

**FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA
GRADUAÇÃO EM DIREITO**

VITTORIO CORTEZ MENDES

***HACKING E A COLOCAÇÃO DE LINKS MALICIOSOS PELO AGENTE POLICIAL
INFILTRADO NA INVESTIGAÇÃO DE ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS***

VITÓRIA
2023

VITTORIO CORTEZ MENDES

***HACKING E A COLOCAÇÃO DE LINKS MALICIOSOS PELO AGENTE POLICIAL
INFILTRADO NA INVESTIGAÇÃO DE ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS***

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Vitória, como requisito parcial para aprovação na disciplina Trabalho de Conclusão de Curso.

Orientador: Prof. Me. Anderson Burke Gomes.

VITÓRIA

2023

AGRADECIMENTOS

Em primeiro plano, a Deus, Pai de todos, o qual nunca me abandonou, me fortalecendo nos momentos difíceis para que eu possa viver o seu propósito.

À minha mãe, Vânia, pessoa que mais amo na vida, a qual me ensina, diariamente, o conceito de amor através das suas simples atitudes, buscando sempre a felicidade e conforto da sua família. Ao meu pai, Vladimir, o qual nunca mede esforços para ver seu filho orgulhar cada vez mais sua família e o restante do mundo, ensinando valores essenciais para a boa convivência humana.

Ao meu tio Luciano Cortez, exemplar advogado criminalista, responsável por me mostrar a profissão de advocacia, a qual desempenha com amor e muito profissionalismo, me instruindo sempre a ser um excelente profissional futuramente.

À minha falecida avó Vera Lúcia, mulher que sempre buscou ver meu sorriso e me mostrou a receita de como amar o próximo. Mesmo não estando mais entre nós, sei que anda ao meu lado em todos meus passos, motivo pelo qual me emociona sempre quando a lembro.

À Faculdade de Direito de Vitória, por todo apoio institucional.

Ao orientador Anderson Burke, por todo suporte e orientações necessárias para elaborar o este estudo.

Por último, para todas as pessoas que me incentivaram e contribuíram para este trabalho.

RESUMO

O presente estudo busca responder sobre a existência de licitude no hacking e a colocação de links maliciosos pelo agente policial infiltrado na investigação de organizações criminosas. Para isso, primeiramente, trabalha o conceito de organização criminosa, definido pela Lei n.º 12.850/2013, investigando as legislações anteriores que trabalhavam tal conceito. Posteriormente, o estudo examina as principais formas de combate ao crime organizado no Brasil, aprofundando no instituto do agente infiltrado virtual, com a finalidade de obtenção de prova na investigação criminal. Por fim, examina se há licitude no *hacking* policial e colocação de links maliciosos pelo agente infiltrado, estudando quais são os direitos fundamentais do investigado que são afetados por tal instituto. A pesquisa utilizou o método dedutivo, tipo teórico, abordagem qualitativa dos dados e fontes primárias da Lei n.º 12.850/2013 e secundárias: pesquisas científicas do Direito e obras jurídicas. Concluiu que há licitude no *hacking* policial e na colocação de links maliciosos pelo agente infiltrado na investigação de organizações criminosas.

Palavras-chaves: Organização criminosa; Lei n.º 12.850/2013; agente infiltrado; *hacking*; direitos fundamentais.

ABSTRACT

The present study seeks to answer the existence of legality in *hacking* and the placement of malicious links by police agents infiltrated in the investigation of criminal organizations. To achieve this, firstly, the concept of criminal organization, defined by Law n.º 12,850/2013, is worked on, investigating previous legislation that dealt with this concept. Subsequently, the study examines the main forms of combating organized crime in Brazil, delving deeper into the institute of the virtual undercover agent, with the purpose of obtaining evidence in the criminal investigation. Finally, it examines whether there is legality in police *hacking* and the placement of malicious links by the infiltrated agent, studying which fundamental rights of the person being investigated are affected by such an institute. The research used the deductive method, theoretical type, qualitative approach to data and primary sources of Law n.º 12,850/2013 and secondary sources: scientific research on Law and legal works. It concluded that there is legality in police *hacking* and the placement of malicious links by undercover agents investigating criminal organizations.

Keywords: Criminal organization; Law n.º 12,850/2013; undercover agente; *hacking*; fundamental rights.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	06
1 PARADIGMAS SOBRE O CRIME ORGANIZADO	08
2 DO COMBATE AO CRIME ORGANIZADO PELO AGENTE POLICIAL INFILTRADO	17
2.1 DAS PRINCIPAIS FORMAS DE COMBATE AO CRIME ORGANIZADO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	17
2.2 DAS DEMAIS LEIS ALÉM DA 12.850/2013 QUE LEGISLAVAM SOBRE O COMBATE AO CRIME ORGANIZADO	20
2.3 ATUAÇÃO DO AGENTE INFILTRADO COM BASE NA LEI N.º 12.850/2013	22
2.4 DO AGENTE VIRTUAL	26
2.5 DA COMPATIBILIDADE DO MEIO DE OBTENÇÃO DE PROVA PELO AGENTE INFILTRADO COM A CONSTITUIÇÃO E PRINCÍPIOS DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL	30
3 ANÁLISE JURÍDICA DO HACKING E A COLOCAÇÃO DE LINKS MALICIOSOS PELO AGENTE	20
3.1 O QUE É <i>HACKING</i> : MODELOS EM ESPÉCIE	35
3.2 OS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS AFETADOS PELO INSTITUTO DO <i>HACKING</i>	38
3.3 O ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL DA LICITUDE DO HAKING REALIZADO PELO AGENTE POLICIAL INFILTRADO	40
3.4 DA ANÁLISE DA LICITUDE DO <i>HACKING</i> E A COLOCAÇÃO DE LINKS MALICIOSOS PELO AGENTE INFILTRADO	40
CONSIDERAÇÕES FINAIS	42
REFERÊNCIAS	45

INTRODUÇÃO

As organizações criminosas representam uma grande problemática para a sociedade, a qual o Estado enfrenta, diariamente, na tentativa de prevenir e reprimir a atuação delas. Esses grupos possuem nomes próprios e uma hierarquia entre si, organizando desde o chamado “chefão” (o líder do grupo) até o mero traficante (a classe mais baixa).

Tal problemática se agrava ao notar que as referidas organizações estão buscando ampliar seu poder sobre a sociedade, para que se obtenha cada vez mais facilidade em aumentar o seu enriquecimento ilícito.

Entretanto, para que tais objetivos sejam alcançados, as referidas organizações aumentam o número de delitos e, conseqüentemente, originam um maior perigo para a sociedade.

Nessa linha, visando o combate contra as organizações criminosas, o Estado busca instituir capazes de reprimir o crime praticado por esses grupos. Tais institutos estão previstos na Lei n.º 12.850/2013, a qual serve para auxiliar as autoridades policiais na eficácia do combate a tais facções.

Um desses institutos é o agente infiltrado, o qual se infiltra nas organizações com uma falsa identidade, possuindo vínculos com os criminosos delas, frequentando lugares onde elas se encontram e participando de crimes, com a finalidade de obter informações cruciais para o combate dessas facções. Tal infiltração é essencial pois vai apurar crimes passados, evitar crimes futuros e desarticular as facções criminosas.

De outro modo, a referida infiltração também pode ser realizada por meios virtuais, quando o agente policial cria um usuário para se aproximar dos sujeitos que estão por trás da formação de determinada organização criminosa.

Nessa toada, quando o agente policial se conecta com o investigado, ele também pode enviar *links* maliciosos, os quais vão permitir que o agente hackeie o dispositivo do investigado, sem a sua autorização.

Todavia, tal *hacking* atinge direitos e garantias individuais do investigado, uma vez que o agente policial invade seus dispositivos, acessando conteúdos íntimos e particulares, sem autorização do investigado.

Logo, após a realização de tal conduta, surge a seguinte discussão: existe licitude na colocação de *links* maliciosos como espécie de *hacking* pelo agente infiltrado?

Para a resposta da pergunta supracitada, foi realizado o presente estudo científico, através do método de pesquisa jurisprudencial e bibliográfico, utilizando como referência o seguinte marco teórico: “Agentes Infiltrados: O magistrado como garantidor e ferramenta de aprimoramento deste meio especial de investigação”, obra redigida pelo autor Rafael Wolff (2021).

No primeiro capítulo, a título de contexto histórico do presente estudo trabalha a origem do conceito de uma organizações criminosas, a qual representa um grupo de pessoas que praticam crimes e contravenções penais com a finalidade de obter vantagem ilícitas e expandir seu alcance perante a sociedade.

Após o referido trabalho conceitual, o segundo capítulo vai estudar quais são as formas de combate contra a organização criminosa, identificando a existência do combate físico e judicial, aprofundando no instituto do agente infiltrado virtual.

Por fim, o terceiro e último capítulo vai trabalhar a licitude do instituto da colocação de links maliciosos pelo agente policial, aprofundando nos direitos e garantias fundamentais que são violadas no investigado, junto com a análise de entendimento jurisprudencial sobre o conflito de direitos criado pela referida infiltração.

1 PARADIGMAS SOBRE O CRIME ORGANIZADO

O crime organizado ganhou bastante força no Brasil durante o século XXI, obrigando o Estado a providenciar medidas legislativas para enfrentar a criminalidade que esses grupos trazem para a sociedade. Atualmente, a Lei n.º 12.850/2013, figura como a principal legislação de combate ao crime organizado, uma vez que prevê as principais medidas para efetuar o referido combate.

Criada em 2 de agosto de 2013, o contexto social da legislação supracitada representava um movimento de expansão das organizações criminosas no território brasileiro. Na época, a criminalidade organizada sofreu um aumento nos crimes de tráfico de drogas, contrabando, lavagem de dinheiro, extorsão e outros delitos praticados por associações criminosas.

Além disso, o país sofria uma corrupção sistemática, em que instituições privadas e públicas possuíam integrantes que participavam de esquemas de corrupção, mostrando o fortalecimento que as organizações possuíam, uma vez que marcaram (KAWAGUTI, 2019) e ainda marcam presença na política do país.

No tocante ao exterior do país, vários países europeus buscavam combater essa criminalidade organizada. A primeira nação a prever a figura da organização criminosa, foi o Código Penal Francês de 1810, através do seu art. 265: “A partir do Código Penal francês de 1810 (art. 265), essa figura delituosa passou a integrar muitos dos códigos de outros países, que foram editados após essa data” (BITTENCOURT, 2016, p. 646).

Já na Alemanha, em 1976, foi criada a Lei Antiterrorismo, a qual previa a prisão preventiva de suspeitos envolvidos com práticas terroristas, como narra Vicente Greco Filho:

Em 18 de agosto de 1976, a edição da Lei Antiterrorismo, por um lado, estabelece o controle das correspondências dos presos, o processo de advogados cúmplices com seus réus e a prisão preventiva de suspeitos de práticas terroristas e, de outro, prevê o arrependimento eficaz e a possibilidade de perdão judicial no caso de prática de atos terroristas (GRECO FILHO, 2013).

Portanto, nota-se que o ordenamento jurídico brasileiro sofria uma pressão do Direito Internacional, sendo que tal pressão foi aumentada após a Convenção de Palermo - a qual será mais aprofundada posteriormente -:

Há, ainda, em países europeus forte tendência de se adotar um direito penal diferenciado para os crimes econômicos e contra o ciberterrorismo.

E é neste contexto, também, no âmbito do Direito Internacional, que se encontra o fenômeno da criminalidade organizada, cujo marco legislativo é a chamada Convenção de Palermo (GRECO FILHO, 2013).

Seguindo adiante, no século XXI, surge a Lei n.º 12.850/2013, a qual possuía o principal objetivo de conceituar o termo organização criminosa, haja vista que até o ano de 2013, a legislação brasileira era omissa quanto à ideia aprofundada do que seria organização criminosa.

O Código Penal Brasileiro de 1940 já se aventurou ao tentar trabalhar sobre o conceito de organização criminosa, através do seu art. 288, caput. Tal dispositivo tipifica como crime a associação de 3 ou mais pessoas para o fim específico de cometer delitos, possuindo a pena de 1 a 3 anos de prisão, podendo ser majorada até a metade se crianças ou adolescentes integrarem a associação. Eis o artigo:

Art. 288. Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos.

Parágrafo único. A pena aumenta-se até a metade se a associação é armada ou se houver a participação de criança ou adolescente (BRASIL, [2023]).

No senso comum, tal artigo representa o famoso termo “quadrilha” ou “bando”, em que os integrantes se unem para planejar futuras infrações penais (contravenções e crimes), ou seja, são os atos preparatórios. Tal conceito foi redigido pela Lei n.º 12.850/2013, a qual alterou o tipo penal para uma estrutura tipológica mais adequada com a intenção do Legislador, conforme discorre o autor Cezar Bitencourt (2022):

Em síntese, o crime de quadrilha ou bando (hoje denominado associação criminosa) é uma criação do Código Penal de 1940, constituindo, por sua definição, uma modalidade especial de punição, como exceção, ao que se

poderia denominar atos preparatórios de futura infração penal, que, na ótica do art. 31 do referido diploma legal, não são puníveis.

Finalmente, a Lei n. 12.850/2013 redefine o crime de quadrilha ou bando, adotando a terminologia associação criminosa, mais adequada com a própria estrutura tipológica, mas reduz o mínimo de participantes para três, com *vacatio legis* de 45 dias (BITENCOURT, 2022).

Vale ressaltar que antes da criação da Lei n.º 12.850/2013, foi criada a Lei. 9.034/95, legislação responsável por dispor dos meios operacionais para o combate às organizações criminosas. Todavia, nem a referida lei esclareceu o que seria uma organização criminosa, contribuindo para a omissão legislativa brasileira desse conceito.

Por outro lado, para os operadores do direito, quando o assunto era relacionado ao combate das organizações criminosas, seja a título de estudo ou à aplicação na prática jurídica, os juristas utilizavam a Convenção das Nações Unidas Sobre o Crime Organizado, a qual também era chamada de Protocolo de Palermo¹.

Tal fonte jurídica conceitua a organização criminosa como:

[...] grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material (BRASIL, [2004]).

Ocorre que o Supremo Tribunal Federal não compactua com a utilização desta Convenção para conceituar uma organização criminosa, utilizando como fundamento o princípio da reserva legal, justificando a necessidade da criação de uma norma interna para a tipificação do crime de organização criminosa. Tal entendimento foi extraído do voto do Ministro Celso de Melo no julgamento do Habeas Corpus n.º 121.835 (2015). Eis o trecho do voto:

Mostra-se constitucionalmente relevante, portanto, como adverte a doutrina (LUIZ FLÁVIO GOMES /VALERIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI, Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, vol. 4/122, 2008, RT), o entendimento segundo o qual, no âmbito do Direito Penal incriminador, o que vale é o princípio da reserva legal, ou seja, só o Parlamento, exclusivamente, pode aprovar crimes e penas. Dentre as garantias que emanam do princípio da legalidade, acham-se a reserva legal (só o Parlamento pode legislar sobre

¹ Decreto n.º 5.015/2004 (BRASIL, [2004]).

o Direito Penal incriminador) e a anterioridade (lex populi e lex praevia, respectivamente). Lei não aprovada pelo Parlamento não é válida (...)” [...]

Isso significa, pois, que somente lei interna (e não convenção internacional, como a Convenção de Palermo) pode qualificar-se, constitucionalmente, como a única fonte formal direta legitimadora da regulação normativa concernente à tipificação ou à conceituação de organização criminosa (BRASIL, 2015, p. 08)

Ato contínuo, em razão do referido contexto da época de não possuir um conceito definido por lei e ter que usar tratados para aplicar na prática, o Poder Legislativo Brasileiro criou a Lei n.º 12.694/2012, a qual finalmente definiu uma organização criminosa como:

[...] a associação, de 3 (três) ou mais pessoas, estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de crimes cuja pena máxima seja igual ou superior a 4 (quatro) anos ou que sejam de caráter transnacional² (BRASIL, [2019]).

Entretanto, tal conceito não durou muito tempo. Em 2013, foi criada a Lei n.º 12.850, a qual modificou o conceito do crime organizado. O § 1º do art. 1º da Lei n.º 12.850/2013 esclarece, detalhadamente, o que consiste em uma organização criminosa. Eis o teor do dispositivo:

Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.” (BRASIL, 2013).

Em relação as principais diferenças do conceito da Lei n.º 12.694/2012 para a Lei n.º 12.850/2013, destaca-se o número mínimo de pessoas para se caracterizar uma organização criminosa, a abrangência das ações ilícitas, incluindo tanto crimes como contravenções penais e a pena é apenas superior a quatro anos. Tal comparação legislativa foi realizada pelo autor Cezar Roberto Bitencourt, na sua obra Tradado de direito penal econômico, v.2. Eis o trecho:

² Art. 2º da Lei n.º 12.694/2012.

Nessa conceituação são trazidos novos elementos estruturais tipológicos definindo, com precisão, o número mínimo de integrantes de uma organização criminosa, qual seja, 4 (quatro) ou mais pessoas (o texto revogado tacitamente falava em “três ou mais”), a abrangência das ações ilícitas praticadas no âmbito ou por meio de uma organização criminosa, que antes se restringia à prática de crimes. Agora pode abranger, em tese, a prática, inclusive, de contravenções, em função do emprego da locução infrações penais. Altera, na verdade, somente três aspectos da lei anterior: (i) quatro ou mais pessoas (a lei revogada falava em três ou mais), (ii) prática de infrações penais (a lei anterior falava em crimes) e (iii) pena superior a quatro anos de prisão (a lei anterior falava em pena igual ou superior a quatro anos). O limite de quatro anos de prisão é um número cabalístico em direito penal, exatamente pelas consequências que um dia a mais de pena nesse número representa. Com efeito, pena de até quatro anos pode ter as seguintes consequências: a) pena em regime aberto (um dia a mais não admite regime aberto); b) penas alternativas (um dia a mais não admite penas alternativas); c) prescrição em oito anos (um dia a mais eleva a prescrição para 12 anos). (BITENCOURT, 2016).

Nota-se que é exigido um número mínimo de sujeitos para se caracterizar uma organização criminosa: quatro integrantes. Além disso, entre tais indivíduos, deve haver uma hierarquia e uma divisão de tarefas, uma vez que os subordinados devem cumprir as ordens estabelecidas pelos seus chefes.

Nesse sentido, o conceito se identifica como gênero de organização criminosa, a qual a doutrina especializada divide em quatro espécies. A primeira é a tradicional que são as organizações criminosas denominadas como clássicas, que possuem como principais características a força intimidatória, forma autônoma, permanente e difusa, conforme discorre o Mendroni (2016, p. 29-33, 42), no trecho a seguir:

Das quais o exemplo mais clássico são as Máfias. Trata-se de modelo clássico das Organizações criminosas, as de tipo mafiosas que revelam características próprias [...]. O elemento constitutivo especial das associações de tipo mafioso, que as diferenciam daquelas comuns (demais), é a existência de uma profunda força intimidatória, de forma autônoma, difusa e permanente.

A segunda diz respeito à rede. São aquelas criadas com sujeitos anônimos e que não possuem vínculos e nenhuma hierarquia entre si, os quais se conhecem por meio de indicações e praticam crimes em um curto período em determinado território, e se valem de agentes públicos;

A terceira espécie é a empresarial, em que empresas praticam crimes ambientais, fiscais, cartéis e fraudes, formando assim uma organização criminosa. Por último, a

organização criminosa endógena, são aquelas relacionadas com os agentes públicos que praticam crimes contra a administração pública.

Além dessas espécies, o inc. II do § 2º do art. 2º da Lei n.º 12.850/2013 traz outro tipo de organização criminosa, são as “organizações terroristas, entendidas como aquelas voltadas para a prática dos atos de terrorismo legalmente definidos” (BRASIL, [2019]).

Há de se destacar que o terrorismo em si não possui tipificação no Código Penal. Acredita-se que, em razão de tal inexistência, a Lei n.º 12.850/2013 não conceituou de forma aprofundada o que seria entendido como organização criminosa terrorista, limitando apenas a esclarecer que tais organizações possuem a principal finalidade de praticar atos terroristas.

Independente da espécie, para o estudo em questão, é necessário ter a noção de que a organização criminosa é constituída por mais de 4 integrantes que se relacionam entre si, compartilhando o objetivo de obter uma vantagem de qualquer natureza, não precisando ser necessariamente econômica, em virtude dos exemplos de organizações criminosas terroristas e políticas, as quais buscam realizar a vontade de um líder religioso e disputar o poder, respectivamente. Tal entendimento é extraído dos autores Cléber Marçom e Marçal, conforme o seguinte trecho: “Apesar da franca conotação econômica, não se descarta a obtenção de proveito ou ganho de natureza diversa (‘disputa de poder; conquista de votos; ascensão a cargo ou posto etc.’1), o que deverá ser revelado no caso concreto” (MARÇOM; MARÇAL, 2021).

Nesse sentido, é lógico deduzir o raciocínio que quanto (i) maior o número de integrantes; (ii) maior a facilidade de comunicação entre eles e (iii) maior o recurso que eles possuem para a prática de seus delitos, conseqüentemente, maior será o impacto da organização criminosa na sociedade e maior será a dificuldade para combater ela.

Seguindo na linha das conseqüências, é notório que as facções criminosas titulam como a organização que mais causam medo para os indivíduos de uma sociedade, tanto para os cidadãos que sentem sua segurança pública perturbada, como para as

autoridades policiais, que além de compartilharem o mesmo anseio dos cidadãos, possuem o dever legal de combater tal crime organizado.

Por outro lado, a maioria dos moradores que residem em uma comunidade dominada por uma organização se sentem seguros com a presença dos criminosos naquele local, justificado pelo fato de que eles próprios captam o ônus de fazer a segurança pública daqueles moradores, rechaçando o trabalho policial destinado a isso.

Segundo entrevista realizada pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública a um integrante do PCC (Primeiro Comando da Capital), os policiais não sabem diferenciar quais são os criminosos dos moradores civilizados de uma comunidade, acabando por agredir tais cidadãos de forma equivocada.

Trazendo dados para o presente estudo, em uma pesquisa realizada pelo Fórum de Brasileiro de Segurança Pública, no ano de 2022, foi registrado o número de 53 (cinquenta e três) facções criminosas no Brasil, as quais estão presentes nas 27 unidades federativas do país. Pegando a maior facção criminosa do país, o PCC (Primeiro Comando da Capital) registra o incrível número de 35.000 integrantes que representam esta organização, segundo pesquisa do Ministério Público de São Paulo.

Ainda sobre o PCC, tal organização teve início no ano de 1993 e “tenta estabelecer uma lavagem de dinheiro refinada e se conecta a outras organizações criminosas ao redor do mundo” (FÓRUM DE SEGURANÇA, 2022). Conforme comentado anteriormente, nota-se a problemática da falta de combate eficiente à uma organização criminosa, haja vista que ela só tem tendências a atrair mais criminosos e se expandir dentro do seu país e criar laços com outras organizações ao redor do mundo.

Outro exemplo clássico de organização criminosa, é a do narcotraficante colombiano Pablo Escobar, a qual foi responsável por colocar ele entre os homens mais ricos do mundo durante o período de 1987 a 1993, devido ao grande fluxo de tráfico de cocaína e outras drogas para os Estados Unidos. Segundo fontes da revista *Semana*, foram calculados aproximadamente 5.000 homicídios que possuem envolvimento com a organização criminosa desse narcotraficante.

A partir de agora, será estudado o principal motivo da infiltração de agentes policiais em aparelhos eletrônicos dos indivíduos de uma organização criminosa: o modo operário de uma facção.

Em um breve contexto histórico, como era observado em filmes e séries, no início dos anos 2000, os membros de uma organização criminosa implementavam a técnica do rádio para transmitirem informações entre si, uma vez que eles se posicionavam em diferentes locais dentro de uma comunidade e se comunicavam por meio de uma linha no rádio. Os delegados policiais buscaram meios para interceptar tais linhas, obrigando os criminosos a procurarem outras formas de se comunicarem.

Com o passar do tempo, foi inventado o smartphone, aparelho eletrônico classificado como bem essencial ao ser humano atualmente. Tal dispositivo permite que os usuários usufruam de aplicativos destinados à troca de mensagens, sendo que as conversas são todas criptografadas, isto é, apenas as pessoas que estão conversando possuem acesso às mensagens.

Além da criptografia, tais aplicativos possuem como principal característica a facilidade e eficiência na troca de mensagens, haja vista que as pessoas podem escrever textos, gravar mensagens de voz e compartilhar fotos, vídeos e documentos para outros sujeitos. Atualmente, o aplicativo mais utilizado em toda a rede global é o WhatsApp, uma vez que foi um dos primeiros a entrar no mercado.

Nessa toada, os indivíduos de uma organização criminosa utilizam o referido aplicativo para compartilharem diversas informações a respeito da prática de delitos e dos envolvidos naquela organização, as quais seriam cruciais para a investigação policial sobre tal facção. É indubitável que o compartilhamento de tais informações contribui para a eficiência das atividades de uma organização criminosa, haja vista que quanto maior a comunicação, maior a facilidade que os sujeitos possuem para praticar os delitos e administrar uma determinada facção.

Todavia, é imperioso esclarecer que tais indivíduo não utilizam o aplicativo apenas com a finalidade de contribuir no trabalho da organização criminosa, uma vez que o

criminoso era um ser sociável, uma vez que interagiu com seus familiares, amigos e outras pessoas, sem a intenção de praticar qualquer delito. Nesse sentido, o indivíduo desfrutava do seu celular para manter as relações com as pessoas do seu círculo social, conforme esclarece Ferreira (2021):

[...] envolvido com atividades típicas de organização criminosa, antes de criminoso, é um ser sociável como um cidadão comum. Ele se relaciona com familiares, amigos, redes de interação social de seu interesse, muitas vezes utiliza aplicativos de mobilidade urbana, comércio eletrônico, entre outros, e, principalmente, interage intensamente com os membros da organização criminosa. Por mais que pareça algum risco de conhecimento sobre suas comunicações, o suspeito continuará utilizando o aplicativo de comunicação instantânea, que no momento é o WhatsApp, pela conveniência de ter em uma ferramenta acesso a todas as pessoas que interagem em seu círculo social (FERREIRA, 2021, p. 22).

Portanto, conclui-se que independente da espécie da organização criminosa, ela se torna perigosa na medida em que vai expandindo dentro de uma área, e tal expansão está indiretamente ligada a facilidade de comunicação que seus integrantes possuem, a qual está relacionada com as interações realizadas no aplicativo WhatsApp.

2 DO COMBATE AO CRIME ORGANIZADO PELO AGENTE POLICIAL INFILTRADO

2.1 DAS PRINCIPAIS FORMAS DE COMBATE AO CRIME ORGANIZADO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Prosseguindo na linha de raciocínio introdutório, a partir de agora será apresentado um estudo aprofundado no combate ao crime organizado, estudando as principais formas que o Estado utiliza para diminuir o crescimento das facções criminosas.

Em primeiro ponto, é necessário frisar que a segurança pública é direito de todos, cabendo ao Estado o dever de assegurar tal direito para todos cidadãos brasileiros e serve para preservar a ordem pública e a invulnerabilidade das pessoas e dos patrimônios, conforme estabelece o art. 144 da Constituição Federal de 1988.

Analisando a natureza jurídica desse artigo, ele é conhecido como um direito fundamental na Constituição de 1988, haja vista que a sua finalidade está ligada à preservação de outros direitos fundamentais como à vida, à saúde, à moradia, lazer e outros. Ademais, outro pressuposto que faz torná-lo fundamental é a outra previsão no art. 5º da CF e no art. 2º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (1789). Tal raciocínio é extraído dos esclarecimentos Walber de Moura Agra, Paulo Bonavides e Jorge Miranda, conforme o seguinte trecho da obra “Comentários à Constituição Federal de 1988” (2009):

Neste contexto, o caput do artigo 5º da CF trouxe o direito a segurança como um direito fundamental, assemelhando-se assim ao disposto no artigo 2º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789).

E essas previsões são lógicas, já que, como a convivência harmônica reclama a preservação dos direitos e garantias fundamentais, mostra-se necessário a existência de uma atividade constante prevenção e repressão de condutas criminosas, até porque não se pode analisar a segurança pública esquecendo a importância dos direitos fundamentais, como a vida, o bem-estar, o trabalho, o lazer, a moradia, dentre outros.

Apresenta-se então a importância da segurança pública: a manutenção da paz social e do equilíbrio nas relações sociais.

Seguindo nessa linha, o mesmo dispositivo, através dos seus incisos, a Magna Carta esclarece quais são os órgãos estatais responsáveis para assegurar tal direito, sendo eles: (i) polícia federal; (ii) polícia rodoviária federal; (iii) polícia ferroviária federal; (iv) polícias civis; (v) polícias militares e corpos de bombeiros militares; e (vi) polícias penais federal, estaduais e distrital.

Afunilando mais a temática, é possível perceber a aplicação de tais órgãos no combate ao crime organizado através de exemplos. Iniciando pela polícia federal, conforme se extrai dos incisos I, II, III e IV do § 1º do art. 144 da CF/88, tal órgão é responsável por prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas, fiscalizando as fronteiras internacionais e interestaduais. Nesse sentido, o policial federal objetiva interromper o tráfico ilícito, mas também busca identificar quais são os sujeitos que estão vinculados com o indivíduo recém apreendido pelo transporte ilícito de entorpecentes.

Outro exemplo relevante está nas polícias civis e militares. Para tais órgãos, cabe a função de apurar infrações penais (crimes e contravenções) e preservar a ordem pública, conforme estabelece os parágrafos 4º e 5º do art. 144 da CF. Alinhando isso com a presente análise do crime organizado, é possível deduzir que tais órgãos são responsáveis pelo combate físico, em que fornecem soldados que utilizam equipamentos táticos para enfrentar as facções criminosas.

Cabe ressaltar que existem grupos especializados para o combate físico das organizações criminosas, como o BOPE (Batalhão de Operações Especiais). Na teoria, tal grupo representa uma força tática com treinamentos específicos para situações de alta complexidade, como resgate de refém e terrorismo. Todavia, em razão do alto nível de desempenho e da experiência dos soldados, o referido grupo também busca combater as principais facções criminosas que perturbam a ordem pública do país.

Conforme esclarecido, ambas as formas apresentadas representam o combate físico do Estado contra o crime organizado, onde são acionados órgãos militares que possuem armamento tático e treinamento capazes de enfrentar o crime organizado no Brasil. Nesse sentido, pode-se enquadrar os órgãos citados na modalidade policial

de polícia ostensiva, isto é, a forma preventiva e repressiva do Estado para combater as facções criminosas.

Utilizando um exemplo para melhor esclarecimento da presente discussão, quando um sujeito de uma organização criminosa é apreendida por um agente estatal da polícia ostensiva, ele é conduzido para uma delegacia policial. Nesse estabelecimento, é onde o inquérito policial é iniciado, a fim de apurar a materialidade e autoria do crime praticado pelo referido sujeito.

Para tal objetivo, vai entrar em ação a polícia de investigação, que representa a parte investigativa da máquina estatal. Tal entidade projeta e cumpre estratégias eficazes para obtenção de provas que, eventualmente, vão comprovar a autoria e materialidade do delito.

A respeito da análise das duas modalidades policiais apresentadas - polícia ostensiva e polícia de investigação -, o autor José Joaquim Gomes Canotilho esclarece que a ostensiva representa o policiamento feito por policiais uniformizados, com equipamentos táticos e viaturas, encarregados em prevenir a prática de delitos ou reprimir quando eles ocorrem. De outro modo, ele entende que a polícia de investigação está voltada ao âmbito de produção de provas para a investigação de crimes. A propósito, o raciocínio exposto foi extraído do seguinte trecho da obra *Série IDP - Comentários à Constituição do Brasil*:

(a) A polícia ostensiva exerce as funções de prevenir e de reprimir de forma imediata a prática de delitos. O policiamento ostensivo é feito por policiais uniformizados, ou que possam ser imediatamente identificados por equipamento ou viatura (art. 2º, n. 27, do Decreto n. 88.777/83). O objetivo é explicitar a presença policial nas ruas, criando a percepção de que a prática de delitos será prontamente reprimida – o que exerceria efeito preventivo. (b) A polícia de investigação realiza o trabalho de investigação criminal. Para investigar a prática de delitos, pode ouvir testemunhas, requisitar documentos, realizar perícias, interceptar comunicações telefônicas, entre outras medidas. Em sua maioria, tais medidas dependem de autorização judicial (CANOTILHO; MENDES; SARLET, 2018).

Diante da exposição profunda dessas modalidades policiais, nota-se que para o estudo em questão, a polícia de investigação será a que mais se adapta ao caso, haja vista que ela é responsável pela origem do principal sujeito da presente discussão: o agente policial infiltrado.

2.2 DAS DEMAIS LEIS ALÉM DA 12.850/2013 QUE LEGISLAVAM SOBRE O COMBATE AO CRIME ORGANIZADO

Em 1995, entrou em vigor a Lei n.º 9.034/95, a qual foi responsável por dispor sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas (BRASIL, [2013]).

Tal legislação determina quais são os meios de prova e procedimentos investigatórios lícitos para investigar os delitos praticados por uma determinada quadrilha ou bando ou organizações. Dos meios abordados, destaca-se: (i) ação controladora; acesso a dados; interceptação ambiental e infiltração de agentes, conforme o art. 2º e p.º do mesmo dispositivo:

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:

I - (Vetado).

II - a ação controlada, que consiste em retardar a interdição policial do que se supõe ação praticada por organizações criminosas ou a ela vinculado, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz do ponto de vista da formação de provas e fornecimento de informações;

III - o acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais.

IV - a captação e a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, e o seu registro e análise, mediante circunstanciada autorização judicial;

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

Parágrafo único. A autorização judicial será estritamente sigilosa e permanecerá nesta condição enquanto perdurar a infiltração (BRASIL, [2013]).

Ocorre que, em razão da falta de conceito de organização criminosa na referida lei, tais dispositivos supracitados só teriam eficácia quando eram aplicados em quadrilhas ou bando ou associação criminosa, que possuíam conceitos tipificados no art. 288 do CP. Como as organizações criminosas não eram conceituadas, não se aplicava tais

dispositivos, conforme esclarecem os autores Cleber Masson e Vinícius Marçal (2021):

Em verdade, como anunciado por seu art. 1.º, essa lei tratou dos meios de prova e procedimentos investigatórios pertinentes aos ilícitos decorrentes de “ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo”. Naquela ocasião, nosso ordenamento jurídico já punia a associação criminosa (p. ex., para fins de tráfico – Lei 11.343/2006, art. 35 – e para fins de genocídio – Lei 2.889/1956, art. 2.º) e a formação de quadrilha ou bando (CP, art. 288), mas silenciava-se quanto à tipificação/conceituação das organizações criminosas.

Diante disso, Luiz Flávio Gomes defendia a perda de eficácia² de todos os dispositivos legais da Lei 9.034/1995 fundados nesse conceito, quais sejam: ação controlada (art. 2.º, II), identificação criminal (art. 5.º), delação premiada (art. 6.º), proibição de liberdade provisória (art. 7.º) e progressão de regime (art. 10). Por esse raciocínio, as demais medidas investigatórias do art. 2.º (interceptação ambiental, infiltração de agentes, acesso a dados etc.) somente haveriam de ter eficácia nas investigações que envolvessem quadrilha ou bando ou associação criminosa.

Posteriormente, foi criada a Lei n.º 12.694/2012, que aborda a parte processual do combate ao crime organizado, legislando sobre o processo e o julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por organizações criminosas (BRASIL, [2012]).

Ela atua de forma repressiva ao combate do crime organizado, uma vez que possibilita ao juiz, decidir pela formação de colegiado em qualquer ato processual. Portanto, ao estabelecer isso, tal legislação visa desestimular a prática de delitos por organizações criminosas, ao mostrar quais são as consequências processuais que os sujeitos podem ter. A referida possibilidade de formação de colegiado está exposto no art. 1º e seus incisos:

Art. 1º Em processos ou procedimentos que tenham por objeto crimes praticados por organizações criminosas, o juiz poderá decidir pela formação de colegiado para a prática de qualquer ato processual, especialmente:

- I - decretação de prisão ou de medidas assecuratórias;
- II - concessão de liberdade provisória ou revogação de prisão;
- III - sentença;
- IV - progressão ou regressão de regime de cumprimento de pena;
- V - concessão de liberdade condicional;

VI - transferência de preso para estabelecimento prisional de segurança máxima; e

VII - inclusão do preso no regime disciplinar diferenciado. (BRASIL, [2012])

2.3 ATUAÇÃO DO AGENTE INFILTRADO COM BASE NA LEI N.º 12.850/2013

De início, a título conceitual, o agente infiltrado representa um policial que se insere no crime organizado, ocultando sua identidade e profissão, com a finalidade de se obter provas para investigar as práticas penais de uma determinada organização criminosa, conforme esclarece o autor Rafael Wolff (2021):

Para fins introdutórios, agente infiltrado é aquele policial que, ocultando sua verdadeira identidade e função através do uso de cobertura fictícia, aproxima-se de suspeitos da prática de determinados crimes para fazer prova da sua ocorrência. Trata-se de meio de obtenção de prova (art. 3º, VII, da Lei 12.850/13), de caráter excepcional, no qual se objetiva desvelar práticas criminosas através de um artil (ocultação da identidade e da qualidade de servidor público do infiltrado).

No tocante à sua previsão legal, a Lei 12.850/2013 enquadrando a atuação do agente infiltrado como meios de obtenção de provas, listando-a no inciso VII do art. 3º.

Art. 3º Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova:

[...]

VII - infiltração, por policiais, em atividade de investigação, na forma do art. 11; (BRASIL, [2019]).

Todavia, para que a atuação do agente infiltrado seja lícita, é necessário que o delegado de polícia solicite o referido meio de obtenção de provas, mediante manifestação técnica no inquérito policial.

Além de solicitar tal operação, o mesmo requerimento do delegado é responsável por esclarecer os limites que o agente deve obedecer durante a sua investigação. Tais limites estão ligados a dois aspectos, como: (i) preservação dos direitos e garantias fundamentais de quem está sendo investigado e (ii) licitude da prova que será produzida para o inquérito policial.

Tais limites são devidamente tipificados no caput do art. 10 da Lei n.º 12.850/2013. Eis o dispositivo:

Art. 10. A infiltração de agentes de polícia em tarefas de investigação, representada pelo delegado de polícia ou requerida pelo Ministério Público, após manifestação técnica do delegado de polícia quando solicitada no curso de inquérito policial, será precedida de circunstanciada, motivada e sigilosa autorização judicial, que estabelecerá seus limites (BRASIL, [2019]).

No tocante à preservação dos direitos e garantias fundamentais do investigado, esse está relacionado à possibilidade do agente infiltrado se camuflar como um amigo próximo do suspeito e acabar revelando um pouco da vida privada dele, deixando-o vulnerável.

No tocante à licitude da prova, esse é um dos pilares do processo penal, conforme narra o art. 157 do CPP, dispositivo esse que determina quando uma prova é caracterizada ilícita: obtidas por meios que violam as normas constitucionais ou legais. Eis o artigo: “Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais” (BRASIL, [2022]).

Ainda a respeito desta temática, o Antonio Scarance Fernandes esclarece que os meios de obtenção de provas não podem ofender os direitos e fundamentais do investigado, em prol do princípio da verdade real. Eis o pensamento:

Não se pode, em nome da segurança social, compreender uma garantia absoluta da privacidade, do sigilo, no processo penal, mas também não se pode conceber, em homenagem ao princípio da verdade real, que a busca incontrolada e desmedida da prova possa, sem motivos ponderáveis e sem observância de um critério de proporcionalidade, ofender sem necessidade o investigado ou o acusado em seus direitos fundamentais e no seu direito a que a prova contra si produzida seja obtida por meios lícitos (FERNANDES, 2007, p. 92).

Além disso, ainda no caput do art. 10, nota-se que existem duas maneiras para solicitar a operação do agente infiltrado, são elas: (i) representação do delegado de polícia e (ii) requerimento do Ministério Público. Portanto verifica-se uma aproximação entre a Polícia e o Ministério Público no curso investigatório policial.

Independente do meio em que for solicitado, o Ministério Público estará presente nas duas formas de requerimento. Quando ele mesmo faz a solicitação, ele se baseia em um parecer técnico feito por uma autoridade policial, para que seja discutida a viabilidade técnica da realização da Infiltração. De outro modo, quando o delegado de polícia faz a solicitação, o Ministério Público é intimado para apreciar tal requerimento, uma vez que ele é quem trabalha quem possui o ônus da formação do opinio delicti, isto é, ele é o órgão acusador que sabe o nível de necessidade para se produzir determinada prova. Tal raciocínio é extraído das sábias palavras do Cezar Roberto Bitencourt e Paulo César Busato (2014, p. 2014):

Com efeito, quando a iniciativa partir do Ministério Público deverá sempre ser precedida de uma análise de viabilidade técnica da realização da infiltração a ser elaborada pela autoridade policial. É a autoridade especializada em investigação criminal quem dirá sobre a possibilidade e adequação da providência no caso concreto. Conquanto o Ministério Público não fique adstrito a tal conclusão para efetuar o pleito, é certo que um parecer técnico de inviabilidade quase que certamente conduzirá ao indeferimento da medida pelo juiz.

Por outro lado, quando a infiltração derivar de representação do delegado de polícia, o § 1º remete o feito à apreciação do Ministério Público. Nada mais lógico. Afinal, se a formação de opinio delicti após a coleta da prova indiciária é do Ministério Público, igualmente dele será o juízo de valor sobre a conveniência ou necessidade da providência. Caso o Ministério Público considere a medida desnecessária ou não recomendável, manifestado nos autos, igualmente é muito provável que não se defira a providência postulada.

Vale ressaltar que a infiltração só será admitida na presença de dois requisitos: (i) indícios de infração penal cometidos por organizações criminosas e (ii) impossibilidade de se produzir provas por outros meios disponíveis, conforme determina o § 2º do art. 10 da referida legislação. Trata-se do esgotamento de outras medidas menos drásticas para produzir prova, conforme disserta Bitencourt (2022):

Assim, a medida de infiltração somente será permitida caso hajam claros elementos indicativos da estrutura organizacional delitiva associada à demonstração concreta de impossibilidade de obtenção de determinada prova, a respeito dos crimes perpetrados por tal organização, por outro modo que não a infiltração de agentes, o que significa o esgotamento de outras medidas menos drásticas, inclusive algumas previstas nesta própria lei.

No tocante ao tempo de duração da infiltração, o § 3º estipula o prazo de 6 (seis meses) para o agente realizar a infiltração. Todavia, tal prazo pode ser renovado em virtude do surgimento de eventuais necessidades.

Percebe-se que o legislador compreende que 6 meses é o período necessário para que o agente realize a infiltração, isto é, o prazo suficiente para que o policial contate a organização, conquiste a confiança dos seus membros e capture as principais informações sobre o grupo. Ademais, a estipulação de um prazo limite possui a finalidade de prevenir com que o agente policial se integre efetivamente na organização investigada, ou seja, o legislador se preocupa com a possibilidade do agente se corromper ao crime durante a infiltração.

Findo o prazo, o agente emitirá um relatório circunstanciado, o qual será entregue ao juiz competente que autorizou a infiltração. Posteriormente, o Ministério Público será cientificado da juntada do relatório, conforme o § 4º.

Tal relatório possui uma elevada força probatória, uma vez que o agente policial é dotado de fé pública. Isto é, tudo que for relatado pelo agente, é presumido como verdadeiro, uma vez que ele representa a atuação do Estado no combate ao crime organizado. Usando como exemplo, a lógica utilizada no caso da infiltração policial é a mesma empregada quando o agente de trânsito registra um auto de infração.

Por fim, o § 5º permite ao delegado de polícia, junto com o Ministério Público, solicitar o relatório da infiltração durante o período de investigação do agente infiltrado, em virtude da origem de novos fatos e urgência no inquérito que foi solicitado para a infiltração.

Nota-se que o legislador prevê a possibilidade do Ministério Público solicitar o relatório durante a investigação, em virtude do surgimento de novos sujeitos ou novos delitos cometidos ao longo da investigação. Portanto, a análise do relatório prévio auxilia o Ministério Público nos novos imprevistos que surgirem.

Desse modo, conclui-se que a infiltração de agentes infiltrados é positivada como um modo operacional do Estado ao crime organizado, funcionando como um meio de obtenção de prova na investigação de determinada organização criminosa. Tal infiltração deve ser requerida quando houver indícios mínimos de autoria e deve ser solicitada pelo delegado de polícia ou Ministério Público. Seu tempo de duração

equivale a 6 meses, período em que o agente infiltrado deverá produzir um relatório que será apresentado em juízo posteriormente.

2.4 DO AGENTE VIRTUAL

O agente virtual infiltrado é regulamentado por duas legislações: Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e Lei n.º 12.850/2013.

No tocante ao ECA, sua previsão está expressa no art. 190-A, em que o agente virtual possui seu trabalho caracterizado como infiltração de agentes de polícia na internet, possuindo a finalidade de investigar crimes como pornografia infantil e outros delitos envolvendo menores.

Art. 190-A. A infiltração de agentes de polícia na internet com o fim de investigar os crimes previstos nos arts. 240 , 241 , 241-A , 241-B , 241-C e 241-D desta Lei e nos arts. 154-A , 217-A , 218 , 218-A e 218-B do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal) , obedecerá às seguintes regras:

I – será precedida de autorização judicial devidamente circunstanciada e fundamentada, que estabelecerá os limites da infiltração para obtenção de prova, ouvido o Ministério Público;

II – dar-se-á mediante requerimento do Ministério Público ou representação de delegado de polícia e conterà a demonstração de sua necessidade, o alcance das tarefas dos policiais, os nomes ou apelidos das pessoas investigadas e, quando possível, os dados de conexão ou cadastrais que permitam a identificação dessas pessoas;

III – não poderá exceder o prazo de 90 (noventa) dias, sem prejuízo de eventuais renovações, desde que o total não exceda a 720 (setecentos e vinte) dias e seja demonstrada sua efetiva necessidade, a critério da autoridade judicial. (BRASIL, [2022])

Já na Lei n.º 12.850/2013, o art. 10-A prevê o personagem do agente infiltrado virtual. De acordo com o caput do dispositivo, tal agente possui os mesmos requisitos a serem cumpridos para ter sua atuação autorizada, porém exige o cumprimento de outros novos, são eles: necessidade; indicação do alcance do agente virtual, nomes e apelidos das pessoas investigadas, dados conexos ou cadastrais para identificação dos investigados.

Art. 10-A. Será admitida a ação de agentes de polícia infiltrados virtuais, obedecidos os requisitos do caput do art. 10, na internet, com o fim de investigar os crimes previstos nesta Lei e a eles conexos, praticados por

organizações criminosas, desde que demonstrada sua necessidade e indicados o alcance das tarefas dos policiais, os nomes ou apelidos das pessoas investigadas e, quando possível, os dados de conexão ou cadastrais que permitam a identificação dessas pessoas (BRASIL, [2019]).

Trata-se de uma figura nova do agente infiltrado, incluída pela Lei n.º 13.964/2019. Possui como finalidade a investigação dos crimes praticados por organizações criminosas, mas com a infiltração virtual, o Estado possui maior facilidade para identificar quem são os sujeitos que praticam delitos.

Conforme o autor Rafael Wolff, o agente infiltrado virtual busca simular um personagem online, atribuindo um *nickname* para se cadastrar em determinada rede social. Quando inserido no mundo virtual, o agente busca se aproximar dos principais suspeitos, para adquirir intimidade e, conseqüentemente, provas imprescindíveis para a investigação. De outro modo, o agente não precisa criar laços com os suspeitos, podendo apenas observar o conteúdo que eles curtem ou as postagens que eles realizam.

Apesar de, no mundo virtual, ser comum o uso de alias ou nicknames, pode existir neste a construção de uma nova identidade. Não poderia um policial simular ser uma menina de oito anos, para evitar a prática de pornografia infantojuvenil, sem autorização legal. Afinal, há ação (e não simplesmente omissão) para a construção de um personagem totalmente distinto da realidade. É o mesmo que ocorreria, por exemplo, se uma policial simulasse ser um homem de meia idade interessado em fotos de crianças em poses sensuais, disposto a trocar arquivos com terceiros. Não há mera atividade de observação, mas a construção de uma falsa identidade, ainda que sob um aliás. Não se está, por certo, a sustentar que inexistente agente à paisana no mundo virtual. Aquele agente que apenas observa um chat público encontra-se à paisana. Entretanto, caso um suspeito busque aproximação e um personagem precisar ser criado, será imprescindível a existência de autorização judicial (WOLFF, 2021).

Assim como no tópico anterior, cabe a análise dos parágrafos do art. 10-A sobre o agente virtual.

O § 1º foi redigido com finalidade informativa, ele esclarece o qual o contexto dos dados de conexão e dados cadastrais para entender melhor a atuação do agente virtual. No tocante aos dados de conexão, o inc. I desse parágrafo conceitua como "[...] informações referentes a hora, data, início, término, duração, endereço de Protocolo de Internet (IP) utilizado e terminal de origem da conexão" (BRASIL, [2019])

(Lei n.º 12.850/2013). Trata-se dos dados referentes à conexão utilizada pelo agente virtual para ingressar em determinado site ou rede social.

Em relação aos dados cadastrais, esses são entendidos como “[...] informações referentes a nome e endereço de assinante ou de usuário registrado ou autenticado para a conexão a quem endereço de IP, identificação de usuário ou código de acesso tenha sido atribuído no momento da conexão” (BRASIL, [2019]) (Lei n.º 12.850/2013). Trata-se de dados referentes ao cadastro que o agente virtual utilizou para realizar a infiltração.

Assim como no agente infiltrado padrão (art. 10, caput da Lei n.º 12.850/2013), o agente virtual também precisa de um parecer do Ministério Público, caso sua infiltração seja solicitada por um delegado de polícia, conforme estabelece o § 2º.

Assim como na infiltração comum, a espécie de infiltração virtual também precisa ser analisada pelo Ministério Público, uma vez que ele representa o órgão acusador, logo, deve saber quais são as provas mais eficazes para comprovar a sua acusação.

Outros requisitos parecidos são: necessidade de haver indícios de infração penal e não houver outro meio de prova para se produzir. A solicitação do agente virtual também necessita desses dois requisitos para ser autorizada, em observância ao § 3º.

Quando um indivíduo está sendo investigado, seus direitos e garantias fundamentais correm risco de serem violados, logo, é preciso ter a certeza de que a investigação não está violando garantias de indivíduos alheios e que não é possível produzir prova por outro meio que não seja a investigação. Tal certeza surge com os indícios de infração penal.

No tocante ao prazo, também será de 6 (seis) meses, podendo ser prorrogado. Todavia, diferente do art. 10, aqui o legislador estabeleceu um prazo máximo: a atuação do agente não pode ser superior que 720 (setecentos e vinte) dias, conforme prevê o § 4º.

O agente infiltrado padrão possui um prazo de 6 meses para realizar a infiltração, o qual pode ser prorrogado pelo período que for necessário, haja vista as eventuais dificuldades para ele se infiltrar. De outro modo, o agente virtual possui o mesmo prazo, mas a sua prorrogação é limitada, haja vista que ele possui mais facilidade em produzir provas, justamente por atuar no ambiente virtual.

Findo a atuação do agente virtual, ele deverá entregar um relatório circunstanciado, contendo todos os atos eletrônicos que ele praticou, os quais serão gravados, armazenados para serem apresentados ao Juiz que irá prosseguir com as investigações, o qual também dará ciência ao Ministério Público, na forma do § 5º. Vale ressaltar que tal relatório pode ser requerido a qualquer momento durante o inquérito, conforme previsão do § 6º.

Nota-se que o relatório supracitado deve ser acompanhado com todos os atos eletrônicos que foram praticados, a fim de que possa ter uma melhor análise sobre a licitude da atuação do agente infiltrado virtual.

Por fim, o § 7º determina a nulidade das provas que forem obtidas sem a observância dos requisitos legais do art. 10-A da Lei n.º 12.850/2013.

Tal dispositivo revela a preocupação do legislador com a ilicitude das provas que estão sendo obtidas, alertando as autoridades judiciárias e policiais a procederem a infiltração com observância dos dispositivos da Lei n.º 12.850/2013. A principal finalidade desse parágrafo é preservar as garantias fundamentais do indivíduo que está sendo investigado.

Em análise crítica, o agente infiltrado é um dos meios mais eficazes e seguros para se obter provas de determinada organização criminosa. Ao mesmo tempo que ele não se expõe presencialmente para os criminosos, ele possui maior facilidade para coletar provas, pois na maioria das vezes os sujeitos sequer cogitam que estão sendo investigados pelas autoridades.

De outro modo, o agente também deve ser muito bem treinado para realizar a infiltração, pois mesmo que seja de modo virtual, ele deve ser bastante cauteloso nas condutas para que nenhum sujeito desconfie dele, apesar de ser difícil.

2.5 DA COMPATIBILIDADE DO MEIO DE OBTENÇÃO DE PROVA PELO AGENTE INFILTRADO COM A CONSTITUIÇÃO E PRINCÍPIOS DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Em primeiro ponto, cabe destacar a existência de duas teorias científicas acerca do Direito Penal: Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo.

Em relação à primeira teoria, essa diz respeito ao indivíduo que, após ter sido preso, busca se ressocializar na sociedade, demonstrando que se arrepende do crime que cometeu e deseja ser visto como um indivíduo sociável e sem perigo para a sociedade.

Já o Direito Penal do Inimigo remete a ideia de que o criminoso é um ser humano perigoso para a sociedade, em que ele comete crimes com crueldade, sempre com má intenção, fazendo com que as penas que são impostas para ele não sejam eficazes. Logo, tal sujeito não deve ser tratado como um cidadão comum, mas sim, como um inimigo, assim como esclarece o autor responsável por criar tal teoria, Ghunter Jakobs e Manuel Meliá (2008, p. 18-20):

[...]o cidadão não pode eliminar, por si mesmo, seu status. Entretanto, a situação é distinta quando se trata de uma rebelião, isto é, de alta traição: «Pois a natureza deste crime está na rescisão da submissão, o que significa uma recaída no estado de natureza... E aqueles que incorrem em tal delito não são castigados como súditos, mas como inimigos» [...] Conseqüentemente, quem não participa na vida em um «estado comunitário-legal» deve retirar-se, o que significa que é expelido (ou impelido à custódia de segurança); em todo caso, não há que ser tratado como pessoa, mas pode ser «tratado», como anota expressamente Kant «como um inimigo».

Ademais, no Direito Penal do Inimigo, sabendo que o criminoso é um indivíduo perigoso para a sociedade, é possível a inobservância de determinadas normas constitucionais em favor de tal sujeito.

A diferença entre o Direito Penal do Cidadão e o Direito Penal do inimigo consiste na vontade do criminoso em seguir o ordenamento jurídico ou não, conforme palavras dos autores Anna Luíza Soares Matte, Cláudio Daniel de Souza e Luan Christ Rodrigues, na obra *Análise acerca da (in)constitucionalidade da utilização da infiltração de agentes policiais à luz do instituto da analogia*:

Então, nota-se que podem existir dois tipos de Direito Penal: o Direito Penal do Cidadão e o Direito Penal do Inimigo. O primeiro seguimento remete que cidadão é quem oferece a certeza de que voltará a seguir as normas mesmo após o cometimento de um crime. Todavia, o segundo traz a figura do inimigo, que é quem não demonstra, tampouco, se compromete em continuar seguindo fielmente as normas regidas pelo Estado. (SOARES; SOUZA; RODRIGUES, 2023, p. 73).

Nessa toada, é lógico que o meio de prova da infiltração do agente policial está relacionado ao Direito Penal do Inimigo, uma vez que ela pode violar a dignidade humana³ de quem está sendo investigado e de terceiros.

Para melhores esclarecimentos, eis um exemplo: um sujeito está sendo investigado por crime de pornografia infantil. Para melhor eficiência de tal investigação, o Juiz autoriza a infiltração de um agente policial virtual, o qual se aproxima do sujeito para obter melhores informações sobre sua vida.

De forma intencional, o agente possui acesso ao armazenamento de mídias do *smartphone* do investigado, a fim de descobrir indícios de autoria e materialidade do crime de pornografia infantil. Nessa linha, sem qualquer intenção, ele acaba tendo acesso a fotos íntimas que o investigado armazena no seu aparelho, as quais não possuem qualquer relação com o crime de pornografia infantil. Diante de tal exemplo, está evidente que a vida privada - direito relacionado à dignidade humana - do investigado foi violada, uma vez que as fotos íntimas que ele armazenava não deveriam ser acessadas por pessoas que ele não autoriza a ver.

De outro modo, também é notório que a sociedade que convive com o investigado do exemplo hipotético está vivendo momentos de insegurança, principalmente crianças e adolescentes que são vítimas desse sujeito. Percebe-se que há um conflito entre

³ Art. 1º, inc. III da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, [2023]).

normas, qual seja: direito à dignidade humana do investigado x direito à segurança da sociedade e direitos individuais das vítimas.

Nesse caso, o ilustre Rafael Wolff esclarece que diante de tal conflito entre direitos fundamentais coletivos e individuais, deve prevalecer os fundamentais coletivos - no caso, direito à segurança -, não podendo a infiltração policial ser descartada ou nula em decorrência da violação do direito individual do investigado à vida privada. Eis o ensinamento:

Da mesma forma, a nossa Carta Magna garante a inviolabilidade da vida, da liberdade e da segurança. Considerando-se os conhecidos efeitos danosos que os entorpecentes ocasionam na vida e na saúde das pessoas, é possível afirmar, igualmente em abstrato, que não seria razoável impedir uma infiltração de agentes alegando apenas e simplesmente que se poderia estar violando a vida privada de indivíduos sob os quais recaem as suspeitas (WOLFF, 2021).

Entretanto, é necessária uma análise mínima a respeito da razoabilidade entre a disponibilidade para se obter provas e a escolha do agente infiltrado para realizar tal tarefa, uma vez que se existe a possibilidade de produzir conteúdo probatório por um meio menos gravoso, deve ser usado esse.

Prosseguindo no raciocínio da compatibilidade do instituto do agente infiltrado e os direitos fundamentais da Constituição, tal discussão merece atenção no tocante à relação entre tal meio de obtenção de provas e determinados princípios do Código de Processo Penal. Os autores Greice Patrícia Fuller e Fábio Gallinaro destacaram o seguinte:

[...] Por outro lado, há que se preservar os direitos e garantias da pessoa investigada, não somente em respeito à norma constitucional em vigor, mas também para se evitar a produção de provas ilícitas que maculam o processo penal e tornam inócuo todo o esforço enveredado durante as investigações [...] (FULLER; GALLINARO, 2018).

Nessa ótica, a infiltração do agente policial de forma equivocada e irregular pode violar os seguintes princípios do processo penal: princípio do devido processo legal, da inadmissibilidade das provas ilícitas, da igualdade e da presunção de inocência.

Partindo para a análise individual de cada princípio, a de se destacar o princípio do devido processo legal, uma vez que se trata de uma norma basilar do processo penal, isto é, ele é responsável por abranger todos os demais princípios. O réu tem o direito de ter seu processo acusatório em consonância com o ordenamento jurídico, sem evidenciar qualquer irregularidade que possa prejudicá-lo na ação. O ilustre Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho compartilha tal raciocínio na sua obra “Processo penal e constituição: princípios constitucionais do processo penal”:

Como já afirmado em outros capítulos, os princípios constitucionais-processuais apresentam forte elo, de modo que se afigura difícil, por vezes, identificar especificamente a que garantia processual se referem.

No entanto, o princípio ora analisado, por sua largueza de significados, engloba vários outros princípios processuais, e funciona, segundo Barbosa Moreira, como norma de encerramento, se porventura os demais princípios não forem suficientes para resguardar determinada garantia processual não prevista de modo expreso na lei. Assim, segundo o mesmo autor, os princípios do contraditório, da ampla defesa, da publicidade, da motivação e do juiz natural constituem aspectos complementares do devido processo legal (CARVALHO, 2014).

O princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas é o que mais se enquadra para o presente estudo, uma vez que o agente infiltrado representa um meio de obtenção de prova. Tal princípio visa garantir que as provas produzidas pelo agente não podem ferir direitos e garantias fundamentais do investigado, assim como esclarece o supracitado Luis Gustavo Carvalho (2014):

A prova ilícita em sentido restrito é aquela obtida com violação de normas de direito material, geralmente ferindo direitos constitucionais fundamentais, como o direito à privacidade e à integridade física.

[...]

De fato, a proibição de utilização de prova obtida por meio ilícito no processo é uma regra posta a serviço do princípio que declara as diversas espécies de inviolabilidades previstas no art. 5º da Constituição: intimidade, vida privada, honra, imagem, domicílio, correspondência postal e comunicações em geral. Não se trata de um princípio carente de densidade (como visto no capítulo II), mas da própria regra que existe para atribuir densidade ao princípio que consagra as inviolabilidades referidas.

No tocante ao princípio da igualdade, está relacionado ao princípio da isonomia entre os indivíduos que são acusados em processos penais. Todos devem receber o mesmo tratamento, qual seja: aquele que está previsto no ordenamento jurídico. Nenhum sujeito pode ser acusado e julgado de forma desigual por ter praticado mais

crimes, ter cometido crimes mais cruéis, ou se associar a organizações criminosas. De outro modo, a depender do caso, o juiz pode adotar medidas cabíveis para assegurar a eficiência do processo, as quais podem ser diferentes em relação a outros processos.

Por fim, o princípio da presunção da inocência está relacionado com o fato de que o acusado possui a presunção de ser inocente, até que se prove o contrário. Fazendo a analogia desse princípio com a infiltração do agente policial, a norma probatória de tal princípio exige que a prova obtida seja lícita e não discriminadora, assim como argumenta o autor Aury Lopes Junior (2023):

[...] a presunção de inocência como norma probatória “exige que o material probatório necessário para afastá-la seja produzido pelo órgão acusador de modo lícito e tenha conteúdo para incriminador. No cumprimento de seu ônus probatório a acusação deverá utilizar apenas de provas lícitas e voltadas a demonstrar a culpa do imputado e a materialidade da infração, em todos os seus aspectos. Esse significado da presunção de inocência é objetivo e antecede, por motivos lógicos, o seu significado de ‘norma de juízo’”. Não se admite, ainda, nenhum tipo de inversão de carga probatória, sendo censuráveis – por violadores da presunção de inocência – todos os dispositivos legais neste sentido. Mas não basta “qualquer” prova, é preciso que seja lícita, buscada, produzida e valorada dentro dos padrões constitucionais e legais [...].

Concluindo, nota-se que o meio de obtenção de provas, infiltração de agente policial, é bastante discutido no âmbito jurídico, em razão da alta possibilidade de violar direitos e garantias fundamentais dos investigados. Todavia, quando há conflitos entre normas, deve prevalecer aquela que é em favor dos direitos fundamentais coletivos da sociedade, uma vez que a infiltração não pode deixar de ser autorizada em razão de afetar direito individual do investigado. O suspeito sabia dos riscos que sua atividade poderia lhe trazer. De outro modo, existem princípios basilares do processo penal que devem ser observados para a autorização do agente infiltrado.

3 ANÁLISE JURÍDICA DO *HACKING* E A COLOCAÇÃO DE LINKS MALICIOSOS PELO AGENTE INFILTRADO

3.1. O QUE É *HACKING*: MODELOS EM ESPÉCIE

Ao conceito do senso comum, entende-se *hacking* como o acesso ao aparelho eletrônico de outro, sem autorização, através da quebra de segurança do aparelho, o que permite que o hacker - quem está realizando o acesso - tenha todas as informações contidas no aparelho e, inclusive, podendo manuseá-lo.

A respeito do conceito acima, a palavra hacker merece destaque. Sua definição está relacionada a um ser humano que possui facilidade em manusear dispositivos eletrônicos, a qual está ligada com uma inteligência avançada que permite ele solucionar problemas informáticos de forma rápida e inovadora, conforme palavras do autor Sérgio Amadeu da Silveira (2010, p. 34, grifo do autor): “[...] A definição original de *hacker* era a ‘de um programador de computador talentoso que poderia resolver qualquer problema muito rapidamente, de modo inovador e utilizando meios não convencionais [...]”.

Desde quando foi criado o sistema tecnológico de compartilhamento de informação, originado na Guerra Fria, a sociedade entende que o hacker possui um significado negativo, uma vez que invade dispositivos de outros sem autorização, a fim de captar informações privadas do indivíduo que foi hackeado.

Entretanto, a maioria dos hackers estão objetivando alterar a visão negativa que as outras pessoas possuem deles. Eles visam mostrar para a sociedade que através da sua inteligência e facilidade em obter informações de outros dispositivos, eles conseguem combater diversas problemáticas da sociedade.

Trazendo como exemplo, atualmente existe o grupo *Anonymous*, o qual é usuário das redes Instagram e Twitter, possuindo maior popularidade na última. Ao entrar no perfil do grupo, eles adiantam o principal objetivo deles naquela determinada rede social é colaborar com a verdade dos fatos, diante das falsas teorias da conspiração que a sociedade cria:

Nos últimos anos, vimos muitas pessoas afirmarem que não somos suficientemente transparentes, resultando em acusações de fazer parte de alguma organização governamental ou de que temos interesses especiais.

YourAnonNews é um projeto colaborativo com ativistas de diferentes países, somos todos pessoas da classe trabalhadora em busca de um futuro melhor para a humanidade. Os nossos antecedentes culturais, opiniões políticas e método preferido de activismo são diferentes, mas concordamos em alguns princípios básicos. Liberdade de informação, liberdade de expressão, responsabilidade para empresas e governos, privacidade e anonimato para cidadãos privados.

Queremos ressaltar que tweetamos na conta YourAnonNews entre nossas vidas privadas, incluindo trabalho, família e obrigações pessoais. Postamos tudo de forma voluntária e não lucrmos com nenhuma de nossas postagens.

O que consideramos importante em nossas mensagens

Queremos chegar o mais próximo possível dos fatos, por isso não apoiamos teorias da conspiração. Quando os factos são escolhidos selectivamente para apoiar uma conclusão predeterminada, prejudicamos a nossa reputação e é imperativo que vocês, nossos seguidores, nos responsabilizem por este padrão.

Ao lidar com questões culturais (emocionais), não existem fatos. Isto pode estar relacionado com raça, religião, preferência política, etc. Neste caso não podemos lutar por uma verdade objectiva. Achamos que a democracia é muito importante, é por isso que sempre aceitaremos as pessoas, independentemente da sua origem. Existem ideologias específicas que não querem que todos participem no processo democrático, aqueles que são intolerantes com os diferentes grupos de pessoas. Iremos sempre opor-nos àqueles que aderem a estas ideologias opressivas e esperamos mais uma vez que nos mantenham nos mesmos padrões. Para citar o manifesto dos hackers:

Existimos sem cor de pele, sem nacionalidade, sem preconceitos religiosos (ANONYMOUS, 2019).

Sabendo disso, as autoridades policiais também possuem departamentos especializados em hackers, uma vez que é uma ferramenta altamente eficaz e necessária para prevenir e reprimir delitos, como a Delegacia de Repressão aos Crimes Cibernéticos.

Nessa linha, partindo para entendimento de profissionais especializados no assunto, os autores Ivan Škorvánek, Bert-Jaap Koops, Bryce Claytoz, Newell e Andrew Roberts, destacam a existência de três espécies de *hacking* policial.

A primeira delas representa o acesso físico do computador do investigado, quando os agentes policiais instalam programas para conseguir hackear o dispositivo do indivíduo, de forma presencial.

A segunda espécie é o acesso remoto, ou seja, à distância. Neste, o agente policial envia um link por e-mail ao investigado que, ao clicar, instala um programa que permite o agente policial a ter acesso à várias funções do dispositivo do investigado, como web cam, microfone, pasta de documentos, etc.

Partindo para uma maneira menos invasiva de *hacking*, a terceira espécie ocorre quando o agente policial acessa o computador do investigado, já obtendo login e senha para desbloqueá-lo, não precisando instalar programas de hackers para invadir o dispositivo.

Diante de tais espécies, os mesmos autores Ivan Škorvánek, Bert-Jaap Koops, Bryce Claytoz, Newell e Andrew Roberts discorrem sobre as funcionalidades que o *hacking* policial possui.

De forma breve, tais autores esclarecem que o *hacking* policial possui o objetivo de capturar dados do dispositivo, para saber onde ele está sendo acessado e qual é o seu usuário. Tal instituto também visa a busca remota de dados armazenados e o monitoramento de forma remota do aparelho investigado, a fim de realizar capturas de telas e acesso à webcam do computador para identificar quem é o usuário. Ademais, caso tenha dados ilegais no dispositivo, como vídeos de pornografia infantil, o *hacking* policial vai deletar tais conteúdos. Por fim, o principal objetivo do *hacking* policial é a interceptação de comunicações virtuais dos investigados com demais membros das organizações criminosas.

Portanto, apresentados as espécies de *hacking*, junto com seus principais objetivos, é preciso selecionar qual o melhor tipo de *hacking* para o presente estudo. Nessa linha, tratando-se de uma infiltração virtual, a segunda espécie é a qual representa o *hacking* policial que está sendo estudado, uma vez que trata-se de uma infiltração virtual, na qual o agente policial utiliza links maliciosos para acessar, de forma remota, o aparelho do investigado.

3.2 OS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS AFETADOS PELO INSTITUTO DO HACKING

Em módulo introdutório, é necessário esclarecer que os direitos e garantias fundamentais devem ser sempre observados, sendo que para efetivá-los, é cabível a realização de medidas jurídicas, como remédios constitucionais (PEDRA, 2018, p. 1).

Ademais, a sociedade luta, constantemente, pela efetivação dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal Brasileira de 1988, conforme aponta a ilustre Gilsilene Passon P. Francischetto (2019, p.7).

Levando isso em consideração, o instituto do *hacking* policial é bastante questionado atualmente, em virtude de representar uma técnica que viola direitos fundamentais dos indivíduos que estão sendo investigados e de terceiros que são atingidos de forma não proposital.

Dos direitos que são afetados pelo instituto, destacam-se: o (i) direito à privacidade, o qual é violado quando o investigado tem seu dispositivo invadido sem conceder a devida autorização para o agente policial, o qual possui acesso a parte da sua vida privada que está armazenada naquele aparelho.

Em relação a tal direito, o autor George Marmelstein revela o objetivo dele em prevenir que nem o Estado ou qualquer indivíduo possa se intrometer, indevidamente, na vida de cada cidadão:

A ideia básica que orienta a positivação desses valores é a de que nem o Estado nem a sociedade de modo geral devem se intrometer, indevidamente, na vida pessoal dos indivíduos. Inserem-se, nesse contexto, inúmeras prerrogativas de caráter individual-subjetivo, como o direito de buscar a paz de espírito e a tranquilidade, o direito de ser deixado só (direito ao isolamento), o direito de não ser bisbilhotado, de não ter a vida íntima e familiar devassada, de não ter detalhes pessoais divulgados, nem de ter a imagem e o nome expostos contra a vontade da pessoa (MARMELSTEIN, 2019).

Em segundo plano, como há violação do direito à privacidade, o direito à dignidade humana também é afetado, uma vez que a invasão virtual do dispositivo do

investigado compromete a sua honra em saber que não possui proteção diante de outras pessoas.

Outro direito que também é afetado é o direito à liberdade de expressão, uma vez que o investigado possui suas conversas virtuais vazadas com a invasão virtual do agente policial.

Nesse aspecto, o autor Nelson Camatta Moreira (2007, p. 175) aponta a existência da preocupação do Estado em garantir a afirmação normativa dos direitos fundamentais positivados na Constituição Federal de 1988 e tratados internacionais, sendo que tais direitos devem ser recordados mais do que promulgados, uma vez que marcam o convívio dos seres humanos:

Nessa perspectiva, a preocupação com os direitos do homem passa a ocupar um lugar de destaque para os Estados, ou seja, juntamente com o processo de normatização do Direito, descrito alhures, aparece a preocupação com a afirmação normativa dos direitos fundamentais, consagrados pelas Constituições e pelos tratados internacionais, culminando, a partir da segunda metade do século XX, com o chamado Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH). Esses direitos, vistos como imemoriais, devem ser recordados mais que promulgados. Além disso, os direitos fundamentais apareceram na modernidade, principalmente na metade do século XX, como questionamentos de determinadas atos (atrocidades) que marcaram o convívio humano.

De outro modo, em virtude da inexistência de outros meios de provas para serem produzidos em determinadas hipóteses, se o Estado deixar de proceder a referida infiltração policial em prol de assegurar o direito à privacidade do investigado, o direito à segurança dos cidadãos será violado. Portanto, nota-se um conflito entre normas.

Em relação a tal conflito, os autores Thais Aline Mazetto Corazza e Gustavo Noronha de Ávila (2022, p. 267) argumentam que a solução para o conflito de normas está presente na análise da razoabilidade do caso concreto, fazendo a ponderação entre o uso do instituto e o direito que será violado do investigado:

Levando-se em conta que os direitos fundamentais e da personalidade não são absolutos (podem ser limitados pelo exercício de outro direito fundamental), pode ocorrer a colisão entre tais direitos. E, ao que parece, a técnica mais adequada para a solução de conflitos entre direitos fundamentais e da personalidade é a ponderação de interesses ou bens, idealizada pela jurisprudência alemã, com base no princípio da razoabilidade.

Portanto, nota-se que o *hacking* utilizado pelo agente infiltrado virtual, com a colocação de links maliciosos, viola três direitos fundamentais: direito à privacidade, direito à dignidade humana e direito à liberdade de expressão.

3.3 O ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL DA LICITUDE DO *HAKING* REALIZADO PELO AGENTE POLICIAL INFILTRADO

Em relação ao instituto do *hacking* policial virtual, com colocação de links maliciosos, não foi muito discutido pelos tribunais estaduais, pelo Superior Tribunal de Justiça ou Supremo Tribunal Federal, uma vez que se trata de um instituto pouco utilizado e recente para as autoridades policiais e judiciárias explorarem.

Entretanto, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 403, o Supremo Tribunal Federal que analisou a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei 12.965/2014 que autorizam a ordem judicial exigindo o acesso de mensagens criptografadas dos indivíduos que estão sendo investigados.

Nesse julgado, o relator Ministro Edson Fachin, ao destacar o direito à liberdade de expressão, ressaltou que este não é absoluto e que quando ele está em conflito com outras normas, deve ser sopesado em prol do interesse público. Seguindo nessa linha, o Ministro frisou que o acesso de mensagens criptografadas representa um meio indispensável para a investigação criminal.

De outro modo, tal Ministro também esclarece que o indivíduo que está sendo investigado também possui uma vida social além do crime, e para ela, utiliza a tecnologia do Whatsapp para não ter suas mensagens privadas vazadas.

Na conclusão do voto, o Ministro decide que a competência para autorizar a invasão de mensagens criptografadas é apenas da Autoridade Nacional de Proteção de Dados, conforme o art. 5º, inc. XIX da Lei Geral de Proteção de Dados, não cabendo ao Poder Judiciário autorizar tal invasão.

3.4 DA ANÁLISE DA LICITUDE DO *HACKING* E A COLOCAÇÃO DE LINKS MALICIOSOS PELO AGENTE INFILTRADO

Realizando uma análise crítica acerca do instituto do *hacking* utilizado pelos agentes policiais infiltrados com a colocação de links maliciosos, nota-se que tal ferramenta é legal e extremamente necessária para o combate ao crime organizado.

Para chegar a tal raciocínio, foi necessário equilibrar as seguintes ponderações: (i) o nível de periculosidade que uma determinada organização criminosa causa para a sociedade e (ii) a violação de direitos e garantias fundamentais do investigado que teve seu aparelho hackeado.

Entretanto, na maioria dos casos, não é possível distribuir o mesmo peso para tais ponderações, sendo necessário escolher uma que será prejudicada em prol de outra, o que vai depender do caso concreto.

Todavia, conforme foi discutido anteriormente, o instituto do *hacking* policial de colocação de links maliciosos é uma ferramenta legal e prevista em lei, a qual só será autorizada quando houver indícios mínimos de autoria do investigado sobre determinado crime.

Logo, como é um instituto expressamente previsto em lei, o indivíduo que está sendo investigado deve ter conhecimento do ordenamento jurídico que deve se submeter, não podendo questionar a violação de seus direitos fundamentais, se escolheu fazer parte de determinada organização criminosa e escolheu ainda praticar delitos junto a ela.

Nessa toada, quando o investigado utiliza aplicativos de difícil acesso e dificulta o trabalho policial para obter provas indispensáveis para a investigação, o *hacking* policial se torna o único meio eficaz que o Estado possui para combater determinada organização criminosa.

Diante disso, com base no princípio da legalidade do argumento supracitado, e com base na insegurança que uma organização criminosa pode trazer para a sociedade,

o instituto do *hacking* policial deve ser considerado indispensável para o combate às organizações criminosas que assombram todo o território nacional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do que foi apresentado, conclui-se que o conceito de organização criminosa representava uma lacuna no ordenamento jurídico brasileiro, fazendo com que os jurídicos utilizassem o conceito definido pela Convenção de Palermo. Todavia, com a criação da Lei n.º 12.850/2013, tal omissão foi suprida, com o § 1º do art. 1º definindo que a organização criminosa representa uma:

[...] associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional (BRASIL, [2019]).

Nota-se que as organizações criminosas no Brasil estão apresentando um maior grau de periculosidade, haja vista o aumento do número de facções e os aprimoramentos das suas metodologias de trabalho, utilizando, principalmente, o meio virtual para a prática de delitos.

Verifica-se que o Estado possui duas formas de combate ao crime organizado: (i) físico, utilizando forças armadas que caracterizam o combate físico da Máquina Estatal contra o crime organizado, o qual objetiva garantir o direito à segurança pública que está ligado com o interesse público da sociedade; (ii) judicial, representado pelo Poder Judiciário, o qual atua na investigação dos delitos que foram praticados, através dos institutos criados pela Lei n.º 12.850/2013.

Aprofundando para o estudo dos institutos criados pela Lei n.º 12.850/2013, foi destacada a infiltração do agente policial, previsto no art. 10, concluindo que para a sua legalidade, ela deve ocorrer durante a investigação criminal, sendo solicitada pelo delegado de polícia ou pelo Ministério Público e, posteriormente, autorizada pelo juiz competente.

Observou-se que tal infiltração só pode ser autorizada quando houver indícios mínimos de infração penal e quando não puder produzir outro meio de prova disponível para a investigação.

Mostrou-se que o agente infiltrado virtual representa uma espécie de agente infiltrado, previsto no art. 10-A da Lei n.º 12.850/2013. Tal espécie ocorre quando o agente policial se passa por um usuário de determinada rede social, com o objetivo de se aproximar do sujeito que está sendo investigado.

Nesse viés, foi estudado a hipótese do agente policial enviar links maliciosos para o investigado, seja por meio do e-mail ou demais aplicativos de comunicação, como WhatsApp, Instagram, Telegram e etc. Quando o investigado abre o link malicioso, é instalado um programa no seu dispositivo, o qual permite que o agente policial tenha acesso remoto ao aparelho do indivíduo.

Foi esclarecido que tal acesso é caracterizado como *hacking* policial, instituto conceituado como invasão ao aparelho eletrônico de outro, sem autorização, através da quebra de segurança do aparelho, o que permite que o hacker - quem está realizando o acesso - tenha todas as informações contidas no aparelho e, inclusive, podendo manuseá-lo.

Por fim, verifica-se que o referido instituto é bastante polêmico, uma vez que viola diretamente a liberdade individual, o direito de privacidade, direito à dignidade humana e direito à liberdade de expressão do indivíduo, tudo em prol de assegurar o direito à segurança pública da sociedade.

Diante do conflito de normas, notou-se a necessidade de aplicar o princípio da razoabilidade no caso concreto.

Por fim, conclui-se que o instituto da colocação de links maliciosos no *hacking* realizado pelo agente virtual possui licitude na hipótese de inexistirem outros meios de provas cabíveis e o existem indícios mínimos de autoria pelo investigado, o direito à segurança pública deve sobressair em relação aos demais direitos do sujeito, uma vez que a espécie de infiltração policial é um meio extremamente eficaz e indispensável nessa hipótese.

Ademais, o investigado possui o ônus de conhecer todo o seu ordenamento jurídico, devendo saber quais são as práticas a qual está sujeito caso queira participar de determinada organização criminosa e, posteriormente, cometer delitos junto a ela.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. **Comentários à lei de organização criminosa**: Lei n. 12.850/2013. São Paulo: Saraiva, 2014. *E-book*.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal econômico**. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 2. *E-book*.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte especial: crimes contra a dignidade sexual até crimes contra a fé pública - arts. 213 a 311. São Paulo: Saraiva, 2022. v. 4.

BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura. **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. *E-book*.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, [2023]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 nov. 2023.

BRASIL. **Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004**. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. Brasília: Presidência da República, [2004]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm. Acesso em: 10 nov. 2023.

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Brasília: Presidência da República, [2022]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 10 nov. 2023.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, [2023]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 10 nov. 2023.

BRASIL. **Lei nº 12.694, de 24 de julho de 2012**. Dispõe sobre o processo e o julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por organizações criminosas; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e as Leis nºs 9.503, de 23 de setembro de 1997 - Código de Trânsito Brasileiro, e 10.826, de 22 de dezembro de 2003; e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, [2019]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2012/lei/L12694.htm. Acesso em: 10 nov. 2023.

BRASIL. **Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995**. Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. Brasília: Presidência da República, [2013]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19034.htm. Acesso em: 10 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2 turma). **Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 121.835 Pernambuco**. Agravante: Ministério Público Federal. Agravado: José Porfírio de Oliveira. Relator: Ministro Celso de Mello, 13 de outubro de 2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9832750>. Acesso em: 10 nov. 2023.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2018. (IDP). *E-book*.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Processo penal e constituição**: princípios constitucionais do processo penal. São Paulo: Editora Saraiva, 2014. *E-book*.

COLOMBO JÚNIOR, Aldo *et al.* **Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2018-2021**: especial Eleições 2022. [S. l.]: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2022. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2022/07/anuario-2022-ed-especial.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2023.

COMMANDUCCI, Paolo. Problemas de compatibilidade entre direitos fundamentais. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, n. 4, p. 45-63, jul./dez. 2008. Disponível em: <https://doi.org/10.18759/rdgf.v0i4.4>. Acesso em: 15 maio 2023.

CORAZZA, Thais Aline Mazetto; ÁVILA, Gustavo Noronha de. A proteção de dados do banco de perfil genético criminal: privacidade e liberdade versus segurança pública. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, v. 23, n. 2, p. 243-282, jul./dez. 2022. Disponível em: <https://doi.org/10.18759/rdgf.v23i2.1906>. Acesso em: 10 nov. 2023.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FERREIRA, Caio Porto. *Hacking* e infiltração policiais em resposta ao uso de criptografia por organizações criminosas. **Revista Brasileira de Ciências Policiais**, v. 12, n. 5, p. 19-48, maio/ago. 2021. Disponível em: <https://periodicos.pf.gov.br/index.php/RBCP/article/view/837>. Acesso em: 10 nov. 2023.

FRANCE PRESSE. Pablo Escobar: veja números e curiosidades do traficante, morto há 25 anos. **G1**, [s. l.], 2 dez. 2018. Disponível em:

<https://g1.globo.com/mundo/noticia/2018/12/02/pablo-escobar-veja-numeros-e-curiosidades-do-trafficante-morto-ha-25-anos.ghtml>. Acesso em: 10 nov. 2023.

FRANCISCETTO, G. P. P. Editorial. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, [S. l.], v. 20, n. 2, p. 7–10, 2019. DOI: 10.18759/rdgf.v20i2.1802. Disponível em: <https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/1802>. Acesso em: 13 nov. 2023.

FULLER, Greice Patrícia; GALLINARO, Fábio. A infiltração de agentes em meio virtual sob a égide do princípio da dignidade da pessoa humana: uma análise da Lei 13.441, de 8 de maio de 2017. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 995, set. 2018.

GRECO FILHO, Vicente. **Comentários à lei de organização criminosa: Lei n. 12.850/2013**. São Paulo: Saraiva, 2013. *E-book*.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. Traduzido por André Luís Callegari e Mereu José Giacomolli. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2008.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2023. *E-book*.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2019. *E-book*.

MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. **Crime organizado**. 6. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Método, 2021. *E-book*.

MATTE, Anna Luíza Soares; SOUZA, Cláudio Daniel de; RODRIGUES, Luan Christ. Análise acerca da (in)constitucionalidade da utilização da infiltração de agentes policiais à luz do instituto da analogia. **Revista do MPC-PR**, Curitiba, v. 10, n. 18, jan./jun. 2023. Disponível em: <https://revista.mpc.pr.gov.br/index.php/RMPCPR/article/view/132>. Acesso em: 10 nov. 2023.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MOREIRA, Nelson Camatta. A função simbólica dos direitos fundamentais. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, n. 2, p. 163-191, 2007. Disponível em: <https://doi.org/10.18759/rdgf.v0i2.45>. Acesso em: 15 maio 2023.

PEDRA, A. S. Editorial. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, [S. l.], v. 19, n. 1, p. 11–12, 2018. DOI: 10.18759/rdgf.v19i1.1531. Disponível em:

<https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/1531>. Acesso em: 13 nov. 2023.

SILVEIRA, Sérgio Amadeu da. Ciberativismo, cultura *hacker* e o individualismo colaborativo. **Revista Usp**, São Paulo, n. 86, p. 28-39, jun./ago. 2010. Disponível em: <https://doi.org/10.11606/issn.2316-9036.v0i86p28-39>. Acesso em: 6 out. 2023.

WOLFF, Rafael. **Agentes infiltrados**: o magistrado como garantidor e ferramenta de aprimoramento deste meio especial de investigação. Coimbra: Almedina, 2021. *E-book*.