: 20 maio 2022.

ALEMANHA. Tribunal Federal de Justiça. BGH – 3 StR 104/2007. Ausência de autoincriminação (liberdade de coerção; isenção de fraude; investigadores disfarçados; princípio nemo tenetur; situação de interrogatório; interpretação de acordo com a Convenção); Direito ao silêncio (percepção; respeito; proibição do uso de provas: efeito continuado em [...]). Decisão em: 26 de julho de 2007. **HRRS:**

Wuppertaln, n. 676, 2007. Disponível em: <https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/3/07/3-104-07.php>. Acesso em: 20 maio 2022.

ALEMANHA. Tribunal Federal de Justiça. BGH – 5, StR 680/1994. Medidas investigativas direcionadas pela polícia envolvendo um particular como informante – interrogatório policial formal ao iniciar e ouvir uma chamada telefônica – evidência da conversa telefônica gravada em mídia de áudio sem ordem prévia [...]. Decisão em: 20 de dezembro de 1995. **DeJure**: Hamburgo, 1995. Disponível em: <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Text=5%20StR%20680/94>. Acesso em: 20 maio 2022.

ANDRADE, Manuel da Costa. **Sobre as proibições de prova em processo penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

ARAS, Vladimir. A infiltração de agendes como meio especial de obtenção de prova. *In*: SALGADO, Daniel de Resende; KIRCHER, Luis Felipe Schneider; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (org.). **Altos estudos sobre a prova no processo penal**. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 363-401.

ARAS, Vladimir. Técnicas especiais de investigação. *In*: DE CARLI, Carla Veríssimo (org.). **Lavagem de dinheiro**: prevenção e controle penal. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012. p. 503-582.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 20 maio 2022.

BRASIL. **Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 20 maio 2022.

BRASIL. **Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996.** Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. Brasília, DF: Presidência da República, 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9296.htm. Acesso em: 20 maio 2022.

BRASIL. **Lei n. 9.883, de 7 de dezembro de 1999.** Institui o Sistema Brasileiro de Inteligência, cria a Agência Brasileira de Inteligência – ABIN, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9883.htm. Acesso em: 20 maio 2022.

BRASIL. **Lei n. 10.792, de 1º de dezembro de 2003.** Altera a Lei n. 7.210, de 11 de junho de 1984 – Lei de Execução Penal e o Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.792.htm. Acesso em: 20 maio 2022.

BRASIL. **Lei n. 12.850, de 2 de agosto de 2013.** Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei n. 9.034, de 3 de maio de 1995 [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em: 20 maio 2022.

BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 20 maio 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Inquérito n. 4.483/DF.** Autor: Ministério Público Federal. Investigado: Michel Miguel Elias Temer Lulia. Relator: Min. Edson Fachin, 21 de setembro de 2017. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/862983843/inquerito-inq-4483-df-distrito-federal-0004077-7020171000000>. Acesso em: 20 maio 2022.

MONTE, Mário Ferreira. A relevância da actuação dos agentes infiltrados ou provocadores no processo penal. **Scientia Iuridica**, Braga, t. 46, n. 265/267, p. 183-202, jan./jun. 1997.

PEREIRA, Rui. O agente encoberto na ordem jurídica portuguesa. *In*: CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS. **Medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 11-41.

PORTUGAL. **Lei n. 101, 25 de agosto de 2001**. Regime jurídico das acções encobertas para fins de prevenção e investigação criminal. Portugal: Presidência da República, 2001. Disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=89&tabela=leis. Acesso em: 20 maio 2022.

ROXIN, Claus. **La prohibición de autoincriminación e de las escuchas domiciliarias**. Buenos Aires: Hammurabi, 2008.

SILVA, Sandra Oliveira. **O arguido como meio de prova contra si mesmo**. Lisboa: Almedina, 2018.

TINOCO, Livia Nascimento. Prova e conhecimento, investigação criminal e inteligência: uma distinção necessária. *In*: SALGADO, Daniel de Resende; KIRCHER, Luis Felipe Schneider; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (org.). **Altos estudos sobre a prova no processo penal**. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 166-184.

TROIS NETO, Paulo Canabarro. **Direito à não autoincriminação e direito ao silêncio**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

UNITED NATIONS CONVENTION AGAINST TRANSNATIONAL ORGANIZED CRIME, 2000, Vienna. **United** [...]. New York: United Nations, 2004. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-e.pdf>. Acesso em: 20 maio 2022.