



**FACULDADES METROPOLITANAS UNIDAS**

**FÁBIO GALLINARO**

**A PERSECUÇÃO PENAL NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO EM FACE DO  
PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

**SÃO PAULO**

**2018**



FÁBIO GALLINARO

**A PERSECUÇÃO PENAL NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO EM FACE DO  
PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito da Sociedade da Informação.

Orientadora: Prof. Dra. Greice Patrícia Fuller.

SÃO PAULO

2018

Gallinaro, Fábio

A persecução penal na Sociedade da Informação em face do princípio da dignidade da pessoa humana / Fábio Gallinaro; orientadora Greice Patrícia Fuller. -- São Paulo, 2018.

157 p.

Dissertação (Mestrado - Direito da Sociedade da Informação)  
-- Faculdades Metropolitanas Unidas, 2018.

1. Persecução Penal. 2. Sociedade da Informação. 3. Dignidade da pessoa humana. I. Fuller, Greice Patrícia, orient. II. Título.

FÁBIO GALLINARO

**A PERSECUÇÃO PENAL NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO EM FACE DO  
PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito da Sociedade da Informação.

Orientadora: Prof. Dra. Greice Patrícia Fuller.

Data de aprovação:

\_\_\_/\_\_\_/\_\_\_\_\_

Banca examinadora:

---

Prof. Dra. Greice Patrícia Fuller  
FMU – Orientadora

---

Prof. Dr. Irineu Francisco Barreto Junior  
FMU

---

Prof. Dr. Dani Rudnick  
UniRitter

SÃO PAULO  
2018

À minha mãe Mercedes Simon Gallinaro (*in memoriam*), melhor amiga e conselheira, responsável pela construção do meu caráter, que me deixou repleto de saudade por sua repentina partida, mas com a certeza de que um dia nos reencontraremos na eterna morada celestial.

À minha amada esposa Maria Lúcia dos Santos Gallinaro e ao meu querido filho Enrico Gallinaro pela paciência e compreensão nos meus momentos de ausência.

## AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha orientadora Professora Dra. Greice Patrícia Fuller pelo direcionamento e esclarecimentos de extrema importância para a consecução deste trabalho, sem olvidar a paciência e o incansável desvelo que teve diante das minhas inúmeras limitações.

Ao Professor Dr. Irineu Francisco Barreto Junior pelo incentivo e apoio durante toda a minha trajetória no mestrado, bem como por ser uma grande referência de ser humano e docente.

Aos professores Paulo Jorge Fonseca Ferreira da Cunha, Jorge Shiguemitsu Fujita, Regina Célia Martinez, Ana Elizabeth Lapa Wanderley Cavalcanti, Germano André Doederlein Schwartz e Marcelo Guerra Martins em razão de tantos aprendizados durante as disciplinas por mim cursadas e, principalmente, ao professor Roberto Senise Lisboa pela brilhante coordenação e engrandecimento do mestrado.

Aos diligentes funcionários da Secretaria de Pós-Graduação, em especial à Joelma Stefani Silva pela prestimosa atenção no momento da minha licença-saúde.

A todos colegas do mestrado, com os quais muito aprendi durante seminários e artigos escritos em coautoria, assim como pelas risadas e momentos de descontração durante os cafés e conversas nos corredores antes do início das aulas.

Às Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU), pela oportunidade da docência, um dos grandes sonhos da minha vida.

## RESUMO

O presente trabalho aborda aspectos da persecução penal na Sociedade da Informação em respeito à dignidade da pessoa humana. Discorre sobre a relação entre os princípios da dignidade da pessoa humana e o devido processo legal, estabelecendo correspondência com a proteção da intimidade e da vida privada. Disserta, ainda, sobre o princípio da não-culpabilidade e o ônus probatório na Sociedade da Informação, bem como acerca da produção probatória sob a égide do princípio da dignidade da pessoa humana. Estabelece considerações a respeito da busca da verdade real, analisando os indícios e a livre persuasão racional, os direitos e limites da produção probatória, bem como a utilização da prova eletrônica como instrumento para a busca da verdade. Trata, por derradeiro, da videoconferência e o direito de presença do acusado, da infiltração de agentes em meio virtual em face da proteção constitucional da intimidade e da vida privada, da requisição de sinais e informações para localização de vítimas e suspeitos em crimes relacionados ao tráfico de pessoas, bem como das comunicações criptografadas e a possibilidade de interceptação por ordem judicial.

**Palavras-chave:** Persecução penal. Sociedade da Informação. Dignidade da pessoa humana.

## ABSTRACT

The presented work approaches criminal prosecution aspects in the Information Society concerning the principle of human dignity. It goes into the relationship between the principle of human dignity and due process of law, establishing correspondence with the protection of intimacy and privacy. It also discusses the principle of non-culpability and the onus of proof in the Information Society, as well as on the probative production under the aegis of the principle of human dignity. It establishes considerations regarding the search for real truth, analyzing the evidence and free rational persuasion, the rights and the limits of probative production, including the use of electronic evidence as an instrument searching for the truth. Lastly, it deals with the videoconference and the right of the accused's presence, the infiltration of agents into a virtual environment before the constitutional protection of intimacy and privacy, the solicitation of signs and information for the location of victims and suspects in crimes related to human trafficking, as well as encrypted communications and the possibility of judicial interception.

**Keywords:** Criminal prosecution. Information Society. Principle of human dignity.

## SUMÁRIO

<b>Introdução .....</b>	<b>09</b>
<b>1 – O processo penal humanizado .....</b>	<b>11</b>
1.1 – Princípios da dignidade da pessoa humana e do devido processo legal.....	11
1.2 – Intimidade e privacidade como corolários do princípio da dignidade da pessoa humana .....	32
1.3 – Princípio da não-culpabilidade e o ônus probatório na Sociedade da Informação.....	38
1.4 – Produção probatória sob o prisma do princípio da dignidade da pessoa humana .....	45
<b>2 – A busca da verdade real em estrita obediência à dignidade da pessoa humana na Sociedade da Informação .....</b>	<b>57</b>
2.1 – Considerações gerais .....	57
2.2 – Indícios e a livre persuasão racional.....	69
2.3 – Direitos e limites à prova (provas ilícitas e o princípio <i>nemo tenetur se detegere</i> ) ...	72
2.4 – Prova eletrônica e a busca da verdade na Sociedade da Informação.....	85
<b>3 – Persecução penal na Sociedade da Informação .....</b>	<b>92</b>
3.1 – Os avanços tecnológicos e o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana na persecução penal.....	92
3.2 – Videoconferência e o direito de presença do acusado .....	97
3.3 – Infiltração de agentes em meio virtual e o direito à intimidade e vida privada.....	106
3.4 – Requisição de sinais e informações para localização de vítimas e suspeitos em crimes relacionados ao tráfico de pessoas (art. 13-B, do CPP).....	121
3.5 – Comunicações criptografadas e eventual interceptação por ordem judicial.....	129
<b>Considerações finais .....</b>	<b>144</b>
<b>Referências .....</b>	<b>148</b>

## Introdução

O presente trabalho tem por finalidade precípua analisar os instrumentos de persecução penal na sociedade da informação, em atenção, sobretudo, aos princípios do devido processo penal e da dignidade da pessoa humana, pois, como é cediço, o exercício do *jus puniendi* deve se pautar na obediência a determinados regramentos, constitucionais e infraconstitucionais, sob pena de se incorrer em ilicitude e conseqüente nulidade, por eventual ofensa a direitos fundamentais.

A problemática aqui trazida justifica-se em razão dos avanços tecnológicos e inexistência ou insuficiência de regulamentação jurídica sobre os instrumentos de produção probatória, a ponto de permitir que o Estado, ao seu absoluto alvedrio, empregar quaisquer métodos de investigação e instrução, sem se atentar para a dignidade humana, intrínseca de todos os cidadãos.

No primeiro capítulo, será debatida a necessidade de implementação do processo penal humanizado, tendo como base os princípios da dignidade da pessoa humana e do devido processo legal. Considerações serão formuladas em relação à proteção da intimidade e da vida privada, direitos que guardam profunda consonância com a dignidade da pessoa humana. O princípio da não-culpabilidade e o ônus probatório na Sociedade da Informação também serão objeto de cotejo, a fim de se estabelecer parâmetros para a persecução penal, de modo a evitar ofensa a direitos fundamentais. Noutra aspecto, será debatida a produção probatória sob o prisma do princípio da dignidade da pessoa humana, com o desiderato de se verificar os limites da atuação estatal, seja na fase investigativa ou processual.

No segundo capítulo, alterações serão formuladas sobre a busca da verdade real em estrita obediência à dignidade da pessoa humana na Sociedade da Informação. De proêmio, arguições serão externadas sobre os indícios probatórios e a livre persuasão racional do magistrado no processo penal. Em seguida, serão estudados os direitos e limites da produção probatória, notadamente no que concerne à ilicitude das provas e ao princípio que veda a autoincriminação. Formular-se-ão, ainda, considerações genéricas sobre os meios de prova eletrônicos e a busca da verdade na Sociedade da Informação.

No terceiro capítulo, a persecução penal na sociedade informacional será cotejada de maneira mais aprofundada. De início, serão verificadas questões concernentes aos avanços tecnológicos e o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação. Outrossim, considerações serão formuladas sobre a videoconferência,

notadamente em relação ao seu caráter excepcional e aos atos processuais praticados por seu intermédio, tais como o interrogatório e a colheita de declarações e depoimentos. Relativamente à infiltração de agentes em meio virtual, serão debatidos os limites de atuação do infiltrado, a fim de se resguardar a intimidade do investigado e de terceiras pessoas, bem como sobre eventual imunidade diante de práticas consideradas delituosas, mas indispensáveis para a elucidação de crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes. Serão analisadas, ainda, as inovações trazidas pela Lei nº 13.344, de 6 de outubro de 2016, no que diz respeito à requisição de sinais e informações para localização de vítimas e suspeitos em crimes relacionados ao tráfico de pessoas. Além disso, discussões serão efetuadas sobre as comunicações criptografadas contidas em aplicativos de troca de mensagens instantâneas e eventual possibilidade de interceptação por ordem judicial.

O método utilizado será o dedutivo-qualitativo, com pesquisas e análises de obras doutrinárias, artigos científicos e decisões jurisprudenciais emanadas das Cortes Superiores, com aprofundada investigação sobre os instrumentos utilizados para a persecução penal na sociedade informacional, notadamente no que concerne ao direito fundamental da dignidade da pessoa humana.

## 1 – O processo penal humanizado

### 1.1 – Princípios da dignidade da pessoa humana e do devido processo legal

Todo arcabouço processual penal é regido por direitos e garantias, com o desiderato de se assegurar ao acusado a proteção necessária para o pleno exercício de sua defesa. Assim é que os princípios do devido processo legal e da dignidade da pessoa humana integram-se, abarcando e sustentando todos os direitos fundamentais que serão mencionados sob a ótica da sociedade informacional. O ser humano possui valores que são intrínsecos à sua própria existência, indisponíveis por sua importância, e inalienáveis por sua natureza, corolários de uma sociedade civilizada e referências de um Estado Democrático de Direito. Exatamente por essa razão que Moraes bem define a dignidade da pessoa humana como um valor inestimável e transcendente:

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem *menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos*.<sup>1</sup>

Tecendo considerações sobre a República Portuguesa, no sentido de uma organização política que serve ao homem, e não o homem que serve aos aparelhos políticos-organizatórios, Canotilho define a dignidade da pessoa humana como sendo o reconhecimento do *homo noumenon*, ou seja, do indivíduo como limite e fundamento do domínio da República, acrescentando que:

[...] a dignidade da pessoa humana exprime a abertura da República à ideia de **comunidade constitucional inclusiva** pautada pelo multiculturalismo mundividencial, religioso ou filosófico. O expresse reconhecimento da dignidade da pessoa humana como *núcleo essencial* da República significará, assim, o *contrário* de “verdades” ou “fixismos” políticos, religiosos ou filosóficos.<sup>2</sup>

Desse modo, o ser humano não está inserido na sociedade tão somente para servir aos poderes estatais, mas sim justamente o contrário. O Estado tem a função precípua de

---

<sup>1</sup> MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. 10.ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 48.

<sup>2</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 225.

atender o indivíduo, em todas as suas necessidades, bem como regular as ações sociais, distribuindo o bem comum a todos os cidadãos, sem quaisquer distinções, com exceção das limitações impostas ao indivíduo em decorrência do cometimento de infrações contra a própria organização estatal. A dignidade da pessoa humana, por conseguinte, está ligada ao bem estar comum e proteção do indivíduo em razão de sua natureza íntima, sem que para isso seja preciso invocar preceitos de ordem religiosa ou filosófica.

Já para Balera, o tema da dignidade da pessoa humana guarda correspondência com os direitos fundamentais, porém, é mais abrangente do que eles. Em suas palavras, “a dignidade humana opera mais propriamente como vetor de interpretação dos direitos fundamentais”,<sup>3</sup> uma vez que sem consideração a respeito dela a interpretação de tais direitos resultaria limitada e restritiva. Tal interpretação, previne eventual colisão entre os direitos fundamentais, uma vez que “defronte a tal vetor de interpretação dos direitos fundamentais será em ordem à dignidade humana que tais direitos serão escalonados”.<sup>4</sup> Este também é o entendimento de Serrano, ao afirmar que “a dignidade da pessoa humana considera-se um princípio prevalente, diante da qual os outros princípios são submetidos à exegese e à aplicação”.<sup>5</sup>

O princípio da dignidade da pessoa humana encontra-se previsto em dispositivos constitucionais de vários países europeus, tais como Alemanha,<sup>6</sup> Espanha,<sup>7</sup> Grécia,<sup>8</sup> Irlanda<sup>9</sup>

---

<sup>3</sup> BALERA, Wagner. A qualificação da dignidade da pessoa humana nos julgados do Supremo Tribunal Federal. Ferraz, Anna Cândida da Cunha; Bittar, Eduardo; Leister, Margareth (coords.). **Direitos humanos fundamentais**. Osasco: Edifício, 2009, p. 120-121.

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 121.

<sup>5</sup> SERRANO, Pablo Jiménez. Convivência social condicionada: pressuposto da dignidade da pessoa humana em razão da ética e do direito. Yoshida, Consuelo Y.M.; Rampazzo, Lino (orgs.). **O Direito e a dignidade humana: aspectos éticos e socioambientais**. Campinas: Alínea, 2012, p. 91.

<sup>6</sup> Artigo 1. Dignidade da pessoa humana – Direitos humanos – Vinculação jurídica dos direitos fundamentais. 1. A dignidade da pessoa humana é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público. 2. O povo alemão reconhece, por isto, os direitos invioláveis e inalienáveis da pessoa humana como fundamento de toda comunidade humana, da paz e da justiça no mundo. 3. Os direitos fundamentais, discriminados a seguir, constituem direitos diretamente aplicáveis e vinculam os poderes legislativo, executivo e judiciário.

<sup>7</sup> Artículo 10 Derechos de la persona 1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social. 2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

<sup>8</sup> Artigo 2. 1. O respeito e a proteção do valor do ser humano constituem as principais obrigações do Estado.

<sup>9</sup> Preamble: In the Name of the Most Holy Trinity, from Whom is all authority and to Whom, as our final end, all actions both of men and States must be referred, We, the people of Éire, Humbly acknowledging all our obligations to our Divine Lord, Jesus Christ, Who sustained our fathers through centuries of trial, Gratefully remembering their heroic and unremitting struggle to regain the rightful independence of our Nation, And seeking to promote the common good, with due observance of Prudence, Justice and Charity, so that the dignity and freedom of the individual may be assured, true social order attained, the unity of our country restored, and concord established with other nations, Do hereby adopt, enact, and give to ourselves this Constitution.

e Portugal.<sup>10</sup> Na Constituição italiana, há menção expressa no trecho onde se reconhece igualitária dignidade social, malgrado não se refira, expressamente, à dignidade humana.<sup>11</sup>

Em determinados países da América Latina, tais como o Brasil,<sup>12</sup> Paraguai,<sup>13</sup> Venezuela<sup>14</sup> e Peru,<sup>15</sup> o princípio da dignidade humana vem consagrado nos respectivos textos constitucionais como direito fundamental. Em outras nações do continente americano, é possível encontrar referências diretas e indiretas acerca do princípio em comento. Na constituição de Cuba, por exemplo, encontramos a dignidade da pessoa humana prevista em seu preâmbulo.<sup>16</sup> Na Constituição do Chile, por seu turno, há menção de que os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos,<sup>17</sup> o que se vislumbra, de modo semelhante, na Constituição da Guatemala.<sup>18</sup>

---

<sup>10</sup> Artigo 1º. República Portuguesa. Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

<sup>11</sup> Art. 3. Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali. È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese.

<sup>12</sup> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana.

<sup>13</sup> Preámbulo. El pueblo paraguayo, por medio de sus legítimos representantes reunidos en Convención Nacional Constituyente, invocando a Dios, reconociendo la dignidad humana con el fin de asegurar la libertad, la igualdad y la justicia, reafirmando los principios de la democracia republicana, representativa, participativa y pluralista, ratificando la soberanía e independencia nacionales, e integrado a la comunidad internacional, Sanciona y Promulga esta Constitución.

<sup>14</sup> Artículo 3. El Estado tiene como fines esenciales la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad, el ejercicio democrático de la voluntad popular, la construcción de una sociedad justa y amante de la paz, la promoción de la prosperidad y bienestar del pueblo y la garantía del cumplimiento de los principios, derechos y deberes consagrados en esta Constitución.

<sup>15</sup> Artículo 1. Defensa de la persona humana La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.

<sup>16</sup> [...] Conscientes de que todos los regímenes sustentados en la explotación del hombre por el hombre determinan la humillación de los explotados y la degradación de la condición humana de los explotadores; de que sólo en el socialismo y el comunismo, cuando el hombre ha sido liberado de todas las formas de explotación: de la esclavitud, de la servidumbre y del capitalismo, se alcanza la entera dignidad del ser humano; y de que nuestra Revolución elevó la dignidad de la patria y del cubano a superior altura; Declaramos nuestra voluntad de que la ley de leyes de la República este presidida por este profundo anhelo, al fin logrado, de José Martí: "Yo quiero que la ley primera de nuestra República sea el culto de los cubanos a la dignidad plena del hombre".

<sup>17</sup> Artículo 1º. Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos.

<sup>18</sup> Artículo 4. Libertad e igualdad. En Guatemala todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos. El hombre y la mujer, cualquiera que sea su estado civil, tienen iguales oportunidades y responsabilidades. Ninguna persona puede ser sometida a servidumbre ni a otra condición que menoscabe su dignidad. Los seres humanos deben guardar conducta fraternal entre sí.

A Rússia, por sua vez, rompendo as tradições das anteriores constituições da extinta União Soviética, passou a prever, expressamente, que a dignidade da pessoa deve ser garantida pelo Estado.<sup>19</sup>

Prevista na Constituição Federal como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, ao lado da soberania, da cidadania, dos valores sociais do trabalho, da livre iniciativa e do pluralismo político,<sup>20</sup> a dignidade da pessoa humana possui dois aspectos: *objetivo* e *subjetivo*. Em sua conotação objetiva, denota que toda pessoa tem o direito a garantias mínimas de subsistência, tais como alimentação, moradia, saúde, etc. e, sob o prisma subjetivo, entende-se que toda pessoa merece respeito e preservação diante da sua própria característica intrínseca, inerente de todo ser humano.

Nessa mesma direção, Nucci preleciona que a dignidade da pessoa humana é um princípio regente, que tem por finalidade a preservação do ser humano, enfatizando que, sob o prisma *objetivo* envolve a garantia de um *mínimo existencial* ao indivíduo, atendendo as necessidades mais elementares, tais como moradia, alimentação, educação, segurança, lazer, vestuário higiene, etc. e, no prisma *subjetivo*, assevera que se trata da *respeitabilidade* e *autoestima*, inerentes ao ser humano, desde o seu nascimento, a partir do instante em que desenvolve sua personalidade.<sup>21</sup>

Acerca da consideração da dignidade humana como princípio fundamental, Faria assegura que se trata de uma cláusula aberta, que tem o condão de respaldar o surgimento de novos direitos porventura não expressos na Magna Carta de 1988, mas nela implícitos de alguma forma ou inseridos no ordenamento constitucional por intermédio de tratados internacionais em que o Brasil seja parte, acrescentando o autor:

O princípio da dignidade da pessoa humana permite ainda a referência a um *sistema de direitos fundamentais*. Com isso, facilita-se a interpretação e aplicação desses direitos, pois o pensamento sistêmico ilumina ou reforça o entendimento de direitos em particular, bem como favorece a articulação destes com outros. Em consequência, consolida-se a força normativa dos direitos fundamentais e a sua magna proteção da pessoa humana.<sup>22</sup>

<sup>19</sup> Artigo 7. 1. Rússia é um Estado social, cuja política visa criar condições para garantir uma vida humana digna e com livre desenvolvimento.

<sup>20</sup> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:  
III - a dignidade da pessoa humana.

<sup>21</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 40.

<sup>22</sup> FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de direitos**. A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem *versus* a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1996, p. 151-152.

Imperioso consignar, demais disso, as três vertentes de proteção da dignidade da pessoa humana, apontada por Gonzales. A primeira delas se refere à tutela do ser humano no seu aspecto intrínseco, proteção essencialmente dos direitos de personalidade, com a conotação de proteger o cidadão em sua individualidade. A segunda, por sua vez, diz respeito à proteção de garantias que exigem a atuação do poder estatal e da sociedade como um todo, a fim de que ao cidadão sejam proporcionadas condições dignas de subsistência. Por fim, a terceira vertente estabelece a proteção nas relações entre os indivíduos na convivência em sociedade, sugerindo o respeito mútuo. Em face de tais vertentes, conclui Gonzalez, sob o aspecto do devido processo legal e da dignidade da pessoa humana:

[...] um Estado Democrático de Direito, que realmente assuma compromisso com o respeito a esse valor humano, não se coaduna com toda e qualquer forma de violação da dignidade da pessoa humana, como, por exemplo: a prática de tortura e das penas e tratamentos cruéis, desumanos e degradantes, a aplicação da prisão perpétua e da pena de morte.<sup>23</sup>

Com o desiderato de delimitar o objeto da tutela constitucional, imprescindível analisar a *pessoa humana*, sob seus vários enfoques. Kant aponta que “o homem, e, duma maneira geral, todo o ser racional, *existe* como fim em si mesmo, *não só como meio* para o uso arbitrário desta ou daquela vontade”,<sup>24</sup> sendo possível afirmar que cada indivíduo possui uma finalidade intrínseca, com absoluta autonomia para se comportar consoante o seu alvedrio e nunca pode ser um meio para a obtenção de resultados. Silva aponta, inclusive, que todo ser humano, sem distinção, é pessoa, ou seja, um ser espiritual, que é, ao mesmo tempo, fonte e imputação de todos os valores, acrescentando:

Consciência e vivência de si próprio, todo ser humano se reproduz no outro como seu correspondente reflexo de sua espiritualidade, razão por que desconsiderar uma pessoa significa em última análise desconsiderar a si próprio. Por isso é que a pessoa é um centro de imputação jurídica, porque o Direito existe em função dela e para propiciar seu desenvolvimento.<sup>25</sup>

O homem é um ser único, dotado de inteligência e sentimentos, distinto de todos os demais seres da criação universal, seja no aspecto científico, filosófico ou religioso. Serrano

---

<sup>23</sup> GONZALEZ, Giovanna Gonçalves Naldi Beretta. **Direitos humanos e institutos penais: desistência voluntária e arrependimento eficaz**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 26.

<sup>24</sup> KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007, p. 68.

<sup>25</sup> SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 212, p. 89-94, abr./jun. 1998, p. 90-91.

considera a pessoa humana se diferencia dos animais “pois são portadoras de potencialidades próprias da espécie humana: uso da razão, consciência, discernimento”.<sup>26</sup> Sarlet aponta que, para a religião cristã, seja no Antigo ou no Novo Testamento é possível encontrar menções dando conta que o ser humano foi criado à imagem e semelhança da divindade,<sup>27</sup> premissa da qual o cristianismo extraiu a conclusão de que todo indivíduo – e não apenas os cristãos – é dotado de um valor próprio, não podendo, por conseguinte, ser transformado em mero objeto ou instrumento.<sup>28</sup>

No campo filosófico, Kardec ensina que, na infância da humanidade, o homem aplica sua inteligência somente à procura dos recursos necessários para a sua subsistência, bem como para se resguardar das intempéries e de possíveis investidas de inimigos. No entanto, é dotado o ser humano de um potencial bem maior do que os demais animais irracionais, denominado por Kardec como sendo o desejo incessante do melhor, que “o impele à procura de meios de melhorar sua posição, que o conduz às descobertas, às invenções, ao aperfeiçoamento da ciência”.<sup>29</sup> O ser humano busca incessantemente a ascensão e o aperfeiçoamento de suas potencialidades, tendo em vista que é dotado de livre arbítrio e, como ensina Gonzalez, “busca moralmente a sua liberdade, jamais deixando de lado uma constante busca pela dignidade e pela justiça”.<sup>30</sup> Em razão disso, inarredável que tenha o ser humano uma proteção especial pelo ordenamento constitucional de todas as nações, diante da sua própria essência, não somente material, mas também espiritual.

De outra parte, a importância da pessoa avulta-se no mundo contemporâneo, tendo em vista que, no mais das vezes, é o próprio valor do ser humano que está posto em causa, diante das vicissitudes decorrentes de crises e guerras entre as nações. Neste aspecto, Faria preleciona que, malgrado as conquistas alcançadas no campo dos direitos humanos, ainda se faz necessária constante vigilância para a afirmação do homem como pessoa portadora de valores éticos que não podem ser suprimidos, tais como a dignidade, a autonomia e a

---

<sup>26</sup> *Op. cit.*, p. 92.

<sup>27</sup> No Antigo Testamento há menção de que Deus teria dito: “Façamos o homem à nossa imagem, como nossa semelhança, e que eles dominem sobre os peixes do mar, as aves do céu, os animais domésticos, todas as feras e todos os répteis que rastejam sobre a terra” (Gênesis 1:26). Já no Novo Testamento observa-se a seguinte descrição, referindo-se sobre o veneno mortífero da língua: “Com ela bendizemos ao Senhor, nosso Pai, e com ela maldizemos os homens feitos à semelhança de Deus” (Tiago 3:9). GORGULHO, Gilberto da Silva; STORNILO, Ivo; ANDERSON, Ana Flora (coords). **A Bíblia de Jerusalém**. Tradução de Euclides Martins Balancin *et al.* São Paulo: Paulus, 1998, p. 34.

<sup>28</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 32-33.

<sup>29</sup> KARDEC, Allan. **O Evangelho segundo o espiritismo**. Tradução Salvador Gentile. Catanduva: Boa Nova Editora, 2007, p. 230.

<sup>30</sup> *Op. cit.*, p. 14.

liberdade, acrescentando o autor que “a pessoa humana, é hoje considerada como o mais eminente de todos os valores porque constitui a fonte e a raiz de todos os demais valores”.<sup>31</sup>

Noutro prisma, relativamente ao *status dignitatis*, Kant preleciona que tudo tem um preço ou uma dignidade, discorrendo que aquilo que tem preço é substituível e, desse modo, admite a troca por alguma coisa equivalente. Aduz que, aquilo que não admite substituição, que não admite troca por algo equivalente, possui dignidade, concluindo que as coisas possuem preço, enquanto os indivíduos ostentam dignidade.<sup>32</sup> Ressalta, ainda, que o ser racional possui participação ativa na denominada *legislação universal* e o torna, por intermédio desse meio, apto a ser membro de um possível *reino dos fins*, para que estava já destinado pela sua própria natureza, uma vez que coisa alguma tem outro valor senão aquele que a lei lhe confere. Aduz que a própria legislação, que determina o valor das coisas, deve possuir, exatamente em razão disso, uma dignidade, isto é, um valor incondicional e incomparável, finalizando que a *autonomia* é o fundamento da dignidade da natureza humana e de toda a natureza racional.<sup>33</sup>

Importante mencionar que não há dignidade maior do que outra dignidade, não há indivíduo que deva ser especialmente tutelado em detrimento de outro, notadamente porque, como preleciona Silva, “dignidade é um atributo intrínseco, da essência, da pessoa humana, único ser que compreende um valor interno, superior a qualquer preço, que não admite substituição equivalente”,<sup>34</sup> confundindo-se com a própria natureza do ser humano.

É cediço que, em razão de funções, profissões, mandatos ou ministérios, determinados cidadãos gozam de prerrogativas e privilégios, não em razão da sua característica intrínseca, mas, tão somente, em razão da posição que ocupam, definitiva ou temporariamente. Em outras palavras, a ordem jurídica pode e deve estabelecer distinções entre indivíduos que *estão* investidos de alguma prerrogativa, mas em hipótese alguma pode conceder privilégios ou mitigar direitos em razão da essência ou da natureza íntima da pessoa humana. Aliás, a própria acepção do vocábulo permite estabelecer uma unidade a todos os indivíduos, como uma só raça humana, como uma só nação denominada humanidade. Nesse aspecto, Bobbio faz relevante consideração sobre a impossibilidade de discriminação entre indivíduos, os quais devem gozar de idêntica dignidade social, consoante estabelecido na própria Constituição Italiana:

---

<sup>31</sup> *Op. cit.*, p. 45-46.

<sup>32</sup> *Op. cit.*, p. 77.

<sup>33</sup> *Idem*, p. 79.

<sup>34</sup> *Op. cit.*, p. 91.

São todas formulações do mesmo princípio, segundo o qual deve ser excluída toda discriminação fundada em diferenças específicas entre homem e homem, entre grupos e grupos, como se lê no art. 3º da Constituição italiana, o qual, depois de ter dito que os homens têm “igual dignidade social” — acrescenta, especificando e precisando, que são iguais diante da lei, sem distinção de sexo, de raça, de língua, de religião, de opinião política, de condições pessoais ou sociais.<sup>35</sup>

Dessa forma, o ordenamento processual em vigor deve assegurar igualdade de direitos para os acusados em geral, não se podendo permitir privilégios para indivíduos que possuem posição de destaque social, seja na política, nas artes ou no esporte, desprestigiando direitos e garantias individuais de pessoas anônimas.

Na linha do pensamento kantiano, Weyne faz considerável abordagem e profunda reflexão sobre a necessidade de uma justificação racional para a dignidade humana, tecendo críticas sobre o uso indiscriminado do princípio nas demandas judiciais, asseverando que “o recurso constante e desnecessário ao princípio da dignidade da pessoa humana leva à sua banalização, à perda dos contornos e ao enfraquecimento da sua força normativa”.<sup>36</sup>

Logo, o ordenamento jurídico deve ser interpretado e operacionalizado em consonância com a dignidade da pessoa humana. Se por um lado o Estado possui o dever de promover o bem estar social e regular as relações humanas, por outro lado, na hipótese de ocorrência de um conflito, também está obrigado a solucionar o litígio, mas nunca em desrespeito aos direitos e garantias fundamentais, consagrados em tratados internacionais e na Constituição Federal, fundamento precípua de um Estado Democrático de Direito.

Piovesan considera a dignidade humana como “um verdadeiro superprincípio constitucional, a norma maior a orientar o constitucionalismo contemporâneo, dando-lhe especial racionalidade, unidade e sentido”.<sup>37</sup> E o assunto em testilha ganha contornos ainda mais importantes quando aliado ao devido processo legal, tema que será tratado a seguir, tendo em vista que, no aspecto penal, é a própria liberdade individual que está em exame, direito de extrema importância, que só pode ser restringido em hipóteses excepcionalíssimas, por ordem judicial e de maneira suficientemente motivada.<sup>38</sup> Não é por acaso, assim, que a

---

<sup>35</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 34.

<sup>36</sup> WEYNE, Bruno Cunha. **O princípio da dignidade humana. Reflexões a partir da filosofia de Kant**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 117.

<sup>37</sup> PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 548.

<sup>38</sup> Note-se que o artigo 282, § 6º, do Código de Processo Penal, dispõe que a prisão preventiva será determinada somente quando não for cabível a sua substituição por medidas cautelares diversas da prisão, demonstrando, dessa forma, a excepcionalidade do encarceramento. Já no artigo 315, do mesmo Diploma Processual Penal,

dignidade da pessoa humana é utilizada como supedâneo para limitar a atuação estatal frente ao exercício do *jus puniendi*.

O desrespeito às garantias conferidas pelo devido processo legal, como será visto, pode ocasionar o reconhecimento de máculas, ensejadoras do reconhecimento de nulidades processuais, o que traz consideráveis prejuízos para a persecução penal, mas em alguns casos, dependendo da vulneração do direito tutelado, é capaz de atingir a própria dignidade da pessoa humana, diante do cerceamento ao direito de defesa, consagrado pela Constituição Federal, o que pode transparecer a existência de um Estado ditatorial, violador das garantias mais básicas do ser humano.

Em suma, no âmbito no ordenamento processual penal, mesmo diante da imputação de um delito, ainda que dos mais odiosos e repugnantes, “é de ser apartado o tratamento ao acusado como se fosse uma *res*, um objeto ou uma grandeza substituível”, como afirma Giacomolli,<sup>39</sup> devendo a aplicação e execução do regramento, no caso concreto, adequar-se aos preceitos preconizados pela Constituição Federal, pelos pactos internacionais dos quais o Brasil é signatário, constituindo a dignidade humana não somente um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, mas um princípio a ser respeitado no aspecto de sua universalidade.

É perfeitamente possível classificar a dignidade humana como elemento estruturador da fraternidade, consoante preconizado por Machado, em virtude da premente necessidade de se vivenciar novos modelos sociais, que só poderá ser alcançado diante de uma reorganização do pensamento da ordem jurídica. Afirma a autora que há, no princípio da fraternidade, a ideia originária da dignidade, tendo em vista que a fraternidade acha-se intimamente ligada ao reconhecimento da condição humana, “de maneira que, ao praticar o ato fraterno, também se pratica um ato digno”.<sup>40</sup>

A noção de fraternidade, em contexto bastante amplo, pode ser um elemento indispensável para a resolução de problemas sociais hodiernamente vivenciados, a fim de provocar consideráveis transformações nas relações humanas, desde a busca do bem coletivo, até a implementação de uma ordem jurídica que tenha por desiderato o bem da coletividade.

---

vislumbramos a necessidade de fundamentação da decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva.

<sup>39</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 16.

<sup>40</sup> MACHADO, Clara. **O princípio jurídico da fraternidade**. Um instrumento para proteção de direitos fundamentais transindividuais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 73.

A implementação do direito fraterno, portanto, ensejaria a compreensão dos problemas sociais vivenciados por todos os países, a fim de que as nações pudessem se ajudar mutuamente, na busca de novos paradigmas de entendimento do bem comum e a compreensão do cidadão como um ente possuidor de direitos inerentes à sua própria essência humana.

Essa compreensão de fraternidade e dignidade deve ser transposta para a ordem constitucional dos países, com a missão de se criar uma persecução penal mais digna, que atenda às expectativas sociais de repressão e coibição à assustadora e crescente criminalidade, mas que, ao mesmo tempo, possa respeitar os direitos inerentes ao indivíduo. Bem por isso, Machado disserta que a ordem constitucional fraterna ocupa um processo sociojurídico de adequação de sentido da dignidade, acrescentando que:

[...] a dignidade humana, enquanto experiência originária e fundante, é elemento direcionador e estruturador da fraternidade. Deste modo, torna perceptível que a referência à fraternidade requer um sentido de autenticidade no reconhecimento da condição humana [...], a consagração jurídica da fraternidade numa sociedade plural e multidimensional intensifica o respeito pela dignidade humana assim como o conteúdo jurídico da dignidade repercute na razão fraterna ao direcionar o movimento dialético em meio às consequências individuais e sociais.<sup>41</sup>

Portanto, o direito fraterno converge para a solução dos conflitos sociais, na medida em que estabelece diretrizes básicas para o bem comum, as quais podem ser proclamadas na ordem constitucional de todas as nações, como condição essencial para a aplicação da dignidade da pessoa humana, sobretudo diante da inevitabilidade da violação de direitos fundamentais, para a efetivação da persecução penal.

O processo penal, no direito hodierno, tem como precípua finalidade a aplicação do direito material. O Estado, como detentor do *jus puniendi*, necessita de um mecanismo, em que se assegurem todos os meios de defesa inerentes ao indivíduo, para a devida responsabilização do infrator da norma. Logo, a fim de se evitar julgamentos injustos, o processo penal, com o seu conjunto de princípios de grandeza constitucional, e a sequencialidade de atos que resguardam a ativa participação do acusado na produção da prova, impede a exorbitância do poder-dever punitivo estatal e acautela a possibilidade de um julgamento injusto.

Com o desiderato de se evitar condenações injustas, os meios de produção de prova devem estar intimamente ligados a determinados princípios insculpidos na Constituição

---

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 73.

Federal, dentre eles, quiçá o mais relevante, o devido processo legal.<sup>42</sup> Oriundo da Magna Carta de 1215,<sup>43</sup> o *due process of law* caracterizou a influência anglo-saxônica no direito brasileiro, estabelecendo regulamentações para o poder punitivo estatal, a fim de se evitar abuso de poder e arbitrariedades, visando a efetiva proteção a todos os interesses envolvidos na persecução penal, destacando-se, entre eles, a tutela da liberdade, como bem prelecionado por Tucci:

A garantia constitucional do *devido processo legal*, especificada ao processo penal (*devido processo penal*), reclama, para sua efetivação, como visto, que o procedimento em que este se materializa observa, rigorosamente, todas as formalidades em lei prescritas, para o perfeito atingimento de sua finalidade solucionadora de conflito socialmente relevantes, quais sejam, o *punitivo* e o de *liberdade*.<sup>44</sup>

Franco e Moraes fazem importantes considerações sobre o devido processo legal, remontando à sua origem, a fim de ser facilitada a compreensão sobre a importância do princípio em comento, hodiernamente incorporado pelos textos constitucionais de inúmeras nações, discorrendo que esta cláusula surgiu como o resultado normativo de disputas políticas na Inglaterra, por volta dos séculos XII e XIII. Tais disputas culminaram com a submissão do Rei João Sem Terra ao poder político-militar dos Barões pela assinatura da Carta Magna de 1215. No capítulo 39 da Carta Política foi inserida a expressão *per legem terrae*, consagrando-se, posteriormente, como *due process of law*. Não somente no que concerne a tal expressão, mas a Carta Magna como um todo inovou em limitar a atual do poder real por força de norma escrita. Até os dias de hoje, a cláusula do devido processo legal tem a precípua finalidade de fazer com que a atuação do Estado, em sua atividade persecutória ou em sua atividade punitiva, sofra limitações em face dos direitos e garantias individuais.

Em seu aspecto político, cumpre observar que o vocábulo “devido” indica que o Estado, único detentor do *jus puniendi*, deve aos seus cidadãos a tramitação de um processo

---

<sup>42</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

<sup>43</sup> 39. *Nullus liber homo capiatur, vel imprisonetur, aut disseisiatur, aut utlagetur, aut exuletur, aut aliquo modo destruetur, nec super cum ibimus, nec super cum mittemus, nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terre*. Disponível em: <http://www.magnacartaplus.org/magnacarta/latin.htm> . Acesso em: 16 out. 2017.

<sup>44</sup> TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no Processo Penal brasileiro**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 79.

que seja legalmente previsto e, na sua essência, adequado para cada hipótese concreta. Nesse aspecto, Franco e Moraes apontam que a cláusula do devido processo legal não deve ser observada somente na fase judiciária, uma vez que, como limitação do poder estatal, deve atuar em no âmbito dos três poderes:

Ao ente público (pouco importa se integrante do Executivo, Legislativo ou Judiciário) não é dado a descumprir, violar ou deixar de prestar algo que a lei determine “devido” ao cidadão. Se o estado assume para si o monopólio da função de julgar e aplicar pena, não pode deixar de cumprir esse mister segundo as regras de um atuar justo e predefinido em lei.<sup>45</sup>

O princípio em testilha também se acha previsto na Quinta Emenda à Constituição dos Estados Unidos que institui garantias contra o abuso da autoridade estatal, tais como o julgamento pelo grande júri, o direito de permanecer calado e evitar assim a autoincriminação, o direito de ser julgado uma única vez acerca dos mesmos fatos, o direito a justa compensação por bens desapropriados, trazendo, demais disso, a cláusula que se refere ao tema em debate, segundo a qual ninguém pode ser privado de sua vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal de todos os humanos.

O devido processo legal deve ser analisado sob duplo aspecto, quais sejam, *procedimental* e *substancial*. O devido processo legal *procedimental*, também conhecido por *processual* ou *adjetivo*, pode ser conceituado como o encadeamento de atos, definidos em lei, que devem ser rigorosamente obedecidos, com o desiderato de se impor a sanção penal para o infrator da norma. Franco e Moraes asseveram que essa característica *procedimental* simboliza “o dever estatal de bem executar as leis e normais (penais e não-penais; processuais ou materiais) em cada caso concreto”.<sup>46</sup>

Por óbvio que o princípio em testilha, no seu aspecto *procedimental*, não pode ser interpretado com extremo rigor, uma vez que a mera desatenção a determinada sequência de atos processuais, v.g., não tem o condão de macular o processo e, por consequência, ensejar a sua anulação, sem a devida demonstração do prejuízo suportado pela parte. Em vários julgados, o Superior Tribunal de Justiça já assentou que a eventual inversão de algum ato processual ou a adoção do procedimento ordinário em detrimento de rito especial só podem conduzir à nulidade do processo se houver prejuízo às partes, pois, conquanto o princípio do

---

<sup>45</sup> FRANCO, Alberto Silva; MORAES, Maurício Zanoide de. Devido processo legal. Franco, Alberto Silva; Stoco, Rui (coords.). **Código de Processo Penal e sua interpretação jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 240.

<sup>46</sup> *Ibidem*, p. 240.

devido processo legal compreenda a garantia ao procedimento tipificado em lei, não se admitindo a inversão da ordem processual ou a adoção de um rito por outro, não se pode olvidar que as regras procedimentais não possuem vida própria, servindo ao regular desenvolvimento do processo, possibilitando a aplicação do direito ao caso concreto.<sup>47 48</sup>

O devido processo legal *substancial* ou *material*, por sua vez, estabelece que o Estado deve exercitar o *jus puniendi* em absoluto respeito a determinadas garantias fundamentais, tais como o contraditório, a ampla defesa, o duplo grau de jurisdição,

---

<sup>47</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RHC 94.479/PE**. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA E RECEPÇÃO QUALIFICADA. OITIVA DAS TESTEMUNHAS DE DEFESA E INTERROGATÓRIO DO RÉU ANTES DA DEVOLUÇÃO DAS CARTAS PRECATÓRIAS EXPEDIDAS PARA A INQUIRÇÃO DAS TESTEMUNHAS DE ACUSAÇÃO. POSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DOS §§ 1º E 2º DO ARTIGO 222 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. MÁCULA NÃO CARACTERIZADA. 1. **Conquanto o princípio do devido processo legal compreenda a garantia ao procedimento tipificado em lei, não se admitindo a inversão da ordem processual ou a adoção de um rito por outro, não se pode olvidar que as regras procedimentais não possuem vida própria, servindo ao regular desenvolvimento do processo, possibilitando a aplicação do direito ao caso concreto.** 2. **Assim, a eventual inversão de algum ato processual ou a adoção do procedimento ordinário em detrimento de rito especial só podem conduzir à nulidade do processo se houver prejuízo às partes.** 3. No caso dos autos, não se constata qualquer ilegalidade ou ofensa ao artigo 400 do Código de Processo Penal pelo fato de as testemunhas de defesa e o recorrente haverem sido inquiridos antes do retorno das cartas precatórias expedidas para a oitiva das testemunhas arroladas pelo Ministério Público, uma vez que os §§ 1º e 2º do artigo 222 do referido diploma legal disciplinam que, na hipótese de oitiva de testemunha que se encontra fora da jurisdição processante, a expedição da carta precatória não suspende a instrução criminal, razão pela qual o feito prosseguirá, em respeito ao princípio da celeridade processual, procedendo-se à oitiva das demais testemunhas, ao interrogatório do acusado e, inclusive, ao julgamento da causa, ainda que pendente a devolução da carta pelo juízo deprecado. Precedentes. 4. Recurso desprovido (grifo nosso). Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1715185&num\\_registro=201800220632&data=20180530&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1715185&num_registro=201800220632&data=20180530&formato=PDF) . Acesso em: 21 ago. 2018.

<sup>48</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RHC 93.080/BA**. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO COM SINAL IDENTIFICADOR ADULTERADO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. EXCESSO DE PRAZO PARA A FORMAÇÃO DA CULPA. SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA PROFERIDA. SÚMULA N. 52/STJ. PREJUDICIALIDADE. DESIGNAÇÃO DE AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO NO MOMENTO DA CITAÇÃO PARA APRESENTAÇÃO DA DEFESA PRELIMINAR. NULIDADE NÃO CONFIGURADA. RITO PROCESSUAL QUE FOI RIGOROSAMENTE OBEDECIDO. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. COAÇÃO ILEGAL NÃO CONFIGURADA. RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO. 1. Proferida sentença, está prejudicada a alegação de excesso de prazo na formação da culpa, pois entregue a prestação jurisdicional. 2. **Embora o princípio do devido processo legal garanta ao acusado o direito de ter o procedimento tipificado na lei, não se admitindo a inversão da ordem processual, não se pode esquecer que as regras procedimentais são apenas instrumentos necessários ao regular desenvolvimento do feito. Assim, as pequenas alterações no rito somente merecerão a declaração de nulidade do processo se devidamente demonstrado o prejuízo causado às partes.** 3. No caso, não obstante a data da audiência de instrução e julgamento tenha sido designada enquanto se aguardava a apresentação das respostas pelos acusados citados - o que se deu por imperativo de economia processual e celeridade no trâmite de processo de réu preso, visando a reserva de data na pauta de audiências do juízo -, verifica-se que o Magistrado respeitou a ordem procedimental, somente realizando o ato após a oferta das defesas preliminares. 4. Além disso, não foi demonstrado qualquer dano ocasionado às partes advindo da simples "reserva da data" para a audiência de instrução que, ao final, sequer foi obedecida. 5. Recurso ordinário em habeas corpus desprovido (grifo nosso). Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1706440&num\\_registro=201703288800&data=20180511&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1706440&num_registro=201703288800&data=20180511&formato=PDF) . Acesso em: 21 ago. 2018.

publicidade, motivação das decisões judiciais, entre outros. Como preleciona Ferreira Filho, o devido processo legal substancial “alcança a razoabilidade, a justiça da norma. Com base neste, o juiz exerce um verdadeiro controle sobre o conteúdo da norma que vai aplicar”.<sup>49</sup>

Noutra direção, prelecionam Franco e Moraes, discorrendo que não importa apenas que o processo legislativo tenha sido regular, mas o que interessa e conta, na verdade, é constatar eventual inconstitucionalidade no conteúdo de alguma norma, “se desconforme com os valores maiores da Constituição, poderá ser declarada violadora da referida cláusula de limitação do poder estatal”,<sup>50</sup> podendo ser excluída do ordenamento por intermédio de uma declaração de inconstitucionalidade ou ter seu conteúdo alterado para a devida adequação ao restante do arcabouço legal.

Em ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Partido Comunista do Brasil – PC do B, o Supremo Tribunal Federal indeferiu a medida cautelar pleiteada, pronunciando-se sobre o devido processo legal substantivo. No acórdão de relatoria do Ministro Celso de Mello, ficou expressamente consignado que o Estado não pode legislar abusivamente, porquanto sua atividade legislativa está sujeita à rígida observância de diretriz fundamental, que veda os excessos normativos e as prescrições irrazoáveis do Poder Público.

Destaca o aresto que o princípio da proporcionalidade acha-se vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do poder estatal no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais. O julgamento ainda contém no seu bojo que a norma estatal, que não veicula qualquer conteúdo de irrazoabilidade, presta obséquio ao postulado da proporcionalidade, ajustando-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do *substantive due process of law*, destacando que referida cláusula tutelar, ao inibir os efeitos prejudiciais decorrentes do abuso de poder legislativo, enfatiza a noção de que a prerrogativa de legislar outorgada ao Estado constitui atribuição jurídica essencialmente limitada, ainda que o momento de abstrata instauração normativa possa repousar em juízo meramente político ou discricionário do legislador.<sup>51</sup>

---

<sup>49</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 14.ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 151.

<sup>50</sup> *Op. cit.*, p. 240.

<sup>51</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 1407 MC/DF. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - ELEIÇÕES MUNICIPAIS DE 1996 - COLIGAÇÕES PARTIDÁRIAS APENAS PARA ELEIÇÕES PROPORCIONAIS - VEDAÇÃO ESTABELECIDADA PELA LEI N. 9.100/95 (ART. 6º) - ALEGAÇÃO DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PARTIDÁRIA (CF, ART. 17, § 1º) E DE VIOLAÇÃO AOS POSTULADOS DO PLURIPARTIDARISMO E DO REGIME DEMOCRÁTICO - AUSÊNCIA DE PLAUSIBILIDADE JURÍDICA - MEDIDA CAUTELAR INDEFERIDA. PARTIDO**

Em síntese, o poder-dever de punir, conferido ao Estado, está sujeito às normas procedimentais reguladas por lei e a desobediência ao arcabouço processual pode contaminar o processo e fazer surgir a eiva ensejadora de nulidade. Demais disso, a atuação estatal submete-se a determinadas garantias inerentes do indivíduo, asseguradas, inclusive, pela

---

**POLÍTICO - AÇÃO DIRETA - LEGITIMIDADE ATIVA - INEXIGIBILIDADE DO VÍNCULO DE PERTINÊNCIA TEMÁTICA.** - Os Partidos Políticos, desde que possuam representação no Congresso Nacional, podem, em sede de controle abstrato, argüir, perante o Supremo Tribunal Federal, a inconstitucionalidade de atos normativos federais, estaduais ou distritais, independentemente de seu conteúdo material, eis que não incide sobre as agremiações partidárias a restrição jurisprudencial derivada do vínculo de pertinência temática. Precedente: ADIn n. 1.096/RS, Rel. Min. CELSO DE MELLO. **AUTONOMIA PARTIDÁRIA - RESERVA CONSTITUCIONAL DE DISCIPLINAÇÃO ESTATUTÁRIA (CF, ART. 17, § 1º).** - O postulado constitucional da autonomia partidária criou, em favor dos Partidos Políticos - sempre que se tratar da definição de sua estrutura, de sua organização ou de seu interno funcionamento - uma área de reserva estatutária absolutamente indevassável pela ação normativa do Poder Público. Há, portanto, um domínio constitucionalmente delimitado, que pré-exclui - por efeito de expressa cláusula constitucional (CF, art. 17, § 1º) - qualquer possibilidade de intervenção legislativa em tudo o que disser respeito à intimidade estrutural, organizacional e operacional dos Partidos Políticos. Precedente: ADI n. 1.063-DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO. **PROCESSO ELEITORAL E PRINCÍPIO DA RESERVA CONSTITUCIONAL DE COMPETÊNCIA LEGISLATIVA DO CONGRESSO NACIONAL (CF, art. 22, I).** - O princípio da autonomia partidária - considerada a estrita delimitação temática de sua abrangência conceitual - não se qualifica como elemento de restrição ao poder normativo do Congresso Nacional, a quem assiste, mediante lei, a competência indisponível para disciplinar o processo eleitoral e, também, para prescrever regras gerais que os atores do processo eleitoral, para efeito de disputa do poder político, deverão observar, em suas relações externas, na celebração das coligações partidárias. **SUBMISSÃO NORMATIVA DOS PARTIDOS POLÍTICOS ÀS DIRETRIZES LEGAIS DO PROCESSO ELEITORAL.** Os Partidos Políticos estão sujeitos, no que se refere à regência normativa de todas as fases do processo eleitoral, ao ordenamento jurídico positivado pelo Poder Público em sede legislativa. Temas associados à disciplinação das coligações partidárias subsumem-se à noção de processo eleitoral, submetendo-se, em consequência, ao princípio da reserva constitucional de competência legislativa do Congresso Nacional. **AUTONOMIA PARTIDÁRIA E PROCESSO ELEITORAL.** - O princípio da autonomia partidária não é oponível ao Estado, que dispõe de poder constitucional para, em sede legislativa, estabelecer a regulação normativa concernente ao processo eleitoral. O postulado da autonomia partidária não pode ser invocado para excluir os Partidos Políticos - como se estes fossem entidades infensas e imunes à ação legislativa do Estado - da situação de necessária observância das regras legais que disciplinam o processo eleitoral em todas as suas fases. **VEDAÇÃO DE COLIGAÇÕES PARTIDÁRIAS APENAS NAS ELEIÇÕES PROPORCIONAIS - PROIBIÇÃO LEGAL QUE NÃO SE REVELA ARBITRÁRIA OU IRRAZOÁVEL - RESPEITO À CLÁUSULA DO *SUBSTANTIVE DUE PROCESS OF LAW*.** - O Estado não pode legislar abusivamente. A atividade legislativa está necessariamente sujeita à rígida observância de diretriz fundamental, que, encontrando suporte teórico no princípio da proporcionalidade, veda os excessos normativos e as prescrições irrazoáveis do Poder Público. O princípio da proporcionalidade - que extrai a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula a garantia do *substantive due process of law* - acha-se vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do Poder Público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais. A norma estatal, que não veicula qualquer conteúdo de irrazoabilidade, presta obséquio ao postulado da proporcionalidade, ajustando-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do *substantive due process of law* (CF, art. 5º, LIV). Essa cláusula tutelar, ao inibir os efeitos prejudiciais decorrentes do abuso de poder legislativo, enfatiza a noção de que a prerrogativa de legislar outorgada ao Estado constitui atribuição jurídica essencialmente limitada, ainda que o momento de abstrata instauração normativa possa repousar em juízo meramente político ou discricionário do legislador (grifo nosso). Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+1407%2E%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+1407%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/qe2zuua> . Acesso em: 21 ago. 2018.

Declaração Universal dos Direitos Humanos,<sup>52</sup> que em hipótese alguma podem ser desprezadas, notadamente em relação às provas processuais, que eventualmente podem ser produzidas sob o manto da ilicitude e, por consequência, consideradas inexistentes.

Em sentido análogo, Tucci entende mais apropriada a expressão *devido processo penal*, mencionando as seguintes garantias constitucionais inerentes ao referido princípio: acesso à Justiça Penal, juiz natural em matéria penal, tratamento paritário dos sujeitos parciais do processo penal, plenitude de defesa do indiciado, acusado ou condenado, com todos os meios e recursos a ela inerentes, publicidade dos atos processuais penais, motivação dos atos decisórios penais, fixação de prazo razoável de duração do processo penal e legalidade da execução penal.<sup>53</sup>

De qualquer modo, o devido processo legal assegura que é impossível, na esfera criminal, a aplicação de pena ou medida de segurança que necessite flexibilizar um direito fundamental, sem que a pretensão estatal seja submetida ao crivo do judiciário e deste receba a devida autorização. Silva Junior, discorrendo sobre o devido processo legal como garantia de que a persecução acusatória seja processualizada como condição para a busca da responsabilidade criminal, prescreve:

A preocupação com a liberdade e a honra das pessoas na esfera criminal é de tal magnitude que a cláusula do devido processo legal exige para o reconhecimento da responsabilidade penal a adequada apuração do fato por meio do processo [...] Sem a demonstração da culpa formada em um processo no qual é garantida a ampla defesa, é inválida a eventual pena aplicada à pessoa, por ofensa ao princípio do devido processo legal.<sup>54</sup>

Em suma, o devido processo penal acha-se em pleno vigor no ordenamento jurídico pátrio, inserto na Lei Maior do país, no capítulo referente aos direitos e garantias fundamentais do indivíduo. Em outras palavras, trata-se de uma cláusula pétrea que defende o cidadão diante do arbítrio, omissão ou eventuais ilegalidades do poder estatal. Diante disso, verifica-se que o efetivo exercício do devido processo legal, em hipótese alguma, pode estar apartado do princípio da dignidade da pessoa humana e, acerca dessa inevitável integração, bem discorre Soares:

---

<sup>52</sup> Artigo XI. 1. Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 26 jun. 2018.

<sup>53</sup> *Op. cit.*, p. 66.

<sup>54</sup> SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Curso de Direito Processual Penal: teoria (constitucional) do processo penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 420.

O exame do sentido e alcance da cláusula do *due process of law*, em suas acepções procedimental e substantiva, não pode ser apartado da investigação sobre o significado ético-jurídico do princípio da dignidade da pessoa humana. Isso porque o devido processo legal se afigura como uma das projeções principiológicas da cláusula mais genérica da dignidade humana, despontando como o instrumento capaz de materializar e tutelar, nas lides concretas, o respeito à existência digna, síntese da imensa totalidade dos direitos fundamentais dos cidadãos.<sup>55</sup>

Na órbita do direito internacional, é possível verificar do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, ratificado pelo Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992,<sup>56</sup> e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ratificada pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992,<sup>57</sup> que a dignidade da pessoa humana é verdadeiro corolário do devido processo legal, uma vez que referidos tratados internacionais estabelecem, por exemplo, que as pessoas processadas deverão ser separadas, salvo em circunstâncias excepcionais, das pessoas condenadas e receber tratamento distinto, condizente com sua condição de pessoa não-condenada. Recomenda, outrossim, que as pessoas processadas, jovens, deverão ser separadas das adultas e julgadas com celeridade, devendo receber tratamento condizente com sua idade e condição jurídica.

Nesse aspecto, Fernandes faz importantes considerações sobre o processo penal e a dignidade humana, discorrendo sobre a efetividade do direito, sua missão social e os escopos do processo, a melhoria no grau de efetividade pela observância dos paradigmas

---

<sup>55</sup> SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: em busca do direito justo**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 164.

<sup>56</sup> ARTIGO 10

1. Toda pessoa privada de sua liberdade deverá ser tratada com humanidade e respeito à dignidade inerente à pessoa humana.
2. a) As pessoas processadas deverão ser separadas, salvo em circunstâncias excepcionais, das pessoas condenadas e receber tratamento distinto, condizente com sua condição de pessoa não-condenada; b) As pessoas processadas, jovens, deverão ser separadas das adultas e julgadas o mais rápido possível.
3. O regime penitenciário consistirá num tratamento cujo objetivo principal seja a reforma e a reabilitação normal dos prisioneiros. Os delinquentes juvenis deverão ser separados dos adultos e receber tratamento condizente com sua idade e condição jurídica.

<sup>57</sup> Artigo 5. Direito à integridade pessoal

1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral.
2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.
3. A pena não pode passar da pessoa do delinquente.
4. Os processados devem ficar separados dos condenados, salvo em circunstâncias excepcionais, e ser submetidos a tratamento adequado à sua condição de pessoas não condenadas.
5. Os menores, quando puderem ser processados, devem ser separados dos adultos e conduzidos a tribunal especializado, com a maior rapidez possível, para seu tratamento.
6. As penas privativas da liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados.

constitucionais nas criações de procedimentos e na interpretação de procedimentos existentes, a melhoria nos procedimentos pelo equilíbrio entre segurança e celeridade, a melhoria no processo pela construção de procedimentos adequados na busca da verdade, bem como a melhoria na defesa de indivíduos desprovidos de recursos, enfatizando:

[...] não se pode, no processo penal, tratar o acusado com o simples objeto, mas como sujeito detentor de direitos, tanto na investigação, como no processo, ficando afastadas, ainda que não estivessem expressamente previstas na Constituição ou na legislação, medidas que o constrangessem, por meios físicos ou morais, a colaborar para a apuração dos fatos.<sup>58</sup>

Logo, é imprescindível a construção de mecanismos que posicionem o acusado como pessoa e lhe garantam o efetivo exercício do devido processo legal, notadamente no que diz respeito à busca da verdade, como será visto em momento oportuno, uma vez que o processo penal somente se justifica se for veículo de realização da justiça, da asseguuração do bem, da pacificação social e da resolução de conflitos. Nessa conformidade, relevante é o escólio de Pimentel, ao tratar do princípio da dignidade da pessoa humana no processo penal:

[...] não há como renunciar a um processo penal cuja forma e ritos propiciem a adequada apuração do delito, a identificação de seu autor e na aferição de sua culpabilidade, visando à aplicação da pena. Isso há de ser concretizado, contudo, de modo a preservar a dignidade da pessoa humana individualmente considerada, o que se faz, no processo penal moderno, pela concessão ao imputado de instrumentos eficazes para se opor à pretensão punitiva eventualmente injusta.<sup>59</sup>

O Supremo Tribunal Federal, por seu turno, cada vez mais tem se pronunciado sobre o devido processo legal em estrita consonância com o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. A título de exemplificação, o Pretório Excelso entendeu que a instauração de inquérito policial por crime de desobediência – mesmo compreendendo que o inquérito se trata de mero procedimento administrativo que visa a reunião de elementos aptos a embasar a exordial acusatória com prova da materialidade e indícios de autoria e não tem o condão de sedimentar a formação da culpa – quando cristalina a atipicidade da conduta

---

<sup>58</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. Efetividade, processo penal e dignidade humana. Miranda, Jorge; Da Silva, Marco Antonio Marques (coords.). **Tratado luso-brasileiro da dignidade humana**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 540.

<sup>59</sup> PIMENTEL, José Eduardo de Souza. O princípio da dignidade da pessoa humana no Processo Penal. Miranda, Jorge; Silva, Marco Antonio Marques da (coords.). **Tratado luso-brasileiro da dignidade humana**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 642.

perpetrada pelo agente, constitui meio hábil a impor violação de direitos fundamentais, notadamente a dignidade da pessoa humana.

No caso em testilha, a Corte Constitucional entendeu configurado excesso na atividade de persecução penal, mais precisamente no que concerne ao princípio da proporcionalidade, uma vez que a manutenção de um procedimento criminal restringindo direito fundamental da liberdade atende às três máximas parciais deste princípio, quais sejam, a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.<sup>60</sup>

Nesse diapasão, para que o devido processo legal esteja em consonância com a dignidade da pessoa humana, é preciso verificar se em face do conflito entre dois bens constitucionais contrapostos, o ato impugnado afigura-se *adequado* (apto a produzir o resultado almejado), *necessário* (insubstituível por outro meio menos gravoso e igualmente eficaz) e *proporcional* em sentido estrito (estabelece uma relação ponderada entre o grau de restrição de um princípio e o grau de realização do princípio contraposto).

Não se pode perder de vista, outrossim, como decorrência do devido processo legal, o princípio que versa sobre a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação, previsto na Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969 (Pacto de San José da Costa Rica) e ratificado pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992,<sup>61</sup> posteriormente inserido na Carta Magna pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004.<sup>62</sup> Relativamente a este princípio, o Supremo Tribunal Federal invocou a dignidade da

---

<sup>60</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 82.969-4/PR**. Habeas corpus ajuizado em favor de gerente de agência do Banco do Brasil S..A., em face de decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça. 2 Crime de desobediência. 3. Mandado de penhora que, a par de indicar expressamente o valor total da dívida, continha comando adicional para penhora de cinquenta por cento de numerário vinculado a conta bancária. 4. Recusa do paciente em disponibilizar quantia correspondente a cinquenta por cento do numerário vinculado a conta bancária, haja vista que tal parcela era superior ao valor total da dívida, indicado expressamente no mandado. 5. Cumprimento do mandado de penhora, tendo em vista a quitação o valor total da dívida. **6. A mera instauração de inquérito, quando evidente a atipicidade da conduta, constitui meio hábil a impor violação de direitos fundamentais, em especial ao princípio da dignidade humana. 7. Ausência de proporcionalidade. 8. Ausência de tipicidade. 9. Ausência de dolo. 10. Ausência de justa causa.** 11. Sentença nula. 12. Ordem deferida (grifo nosso). Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79209> . Acesso em: 1 set. 2018.

<sup>61</sup> Artigo 7º - Direito à liberdade pessoal. 5. Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

Artigo 8º - Garantias judiciais. 1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

<sup>62</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

pessoa humana ao conceder *habeas corpus* a acusado de homicídio qualificado e quadrilha preso cautelarmente por mais de quatro anos sem que tivesse ocorrido o julgamento.

O ministro Celso de Mello, relator da referida ação mandamental, entendeu que a prisão prolongada, ofende, de modo frontal, o postulado da dignidade da pessoa humana, que representa significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo ordenamento constitucional vigente no país, bem como traduz, de maneira expressiva, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo.

Aduziu o ministro relator, ainda, que a duração da prisão meramente processual está sujeita a um critério de razoabilidade, nada podendo justificar a permanência de uma pessoa na prisão sem culpa formada quando configurado o excesso do tempo de prisão cautelar, mesmo que se trate de crime hediondo. Destacou, ademais, que a prisão de qualquer pessoa, especialmente quando se tratar de medida meramente processual, não pode nem deve perdurar sem justa razão por período excessivo, “sob pena de consagrar-se inaceitável prática abusiva de arbítrio estatal, incompatível com o modelo constitucional do Estado Democrático de Direito”.<sup>63</sup>

Imperioso acrescentar que o vocábulo *razoável*, em um primeiro momento, traz a ideia de equivalência aos prazos legais, isto é, a duração razoável do processo seria aquela que não ultrapasse a soma dos lapsos temporais previstos na lei para a prática dos vários atos do processo. Na prática, contudo, isso se torna impossível. O Código de Processo Penal preceitua que, no rito ordinário, afastada a hipótese de julgamento antecipado da lide, com a sentença de absolvição sumária, o juiz deve marcar a audiência de instrução, interrogatório, debates e julgamento, no prazo máximo de sessenta dias.<sup>64</sup> Tratando-se de processo do rito sumário, o prazo para a designação da audiência é reduzido na metade.<sup>65</sup> O atendimento, à

---

<sup>63</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 85.237-8/DF**. PROCESSO PENAL – PRISÃO CAUTELAR – EXCESSO DE PRAZO – INADMISSIBILIDADE – OFENSA AO POSTULADO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA (CF, ART. 1º, III) – TRANSGRESSÃO À GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL (CF, ART. 5º, LIV) – *HABEAS CORPUS* CONHECIDO EM PARTE E, NESSA PARTE, DEFERIDO. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79796> . Acesso em: 26 set. 2018.

<sup>64</sup> Art. 400. Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no art. 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado.

<sup>65</sup> Art. 531. Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 30 (trinta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, se possível, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no art. 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado e procedendo-se, finalmente, ao debate.

risca, do mandamento legal, implicaria em dobrar o triplicar o número de Varas Criminais. Desse modo, como preleciona Nalini, “o prazo ideal para a duração do processo seria o mínimo tempo entre a formulação do pleito e sua apreciação”.<sup>66</sup>

Por conseguinte, é cada vez mais perceptível o princípio da dignidade da pessoa humana entrelaçado com o devido processo legal. É bem verdade que princípios tradicionais do passado, tais como a ampla defesa, o contraditório, a presunção de inocência, a publicidade, entre outros, moldaram o rito do processo penal. Atualmente, contudo, é o princípio da dignidade da pessoa humana que estabelece diretrizes para a modernização da persecução penal. Nas palavras de Pimentel, é justamente este princípio que determina que incorporemos ao processo penal soluções inovadoras para otimizá-lo como instrumento de apuração e punição dos fatos delituosos e como anteparo do imputado:

Com efeito, a proteção do acusado diante da intervenção estatal decorre do reconhecimento de que ele é sujeito de direitos próprios de sua condição humana, intocados pela suspeita de que foi autor de um delito. A persecução torna-se, então, limitada. Contém-se dentro de limites previamente estabelecidos em lei, proporcionais, em regra, à gravidade objetiva do fato criminoso.<sup>67</sup>

Destarte, o devido processo legal abrange uma série de outros princípios relacionados aos direitos e garantias fundamentais do indivíduo e, relativamente à *persecutio criminis*, ponto fulcral do presente estudo, podemos destacar o contraditório, a ampla defesa, a igualdade de paridade de armas e tratamento processual isonômico, direito de não ser investigado, acusado processado ou condenado com fundamento em provas ilícitas, presunção de não-culpabilidade, vedação à autoincriminação, ser ouvido pessoalmente perante o juiz, a fim de externar sua versão sobre os fatos que lhe são imputados, entre outros, garantias essas que serão estudadas, nos capítulos que se seguem, sob a ótica da Sociedade da Informação.

## 1.2 – Intimidade e privacidade como corolários do princípio da dignidade da pessoa humana

---

<sup>66</sup> NALINI, José Renato. Duração Razoável do Processo e a Dignidade da Pessoa Humana. Miranda, Jorge; Da Silva, Marco Antonio Marques (coords.). **Tratado luso-brasileiro da dignidade humana**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 196.

<sup>67</sup> *Op. cit.*, p. 648.

O direito à intimidade e vida privada, acha-se consagrado na Constituição Federal,<sup>68</sup> bem como em tratados internacionais, tais como a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, aprovada em 1948 na IX Conferência Internacional Americana realizada em Bogotá,<sup>69</sup> a Convenção Europeia dos Direitos Humanos, adotada pelo Conselho da Europa, em 4 de novembro de 1950, mas que entrou em vigor em somente no ano de 1953,<sup>70</sup> e o Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos,<sup>71</sup> ratificado pelo Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992, em inequívoca demonstração da importância da garantia em apreço.

Por se tratar de uma preocupação mundial, inúmeros países trazem em seus textos constitucionais a proteção da intimidade e vida privada. Na Espanha, *v.g.*, há previsão sobre a limitação do uso da tecnologia para se garantir a honra e a intimidade.<sup>72</sup> Na Constituição portuguesa, por outro lado, há a utilização da expressão *direito à reserva da intimidade e da vida privada*.<sup>73</sup>

Palazzolo preceitua que a intimidade e a privacidade são valores intrinsecamente relacionados à dignidade da pessoa humana, uma vez que tais direitos integram a natureza homem e, por conseguinte, devem ser inseridos no rol dos chamados direitos da

---

<sup>68</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

<sup>69</sup> Artigo V. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra os ataques abusivos à sua honra, à sua reputação e à sua vida particular e familiar.

<sup>70</sup> Artigo 8º (Direito ao respeito pela vida privada e familiar) 1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência. 2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros.

<sup>71</sup> Artigo 17. 1. Ninguém poderá ser objetivo de ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais às suas honra e reputação. 2. Toda pessoa terá direito à proteção da lei contra essas ingerências ou ofensas.

<sup>72</sup> Artículo 18. 1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. 2. El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito. 3. Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial. 4. La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos. Disponível em: [http://www.lamoncloa.gob.es/documents/constitucion\\_es1.pdf](http://www.lamoncloa.gob.es/documents/constitucion_es1.pdf) . Acesso em 17 ago. 2018.

<sup>73</sup> Artigo 26. 1. A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à proteção legal contra quaisquer formas de discriminação. Disponível em: <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx> . Acesso em: 12 out. 2018.

personalidade.<sup>74</sup> É bem verdade que o ser humano necessita do convívio e das relações sociais como forma de aprimorar o seu desenvolvimento com a criação de laços de afeto e amizade, vínculos profissionais e estudantis, congregações religiosas e demais possibilidades de interações humanas. Contudo, por mais abrangente que seja o relacionamento de um indivíduo, há que ser preservada a sua intimidade, pois nem todos os aspectos da vida podem ou devem ser compartilhados. Há questões que pertencem unicamente a determinado ser humano, que dizem respeito à sua natureza mais intrínseca, como emoções, sentimentos ou pensamentos que não comportam violação.

A intimidade e a privacidade estão entre os direitos fundamentais de maior relevância, porquanto dizem respeito àquilo que é recôndito em cada indivíduo, no desejo inerente de que determinadas qualidades e circunstâncias não se tornem de conhecimento público. Desse modo, tais garantias podem ser compreendidas como a impossibilidade de se revelar, sem a devida autorização, quaisquer aspectos relacionados à imagem, voz, pensamentos, qualidades e dados pessoais do indivíduo. Cada um, portanto, na sua própria individualidade tem para si o que lhe é possível e permitido ser revelado publicamente e o que não pode, variando de pessoa para pessoa o grau das informações que devem ser resguardadas.

Impossível, de outra parte, tratar os institutos em apreço como sinônimos, porquanto absolutamente distintos em suas características e efeitos, cumprindo transcrever a distinção sobre privacidade e intimidade elaborada por Andrade, que bem se enquadra ao tema a ser debatido:

Em realidade, a privacidade abrange os aspectos pessoais mais próximos do público, tais como o direito à imagem, o direito de não ver divulgados aspectos da vida pessoal, enquanto o direito à intimidade estaria mais concentrado nos aspectos personalíssimos da privacidade, de maneira que esta seria o gênero e a intimidade que abarca os dados sensíveis, como os atinentes a raça, opinião sexual, religião e opção política, bem como à vida íntima em família, constitui espécie, de forma que a privacidade seria um círculo maior, dentro do qual estaria a intimidade num círculo menor.<sup>75</sup>

É possível concluir, por conseguinte, que a privacidade admite certa flexibilização, porquanto diz respeito a aspectos que, invariavelmente, acabam se tornando públicos,

---

<sup>74</sup> PALAZZOLO, Massimo. **Persecução penal e dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 73.

<sup>75</sup> ANDRADE, Ronaldo Alves de. O direito à privacidade e à intimidade no processo eletrônico. Paesani, Liliana Minardi (coord.). **O Direito na Sociedade da Informação II**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 160.

notadamente na sociedade da informação, onde informações ligadas à imagem, por exemplo, são amplamente divulgadas nas redes sociais e sites de busca. Em outras palavras, privacidade constitui determinado nível de relacionamento que o pode ou não tornar público, tais como a vida familiar, opções de lazer e relações profissionais. A intimidade, como conceituada por Dotti, “é um sentimento que brota do mais profundo do ser humano”,<sup>76</sup> ou seja, diz respeito a algo impenetrável do indivíduo, sendo tolerado o seu compartilhamento com pouquíssimas pessoas ou quiçá nenhuma, podendo ser mencionada, como exemplificação, a orientação sexual.

Diante do avanço tecnológico, a preservação dos direitos em testilha ganha importância ainda maior, porquanto eventual violação da privacidade e da intimidade pode ocasionar uma devassa na vida íntima. Dotti assevera que a intimidade e a vida privada oferecem ao homem uma das liberdades fundamentais para o desenvolvimento de sua personalidade, em absoluta consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana e, sobre os intensos e marcantes antagonismos entre o desempenho da máquina no âmbito da revolução tecnológica e o direito à intimidade do ser, assim afirma:

O emprego da máquina como instrumento para invadir a esfera dos direitos da personalidade vem-se constituindo, ao longo dos anos, um fenômeno comprometedor da paz e da segurança. Porém, existem muitos outros engenhos que também inquietam filósofos, políticos, sociólogos, administradores e juristas, quer pela natureza da intromissão como ainda pelos desvios da utilização original, sacrificando a liberdade humana no sensível e profundo território da vida privada.<sup>77</sup>

É possível tomar como silogismo dispositivo legal previsto no Código Civil, mais precisamente no capítulo concernente aos direitos de vizinhança, onde é assegurado ao proprietário o direito a cercar, murar, valar ou tapar de qualquer modo o seu prédio,<sup>78</sup> tudo para garantir sua intimidade e privacidade. No entanto, esse mesmo proprietário, resguardando-se de eventuais violações por intermédio de muros e paredes, pode ser a sua vida pessoal violada por intermédio de ambientes virtuais e aparelhos tecnológicos, que extravasam as barreiras materiais e podem causar prejuízos de grande monta.

---

<sup>76</sup> DOTTI, René Ariel. A liberdade e o direito à intimidade. **Revista de informação legislativa**, v. 17, n. 66, p. 125-152, abr./jun. 1980, p. 132. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181214>. Acesso em: 28 out. 2018.

<sup>77</sup> *Ibidem*, p. 126.

<sup>78</sup> Art. 1.297. O proprietário tem direito a cercar, murar, valar ou tapar de qualquer modo o seu prédio, urbano ou rural, e pode constringer o seu confinante a proceder com ele à demarcação entre os dois prédios, a aviventar rumos apagados e a renovar marcos destruídos ou arruinados, repartindo-se proporcionalmente entre os interessados as respectivas despesas.

Mesmo que assim não desejasse, o indivíduo se vê obrigado a aderir aos avanços tecnológicos, bem como à conectividade. Na era da sociedade informacional, aquele que exerce atividade remunerada é obrigado a ter pelo menos um e-mail corporativo para se comunicar com outros membros de sua empresa. O profissional liberal, de igual modo, necessita de um correio eletrônico para receber e enviar documentos com maior agilidade para seus clientes e fornecedores. Equipes de venda relacionam-se por intermédio de aplicativos de mensagens instantâneas, a fim de facilitar a comunicação com a área operacional da empresa. Os serventuários da justiça trabalham atualmente com processos digitais ou digitalizados, audiências gravadas com recursos audiovisuais e sessões de julgamento virtuais, com a finalidade de tornar mais célere a prestação jurisdicional e a solução dos conflitos.

E da mesma forma que muros e paredes não são barreiras intransponíveis para a preservação da intimidade, os mecanismos de defesa do ambiente virtual (antivírus, programas contra invasão de computador e redes, etc.) também não constituem garantia de inviolabilidade. O avanço dos recursos tecnológicos, malgrado tragam grande benefício para a sociedade, são capazes de causar grande devassa na esfera da intimidade e vida privada, v.g., com a simples invasão de dispositivo informático alheio, conduta esta que, inclusive, foi recentemente transformada em tipo penal.<sup>79</sup> Relativamente à proteção da intimidade e da vida privada na Sociedade da Informação, indispensável trazer à baila as ponderações de Ascensão, tendo em vista que a tutela jurídica dos dados pessoais encontra dificuldades, uma vez que o amparo legal, ainda defasado, acha-se circunscrito a uma proteção generalizante, sem a consideração da informática como instrumento que facilita intromissões na privacidade. Segundo Ascensão, a proteção da vida privada tornou-se alvo de grande preocupação hodiernamente, tendo em vista que:

[...] Foram os meios técnicos, e sobretudo a informática que catalisou esta preocupação. As suas potencialidades são tais que a intimidade de todos está

---

<sup>79</sup> A Lei nº 12.737, de 30 de novembro de 2012, inseriu o artigo 154-A, no Código Penal, dispondo como criminosa a seguinte conduta: “Invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita”, estabelecendo como preceito secundário da norma a pena de detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa. A *novatio legis* mencionada foi popularmente chamada de Lei Carolina Dieckmann, uma vez que a nominada atriz teve suas fotos divulgadas na *Internet*. Consta que, ao todo, 36 imagens da atriz nua foram publicadas na *web*, exigindo o agressor a importância de R\$ 10.000,00 para que tais imagens não fossem divulgadas.

sujeita a ser devassada a todo o momento. O cruzamento das informações respeitantes a cada pessoa desvela o retrato de toda a sua vida.<sup>80</sup>

Diante da imperiosa necessidade de proteção da intimidade e vida privada na sociedade informacional, foi editada a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, que dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural. Todavia, a *novatio legis* não se aplica ao tratamento de dados pessoais realizado para fins exclusivos de atividades de investigação e repressão de infrações penais, nos da previsão contida no artigo 4º, inciso III, alínea *d*.

No que diz respeito à intimidade e vida privada, torna-se consentâneo mencionar, ainda, o direito ao isolamento. É sabido que o convívio social faz parte do desenvolvimento do ser, pois os relacionamentos, sejam profissionais ou pessoais, permitem a troca de aprendizados e contribuem para o aperfeiçoamento do indivíduo. Contudo, a liberdade de estar sozinho, de permanecer isolado, também pode ser classificada como um direito fundamental, nos termos explicitados por Silva Junior:

O homem é um ser social por natureza, de modo que ele precisa conviver com outras pessoas, a fim de ter as suas necessidades básicas atendidas. Todavia, a vida em sociedade, conquanto indispensável para que o homem se desenvolva, subsiste ao lado da necessidade de preservar a sua intimidade, como forma mesmo de assegurar a sua personalidade.<sup>81</sup>

Logo, com o desiderato de assegurar a própria personalidade, o indivíduo busca momentos de intimidade e isolamento, para a introspecção de seus pensamentos e, por que não dizer, da sua individualidade e espiritualidade. É possível buscar o *isolamento físico* no domicílio ou em qualquer outro ambiente fechado, a fim de se evitar o contato e a exposição. Da mesma forma, diante dos avanços tecnológicos, surge a preocupação do *isolamento virtual*, de modo que nenhuma intromissão possa ferir a individualidade. Acerca dessa inquietação, importantes são as considerações de Dotti:

A revolução tecnológica abriu passagem para um imenso e envolvente universo onde a criatura humana perde a individualidade e o poder de criação pessoal, que

---

<sup>80</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito da internet e da Sociedade da Informação**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 258.

<sup>81</sup> *Op. cit.*, p. 610.

tanto iluminaram antigas e também importantes conquistas, como frutos do sacrifício e da persistência.<sup>82</sup>

A intimidade está cada vez mais restrita na Sociedade da Informação, pois a possibilidade de isolamento completo se torna remota, praticamente restrita ao interior do domicílio. A todo tempo câmeras de vigilância monitoram ruas, avenidas, estradas, bem como ambientes de empresas privadas, condomínios e repartições públicas. Gravações ambientais são cada vez mais utilizadas por cidadãos comuns e não apenas por agentes policiais durante investigações. Conversações telefônicas podem ser gravadas por particulares com o emprego de aparelhos vendidos a baixo custo no comércio regular. São muitas situações que podem ser imaginadas para mitigar a intimidade e a vida privada, sem que haja a devida e necessária proteção.

Desse modo, a preocupação em torno da defesa da intimidade tem sido reforçada nos últimos tempos diante dos consideráveis progressos tecnológicos. A rápida evolução de tais mecanismos desvendou a defasagem das atuais regulações sociais para o resguardo dos direitos fundamentais. Em outras palavras, a tecnologia se desenvolveu de maneira bastante célere, enquanto a normatização permaneceu estática, observando os fenômenos provocados na sociedade informacional, pronunciando-se o judiciário somente quando acionado, diante do princípio da inércia da jurisdição.

No tocante à privacidade do indivíduo na internet, Silva discorre sobre o direito de não ser vigiado, quer por agentes do Estado, quer por empresas privadas ou indivíduos. Dispõe o autor que, no mundo globalizado, onde boa parte das comunicações é entabulada por intermédio da rede mundial de computadores, a intimidade e a privacidade ganham novos contornos, porquanto é direito do indivíduo não ser observado enquanto se comunica, bem como não ter seus dados pessoais armazenados, analisados ou compartilhados sem o seu consentimento, fazendo, ainda, importante distinção:

Há uma diferença entre o direito à privacidade e o direito de não ser vigiado. O primeiro é o direito de não ter aquilo que é praticado na intimidade levado ao conhecimento público. O segundo é o direito de que nossas comunicações privadas não sejam observadas, guardadas, ou de qualquer modo tratadas, mesmo que não se pretenda levá-las ao conhecimento público. O indivíduo tem o direito de que ninguém o vigie, ainda que não haja divulgação.<sup>83</sup>

---

<sup>82</sup> *Ibidem*, p. 142.

<sup>83</sup> SILVA, Alexandre Assunção e. **Sigilo das comunicações na internet**. Curitiba: Juruá Editora, 2017, p. 27.

Não se olvide, outrossim, a possibilidade de colisão entre a intimidade e a privacidade com outros direitos fundamentais da mesma envergadura e importância. Como é cediço, nenhum direito é absoluto, podendo ser violando quando se vislumbrar a necessidade de proteção de um interesse coletivo ainda maior, em alguns casos havendo a necessidade de autorização judicial. Nos capítulos que se seguem veremos em quais hipóteses o interesse social da persecução penal se sobrepuja ao direito individual da intimidade e da vida privada.

### 1.3 – Princípio da não-culpabilidade e o ônus probatório na Sociedade da Informação

O princípio em comento acha-se consagrado na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969, ratificada pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992,<sup>84</sup> e também no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, de 19 de dezembro de 1996, incorporado ao nosso ordenamento pelo Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992,<sup>85</sup> porém, já em 1764, Beccaria, discorrendo sobre a tortura durante a instrução do processo – como forma de forçar o acusado a confessar, cair em contradição ou descobrir cúmplices – assim já dispunha:

Um homem não pode ser chamado *culpado* antes da sentença do juiz, e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública após ter decidido que ele violou os pactos por meio dos quais ela lhe foi outorgada. Qual é, pois, o direito, senão o da força, que dá ao juiz o poder de aplicar pena ao cidadão, enquanto existe dúvida sobre sua culpabilidade ou inocência?<sup>86</sup>

A presunção de não-culpabilidade, consagrada na Constituição Federal,<sup>87</sup> guarda íntima relação com a dignidade da pessoa humana. Nucci faz importante entrelaçamento a respeito de tais princípios, mencionando que figurar no polo passivo do processo penal não significa ser criminoso ou culpado, tendo em vista que essa constatação dependerá da sentença condenatória transitada em julgado:

---

<sup>84</sup> Art. 8º. 2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa.

<sup>85</sup> Art. 14. Toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa.

<sup>86</sup> BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução: J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 61.

<sup>87</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

O princípio da presunção de inocência não passa de um desdobramento lógico e adequado ao respeito da dignidade da pessoa humana, não se devendo considerar culpado alguém ainda não definitivamente julgado. Tal justa medida não tem o condão de impedir coerções à liberdade, quando indispensáveis para a situação concreta, visando à escorreita apuração dos fatos. A harmonização dos princípios constitucionais é desejável e não pode sofrer de radicalismos: tornar-se réu não significa encarceramento imediato; ser presumidamente inocente não confere imunidade para fugir à aplicação justa da lei penal.<sup>88</sup>

Logo, a persecução penal sempre deve prestigiar e enaltecer o ser humano, mas resguardando o interesse social de segurança e responsabilização criminal daquele que infringiu o tipo penal incriminador. Embora não haja uma distinção técnica entre a presunção de não-culpabilidade e a presunção de inocência, de bom tom uma breve explanação histórico-política acerca da partição dos princípios e suas respectivas nomenclaturas, com a precípua finalidade de assegurar ao acusado sua dignidade durante a tramitação do processo penal.

Conforme preleciona Zanoide, a *presunção de inocência* surgiu no período iluminista como forma de limitar a atuação estatal, destacando que foi substituída, no direito processual penal, desde o nascedouro, até o seu termo, a presunção da culpa, decorrente de uma cultura aperfeiçoada na Inquisição, pela presunção de inocência. Destaca o autor que em razão dos ideais da Revolução Francesa, percebia-se um duplo aspecto no tratamento do instituto em apreço: O primeiro estabelecia que a presunção de inocência destinava-se a assegurar as condições do acusado no curso do processo, principalmente no que concerne à possibilidade de decretação da custódia cautelar, enquanto no segundo, a presunção servia de critério de aquisição e valoração do material probatório no momento da prestação jurisdicional, donde surgiu a vertente consagrada como *in dubio pro reo*.<sup>89</sup>

Contudo, ao final do século XIX, os positivistas passaram a criticar a *presunção de inocência* em razão do aumento da criminalidade, uma vez que este princípio limitava a atuação do poder estatal. Surgiu então a ideia de que o Estado deveria dar uma resposta rápida e eficaz à crescente violência daquela época, assim ilustrando Ferrajoli:

[...] o princípio da presunção de inocência foi objeto de um ataque concêntrico do final do século XIX em diante, em sintonia com o regresso autoritário da cultura penalista lembrada com frequência. O alvo, obviamente, nunca foi o princípio

<sup>88</sup> *Op. cit.*, p. 47-48.

<sup>89</sup> MORAES, Maurício Zanoide de. Princípios da presunção de não-culpabilidade e da presunção de inocência. Franco, Alberto Silva; Stoco, Rui (coords.). **Código de Processo Penal e sua interpretação jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 696-697.

de submissão à jurisdição, no sentido lato de necessidade do juízo como condição da condenação, mas as suas implicações mais estritamente garantistas em matéria de liberdade do imputado e da formação das provas.<sup>90</sup>

Destaca Ferrajoli que os primeiros ataques ao princípio em comento se deram pela Escola Positiva Italiana, que considerou vazia, absurda e ilógica a fórmula da presunção de inocência, exigindo-se a prisão preventiva obrigatória e generalizada para os crimes mais graves, bem como aderindo a modelos de justiça sumária e substancial além das provas da culpabilidade, em absoluta afronta à dignidade da pessoa humana. Os positivistas italianos afirmavam, ainda, que a maior parte dos imputados eram na realidade culpados e, por essa razão, o princípio da presunção de inocência deveria ser mitigado.<sup>91</sup> Desse modo, a Constituição italiana de 1948 passou a adotar o princípio da *não-culpabilidade*,<sup>92</sup> semelhante ao que consta no texto brasileiro de 1988, asseverando Gomes Filho, neste aspecto:

Apesar disso, e depois de muita polêmica sobre o real alcance dessa disposição, uma vez que não se fala literalmente em *presunção de inocência*, entende-se hoje que a presença ou não do termo “presunção” não altera o valor operativo do princípio, pois entre “inocente” e “não culpado” não há um terceiro significado intermediário que possa tomar equívoca a expressão; trata-se, na verdade, de uma figura retórica (*lítótes*) que consiste em atenuar formalmente uma expressão negando a ideia contrária, mas reforçando-a na substância.<sup>93</sup>

Para os adeptos da *presunção de inocência*, toda e qualquer pessoa será considerada presumivelmente inocente, até que seja confirmada a certeza de sua culpa, por intermédio de uma condenação transitada em julgado. Outros, porém, adotam a expressão *presunção de não-culpabilidade*, porquanto mais consentânea com o texto constitucional e de efeitos menos abrangentes. Rangel destaca que a Constituição Federal não presume a inocência, mas apenas declara que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, afirmando que “uma coisa é a certeza da culpa, outra, bem diferente, é a presunção da culpa”.<sup>94</sup>

De qualquer modo, os tratados internacionais supramencionados, que dispõem sobre a *presunção de inocência*, foram ratificados pelo Brasil por intermédio de decretos e

<sup>90</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. Teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 442.

<sup>91</sup> *Ibidem*, p. 442.

<sup>92</sup> Art. 27. L'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva.

<sup>93</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Significados da presunção de inocência. Costa, José de Faria; Silva, Marco Antonio Marques da (coords.). **Direito Penal Especial, Processo Penal e direitos fundamentais**. Visão luso-brasileira. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 315-316.

<sup>94</sup> RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 25.

passaram a fazer parte do ordenamento jurídico com a mesma hierarquia das disposições constitucionais<sup>95</sup> e, consoante entendimento de Gomes Filho, o regramento internacional, por sua amplitude e de acordo com a formulação tradicional, “afasta qualquer dúvida que possa existir sobre o alcance da proteção conferida pela Constituição ao acusado no processo penal”.<sup>96</sup>

No que se refere ao princípio da não-culpabilidade e a persecução penal em obediência ao princípio da dignidade da pessoa humana, ponto fulcral do presente estudo, é preciso discorrer sobre o encargo de provar no processo penal, nos moldes estabelecidos pela legislação processual em vigor, dispondo que a prova da alegação incumbirá a quem a fizer, razão pela qual o ônus da prova “representa um encargo, uma responsabilidade, uma incumbência”,<sup>97</sup> assevera Nucci.

Há quem sustente a incompatibilidade do ônus da prova com os poderes instrutórios do juiz, uma vez que, no ordenamento processual em vigor, é facultado ao juiz, *ex officio*, ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida, bem como determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. Nesse aspecto, Badaró compreende que a possibilidade de produção de provas pelo magistrado não é totalmente incompatível com o conceito de ônus da prova, seja no seu aspecto objetivo ou subjetivo:

Certamente, diante dos poderes instrutórios do juiz, o ônus das partes não será perfeito ou absoluto. Mas é possível ver em tal sistema a existência de ônus imperfeitos ou relativos. Se o acusador não produzir a prova dos fatos imputados, isto não implicará, necessariamente, a absolvição do acusado. Mesmo tendo permanecido inerte, não praticando o “ato necessário para a satisfação do seu interesse”, é possível que a consequência desfavorável – a condenação – não se verifique. A omissão do onerado poderá ser suprida pela atividade jurisdicional.<sup>98</sup>

Proposta a ação penal por intermédio da denúncia ou da queixa-crime, o ônus de provar a materialidade e a autoria delitiva incumbe à acusação, competindo ao acusado

---

<sup>95</sup> Art. 5º. § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

<sup>96</sup> *Op. cit.*, p. 318.

<sup>97</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no Processo Penal**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 25.

<sup>98</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 197.

demonstrar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos eventualmente alegados em sua defesa. Em outras palavras, o ônus probatório deve ser entendido como a responsabilidade que a parte possui na comprovação dos fatos alegados, de sorte que, assim não procedendo, a sentença proferida será contrária aos seus interesses.

É preciso compatibilizar o conflito existente entre a presunção de não-culpabilidade e o ônus probatório, uma vez que o acusado é considerado inocente até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Nessa perspectiva, de rigor analisar se o réu pode apenas negar a imputação, e permanecer inerte, uma vez que não lhe compete o ônus de demonstrar sua inocência, o que parece ser bastante plausível. No entanto, se alguma coisa alegar em sua defesa, tal como na apresentação de um alibi, deverá demonstrar a veracidade da sua alegação. Na hipótese de não ser comprovado o alibi, remanescerá o princípio da não-culpabilidade em favor do acusado. Mesmo assim, a acusação pode não obter êxito na comprovação dos fatos externados na exordial.

Logo, consoante preleciona Barros,<sup>99</sup> o ônus da prova recai, com maior intensidade, sobre a acusação, em virtude da supremacia dos princípios da presunção de inocência e do *in dubio pro reo*. Caso a acusação não apresente provas suficientes a sustentar os fatos descritos na inicial acusatória, assumirá consequência negativa, consistente na prolação do *non liquet*. Ao acusado, noutra vértice, somente recai o ônus de demonstrar o alibi que alegar em sua defesa.

Discorrendo sobre o encargo probatório no processo penal, Giacomolli relata que em razão do estado de inocência, constitucionalmente previsto, o ônus de provar pertence à acusação, bastando à defesa tornar crível a sua alegação, de modo a provocar dúvida no espírito de convencimento do magistrado, o que, por si só, enseja o decreto absolutório:

Na sistemática do processo penal não há repartição de cargas probatórias e nem excusas probatórias, típicas da esfera cível. À defesa se apresenta uma oportunidade de provar fatos e circunstâncias geradoras da dúvida ou até de exculpatórias. Porém, não possui o encargo, mas uma chance de influir na situação processual engendrada na investigação e no processo. O encargo probatório é do sujeito ativo, do autor, de quem deduz uma imputação em juízo.<sup>100</sup>

---

<sup>99</sup> BARROS, Marco Antonio de. **A busca da verdade no Processo Penal**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 147.

<sup>100</sup> *Op. cit.*, p. 217-218.

Em conformidade com o acima exposto, questiona-se a possibilidade de inversão do ônus da prova, tal como se verifica no Código de Processo Civil<sup>101</sup> e no Código de Defesa do Consumidor.<sup>102</sup> Neves assevera que existem três espécies de inversão do ônus da prova: a) *convencional*, que decorre de um acordo de vontade entre as partes, e que pode ocorrer antes ou durante o processo; b) *legal*, que se acha expressamente prevista em lei, tal como ocorre na legislação consumerista; c) *judicial*, que ocorre por intermédio de uma decisão proferida pelo juiz, ocasião em que poderá atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, oportunizando a parte de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.<sup>103</sup>

Em suma, para que haja a inversão do ônus da prova na esfera cível se faz necessária a observância de dois requisitos, quais sejam, a *hipossuficiência*, consistente na vulnerabilidade do consumidor, e a *verossimilhança das alegações*, que diz respeito à probabilidade de serem verdadeiras as alterações externadas pela parte. Contudo, em nenhum dos casos será possível a inversão do ônus probatório no processo penal, a ponto de se exigir do acusado a demonstração da sua inocência. O órgão acusatório, nem de longe, pode ser considerado parte vulnerável do processo e as alegações descritas na incoativa devem ser cabalmente demonstradas durante a instrução processual, em virtude do princípio *in dubio pro reo* e a necessidade de um juízo de certeza para o decreto condenatório.

Há casos, porém, em que os juízes e tribunais aplicam a inversão do ônus da prova no processo penal, especialmente nas circunstâncias em que o suspeito é encontrado na posse da *res furtiva* ou de instrumentos do crime, logo após o cometimento da infração penal, tal como ocorre nos delitos de furto, roubo, receptação, tráfico de drogas, etc.

---

<sup>101</sup> Art. 373. O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

§ 1º. Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do *caput* ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

§ 2º. A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

§ 3º. A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando: I - recair sobre direito indisponível da parte; II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

§ 4º. A convenção de que trata o § 3º pode ser celebrada antes ou durante o processo.

<sup>102</sup> Art. 6º São direitos básicos do consumidor: VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.

<sup>103</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 8.ed. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 659-660.

O Supremo Tribunal Federal já se pronunciou no sentido de que o ônus probatório incumbe à acusação, sendo imprescindíveis provas efetivas do alegado na denúncia ou na queixa, as quais devem ser produzidas sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, a fim de que se possa atribuir ao acusado a prática da conduta delituosa, sob pena de intolerável inversão do ônus da prova.<sup>104</sup>

Na Sociedade da Informação, por sua vez, a sistemática do ônus da prova subsiste diante da prática de condutas delituosas por intermédio da informática, sem que haja a possibilidade de inversão do ônus probatório. Algumas situações, no entanto, exigem especial atenção, como as condutas previstas no tipo penal do artigo 241-B, do Estatuto da Criança e do Adolescente, consistentes em adquirir, possuir ou armazenar, por qualquer meio, fotografia, vídeo ou outra forma de registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente. A dúvida consiste em saber se o simples armazenamento de fotos e vídeos de pornografia infanto-juvenil obrigaria o suspeito a apresentar justificativa convincente para a situação, o que poderia ensejar a inversão do ônus da prova.

Na hipótese acima tratada, a acusação teria o encargo de comprovar, de proêmio, a efetiva propriedade do computador e a exclusividade de utilização do equipamento. Noutro aspecto, indispensável investigar se o conteúdo de pornografia infanto-juvenil poderia ter sido inserido naquele computador por intermédio de outro usuário ou acesso remoto, o que demandaria perícia forense. Assim, comprovado o uso exclusivo do computador pelo seu proprietário e demonstrada a impossibilidade de inserção do material pornográfico por qualquer outro meio, estar-se-ia formada a convicção do magistrado, sendo possível a prolação de édito condenatório, sem que o acusado tivesse a obrigatoriedade de apresentar justificativa plausível para a situação. No exemplo em apreço, não haveria que se falar em inversão do ônus da prova, porquanto já estaria demonstrada a materialidade e autoria

---

<sup>104</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP nº 883/DF**. PENAL E PROCESSO PENAL. IMPOSSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO FUNDADA SOMENTE EM ELEMENTOS INFORMATIVOS OBTIDOS NA FASE DO INQUÉRITO POLICIAL NÃO CORROBORADOS EM JUÍZO. OBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. AÇÃO PENAL IMPROCEDENTE. 1. A presunção de inocência exige, para ser afastada, um mínimo necessário de provas produzidas por meio de um devido processo legal. No sistema acusatório brasileiro, o ônus da prova é do Ministério Público, sendo imprescindíveis provas efetivas do alegado, produzidas sob o manto do contraditório e da ampla defesa, para a atribuição definitiva ao réu, de qualquer prática de conduta delitiva, sob pena de simulada e inconstitucional inversão do ônus da prova. 2. Inexistência de provas produzidas pelo Ministério Público na instrução processual ou de confirmação em juízo de elemento seguro obtido na fase inquisitorial e apto a afastar dúvida razoável no tocante à culpabilidade do réu. 3. Improcedência da ação penal. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14801986>. Acesso em: 10 nov. 2018.

delitivas. No entanto, seria perfeitamente possível a invocação de um alibi, o que certamente ensinaria ao investigado provar a alegação por ele efetuada, nos termos do artigo 156, do Código de Processo Penal.

A inversão do ônus da prova, por conseguinte, é medida que afronta a presunção de não-culpabilidade. Exigir do acusado a demonstração de sua inocência durante a persecução penal constituiria o recrudescimento dos direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal, dentre eles a própria dignidade da pessoa humana. Hodiernamente, o Estado possui mecanismos eficazes para a comprovação do ilícito penal e estabelecer a respectiva autoria, sem que seja necessária a violação de garantias, notadamente em razão do aprimoramento dos meios de investigação e produção de provas, como será visto nos capítulos subsequentes.

#### 1.4 – Produção probatória sob o prisma da dignidade da pessoa humana

O direito processual penal brasileiro passou por diversas e significativas transformações, notadamente com o advento da Carta Magna de 1988 e a incorporação de tratados que tutelam a dignidade da pessoa humana. Verifica-se que a ratificação dos diplomas internacionais obriga o Brasil a cumprir todo o regramento sobre direitos humanos, nos termos dos §§ 2º e 3º do artigo 5º da Constituição Federal,<sup>105</sup> notadamente no que se refere à persecução penal face à dignidade da pessoa humana.

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, ratificado pelo Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992, e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), ratificada pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992, são importantíssimos tratados internacionais, incorporados pela ordem constitucional vigente, que contribuíram sobremaneira para a humanização do processo penal, estabelecendo diretrizes para custódia, sem que haja ofensas aos direitos e garantias fundamentais, notadamente a dignidade da pessoa humana.<sup>106</sup> Sob esse prisma, Giacomolli preleciona que

---

<sup>105</sup> § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

<sup>106</sup> Note-se que o artigo 10, item 1, do PIDCP, dispõe que “Toda pessoa privada de sua liberdade deverá ser tratada com humanidade e respeito à dignidade inerente à pessoa humana”, enquanto que a CADH estabelece em seu artigo 5º, item 2, que “Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano”. Malgrado tais disposições versem exclusivamente sobre a prisão provisória, é certo que o

a nova ordem internacional exige superação da definição de norma, de conceito, de instituto ou mesmo de resposta jurídica na perspectiva da linguagem legislada domesticamente pelo Estado, pois:

A fundamentação do Estado de Direito, sob o pilar da dignidade da pessoa, produz importantes efeitos jurídicos, inclusive no âmbito do processo penal. Neste, o imputado não pode ser instrumentalizado, tratado como objeto, como se uma *res* fosse, mas como um sujeito de direitos, um sujeito do processo.<sup>107</sup>

Para o aprofundamento do tema e com a precípua finalidade de se conceituar a produção probatória face ao princípio da dignidade da pessoa humana, é inarredável fazer a distinção entre *fontes de prova*, *meios de prova* e *meios de obtenção de prova*. Consoante Lima, *fonte de prova* “é utilizada para designar as pessoas ou coisas das quais se consegue a prova”.<sup>108</sup> Dessa definição resulta a classificação entre fontes pessoais (vítima, testemunha, acusado, perito, etc.) ou fontes reais (documento em sentido amplo). Assim, ocorrida a ação delituosa, tudo aquilo que servir para a elucidação dos fatos pode ser classificado como fonte de prova.

*Meios de prova*, por outro lado, constituem os instrumentos por intermédio dos quais as fontes de prova são inseridas no processo. Em outras palavras, são todos os mecanismos empregados durante a tramitação processual para o esclarecimento da imputação constantes da exordial acusatória. Versam sobre a atividade endoprocessual que se desenvolve na presença do magistrado, oportunizando-se às partes o exercício do contraditório e da ampla defesa. Cumpre esclarecer que, enquanto as *fontes de prova* são extraprocessuais, os *meios de prova*, por sua vez, somente serão produzidos no processo.

Noutro aspecto, *meios de obtenção de prova*, que também podem ser chamados de *meios de investigação*, “referem-se a certos procedimentos, geralmente extraprocessuais, regulados por lei, que se desenrolam, em regra, sob autorização e fiscalização judiciais, cujo objetivo é a identificação de fontes de prova”, afirma Lima,<sup>109</sup> passíveis de execução por agentes policiais. Cuidam-se de medidas urgentes, destinadas à elucidação da conduta delituosa e eficiência da produção probatória, tendo em vista que o decurso do tempo e até mesmo o comportamento do investigado atrapalhem que pessoas ou coisas possam servir

---

respeito à dignidade da pessoa humana deve ser estendido para os procedimentos de investigação e produção de provas, sobretudo na era da sociedade informacional.

<sup>107</sup> *Op. cit.*, p. 14.

<sup>108</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**. 2.ed. Salvador: Jus Podivm, 2014, p. 498.

<sup>109</sup> *Op. cit.*, p. 498.

como fontes de prova. Como é cediço, os meios de obtenção de prova são mais comuns na fase inquisitorial, durante as investigações encetadas pela polícia. Contudo, nada impede o emprego de tais mecanismos na fase judicial, consoante regramento disciplinado pela Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013.<sup>110</sup>

Urge considerar que, comumente, os *meios de obtenção de prova* são produzidos sem prévia comunicação à parte adversa, sem que haja qualquer ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana, sob pena de se tornarem inócuas ou perecerem as fontes de prova. Daí resulta a distinção entre os *meios de prova*, uma vez que, em relação a estes, é imperioso se oportunizar o contraditório à parte contrária, bem como a efetiva participação durante a produção.

Nucci, por seu turno, discorrendo sobre os meios de prova, aponta outra classificação para a demonstração da veracidade dos fatos perante o Juízo, dividindo as provas em *diretas* e *indiretas*. Esclarece o autor que aquelas se unem, sem qualquer intermediário, ao fato objetivado, enquanto estas necessitam de interposto fator, elemento ou situação para atingir o fato almejado, acrescentando que:

[...] uma prova indireta pode ter mais força que a direta, desde que impulse o convencimento do magistrado. Este, no entanto, no sistema de persuasão racional, deverá fundamentar o porquê da aceitação da prova indireta em detrimento da direta, afinal, esta última, em tese, é mais autêntica.<sup>111</sup>

O Código de Processo Penal em vigor, relativamente à produção probatória, trazia, em seu bojo, dispositivos que não foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988. É possível tomar como exemplo a antiga redação do artigo 186, referente ao exercício do

---

<sup>110</sup> 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: I - colaboração premiada; II - captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos; III - ação controlada; IV - acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais; V - interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, nos termos da legislação específica; VI - afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal, nos termos da legislação específica; VII - infiltração, por policiais, em atividade de investigação, na forma do art. 11; VIII - cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal.

<sup>111</sup> *Op. cit.*, p. 25.

silêncio durante o interrogatório.<sup>112</sup> Nessa linha de raciocínio, Giacomolli<sup>113</sup> critica determinados regramentos contidos na legislação processual penal em vigor, mencionando que “o juiz é o sujeito com poderes absolutos, o centro do universo processual, representante da ordem instituída”, uma vez que, muitas vezes, ultrapassa os limites legais da sua atuação e deixa de fundamentar suas decisões. Assevera, ainda, que a atual sistemática do Código de Processo Penal faculta ao juiz decretar prisão de ofício, buscar conteúdo probatório para a prolação de édito condenatório, e até mesmo atribuir definição jurídica diversa da denúncia, no momento da sentença, visando a aplicação de pena mais grave.

É cediço que os juízes, no labor diário de solução dos conflitos concretos que lhe são apresentados, “devem considerar aspectos de hermenêutica jurídica que garantam plenamente a dignidade da pessoa humana”,<sup>114</sup> afirma Santos. A crítica de Giacomolli, no entanto, é infundada, tendo em vista que nenhum dos dispositivos citados torna desumano o processo penal. A possibilidade de decretação da prisão preventiva *ex officio*, prevista no artigo 311, do Código de Processo Penal,<sup>115</sup> tem a finalidade de resguardar a ordem pública, a ordem econômica, a conveniência da instrução criminal, bem como assegurar a aplicação da lei penal, mas sempre quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Na verdade, o que ofende a dignidade da pessoa humana são as prisões desnecessárias, sem o preenchimento dos requisitos legais, prolongadas<sup>116</sup> e degradantes, em

---

<sup>112</sup> Dispunha a antiga relação do artigo 186: “Antes de iniciar o interrogatório, o juiz observará ao réu que, embora não esteja obrigado a responder às perguntas que lhe forem formuladas, o seu silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa.”. Com o advento da Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003, o artigo em comento passou a ter a seguinte redação: “Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas.”, em consonância com a Carta Magna.

<sup>113</sup> *Op. cit.*, p. 15.

<sup>114</sup> SANTOS, Marcos André Couto. A delimitação de um conteúdo para o direito: em busca de uma renovada teoria geral com base na proteção da dignidade da pessoa humana. **Revista de informação legislativa**. Brasília, v.39, n. 153, p. 185, jan-mar. 2002.

<sup>115</sup> Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.

<sup>116</sup> Ao considerar que ninguém pode permanecer preso por lapso temporal que supere, de modo excessivo, os padrões de razoabilidade, o ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal concedeu *habeas corpus* a preso que se encontrava aguardando julgamento pelo júri, há mais de quatro anos. Na decisão, o ministro Celso de Mello ressalta que “a duração prolongada, abusiva e irrazoável da prisão cautelar de alguém ofende, de modo frontal, o postulado da dignidade da pessoa humana”, sendo este um dos fundamentos da República e do Estado Democrático de Direito. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 101.357/SP. Habeas corpus**. Homicídio qualificado. Prisão preventiva. Decisão de pronúncia que mantém a privação cautelar da liberdade do paciente. Duração irrazoável da prisão processual do paciente que se prolonga, sem que haja notícia da proximidade do julgamento pelo conselho de sentença, há mais de quatro (04) anos. Configuração, na espécie, de ofensa evidente ao *status libertatis* do paciente. Inadmissibilidade. Precedentes do Supremo Tribunal

estabelecimentos sem as mínimas condições de higiene, sem olvidar as superlotações, a violência, física ou moral, empregada contra detentos. Em outras palavras, a prisão provisória, mesmo que decretada de ofício pelo magistrado, respeitadas as garantias individuais, não afronta a humanização do processo penal.

Noutro aspecto, a faculdade conferida ao magistrado para produção probatória,<sup>117</sup> em nenhuma circunstância tem o condão de atingir a dignidade da pessoa humana. Cumpre destacar que, no sistema *adversarial system*, vislumbra-se a predominância das partes na determinação da marcha processual e produção probatória. Por outro lado, no sistema *inquisitorial system*, a iniciativa do magistrado na determinação de diligências é mais acentuada.

Schünemann, em experimento realizado por intermédio de computador acerca de uma audiência de instrução e julgamento, consoante regramento do Código de Processo Penal alemão, questiona a figura do magistrado como um terceiro manipulado na tramitação processual. Discorre o pesquisador que na Alemanha, até o século XIX, prevalecia o processo inquisitório, onde o juiz equiparava-se a um inquisidor. Posteriormente, com o advento do Processo Penal reformado, a condução das investigações foi delegada ao órgão do Ministério Público.

Preleciona Schünemann que o Código de Processo Penal alemão em vigor estabelece que o Ministério Público formula a acusação e, posteriormente, transmite o domínio da ação penal ao magistrado. Em seguida, o juiz recebe os autos do inquérito policial e, com base no seu conteúdo, decidirá se recebe ou não a denúncia, conforme a verossimilhança do pleito condenatório. Recebida a denúncia, o juiz realiza a audiência de instrução e julgamento, colhendo oralmente o material probatório para a formação de sua convicção, com o desiderato de proferir a sentença.<sup>118</sup> No sistema processual alemão,

---

Federal. Medida liminar deferida. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC101357CM.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2018.

<sup>117</sup> É possível observar, v.g., determinadas disposições contidas no Código de Processo Penal, que facultam ao magistrado a produção probatória:

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

Art. 404. Ordenado diligência considerada imprescindível, de ofício ou a requerimento da parte, a audiência será concluída sem as alegações finais.

<sup>118</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental. **Revista Liberdades**, São Paulo, n. 11, p. 30-50, set./dez. 2012, p. 32.

acusação e defesa concorrem para a formação da convicção do magistrado, porém, apenas com a função de complementação, porquanto prevalecente o sistema inquisitório.

Segundo os resultados obtidos pela pesquisa de Schünemann, relativamente ao procedimento adotado pelo Código de Processo Penal alemão, o juiz possui a tendência de perseverar na descrição do delito, relatada no inquérito policial, desprezando informações dissonantes e não as aceitando como verdadeiras. Concluiu o pesquisador, ademais, que os magistrados não levam em consideração a fase entre o oferecimento e o recebimento da exordial acusatória, destacando que o recebimento da peça vestibular se dá de forma rotineira.

Estabelece, ainda, que seria ideal ao procedimento alemão facultar ao magistrado a formação de perguntas, porém, sem acesso ao inquérito policial, a fim de se atingir a neutralidade da pessoa responsável pela decisão, com a relativização do modelo inquisitório.<sup>119</sup> Tal sistema, contudo, nem de longe pode ser comparado ao modelo brasileiro, onde prevalecem as características do sistema acusatório, pois o juiz analisa os elementos do inquérito policial somente por ocasião do recebimento da denúncia, podendo rejeitá-la na hipótese de inépcia, ausência de pressupostos ou condições da ação, bem como falta de justa causa. Noutro aspecto, as partes possuem participação ativa na produção probatória, enquanto o magistrado pode determinar a realização de diligências, a fim de dirimir dúvidas ou suprir omissões.

Barros, por seu turno, discorrendo sobre a verdade dimensionada no processo, faz pertinentes considerações, estabelecendo que a doutrina mais antiga dispunha que a verdade *material*, também conhecida como verdade *real* ou *substancial*, “congrega uma série de questões relativas à busca da verdade, principalmente aquelas que caracterizam a participação interativa do juiz na instrução do processo”.<sup>120</sup> Noutra direção, segundo Barros, há o princípio da verdade *formal*, também conhecido como verdade *convencional*, *fracionada* ou *limitada*, segundo o qual “permite-se ao juiz ser mais condescendente na apuração dos fatos, sem que tenha de submeter-se ao rigor da exigência de diligenciar *ex officio* com o objetivo de descobrir a verdade”.<sup>121</sup>

Assim, havia no processo penal o entendimento de que o atingimento da justiça se concretizava quando a prestação jurisdicional fosse precedida com a aplicação do princípio

---

<sup>119</sup> *Ibidem*, p. 47-48.

<sup>120</sup> *Op. cit.*, p. 34-35.

<sup>121</sup> *Ibidem*, p. 35.

da verdade *material*, isto é, quando o magistrado, mediante a liberdade e poderes conferidos pela legislação, efetuasse diligências no sentido de descobrir a verdade. Nas palavras de Barros, “o princípio era fim e não meio, visto que importava descobrir a verdade, a qualquer custo”.<sup>122</sup> Hodiernamente, contudo, isso não ocorre uma vez que não se pode perder de vista certos parâmetros que regem a busca da verdade no processo penal, entre eles a dignidade da pessoa humana e os subprincípios dela decorrentes. Atualmente, o princípio da verdade material significa a tendência a uma certeza próxima da verdade judicial, como será visto em capítulo específico deste trabalho.

Sobre a iniciativa instrutória do juiz no processo moderno, bastante significativo é o entendimento de Grinover, ao dispor que o resultado da prova é, na grande maioria dos casos, fator decisivo para a conclusão última do processo. Em razão disso, deve o magistrado assumir posição ativa na fase instrutória, não se limitando a analisar os elementos fornecidos pelas partes, mas determinando sua produção, sempre que necessário:

Ninguém melhor do que o juiz, a quem o julgamento está afeto, para decidir se as provas trazidas pelas partes são suficientes para a formação de seu convencimento. Isto não significa que a busca da verdade seja o fim do processo e que o juiz só deva decidir quando a tiver encontrado. Verdade e certeza são conceitos absolutos, dificilmente atingíveis, no processo ou fora dele. Mas é imprescindível que o juiz diligencie a fim de alcançar o maior grau de probabilidade possível. Quanto maior sua iniciativa na atividade instrutória, mais perto da certeza ele chegará.<sup>123</sup>

Em suma, o juiz deve perquirir a verdade e, em razão disso, a atuação das partes não pode servir de entrave à iniciativa instrutória *ex officio*. Diante da omissão dos litigantes, o magistrado, geralmente, se vale dos demais elementos dos autos para formar seu íntimo convencimento. Porém, caso entenda insuficientes, poderá determinar a produção de outros elementos probatórios, podendo ser mencionado como exemplo a oitiva de testemunhas não arroladas no momento oportuno.

À vista disso, nem mesmo o regramento relativo à preclusão dos atos processuais, destinados ao regular desenvolvimento do processo, tem o condão de obstar o poder-dever do juiz sobre a elucidação dos fatos, no maior grau de certeza possível. Segundo Grinover, a omissão da parte na instrução do processo é, na maioria das vezes, ocasionada por uma situação de desequilíbrio material, em que preponderam fatores institucionais, econômicos ou

---

<sup>122</sup> *Ibidem*, p. 40.

<sup>123</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. Verdade real e verdade formal? Um falso problema. In: PEREIRA, Flávio Cardoso (Org.). **Verdade e prova no Processo Penal**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. p. 5.

culturais. Desse modo, a visão do estado social não admite a posição passiva e conformista do juiz, pautada por princípios essencialmente individualistas:

O processo não é um jogo, em que pode vencer o mais poderoso ou o mais astucioso, mas um instrumento de justiça, pelo qual se pretende encontrar o verdadeiro titular do direito. A pacificação social almejada pela jurisdição sofre sério risco quando o juiz permanece inerte, aguardando passivamente a iniciativa instrutória da parte.<sup>124</sup>

Por óbvio, somente em casos excepcionais deve o juiz determinar a realização de diligências, visando a melhor elucidação dos fatos, como na hipótese de dúvida relevante ou omissão da parte na busca da verdade, tudo com o desiderato de se evitar a quebra de sua imparcialidade. Nem de longe é possível cogitar em retrocesso ao sistema inquisitivo, extinto com a Constituição Federal de 1988, pois neste caso o magistrado possui as funções de acusar, julgar e defender o investigado.<sup>125</sup> O ordenamento processual em vigor não constitui, na verdade, um sistema acusatório puro, em virtude da possibilidade de o magistrado ordenar a produção de material probatório, como já obtemperado. A realização de diligências por determinação do magistrado, por si só, não viola o princípio da dignidade da pessoa humana, desde que dosados corretamente os limites da busca da verdade, conforme preleciona Barros:

[...] a investigação da verdade não pode invadir a órbita da imoralidade a pretexto de transforma-se, ela própria, no objetivo supremo do processo penal, isto é inaceitável porque, em primeiro lugar, objetivo maior do processo é produzir a verdade justiça, ou seja, todos os atos que o compõem que se dirigem à conscientização desta. E, em segundo lugar, na realização da justiça não se compreende a subversão de preceitos morais condizentes com os direitos e garantias individuais nomeados pelo Direito Constitucional.<sup>126</sup>

Em suma, a iniciativa do magistrado na produção probatória não causa estranheza ou suspeita sobre a sua imparcialidade. Ao revés, quando o juiz determina a realização de determinada prova não postulada por iniciativa de qualquer das partes, não há como saber o resultado que essa prova trará ao processo. Em outras palavras, quando o juiz determina a

---

<sup>124</sup> *Ibidem*, p. 6.

<sup>125</sup> No sistema inquisitivo, não há a obrigatoriedade de haver uma imputação realizada por órgão público ou pela vítima, sendo permitido ao magistrado deflagrar a persecução penal *ex officio*. Também é facultado ao juiz colocar-se no lugar das partes e, desse modo, determinar a produção das provas que reputar necessárias para a elucidação dos fatos. No sistema inquisitivo, o acusado possui garantias bastante limitadas durante a tramitação do processo, o que certamente ensejará o cometimento de abusos e arbitrariedades. Demais disso, resta evidente a desigualdade de tratamento entre as partes, notadamente porque, ao contrário do que ocorre no sistema acusatório, não há presunção de inocência e nem sempre a defesa possui o direito de se pronunciar por último, após o esgotamento das ponderações acusatórias.

<sup>126</sup> *Op. cit.*, p. 41.

realização de diligências, visando a melhor elucidação dos fatos, não tem o conhecimento prévio de qual das partes será beneficiada. Assim, consoante ensinamento de Grinover, longe de afetar sua imparcialidade, “a iniciativa oficial assegura o verdadeiro equilíbrio e proporciona uma apuração mais completa dos fatos”,<sup>127</sup> cumprindo ressaltar que ao juiz não importa se a ação penal será julgada procedente ou improcedente, mas que prevaleça a razão e a verdade sobre o fato objeto da apuração.

Infundada, igualmente, a crítica relativa à possibilidade de o magistrado empregar, na fase decisória, o instituto da *emendatio libelli*. Lopes Jr, em sentido contrário, discorrendo sobre o princípio da congruência ou correlação na sentença penal, afirma que o objeto do processo penal é a pretensão acusatória, entendida como a faculdade que possui o órgão acusador de pleitear a prestação jurisdicional, descrevendo a ocorrência de um delito, para que, ao final, seja concretizado o *jus puniendi*, com a aplicação da respectiva sanção penal. Desaprovando, de modo categórico, o instituto da *emendatio libelli*, atesta que a regra é a imutabilidade do objeto do processo penal, por entender que o magistrado deve julgar a pretensão acusatória nos seus limites, abstendo-se de ampliá-la ou restringi-la.<sup>128</sup>

Contudo, a disposição contida no artigo 383, *caput*, do Código de Processo Penal,<sup>129</sup> que revela o princípio do *jura novit curia*, não desrespeita os direitos fundamentais do réu, uma vez que a equivocada classificação da infração penal feita na peça vestibular não deve constituir obstáculo à prolação de édito condenatório, ainda que a reprimenda imposta seja mais grave, notadamente porque o acusado não se defende da capitulação, mas sim da descrição fática, nos exatos termos do brocardo *narra mihi factum, dabo tibi jus*.

É possível que os dispositivos acima comentados aparentem, em um primeiro momento, normas que violam direitos da pessoa investigada, entre eles a dignidade da pessoa humana. Mas essa violação é apenas aparente, uma vez que não há direito fundamental absoluto, levando-se em consideração o interesse coletivo. Nesse diapasão, é possível afirmar que a dignidade da pessoa não pode ser violada ou sacrificada, salvo para preservar a dignidade da comunidade. E este talvez seja o ponto fulcral do processo penal humanizado: equilibrar o respeito e a tutela da dignidade humana com a necessária e indispensável proteção da dignidade coletiva durante o procedimento investigatório ou a instrução

---

<sup>127</sup> *Op. cit.*, p. 6.

<sup>128</sup> LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 1098-1099.

<sup>129</sup> Art. 383. O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave.

processual. Palazzolo discorre que a dignidade da minoria pode ser mitigada em face da maioria, diante de valores sociais mais relevantes, compreendendo que:

[...] qualquer pessoa, ao cometer uma ofensa à dignidade alheia, acaba por colocar, a si mesma, em uma condição de desigualdade com os seus semelhantes. Admitidos a relativização da dignidade da pessoa, apesar da doutrina majoritária se opor a qualquer tipo de restrição, a fim de preservar a dignidade de terceiros, integrantes de determinada comunidade.<sup>130</sup>

Na era da Sociedade da Informação e diante do crescimento dos crimes cibernéticos se faz necessária uma gestão estratégica para a persecução penal, que somente pode ser desempenhada pelo Estado em favor da sociedade, bem como daquele que suportou prejuízo com a prática do ilícito. É indispensável, por conseguinte, a modernização e o aperfeiçoamento das repartições policiais, a fim de se buscar a elucidação mais eficiente das infrações penais e melhores resultados na busca da verdade real.

Malaquias discorre sobre as etapas de desenvolvimento de uma gestão estratégica de investigação, de modo que o Estado possa desempenhar o *jus puniendi* de forma mais célere e eficiente. Estabelece que, como atividade preliminar, é necessário um levantamento das situações atuais das instituições, bem como uma avaliação da situação estratégica atualmente desempenhada, notadamente no que diz respeito à atividade pública estatal, quantidade de recursos orçamentários e projetos.

Posteriormente, aponta a indispensabilidade de envolvimento dos órgãos relacionados com a persecução penal, no que concerne às posições hierárquicas, afetação positiva ou negativa das mudanças propostas, obstáculos legais, normas estatutárias, bem como a formação de equipes que se identifiquem com os objetivos almejados.

Por derradeiro, assevera o autor que deve haver um processo seletivo de prioridades, voltado para a gravidade dos problemas encontrados na organização, uma vez que os órgãos estatais precisam ter uma visão moderna e futurista, fundamentada na interdisciplinariedade dos diversos temas que afetam a *persecutio criminis*, acrescentando que:

[...] neste contexto de gestão estratégica, a condução da investigação criminal deve se pautar pelos parâmetros das garantias constitucionais que fundamentam o Estado Democrático de Direito e a valorização da dignidade da pessoa humana, por intermédio de um tratamento estratégico e gerencial que se harmonize com a abordagem jurídica, seguindo os critérios que a identificam como um verdadeiro

---

<sup>130</sup> *Op. cit.*, p. 72.

empreendimento investigativo, planejado e executado de modo eficiente a fim de que se diminua a possibilidade de equívocos e fracassos desastrosos que militam contra o combate à criminalidade por intermédio da atuação das instituições policiais.<sup>131</sup>

Na busca de humanização do processo penal, os instrumentos de persecução penal em vigor devem ser utilizados com a máxima cautela e quiçá aperfeiçoados com modificações legislativas bem elaboradas e minuciosamente estudadas, sem o afã de repercussões sociais ou imposições políticas. A busca da verdade no processo penal, como será visto a seguir, deve se pautar no máximo respeito aos direitos fundamentais, em especial ao princípio da dignidade da pessoa humana, sob pena de se incorrer em gravíssimas violações, incompatíveis com um Estado democrático de direito.

Compreendendo-se que as práticas delituosas são condutas extremamente reprováveis, a atuação estatal que tem por objeto a prevenção e repressão da criminalidade, por óbvio, não pode ser ainda mais danosa, violadora de garantias individuais. Se assim não fosse, o Estado se nivelaria ao infrator da norma penal incriminadora, causando insegurança e desestabilização social.

---

<sup>131</sup> MALAQUIAS, Roberto Antônio Darós. **Crime cibernético e prova**. 2.ed. Curitiba: Juruá Editora, 2015, p. 164-165.

## 2 – A busca da verdade real em estrita obediência à dignidade da pessoa humana na Sociedade da Informação

### 2.1 – Considerações gerais

Os instrumentos de produção probatória no processo penal devem ser dirigidos, essencialmente, à busca da verdade, sem que haja qualquer desrespeito aos direitos e garantias fundamentais, em estrita observância do princípio da dignidade da pessoa humana. Malatesta preleciona que “a verdade, em geral, é a conformidade da noção ideológica com a realidade; a crença na percepção desta conformidade é a certeza”,<sup>132</sup> explicando que essa certeza se trata de um estado subjetivo do espírito, que não corresponde à verdade objetiva.

Desse modo, muitas vezes um juízo de certeza forma-se diante de algo absolutamente falso, em razão de conclusões precipitadas, diante da não verificação, com a devida acuidade, do conjunto probatório produzido pelas partes. E o processo penal, por sua natureza e finalidade, exige o juízo de certeza para a prolação de édito condenatório, notadamente porque estão em jogo direitos fundamentais do indivíduo, tais como a liberdade, a honra, a integridade física e psicológica, sem olvidar o princípio *in dubio pro reo*, em consonância com a popular expressão de que mais vale a absolvição de um culpado do que a condenação de um inocente.

A verdade, no processo criminal, não pode ser buscada a qualquer custo, até porque a verdade absoluta ou ontológica jamais poderá ser alcançada. Mesmo com o aparato tecnológico hoje existente, a realidade dos fatos, por mais das vezes, é um grande mistério. Imagine-se, por exemplo, que a ação delituosa de um homicídio captada por câmeras de vigilância, sendo claramente identificado o executor. Teríamos a certeza acerca da autoria delitiva, porém, o motivo do crime permaneceria na esfera íntima do agente, que poderia abster-se de revelá-lo ou, inclusive, apresentar outro motivo qualquer, para desvirtuar a realidade. Não se justifica, por conseguinte, a utilização de quaisquer meios, violadores de garantias fundamentais, para a obtenção da verdade. Nesse aspecto, relevante é o escólio de Fernandes, sobre a finalidade precípua do processo, na busca da verdade possível:

A doutrina processual penal, de forma correta, nos últimos tempos, acentua que a finalidade do processo é somente a busca da verdade possível, a que resulta de um

---

<sup>132</sup> MALATESTA, Nicola Framarino dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Tradução de J. Alves de Sá. 2.ed. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1927, p. 21.

processo que respeite as garantias do acusado e não persiga a verdade a todo custo. O processo, nessa perspectiva, será eficiente quando se desenvolver de modo a permitir às partes, de forma contraditória, evidenciar a veracidade de suas afirmações, e ao juiz, sem perda de sua imparcialidade, esclarecer dúvidas relevantes para o seu julgamento, com respeito às regras do devido processo.<sup>133</sup>

Antes de discorrer sobre o instituto da verdade, porém, faz-se necessário tecer considerações sobre a dúvida no processo penal. Nesse aspecto, Malatesta faz interessantes considerações, mencionando que a dúvida consiste em um estado complexo, porquanto existe dúvida, em geral, sempre que uma asserção se apresenta com motivos afirmativos e motivos negativos, estabelece conjecturas sobre a prevalência de um sobre o outro, mas afirmando que a dúvida reduz-se propriamente às duas únicas subespécies simples do crível e do provável. Esclarece Malatesta, ainda, que o espírito humano, relativamente ao conhecimento de um determinado fato, pode se encontrar no estado de *ignorância*, ausência de todo o conhecimento, bem como no estado de *credulidade*, no sentido específico, igualdade de motivos para o conhecimento afirmativo, ou no estado de *certeza*, que se trata do conhecimento afirmativo, triunfante.<sup>134</sup>

É possível concluir, assim, que no momento da prática delitiva, caso não verificada a situação de flagrância e, por conseguinte, constatada a certeza visual da autoria delitiva, a persecução criminal tem o seu início pautada na *dúvida*. Instrumentos de investigação serão então empregados visando a comprovação da materialidade e, ao menos, a reunião de indícios de autoria, aptos a embasar a exordial acusatória que dará início ao processo criminal. Para a deflagração da ação penal, mostra-se necessário o estado de *credulidade*, consoante mencionado por Malatesta, uma vez que o magistrado poderá rejeitar a inicial acusatória se verificar a ocorrência de algumas das hipóteses previstas no artigo 395, do Código de Processo Penal,<sup>135</sup> entre elas, a ausência de justa causa, que consiste na ausência de qualquer elemento indiciário da existência da infração penal ou sua respectiva autoria. A justa causa também pode ser classificada como o interesse de agir, compreendendo-se que, para a exordial ser recebida, deve estar acompanhada de um suporte probatório que demonstre a verossimilhança da acusação. Em outras palavras, na hipótese de a denúncia ou a queixa-crime não estar respaldada em elementos mais ou menos sólidos, de um mínimo de lastro probatório, inarredável a sua rejeição, porquanto ausente o interesse de agir. É o que

---

<sup>133</sup> *Op. cit.*, p. 529.

<sup>134</sup> *Op. cit.*, p. 20.

<sup>135</sup> Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando: I - for manifestamente inepta; II - faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou III - faltar justa causa para o exercício da ação penal

se depreende das disposições contidas nos artigos 12,<sup>136</sup> 16,<sup>137</sup> 18,<sup>138</sup> 27,<sup>139</sup> 39, § 5º,<sup>140</sup> 46, § 1º,<sup>141</sup> e 47,<sup>142</sup> todos do Código de Processo Penal.

Relativamente à dúvida, dois momentos processuais devem ser observados e comentados, quais sejam, no momento em que o magistrado avalia a hipótese de recebimento da denúncia ou da queixa-crime, bem como quando da prolação da sentença de pronúncia. Convencionou-se a utilização do princípio *in dubio pro societate*, o qual estabelece que, havendo dúvida quanto à materialidade e autoria delitivas, a ação penal deve ser deflagrada em favor da sociedade, a fim de que, durante a instrução processual, possam ser reunidos melhores elementos de prova, para que possa ser embasada a convicção íntima do magistrado.

Todavia, o Superior Tribunal de Justiça, já entendeu que tal princípio não possui amparo legal, nem decorre da lógica do sistema processual penal brasileiro, pois a sujeição ao juízo penal, por si só, já representa um gravame. Assim, é imperioso que haja razoável grau de convicção para a submissão do indivíduo aos rigores persecutórios, não devendo se iniciar uma ação penal carente de justa causa.<sup>143</sup> Mostra-se acertada a decisão da Corte

---

<sup>136</sup> Art. 12. O inquérito policial acompanhará a denúncia ou queixa, sempre que servir de base a uma ou outra.

<sup>137</sup> Art. 16. O Ministério Público não poderá requerer a devolução do inquérito à autoridade policial, senão para novas diligências, imprescindíveis ao oferecimento da denúncia.

<sup>138</sup> Art. 18. Depois de ordenado o arquivamento do inquérito pela autoridade judiciária, por falta de base para a denúncia, a autoridade policial poderá proceder a novas pesquisas, se de outras provas tiver notícia.

<sup>139</sup> Art. 27. Qualquer pessoa do povo poderá provocar a iniciativa do Ministério Público, nos casos em que caiba a ação pública, fornecendo-lhe, por escrito, informações sobre o fato e a autoria e indicando o tempo, o lugar e os elementos de convicção.

<sup>140</sup> Art. 39. O direito de representação poderá ser exercido, pessoalmente ou por procurador com poderes especiais, mediante declaração, escrita ou oral, feita ao juiz, ao órgão do Ministério Público, ou à autoridade policial.

§ 5º O órgão do Ministério Público dispensará o inquérito, se com a representação forem oferecidos elementos que o habilitem a promover a ação penal, e, neste caso, oferecerá a denúncia no prazo de quinze dias.

<sup>141</sup> Art. 46. O prazo para oferecimento da denúncia, estando o réu preso, será de 5 dias, contado da data em que o órgão do Ministério Público receber os autos do inquérito policial, e de 15 dias, se o réu estiver solto ou afiançado. No último caso, se houver devolução do inquérito à autoridade policial (art. 16), contar-se-á o prazo da data em que o órgão do Ministério Público receber novamente os autos.

§ 1º Quando o Ministério Público dispensar o inquérito policial, o prazo para o oferecimento da denúncia contar-se-á da data em que tiver recebido as peças de informações ou a representação.

<sup>142</sup> Art. 47. Se o Ministério Público julgar necessários maiores esclarecimentos e documentos complementares ou novos elementos de convicção, deverá requisitá-los, diretamente, de quaisquer autoridades ou funcionários que devam ou possam fornecê-los.

<sup>143</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC nº 175.639/AC**. PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. ROUBO CIRCUNSTANCIADO E QUADRILHA. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. PROVIMENTO PELO TRIBUNAL A QUO. REMISSÃO AO CHAMADO PRINCÍPIO *IN DUBIO PRO SOCIETATE*. ILEGALIDADE. RECONHECIMENTO. 1. A acusação, no seio do Estado Democrático de Direito, deve ser edificada em bases sólidas, corporificando a justa causa, sendo abominável a concepção de um chamado princípio *in dubio pro societate*. In casu, não tendo sido a denúncia amparada em hígida prova da materialidade e autoria, mas em delação, posteriormente tida por viciada, é patente a carência de justa causa. Encontrando-se os corréus Gualberto Gonçalves de Queiroz e Aroldo Ishii em situação objetivamente assemelhada à dos pacientes, nos termos do

Superior, uma vez que a ação penal não pode ser deflagrada sem um mínimo de suporte indiciário acerca da autoria delitiva, sob pena de se caracterizar constrangimento ilegal e abuso de poder, passível de utilização do remédio constitucional adequado para o trancamento da ação penal, a teor do que dispõem os artigos 647 e 648, I, ambos do Código de Processo Penal.<sup>144</sup>

Mas isso não significa que o princípio *in dubio pro societate* esteja definitivamente extirpado do ordenamento jurídico, uma vez que, para o recebimento da inicial não há necessidade de um juízo de certeza. Como é cediço, para a formação da convicção íntima do magistrado e a prolação de édito condenatório as provas devem ser produzidas sob a garantia do contraditório e da ampla defesa, o que só poderá ser obtido com o recebimento da exordial acusatória e a realização da instrução criminal. Sendo assim, é possível afirmar que o brocardo *in dubio pro societate* é o pressuposto para o recebimento da denúncia ou da queixa-crime e a consequente realização dos atos processuais, especialmente a produção probatória, respeitados todos os direitos e garantias fundamentais, visando a aplicação da sanção penal ao infrator da norma.

Outro momento processual em que o princípio em comento é observado, diz respeito à prolação da sentença de pronúncia, previsto no artigo 413, *caput*, do Código de

---

art. 580 do Código de Processo Penal, devem eles receber o mesmo tratamento dispensado a estes. 2. Ordem concedida para cassar o acórdão atacado, restabelecendo a decisão de primeiro grau, que rejeitou a denúncia em relação aos pacientes e os corréus Gualberto Gonçalves de Queiroz e Aroldo Ishii, nos autos da ação penal n. 0008955-43.2005.8.01.0001, da 1.ª Vara Criminal da Comarca de Rio Branco/AC (grifo nosso). Disponível em:

[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1132861&num\\_registro=201001048838&data=20120411&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1132861&num_registro=201001048838&data=20120411&formato=PDF). Acesso em: 26 ago. 2018. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC nº 147.105/SP**. PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. EXTORSÃO E CÁRCERE PRIVADO. INQUÉRITO POLICIAL. ELEMENTOS INFORMATIVOS CONTRADITÓRIOS. EMBASAMENTO FÁTICO PARA A AÇÃO PENAL. AUSÊNCIA. 1. A princípio, o inquérito policial apenas fornece elementos informativos, que se prestam para a formação da *opinio delicti* do órgão acusador. **Em um Estado de Direito que se pretende Democrático não há espaço para a máxima *in dubio pro societate*. Pelo contrário, para a sujeição do indivíduo aos rigores do processo penal é indispensável que a Polícia amealhe elementos informativos suficientes e iluminados pela coerência - sob pena de se iniciar uma ação penal iníqua e inócua, carente, pois, de justa causa.** 2. *In casu*, foi oferecida denúncia contra o paciente, calcando-se em inquérito policial que, tendo tramitado por sete anos, não logrou estabelecer o, minimamente seguro, liame entre o comportamento do paciente e as imputações. 3. Ordem concedida para determinar o trancamento da ação penal apenas em relação apenas ao paciente (processo controle n.º 297/2001, da 1.ª Vara do Foro Distrital de Paulínia, da Comarca de Campinas/SP), sem prejuízo de oferecimento de nova denúncia, caso surjam novos e robustos elementos para tanto (grifo nosso). Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=946564&num\\_registro=200901776939&data=20100315&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=946564&num_registro=200901776939&data=20100315&formato=PDF). Acesso em 26 ago. 2018.

<sup>144</sup> Art. 647. Dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar.  
Art. 648. A coação considerar-se-á ilegal: I - quando não houver justa causa;

Processo Penal.<sup>145</sup> Na fase da pronúncia também há mero juízo de suspeita e não de certeza. O magistrado deve verificar, tão somente, se a acusação é viável, permitindo o exame mais minucioso aos jurados. Por óbvio, acusações manifestamente infundadas não devem ser admitidas, ocasião em que o juiz deve impronunciar o acusado, nos termos do artigo 414, do Diploma Processual Penal.<sup>146</sup> Desse modo, malgrado seja a pronúncia mero juízo de admissibilidade, deve o magistrado aferir a suficiência das provas e indícios para a submissão do acusado ao Tribunal do Júri, notadamente porque esse julgamento será efetuado por juízes leigos. De qualquer modo, o Superior Tribunal de Justiça já assentou que, na fase de pronúncia, eventual dúvida a respeito da autoria do crime deve prestigiar, segundo uma ponderação de valores constitucionais, o interesse da sociedade.<sup>147</sup>

Sob outro prisma, ainda relativamente à dúvida no processo penal, há que ser observado o princípio *favor rei*. No conflito entre o *jus puniendi* do Estado e o *status dignitatis* do acusado, este último há que prevalecer. O princípio em comento, também conhecido como *in dubio pro reo*, acha-se especialmente consagrado no artigo 386, incisos IV e VII, do Código de Processo Penal, que impõe a obrigatoriedade do decreto absolutório da hipótese de fragilidade probatória.<sup>148</sup> Assim, se o magistrado, ao término da instrução criminal, reconhecer a existência de prova tênue da autoria delitiva, porém, no cotejo com outras provas, estiver diante de uma dúvida invencível, estará impedido de prolatar sentença condenatória, porque a dúvida, nesta hipótese, milita em favor do acusado, exatamente em razão da presunção de não-culpabilidade.

---

<sup>145</sup> Art. 413. O juiz, fundamentadamente, pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação.

<sup>146</sup> Art. 414. Não se convencendo da materialidade do fato ou da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, o juiz, fundamentadamente, impronunciará o acusado.

<sup>147</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC nº 91.439/BA. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRONÚNCIA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DA ACUSAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE REVOLVIMENTO PROBATÓRIO.** 1. A pronúncia é decisão de admissibilidade da acusação e, por isso, contenta-se com a existência de indícios de autoria delitiva, nos termos do art. 408 do Código de Processo Penal – atual art. 413 do CPP – com a redação dada pela Lei nº 11.689/08. 2. Ao Tribunal do Júri compete, em consonância com o princípio da soberania dos veredictos, insculpido no art. 5º, inciso XXXVIII, "c", da Constituição da República, a apreciação do mérito da acusação, daí porque se diz que, **na fase de pronúncia, eventual dúvida a respeito da autoria do crime deve prestigiar, segundo uma ponderação de valores constitucionais, o interesse da sociedade.** 3. Ademais, não é possível, na via estreita do *writ*, o aprofundamento no exame do acervo probatório de modo a se afastar, de plano, a acusação que recai sobre o paciente. 4. Ordem denegada (grifo nosso). Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=913878&num\\_registro=200702294059&data=20100201&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=913878&num_registro=200702294059&data=20100201&formato=PDF). Acesso em: 26 ago. 2018.

<sup>148</sup> Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: IV - não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal; VII – não existir prova suficiente para a condenação.

Greco Filho e Greco fazem ponderações sobre o mecanismo do raciocínio do juiz, demonstrando que até mesmo a intuição e a criatividade são utilizadas para a formação do seu convencimento, por entenderem tais fenômenos acham-se presentes em diversos aspectos do processo judicial, tais como, na estratégia de propositura da ação, a estratégia de defesa, bem como na formulação de novas interpretações jurídicas para a sustentação de pretensões em casos concretos. Concluem que “a intuição existe em face da prova processual, como existe na vida, percepção inexplicável no plano lógico”, salientando que a “intuição atua como base de impulso para a tomada de decisões”, como se fosse uma visão para o ulterior.<sup>149</sup>

A convicção do magistrado está sempre carregada de influências psicológicas, tendo em vista que se trata de um ser humano que possui experiências anteriores de vida e pode ser influenciado intimamente por questões de ordem culturais, filosóficas, religiosas, etc. É cediço que, na exteriorização do seu pensamento, no momento da prolação do decisório, tais questões não são trazidas à baila e mesmo que o julgador procure ater-se aos elementos de prova trazidos ao bojo dos autos a construção de sua personalidade influenciará sobremaneira no momento de decidir, ainda que se forma inconsciente.

Desse modo, é possível imaginar que o provimento jurisdicional acha-se arrimado não somente no conteúdo probatório, mas também ao comportamento social e à própria natureza humana. A título de lucubração, vê-se que a participação do perito no processo é de fundamental importância para o esclarecimento de questões técnicas atinentes à *causa mortis*, ocorrência de lesões corporais, falsificação de documentos, exames laboratoriais, causa de incêndios, reconhecimento de escritos, e até mesmo causas que necessitem de esclarecimentos sobre traços de personalidade da vítima ou do agressor, no campo da psicologia ou psiquiatria, tudo isso na incessante busca da verdade.

No entanto, consoante expressa disposição do ordenamento processual penal,<sup>150</sup> o juiz não está atrelado às conclusões do experto, manifestadas no laudo pericial, podendo obter tais conhecimentos por si mesmo, sem que haja qualquer intermediário, e, com base na sua própria experiência, proferir o decisório.

Urge, dessa forma, trazer à baila o conceito de verdade, seus princípios reguladores desse instituto e as suas espécies. Ferrajoli assevera que a conceituação de verdade é de

---

<sup>149</sup> GRECO FILHO, Vicente; GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. A prova penal no contexto da dignidade da pessoa humana. Miranda, Jorge; Da Silva, Marco Antonio Marques (coords.). **Tratado luso-brasileiro da dignidade humana**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 946.

<sup>150</sup> Art. 182. O juiz não ficará adstrito ao laudo, podendo aceitá-lo ou rejeitá-lo, no todo ou em parte.

extrema importância, “fundamental não apenas para a elaboração de uma teoria do processo, mas também pelos usos que deles são feitos na prática judicial”.<sup>151</sup> Sobre a acepção do vocábulo, Barros assevera que a verdade “ainda não se encontra conceituada de forma definitiva e apta a desfazer a nuvem de mistério que sobre ela ronda”.<sup>152</sup>

A investigação e descobrimento da verdade é preocupação antiga do ser humano, em inúmeras áreas da ciência e da história, como uma busca incessante para a elucidação de segredos e melhor compreensão dos fenômenos da existência. Para o cristianismo, vislumbra-se a importância da verdade quando Jesus, após ser desafiado pelos fariseus, sobre o testemunho que dava de si mesmo, disse aos judeus que acreditavam em sua palavra: “conhecereis a verdade, e a verdade vos libertará” (João 8:32).<sup>153</sup> Na última ceia com seus discípulos, Jesus anuncia a sua partida, discorrendo sobre o lugar que iria preparar para os seus seguidores e, indagado por Tomé sobre como poderiam conhecer o caminho desse lugar, Jesus afirma “Eu sou o caminho, a verdade e a vida. Ninguém vem ao Pai a não ser por mim” (João 14:6),<sup>154</sup> salientando que, após a sua partida, outro Paráclito seria enviado à humanidade, o Espírito de Verdade. Além disso, durante a sua vida missionária, quando desejava enfatizar aspectos importantes de suas explanações, iniciava o colóquio pronunciando a expressão *em verdade, em verdade vos digo...*, comumente utilizada naquela época para chamar a atenção dos ouvintes sobre algo importante que seria mencionado.

A verdade, portanto, possui grande significação no aspecto religioso e filosófico. Com muito mais razão, na órbita jurídica, mais especificamente em matéria de produção probatória, a verdade se mostra como uma das principais finalidades do processo penal. Como alhures mencionado, já foi muito prestigiada a imperatividade do princípio da verdade *material* ou *substancial*, no sentido de obtenção da verdade a qualquer custo, ainda que com ofensa a direitos fundamentais do indivíduo, inclusive no que concerne à dignidade da pessoa humana. Ferrajoli conceitua esse tipo de verdade como sendo aquela que aspira o modelo substancialista do direito penal, onicompreensiva em relação às pessoas investigadas, carente de limites e de confins legais, alcançável por qualquer meio, para além das rígidas regras procedimentais, acrescentando:

---

<sup>151</sup> *Op. cit.*, p. 40.

<sup>152</sup> *Op. cit.*, p. 21.

<sup>153</sup> GORGULHO, Gilberto da Silva; STORNILOLO, Ivo; ANDERSON, Ana Flora (coords). **A Bíblia de Jerusalém**. Tradução de Euclides Martins Balancin *et al.* São Paulo: Paulus, 1998, p. 1865.

<sup>154</sup> *Ibidem*, p. 1879.

É evidente que esta pretendida “verdade substancial”, ao ser perseguida fora de regras e controles e, sobretudo, de uma exata predeterminação empírica das hipóteses de indagação, degenera em juízo de valor, amplamente arbitrário de fato, assim como o cognitivismo ético sobre o qual se baseia o substancialismo penal resulta inevitavelmente solidário com uma concepção autoritária e irracionalista do processo penal.<sup>155</sup>

Sob outro prisma, há o entendimento de que prevalece a busca da verdade *processual* ou *formal*, ou seja, a verdade atingível, com certas limitações ao poder estatal no exercício do *jus puniendi*, notadamente no que se refere à vedação das provas ilícitas, bem como da observância de direitos e bens invioláveis alusivos à intimidade, vida privada, honra e imagem, à proteção do domicílio, ao segredo e ao sigilo, entre outros, como bem delineado por Fernandes, quando discorre sobre efetividade, processo penal e dignidade humana:

O afastamento da ideia de verdade material representa uma diretriz fundamental para a atividade do juiz. Como a efetividade só se alcança com um processo justo, é essencial a existência de um julgador imparcial, que não busque, para superar deficiências na apuração da verdade, agir de ofício de modo a não tratar equitativamente as partes. Uma coisa é o juiz, para esclarecer uma dúvida resultante dos autos, determinar uma diligência, outra bem diferente é ele sair à cata de prova.<sup>156</sup>

A *verdade processual*, que está condicionada em si mesma pelo respeito aos procedimentos e às garantias defensivas, é tratada por Ferrajoli no plano epistemológico às proposições que motivam um pronunciamento judicial, subdividindo-a entre *verdade fática* e *verdade jurídica*. Preleciona o autor que verdade fática é aquela comprovada pela prova da ocorrência do fato e de sua imputação ao sujeito incriminado, enquanto que a verdade jurídica é aquela comprovada por intermédio da interpretação do significado dos enunciados normativos que qualificam o fato como delito.<sup>157</sup>

É possível comparar a *verdade processual* como uma verdade aproximativa, tendo em vista ser impossível formular um parâmetro absolutamente seguro de verdade. Em outras palavras, as decisões judiciais nunca estão pautadas na verdade certa, objetiva ou absoluta, porquanto se trata de um ideal inatingível. Imperioso colacionar a comparação feita por Ferrajoli acerca da verdade de uma teoria científica, que permanece incólume até que outra comprovação venha à baila e faça cair por terra a verdade anteriormente estabelecida:

---

<sup>155</sup> *Op. cit.*, p. 38.

<sup>156</sup> *Op. cit.*, p. 538.

<sup>157</sup> *Op. cit.*, p. 40.

A “verdade” de uma teoria científica e, geralmente, de qualquer argumentação ou proposição empírica é sempre, em suma, uma verdade não definitiva, mas contingente, não absoluta, mas relativa ao estado dos conhecimentos e experiências levados a cabo na ordem das coisas de que se fala, de modo que, sempre, quando se afirma a “verdade” de uma ou de várias proposições, a única coisa que se diz é que estas são (plausivelmente) verdadeiras *pele que sabemos* sobre elas, ou seja, em relação ao conjunto dos conhecimentos confirmados que delas possuímos.<sup>158</sup>

Tal comparação pode servir de parâmetro para o que ocorre com a revisão criminal. É possível supor que a *verdade processual* alcançada com a persecução penal possa servir para a formação do convencimento do magistrado e, por consequência, a imposição do direito material. Contudo, se após a sentença condenatória se descobrirem novas provas de inocência do condenado, será possível o manejo da ação rescisória – que não pode ser interposta *pro societate*<sup>159</sup> – visando a imposição do *non liquet*. Entrementes, a verdade processual, seja em sua compreensão *fática* ou *jurídica*, não pode ser comparada a uma ciência experimental, uma vez que não se afirma apenas por observações e ensaios.

Cumpra observar, entretanto que a denominada verdade *processual* ou *formal* aplica-se de maneira mais escurrita à esfera cível, onde as partes trazem aos autos o conteúdo probatório e acerca dele exteriorizam suas alterações, visando a persuasão e consequente provimento jurisdicional a seu favor. Note-se que no processo civil não há a necessidade de se ordenar a produção de provas *ex officio*, tendo em vista que o magistrado não se vê obrigado com a busca incessante da verdade, diante da livre iniciativa das partes, sendo facultado ao magistrado, inclusive, decidir com base em presunções, tal como ocorre quando o réu deixa de contestar a ação.<sup>160</sup>

Já no processo penal, o efeito da revelia é exatamente outro, uma vez que citado por edital e não apresentada a resposta à acusação, o processo deverá ser suspenso, assim como o prazo prescricional,<sup>161</sup> tudo para assegurar ao acusado o direito de presença, a ampla defesa, o contraditório e demais princípios constitucionais que se coadunam com a dignidade da pessoa humana.

---

<sup>158</sup> *Ibidem*, p. 42.

<sup>159</sup> Malgrado não exista disposição expressa na legislação processual a esse respeito, o artigo 8º, item 4, da Convenção Interamericana dos Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), ratificada pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992, prevê que o acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.

<sup>160</sup> Art. 344. Se o réu não contestar a ação, será considerado revel e presumir-se-ão verdadeiras as alegações de fato formuladas pelo autor.

<sup>161</sup> Art. 366. Se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar prisão preventiva, nos termos do disposto no art. 312.

Dessa forma, em que pesem as opiniões em sentido contrário, o princípio da verdade *real*, também conhecido como princípio da verdade *material* ou *substancial* se mostra mais adequado ao processo penal, diante da necessidade de adoção das providências cabíveis para a elucidação dos fatos, a fim de que o Estado possa exercer o *jus puniendi* de maneira mais efetiva, sem que haja, por óbvio, qualquer desrespeito a direitos fundamentais.

Não se pretende dizer que a maneira de agir vale mais que o resultado, mesmo porque a verdade absoluta, como alhures mencionado, é inatingível. No entanto, não há problemas em aparelhar o magistrado com determinados mecanismos de produção probatória, a fim de sanear dúvidas que porventura tenham sido deixadas pelas partes. A realização de diligências por parte do juiz não pode ser vista como algo nocivo ao processo, mesmo porque todas as garantias fundamentais serão respeitadas na produção probatória *ex officio*. A problemática relativa à terminologia diz respeito à distorção que se dá em relação ao princípio da verdade real e, nessa direção, é o escólio de Grinover, Gomes Filho e Fernandes:

[...] o termo “verdade material” há de ser tomado em seu sentido correto: de um lado, no sentido da verdade subtraída à influência que as partes, por seu comportamento processual, queriam exercer sobre ela; de outro lado, no sentido de uma verdade que, não sendo “absoluta” ou “ontológica”, há de ser antes de tudo uma verdade judicial, prática e, sobretudo, não uma verdade obtida a todo preço: uma verdade processualmente válida.<sup>162</sup>

A verdade, para que seja entendida e compreendida, deve se apoiar em algo factível, tangível ou pelo menos perceptível aos sentidos da razão e do entendimento. A proposição de uma verdade não pode ser fundamentada em uma abstração, porquanto precisamos de fatos que comprovem a ocorrência de um evento que deverá passar pelo crivo da verdade. Em suma, o que é verdadeiro precisa de um amparo, que no processo de persecução criminal se traduz em indícios e provas.

Com o desiderato de se compreender o que é um *portador de verdade*, compreendido como aquilo que dá suporte, sustenta ou serve de base, de bom tom trazer à baila o ensinamento de Malaquias acerca das *proposições*, *sentenças* e *enunciados*. Para o autor, quando se diz que uma teoria é verdadeira, afirma-se que há certo tipo de *acordo* entre o que foi dito e o que é realmente. Essa afirmação diz respeito às *proposições*, uma vez que, quando se estabelece algo como verdade ou verdadeiro, é preciso que a análise seja feita

---

<sup>162</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **As nulidades no Processo Penal**. 12.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 125.

além dos contextos que estamos acostumados a empregar, criando-se um ambiente ontológico de discussão sobre o assunto.

Afirma Malaquias que as *sentenças*, por sua vez, permitem uma abordagem linguística como portador de verdades, tendo em vista que se tratam de sequências de símbolos bem formados segundo as regras de uma língua. Define, por fim, que *enunciados* são circunstâncias ocorridas no mundo, um fato da compreensão humana como acontecimentos, ou seja, um fenômeno linguístico que se verifica como um evento da vida. Acerca dos três elementos supramencionados, os quais compõem o portador de verdades, preleciona ainda Malaquias:

Uma sentença é um objeto linguístico que cria a diferença entre sentença e proposição. Uma exemplificação mais fundamentada para enunciado, sentença e proposição como possíveis portadores de verdade, reside na ideia que o enunciado leva em consideração a linguagem comum e se preocupa precisamente com o significado dos termos [...] pode-se entender que o enunciado é um evento de comunicação, estando presente cada vez que se utiliza uma sentença em determinada língua [...] As sentenças referem-se às linguagens formalizadas [...] As proposições são noções linguísticas. A linha de frente é uma sentença. A proposição ocupa uma posição de retaguarda para respaldar a sentença. Entretanto, o enunciado ocupa uma posição central.<sup>163</sup>

Dessa forma, a partir de um evento qualquer, ocorrido como acontecimento natural da vida, ou até mesmo provocado pela vontade humana, é preciso abandonar concepções preestabelecidas sobre verdadeiro, conforme a limitação e entendimento do ser humano, para se buscar o real significado, a essência do que é verdadeiro. Em outras palavras, nossas crenças e concepções não bastam para estabelecer uma conceituação sobre verdade. Nesse aspecto, significativas são as considerações de Habermas, no sentido de que não há possibilidade de se apartar as limitações da realidade que tornam um enunciado verdadeiro, porquanto “só podemos explicar o que é um fato com o auxílio da verdade de um enunciado factual; e não podemos explicar o que é real senão nos termos do que é verdadeiro”.<sup>164</sup>

Discorrendo sobre *verdade e justificação*, Habermas procura estipular uma conexão entre esses dois elementos, tecendo considerações sobre os conceitos *semântico*, *epistêmico* e *pragmático* de verdade. No que concerne à concepção *semântica*, o autor discorre que o “predicado de verdade pertence – embora não exclusivamente – ao jogo de linguagem da

---

<sup>163</sup> *Op. cit.*, p. 139.

<sup>164</sup> HABERMAS, Jürgen. **Verdade e justificação**. Tradução: Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004, p. 242.

argumentação”.<sup>165</sup> Exemplifica que se porventura dissermos que tudo o que uma testemunha disse é verdadeiro, isso se sobrepuja ao próprio conteúdo do que foi externado pela testemunha.

O que importa ao mundo da vida, segundo Habermas, “é o papel pragmático de uma verdade bifronte, que serve de intermediária entre a certeza da ação e a assertibilidade discursivamente justificada”.<sup>166</sup> Nessa linha de raciocínio, embora possa se afirmar que todo conhecimento é falível, não é possível viver unicamente no cotidiano das conjecturas. Nas situações da vida, é perfeitamente admissível a tomada de decisões com base em informações incompletas, com a assunção de riscos, consoante preleciona Habermas:

Não pisaríamos em nenhuma ponte, não utilizaríamos nenhum carro, não nos submeteríamos a nenhuma cirurgia, nem sequer levaríamos à boca uma refeição de preparo sofisticado, se não considerássemos certos os conhecimentos empregados, se não tivéssemos por verdadeiras as suposições consumidas na produção ou na execução. Em todo caso, a necessidade performativa da certeza de ação exclui toda reserva de princípio quanto à verdade, embora saibamos que, tão logo as práticas ingênuas são interrompidas, as pretensões de verdade só podem ser resgatadas discursivamente, ou seja, no interior do respectivo contexto de justificação.<sup>167</sup>

Relativamente ao aspecto *epistêmico* de verdade, Habermas procura distinguir a *verdade de aceitabilidade racional*, mencionando que “é verdadeiro aquilo que pode ser racionalmente aceito em circunstâncias ideais”.<sup>168</sup> No entanto, não é possível estabelecer, com a segurança que a persecução criminal exige, qual seria o estado ideal para se aceitar algo como verdade. E, no que tange ao conceito *pragmático* de verdade, Habermas ensina que é necessário operar com distinção entre crença e saber, pois há a necessidade prática de se confiar, de maneira intuitiva, naquilo que é tido por verdadeiro, de forma incondicional.<sup>169</sup>

Desse modo, ainda que não seja possível o atingimento da certeza quanto à realidade dos fatos, não é possível conceber que ele não seja norteado pela busca dessa realidade. O princípio do contraditório possibilita às partes a demonstração das alegações que foram trazidas ao bojo dos autos no decorrer da instrução probatória, cada qual (acusação e defesa) procurando demonstrar a veracidade das suas assertivas. Ao magistrado, por sua vez, compete fundamentar a sua decisão, nos termos preconizados pela Constituição

---

<sup>165</sup> *Ibidem*, p. 248.

<sup>166</sup> *Ibidem*, p. 248-249.

<sup>167</sup> *Ibidem*, p. 250-251.

<sup>168</sup> *Ibidem*, p. 251.

<sup>169</sup> *Ibidem*, p. 259.

Federal,<sup>170</sup> e externar os motivos que levaram à formação da sua íntima convicção, a teor do que dispõe o Código de Processo Penal sobre a produção probatória,<sup>171</sup> a fim de se assegurar a efetividade do processo e a dignidade da pessoa humana.

## 2.2 – Indícios e a livre persuasão racional

Para que o magistrado possa aferir a produção probatória e prestar o pronunciamento jurisdicional final é necessário que haja um sistema de apreciação das provas consentâneo com o princípio da dignidade da pessoa humana. Em outras palavras, é imperioso que o magistrado possa externar os motivos do seu convencimento, os argumentos que o levaram a optar por uma condenação ou absolvição, a fim de que essa mesma decisão, caso injusta ou arbitrária, possa ser combativa por intermédio de recursos ou ações mandamentais.

Três são os sistemas de apreciação da prova que podem ser mencionados. O primeiro deles diz respeito à *íntima convicção*, onde se confere ao magistrado o poder absoluto de decisão consoante seu alvedrio, sem que para isso precise externar os motivos que o levaram àquela decisão. A ausência de fundamentação torna esse sistema desarrazoado e em desconformidade com os mais mezinhos direitos e garantias fundamentais, principalmente em relação à ampla defesa, tendo em vista que é impossível o acusado defender-se de uma condenação desprovida da pormenorizada indicação dos elementos de prova que pesaram em seu desfavor. O sistema da *íntima convicção*, hodiernamente, tem lugar apenas no Tribunal do Júri, para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, uma vez que os jurados não estão obrigados – na verdade sequer podem – externar as razões do seu convencimento, notadamente em razão do princípio constitucional do sigilo das votações.<sup>172</sup>

---

<sup>170</sup> Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

<sup>171</sup> Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

<sup>172</sup> Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: b) o sigilo das votações;

O segundo sistema diz respeito à *prova legal* onde o julgador decide, com base no conjunto probatório apresentado, qual elemento de prova possui mais valor. Trata-se, por conseguinte, de um sistema de valoração hierarquizada da prova definido por lei, sem maiores considerações sobre as especificidades e cada processo, o que não se coaduna com a proteção das garantias individuais e o direito fundamental da dignidade humana, de acordo com o ensinamento de Lopes Jr:

Saltam os olhos os graves inconvenientes de tal sistema, na medida em que não permitia uma valoração da prova por parte do juiz, que se via limitado a aferir segundo os critérios previamente definidos na lei, sem espaço para sua sensibilidade ou eleições de significados a partir da especificidade do caso.<sup>173</sup>

Extraí-se que o sistema da prova legal pode dar azo à injustiças, visto que o magistrado deve ter autonomia para a investigação das provas de maneira absolutamente livre, ponderando cada elemento com o mesmo valor e critério, com o desiderato de se chegar à verdade mais próxima possível da realidade.

O terceiro sistema, mais adequado ao direito processual penal moderno, diz respeito à *livre convicção* ou *livre convencimento*, o qual, segundo Marques, é entendido como aquele em que “pode o juiz decidir com a prova dos autos, sem a prova dos autos e contra a prova dos autos”,<sup>174</sup> advertindo que “o livre convencimento não significa liberdade de apreciação das provas em termos tais que atinja as fronteiras do mais puro arbítrio”,<sup>175</sup> mas apenas libertou o magistrado de critérios apriorísticos contidos na lei no momento de examinar o conjunto probatório produzido nos autos.

No ordenamento processual em vigor, o sistema do livre convencimento ganhou contornos ainda mais importantes com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que obrigou a adequada fundamentação de todas as decisões judiciais, bem como o advento da Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008, que alterou a redação do artigo 155, do Código de Processo Penal, condicionando a motivação judicial à prova produzida sob contraditório judicial,<sup>176</sup> modificando a sua nomenclatura para *livre convencimento motivado* ou *persuasão racional*.

---

<sup>173</sup> *Op. cit.*, p. 561.

<sup>174</sup> MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal** – Volume II. Rio de Janeiro – São Paulo: Forense, 1961, p. 298.

<sup>175</sup> *Ibidem*, p. 299.

<sup>176</sup> Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

A busca da verdade, invariavelmente, exige a consideração de provas indiciárias, as quais se encontram definidas no ordenamento processual penal em vigor.<sup>177</sup> A problemática surge na consideração dos indícios pelo livre convencimento motivado do magistrado. Nesse aspecto, Lopes Jr assevera que os indícios têm pouca valia no campo probatório, em virtude do seu menor nível de verossimilhança, acrescentando que “ninguém pode ser condenado a parit de meros indícios, senão que a presunção se inocência exige prova robusta para um decreto condenatório”.<sup>178</sup> Imaginar o contrário, obviamente, significaria desconsiderar o sistema de direitos e garantias individuais previsto na Constituição Federal, notadamente a dignidade da pessoa humana.

Discorrendo sobre a prova penal no contexto da dignidade da pessoa humana, Greco Filho e Greco prelecionam que as elementares e a autoria podem ser demonstradas por uma *prova direta*, como sendo aquela que traz, em seu caráter imediato, o próprio fato que se pretende provar. Asseveram, contudo, que nem sempre é possível a obtenção da prova direta, em razão de ela não existir ou então por outras circunstâncias, tais como a clandestinidade da infração penal. Neste caso, o convencimento íntimo do magistrado poderia ser preenchido pela *prova indireta*, que, segundo os autores, “não é o elementar ou a autoria, mas que pode levar à conclusão de sua existência”,<sup>179</sup> definindo essa circunstância de fato como sendo indícios.

Cumprе salientar que *indício* não se confunde com *presunção*, pois esta possui um sentido muito geral e indeterminado, impossível de ser utilizada para a prolação de édito condenatório, uma vez que se trata de fonte especial de certeza criminal estranha à prova, seja porque pode insinuar no espírito do julgador o desprezo pela prova, mostrando que sem ela pode alcançar-se a certeza, seja porque a *presunção*, quando não é considerada como argumento probatório, não revela a sua verdadeira natureza, e adquire por isso na consciência do juiz leviano uma importância exagerada, ensina Malatesta, destacando, ademais:

Mas não quiere isto dizer que na presunção não exista um facto particular de que se parte, nem que se parta de dados sem o apoio da prova. Não se sai da esfera das provas; há sempre um facto probatório; e para afirmar a verdade deste facto probatório temos a visão direta de nossos olhos, e dos de qualquer outro homem; assim como para a eficácia de prova que se atribui a esse facto temos, além do nosso testemunho, os testemunhos de todos os homens, testemunhos registados naquele

---

<sup>177</sup> Art. 239. Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias.

<sup>178</sup> *Op. cit.*, p. 707.

<sup>179</sup> *Op. cit.*, p. 951.

livro precioso da consciência humana que se chama senso comum. Não há por isso razão para negar à presunção a sua natureza de prova.<sup>180</sup>

Sob o enfoque dos princípios assegurados pela Constituição Federal e tratados internacionais não se mostra plausível a condenação com base em meros *indícios* ou *presunções*, exigindo-se um robusto conjunto probatório contrário ao acusado para a prolação do édito condenatório. Parece óbvio, entretanto, que a persecução penal pode e deve ser iniciada por intermédio de *indícios* e *presunções*, a fim de que, durante a instrução processual e sob o crivo do contraditório, sejam colhidas as provas necessárias, as quais poderão embasar a livre convicção do magistrado, tudo isso em estrita obediência ao devido processo legal.

### 2.3 – Direitos e limites à prova (provas ilícitas e o princípio *nemo tenetur se detegere*)

Impossível imaginar uma atividade instrutória desprovida de limites e parâmetros. A produção de provas sob o manto de um regramento específico impede a violação dos direitos mais comezinhos do indivíduo, da pessoa investigada, daquele que se acha sob o jugo do processo penal, o qual tem por finalidade a imposição do direito material àquele que infringiu determinado tipo penal incriminador, vislumbrando-se, no resultado final, não somente a restrição de direitos, mas também a privação da liberdade, direito valiosíssimo, que só poderá ser cerceado mediante o pleno exercício do devido processo legal. Não é possível admitir, como já enfatizado, a busca da verdade a qualquer custo, sendo mais seguro que, tanto o juiz, quanto as partes, encontrem limites durante a atividade instrutória.

Grinover aponta como limites da atividade instrutória oficial o *contraditório*, a *motivação* das decisões judiciais, a *licitude* e a *legitimidade*. No que concerne ao *contraditório* aponta que a participação das partes e do magistrado na instrução do processo constitui condição de validade das provas “e não podem ser consideradas provas aquelas que não forem produzidas com a concomitante presença do juiz e das partes”.<sup>181</sup> Em outras palavras, o juiz tem plena liberdade para determinar a realização de diligências e produção probatória, sempre com o desiderato de elucidação dos fatos e busca da verdade.

Não obstante, a iniciativa instrutória do juiz sempre será submetida ao contraditório das partes, a fim de se evitar abusos do poder discricionário. Assim, a oitiva de testemunha

---

<sup>180</sup> *Op. cit.*, p. 199

<sup>181</sup> *Op. cit.*, p. 7.

como prova do Juízo será realizada com a possibilidade de reperguntas da acusação e da defesa. A juntada de documentação aos autos por determinação do magistrado estará condicionada à abertura de vista às partes para manifestação. A realização de exame pericial por ordem do juiz igualmente ficará condicionada ao contraditório das partes, com a possibilidade de nomeação de assistente técnico, que poderá elaborar parecer diverso da constatação da perícia oficial, bem como ser ouvido em audiência, consoante legislação processual penal em vigor.<sup>182</sup> A *motivação* das decisões judiciais, por outro lado, além de constituir imperativo constitucional, deve ser exercitada pelo magistrado tanto no momento de se determinar a produção de uma prova, como no instante de valorá-la, tendo em vista que a ausência ou insuficiência de fundamentação pode ensejar a invalidação da prova. Demais disso, as provas *ilícitas* ou *ilegítimas* porventura determinadas pelo magistrado, como será visto a seguir, não podem ingressar nos autos, sob pena de violação a normas ou valores constitucionais.

Relativamente à atividade das partes, figura o magistrado como o moderador da produção indiscriminada e despicienda de provas, que não tenham objetivo procrastinatório, tão somente. É possível mencionar, por exemplo, a previsão no Código de Processo Penal de indeferimento de perícia requerida pelas partes.<sup>183</sup> Até mesmo o direito de presença do

---

<sup>182</sup> Art. 159. O exame de corpo de delito e outras perícias serão realizados por perito oficial, portador de diploma de curso superior.

§ 1º. Na falta de perito oficial, o exame será realizado por 2 (duas) pessoas idôneas, portadoras de diploma de curso superior preferencialmente na área específica, dentre as que tiverem habilitação técnica relacionada com a natureza do exame.

§ 2º. Os peritos não oficiais prestarão o compromisso de bem e fielmente desempenhar o encargo.

§ 3º. Serão facultadas ao Ministério Público, ao assistente de acusação, ao ofendido, ao querelante e ao acusado a formulação de quesitos e indicação de assistente técnico.

§ 4º. O assistente técnico atuará a partir de sua admissão pelo juiz e após a conclusão dos exames e elaboração do laudo pelos peritos oficiais, sendo as partes intimadas desta decisão.

§ 5º. Durante o curso do processo judicial, é permitido às partes, quanto à perícia:

I – requerer a oitiva dos peritos para esclarecerem a prova ou para responderem a quesitos, desde que o mandado de intimação e os quesitos ou questões a serem esclarecidas sejam encaminhados com antecedência mínima de 10 (dez) dias, podendo apresentar as respostas em laudo complementar;

II – indicar assistentes técnicos que poderão apresentar pareceres em prazo a ser fixado pelo juiz ou ser inquiridos em audiência.

§ 6º. Havendo requerimento das partes, o material probatório que serviu de base à perícia será disponibilizado no ambiente do órgão oficial, que manterá sempre sua guarda, e na presença de perito oficial, para exame pelos assistentes, salvo se for impossível a sua conservação.

§ 7º. Tratando-se de perícia complexa que abranja mais de uma área de conhecimento especializado, poder-se-á designar a atuação de mais de um perito oficial, e a parte indicar mais de um assistente técnico.

<sup>183</sup> Art. 184. Salvo o caso de exame de corpo de delito, o juiz ou a autoridade policial negará a perícia requerida pelas partes, quando não for necessária ao esclarecimento da verdade.

acusado em audiência será mitigado na hipótese de vítimas e testemunhas sentirem-se constrangidas em depor na presença dele.<sup>184</sup>

Cumpra discorrer, outrossim, acerca do princípio *nemo tenetur se detegere*, garantia estabelecida para o interrogatório do acusado, representada pelo direito constitucional ao silêncio,<sup>185</sup> e que, em nenhuma hipótese, poderá ser interpretado em seu desfavor, consoante previsão contida na legislação processual em vigor.<sup>186</sup> O princípio em testilha, que guarda profunda relação com a busca da verdade, proporciona tratamento ao acusado em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana, por garantir a liberdade de escolha na colaboração dos atos de persecução penal que exijam atuação do investigado, como apreendido por Silva Júnior:

[...] o direito de permanecer calado, inserto no art. 5º, LXIII, da Constituição, encerra a inclusão, no nosso sistema jurídico do princípio *nemo tenetur se detegere*, o que confere a garantia da não-autoincriminação a toda e qualquer pessoa a quem seja imputada a prática de uma ação ilícita ou a quem seja endereçada uma pergunta que, caso respondida, possa envolvê-la quanto à participação de um ilícito.<sup>187</sup>

O direito de não-autoincriminação acha-se consagrado na Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969 (Pacto de San José da Costa Rica), ratificada pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992,<sup>188</sup> e encontra respaldo no sistema acusatório, estabelecendo que, diante da necessidade de produção de determinada prova que exige a participação ativa do investigado, havendo recusa, deverá o órgão acusador providenciar outras formas para a efetiva produção probatória, tendo em vista que o ônus da prova incumbe primordialmente à acusação.

<sup>184</sup> Art. 217. Se o juiz verificar que a presença do réu poderá causar humilhação, temor, ou sério constrangimento à testemunha ou ao ofendido, de modo que prejudique a verdade do depoimento, fará a inquirição por videoconferência e, somente na impossibilidade dessa forma, determinará a retirada do réu, prosseguindo na inquirição, com a presença do seu defensor.

<sup>185</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado.

<sup>186</sup> Art. 186. Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas. Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa.

<sup>187</sup> *Op. cit.*, p. 731.

<sup>188</sup> Artigo 8º. 2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: g) direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada.

A garantia de não produzir prova contra si mesmo, na contemporaneidade, ultrapassa as barreiras do direito de permanecer calado durante o interrogatório e ganha novos contornos, sendo consolidado pelas Cortes Superiores o direito da não autoincriminação em diversas situações de produção probatória, tais como o teste de alcoolemia para os crimes de trânsito,<sup>189</sup> a participação da reprodução simulada dos fatos, o fornecimento de padrões gráficos para efeito de perícia criminal<sup>190</sup> ou o fornecimento de material genético para o exame de DNA.<sup>191</sup>

<sup>189</sup> Na vigência da Lei nº 11.705/08, relativamente aos delitos de trânsito, o exame de sangue ou o teste do bafômetro eram considerados indispensáveis para a comprovação da materialidade do crime de embriaguez ao volante, sendo certo que o condutor do automóvel não era obrigado a realizá-los, sob pena de ofensa ao princípio que proíbe a autoincriminação. Todavia, com o advento da Lei nº 12.760/12, o legislador previu a possibilidade de constatação do delito por sinais que indiquem a alteração da capacidade psicomotora, bem como a comprovação do crime por diversos meios de prova, na forma disciplinada pelo Contran, tais como teste de alcoolemia, exame clínico, perícia, vídeo, prova testemunhal ou outros meios de prova em direito admitidos, observado o direito à contraprova.

<sup>190</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 77.135/SP**. HABEAS CORPUS. CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. RECUSA A FORNECER PADRÕES GRÁFICOS DO PRÓPRIO PUNHO, PARA EXAMES PERICIAIS, VISANDO A INSTRUIR PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO DO CRIME DE FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO. NEMO TENETUR SE DETEGERE. Diante do princípio *nemo tenetur se detegere*, que informa o nosso direito de punir, é fora de dúvida que o dispositivo do inciso IV do art. 174 do Código de Processo Penal há de ser interpretado no sentido de não poder ser o indiciado compelido a fornecer padrões gráficos do próprio punho, para os exames periciais, cabendo apenas ser intimado para fazê-lo a seu alvedrio. É que a comparação gráfica configura ato de caráter essencialmente probatório, não se podendo, em face do privilégio de que desfruta o indiciado contra a auto-incriminação, obrigar o suposto autor do delito a fornecer prova capaz de levar à caracterização de sua culpa. Assim, pode a autoridade não só fazer requisição a arquivos ou estabelecimentos públicos, onde se encontrem documentos da pessoa a qual é atribuída a letra, ou proceder a exame no próprio lugar onde se encontrar o documento em questão, ou ainda, é certo, proceder à colheita de material, para o que intimará a pessoa, a quem se atribui ou pode ser atribuído o escrito, a escrever o que lhe for ditado, não lhe cabendo, entretanto, ordenar que o faça, sob pena de desobediência, como deixa transparecer, a um apressado exame, o CPP, no inciso IV do art. 174. *Habeas corpus* concedido. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000109952&base=baseAcordaos>. Acesso em: 13 out. 2018.

<sup>191</sup> Não há como compelir o condenado a fornecer material que entenda lhe ser desfavorável, ainda que por técnica indolor, sob pena de violação da garantia de não autoincriminação e em obediência ao princípio do *nemo tenetur se detegere*. Cumpre aqui mencionar a controvérsia advinda com a promulgação da Lei nº 12.654, de 28 de maio de 2012, que introduziu o artigo 9º-A, na Lei de Execução Penal, com a seguinte redação: “Os condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1º da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, serão submetidos, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA - ácido desoxirribonucleico, por técnica adequada e indolor”. Nesse aspecto, o plenário do Supremo Tribunal Federal, em sessão realizada por meio eletrônico, apreciando o RE 973.837-RG/MG Rel. Min. Gilmar Mendes, reconheceu existente a repercussão geral da questão constitucional nele suscitada: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE nº 973.837**. Repercussão geral. Recurso extraordinário. Direitos fundamentais. Penal. Processo Penal. 2. A Lei 12.654/12 introduziu a coleta de material biológico para obtenção do perfil genético na execução penal por crimes violentos ou por crimes hediondos (Lei 7.210/84, art. 9-A). Os limites dos poderes do Estado de colher material biológico de suspeitos ou condenados por crimes, de traçar o respectivo perfil genético, de armazenar os perfis em bancos de dados e de fazer uso dessas informações são objeto de discussão nos diversos sistemas jurídicos. Possível violação a direitos da personalidade e da prerrogativa de não se incriminar – art. 1º, III, art. 5º, X, LIV e LXIII, da CF. 3. Tem repercussão geral a alegação de inconstitucionalidade do art. 9-A da Lei 7.210/84, introduzido pela Lei 12.654/12, que prevê a identificação e o armazenamento de perfis genéticos de condenados por crimes violentos ou hediondos. 4. Repercussão geral em recurso extraordinário reconhecida. Disponível em:

Na era da sociedade informacional, controversa é que possibilidade de agentes policiais exigirem o desbloqueio ou a inserção de senha em aparelho de telefonia celular durante revista ou diligência. Parece evidente que, apreendido o aparelho eletrônico (computador, *notebook*, *tablet*, celular, etc.) e mediante a respectiva autorização judicial poderá o perito criminal efetuar o desbloqueio e verificar as informações armazenadas, transcrevendo-as, em seguida, em laudo pericial.

A questão que se debate, no entanto, diz respeito à violação da intimidade por intermédio de um agente policial que, sem qualquer autorização judicial, obriga um indivíduo, mesmo que seja suspeito da prática de um ilícito penal, a desbloquear ou inserir a senha no seu aparelho de telefonia celular, a fim de se verificar eventuais conversações ou troca de mensagens entre comparsas, ou até mesmo para a obtenção de provas que ali estejam armazenadas antes que pudessem ser deletadas, sob pena de responsabilização por crime de desobediência.<sup>192</sup>

Cumpra mencionar que, em situação análoga, o Código de Processo Penal exige prévia autorização judicial para que se proceda à revista pessoal,<sup>193</sup> mas que poderá ser dispensada na hipótese de haver *fundada suspeita* de que o indivíduo está na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito.<sup>194</sup> Não é o que se verifica sobre a exigência de desbloqueio ou fornecimento de senha do aparelho de telefonia celular, porquanto, neste aspecto, a ação policial visa a obtenção de prova em desfavor do suspeito, em afronta ao princípio *nemo tenetur se detegere*.

---

<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+973837%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EPRCR%2E+ADJ2+973837%2EPRCR%2E%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/j6wxykl>. Acesso em: 13 out. 2018.

<sup>192</sup> Art. 330. Desobedecer a ordem legal de funcionário público: Pena - detenção, de quinze dias a seis meses, e multa.

<sup>193</sup> Art. 240. A busca será domiciliar ou pessoal.

§ 1º. Proceder-se-á à busca domiciliar, quando fundadas razões a autorizarem, para:

- a) prender criminosos;
- b) apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos;
- c) apreender instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos;
- d) apreender armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso;
- e) descobrir objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu;
- f) apreender cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato;
- g) apreender pessoas vítimas de crimes;
- h) colher qualquer elemento de convicção.

§ 2º. Proceder-se-á à busca pessoal quando houver fundada suspeita de que alguém oculte consigo arma proibida ou objetos mencionados nas letras b a f e letra h do parágrafo anterior.

<sup>194</sup> Art. 244. A busca pessoal independe de mandado, no caso de prisão ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar.

É cediço que, nos tempos mais modernos, os dispositivos móveis, tais como aparelhos de telefonia celular e *tablets*, estão cada vez mais presentes na vida das pessoas e são capazes de armazenar dados que podem servir de material probatório de um ilícito penal. Dessa forma, o exame pericial de tais equipamentos podem fornecer evidências importantes durante a investigação policial. Nesse aspecto, Vrubel e Grochocki apontam que, nos últimos anos, foram examinados no Instituto de Criminalística da cidade de Curitiba 6.389 equipamentos portáteis, entre eles celulares, PDAs, GPS e *tablets*, o que, segundo os autores, representa 56,5% da quantidade total desse tipo de exame encaminhada para a seção de computação forense, ressaltando que “esse fato demonstra claramente como a perícia em dispositivos móveis tem crescido em importância para o processo de investigação criminal e persecução penal”.<sup>195</sup>

De mais a mais, segundo pesquisa do IBGE, entre as pessoas com 10 anos ou mais de idade que acessaram a internet no período de referência da pesquisa, 94,2% o fizeram para trocar mensagens de texto, voz ou imagens por aplicativos diferentes de e-mail. Assistir a vídeos, programas, séries e filmes foi a motivação de 76,4% desse contingente, seguido por conversar por chamada de voz ou vídeo (73,3%) e enviar ou receber e-mail (69,3%). Entre os usuários da internet com 10 anos ou mais de idade, 94,6% se conectaram via celular. Constatou a pesquisa, outrossim, que o aparelho de telefonia celular estava presente em 92,6% dos 69,3 milhões de domicílios.<sup>196</sup> Desse modo, constata-se a importância das novas tecnologias para o armazenamento de dados e troca de mensagens, muitas vezes utilizadas para a prática de ilícitos penais.

Cumprindo observar, de proêmio, que a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, concernente à interceptação de comunicações telefônicas, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, tem a finalidade de resguardar a comunicação em si e não aos dados eventualmente armazenados em aparelhos eletrônicos. Em outras palavras, o objeto de tutela da Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XII, é a efetiva troca de comunicações em sistemas de informática e telemática, consoante disposto no parágrafo único do artigo 1º da lei especial supramencionada.

---

<sup>195</sup> VRUBEL, Alexandre; GROCHOCKI, Luiz Rodrigo. Exames em equipamentos portáteis e telefonia móvel. Velho, Jesus Antônio (coord.). **Tratado de computação forense**. Campinas: Millennium, 2016, p. 314.

<sup>196</sup> Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/20073-pnad-continua-tic-2016-94-2-das-pessoas-que-utilizaram-a-internet-o-fizeram-para-trocar-mensagens>. Acesso em: 25 out. 2018.

Resta saber, por conseguinte, se é lícita a prova colhida mediante acesso aos dados armazenados no aparelho de telefonia celular do suspeito, tais como mensagens de texto (SMS), conversas por intermédio de aplicativos de comunicação instantânea (*Whatsapp*), correio eletrônico (*e-mail*), entre outras, obtida diretamente por policiais, sem prévia autorização judicial, uma vez que se tratam de efetivas *comunicações*, tuteladas pelas disposições constitucionais alhures mencionadas, bem como pela legislação infraconstitucional.

A Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, editada em razão da Emenda Constitucional nº 8, de 1995, assegura, em seu artigo 3º, incisos V, a inviolabilidade e ao segredo de comunicações (entendida no seu aspecto mais amplo, como mensagens, diálogos, áudios e vídeos, etc.) entabuladas por usuários dos serviços de telecomunicações, salvo nas hipóteses e condições constitucionais e legalmente previstas.

Do mesmo modo, o Marco Civil da Internet (Lei nº 12.956, de 23 de abril de 2014), mais precisamente em seu artigo 7º, incisos I a III, resguarda a inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação, a inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, salvo por ordem judicial, na forma da lei, bem como a inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial.

Em se tratando de apreensão de aparelhos de telefonia celular decorrentes de cumprimento a ordem judicial, ao que se infere, não há violação a direitos fundamentais. Como já mencionado, nenhum direito fundamental é absoluto, podendo ser violado sempre que houver um interesse maior ou de igual patamar a ser protegido. O acesso a informações contidas em aparelhos tecnológicos diretamente pela polícia, havendo prévia autorização judicial para a apreensão de tais aparelhos, é medida que possui desdobramento lógico, decorrente de uma investigação lícita.

O Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou sobre a licitude da prova obtida mediante o acesso direto a informações contidas em aparelhos de telefonia celular. Todavia, no caso ali tratado, os telefones móveis foram apreendidos em decorrência de ordem judicial que autorizou a busca e apreensão nos endereços ligados a pessoas investigadas por crimes de homicídio qualificado, tráfico de drogas e associação para o tráfico. Assim, não haveria

qualquer empecilho para se acessar o conteúdo armazenado nos aparelhos, sendo prescindível a autorização judicial.<sup>197</sup>

Assunto mais delicado, contudo, diz respeito à apreensão de aparelhos de telefonia celular decorrentes de prisão em flagrante ou mera abordagem policial. Questiona-se aqui se seria possível a colheita de informações contidas em tais aparelhos, para servirem como meio de prova, sem autorização judicial, nem aquiescência do suspeito. Levando-se em consideração o princípio da não-autoincriminação parece claro que não há sequer a mínima possibilidade de o policial obrigar a pessoa investigada a exigir o desbloqueio do aparelho de telefonia celular, ou sequer acessar os dados ali contidos, notadamente quando a prova do ilícito investigado puder ser obtida por outros meios.

---

<sup>197</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC nº 372.762/MG**. PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. HOMICÍDIO QUALIFICADO, TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO AO TRÁFICO. DADOS ARMAZENADOS NO APARELHO CELULAR. INAPLICABILIDADE DO ART. 5º, XII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DA LEI N. 9.296/96. PROTEÇÃO DAS COMUNICAÇÕES EM FLUXO. DADOS ARMAZENADOS. INFORMAÇÕES RELACIONADAS À VIDA PRIVADA E À INTIMIDADE. INVIOABILIDADE. ART. 5º, X, DA CARTA MAGNA. ACESSO E UTILIZAÇÃO. NECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. INTELIGÊNCIA DO ART. 3º DA LEI N. 9.472/97 E DO ART. 7º DA LEI N. 12.965/14. TELEFONES CELULARES APREENDIDOS EM CUMPRIMENTO A ORDEM JUDICIAL DE BUSCA E APREENSÃO. DESNECESSIDADE DE NOVA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA ANÁLISE E UTILIZAÇÃO DOS DADOS NELES ARMAZENADOS. REVOGAÇÃO OU RELAXAMENTO DA PRISÃO PREVENTIVA. PREJUDICIALIDADE. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não-conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício. II - O sigilo a que se refere o art. 5º, XII, da Constituição da República é em relação à interceptação telefônica ou telemática propriamente dita, ou seja, é da comunicação de dados, e não dos dados em si mesmos. Desta forma, a obtenção do conteúdo de conversas e mensagens armazenadas em aparelho de telefone celular ou smartphones não se subordina aos ditames da Lei n. 9.296/96. III - Contudo, os dados armazenados nos aparelhos celulares decorrentes de envio ou recebimento de dados via mensagens SMS, programas ou aplicativos de troca de mensagens (dentre eles o *WhatsApp*), ou mesmo por correio eletrônico, dizem respeito à intimidade e à vida privada do indivíduo, sendo, portanto, invioláveis, no termos do art. 5º, X, da Constituição Federal. Assim, somente podem ser acessados e utilizados mediante prévia autorização judicial, nos termos do art. 3º da Lei n. 9.472/97 e do art. 7º da Lei n. 12.965/14. IV - A jurisprudência das duas Turmas da Terceira Seção deste Tribunal Superior firmou-se no sentido de ser ilícita a prova obtida diretamente dos dados constantes de aparelho celular, decorrentes de mensagens de textos SMS, conversas por meio de programa ou aplicativos (*WhatsApp*), mensagens enviadas ou recebidas por meio de correio eletrônico, obtidos diretamente pela polícia no momento do flagrante, sem prévia autorização judicial para análise dos dados armazenados no telefone móvel. V - No presente caso, contudo, não se trata de aparelhos celulares apreendidos no momento do flagrante, uma vez que os telefones móveis foram apreendidos em cumprimento a ordem judicial que autorizou a busca e apreensão nos endereços ligados ao paciente e aos demais corréus. VI - Se ocorreu a busca e apreensão da base física dos aparelhos de telefone celular, ante a relevância para as investigações, a fortiori, não há óbice para se adentrar ao seu conteúdo já armazenado, porquanto necessário ao deslinde do feito, sendo prescindível nova autorização judicial para análise e utilização dos dados neles armazenados. VII - Tendo em vista que a prisão preventiva do paciente foi relaxada pelo d. Juízo de primeiro grau em 19/12/2016, resta prejudicado o pedido de revogação da custódia cautelar. *Habeas Corpus* não conhecido. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1631821&num\\_registro=201602540301&data=20171016&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1631821&num_registro=201602540301&data=20171016&formato=PDF). Acesso em: 20 out. 2018.

Nesse diapasão, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a ilicitude da prova referente à obtenção de dados constantes em aparelho de telefonia celular, sem autorização judicial, apreendidos em decorrência de prisão em flagrante. No caso em apreço não foi acolhido o pleito de declaração de nulidade de todas as provas produzidas, com a anulação dos atos subsequentes, mas tão somente das perícias realizadas nos aparelhos celulares apreendidos, sem qualquer repercussão na condenação do réu, porquanto apoiada em outros elementos de prova constantes nos autos e independentes das conversações armazenadas no celular periciado.<sup>198</sup>

Como é cediço, vigora no ordenamento a teoria *fruits of the poisonous tree*, chamada de prova ilícita por derivação, cuja origem é atribuída à jurisprudência norte-americana. Entretanto, a ilegalidade da prova originária ou das derivadas não enseja a absolvição do acusado na hipótese de a condenação ter se baseado em outras provas regularmente produzidas durante a persecução penal, ou seja, a prova ilícita, não sendo a única produzida, não contamina as demais se dela não decorrentes, prevalecendo a incomunicabilidade entre as provas. Assim, relativamente à mencionada ilicitude das provas, o Superior Tribunal de Justiça, no caso acima mencionado, levou em consideração da teoria da fonte independente (*independente source*) ou da descoberta inevitável (*inevitable discovery*), consoante legislação processual em vigor.<sup>199</sup>

---

<sup>198</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 1.727.266/SC**. RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. OFENSA A DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. NÃO CONHECIMENTO. COMPETÊNCIA DO STF. PROVAS. OBTENÇÃO. DADOS CONSTANTES DE APARELHO CELULAR. AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. AUSÊNCIA. APREENSÃO NO MOMENTO DO FLAGRANTE. ILICITUDE. 1. Não se conhece do recurso especial pela alegada violação ao art. 5º, XII, XLVI, LVII, da CF/88 pois ao STJ é vedada a análise de violação a dispositivos constitucionais, uma vez que essa competência é exclusiva do Supremo Tribunal Federal, conforme dispõe o art. 102, III, da Constituição Federal, pela via do recurso extraordinário. 2. “A jurisprudência das duas Turmas da Terceira Seção deste Tribunal Superior firmou-se no sentido de ser ilícita a prova obtida diretamente dos dados constantes de aparelho celular, decorrentes de mensagens de textos SMS, conversas por meio de programa ou aplicativos (*WhatsApp*), mensagens enviadas ou recebidas por meio de correio eletrônico, obtidos diretamente pela polícia no momento do flagrante, sem prévia autorização judicial para análise dos dados armazenados no telefone móvel.” (HC 372.762/MG, Relator Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 03/10/2017, DJe 16/10/2017). 3. *In casu*, conforme se extrai dos autos (fls. 200/201), os telefones foram apreendidos no momento do flagrante, isto é, sem autorização judicial. 4. Hipótese em que, ainda que se considere nula a prova obtida por meio da apreensão dos celulares, tal constatação não tem o condão de afastar a condenação do recorrente que encontrou amparo em outros elementos de prova não decorrentes dos dados obtidos por meio da perícia realizada no celular do acusado. 5. Nulidade das perícias realizadas nos aparelhos celulares apreendidos, sem qualquer repercussão na condenação do réu. [...] Recurso parcialmente provido. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1718102&num\\_registro=201800459338&data=20180615&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1718102&num_registro=201800459338&data=20180615&formato=PDF). Acesso em: 20 out. 2018.

<sup>199</sup> Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. § 1º. São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexó de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras. § 2º. Considera-se fonte independente aquela

Porém, é necessário verificar detidamente a efetiva derivação da prova considerada ilícita, diante das dificuldades que podem surgir no caso concreto relativamente ao nexo de causalidade das provas. Fernandes critica a definição de fonte independente prevista no Código de Processo Penal como sendo aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova, uma vez que, segundo o autor, permite ao magistrado aceitar a prova derivada como um mero juízo de probabilidade, ressaltando que isso é perigoso, “pois possibilita, em larga medida, a admissão de prova derivada, simplesmente porque seria atingida hipoteticamente por forma lícita de investigação, embora ela tenha sido realmente alcançada a partir de uma prova ilícita”.<sup>200</sup>

Lopes Jr, por seu turno, considera que, relativamente ao princípio da contaminação, “o vício se transmite a todos os elementos probatórios obtidos a partir do ato maculado, literalmente contaminando-os com a mesma intensidade”,<sup>201</sup> mas critica a maneira pela qual os tribunais superiores tratam da questão relativa ao nexo de causalidade, porquanto prevalece o entendimento de que não se anula a condenação se a sentença não estiver fundada exclusivamente na prova ilícita, conforme se verifica das decisões supramencionadas, proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça, sobre o acesso às conversações contidas em aparelhos de telefonia celular diretamente pelos policiais, sem prévia autorização judicial.

Noutro aspecto, Santos e Santos afiançam que outra importante decorrência advinda do princípio em estudo, “é a impossibilidade de recair sobre o acusado consequências gravosas pela sua recusa em colaborar com a produção de alguma prova”.<sup>202</sup> Desse modo, havendo a prisão em flagrante e, conseqüentemente, a apreensão de aparelho de telefonia celular que esteja em poder do investigado, não há como se obrigar a pessoa detida a fornecer senha para desbloqueio, em virtude do que já exaustivamente foi comentado sobre o princípio da não-autoincriminação. Além disso, a recusa do fornecimento da senha aos policiais não pode acarretar qualquer sanção ao suspeito, do mesmo modo que o silêncio durante o interrogatório também não pode ser interpretado em seu desfavor.

---

que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.

<sup>200</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 96.

<sup>201</sup> *Op. cit.*, p. 601.

<sup>202</sup> SANTOS, Daniel Leonhardt dos; SANTOS, Livia Limas. *Nemo tenetur se detegere* e verdade no processo penal. Giacomolli, Nereu José; Vasconcellos, Vinicius Gomes (orgs.). **Processo penal e garantias constitucionais**. Estudos para um processo penal democrático. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 131.

Situação outra a ser debatida, relativamente à sociedade informacional e o princípio da não-autoincriminação, diz respeito ao fornecimento de padrões vocais para efeito de perícia criminal. No que concerne às interceptações telefônicas, as Cortes Superiores firmaram entendimento no sentido de ser desnecessária a realização de perícia para identificação das vozes daqueles que tiveram sua conversa gravada, por falta de exigência legal,<sup>203</sup> sobretudo quando o investigado reconhece sua voz em audiência e o número do telefone interceptado é de propriedade e uso particular do próprio investigado.<sup>204</sup>

<sup>203</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC nº 265.430/SP**. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O NARCOTRÁFICO. INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. PRÉVIA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. EXISTÊNCIA. PERÍCIA PARA A IDENTIFICAÇÃO DAS VOZES. DESNECESSIDADE. ORDEM DENEGADA. 1. Verificado que houve prévia autorização judicial para as interceptações telefônicas, não há falar em inobservância ao disposto no art. 1º da Lei n. 9.296/1996, notadamente porque não há nenhuma notícia de que a medida já estivesse ocorrendo antes mesmo da ordem do juiz competente, de maneira que está inteiramente preservada a validade das provas obtidas. 2. Além de não ser indispensável a realização de perícia para a identificação das vozes captadas por meio das interceptações telefônicas, constato ter o Magistrado de primeiro grau confrontado os elementos obtidos por meio da referida medida com as demais provas colhidas judicialmente, submetidas, portanto, ao contraditório e à ampla defesa. Não há, então, que falar em nulidade das provas colhidas mediante escutas telefônicas, tampouco das que delas decorreram, porquanto obtidas em estrita consonância com os ditames da Lei n. 9.296/1996. 3. Ordem denegada. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=ACOR&livre=@cdoc=%271600089%27>. Acesso em: 14 out. 2018.

<sup>204</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RHC nº 128.485/TO**. RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. RECURSO SUBSTITUTIVO DE REVISÃO CRIMINAL. INADMISSIBILIDADE. PRECEDENTES. INTERCEPTAÇÃO DE COMUNICAÇÃO TELEFÔNICA. CUMPRIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. AUTORIZAÇÃO JUDICIAL FUNDAMENTADA. PRORROGAÇÕES. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. TRANSCRIÇÃO INTEGRAL DE TODAS AS CONVERSAS GRAVADAS. DESNECESSIDADE. PERÍCIA DE VOZ. INDEFERIMENTO. INEXISTÊNCIA DE DÚVIDA SOBRE O INTERLOCUTOR. RECURSO IMPROVIDO. I – O *habeas corpus*, em que pese configurar remédio constitucional de largo espectro, não pode ser utilizado como sucedâneo da revisão criminal, salvo em situações nas quais se verifique flagrante ilegalidade ou nulidade, o que, a meu sentir, não parece ser o caso dos autos. Precedentes. II – É legítima a prova oriunda de interceptação de comunicação telefônica autorizada judicialmente, de forma fundamentada e com observância dos requisitos legais: i) existência de indícios razoáveis de autoria ou participação em ilícito penal; ii) único meio disponível para comprovar o fato investigado; iii) o crime investigado deve ser punido com pena mais gravosa que a detenção. III – A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal admite que a interceptação de comunicação telefônica seja prorrogada, desde que a ordem seja fundamentada e respeite o prazo legal. Precedentes. IV – Os crimes de tráfico de drogas e associação para o tráfico podem possuir um *modus operandi* que revele maior complexidade a justificar sucessivas prorrogações no acompanhamento de diálogos telefônicos entre os integrantes da associação criminosa, possuindo vertentes logísticas, financeiras e hierárquicas. V – Somente é necessária a transcrição integral de tudo aquilo que seja relevante para esclarecer sobre os fatos da causa sub judice. Precedentes. VI – **A realização de prova pericial para identificar a voz do interlocutor gravado em interceptação de comunicação telefônica é desnecessária quando o investigado reconhece sua voz em audiência e o número do telefone interceptado é de propriedade e uso particular do próprio investigado. Inteligência do art. 184 do Código de Processo Penal.** VII – Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* improvido (grifo nosso). Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000319393&base=baseAcord> aos. Acesso em: 14 out. 2018.

Imperioso destacar, sob o mesmo prisma, a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça no RHC nº 82.748/PI.<sup>205</sup> No caso em apreço, o interrogatório do réu foi realizado mediante gravação em meio audiovisual, consoante faculta a legislação processual em vigor.<sup>206</sup> No entanto, o padrão vocal do acusado, obtido durante a audiência, foi utilizado

---

<sup>205</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RHC nº 82.748/PI. PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO AO TRÁFICO. QUALIFICAÇÃO E INTERROGATÓRIO DO ACUSADO. REGISTRO MEDIANTE GRAVAÇÃO EM MEIO AUDIOVISUAL. UTILIZAÇÃO DO PADRÃO VOCAL DO ACUSADO OBTIDO DURANTE A AUDIÊNCIA PARA FINS DE COMPARAÇÃO COM VOZ ATRIBUÍDA A UM DOS INTERLOCUTORES INTERCEPTADOS. NECESSIDADE DE CONCORDÂNCIA EXPRESSA DO ACUSADO. PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO. ART. 5º, LXIII, DA CF/88. NEMO TENETUR SE DETEGERE. AUSÊNCIA DE PRÉVIA ADVERTÊNCIA DE QUE A QUALIFICAÇÃO E O INTERROGATÓRIO GRAVADOS PODERIAM SER UTILIZADOS PARA FUTURA PERÍCIA. AUSÊNCIA DE CONSCIÊNCIA DO ACUSADO NA PRODUÇÃO DA PROVA QUE LHE POSSA SER DESFAVORÁVEL. ILEGALIDADE CARACTERIZADA. RECURSO ORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO. I - A jurisprudência desta Corte Superior firmou-se no sentido de que o direito ao silêncio, previsto no art. 5º, LVIII, da Constituição Federal, deve ser interpretado de forma extensiva, sendo assegurado ao investigado ou ao réu o direito de não produzir prova contra si mesmo (princípio da não autoincriminação ou do *nemo tenetur se detegere*), razão pela qual não pode ser obrigado a fornecer involuntariamente qualquer tipo de informação ou declaração que possa incriminá-lo, direta ou indiretamente. II - De igual forma, o direito a não autoincriminação também permite ao investigado ou réu se recusar a fornecer qualquer tipo de material, inclusive de seu corpo, para realização de exames periciais, ressalvadas as hipóteses legalmente previstas, como para fins de identificação criminal (art. 5º, LVIII, da Constituição Federal, regulamentado pela Lei n. 12.037/09), bem como para a formação do banco de dados de perfil genético de condenados por crimes hediondos ou delitos dolosos praticados com violência de natureza grave contra pessoa (art. 9º-A da Lei de Execução Penal, incluído pela Lei n. 12.654/12). III – “Aquele que sofre persecução penal instaurada pelo Estado tem, dentre outras prerrogativas básicas, (a) o direito de permanecer em silêncio, (b) o direito de não ser compelido a produzir elementos de incriminação contra si próprio nem de ser constrangido a apresentar provas que lhe comprometam a defesa e (c) o direito de se recusar a participar, ativa ou passivamente, de procedimentos probatórios que lhe possam afetar a esfera jurídica, tais como a reprodução simulada (reconstituição) do evento delituoso e o fornecimento de Documento: 1667393 - Inteiro Teor do Acórdão - Site certificado - DJe: 01/02/2018 Página 1 de 4 Superior Tribunal de Justiça padrões gráficos ou de padrões vocais para efeito de perícia criminal” (HC n. n. 99.289/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJe-149 de 04/08/2011, grifei). **IV - A concordância do recorrente quanto à gravação do interrogatório em meio audiovisual, bem como eventuais respostas às perguntas formuladas, não configuram, por óbvio, autorização prévia para que o material registrado na mídia eletrônica, notadamente o seu padrão vocal, seja utilizado para elaboração de exame pericial destinado a identificar suposto autor dos crimes imputados, mediante comparação de sua voz com aquela atribuída a um dos interlocutores das ligações telefônicas interceptadas. V - Vale dizer, conquanto não tenha sido coagido a participar do ato ou à responder às perguntas eventualmente formuladas, a ausência de consciência do recorrente de que o ato poderia ser utilizado para posterior exame pericial impede que o material obtido pela gravação de sua voz (padrão vocal) seja encaminhado para perícia sem sua anuência expressa, sob pena de afronta ao princípio da não autoincriminação.** VI - A participação do acusado na produção de prova que possa ser utilizada em seu desfavor pressupõe consciência e voluntariedade. Ausentes qualquer delas, a prova obtida será ilegal. Precedentes. Recurso ordinário provido para determinar que a utilização do padrão vocal do recorrente, obtido durante a gravação em meio audiovisual de sua qualificação e de seu interrogatório judicial, seja condicionada à expressa anuência do recorrente e, subsidiariamente, para que eventual laudo já elaborado seja desentranhado dos autos, não podendo ser utilizado para a formação do convencimento do julgador, salvo expressa concordância do recorrente (grifo nosso). Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1667393&num\\_registro=201700739517&data=20180201&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1667393&num_registro=201700739517&data=20180201&formato=PDF). Acesso em: 20 out. 2018.**

<sup>206</sup> Art. 405. Do ocorrido em audiência será lavrado termo em livro próprio, assinado pelo juiz e pelas partes, contendo breve resumo dos fatos relevantes nela ocorridos. § 1º. Sempre que possível, o registro dos depoimentos do investigado, indiciado, ofendido e testemunhas será feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinada a obter maior fidelidade das

para fins de comparação com voz atribuída a um dos interlocutores interceptados durante conversação telefônica autorizada judicialmente. Questionou-se, na ocasião, a necessidade de concordância expressa do acusado, face ao *princípio nemo tenetur se detegere*.

No julgado em questão, ficou assentado que a concordância do acusado quanto à gravação do seu interrogatório mediante recurso audiovisual, bem como eventuais respostas às perguntas formuladas, não configuram autorização prévia para que o material registrado na mídia eletrônica, notadamente o seu padrão vocal, seja utilizado para elaboração de exame pericial destinado a identificar suposto autor dos crimes imputados, mediante comparação de sua voz com aquela atribuída a um dos interlocutores das ligações telefônicas interceptadas.

Em outras palavras, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que, embora não tenha sido coagido a participar do ato ou a responder às perguntas eventualmente formuladas, a ausência de consciência do réu de que o ato poderia ser utilizado para posterior exame pericial impede que o material obtido pela gravação de sua voz fosse encaminhado para perícia sem sua expressa concordância, sob pena de afronta ao princípio da não-autoincriminação.

No julgado ora discutido, em virtude da ausência de expressa concordância do acusado sobre a utilização do seu padrão vocal para a realização de perícia, foi determinado desentranhamento do laudo e a vedação da sua utilização como forma de convencimento do magistrado.

Logo, a participação do acusado na produção de prova que, eventualmente, possa ser utilizada em seu desfavor, pressupõe, necessariamente, sua consciência e voluntariedade, sob pena de ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana e, conseqüentemente, o reconhecimento da ilicitude da prova produzida.

#### 2.4 – Prova eletrônica e a busca da verdade na Sociedade da Informação

A persecução penal na era da sociedade informacional ganhou novos contornos com um conjunto de sistemas informatizados utilizados com a finalidade de otimizar as investigações. A busca da verdade no processo penal não se acha mais circunscrita a provas documentais e testemunhais, pois há um novo universo sendo descortinado para a

---

informações. § 2º. No caso de registro por meio audiovisual, será encaminhado às partes cópia do registro original, sem necessidade de transcrição.

identificação do criminoso internauta. O capítulo concernente às perícias em geral, previsto no Código de Processo Penal, acha-se deveras ultrapassado diante da criminalidade informática e da computação forense, sendo interessante o exemplo trazido por Barros:

Na apuração dos chamados crimes digitais, informáticos ou cibernéticos, ou de infrações penais praticadas mediante o uso de microcomputadores, os peritos costumam empregar a técnica “post-mortem”. Ou seja, o sistema é examinado após o desligamento da máquina, situação em que cabe ao perito proceder à duplicação das mídias e à avaliação de evidências armazenadas e/ou recentemente apagadas.<sup>207</sup>

Vê-se que além do exame de corpo de delito, exame do local dos fatos, perícia grafotécnica, documentoscópica, laboratorial, constatação de arrombamento e destruição de obstáculo, etc., há a necessidade de acréscimos na legislação processual em vigor para previsões acerca da computação forense e perícias informáticas. Tal regulamentação é importante, a fim de se evitar alegações de nulidade ou ilicitude de provas, por eventual violação de um direito fundamental.

Diante de uma nova espécie de criminalidade, praticada com a utilização dos meios informáticos, é imprescindível o emprego de técnicas especializadas para a identificação do criminoso internauta, tais como descobrir o endereço IP (*Internet Protocol*) de um computador dentro de uma rede – o que nem sempre será suficiente na hipótese de haver mais de um usuário para aquele equipamento –, quebra de senhas, recuperação de dados armazenados apagados, quebra de criptografia, rastreamento de mensagens eletrônicas, exames em computação na nuvem, detecção de intrusão, etc.

O indivíduo que faz uso de recursos tecnológicos para a prática de ilícitos penais, invariavelmente, produz vestígios, passíveis de serem rastreados para a comprovação da materialidade e elucidação da autoria, bem como a sua motivação. Discorrendo sobre a identificação, isolamento, coleta e preservação do vestígio cibernético, Vilar e Gusmão elaboram importante conceituação:

[...] esse tipo de vestígio pode ser definido como o conjunto de informações extraídas de um sistema computação que permita esclarecer os fatos por trás de um crime ou o fato em apuração, bem como os elementos físicos relacionados, que sirvam de suporte para o armazenamento, a produção ou o trânsito da informação.<sup>208</sup>

---

<sup>207</sup> *Op. cit.*, p. 115.

<sup>208</sup> VILAR, Gustavo Pinto; GUSMÃO, Luiz Eduardo. Identificação, isolamento, coleta e preservação do vestígio cibernético. Velho, Jesus Antônio (coord.). **Tratado de computação forense**. Campinas: Millennium, 2016, p. 18.

Os vestígios cibernéticos constituem fonte valiosíssima de prova e que merecem a devida atenção durante a persecução penal, notadamente em razão da absoluta distinção do vestígio físico. Carneiro explica que “computadores e outros dispositivos digitais armazenam dados que podem sustentar ou refutar um determinado crime, ou ainda apenas fornecer suporte para uma investigação”.<sup>209</sup> Assim, no contexto dos crimes cibernéticos, esses vestígios digitais podem se tornar evidências digitais que são essenciais para a comprovação da materialidade do crime, bem como sua respectiva autoria. Contudo, o sistema processual em vigor ainda não disciplinou adequadamente o sistema de perícias por intermédio da computação forense, o que pode gerar alegações de nulidade processual, por eventual ofensa a direitos fundamentais.

O Código de Processo Penal prevê a necessidade de preservação do estado das coisas no local onde foi praticada a infração penal,<sup>210</sup> com o desiderato de permitir à perícia técnica a realização dos trabalhos adequados para o devido esclarecimento do ilícito penal. Não há, entretanto, nenhuma previsão sobre isolamento ou preservação de um ambiente virtual na hipótese da prática de um crime cibernético, cumprindo enfatizar que muitas vezes a mera apreensão de computadores, *tablets*, celulares e demais aparelhos eletrônicos, por si só, é insuficiente para a consecução de uma boa perícia, diante de infrações penais praticadas em um ambiente virtual.

De toda sorte, o ordenamento processual em vigor, mais precisamente no artigo 158, preceitua que, na hipótese de a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo sequer a confissão do acusado. Elaborado o respectivo laudo, o magistrado não fica adstrito à conclusão dos peritos, podendo rejeitar o exame pericial, no todo ou em parte, nos termos do artigo 182, do Código de Processo Penal. Obviamente que, discordando do resultado do laudo pericial, o juiz deve motivar sua decisão em elementos concretos para proferir decisão diversa daquela orientada pelos expertos, ou seja, o juiz deve apresentar um fundamento técnico de discordância. Logo, em se tratando de crimes cibernéticos e respectiva perícia forense, deve o magistrado demonstrar conhecimento do assunto tratado, o que nem sempre se verifica na prática

---

<sup>209</sup> CARNEIRO, Márcio Rodrigo de Freitas. Perícia de informática nos crimes cibernéticos. **Investigação e prova nos crimes cibernéticos**. São Paulo: EMAG, 2017, p. 37.

<sup>210</sup> Art. 169. Para o efeito de exame do local onde houver sido praticada a infração, a autoridade providenciará imediatamente para que não se altere o estado das coisas até a chegada dos peritos, que poderão instruir seus laudos com fotografias, desenhos ou esquemas elucidativos.

forense, uma vez que são poucos os profissionais do universo jurídico que possuem entendimento mais aprofundado da área tecnológica.

A discussão ganha contornos ainda mais significativos quando se tratar de crimes contra a propriedade imaterial, tal como a violação de direito autoral, ilícito que comumente é praticado com a utilização de recursos tecnológicos e, a teor do que atualmente dispõe o diploma processual,<sup>211</sup> a inicial acusatória sequer poderá ser recebida se não houver o exame pericial. Por conseguinte, o primeiro passo para a busca da verdade real, em se tratando de crimes cibernéticos, é o isolamento e a análise dos vestígios por meio de uma perícia bem elaborada, a fim de que a persecução penal não reste infrutífera.

De bom tom acrescer que a preservação da prova digital é de grande preocupação, tendo em vista que os vestígios cibernéticos podem ser facilmente alterados, destruídos ou fabricados de modo a confundir a perícia, até mesmo por agentes que não detenham grandes conhecimentos da área informática. Daí a importância de especialização dos operadores do direito e, quiçá, modificações legislativas sobre a sistemática da perícia tecnológica.

Camargo e Rodrigues fazem significativas considerações sobre técnicas antiforenses, que objetivam impedir que o exame pericial seja realizado de maneira satisfatória. Os autores definem antiforense como sendo “toda e qualquer técnica aplicada para dificultar, subverter ou inviabilizar a coleta ou análise de um determinado vestígio”.<sup>212</sup> Os autores lembram, ainda, a primeira lei de computação forense, criada por Jesse Kornblum, a qual afirma que *toda ação gera um vestígio, ainda que não saibamos diretamente onde esteja*. A par disso, várias técnicas antiforenses surgiram com o desiderato de apagar ou dissimular um vestígio de delito informático, tais como a ocultação, ofuscação e encriptação de dados, deleção ou destruição de dados, falsificação de dados, obstrução à coleta de vestígios, entre outros. Contudo, ressaltam os autores, o emprego de determinada técnica antiforense com a deliberada intenção de eliminar, subverter ou ocultar vestígios pode gerar novos vestígios que acusem a tentativa de dissimulação.<sup>213</sup>

Tímidas modificações legislativas surgiram no sistema de produção de provas, como a implementação de novas tecnologias nas salas de audiência para o registro audiovisual dos atos processuais realizados. A Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008, inseriu

---

<sup>211</sup> Art. 525. No caso de haver o crime deixado vestígio, a queixa ou a denúncia não será recebida se não for instruída com o exame pericial dos objetos que constituam o corpo de delito.

<sup>212</sup> CAMARGO, Diego Fuschini; RODRIGUES, Tony. Noções de direito cibernético. Velho, Jesus Antônio (coord.). **Tratado de computação forense**. Campinas: Millennium, 2016, p. 478.

<sup>213</sup> *Ibidem, passim*.

os §§ 1º e 2º no artigo 405 do Código de Processo Penal, dispondo que, sempre que possível, o registro dos depoimentos do investigado, indiciado, ofendido e testemunhas será feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinada a obter maior fidelidade das informações, sem a necessidade de transcrição, com o encaminhamento de cópia dos registros às partes.

Sampaio aponta que três são os pontos-chaves da estrutura tecnológica supramencionada, quais sejam, *celeridade*, *imediação* e *fidedignidade* dos eventos ocorridos.<sup>214</sup> A instrução criminal realizada por intermédio de recurso audiovisual é muito mais célere, pois evita que o juiz tenha que reduzir a termo as declarações prestadas pelas partes para o respectivo registro escrito. Em razão disso, um número maior de audiências poderão ser realizadas no mesmo dia. Mas o melhor aspecto desse tipo de colheita de prova, segundo Sampaio, diz respeito à fidelidade da gravação dos depoimentos em mídia digital, o que permite avaliação mais justa sobre o que foi dito pelas partes, sobretudo no momento da prolação da sentença ou da apreciação do recurso pelo tribunal. E a respeito da fidedignidade, cumpre transcrever as palavras do autor:

Além da demora, em muitas oportunidades eram observados distúrbios entre a oitiva das partes envolvidas e o ditado do juiz ao seu secretário. Estas diferenças, por vezes, ocorriam pela dúbia interpretação realizada pelo julgador em que sua apreciação pessoal já traçava as palavras que no futuro iria utilizar para decidir o conflito penal. Outras vezes, pela infelicidade da observação, utilizavam o seu poder de presidência do ato para distorcer as palavras expostas ao seu sentir, indicando a flagrante parcialidade para a decisão futura, como se a exposição de uma testemunha, ofendido e arguido fosse um ato unilateral que só ele julgador recebesse e interpretasse as exposições, sentimentos e angústias daquele expositor.<sup>215</sup>

A colheita de depoimentos por intermédio de recurso audiovisual veio estabelecer maior conformidade com a busca da verdade real, uma vez que é possível analisar não somente o conteúdo das declarações e depoimentos, mas também as sensações e emoções das pessoas ouvidas, o que auxilia na detecção da veracidade das informações externadas para a formação da convicção íntima do julgador.

Pinheiro e Grochocki prelecionam que há uma nova categoria de provas, decorrente da união da telecomunicação com os sistemas informatizados, consistentes em hardware, software e bases de dados, os quais fizeram surgir a telemática, que pode ser definida como

---

<sup>214</sup> SAMPAIO, Denis. Inovações tecnológicas no direito processual penal. **Revista brasileira de ciências criminais**, São Paulo, v.102, p. 243-284, mai-jun. 2013, p. 261.

<sup>215</sup> *Ibidem*, p. 262.

o conjunto de serviços informáticos fornecidos através de uma rede de telecomunicações, realçando os autores:

[...] a prova digital reúne características únicas de portabilidade, reprodutibilidade e volatilidade que a tornam diferente das demais, e que também dificulta muitas vezes a sua coleta e análise. Porém, tais características colocam em destaque a Computação Forense como instrumento *sine qua non* de obtenção da prova e alcance da Justiça.<sup>216</sup>

Isso se justifica, *v.g.*, com o surgimento de programas eletrônicos controlados pelas polícias, tais como o Infoseg, Ômega, Phoenix e FotoCrim, os quais são de fundamental importância para a persecução penal. Tais recursos são utilizados pela polícia judiciária, que tem seu âmbito de atuação quando a infração penal já foi praticada, com a finalidade precípua de investigação.

Barros preleciona que Infoseg é a sigla da Rede de Integração Nacional de Informações de Segurança Pública e Fiscalização, instituída no âmbito do Ministério da Justiça. Essa rede de informações é controlada pela Secretaria Nacional de Segurança Pública com a finalidade de integrar e disponibilizar informações de todo o País que se relacionam com segurança pública, identificação civil e criminal, controle e fiscalização, inteligência, justiça e defesa civil para a formulação e execução de ações e de políticas públicas originárias de organismos de segurança dos governos federal, estaduais, distrital e municipais.<sup>217</sup>

Ômega, por sua vez, é a denominação dada ao sistema eletrônico de armazenamento de dados, criado com o objetivo de obter prova a ser utilizada pelo Serviço de Inteligência da Polícia do Estado de São Paulo. Os dados que formam a base do sistema Ômega são gerados por sistemas desenvolvidos e mantidos pela PRODESP. São dados de ocorrências criminais, pessoas, armas e veículos, sendo de caráter sigiloso e de interesse à investigação policial. O sistema contém informações para identificação de pessoas (nome, RG, data de nascimento, nome do pai, nome da mãe), dados criminais (qualificação, inquérito, processo, mandado de prisão), dados de ocorrências (delegacia, ano, número, data, natureza, vítima,

---

<sup>216</sup> PINHEIRO, Patricia Peck; GROCHOKI, Luiz Rodrigo. Noções de direito cibernético. Velho, Jesus Antônio (coord.). **Tratado de computação forense**. Campinas: Millennium, 2016, p. 541.

<sup>217</sup> *Op. cit.*, p. 104.

autor, histórico, objeto), dados de veículos (placa, chassi, marca/modelo, ano de fabricação, ano modelo, cor) e dados de armas (número, marca, modelo, calibre).<sup>218</sup>

O sistema Phoenix, de outro tanto, constitui uma base de dados onde são armazenadas informações pessoais, fotos, voz e digitais dos indiciados pela Polícia Civil do Estado de São Paulo, bem como retratos falados.<sup>219</sup> Barros ressalta a importância da identificação timbrática, onde a pessoa a ser indiciada é conduzida ao distrito policial em cujo local é fotografada e logo em seguida tem a sua voz gravada e armazenada em um banco de dados para futuro confronto por intermédio do laboratório de fonética forense.<sup>220</sup>

O recurso FotoCrim permite a rápida localização de pessoas em uma base cadastral de informações, contendo fotografias e outros dados pessoais internos, relevantes para instituição usuária. Desenvolvido em 2002 por Isnard Martins para laboratórios experimentais de pesquisas de suspeitos em bases criminais, o FotoCrim permite o cruzamento biométrico de um Retrato Falado com qualquer base de fotografias pré-processadas.<sup>221</sup>

Além desses sistemas, outros recursos tecnológicos são utilizados para o fortalecimento da persecução penal e o combate mais eficiente da criminalidade. Uma parceria da Polícia Militar do Estado de São Paulo e Prefeitura Municipal de São Paulo obteve êxito na recuperação de 749 veículos provenientes de ilícitos penais com o auxílio de radares. Por intermédio do cruzamento instantâneo de dados, veículos furtados ou roubados que passavam pelos radares, mesmo sem cometerem qualquer infração de trânsito, eram registrados, sendo as características repassadas para a polícia com o respectivo horário e localização.<sup>222</sup>

Verificamos, por conseguinte, que os recursos tecnológicos são bastante eficazes na persecução penal, com a finalidade de facilitar as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, consoante preconizado pela Lei nº 12.830, de 20 de junho de 2013, que dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia.<sup>223</sup> Tais

---

<sup>218</sup> Disponível em: <http://catalogo.governoaberto.sp.gov.br/dataset/267-omega-registro-de-ocorrencias-pessoas-crimes-veiculos-e-armas> . Acesso em 08 jan. 2018.

<sup>219</sup> Disponível em: <http://catalogo.governoaberto.sp.gov.br/dataset/273-sistema-phoenix-identificacao-criminal> . Acesso em 08 jan. 2018.

<sup>220</sup> *Op. cit.*, p. 106.

<sup>221</sup> Disponível em: <http://www.citynet.com.br/retratofalado/fotocrim.htm> . Acesso em: 08 jan. 2018.

<sup>222</sup> GOMES, Paulo. Parceria de PM e prefeitura recupera 749 carros em SP com ajuda de radares. **Folha de São Paulo**, São Paulo. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2016/12/1839741-com-dados-de-radares-pm-de-sp-recupera-749-carros-roubados.shtml>. Acesso em: 2 dez. 2018.

<sup>223</sup> Art. 2º. As funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais exercidas pelo delegado de polícia são de natureza jurídica, essenciais e exclusivas de Estado.

recursos, de outra parte, também contribuem sobremaneira para o desenvolvimento do processo criminal e a colheita de provas.

Diante disso, alguns instrumentos de persecução penal com a utilização de aparato tecnológico serão aqui estudados, com base no Direito da Sociedade da Informação e sob a égide do princípio da dignidade da pessoa humana. A análise tem por escopo estabelecer direcionamentos para a utilização de avançados mecanismos tecnológicos, eficientes para investigação e colheita de material probatório, porém, sem que haja violações a direitos fundamentais.

---

§ 1º. Ao delegado de polícia, na qualidade de autoridade policial, cabe a condução da investigação criminal por meio de inquérito policial ou outro procedimento previsto em lei, que tem como objetivo a apuração das circunstâncias, da materialidade e da autoria das infrações penais.

§ 2º. Durante a investigação criminal, cabe ao delegado de polícia a requisição de perícia, informações, documentos e dados que interessem à apuração dos fatos.

### 3 – Persecução penal na sociedade da informação

#### 3.1 – Os avanços tecnológicos e o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana na persecução penal

Consideráveis foram os avanços tecnológicos surgidos no século XX, notadamente no concerne à informação e ao conhecimento. Tempos atrás, contudo, o acesso à informação era restrito a materiais escritos, muitas vezes de difícil acesso, concernentes a livros homiziados em determinadas bibliotecas. A divulgação da informação, por mais das vezes, tardava a chegar ao seu destinatário, restringindo-se a determinadas categorias ou grupo de pessoas.

Briggs e Burke ensinam que uma das pessoas mais capacitadas a discorrer sobre o tema sociedade da informação, foi um jovem norte-americano chamado Marc Porat, que, em 1977, publicou um artigo denominado “Implicações Globais na Sociedade da Informação”. Os historiadores ingleses explicam que o texto havia sido encomendado pela Agência de Informação dos Estados Unidos, destacando que as expressões já haviam passado para a linguagem usual durante a década de 1960. A palavra *fluxo*, por exemplo, era então o substantivo em voga. Por sua vez, também a palavra *informação* já havia sido incorporada à expressão *tecnologia da informação* (TI), primeiramente usada nos círculos administrativos e na *teoria da informação* da matemática.<sup>224</sup>

Os meios de divulgação de notícias ganharam papel de destaque quando passaram a transmitir informações em tempo real para todos os lugares do mundo ou, ao menos, àqueles países onde havia a liberdade de imprensa. No entanto, a propagação da informação ganhou contornos ainda mais importantes com o surgimento da internet. Hodiernamente, informações de qualquer espécie são rapidamente acessadas por um número ilimitado de pessoas, marcando a difusão da cultura e do conhecimento de maneira nunca antes vista. Nesse aspecto, considerável é a lição de Fiorillo:

[...] a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação da pessoa humana passaram no século XXI diante de um novo processo civilizatório representativo da manifestação de novas culturas, a ter caráter marcadamente

---

<sup>224</sup> BRIGGS, Asa; BURKE, Peter. **Uma história social da mídia: de Gutenberg à Internet**. Tradução Maria Carmelita Pádua Dias. 2.ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006, p. 259-260.

difuso, particularmente em face das formas, processos e veículos de comunicação de massa, sobretudo com o uso das ondas eletromagnéticas (rádio e telegrama).<sup>225</sup>

Com o surgimento da criminalidade informática, a computação forense ganhou papel fundamental na persecução penal para auxiliar na comprovação da materialidade e descobrimento do autor da infração, o qual tem mais chances de se homiziar no ambiente virtual, dificultando a sua responsabilização criminal. Sob esta perspectiva, Pinheiro e Grochocki<sup>226</sup> fazem pertinentes considerações sobre o direito cibernético, mencionando os quatro pilares que contribuem para o uso malicioso dos recursos tecnológicos.

O primeiro pilar, segundo os autores, diz respeito à computação móvel, onde o usuário tem a liberdade de utilizar os recursos tecnológicos onde estiver, sendo comum a apreensão de aparelhos de telefonia celular ou dispositivos portáteis durante diligências policiais. O segundo pilar estabelecido por Pinheiro e Grochocki está fundado no conceito de social business e social networking, isto é, na capacidade que os usuários (domésticos e corporativos) possuem de gerenciar e comunicar grande número de informações, havendo pela comunicabilidade por intermédio de redes sociais. A computação em nuvem (*cloudingcomputing*) é o terceiro pilar classificado pelos autores, onde o relacionamento de usuários em um ambiente virtualizado. O quarto e último pilar, por seu turno, é o *big data*, relacionado ao grande volume de dados armazenados e disponíveis no ambiente computacional.

O conhecimento de tais pilares é de extrema importância para o operador do direito, notadamente na esfera criminal, tendo em vista que as condutas delituosas estão ganhando novos contornos com a utilização da tecnologia para a prática de crimes contra o patrimônio, crimes sexuais, crimes contra a honra, entre outros. Do mesmo modo, as ciências forenses aplicadas à computação necessitam de constante aperfeiçoamento para uma persecução penal eficiente, capaz de desvendar os delitos informáticos, sem que haja qualquer desrespeito a direitos fundamentais.

Nessa direção, o princípio da dignidade da pessoa humana também deve ser analisado sob a ótica das novas tecnologias, da sociedade informacional e da persecução penal. Sob tal ótica, Serrano pondera que qualquer discussão acerca dos problemas jurídicos

---

<sup>225</sup> FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Princípios constitucionais do Direito da Sociedade da Informação.** A tutela jurídica do meio ambiente digital. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 17-18.

<sup>226</sup> *Op. cit.*, p. 536-537.

começa pelo princípio em comento, objetivo almejado em todos os sistemas legais próprios das sociedades civilizadas:

Vê-se, assim, a dignidade como um valor moral que desagua nos problemas relativos à vida, motivado pelo uso indiscriminado ou inconsequente dos avanços da ciência e da tecnologia sobre o meio ambiente e a saúde, investigando as condições necessárias para um uso responsável dos avanços científicos em face da proteção da vida humana, animal e do meio ambiente.<sup>227</sup>

Nesse mesmo aspecto, Barreto Jr faz importante consideração sobre a Sociedade da Informação e seus reflexos nos direitos humanos, notadamente em relação ao princípio em comento, chamando a atenção dos operadores do Direito para os desdobramentos das novas tecnologias no universo jurídico, capazes de produzirem melhorias e agravos para determinados grupos de pessoas, assim observando:

O operador do Direito, mais do que apenas estar atento para este fenômeno, deve atuar ativamente de forma propositiva e crítica procurando conhecer o porquê e não apenas o como dos elementos normativos que possa ou não fornecer para as relações jurídicas criadas pela Internet e de uma forma geral para as relações de mercado.<sup>228</sup>

É inegável, portanto, que os avanços tecnológicos produziram fenômenos no universo jurídico que exigiram a modificação do pensamento até então fomentado pelos juristas. Um novo paradigma foi descortinado para as relações sociais, gerando conflitos em vários ramos do Direito, os quais desaguaram no judiciário e exigiram novos posicionamentos jurisprudenciais e, até mesmo, inovações legislativas.

Na esfera penal, surgiram controvérsias sobre a necessidade de se tipificar condutas até então inexistentes, mas que ganharam contornos de criminalidade a exigir repressão na órbita da *ultima ratio* do Direito. Fuller e Alcântara, tratando sobre crimes e direitos humanos como uma realidade indissociável na era da sociedade informacional, analisam, com bastante propriedade, a necessidade de tipificação de condutas jurídico-penais em virtude do surgimento da criminalidade informática, sob o enfoque do princípio da dignidade da pessoa humana:

---

<sup>227</sup> *Op. cit.*, p. 90.

<sup>228</sup> BARRETO JR., Irineu Francisco. Dignidade da pessoa humana na Sociedade da Informação. Simão Filho, Adalberto *et al* (coords.). **Direito da Sociedade da Informação**. Temas jurídicos relevantes. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 464.

[...] a busca de tipificação dos crimes praticados no contexto da sociedade da informação deve analisar os aspectos referentes aos bens jurídicos afetados em questão, ou seja, perscrutar se os mesmos envolvem valores que regem a qualidade de vida, implicam em aspectos de realização físico-psíquica existencial de cada um da comunidade em que estão inseridos, bem como observar a relevância dos mesmos em face da convivência social.<sup>229</sup>

É possível elencar, meramente a título de ilustração, condutas delituosas que surgiram a partir dos recursos tecnológicos, que atingiram, de maneira contundente, o patrimônio, a intimidade, a privacidade, a honra, entre outros bens jurídicos de grande importância, e que necessitaram de tipificação penal, visando a prevenção e repressão de tais práticas odiosas, bem como novos paradigmas de persecução penal para a efetiva aplicação do direito material.

A persecução penal pode ser conceituada como os instrumentos e mecanismos empregados pelos agentes da lei, visando a elucidação de um fato criminoso, desenvolvida tanto na fase investigatória, como também na fase judicial, com a produção de material probatório suficiente para a demonstração da materialidade e autoria delitivas. A acepção do vocábulo *persecução* deriva do latim *persecutio* que possui o significado de perseguir, entendida por Oliveira como “o ato de investigar a infração penal, estabelecendo a sua materialidade e a sua autoria”.<sup>230</sup>

O início da *persecutio criminis* se dá com a ocorrência de uma infração penal e instauração do inquérito policial que tem por finalidade a comprovação da materialidade e a reunião de indícios de autoria para a futura proposição da ação penal. O procedimento administrativo, presidido pela autoridade policial, deve assegurar ao investigado todas as garantias previstas na Constituição Federal, em especial a dignidade da pessoa humana, sendo questionável, porém, o efetivo exercício do contraditório e da ampla defesa, princípios afetos mais diretamente à ação penal.

Não é menos certo, porém, que a persecução penal deve guardar relação estreita com o princípio da dignidade da pessoa humana, tendo em vista não ser possível a utilização de instrumentos de investigação e produção probatória em afronta a direitos e garantias

---

<sup>229</sup> FULLER, Greice Patrícia; ALCÂNTARA, Eduardo Sorrentino. **Crimes e direitos humanos: uma realidade indissociável na Sociedade da Informação**. Martini, Sandra Regina; Cavalcanti, Ana Elizabeth Lapa Wanderley (coords.). Movimento entre os Saberes. A Transdisciplinariedade e o Direito. Porto Alegre: Evangraf, 2017, p. 81.

<sup>230</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Corrêa de Almeida. Os direitos fundamentais e a persecução criminal no Delito de Extorsão Mediante Sequestro. Miranda, Jorge; Silva, Marco Antonio Marques da (coords.). **Tratado luso-brasileiro da dignidade humana**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 552.

fundamentais, principalmente diante do surgimento de um processo penal mais humanizado e até mesmo democrático, como ensina Machado:

[...] o processo penal tem sido cada vez mais estruturado por uma intensa rede de normas de caráter democrático, notadamente normas de natureza constitucional e de direitos humanos, proclamadas em todas as Constituições modernas e nos tratados internacionais de direitos do homem, todas elas conferindo a esse ramo do direito um viés nitidamente garantista, com inegáveis reflexos protetivos para o *status dignitatis* dos acusados.<sup>231</sup>

É preciso atentar que, durante a investigação de um ilícito penal, estão em jogo a validade das provas, o respeito à dignidade do investigado e o interesse social de segurança. As provas obtidas por meio ilícito, como já visto, não possuem qualquer valor e serão consideradas inexistentes, devendo, inclusive, serem desentranhadas aos autos. Isto porque, a ilicitude da prova sempre atinge a dignidade do investigado e os demais princípios consagrados pela Constituição Federal. No entanto, há que ser observado a ânsia pela segurança pública e responsabilização criminal daquele que infringiu a norma e atingiu de maneira contundente os bens jurídicos tutelados pelo Estado. E nesse aspecto há um liame, às vezes tênue, onde a persecução penal atinge determinado direito individual, causando a ilicitude da prova, por desrespeito à dignidade humana. Nesse aspecto, significativas são as considerações de Oliveira sobre os direitos fundamentais e a persecução penal:

O que precisa ser considerado ao se discutir o respeito ou não à dignidade da pessoa humana durante a persecução criminal, não é apenas o que a pessoa é ou o que ela fez, mas sim o que nós somos, bem como o que nós precisamos continuar sendo, uma vez que no mais das vezes, somos julgados pelos nossos atos anos depois e por pessoas que não passaram pelas situações que motivaram as nossas decisões e condutas, as quais acabam nos equiparando aos próprios criminosos que nós desrespeitamos em nome da sociedade.<sup>232</sup>

Verifica-se, por mais das vezes, que o pensamento da sociedade sempre está voltado para o direito de punir severamente o transgressor da norma, não importando se, para isso, seja necessária a desconsideração de determinadas garantias individuais, em consonância com o que estabelece o Direito Penal do inimigo. Não é possível olvidar, contudo, que na desconsideração de direitos, o Estado, no exercício do *jus puniendi*, se iguala ao transgressor da norma, e por representar os membros de uma sociedade, acaba por igualar todos os cidadãos ao infrator, consoante posição expressada por Oliveira:

---

<sup>231</sup> MACHADO, Antônio Alberto. **Teoria geral do Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 267.

<sup>232</sup> *Op. cit.*, p. 553.

O respeito ao próximo, à sua condição de ser humano e à sua dignidade como pessoa precisam ser um norte a ser considerado por todos os operadores do direito, independentemente de serem policiais, promotores de justiça ou magistrados, uma vez que os princípios que norteiam as atividades de todos são os mesmos [...] O respeito à dignidade do criminoso é o respeito à dignidade da sociedade e das pessoas que vivem nela, além de ser uma segurança de todos, haja vista o fato de que qualquer um pode ser taxado como criminoso sem o ser.<sup>233</sup>

Nos capítulos seguintes, serão vistos e analisados alguns instrumentos de persecução penal que ganharam relevância na era da sociedade informacional. Tais instrumentos serão estudados com a devida acuidade, levando-se em consideração o dever estatal de investigar e impor uma sanção penal ao transgressor da norma, bem como verificar possíveis violações a direitos fundamentais, sobretudo a dignidade da pessoa humana.

### 3.2 – Videoconferência e o direito de presença do acusado

Questão outra a ser analisada no âmbito da persecução penal na sociedade da informação, face ao princípio da dignidade da pessoa humana, refere-se ao direito de presença do acusado em audiências realizadas por intermédio do sistema de videoconferência. O objetivo buscado é saber se o interrogatório do réu realizado de maneira online prejudica o princípio da ampla defesa, constitucionalmente assegurado, diante da inexistência de contato físico com o juiz natural da causa. Mostra-se imperioso verificar, ainda, se a oitiva de vítimas e testemunhas por videoconferência, bem como o reconhecimento de pessoas e coisas, é medida adequada no processo penal, diante do juízo de certeza exigível para a prolação de um édito condenatório.

A redação original do Código de Processo Penal estabelecia que o interrogatório deveria ser realizado logo após a citação do acusado, antes da audiência de instrução, sendo esta a primeira oportunidade que o réu possuía de se defender, apresentando sua versão sobre os fatos, no exercício de sua autodefesa, e sequer havia a obrigatoriedade da presença de um advogado, mas apenas de um curador na hipótese de ser o acusado menor de 21 anos.

A Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003, trouxe significativas modificações, em conformidade com o sistema de garantias previsto na Constituição Federal, tais como a obrigatoriedade do interrogatório do acusado na presença de advogado, com direito a uma entrevista prévia e reservada; a ratificação do direito ao silêncio e a impossibilidade de sua

---

<sup>233</sup> *Op. cit.*, 554-555.

interpretação em prejuízo da defesa; a divisão do interrogatório em questionamentos sobre a qualificação pessoal do acusado e, posteriormente, acerca dos fatos imputados na exordial acusatória; a possibilidade de reperguntas, etc.

A *novatio legis* supramencionada ainda regulamentou a possibilidade do interrogatório do acusado preso será feito no estabelecimento prisional, em sala própria, desde que estejam garantidas a segurança do juiz e auxiliares, a presença do defensor e a publicidade do ato, previsão que ainda se acha em vigor no ordenamento processual penal.<sup>234</sup> Contudo, tal medida só era empregada diante da total impossibilidade de o réu preso ser conduzido à sala de audiências do fórum, por exemplo, em razão de grave estado de saúde.

Em virtude das dificuldades de deslocamento de réus presos para a realização do interrogatório, ocorridas em razão da distância do local de custódia, risco de fuga, etc., começou a ser fomentada a prática do referido ato processual mediante recurso tecnológico de transmissão de som e imagem em tempo real, como forma de racionalização dos serviços da justiça e agilização do processo, com o desiderato de se evitar o relaxamento da prisão por excesso de prazo na formação da culpa.

No Estado de São Paulo, inclusive, foi promulgada a Lei nº 11.819, de 5 de janeiro de 2005, que dispunha sobre a implantação de aparelhos de videoconferência para interrogatório e audiência de presos à distância, com a finalidade de tornar mais célere a tramitação processual. Todavia, o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, declarou a inconstitucionalidade *incidenter tantum* da referida lei,<sup>235</sup> por entender que a norma invadiu a competência privativa da União para legislar sobre direito processual.<sup>236</sup>

Relativamente a um dos votos vencidos – o qual parece mais adequado e coerente, sem que haja desrespeito a direitos fundamentais, notadamente a dignidade da pessoa humana – da lavra da ministra relatora Ellen Gracie, foi considerada perfeitamente

---

<sup>234</sup> Art. 185. O acusado que comparecer perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado na presença de seu defensor, constituído ou nomeado. § 1º. O interrogatório do acusado preso será feito no estabelecimento prisional em que se encontrar, em sala própria, desde que estejam garantidas a segurança do juiz e auxiliares, a presença do defensor e a publicidade do ato. Inexistindo a segurança, o interrogatório será feito nos termos do Código de Processo Penal.

<sup>235</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 90.900/SP**. *Habeas corpus*. Processual penal e constitucional. Interrogatório do réu. Videoconferência. Lei nº 11.819/05 do Estado de São Paulo. Inconstitucionalidade formal. Competência exclusiva da União para legislar sobre matéria processual. Art. 22, I, da Constituição Federal. 1. A Lei nº 11.819/05 do Estado de São Paulo viola, flagrantemente, a disciplina do art. 22, inciso I, da Constituição da República, que prevê a competência exclusiva da União para legislar sobre matéria processual. 2. *Habeas corpus* concedido. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000163190&base=baseAcordaos>. Acesso em: 4 nov. 2018.

<sup>236</sup> Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho.

constitucional, formal e materialmente, a realização de interrogatório mediante videoconferência, em virtude da previsão contida na Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo), ratificada pelo Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004.<sup>237</sup> Aduziu a relatora que o tema em questão envolve procedimento, e não processo penal, razão pela qual autoriza a edição de lei estadual para regulá-lo,<sup>238</sup> salientando que não há qualquer modificação da natureza do ato processual, mas apenas a sua forma de concretização, mediante a utilização de meio tecnológico, capaz de proporcionar maior celeridade e economia à instrução criminal, além de viabilizar o atendimento a interesses coletivos como a segurança pública.

No que tange à preservação dos direitos fundamentais, observou a relatora que a possibilidade de comunicação telefônica prévia do réu com seu advogado, em tempo real, não limita ou exclui a necessária privacidade, tratando-se, tão somente, de maneira diversa de contato direto entre os sujeitos processuais, o que se mostra em perfeita consonância com a garantia da ampla defesa e o devido processo legal. A alegação de necessidade da presença física do juiz natural foi rechaçada pela relatora, ao argumento de não haver diminuição da possibilidade de se verificar as características relativas à personalidade, condição socioeconômica, estado psíquico do acusado, entre outras, em virtude da possibilidade de interrogatório por intermédio de carta precatória.

Posteriormente, o Supremo Tribunal Federal, em decisão à época emblemática, concedeu ordem de *habeas corpus* impetrado em favor de paciente cujo interrogatório foi realizado por videoconferência, em razão da ausência de previsão legal para a utilização do recurso tecnológico, por entender que houve limitação ao exercício da ampla defesa, bem como insulto às regras ordinárias do local de realização dos atos processuais penais e às garantias constitucionais da igualdade e da publicidade.<sup>239</sup>

---

<sup>237</sup> 18. Se for possível e em conformidade com os princípios fundamentais do direito interno, quando uma pessoa que se encontre no território de um Estado Parte deva ser ouvida como testemunha ou como perito pelas autoridades judiciais de outro Estado Parte, o primeiro Estado Parte poderá, a pedido do outro, autorizar a sua audição por videoconferência, se não for possível ou desejável que a pessoa compareça no território do Estado Parte requerente. Os Estados Partes poderão acordar em que a audição seja conduzida por uma autoridade judicial do Estado Parte requerente e que a ela assista uma autoridade judicial do Estado Parte requerido.

<sup>238</sup> Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: XI - procedimentos em matéria processual.

<sup>239</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 88.914-0. AÇÃO PENAL**. Ato processual. Interrogatório. Realização mediante videoconferência. Inadmissibilidade. Forma singular não prevista no ordenamento jurídico. Ofensa a cláusulas do justo processo da lei (*due process of law*). Limitação ao exercício da ampla defesa, compreendidas a autodefesa e a defesa técnica. Insulto às regras ordinárias do local de realização dos atos processuais penais e às garantias constitucionais da igualdade e da publicidade. Falta, ademais, de citação do réu preso, apenas instado a comparecer à sala da cadeia pública, no dia do interrogatório. Forma do ato determinada sem motivação alguma. Nulidade processual caracterizada. HC concedido para renovação do

Tema bastante controvertido em seu nascedouro, a videoconferência encontrou bastante resistência, ao argumento de ser uma forma atentatória aos direitos fundamentais do acusado, afirmando-se que os recursos tecnológicos não têm o condão de suprimir solenidades judiciais indispensáveis à garantia da ampla defesa e do contraditório. No ano de 2008, Antunes chegou a afirmar que a presença do magistrado simboliza para o acusado e para a sociedade a soberania do Poder Judiciário, sendo impossível a adoção de soluções engenhosas do ponto de vista da tecnologia, mas comprometedoras do ponto de vista da dignidade da pessoa humana, enfatizando:

O interrogatório por vídeo-conferência agride a dignidade do ser humano acusado, solapa a autoridade do Poder Judiciário e desmoraliza a imagem dos mecanismos de Justiça. A adoção do tele-interrogatório implica, na verdade, em odiosa segregação e perigosa ruptura do dever jurisdicional, pondo em risco o próprio Estado de Direito. Seu uso, portanto, deve ser banido, sob pena de pagarmos um preço muito alto do ponto de vista da própria sobrevivência das instituições democráticas, ainda não completamente consolidadas entre nós.<sup>240</sup>

A questão foi definitivamente solucionada com a edição da Lei nº 11.900, de 8 de janeiro de 2009, que alterou dispositivos do Código de Processo Penal e passou a prever a possibilidade de realização de interrogatório e outros atos processuais por sistema de videoconferência, buscando dar maior efetividade à prática de atos processuais já existentes no ordenamento processual, como asseveram Demercian e Maluly, em consonância com o voto vencido da relatora Ellen Gracie, acima mencionado:

Representa um avanço tecnológico, telemático, que auxilia a realização do processo, pelo uso combinado do computador e dos meios de comunicação. Não há qualquer mudança do rito processual em si, mas apenas do meio de sua execução. Não se trata da introdução de uma normal processual, mas, tão somente, de um veículo para o cumprimento das regras legais já existentes.<sup>241</sup>

---

processo desde o interrogatório, inclusive. Inteligência dos arts. 5º, LIV, LV, LVII, XXXVII e LIII, da CF, e 792, *caput* e § 2º, 403, 2ª parte, 185, *caput* e § 2º, 192, § único, 193, 188, todos do CPP. Enquanto modalidade de ato processual não prevista no ordenamento jurídico vigente, é absolutamente nulo o interrogatório penal realizado mediante videoconferência, sobretudo quando tal forma é determinada sem motivação alguma, nem citação do réu. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=489888>. Acesso em: 4 nov. 2018.

<sup>240</sup> ANTUNES, Eduardo Augusto Muylaert. O interrogatório por vídeo-conferência e a dignidade da pessoa humana. Miranda, Jorge; Da Silva, Marco Antonio Marques (coords.). **Tratado luso-brasileiro da dignidade humana**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 587.

<sup>241</sup> DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. **Curso de Processo Penal**. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 345.

Não se olvide, demais disso, a perfeita consonância com o princípio da eficiência, insculpido na Constituição Federal,<sup>242</sup> que exige maior qualidade na prestação dos serviços públicos. Assim, o interrogatório por videoconferência evita deslocamento das partes a grandes distâncias, impede o cancelamento de audiências diante da não apresentação de réu preso, aumenta a segurança pública, evitando o risco de fuga e resgate, economiza o dinheiro gasto com a escolta e transporte de detentos, acelera consideravelmente a tramitação dos processos criminais, entre outras vantagens.

No que concerne ao direito comparado, Lopes<sup>243</sup> aponta que o Código chileno prevê expressamente a inquirição por intermédio da videoconferência, inserida no ordenamento jurídico do país em junho de 2003, a pedido do Ministério Público, agregando um inciso no artigo 329, do Código de Processo Penal, estabelecendo:

Los testigos y peritos que, por algún motivo grave y difícil de superar no pudieren comparecer a declarar a la audiencia del juicio, podrán hacerlo a través de videoconferencia o a través de cualquier otro medio tecnológico apto para su interrogatorio y contrainterrogatorio. La parte que los presente justificará su petición en una audiencia previa que será especialmente citada al efecto, debiendo aquéllos comparecer ante el tribunal con competencia en materia penal más cercano al lugar donde se encuentren.<sup>244</sup>

Dissertando sobre a utilização de novas tecnologias no processo penal espanhol, Yokaichiya<sup>245</sup> afirma que a questão suscita debates interessantes quanto à busca de elementos de convicção para a fundamentação do magistrado na sentença penal, apontando as diretrizes adotadas pelo sistema processual daquele país para a admissão de modalidades inéditas de provas. Esclarece a autora que a videoconferência é meio excepcional de produção de provas, admitida desde que o sistema utilizado permita a comunicação em duas

<sup>242</sup> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte.

<sup>243</sup> LOPES, Mariângela Tomé. O sistema probatório no Código de Processo Penal chileno. Fernandes, Antonio Scarance; Almeida, José Raul Gavião de; Moraes, Maurício Zanoide de (coords.). **Provas no processo penal**. Estudo comparado. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 171.

<sup>244</sup> CHILE. **Código Procesal Penal**. Disponível em: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=176595> . Acesso em: 10 nov. 2018. Tradução livre: Testemunhas e especialistas que, por alguma razão séria e difícil de superar, que não possam comparecer para testemunhar na audiência de julgamento, podem fazê-lo através de videoconferência ou através de qualquer outro meio tecnológico adequado para interrogatório e contrainterrogatório. A parte que os apresentar justificará seu pedido em uma audiência prévia que será especialmente convocada para o propósito, devendo comparecer perante o tribunal com competência em matéria penal mais próxima do local onde se encontram.

<sup>245</sup> YOKAICHIYA, Cristina Emy. A utilização de novas tecnologias no processo penal espanhol. Reflexões sobre a tipicidade e atipicidade em matéria probatória. Fernandes, Antonio Scarance; Almeida, José Raul Gavião de; Moraes, Maurício Zanoide de (coords.). **Provas no processo penal**. Estudo comparado. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 335.

direções e simultânea de imagem e som, além da intervenção visual, auditiva e verbal entre os interlocutores, com o desiderato de se garantir do direito de defesa e o contraditório entre as partes.

Nucci ressalta que a realização do interrogatório por intermédio de videoconferência é medida excepcional, devendo ser observadas as hipóteses previstas no Código de Processo Penal,<sup>246</sup> mediante decisão judicial fundamentada, por entender que a sua utilização se equipara a uma medida cautelar constritiva, tal como a prisão preventiva, e jamais pode ser feita sem o devido zelo e cuidado.<sup>247</sup>

Os seguintes argumentos são externados por aqueles que se opõe à utilização do recurso tecnológico para o interrogatório do acusado e oitiva de vítimas e testemunhas: a) ausência de contato pessoal entre o réu e o juiz natural da causa, em afronta ao princípio da ampla defesa; b) afronta ao princípio da confrontação das provas, diante da ausência do

---

<sup>246</sup> Art. 185. O acusado que comparecer perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado na presença de seu defensor, constituído ou nomeado.

§ 1º. O interrogatório do réu preso será realizado, em sala própria, no estabelecimento em que estiver recolhido, desde que estejam garantidas a segurança do juiz, do membro do Ministério Público e dos auxiliares bem como a presença do defensor e a publicidade do ato.

§ 2º. Excepcionalmente, o juiz, por decisão fundamentada, de ofício ou a requerimento das partes, poderá realizar o interrogatório do réu preso por sistema de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, desde que a medida seja necessária para atender a uma das seguintes finalidades:

I - prevenir risco à segurança pública, quando exista fundada suspeita de que o preso integre organização criminosa ou de que, por outra razão, possa fugir durante o deslocamento;

II - viabilizar a participação do réu no referido ato processual, quando haja relevante dificuldade para seu comparecimento em juízo, por enfermidade ou outra circunstância pessoal;

III - impedir a influência do réu no ânimo de testemunha ou da vítima, desde que não seja possível colher o depoimento destas por videoconferência, nos termos do art. 217 deste Código;

IV - responder à gravíssima questão de ordem pública.

§ 3º. Da decisão que determinar a realização de interrogatório por videoconferência, as partes serão intimadas com 10 (dez) dias de antecedência.

§ 4º. Antes do interrogatório por videoconferência, o preso poderá acompanhar, pelo mesmo sistema tecnológico, a realização de todos os atos da audiência única de instrução e julgamento de que tratam os arts. 400, 411 e 531 deste Código.

§ 5º. Em qualquer modalidade de interrogatório, o juiz garantirá ao réu o direito de entrevista prévia e reservada com o seu defensor; se realizado por videoconferência, fica também garantido o acesso a canais telefônicos reservados para comunicação entre o defensor que esteja no presídio e o advogado presente na sala de audiência do Fórum, e entre este e o preso.

§ 6º. A sala reservada no estabelecimento prisional para a realização de atos processuais por sistema de videoconferência será fiscalizada pelos corregedores e pelo juiz de cada causa, como também pelo Ministério Público e pela Ordem dos Advogados do Brasil.

§ 7º. Será requisitada a apresentação do réu preso em juízo nas hipóteses em que o interrogatório não se realizar na forma prevista nos §§ 1º e 2º deste artigo.

§ 8º. Aplica-se o disposto nos §§ 2º, 3º, 4º e 5º deste artigo, no que couber, à realização de outros atos processuais que dependam da participação de pessoa que esteja presa, como acareação, reconhecimento de pessoas e coisas, e inquirição de testemunha ou tomada de declarações do ofendido.

§ 9º. Na hipótese do § 8º deste artigo, fica garantido o acompanhamento do ato processual pelo acusado e seu defensor.

<sup>247</sup> *Op. cit.*, p. 87.

acusado na audiência; c) desrespeito ao princípio da dignidade da pessoa humana; d) ofensa a tratados internacionais que garantem o direito de presença do acusado nas audiências; e) desatendimento do princípio da publicidade dos atos processuais, em virtude de o acusado se encontrar em estabelecimento prisional.

Todas as objeções acima mencionadas são refutáveis, diante da inexistência de qualquer prejuízo ao acusado na realização da videoconferência. Não se vislumbra, em primeiro lugar, ofensa ao princípio da ampla defesa, seja no sentido da autodefesa ou da defesa técnica, tendo em vista que o recurso tecnológico permite a livre manifestação do réu durante seu interrogatório, em tempo real, na presença do magistrado, tendo liberdade para expor a sua tese defensiva e refutar a imputação que pesa em seu desfavor. Barros acrescenta, ainda, que o juiz, em tempo real, pode colher todas as impressões necessárias para que possa firmar a sua convicção, “seja diante do que registrar por audição, seja em razão do que apurar visualmente em relação às expressões corporais e faciais demonstradas pelo acusado”.<sup>248</sup> Ademais, todos os atos processuais são realizados na presença do Ministério Público e do advogado, os quais podem se insurgir diante de eventuais irregularidades.

A confrontação das provas produzidas em audiência, por outro lado, pode ser efetuada através de acesso a canais telefônicos reservados para comunicação entre o defensor que esteja no presídio e o advogado presente na sala de audiência do fórum. Fernandes conceitua que a garantia da autodefesa é manifestada, entre outros aspectos, pelo direito de presença, “por meio do qual se assegura ao acusado a oportunidade de, ao lado de seu defensor, acompanhar os atos de instrução, auxiliando-o na realização da defesa”.<sup>249</sup> Porém, em nenhum momento a videoconferência impede o efetivo exercício da autodefesa, diante da existência de uma linha direta e reservada onde o acusado e seu defensor podem dialogar o tempo que reputarem necessário para o esclarecimento de dúvidas, podendo o réu sugerir a formulação de reperguntas para serem formuladas a vítimas e testemunhas, oportunizando-se, assim, o contraditório judicial.

Não há que se falar, de igual modo, em ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana. Ao revés, haveria ofensa a esse direito fundamental na hipótese da locomoção do preso, que muitas vezes é obrigado a viajar por várias horas para o deslocamento entre o presídio e o fórum, em transporte inadequado, sem condições de higiene ou conforto, passando grande período sem refeição, bem como sendo obrigado a se submeter a inúmeras

---

<sup>248</sup> *Op. cit.*, p. 259.

<sup>249</sup> *Op. cit.*, p. 266.

revistas até a sua chegada na sala de audiências, tudo isso sob o único fundamento de que deve estar na presença física do magistrado.

Noutro aspecto, se há tratados internacionais que asseguram o direito de presença do acusado nos atos processuais, a Convenção de Palermo, alhures mencionada, fomenta a realização da videoconferência nos casos de criminalidade organizada transnacional, mas que também possui a finalidade de se propiciar maior segurança aos juízes, membros do Ministério Público e serventuários da justiça, sem olvidar a população em geral e o próprio detento.

Por derradeiro, também não se justifica o argumento de ofensa à publicidade dos atos processuais, pois, como preleciona Barros, o videointerrogatório, a teleaudiência ou qualquer outro ato processual realizado por meio de videoconferência pode ser objeto de publicidade ainda maior do que permitem as limitações físicas de uma Vara Criminal, elencando como exemplo um caso de grande repercussão, onde o juiz ou o tribunal pode facultar a divulgação da audiência, com o desiderato de se ampliar a transparência do julgamento.<sup>250</sup>

Cumprir observar que a Resolução nº 105, de 6 de abril de 2010, do Conselho Nacional de Justiça, mais precisamente em seu artigo 6º, prevê a possibilidade de o acusado solto ser interrogado mediante videoconferência, quando houver dificuldade para o seu comparecimento em Juízo, por enfermidade ou outra circunstância pessoal.

Acerca da conveniência de inquirição de vítimas e testemunhas por intermédio da videoconferência, Sampaio considera que, nos termos da disposição contida no Código de Processo Penal,<sup>251</sup> não será mais necessária a presença dos depoentes na mesma sala de audiências que o acusado, o que traz considerável desconforto àqueles. Consoante o autor, para que minimize eventual humilhação, temor ou sério constrangimento à testemunha e ao ofendido, o julgador, de maneira fundamentada, fará sua inquirição por intermédio da videoconferência, acrescentando:

Nesta hipótese o legislador processual penal brasileiro, sopesando a imediação do exame das provas, em relação a uma maior busca da formação do convencimento do juiz com a presença da testemunha e, por outro lado, o sacrifício da imediação

---

<sup>250</sup> *Op. cit.*, p. 260.

<sup>251</sup> Art. 217. Se o juiz verificar que a presença do réu poderá causar humilhação, temor, ou sério constrangimento à testemunha ou ao ofendido, de modo que prejudique a verdade do depoimento, fará a inquirição por videoconferência e, somente na impossibilidade dessa forma, determinará a retirada do réu, prosseguindo na inquirição, com a presença do seu defensor.

em prol da garantia da presença do acusado, optou pela escolha constitucional da primeira.<sup>252</sup>

Outro aspecto a ser observado, no que concerne à inquirição de testemunhas por videoconferência, diz respeito aos depoentes que residem em comarca diversa daquela em que está tramitando o processo, havendo a previsão legal para a utilização do recurso tecnológico em comento.<sup>253</sup> A disposição incluída pela Lei nº 11.900, de 8 de janeiro de 2009, contribui para a concentração dos atos processuais previstos em uma única audiência. Além disso, a medida contribui para o exercício da ampla defesa, pois nem sempre acusado e defensor têm a faculdade de se deslocar para outra cidade, a fim de acompanhar o depoimento de uma testemunha. Não se olvide, ainda, que a inquirição pelo sistema de videoconferência se coaduna com o princípio da identidade física do juiz, previsto no ordenamento processual em vigor,<sup>254</sup> permitindo melhor juízo de valor no momento da prolação da sentença.

Não se vislumbra, desse modo, ofensa ao direito de presença e, conseqüentemente, ao princípio da dignidade da pessoa humana, na realização de audiências por intermédio da videoconferência. Os recursos tecnológicos bem utilizados devem contribuir para a busca da verdade real, desde que respeitados os direitos fundamentais do acusado, notadamente a ampla defesa e o contraditório. Não é possível, contudo, contrariar a utilização da teleaudiência somente com a intenção de provocar nulidades ou causar tumulto processual, mas somente quando houver efetivo prejuízo, a ensejar a anulação da prova, o que dificilmente será observado no caso concreto.

### 3.3 – Infiltração de agentes em meio virtual em face do direito à intimidade e vida privada

A infiltração de agentes em meio virtual é extremamente importante e eficaz para o combate aos crimes contra a dignidade sexual de criança e adolescente, sobretudo na

---

<sup>252</sup> *Op. cit.*, p. 268.

<sup>253</sup> Art. 222. A testemunha que morar fora da jurisdição do juiz será inquirida pelo juiz do lugar de sua residência, expedindo-se, para esse fim, carta precatória, com prazo razoável, intimadas as partes.

§ 3º. Na hipótese prevista no *caput* deste artigo, a oitiva de testemunha poderá ser realizada por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, permitida a presença do defensor e podendo ser realizada, inclusive, durante a realização da audiência de instrução e julgamento.

<sup>254</sup> Art. 399. Recebida a denúncia ou queixa, o juiz designará dia e hora para a audiência, ordenando a intimação do acusado, de seu defensor, do Ministério Público e, se for o caso, do querelante e do assistente.

§ 2º. O juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença.

sociedade da informação, onde imagens indevidas podem ser propagadas a um número incalculável de pessoas, em extrema velocidade, o que atinge de maneira mais contundente o bem jurídico tutelado. Além disso, o aliciamento de jovens para a exploração sexual, conduta odiosa que gera lucro a organizações criminosas, ganha enorme proporção com a difusão de programas sexuais por intermédio da internet.

No passado, os abusadores de crianças e adolescentes utilizavam uma maneira de abordagem bastante tradicional para a aproximação das vítimas. Era comum o oferecimento de doces ou pequenas quantias em dinheiro, a fim de ganhar a confiança da vítima e, com isso, satisfazer a própria concupiscência, mediante a realização de fotos ou filmagens eróticas e, nos casos mais graves, a efetiva prática sexual. Comumente, essa abordagem era feita por abusadores próximos da vítima, tais como amigos, vizinhos ou até mesmo familiares.

Na era informática, os abusadores se utilizam de outro tipo de abordagem para a escolha de suas vítimas, denominada por Polastro e Eleutério como sendo a *abordagem virtual*, enfatizando os autores sobre a possibilidade de anonimato durante os primeiros contatos entabulados, o que possibilita um maior alcance de crianças e adolescentes. Em um primeiro momento, o abusador emprega recursos para ganhar a confiança de suas vítimas, apresentando-se como um simples amigo virtual, para, posteriormente, com desfaçatez, enviar e trocar mensagens de conteúdo erótico (*texting*) e fotos de nudez ou cenas de sexo (*sexting*).<sup>255</sup>

Há pouco tempo, as salas de bate papo, denominadas *chat*, eram bastante utilizadas por abusadores de crianças e adolescentes, que muitas vezes se passavam por pessoas mais jovens ou de outro sexo para ganhar a confiança das vítimas por intermédio do ambiente virtual. Conquistada a credibilidade, os abusadores tentavam conseguir uma forma de comunicação direta com as vítimas e geralmente passavam a utilizar programas de comunicação instantânea, tais como o *MSM Messenger* e o *ICQ*, onde também era possível a prática da pornografia infantil, com a troca de fotografias e visualizações em tempo real por intermédio de um *webcam*.

Mais recentemente, as redes sociais (*Orkut, Facebook, Instagram, etc.*) passaram a ser largamente utilizadas para a nefasta finalidade da pornografia infantil. Utilizando um

---

<sup>255</sup> POLASTRO, Mateus de Castro; ELEUTÉRIO, Pedro Monteiro da Silva. Exames relacionados à pornografia infanto-juvenil. Velho, Jesus Antônio (coord.). **Tratado de computação forense**. Campinas: Millennium, 2016, p. 249-250.

perfil falso, os abusadores aproximam-se de suas vítimas, conseguindo conquistar a confiança delas em razão das preferências pessoais externadas em suas páginas, tais como músicas, filmes, comidas e passeios.

Com o surgimento dos recursos tecnológicos, notadamente a difusão da comunicação em passada por intermédio da internet, novas terminologias surgiram acerca de temática em apreço, tais como *child texting* (troca de mensagens de texto de conteúdo erótico envolvendo crianças e adolescentes), *child sexting* (fotografias e vídeos pornográficos envolvendo menores de idade) e *child grooming* (aliciamento de crianças e adolescentes para a exploração sexual).

Caso emblemático ocorreu no ano de 1997, com a denominada *Operação Cathedral*, ocasião em que uma menina de oito anos, participando de uma festa do pijama na casa de uma colega de escola, foi estuprada por um pedido do pai da amiga para o entretenimento de uma dúzia de pedófilos conectados à internet em quatro países diferentes. O abuso de Allison por Ronald Riva ocorreu na cidade rural de Greenfield, Califórnia. Dormindo no quarto de sua amiga, ela foi acordada pelo abusador e conduzida a uma sala onde havia equipamentos de informática. Nesse local, o abusador utilizou um *webcam* para transmitir os abusos sexuais perpetrados em tempo real para membros de um clube internacional de pedofilia chamado *Orchid*.

Durante os abusos, os membros enviaram mensagens, que apareciam na tela do computador de Riva, pedindo-lhe para realizar atos sexuais específicos com a vítima, pedidos esses que eram prontamente atendidos. Diante de tais fatos, houve o rompimento da maior rede mundial de pornografia na internet até então investigada, com ramificações na Grã-Bretanha, América, Europa e Austrália, revelando-se a existência do *Wonderland*, organização criada por dois pedófilos americanos, cuja participação se dava apenas por convite.

Tratava-se de um clube de internet sofisticado, onde seus membros criaram uma imensa biblioteca de material contendo pornografia infantil. Descobriu-se que seus integrantes chegaram a compartilhar mais de 120.000 imagens pornográficas entre si. A apuração constatou, ainda, que algumas das crianças fotografadas e filmadas tinham apenas três meses de idade e a grande maioria contava com menos de 10 anos. Para o ingresso no clube, os membros em potencial eram submetidos a um processo de verificação online sobre suas preferências sexuais e também eram obrigados a enviar 10.000 novas imagens como

uma pré-condição de aceitação, ocasião em que os membros que já participavam da organização votaram sobre a admissão do candidato.

Durante a operação policial para o desmantelamento da rede, cuidadosamente sincronizada em 2 de setembro de 1998, cerca de 100 pessoas foram detidas nos continentes americano, europeu e australiano. Os oficiais encarregados da operação apreenderam toneladas de equipamentos de informática, dos quais especialistas extraíram 750 mil imagens contendo cenas pornográficas entre crianças e adolescentes, bem como 1.800 vídeos. <sup>256</sup>

Polastro e Eleutério discorrem sobre as técnicas computacionais empregadas para a identificação de arquivos de pornografia infanto-juvenil, como uma das áreas da computação forense, destacando, entre os principais métodos de investigação, o uso do *hash* criptográfico (comparação dos valores *hash* para identificar a presença de pornografia infanto-juvenil em dispositivos de informática), verificação de nomes de arquivos compartilhados (entre as expressões e palavras-chave mais usadas estão *babyj*, *babyshivid*, *childporn*, *childsex*, *pedo*, *pedofilia*, *pedoland*, etc.), detecção automática de nudez (análises de *pixels* de imagens buscando identificar aquelas que contenham cor de pele humana), identificação de padrões de movimentos (*motion detection*) e da análise de áudio (vídeos de conteúdo sexual possuem determinados padrões de movimento, enquanto os áudios apresentam padrões de repetição), exames em locais de busca e apreensão, perícias laboratoriais, entre outros. <sup>257</sup>

Desse modo, a infiltração de agentes constitui um aperfeiçoamento dos instrumentos de investigação até então utilizados, mas que se apresenta como um método bastante delicado, uma vez que várias garantias devem ser observadas. Note-se, em primeiro lugar, que o agente policial tem sua atuação delimitada por autorização judicial, sobretudo em relação aos mecanismos a serem utilizados para a obtenção da prova, podendo responder por eventuais excessos, mas, em contrapartida, deve ter resguardada a sua integridade física e preservada a ocultação de sua verdadeira identidade.

Malgrado a repugnância da pornografia infanto-juvenil e a gravidade da conduta de exploração sexual de crianças e adolescentes, Fuller e Gallinaro discorrem sobre a importância de se preservar os direitos e garantias da pessoa investigada, não somente em

---

<sup>256</sup> Disponível em: <https://www.telegraph.co.uk/news/uknews/1322551/Girl-8-raped-to-order-on-the-internet.html>. Acesso em 25 out. 2018.

<sup>257</sup> *Op. cit.*, p. 258-264.

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. Além disso, prelecionam que não é possível olvidar a preservação da intimidade e privacidade das vítimas e terceiros, sobretudo quando se trata de crime praticado contra a dignidade sexual de criança e de adolescente.<sup>258</sup>

Wolff discorre sobre o caráter excepcional da infiltração de agentes, chamando a atenção para três aspectos. O primeiro diz respeito à extrema vulneração da intimidade do investigado, que muitas vezes pode ir além do objeto de investigação. A ação realizada pelo agente infiltrado permite, o mais das vezes, grande aproximação com o investigado, possibilitando a descoberta de fatos de sua vida pessoal, absolutamente desvinculado com o objeto da persecução penal.

Aponta, ainda, a possibilidade de vulneração da intimidade de terceiros, como familiares e amigos do investigado, que não guardam nenhuma relação com os fatos delituosos praticados e que, por conseguinte, não podem sofrer qualquer tipo de responsabilização, ainda que indireta, em virtude do princípio da personalidade da pena, também conhecido como intranscendência, consagrado pela Constituição Federal.<sup>259</sup>

Ressalta, por fim, que a excepcionalidade da infiltração de agentes tem por base o uso de artil por parte de agentes públicos, que não deve ser a regra, mas sim a exceção.<sup>260</sup> Logo, o Estado só pode autorizar o policial à prática de condutas enganosas e ilegais em situações onde há um bem maior a ser tutelado, assim como a dignidade sexual de crianças e adolescentes.

Com a observância das cautelas supramencionadas, a infiltração de agentes para o desbaratamento de associações criminosas e elucidação de ilícitos penais conquistou avanços na órbita legislativa. A Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995, atualmente revogada, dispunha sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas e previa a possibilidade de infiltração por agentes de

---

<sup>258</sup> FULLER, Greice Patrícia; GALLINARO, Fábio. A infiltração de agentes em meio virtual sob a égide da dignidade da pessoa humana: uma análise da Lei 13.441, de 8 de maio de 2017. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 995, ano 107, p. 181.

<sup>259</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;

<sup>260</sup> WOLFF, Rafael. Infiltração de agentes por meio virtual. Da Silva, Ângelo Roberto Ilha (coord). **Crimes cibernéticos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 217.

polícia ou de inteligência, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes, mediante circunstanciada autorização judicial.

Semelhante dispositivo foi introduzido na Lei nº 10.409, de 11 de janeiro de 2002, igualmente revogada, que dispunha sobre a prevenção, o tratamento, a fiscalização, o controle e a repressão à produção, ao uso e ao tráfico ilícitos de produtos, substâncias ou drogas ilícitas que causem dependência física ou psíquica, assim elencados pelo Ministério da Saúde, e possibilitava a infiltração de policiais em quadrilhas, grupos, organizações ou bandos, com o objetivo de colher informações sobre operações ilícitas desenvolvidas no âmbito dessas associações.

A Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006, por sua vez, instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (SISNAD), prescreveu medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas, estabeleceu normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas, definiu crimes e regulou a infiltração de agentes em tarefas de investigação.<sup>261</sup> Do mesmo modo, a Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, definiu organização criminosa e dispôs sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal, além de regulamentar a infiltração, por policiais, em atividade de investigação.<sup>262</sup>

---

<sup>261</sup> Art. 53. Em qualquer fase da persecução criminal relativa aos crimes previstos nesta Lei, são permitidos, além dos previstos em lei, mediante autorização judicial e ouvido o Ministério Público, os seguintes procedimentos investigatórios:

I - a infiltração por agentes de polícia, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes;

<sup>262</sup> 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.

§ 1º. Na hipótese de representação do delegado de polícia, o juiz competente, antes de decidir, ouvirá o Ministério Público.

§ 2º. Será admitida a infiltração se houver indícios de infração penal de que trata o art. 1º e se a prova não puder ser produzida por outros meios disponíveis.

§ 3º. A infiltração será autorizada pelo prazo de até 6 (seis) meses, sem prejuízo de eventuais renovações, desde que comprovada sua necessidade.

§ 4º. Findo o prazo previsto no § 3º, o relatório circunstanciado será apresentado ao juiz competente, que imediatamente cientificará o Ministério Público.

§ 5º. No curso do inquérito policial, o delegado de polícia poderá determinar aos seus agentes, e o Ministério Público poderá requisitar, a qualquer tempo, relatório da atividade de infiltração.

Art. 11. O requerimento do Ministério Público ou a representação do delegado de polícia para a infiltração de agentes conterão a demonstração da necessidade da medida, o alcance das tarefas dos agentes e, quando possível, os nomes ou apelidos das pessoas investigadas e o local da infiltração.

Art. 12. O pedido de infiltração será sigilosamente distribuído, de forma a não conter informações que possam indicar a operação a ser efetivada ou identificar o agente que será infiltrado.

§ 1º. As informações quanto à necessidade da operação de infiltração serão dirigidas diretamente ao juiz competente, que decidirá no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, após manifestação do Ministério Público na

É cediço que as inovações legislativas acima mencionadas provocaram considerável avanço na persecução penal, com a possibilidade de infiltração de agentes para o desbaratamento de organizações criminosas, em consonância com a Convenção das Nações Unidas contra o crime organizado transacional, também conhecida como Convenção de Palermo, ratificada pelo Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004, que permitiu a utilização de técnicas especiais de investigação, a fim de combater eficazmente a criminalidade organizada,<sup>263</sup> cabendo aos países signatários regulamentar internamente, a instrumentalização da *persecutio criminis*.

Na Espanha, a infiltração de agentes policiais em meio virtual foi regulamentada pela Lei Orgânica nº 13/2015, que inseriu novos dispositivos legais na Lei Orgânica nº 5/1999, estabelecendo que o juiz de instrução pode autorizar funcionários da polícia judiciária a atuar sob identidade preservada em comunicações mantidas em canais fechados de comunicação virtual, a fim de esclarecer crimes cometidos por organizações criminosas. Ademais, o agente infiltrado, mediante autorização específica, pode trocar ou enviar arquivos ilegais, por meio virtual, bem como analisar os resultados, visando a identificação de outros arquivos ilícitos e, no decurso de uma investigação conduzida pelo agente infiltrado, o juiz competente poderá autorizar a obtenção de imagens e gravação de conversas, mantidas entre o agente e investigado, em determinado ambiente virtual:

---

hipótese de representação do delegado de polícia, devendo-se adotar as medidas necessárias para o êxito das investigações e a segurança do agente infiltrado.

§ 2º. Os autos contendo as informações da operação de infiltração acompanharão a denúncia do Ministério Público, quando serão disponibilizados à defesa, assegurando-se a preservação da identidade do agente.

§ 3º. Havendo indícios seguros de que o agente infiltrado sofre risco iminente, a operação será sustada mediante requisição do Ministério Público ou pelo delegado de polícia, dando-se imediata ciência ao Ministério Público e à autoridade judicial.

Art. 13. O agente que não guardar, em sua atuação, a devida proporcionalidade com a finalidade da investigação, responderá pelos excessos praticados.

Parágrafo único. Não é punível, no âmbito da infiltração, a prática de crime pelo agente infiltrado no curso da investigação, quando inexigível conduta diversa.

Art. 14. São direitos do agente:

I - recusar ou fazer cessar a atuação infiltrada;

II - ter sua identidade alterada, aplicando-se, no que couber, o disposto no art. 9º da Lei no 9.807, de 13 de julho de 1999, bem como usufruir das medidas de proteção a testemunhas;

III - ter seu nome, sua qualificação, sua imagem, sua voz e demais informações pessoais preservadas durante a investigação e o processo criminal, salvo se houver decisão judicial em contrário;

IV - não ter sua identidade revelada, nem ser fotografado ou filmado pelos meios de comunicação, sem sua prévia autorização por escrito.

<sup>263</sup> Artigo 20. Técnicas especiais de investigação. 1. Se os princípios fundamentais do seu ordenamento jurídico nacional o permitirem, cada Estado Parte, tendo em conta as suas possibilidades e em conformidade com as condições prescritas no seu direito interno, adotará as medidas necessárias para permitir o recurso apropriado a entregas vigiadas e, quando o considere adequado, o recurso a outras técnicas especiais de investigação, como a vigilância eletrônica ou outras formas de vigilância e as operações de infiltração, por parte das autoridades competentes no seu território, a fim de combater eficazmente a criminalidade organizada.

Dos. Se añaden dos nuevos apartados 6 y 7 al artículo 282 bis con la siguiente redacción:

El juez de instrucción podrá autorizar a funcionarios de la Policía Judicial para actuar bajo identidad supuesta en comunicaciones mantenidas en canales cerrados de comunicación con el fin de esclarecer alguno de los delitos a los que se refiere el apartado 4 de este artículo o cualquier delito de los previstos en el artículo 588 ter a.

El agente encubierto informático, con autorización específica para ello, podrá intercambiar o enviar por sí mismo archivos ilícitos por razón de su contenido y analizar los resultados de los algoritmos aplicados para la identificación de dichos archivos ilícitos.

7. En el curso de una investigación llevada a cabo mediante agente encubierto, el juez competente podrá autorizar la obtención de imágenes y la grabación de las conversaciones que puedan mantenerse en los encuentros previstos entre el agente y el investigado, aun cuando se desarrollen en el interior de un domicilio.<sup>264</sup>

Na era dos crimes informáticos, uma lacuna no Brasil foi preenchida pela Lei nº 13.441, de 8 de maio de 2017, tendo em vista a necessidade de segurança informática no meio ambiente digital, definido por Fiorillo e Conte como “intrinsecamente relacionado ao conceito de meio ambiente cultural”<sup>265</sup>, nos termos do artigo 216, da Constituição Federal.<sup>266</sup> Desse modo, o meio ambiente digital mostra-se carecedor de proteção penal, como um novo bem jurídico a ser tutelado pelo Estado. Nesse diapasão, Sydow entende que a internet e as tecnologias servem para cada indivíduo, em particular, mas guardam interesse de toda coletividade, acerca de um ambiente virtual saudável e livre de perdas investidas:

A informática e seus deslindes afetam de maneira uniforme toda a sociedade global, uma vez que a tecnologia mostra-se imprescindível para o evoluir humano. Exceção feita a segmentos cada dia mais diminutos que a informática não atinge, todos estamos permeados pelos conceitos da tecnologia, que apresenta suas vantagens inquestionáveis. Direta ou indiretamente, todos estão vinculados às máquinas, e a violação deste segmento cria dificuldade sobremaneira ao desenvolvimento.<sup>267</sup>

<sup>264</sup> ESPANHA. Ley Orgánica 13/2015. Disponível em [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-10725](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-10725). Acesso em: 12 jul. 2018.

<sup>265</sup> FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; CONTE, Christiany Pegorari. **Crimes no meio ambiente digital**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 18.

<sup>266</sup> Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

I - as formas de expressão;

II - os modos de criar, fazer e viver;

III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas;

IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;

V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

<sup>267</sup> SYDOW, Spencer Toth. **Crimes informáticos e suas vítimas**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 79.

Desse modo, mesmo que as matas e vegetações estejam distantes da população urbana, o desenvolvimento sustentável – consistente no progresso capaz de suprir as necessidades da geração atual, sem esgotamento dos recursos naturais e comprometimento das necessidades das futuras gerações – é de interesse de toda a população, tanto assim que a Constituição Federal estabelece que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado,<sup>268</sup> exemplo que pode ser transportado para o espaço cibernético, utilizado por um número incontável de pessoas e igualmente carente de equilíbrio para a sustentabilidade, como afirmam Macedo e Machado:

[...] faz-se necessário estabelecer uma ponte entre as diversas identidades e a sociedade global em rede; conformar a sociedade em rede e o bom uso do meio ambiente digital voltado para sustentabilidade social e cultural para esta e para as futuras gerações.<sup>269</sup>

A Lei nº 13.441, de 8 de maio de 2017, alterou o Estatuto da Criança e do Adolescente, para prever a infiltração de agentes de polícia na internet com o fim de investigar os crimes tipificados nos artigos 240, 241, 241-A, 241-B, 241-C e 241-D, da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (delitos ligados à captação e divulgação de imagens de criança e adolescente em cenas de sexo explícito ou pornográfica), e nos artigos 154-A (invasão de dispositivo informático), 217-A (estupro de vulnerável), 218 (corrupção de menores), 218-A (satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente) e 218-B, do Código Penal (favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável).

O primeiro questionamento a ser efetuado é saber se o rol de infrações acima elencado é taxativo, por não se admitir analogia *in malam partem* na esfera penal, ou meramente exemplificativo, com base no sistema de proteção integral à criança e ao

---

<sup>268</sup> Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

<sup>269</sup> MACEDO Caio Sperandéo; MACHADO, Ronny Max. Direito humano de acesso à internet e a defesa da sustentabilidade no ambiente digital. Martini, Sandra Regina; Cavalcanti, Ana Elizabeth Lapa Wanderley (coords.). **Movimento entre os saberes. A transdisciplinariedade e o direito**. Porto Alegre: Evangraf, 2017, p. 37.

adolescente, previsto na Carta Magna<sup>270</sup> e repisado no Estatuto da Criança e do Adolescente.<sup>271</sup>

Fragoso ensina que a analogia distingue-se da interpretação extensiva da norma, pois “nesta não falta a vontade da lei, mas tão-somente a expressão verbal que a ela corresponda. A aplicação analógica não encontra apoio da disposição da lei”,<sup>272</sup> sendo, portanto, vedada a sua utilização para a criação de novos tipos penais, contemplar penas ou medidas não previstas legalmente ou para agravar a situação do réu de qualquer forma. A lei processual penal, entretanto, admite o emprego da analogia sem qualquer restrição,<sup>273</sup> pouco importando se para prejudicar ou beneficiar o réu. Nesse aspecto, Bonfim entende que, diante da necessidade de eficácia da persecução penal, “admite-se analogia *in bonam partem* e *in malam partem*, desde que não lese direito processual básico, cerceamento da acusação ou defesa”.<sup>274</sup>

Com a entrada em vigor da Lei nº 13.718, de 24 de setembro de 2018, foi incluído no Código Penal o artigo 218-C, que tipificou a conduta de divulgação de cena de estupro ou de cena de estupro de vulnerável, de cena de sexo ou de pornografia.<sup>275</sup> Tal conduta delituosa acha-se prevista no capítulo referente aos crimes sexuais contra vulnerável e, em razão do lapso temporal, não se encontra inserida no rol do artigo 190-A, do Estatuto da Criança e do Adolescente, podendo remanescer dúvidas sobre a possibilidade de infiltração de agente de polícia em meio virtual para o combate dessa nova figura típica.

De qualquer modo, é claramente perceptível que a finalidade precípua da *novatio legis* em comento é combater a pornografia infanto-juvenil, facilmente disseminada por intermédio da internet, seja qual for a sua modalidade, notadamente quando se tratar de

---

<sup>270</sup> Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

<sup>271</sup> Art. 4º. É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

<sup>272</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**. Parte geral. 5.ed., Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 87.

<sup>273</sup> Art. 3º. A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito.

<sup>274</sup> BONFIM, Edilson Mougenot. **Código de Processo Penal anotado**. 3.ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 39.

<sup>275</sup> Art. 218-C. Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, vender ou expor à venda, distribuir, publicar ou divulgar, por qualquer meio - inclusive por meio de comunicação de massa ou sistema de informática ou telemática -, fotografia, vídeo ou outro registro audiovisual que contenha cena de estupro ou de estupro de vulnerável ou que faça apologia ou induza a sua prática, ou, sem o consentimento da vítima, cena de sexo, nudez ou pornografia.

fotografia, vídeo ou outro registro audiovisual que contenha cena de estupro de vulnerável ou que faça apologia ou induza a sua prática. Logo, parece perfeitamente possível a infiltração de agentes de polícia em meio virtual também para a investigação do novo tipo penal previsto no artigo 218-C, do Código Penal, mesmo que se trate de uma interpretação extensiva prejudicial ao acusado.

A infiltração de agentes em meio virtual será sempre precedida de autorização judicial devidamente circunstanciada e fundamentada, que estabelecerá os limites da infiltração para obtenção de prova, consoante disposição contida no artigo 190-A, inciso I, do Estatuto da Criança e do Adolescente, não acarretando, por conseguinte, qualquer tipo de lesão a direitos básicos, cumprindo salientar que não há direito fundamental absoluto quando confrontado com outro direito de igual importância, como a proteção da dignidade sexual de crianças e adolescentes.

De outro modo, importante trazer à baila uma conceituação de infiltração de agentes, a fim de se estabelecer uma distinção entre agente provocador. Nucci, comentando as disposições contidas na Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, compara o agente infiltrado a uma penetração de água, que percorre rachaduras de lajes ou paredes sem ser notada, fazendo consideração relevante sobre a sua destinação:

O instituto da infiltração de agentes destina-se justamente a garantir que agentes de polícia, em tarefas de investigação, possam ingressar, legalmente, no âmbito da organização criminosa, como integrantes, mantendo identidades falsas, acompanhando suas atividades e conhecendo a sua estrutura, divisão de tarefas e hierarquia interna.<sup>276</sup>

Com base nessa conceituação, é possível estabelecer os limites e imunidade do infiltrado em face do princípio da proporcionalidade. É cediço que, durante o procedimento investigatório da infiltração, o agente policial tem a capacidade de invadir não somente a intimidade da pessoa investigada, mas também direitos fundamentais de terceiras pessoas que, porventura, estejam entrelaçadas por laços familiares ou de amizade com o suspeito.

Fuller e Gallinaro destacam a seguinte situação hipotética: a atuação de um agente policial que, mediante autorização judicial, tenha a incumbência de acessar o computador utilizado pela pessoa investigada por divulgar e armazenar fotografia, vídeo ou outra forma de registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou

---

<sup>276</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 8.ed. – vol. 2. Rio da Janeiro: Forense, 2014, p. 711.

adolescente, mas esse mesmo computador é utilizado por seus familiares em inúmeras outras utilidades, inclusive para registros de transações bancárias lícitas.<sup>277</sup>

No exemplo mencionado, Fuller e Gallinaro afirmam que “há uma violação ao sigilo bancário de terceiras pessoas, garantia constitucional vinculada à intimidade e à vida privada, que também se caracteriza como direito fundamental”,<sup>278</sup> razão pela qual a *novatio legis* em comento estatuiu, de maneira escorreita, que compete ao magistrado estabelecer os limites da infiltração, devendo o delegado de polícia ou o representante do Ministério Público, no momento da representação, demonstrar a necessidade da medida, bem como o alcance das tarefas dos policiais, consoante artigo 190-A, inciso II, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

No direito argentino, a Lei 23.737 foi modificada com a promulgação da Lei nº 24.424, optando-se pela criação uma hipótese de escusa absolutória, para isentar de responsabilização criminal o agente infiltrado que, porventura, venha cometer delitos durante o curso da infiltração, prevendo que não serão punidos os atos ilícitos indispensáveis para o desenvolvimento da infiltração, desde que sejam consequências necessárias da atuação do agente, bem como que o policial tenha sido compelido a cometê-los, não tendo lhe restado outra opção. Contudo, a legislação não garante impunidade absoluta, excluindo da escusa absolutória as infrações que colocam em risco a vida ou a integridade física de outras pessoas, ou aquelas que ocasionam considerável sofrimento físico ou moral de terceiros:

ARTICULO 7º — Incorpórase como artículo 31 ter a la ley 23.737, el siguiente:  
Artículo 31 ter: No será punible el agente encubierto que como consecuencia necesaria del desarrollo de la actuación encomendada, se hubiese visto compelido a incurrir en un delito, siempre que éste no implique poner en peligro cierto la vida o la integridad física de una persona o la imposición de un grave sufrimiento físico o moral a otro.<sup>279</sup>

Questão mais delicada diz respeito à infiltração de agente policial em meio virtual para desbaratar rede de pedofilia e compartilhamento de imagens de sexo explícito e pornográficas envolvendo criança e adolescente. Como é sabido, determinados ambientes

---

<sup>277</sup> *Op. cit.*, p. 187-188.

<sup>278</sup> *Ibidem*, p. 188.

<sup>279</sup> ARGENTINA. **Ley 24.424**. Disponível em <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/800/norma.htm>. Acesso em: 12 jul. 2018.

virtuais, como a *deep web* e *dark web*, entre outras camadas de navegação na internet,<sup>280</sup> são facilitadores de ações delituosas, sobretudo para a divulgação de material íntimo de crianças e adolescentes. A fim de ganhar a confiança dos investigados, muitas vezes o agente infiltrado se vê obrigado a também compartilhar imagem ou vídeo de infantes, visando a identificação e consequente responsabilização criminal. O novo artigo 190-C, da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, dispõe que não comete crime o policial que oculta a sua identidade para, por meio da internet, colher indícios de autoria e materialidade das infrações penais alhures mencionadas. Todavia, o que se questiona, *in casu*, é se haveria violação à intimidade e vida privada daquela criança ou adolescente cuja fotografia foi divulgada em meio virtual com o único desiderato de servir de isca para identificar criminosos.

Wolff, nesse particular, entende que, ao delinear os limites do agente infiltrado, deve o magistrado observar o princípio da proporcionalidade, mencionando situação fictícia em que uma policial infiltrada envia um vídeo apreendido em outra operação para a finalidade de troca com possível alvo, uma vez que, sem o oferecimento de tal arquivo, dificilmente a policial obteria a confiança do suspeito. Não haveria nenhuma objeção ao magistrado em autorizar o envio do material, porquanto a conduta pode ser classificada como adequada à finalidade precípua de sua investigação. Não poderia a policial, obviamente, realizar filmagens de criança para posterior divulgação, pois esta conduta, além de violar direitos absolutos, é completamente desproporcional ao escopo da investigação.<sup>281</sup>

É claro que diante de situações extremas, como as que foram acima exemplificadas, é perfeitamente possível a percepção do que pode ser estabelecido pelo magistrado como limites da infiltração. Entrementes, em algumas situações talvez seja difícil de vislumbrar qual é o direito de maior importância, a finalidade da investigação ou o resguardo da

---

<sup>280</sup> Segundo o blog Deepweb2012, há oito camadas de navegação na internet, assim divididas: Camada 1 (Superfície da Web): sites isolados, como Reddit, Digg, Bases de dados MySQL. Camada 2 (Bergie Web) Sites desagradáveis ou ocultos (não aparecem nos resultados do Google), como o 4chan, servidores FTP, pornografia juvenil, RSC, FreeHive. Camada 3 (Deep Web): ambiente propício para a divulgação da pornografia infantil, vírus, pirataria, notícias que a mídia não divulga (como fofocas). Camada 4 (Charter Web): utilizada para tráfico de animais, pornografia infantil (incluindo bebês), filmes e vídeos banidos, venda de drogas, etc. Camada 5: usada para tráfico de pessoas, compra de assassinos, sociedades secretas, seitas satânicas, *snuff films* (filmes de assassinados gravados pelos próprios assassinos), venda de armas, compra e venda de produtos roubados, hackers, etc. Camada 6 (Muro da morte): aqui é necessária a utilização de computação quântica, pois as informações encriptadas e somente computadores quânticos podem decifrá-las. Camada 7 (A névoa): essa camada é chamada de *neblina*, pois é formada por várias pessoas poderosas que lutam para chegar até a camada 8 e não querem concorrência, e por isso o local é repleto de vírus e códigos maliciosos para evitar que qualquer pessoa tenha acesso. Camada 8 (Mariana's web): diz respeito a 80% do conteúdo da Internet, supostamente utilizada por grupos terroristas, seitas etc. Disponível em: <http://deepweb2012.blogspot.com/2012/08/8-camadas-da-internet.html>. Acesso em: 2 dez. 2018.

<sup>281</sup> *Op. cit.*, p. 226.

intimidade e vida privada. Em razão disso, asseveram Fuller e Gallinaro que “o princípio da proporcionalidade deve ser invocado com bastante acuidade, porquanto um direito desrespeitado ou violado torna difícil ou até mesmo impossível sua reparação”.<sup>282</sup>

Significativa também é análise da infiltração de agentes em meio virtual com a possibilidade de ocorrência de flagrante preparado e, conseqüentemente, a caracterização de crime impossível, em virtude do disposto na Súmula 145, do Supremo Tribunal Federal,<sup>283</sup> sendo a discussão relevante para se evitar provável violação à intimidade e vida privada, com grave afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana, que fatalmente redundaria em impossibilidade de responsabilização criminal.

O crime impossível, também denominado quase crime, tentativa inidônea ou inadequada, acha-se previsto no artigo 17, do Código Penal,<sup>284</sup> e se caracteriza, segundo Jesus, quando, “após a prática do fato, verifica-se que o agente nunca poderia consumir o crime, quer pela ineficácia absoluta do meio empregado, quer pela absoluta impropriedade do objeto material”.<sup>285</sup> O Supremo Tribunal Federal, por intermédio da súmula supramencionada assentou que, em determinadas ocasiões, se policiais prepararem um flagrante de modo a tornar impossível a consumação do delito haverá crime impossível, por se entender que haverá inadequação típica em virtude da impropriedade absoluta do meio empregado pelo agente para a prática da infração penal, tendo em vista que não conseguirá transpor os obstáculos previamente opostos pela polícia.

Sousa efetua diferenciação entre agente infiltrado e agente provocador, estabelecendo que infiltrado é o agente de autoridade policial que busca sua aceitação e admissão na organização criminosa, visando angariar provas necessárias à comprovação dos ilícitos penais perpetrados, bem como a responsabilização criminal de seus autores, com o conseqüente desbaratamento da quadrilha. O agente provocador, por sua vez, é conceituado como aquele em que, no desempenho irregular de suas funções, instiga a conduta criminosa

---

<sup>282</sup> *Op. cit.*, p. 189.

<sup>283</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 145**. Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=145.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>. Acesso em: 12 jul. 2018.

<sup>284</sup> Art. 17. Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumir-se o crime.

<sup>285</sup> JESUS, Damásio de. **Direito Penal**. 34.ed – vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 393.

de terceira pessoa, tomando as medidas necessárias para que, imediatamente, seja detido em flagrante delito.<sup>286</sup>

No mesmo diapasão, Buffon explana que há grandes diferenças nas ações do agente infiltrado e do agente provocador: “O primeiro está albergado pela lei e com os limites bem determinados pela decisão judicial, enquanto que as ações decorrentes do agente provocador tornarão a prova inválida”. Esclarece, ainda, que o agente infiltrado objetiva, tão somente, a coleta de informações, mantendo postura passiva e obtendo a confiança do suspeito. O agente provocador, por seu turno, instiga ou induz o investigado a cometer ilícitos penais, agindo com postura ativa, ou seja, o agente policial deflagra o mecanismo causal da infração delituosa.<sup>287</sup>

Partindo dessas premissas, é preciso distinguir o flagrante *preparado* do flagrante *esperado* para saber se a infiltração de agentes, no hipotético exemplo dado, pode configurar a ocorrência de crime impossível. Galvão entende que, embora haja uma distinção doutrinária entre as duas espécies de flagrante, tal diferenciação não consegue estabelecer a possibilidade ou não de caracterização do crime impossível. Aponta Galvão, ainda, que no flagrante preparado, o possível criminoso é estimulado pela vítima ou pelos agentes policiais a iniciar a execução do delito para que possa ocorrer a prisão, mas é preciso analisar se os aparatos predispostos pela polícia são realmente eficazes a impedir a consumação e, por conseguinte, uma conduta punível. No flagrante esperado, discorre Galvão, não há nenhuma atuação do agente provocador, mas, tão somente, prévia observação, com o desiderato de se verificar o instante em que se dará o início de execução. Nesta hipótese, também será possível a ocorrência de crime impossível se a mencionada observação possibilitar aos agentes policiais impedir, de forma absolutamente eficaz, a consecução da infração penal.<sup>288</sup>

Com base nas considerações efetuadas, é possível imaginar uma situação em que um agente infiltrado em meio virtual instiga o suspeito a *oferecer* ou a com ele *trocar* fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente, conduta esta tipificada no artigo 241-A, da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Neste exemplo, a conduta perpetrada pelo policial infiltrado

---

<sup>286</sup> SOUSA, Marllon. **Crime organizado e infiltração policial: parâmetros para a validação da prova colhida no combate às organizações criminosas**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 44.

<sup>287</sup> BUFFON, Jaqueline Ana. Agente infiltrado virtual. **Crimes cibernéticos**. 2ª Câmara de Coordenação e Revisão, Criminal. – Brasília: MPF, 2018. Disponível em: [http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/publicacoes/coletaneas-de-artigos/coletanea\\_de\\_artigos\\_crimes\\_ciberneticos](http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/publicacoes/coletaneas-de-artigos/coletanea_de_artigos_crimes_ciberneticos) . Acesso em 12 jul. 2018, p. 88-89.

<sup>288</sup> GALVÃO, Fernando. **Direito Penal**. Parte Geral. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 279.

caracterizaria crime impossível, por obra do agente provocador, porquanto inexistente a possibilidade de lesão ao bem jurídico tutelado, tendo em vista que as imagens indevidamente divulgadas seriam fatalmente apreendidas pela polícia.

Ainda assim o suspeito não ficaria isento de responsabilização criminal, uma vez que a sua conduta amoldar-se-ia perfeitamente ao tipo penal previsto no artigo 241-B, da mesma lei,<sup>289</sup> pois as condutas de *possuir* ou *armazenar* já servem para a caracterização do tipo penal, que se enquadra à modalidade de crime permanente. O mesmo acontece com o crime de tráfico de drogas, onde o policial disfarçado de usuário instiga a conduta do traficante para *lhe vender* ou *fornecer* uma porção de substância entorpecente e, assim que recebe a droga, efetua a prisão em flagrante. Não há qualquer mácula na conduta do agente policial, uma vez que o crime previsto no artigo 33, da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, igualmente tido como permanente, já estava consumado pelas condutas *ter em depósito* ou *guardar*,<sup>290</sup> posicionamento há muito consolidado pelo Supremo Tribunal Federal.<sup>291</sup>

Como visto, mesmo diante de condutas odiosas e que causam comoção social, toda persecução criminal deve estar pautada no respeito à dignidade da pessoa humana, notadamente no que concerne à preservação da intimidade e da vida privada, pois o *jus puniendi* deve ser exercido pelo Estado com parcimônia, a fim de se evitar a contaminação da prova e consequente impossibilidade de responsabilização do infrator da norma penal.

Daí a importância do advento da Lei nº 13.441, de 8 de maio de 2017, que veio aperfeiçoar o sistema já existente de infiltração policial, mas que ainda carecia de algumas especificações para a sua prática no ciberespaço, a fim de se evitar alegações de ofensa ao princípio da taxatividade existente na esfera penal. De qualquer forma, é imperioso que haja harmonização das leis ordinárias com a Constituição Federal, de modo que o respeito aos

---

<sup>289</sup> Art. 241-B. Adquirir, possuir ou armazenar, por qualquer meio, fotografia, vídeo ou outra forma de registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente.

<sup>290</sup> Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

<sup>291</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 67.908/SP. HABEAS CORPUS. FLAGRANTE PREPARADO. SÚMULA 145. INAPLICABILIDADE. DENUNCIADO O PACIENTE PELA 'GUARDA DE HAXIXE', PARA "COMERCIALIZAÇÃO" - FATO DELITUOSO PREEXISTENTE A VENDA FICTA DA SUBSTANCIA ENTORPECENTE AOS POLICIAIS - NÃO HÁ FALAR EM CRIME IMPOSSIVEL EM FACE DE PROVOCAÇÃO DO FLAGRANTE. OITIVA DE TESTEMUNHAS POR PRECATORIA. IMPROCEDENCIA DA ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA. HABEAS CORPUS INDEFERIDO.**

Disponível

em:

<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+67908%2E+NUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+67908%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/yalyzhlv>. Acesso em 18 jan. 2018.

direitos e garantias individuais na *persecutio criminis* seja a consagração de um país livre do totalitarismo de qualquer espécie e em qualquer nível, bem como para a efetiva concretização do sistema de proteção integral à criança e ao adolescente.

### 3.4 – Requisição de sinais e informações para localização de vítimas e suspeitos em crimes relacionados ao tráfico de pessoas (art. 13-B, do CPP)

Como já visto, o direito à intimidade e vida privada constitui garantia constitucional de vários países, com previsão em tratados internacionais, por se entender de fundamental importância a proteção da esfera mais recôndita do indivíduo, como corolário da dignidade humana. Nesse aspecto, Moraes estabelece quais são os interesses sociais protegidos pelo direito à privacidade, os quais devem ser analisados sob a ótica do tema aqui tratado, concernente à possibilidade de requisição de sinais e informações de empresas prestadoras de serviços de telecomunicações para a localização de vítimas e suspeitos no crime de tráfico de pessoas:

[...] a defesa da privacidade deve proteger o homem contra: (a) a interferência em sua vida privada, familiar e doméstica; (b) a ingerência em sua integridade física ou mental, ou em sua liberdade intelectual e moral; (c) os ataques à sua honra e reputação; (d) sua colocação em perspectiva falsa; (e) a comunicação de fatos relevantes e embaraçosos relativos à sua intimidade; (f) o uso de seu nome, identidade e retrato; (g) a espionagem e a espreita; (h) a intervenção na correspondência; (i) a má utilização de informações escritas e orais; (j) a transmissão de informes dados ou recebidos em razão de segredo profissional.<sup>292</sup>

A atuação do Estado não pode ser ilimitada durante a persecução penal, sob pena de ofensa a direitos fundamentais. Nessa direção, Silva também aponta outra garantia, correlata à intimidade e vida privada, que diz respeito ao direito de não ser vigiado, seja por agentes do Estado, seja por empresas particulares ou pessoas, destacando que pode ser considerado um direito humano de quarta geração, porquanto diz respeito à privacidade, democracia e sigilo das comunicações:

No mundo globalizado, onde boa parte das nossas comunicações ocorre através da internet, a privacidade ganha uma nova dimensão. Temos o direito de não sermos observados enquanto nos comunicamos, de não termos nossos dados pessoais armazenados, analisados ou compartilhados sem nosso consentimento.<sup>293</sup>

---

<sup>292</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 27.ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 80.

<sup>293</sup> *Ibidem*, p. 27.

A Lei nº 13.344, de 6 de outubro de 2016, estabeleceu novas diretrizes sobre prevenção e repressão ao tráfico interno e internacional de pessoas e medidas de atenção às vítimas, bem como inseriu os artigos 13-A e 13-B no Código de Processo Penal, dispondo que o membro do Ministério Público ou o delegado de polícia poderão requisitar, de quaisquer órgãos do poder público ou de empresas da iniciativa privada, dados e informações cadastrais da vítima ou de suspeitos, bem como a possibilidade de requisitarem, mediante autorização judicial, às empresas prestadoras de serviço de telecomunicações e/ou telemática que disponibilizem imediatamente os meios técnicos adequados – como sinais, informações e outros – que permitam a localização da vítima ou dos suspeitos dos delitos relacionados ao tráfico de pessoas.<sup>294</sup>

Mas o que se busca estabelecer no presente estudo, relativamente à intimidade e à vida privada, diz respeito aos *dados e informações cadastrais* (art. 13-A), bem como à *localização* (art. 13-B) da vítima ou de suspeitos. No que concerne à primeira hipótese, referente aos *dados e informações cadastrais*, como se tratam de dados relativos à identificação da pessoa (nome, filiação, estado civil, endereço, número de RG, entre outros),

---

<sup>294</sup> Art. 13-A. Nos crimes previstos nos arts. 148, 149 e 149-A, no § 3º do art. 158 e no art. 159 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), e no art. 239 da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), o membro do Ministério Público ou o delegado de polícia poderá requisitar, de quaisquer órgãos do poder público ou de empresas da iniciativa privada, dados e informações cadastrais da vítima ou de suspeitos.

Parágrafo único. A requisição, que será atendida no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, conterá:

I - o nome da autoridade requisitante;

II - o número do inquérito policial; e

III - a identificação da unidade de polícia judiciária responsável pela investigação.

Art. 13-B. Se necessário à prevenção e à repressão dos crimes relacionados ao tráfico de pessoas, o membro do Ministério Público ou o delegado de polícia poderão requisitar, mediante autorização judicial, às empresas prestadoras de serviço de telecomunicações e/ou telemática que disponibilizem imediatamente os meios técnicos adequados – como sinais, informações e outros – que permitam a localização da vítima ou dos suspeitos do delito em curso.

§ 1º. Para os efeitos deste artigo, sinal significa posicionamento da estação de cobertura, setorização e intensidade de radiofrequência.

§ 2º. Na hipótese de que trata o *caput*, o sinal:

I - não permitirá acesso ao conteúdo da comunicação de qualquer natureza, que dependerá de autorização judicial, conforme disposto em lei;

II - deverá ser fornecido pela prestadora de telefonia móvel celular por período não superior a 30 (trinta) dias, renovável por uma única vez, por igual período;

III - para períodos superiores àquele de que trata o inciso II, será necessária a apresentação de ordem judicial.

§ 3º. Na hipótese prevista neste artigo, o inquérito policial deverá ser instaurado no prazo máximo de 72 (setenta e duas) horas, contado do registro da respectiva ocorrência policial.

§ 4º. Não havendo manifestação judicial no prazo de 12 (doze) horas, a autoridade competente requisitará às empresas prestadoras de serviço de telecomunicações e/ou telemática que disponibilizem imediatamente os meios técnicos adequados – como sinais, informações e outros – que permitam a localização da vítima ou dos suspeitos do delito em curso, com imediata comunicação ao juiz.

não são objeto de cláusula de reserva de jurisdição e, desta forma, tanto o delegado de polícia, como o membro do Ministério Público não incorrem em qualquer afronta aos direitos à privacidade e à intimidade, ao requisitarem diretamente tais informações de empresas privadas e órgãos públicos, sem a necessidade de autorização judicial.

Cumprido ressaltar, por oportuno, relativamente à possibilidade de poderes investigatórios do Ministério Público, malgrado a existência de controvérsias, recentemente foi reconhecido o poder do *Parquet* de exercer ampla investigação, conforme posicionamento consolidado em sede de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal<sup>295</sup>. Desse modo, é possível compreender que o promotor de justiça, no de suas atribuições, também pode requisitar as diligências que julgar necessárias, desde que não impliquem em casos em que expressamente a legislação requer autorização judicial. Logo, despidiendola a determinação de um magistrado para a requisição de dados e informações cadastrais de vítimas ou suspeitos, sem que isso implique em violação à intimidade ou vida privada.

---

<sup>295</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 593.727/MG**. Repercussão geral. Recurso extraordinário representativo da controvérsia. Constitucional. Separação dos poderes. Penal e processual penal. Poderes de investigação do Ministério Público. 2. Questão de ordem arguida pelo réu, ora recorrente. Adiamento do julgamento para colheita de parecer do Procurador-Geral da República. Substituição do parecer por sustentação oral, com a concordância do Ministério Público. Indeferimento. Maioria. 3. Questão de ordem levantada pelo Procurador-Geral da República. Possibilidade de o Ministério Público de estado-membro promover sustentação oral no Supremo. O Procurador-Geral da República não dispõe de poder de ingerência na esfera orgânica do Parquet estadual, pois lhe incumbe, unicamente, por expressa definição constitucional (art. 128, § 1º), a Chefia do Ministério Público da União. O Ministério Público de estado-membro não está vinculado, nem subordinado, no plano processual, administrativo e/ou institucional, à Chefia do Ministério Público da União, o que lhe confere ampla possibilidade de postular, autonomamente, perante o Supremo Tribunal Federal, em recursos e processos nos quais o próprio Ministério Público estadual seja um dos sujeitos da relação processual. Questão de ordem resolvida no sentido de assegurar ao Ministério Público estadual a prerrogativa de sustentar suas razões da tribuna. Maioria. 4. Questão constitucional com repercussão geral. Poderes de investigação do Ministério Público. Os artigos 5º, incisos LIV e LV, 129, incisos III e VIII, e 144, inciso IV, § 4º, da Constituição Federal, não tornam a investigação criminal exclusividade da polícia, nem afastam os poderes de investigação do Ministério Público. Fixada, em repercussão geral, tese assim sumulada: **“O Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os Advogados (Lei 8.906/94, artigo 7º, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade – sempre presente no Estado democrático de Direito – do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (Súmula Vinculante 14), praticados pelos membros dessa instituição”**. Maioria. 5. Caso concreto. Crime de responsabilidade de prefeito. Deixar de cumprir ordem judicial (art. 1º, inciso XIV, do Decreto-Lei nº 201/67). Procedimento instaurado pelo Ministério Público a partir de documentos oriundos de autos de processo judicial e de precatório, para colher informações do próprio suspeito, eventualmente hábeis a justificar e legitimar o fato imputado. Ausência de vício. Negado provimento ao recurso extraordinário. Maioria (grifo nosso). Disponível em:

<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+593727%2E+NUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+593727%2EACMS%2E%29&base=baseAcordoes&url=http://tinyurl.com/bxpwdga>. Acesso em: 8 jan. 2018.

Demais disso, a Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, contém disposição semelhante, relativamente ao acesso a registros, dados cadastrais, documentos e informações do investigado, dispondo em seu artigo 15, que o delegado de polícia e o Ministério Público terão acesso, independentemente de autorização judicial, apenas aos dados cadastrais do investigado que informem exclusivamente a qualificação pessoal, a filiação e o endereço mantidos pela Justiça Eleitoral, empresas telefônicas, instituições financeiras, provedores de internet e administradoras de cartão de crédito. Embora haja entendimentos no sentido da inconstitucionalidade do dispositivo legal acima transcrito, Lima compreende que esses dados cadastrais não estão protegidos pela garantia da intimidade:

Afim, se as empresas de concessão de crédito ou mesmo pessoas jurídicas que assinam determinados serviços a elas disponibilizados têm fácil acesso aos dados cadastrais de clientes ou potenciais clientes, não se pode negar este mesmo acesso às autoridades públicas, independentemente de prévia autorização judicial.<sup>296</sup>

Logo, independentemente de prévia autorização judicial, é possível que o delegado de polícia ou o representante do Ministério Público tenham acesso a dados cadastrais do investigado, contendo a qualificação pessoal, filiação, endereço, etc., desde que haja procedimento investigatório em andamento, a fim de tornar legítima a medida.

Relativamente à *localização* de vítimas ou suspeitos, porém, é imprescindível analisar se os direitos à intimidade e à vida privada também abrigam o desiderato de proteger o conhecimento sobre o lugar onde determinada pessoa possa ser encontrada. A ideia trazida à baila remonta ao Grande Irmão (ou Big Brother, do original em inglês), personagem do livro *1984*, de George Orwell, escritor indiano que se criou na Inglaterra.

O livro, escrito em 1948, retrata um universo fictício imaginado pelo autor sobre o futuro: no ano de 1984 viveríamos em uma ditadura totalitária, na qual o Estado, pela figura do Grande Irmão, controlaria toda a sociedade. Grande Irmão, o centro do poder, é uma figura abstrata. Ninguém o conhece pessoalmente, mas todos os cidadãos veem seu rosto em telões, instalados em locais públicos e nas salas das residências. Não é possível se esconder do Grande Irmão, pois, por meio de telões, ele também poderia ver seu interlocutor.<sup>297</sup>

Poder-se-ia alegar, assim, que a inovação trazida pela Lei nº 13.344/16, consistente na possibilidade de requisição de empresas prestadoras de serviço de telecomunicações ou

---

<sup>296</sup> *Op. cit.*, p. 579.

<sup>297</sup> Disponível em: <http://www.duplipensar.net/crimideia/>. Acesso em: 2 mar. 17. V. ainda ORWELL, George. **1984**. trad. port., Lisboa: Unibolso, s/d..

telemática que disponibilizem imediatamente sinais e informações que permitam a localização de pessoas, constitui um regime totalitário semelhante à ficção supramencionada, onde o Estado teria o controle absoluto sobre as ações dos cidadãos, ferindo de morte os direitos à intimidade e à privacidade. No entanto, a *novatio legis* em comento trouxe mecanismos de auxílio na persecução penal para o tráfico de pessoas, sequestro, entre outras infrações penais, mediante a utilização de recursos tecnológicos capazes de salvaguardar a integridade física e psicológica de suas vítimas, na esteira do que vem ocorrendo nas últimas décadas, modificando a maneira como a persecução penal tem sido desenvolvida.

Por sua vez, a segunda medida, a do artigo 13-B, realmente causou grande perplexidade e, assim, tem provocado inúmeros questionamentos, inclusive do ponto de vista da sua constitucionalidade.<sup>298</sup> A inserção do mencionado dispositivo legal teve por objetivo, além de obviamente salvaguardar a integridade da vítima, conferir maior eficiência à investigação do crime de tráfico de pessoas e, conseqüentemente, favorecer a obtenção das provas necessárias para o seu esclarecimento, com a possibilidade de se obter, em tempo real, sinais e outras informações junto às empresas de telecomunicações que possibilitem a localização da vítima de tráfico e dos agentes criminosos, o que é medida de extrema utilidade, mormente se tais pessoas estiverem na posse de aparelho de telefonia móvel, ou outro dispositivo equiparado, cujos sinais permitam a sua localização em tempo real.

Como é cediço, em determinados procedimentos de investigação e no efetivo exercício do poder de polícia, mister a flexibilização de determinados direitos fundamentais, sem que haja a prévia autorização judicial, sob pena de se tornar ineficaz a atividade policial. É possível distinguir o poder de polícia em duas espécies, quais sejam, a *polícia administrativa* ou *preventiva*, entendida como aquela que tem por finalidade impedir transgressões às leis e manter incólume a ordem pública, por intermédio de uma intervenção subitânea, com o desiderato de intervir na prática delituosa, e a *polícia judiciária*, que se ocupa em investigar os crimes que transpassam o patrulhamento preventivo, consoante se

---

<sup>298</sup> A Associação Nacional das Operadoras Celulares (Acel) ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5642, no Supremo Tribunal Federal (STF), para impugnar dispositivo da Lei 13.344/2016 que confere a delegados de polícia e membros do Ministério Público a prerrogativa de requisitar informações e dados necessários à investigação criminal nos casos de tráfico de pessoas, independentemente de autorização judicial. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=334451>. Acesso em: 10 jan. 2018.

observa das funções atribuídas à polícia federal e à polícia civil na Constituição Federal,<sup>299</sup> distinção bem formulada por Mello, ao discorrer sobre o poder de polícia:

Costuma-se, mesmo, afirmar que se distingue a polícia administrativa da polícia judiciária com base no caráter preventivo da primeira e repressivo da segunda. Esta última seria a atividade desenvolvida por organismo – o da polícia de segurança – que cumularia funções próprias da polícia administrativa com a função de *reprimir* a atividade dos delinquentes através da instrução policial criminal e captura dos infratores da lei penal, atividades que qualificariam a polícia judiciária. Seu traço característico seria o cunho repressivo, em oposição ao preventivo, tipificador da polícia administrativa.<sup>300</sup>

Verifica-se grande discricionariedade nas atividades da polícia judiciária durante o cumprimento de seus misteres, consoante preconizado pela Lei nº 12.830, de 20 de junho de 2013,<sup>301</sup> com a precípua finalidade de elucidação de crimes e descobrimento da autoria delituosa para o embasamento de futura ação penal. A problemática surge quando a investigação policial exige a flexibilização de direitos fundamentais, tais como a dignidade da pessoa humana, que também se manifesta pela intimidade e vida privada, caso em que, necessariamente deverá ser requerida a autorização do judiciário.

Note-se que a autoexecutoriedade é uma das prerrogativas do Estado para o pleno exercício da atuação preventiva e repressiva das infrações penais e, sempre que houver a necessidade de manter a ordem pública, será indispensável a rápida execução do poder de polícia administrativa, que não se compraz com a morosidade do processo judiciário. Em

<sup>299</sup> Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: I - polícia federal; II - polícia rodoviária federal; III - polícia ferroviária federal; IV - polícias civis; V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.

§ 1º. A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a: I - apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei; II - prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e o descaminho, sem prejuízo da ação fazendária e de outros órgãos públicos nas respectivas áreas de competência; III - exercer as funções de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras; IV - exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União.

§ 4º. Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

<sup>300</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 12.ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 672.

<sup>301</sup> Art. 2º As funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais exercidas pelo delegado de polícia são de natureza jurídica, essenciais e exclusivas de Estado.

§ 1º. Ao delegado de polícia, na qualidade de autoridade policial, cabe a condução da investigação criminal por meio de inquérito policial ou outro procedimento previsto em lei, que tem como objetivo a apuração das circunstâncias, da materialidade e da autoria das infrações penais.

§ 2º. Durante a investigação criminal, cabe ao delegado de polícia a requisição de perícia, informações, documentos e dados que interessem à apuração dos fatos.

outras palavras, durante a prática de uma infração penal ou logo após o seu cometimento, é perfeitamente possível a atuação da polícia administrativa, sem qualquer autorização do judiciário, mas dentro dos ditames legais.

Há hipóteses, inclusive, em que a própria Constituição Federal permite a flexibilização de garantias individuais sem que haja a necessidade de acionamento do poder judiciário, como a possibilidade de ingresso em domicílio sem autorização do morador para a prisão em flagrante, evitar desastre ou prestar socorro;<sup>302</sup> utilização de bem particular pela autoridade competente, mesmo sem a aquiescência do proprietário, na hipótese de iminente perigo público;<sup>303</sup> a própria efetivação da prisão em flagrante,<sup>304</sup> passível até mesmo de ser executada por particular, nos termos da disposição contida na legislação processual penal em vigor.<sup>305</sup> Silva Júnior faz pertinentes alterações sobre a autoexecutoriedade como sendo o poder conferido à Administração Pública de promover, por si mesma, sem prévia autorização judicial, a conformação do comportamento do particular às injunções dela emanadas:

Não seria razoável que, quando o Estado-administração fosse agir para prevenir ou reprimir um crime, ele tivesse de obter, antes, uma autorização judicial. Se assim fosse, além de torna-lo inerte nessa área, importaria ineficácia geral de suas ações nesse campo de atuação. Por isso, tolera-se que, no efetivo cumprimento do poder de polícia administrativo, o Estado, sem o correspondente título do judiciário, interfira nas relações dos particulares, mesmo que isso implique restrição de direitos e interesses conferidos aos cidadãos.<sup>306</sup>

Resta saber se, no caso em apreço, caso seja necessário à prevenção e à repressão dos crimes relacionados ao tráfico de pessoas e não havendo manifestação judicial no prazo de 12 (doze) horas, o membro do Ministério Público ou o delegado de polícia poderiam requisitar, diretamente, às empresas prestadoras de serviço de telecomunicações e/ou telemática que disponibilizem imediatamente os meios técnicos adequados – como sinais,

---

<sup>302</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;

<sup>303</sup> XXV - no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano;

<sup>304</sup> LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.

<sup>305</sup> Art. 301. Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito.

<sup>306</sup> *Op. cit.*, p. 311.

informações e outros – que permitam a localização da vítima ou dos suspeitos do delito em curso, a teor do que dispõe o § 4º do artigo 13-B do Código de Processo Penal.

É bem verdade que o Ministério Público não possui interesse única e exclusivamente em acusar o suspeito da prática do ilícito, mas, sobretudo, suas atribuições acham-se voltadas para a realização da justiça. Contudo, não se pode olvidar que o *Parquet* figura como parte na relação jurídica processual como exclusivo titular da ação penal pública, incondicionada ou condicionada, de acordo com as atribuições que lhe são conferidas pela Constituição Federal.<sup>307</sup> Assim, não se mostra adequado que o próprio órgão acusador tenha o poder de decidir se há ou não justificativa para a flexibilização de um direito fundamental da parte contrária, pois “os direitos fundamentais somente serão devidamente garantidos, caso o órgão ao qual é confiada a tarefa de decidir sobre a sua flexibilização não seja um dos contendores”, afirma Silva Júnior.<sup>308</sup>

Ao que parece e sem olvidar a pendência de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal da ADI nº 5.642, proposta pela Associação Nacional das Operadoras Celulares – ACEL, alhures mencionada, o § 4º do artigo 13-B do Código de Processo Penal acha-se eivado de inconstitucionalidade, porquanto permite que a autoridade competente requirite às empresas prestadoras de serviço de telecomunicações e/ou telemática a imediata disponibilização de sinais e informações, mediante posterior comunicação ao juiz.

Tratando-se a intimidade e a vida privada de direitos assegurados pela Constituição Federal, como já alinhavado em capítulo anterior desta pesquisa científica, indispensável seria a autorização judicial para a iniciativa investigatória, ainda que iminente o perigo decorrente de infrações penais como o sequestro, a extorsão, o tráfico de pessoas e a extorsão mediante sequestro. Se assim não fosse, desnecessária seria a instalação de plantões judiciários para o atendimento de demandas urgentes, visando salvaguardar o interesse coletivo de segurança.

Conclui-se, portanto, que os recursos tecnológicos utilizados em investigações policiais para a localização de suspeitos ou vítimas não violam o direito à intimidade e vida privada, assegurados pela Constituição Federal, em virtude da natural exposição humana no cotidiano da sociedade informacional. Entender de modo diverso implicaria em absurdas proibições, como a utilização de rastreadores em veículos por empresas privadas.

---

<sup>307</sup> Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei.

<sup>308</sup> *Op. cit.*, p. 317.

No entanto, a faculdade concedida à autoridade competente para requisitar diretamente das empresas prestadoras de serviço de telecomunicações e/ou telemática a disponibilização imediata dos meios técnicos adequados – como sinais, informações e outros – que permitam a localização da vítima ou dos suspeitos do delito em curso, com posterior comunicação ao juiz, carece de respaldo constitucional por se tratar de uma medida extremamente vulnerante e, por conseguinte, imprescindível que haja determinação judicial antes de encetada a medida.

### 3.5 – Comunicações criptografadas e eventual interceptação por ordem judicial

Entre os direitos fundamentais estabelecidos pela Constituição Federal, vislumbra-se, mais precisamente no artigo 5º, inciso XII, a proteção conferida ao sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Muitos questionamentos já foram efetuados acerca do objeto de proteção do sigilo, se diz respeito ao *conteúdo* das informações comunicadas e transmitidas pelos meios supramencionados ou se a tutela abarca o *fluxo* de tais informações. Além disso, o texto constitucional traz a expressão “salvo, no último caso”, o que também gerou controvérsia, no sentido de se admitir, por determinação judicial, somente a quebra das *comunicações telefônicas* ou também das *comunicações telegráficas* e de *dados*.

O entendimento predominante é no sentido de que a proteção assegurada no dispositivo constitucional acima transcrito não diz respeito ao *conteúdo* das correspondências, comunicações telegráficas, dados e conversações telefônicas, mas sim ao *fluxo* de tais interlocuções, no momento em que elas ocorrem, entendimento este que chegou a ser encampado pelo Supremo Tribunal Federal.<sup>309</sup>

---

<sup>309</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE nº 418.416/SC**. Decisão judicial: fundamentação: alegação de omissão de análise de teses relevantes da Defesa; recurso extraordinário; descabimento. Além da falta do indispensável prequestionamento (Súmulas 282 e 356), não há violação dos art. 5º, LIV e LV, nem do art. 93, IX, da Constituição, que não exige o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas apresentadas pelas partes, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão; exige, apenas, que a decisão esteja motivada, e a sentença e o acórdão recorrido não descumpriram esse requisito (v.g., RE 140.370, 1ª T., 20.4.93, Pertence, DJ 21.5.93; AI 242.237 - AgR, 1ª T., 27.6.00, Pertence, DJ 22.9.00). II. Quebra de sigilo bancário: prejudicadas as alegações referentes ao decreto que a determinou, dado que a sentença e o acórdão não se referiram a qualquer prova resultante da quebra do sigilo bancário, tanto mais que, dado o deferimento parcial de mandado de segurança, houve a devolução da documentação respectiva. III. Decreto de busca e apreensão: validade. 1. Decreto específico, que somente permitiu que as autoridades encarregadas da diligência selecionassem objetos,

Noutro aspecto, já se cogitou que o texto constitucional assegura, tão somente, a possibilidade de interceptação das comunicações telefônicas, para fins de investigação criminal e instrução processual penal, não se estendendo essa possibilidade para as comunicações telegráficas, de dados ou correspondências, interpretação esta equivocada, uma vez que, como alhures alinhavado, todos os direitos fundamentais devem ser submetidos a um juízo de ponderação, sobretudo quando se acham em rota de colisão com outros direitos fundamentais, devendo, no caso concreto, ser levado em consideração aquele de maior importância.

Verifica-se, cotidianamente, que determinadas garantias são invocadas como forma de se acobertar ou camuflar práticas delituosas, o que não pode ser permitido pelo Estado, pois é interesse de todos os cidadãos o combate de condutas que assolam a ordeira sociedade e trazem irreparáveis malefícios às suas vítimas.

Desse modo, a expressão “salvo, no último caso” não deve dignificar a possibilidade de interceptação das conversas telefônicas, tão somente, mas também o as comunicações telemáticas, de dados e de correspondências. Em casos deste jaez, o Supremo Tribunal Federal se pronunciou no sentido da possibilidade de interceptação das correspondências remetidas pelos sentenciados, a fim de se evitar a salvaguarda de condutas delituosas.<sup>310</sup> Nessa conformidade, o Pretório Excelso também consolidou o entendimento

---

dentre aqueles especificados na decisão e na sede das duas empresas nela indicadas, e que fossem "interessantes à investigação" que, no caso, tinha pertinência com a prática do crime pelo qual foi efetivamente condenado o recorrente. 2. Ademais não se demonstrou que as instâncias de mérito tenham invocado prova não contida no objeto da medida judicial, nem tenham valorado qualquer dado resultante da extensão dos efeitos da decisão determinante da busca e apreensão, para que a Receita Federal e a "Fiscalização do INSS" também tivessem acesso aos documentos apreendidos, para fins de investigação e cooperação na persecução criminal, "observado o sigilo imposto ao feito". IV - Proteção constitucional ao sigilo das comunicações de dados - art. 5º, XVII, da CF: ausência de violação, no caso. 1. Impertinência à hipótese da invocação da AP 307 (Pleno, 13.12.94, Galvão, DJU 13.10.95), em que a tese da inviolabilidade absoluta de dados de computador não pode ser tomada como consagrada pelo Colegiado, dada a interferência, naquele caso, de outra razão suficiente para a exclusão da prova questionada - o ter sido o microcomputador apreendido sem ordem judicial e a consequente ofensa da garantia da inviolabilidade do domicílio da empresa - este segundo fundamento bastante, sim, aceito por votação unânime, à luz do art. 5º, XI, da Lei Fundamental. 2. Na espécie, ao contrário, não se questiona que a apreensão dos computadores da empresa do recorrente se fez regularmente, na conformidade e em cumprimento de mandado judicial. 3. Não há violação do art. 5º, XII, da Constituição que, conforme se acentuou na sentença, não se aplica ao caso, pois não houve "quebra de sigilo das comunicações de dados (interceptação das comunicações), mas sim apreensão de base física na qual se encontravam os dados, mediante prévia e fundamentada decisão judicial". 4. **A proteção a que se refere o art.5º, XII, da Constituição, é da comunicação 'de dados' e não dos 'dados em si mesmos', ainda quando armazenados em computador.** (cf. voto no MS 21.729, Pleno, 5.10.95, red. Néri da Silveira - RTJ 179/225, 270). V - Prescrição pela pena concretizada: declaração, de ofício, da prescrição da pretensão punitiva do fato quanto ao delito de frustração de direito assegurado por lei trabalhista (C. Penal, arts. 203; 107, IV; 109, VI; 110, § 2º e 114, II; e Súmula 497 do Supremo Tribunal) (grifo nosso). Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=395790>. Acesso em: 15 nov. 2018.

<sup>310</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 70.814/SP. HABEAS CORPUS - ESTRUTURA FORMAL DA SENTENÇA E DO ACÓRDÃO - OBSERVANCIA - ALEGAÇÃO DE INTERCEPTAÇÃO CRIMINOSA**

de que o sigilo de dados bancários e fiscais não possuem caráter absoluto, sendo perfeitamente possível a quebra em caso de interesse público e indícios de prática delitiva.<sup>311</sup>

Por óbvio, a quebra do sigilo de dados de qualquer espécie deve ser sempre precedida de autorização judicial devidamente fundamentada, sob pena de declaração da ilicitude da prova obtida, tendo em vista que além da inviolabilidade da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, o que se visa, resguardar, em última análise, é o direito à intimidade e vida privada, somente justificando a sua mitigação “quando razões de interesse público, devidamente fundamentadas por ordem judicial, demonstrarem a conveniência da sua violação para fins de promover a investigação criminal ou instrução processual penal”,<sup>312</sup> afirma Lima.

Abreu e Antonialli fazem significativas considerações sobre a proteção constitucional conferida às *informações cadastrais*, os *metadados* e o *conteúdo das comunicações*, mencionando que, “dependendo do tipo de informação a que se quer ter

---

DE CARTA MISSIVA REMETIDA POR SENTENCIADO - UTILIZAÇÃO DE COPIAS XEROGRAFICAS NÃO AUTENTICADAS - PRETENDIDA ANALISE DA PROVA - PEDIDO INDEFERIDO. - A estrutura formal da sentença deriva da fiel observância das regras inscritas no art. 381 do Código de Processo Penal. O ato sentencial que contem a exposição sucinta da acusação e da defesa e que indica os motivos em que se funda a decisão satisfaz, plenamente, as exigências impostas pela lei. - A eficácia probante das copias xerográficas resulta, em princípio, de sua formal autenticação por agente público competente (CPP, art. 232, parágrafo único). Peças reprográficas não autenticadas, desde que possível a aferição de sua legitimidade por outro meio idôneo, podem ser validamente utilizadas em juízo penal. - **A administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, de disciplina prisional ou de preservação da ordem jurídica, pode, sempre excepcionalmente, e desde que respeitada a norma inscrita no art. 41, paragrafo único, da Lei n. 7.210/84, proceder a interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de praticas ilícitas.** - O reexame da prova produzida no processo penal condenatório não tem lugar na ação sumaríssima de *habeas corpus* (grifo nosso). Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=72703>. Acesso em: 15 nov. 2018.

<sup>311</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AI nº 541.265 AgR/SC**. CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. OFENSA À CONSTITUIÇÃO. MINISTÉRIO PÚBLICO. SIGILO BANCÁRIO. QUEBRA. MEDIANTE ORDEM JUDICIAL. PRECEDENTES. I. - Somente a ofensa direta à Constituição autoriza a admissão do recurso extraordinário. No caso, o acórdão recorrido limitou-se a interpretar normas infraconstitucionais. II. - Ao Judiciário cabe, no conflito de interesses, fazer valer a vontade concreta da lei, interpretando-a. Se, em tal operação, interpreta razoavelmente ou desarrazoadamente a lei, a questão fica no campo da legalidade, incorrendo o contencioso constitucional. III. - Alegação de ofensa ao devido processo legal: CF, art. 5º, LV: se ofensa tivesse havido, seria ela indireta, reflexa, dado que a ofensa direta seria a normas processuais. E a ofensa a preceito constitucional que autoriza a admissão do recurso extraordinário é a ofensa direta, frontal. IV. - A verificação, no caso concreto, da ocorrência, ou não, de violação ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada situa-se no campo infraconstitucional. V. - Alegação de ofensa ao inciso IX do art. 93 da Constituição: improcedência, porque o que pretende o recorrente, no ponto, é impugnar a decisão que lhe é contrária, certo que o acórdão está suficientemente fundamentado. VI. - **O entendimento desta Suprema Corte consolidou-se no sentido de não possuir caráter absoluto a garantia dos sigilos bancário e fiscal, sendo facultado ao juiz decidir acerca da conveniência da sua quebra em caso de interesse público relevante e suspeita razoável de infração penal.** Precedentes. VII. - Agravo não provido (grifo nosso). Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=360802>. Acesso em: 15 nov. 2018.

<sup>312</sup> *Op. cit.*, p. 134-135.

acesso, o grau de proteção da privacidade sobre elas varia, como se umas fossem mais sensíveis que outras”.<sup>313</sup> Conceituam os autores que *informações cadastrais* são aquelas que constam acerca do cidadão nos cadastros de entidades públicas e privadas, tais como nome, filiação, endereço, número telefônico, e-mail, estado civil, profissão, números de documentos, etc. *Metadados*, por sua vez, são registros gerados a partir de uma comunicação e não constituem o seu conteúdo em si, v.g., dia, horário e duração de uma conversa telefônica, dados de localização geográfica de dispositivo eletrônico, número de identificação global e único de aparelho de telefonia celular (International Mobile Equipment Identity – IMEI), etc. Por derradeiro, o *conteúdo das comunicações* pode ser conceituado como o assunto da mensagem entabulada entre duas ou mais pessoas, tais como o conteúdo de uma conversa telefônica, os dizeres contidos em um e-mail ou em uma mensagem eletrônica, etc.

Como já visto no presente trabalho, predomina o entendimento de que as *informações cadastrais* constituem direito de menor importância à intimidade e vida privada, podendo ser obtidas por requisição direta da autoridade policial ou do Ministério Público, como se verifica das disposições contidas na Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013,<sup>314</sup> e artigo 13-A, do Código de Processo Penal, incluído pela Lei nº 13.344, de 6 de outubro de 2016.<sup>315</sup> Relativamente aos *metadados*, basta uma ordem judicial, devidamente motivada, para a quebra do respectivo sigilo. Em relação às *comunicações*, devem ser observadas as disposições contidas na Constituição Federal, somente podendo ser admitida a interceptação por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Assunto ainda mais controverso, acerca do sigilo das comunicações, diz respeito à utilização de criptografia em aplicativos de troca de mensagens instantâneas. Como consta da página oficial do aplicativo *WhatsApp*, a criptografia de ponta-a-ponta assegura que

---

<sup>313</sup> ABREU, Jacqueline de Souza; ANTONIALLI, Dennys. **Vigilância sobre as comunicações no Brasil: interceptações, quebras de sigilo, infiltrações e seus limites constitucionais**. São Paulo: InternetLab, 2017, p. 17.

<sup>314</sup> Art. 15. O delegado de polícia e o Ministério Público terão acesso, independentemente de autorização judicial, apenas aos dados cadastrais do investigado que informem exclusivamente a qualificação pessoal, a filiação e o endereço mantidos pela Justiça Eleitoral, empresas telefônicas, instituições financeiras, provedores de internet e administradoras de cartão de crédito.

<sup>315</sup> Art. 13-A. Nos crimes previstos nos arts. 148, 149 e 149-A, no § 3º do art. 158 e no art. 159 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), e no art. 239 da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), o membro do Ministério Público ou o delegado de polícia poderá requisitar, de quaisquer órgãos do poder público ou de empresas da iniciativa privada, dados e informações cadastrais da vítima ou de suspeitos.

somente os interlocutores de uma conversa podem ler o que é enviado e ninguém mais, nem mesmo o próprio *WhatsApp*. Desse modo, as mensagens entabuladas estão seguras com cadeados e somente os interlocutores possuem as chaves especiais necessárias para destrancá-los e ler as mensagens. Além disso, visando uma proteção ainda maior, cada mensagem enviada possui um cadeado e uma chave, sendo desnecessário ativar configurações ou estabelecer conversas secretas especiais para garantir a segurança durante a troca de mensagens.<sup>316</sup>

Starr, discorrendo sobre a dificuldade de acesso ao conteúdo das mensagens ilícitas trocadas via *WhatsApp* para uso em procedimento de investigação e ação penal, afirma que não há nada de ilegal na utilização de aplicativos de mensagens criptografadas. Contudo, o que se depreende em quase todos os territórios do mundo, é que tais aplicativos de mensagens vêm alegando o direito à privacidade e ao sigilo das comunicações como pilar inabalável, destacando:

Essa atitude pode amparar a utilização para o cometimento de crimes graves, como tráfico de drogas, armas e de pessoas, divulgação de imagens e vídeos de pedofilia, sequestro, fraudes, homicídios, atentados terroristas e estupro. Desse modo, finge-se ignorar que não existe direito absoluto, bem como que a maioria dos usuários de tais aplicativos, na qualidade de não criminosos, não possuem interesse na proteção incondicional das mensagens trocadas com fins delituosos.<sup>317</sup>

Evidentemente, a criptografia de ponta-a-ponta impossibilita a realização de interceptações, mediante a captura de conversas em tempo real, mesmo que haja determinação judicial nesse sentido. Demais disso, como a empresa não armazena as conversações, também não é possível a posterior obtenção do seu conteúdo. Não se trata de uma crítica à utilização da criptografia, mesmo porque ela tem sua finalidade bem definida no resguardo de assuntos confidenciais. Não obstante, como todo recurso tecnológico, a criptografia pode ser usada para causas nobres, de interesses sociais, bem como para a ilicitude, como observa Kuppens:

O emprego de criptografia é imprescindível para a manutenção de uma série de recursos importantes, como a confidencialidade de documentos, o comércio eletrônico, a estrutura de chaves públicas e a liberdade de expressão, entre outros. Entretanto, o problema ocorre quando esses mesmos recursos são utilizados, por

---

<sup>316</sup> Disponível em: [https://faq.whatsapp.com/pt\\_br/android/28030015/](https://faq.whatsapp.com/pt_br/android/28030015/). Acesso em: 15 nov. 2018.

<sup>317</sup> STARR, Adriana Galvão. A dificuldade de acesso ao conteúdo das mensagens ilícitas trocadas via *WhatsApp* para uso em procedimento de investigação e ação penal. **Investigação e prova nos crimes cibernéticos**. São Paulo: EMAG, 2017, p. 88.

exemplo, por organizações terroristas, grupos que exploram sexualmente crianças e adolescentes, extremistas e pelo crime organizado.<sup>318</sup>

Importante recordar que, em razão do princípio *nemo tenetur se detegere*, já debatido no presente trabalho, ninguém a obrigado a fornecer a senha ou chave de acesso de dados criptografados de que seja portador, seja durante a investigação ou no momento da instrução processual, o que dificulta ainda mais a possibilidade de monitoração de diálogos realizados pelo *WhatsApp*.

A precípua finalidade da criptografia é possibilitar que duas pessoas efetuem troca de mensagens por intermédio de um sistema informático seguro, sem que um terceiro possa interceptar a mensagem ou compreender o seu conteúdo. Como já obtemperado, a conversação só poderá ser desvendada como código da chave de segurança, que somente os interlocutores possuem.

A interceptação de conversas telefônicas já foi bastante eficiente para a investigação e o conseqüente desbaratamento de organizações criminosas. Trata-se de importante meio de prova cautelares e não repetível, absolutamente lícita, desde que respeitados os ditames da Constituição Federal e da legislação pertinente. Com a reiteração de investigações encetadas por interceptação telefônica, os membros de organizações tecnológicas passaram a utilizar mecanismos tecnológicos diversos para a articulação de suas condutas delituosas e entre esses mecanismos podemos destacar o *WhatsApp*.

Em razão disso, em alguns casos foram proferidas decisões judiciais com a finalidade de ampliar os meios de investigação policial, notadamente para o acesso do conteúdo das conversações entabuladas pelo nominado aplicativo de mensagens instantâneas. No entanto, foram apresentadas justificativas de impossibilidade técnica de interceptação ou acesso ao conteúdo das conversas, diante da criptografia ponta-a-ponta, o que motivou o bloqueio do *WhatsApp*.

Em processo que tramitava pela 2ª Vara Criminal de Duque de Caxias, foi determinado o bloqueio do aplicativo, em todo território nacional, por entender que a empresa *Facebook Serviços Online do Brasil Ltda.* descumpriu determinação judicial para fornecer informações sobre uma investigação, sendo determinado, ainda, o pagamento de multa, no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) até o efetivo cumprimento da medida de interceptação do fluxo de dados do *WhatsApp*. Além disso, foi ordenada a instauração de

---

<sup>318</sup> KUPPENS, Luciano Lima. Exames em dados criptografados. Velho, Jesus Antônio (coord.). **Tratado de computação forense**. Campinas: Millennium, 2016, p. 448.

inquérito policial em desfavor do representante legal das empresas *Facebook* para apuração da conduta delituosa prevista no artigo 2º, § 1º, da Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013.<sup>319</sup> No entanto, o desembargador José Roberto Lagranha Távora, da 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, concedeu liminar no mandado de segurança nº 0036719-20.2016.8.19.0000, impetrado pela empresa *Facebook Serviços Online do Brasil Ltda.*, liberando o uso do aplicativo *WhatsApp* em todo país.<sup>320</sup>

No Estado de São Paulo, foi instaurada investigação para apurar crimes de tráfico de drogas e associação para o tráfico que estariam sendo praticados por indivíduo que, embora custodiado, estaria organizando tarefas para a facção criminosa que pertencia, juntamente com comparsas que se encontravam em liberdade, contribuindo para o comércio ilícito de drogas, bem como cuidando das atividades administrativas e financeiras da organização.

Desse modo, foi determinada a expedição de ofício às empresas *WhatsApp Inc.* e *Facebook Serviços Online do Brasil Ltda.* visando a interceptação de linhas de telefonia móvel celular via redirecionamento de fluxo de dados que trafegarem por tais linhas por meio da plataforma de troca de mensagens e de dados denominada *Whatsapp*, justificando a decisão judicial que isso poderia ser realizado por meio de pacote de dados com o fornecimento de chaves de criptografia correspondente ou mesmo espelhamento de conta, com mecanismo análogo ao espelhamento via *QR CODE*, via autorização de instalação da conta em outra linha (RD) mediante o fornecimento de senhas de instalação ou ainda por outro processo pelo qual seja possível acessar o conteúdo das respectivas contas, tanto do conteúdo das mensagens, quanto da identificação dos contatos das referidas contas.

O representante do *WhatsApp* no Brasil apresentou petição alegando a impossibilidade de atendimento da ordem judicial, motivo pelo qual foi determinada a suspensão das atividades do aplicativo, pelo prazo de 48 (quarenta e oito) horas, bem como a imposição de multa diária no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), até o limite de 10% do faturamento do grupo econômico no Brasil em seu último exercício. Contudo, a 11ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em julgamento

---

<sup>319</sup> Art. 2º. Promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa: Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas. § 1º. Nas mesmas penas incorre quem impede ou, de qualquer forma, embaraça a investigação de infração penal que envolva organização criminosa.

<sup>320</sup> Disponível em: <http://cgj.tjrj.jus.br/noticias/noticia/-/visualizar-conteudo/5111210/5187532>. Acesso em: 17 nov. 2018. Maiores informações sobre o julgamento do mérito do mandado de segurança não puderam ser obtidas em virtude do segredo de justiça.

do mandado de segurança nº 2271462-77.2015.8.26.0000, concedeu a ordem para cancelar a determinação da suspensão das atividades do aplicativo *WhatsApp*, convalidando liminar anteriormente deferida.

Na mesma direção o Tribunal de Justiça do Estado do Piauí, cassou a decisão de magistrado que havia determinado a suspensão do aplicativo *WhatsApp* em prol de investigação criminal, por entender que a determinação era destituída de razoabilidade, uma vez que afetava a comunicação entre um sem número de pessoas, bem como por entender que os organismos policiais dispõem de diversos outros meios de investigação, não se mostrando plausível que toda uma investigação passe a depender de informações de natureza telemática.<sup>321</sup>

O Supremo Tribunal Federal realizou audiência pública simultânea para discutir aspectos dos artigos 10 e 12, incisos III e IV, do Marco Civil da Internet (ADI nº 5.527, Rel. Min. Rosa Weber), bem como com a finalidade de analisar a suspensão do aplicativo *WhatsApp* por decisões judiciais no Brasil (ADPF nº 403, Rel. Min. Edson Fachin).

Na ADI nº 5.527, proposta pelo Partido da República – PR, foi pleiteada a declaração de inconstitucionalidade do artigo 12, incisos III e IV, do Marco Civil da Internet,<sup>322</sup> para ser dada interpretação conforme à Constituição Federal ao artigo 10, § 2º, do mesmo estatuto,<sup>323</sup> de modo a limitar o seu alcance aos casos de persecução criminal.

---

<sup>321</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Piauí. **MS nº 2015.0001.001695-3. MANDADO DE SEGURANÇA - DECISÃO DE MAGISTRADO QUE DETERMINA A SUSPENSÃO DO APLICATIVO "WHATSAPP" EM PROL DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL - MEDIDA QUE NÃO GARANTE O CUMPRIMENTO DE COMANDO DECISÓRIO OU A ELUCIDAÇÃO DOS FATOS - POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE OUTROS MEIOS MENOS GRAVOSOS DE INVESTIGAÇÃO - INTERRUÇÃO DO SERVIÇO QUE PREJUDICA MILHÕES DE USUÁRIOS - AUSÊNCIA DE RAZOABILIDADE.** 1. A interrupção de acesso ao serviço do aplicativo "whatsapp" em prol de investigação criminal é completamente destituída de razoabilidade porque afeta, direta e surpreendentemente, a comunicação entre um sem número de pessoas, envolvendo não somente os usuários nacionais, mas, também, aqueles que, fora de suas fronteiras, tentem contatar parentes, amigos e afins aqui residentes. 2. Os organismos policiais dispõem de diversos outros meios de investigação, não se mostrando plausível que toda uma investigação passe a depender de informações de natureza telemática. 3. A suspensão de um serviço de comunicação não garante o cumprimento das determinações judiciais, nem que os fatos objeto de investigação criminal serão elucidados ou evitados, pois, sabe-se, há uma infinidade de softwares dessa natureza à disposição de quem quer que seja. 4. Segurança concedida, à unanimidade. Disponível em: [http://www.tjpi.jus.br/diarioeletronico/public/dj160614\\_7998.pdf#page=28](http://www.tjpi.jus.br/diarioeletronico/public/dj160614_7998.pdf#page=28). Acesso em: 17 nov. 2018.

<sup>322</sup> Art. 12. Sem prejuízo das demais sanções cíveis, criminais ou administrativas, as infrações às normas previstas nos arts. 10 e 11 ficam sujeitas, conforme o caso, às seguintes sanções, aplicadas de forma isolada ou cumulativa:

III - suspensão temporária das atividades que envolvam os atos previstos no art. 11; ou

IV - proibição de exercício das atividades que envolvam os atos previstos no art. 11.

<sup>323</sup> Art. 10. A guarda e a disponibilização dos registros de conexão e de acesso a aplicações de internet de que trata esta Lei, bem como de dados pessoais e do conteúdo de comunicações privadas, devem atender à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das partes direta ou indiretamente envolvidas.

Subsidiariamente, foi requerida a declaração de nulidade parcial, sem redução de texto, do artigo 12, incisos III e IV, do Marco Civil da Internet, para o afastamento da sua aplicação às ferramentas de “troca de mensagens”, ou, ainda, condicionada a aplicação das sanções de suspensão temporária e de proibição do exercício das atividades à prévia frustração das sanções previstas nos incisos I e II.<sup>324</sup>

A Procuradoria-Geral da República opinou pela improcedência da ação direta de inconstitucionalidade, aos argumentos de que não representa indevida ampliação da ressalva contida na parte final do artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal<sup>325</sup> o dispositivo da Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 que, reafirmando a aplicação do princípio da reserva de jurisdição para os casos de quebra de sigilo de comunicações privadas, comete à legislação específica a definição das hipóteses e da forma de implementação da medida restritiva, sem limitar expressamente o seu alcance aos casos de persecução criminal (art. 10, § 2º). Na hipótese de interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática, aplicam-se as disposições da Lei nº 9.296/1996, que regulamenta a parte final do artigo 5º, inciso XII, da Constituição.

Aduziu que a liberdade de expressão e o correlato direito à comunicação, como todos os outros direitos fundamentais garantidos pela Constituição da República e por tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, não são absolutos, podendo ser modulados para a proteção de outros direitos igualmente importantes e de mesma hierarquia normativa.

Consignou, ainda, que não há desproporcionalidade na cominação abstrata, pelo artigo 12, incisos III e IV, da Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, das penalidades de suspensão temporária e de proibição do exercício de atividades de provedores de conexão e de aplicações de internet que descumpram o dever de proteção do sigilo dos registros de

---

§ 2º. O conteúdo das comunicações privadas somente poderá ser disponibilizado mediante ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer, respeitado o disposto nos incisos II e III do art. 7º.

<sup>324</sup> Art. 12. Sem prejuízo das demais sanções cíveis, criminais ou administrativas, as infrações às normas previstas nos arts. 10 e 11 ficam sujeitas, conforme o caso, às seguintes sanções, aplicadas de forma isolada ou cumulativa:

I - advertência, com indicação de prazo para adoção de medidas corretivas;

II - multa de até 10% (dez por cento) do faturamento do grupo econômico no Brasil no seu último exercício, excluídos os tributos, considerados a condição econômica do infrator e o princípio da proporcionalidade entre a gravidade da falta e a intensidade da sanção;

<sup>325</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

conexão e de acesso a aplicações de internet, dos dados pessoais e do conteúdo de comunicações privadas de seus usuários, imposto pelos artigos 10 e 11 do mesmo diploma legal.<sup>326</sup>

Ressaltou que a existência, ou não, de proporcionalidade na aplicação do artigo 12, incisos III e IV, da Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 em casos concretos específicos deve ser analisada nos respectivos processos judiciais subjetivos, mediante a utilização dos meios de impugnação adequados, não sendo matéria passível de discussão na via do controle abstrato de constitucionalidade, em ação direta de inconstitucionalidade.

Acresceu, outrossim, que a proporcionalidade da sanção a ser aplicada em cada situação fática depende de juízo individualizado, que levará em conta as circunstâncias do caso concreto e a gravidade da lesão provocada aos direitos dos usuários dos serviços de internet, motivo pelo qual carece de plausibilidade a tese no sentido de que a interpretação constitucionalmente adequada do artigo 12 da Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 é aquela que impõe a aplicação das sanções cominadas neste dispositivo legal necessariamente em ordem sucessiva

---

<sup>326</sup> Art. 10. A guarda e a disponibilização dos registros de conexão e de acesso a aplicações de internet de que trata esta Lei, bem como de dados pessoais e do conteúdo de comunicações privadas, devem atender à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das partes direta ou indiretamente envolvidas.

§ 1º. O provedor responsável pela guarda somente será obrigado a disponibilizar os registros mencionados no caput, de forma autônoma ou associados a dados pessoais ou a outras informações que possam contribuir para a identificação do usuário ou do terminal, mediante ordem judicial, na forma do disposto na Seção IV deste Capítulo, respeitado o disposto no art. 7º.

§ 2º. O conteúdo das comunicações privadas somente poderá ser disponibilizado mediante ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer, respeitado o disposto nos incisos II e III do art. 7º.

§ 3º. O disposto no caput não impede o acesso aos dados cadastrais que informem qualificação pessoal, filiação e endereço, na forma da lei, pelas autoridades administrativas que detenham competência legal para a sua requisição.

§ 4º. As medidas e os procedimentos de segurança e de sigilo devem ser informados pelo responsável pela provisão de serviços de forma clara e atender a padrões definidos em regulamento, respeitado seu direito de confidencialidade quanto a segredos empresariais.

Art. 11. Em qualquer operação de coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros, de dados pessoais ou de comunicações por provedores de conexão e de aplicações de internet em que pelo menos um desses atos ocorra em território nacional, deverão ser obrigatoriamente respeitados a legislação brasileira e os direitos à privacidade, à proteção dos dados pessoais e ao sigilo das comunicações privadas e dos registros.

§ 1º. O disposto no caput aplica-se aos dados coletados em território nacional e ao conteúdo das comunicações, desde que pelo menos um dos terminais esteja localizado no Brasil.

§ 2º. O disposto no caput aplica-se mesmo que as atividades sejam realizadas por pessoa jurídica sediada no exterior, desde que ofereça serviço ao público brasileiro ou pelo menos uma integrante do mesmo grupo econômico possua estabelecimento no Brasil.

§ 3º. Os provedores de conexão e de aplicações de internet deverão prestar, na forma da regulamentação, informações que permitam a verificação quanto ao cumprimento da legislação brasileira referente à coleta, à guarda, ao armazenamento ou ao tratamento de dados, bem como quanto ao respeito à privacidade e ao sigilo de comunicações.

§ 4º. Decreto regulamentará o procedimento para apuração de infrações ao disposto neste artigo.

Enfatizou a Procuradoria-Geral da República, ainda, que não é inconstitucional a incidência do artigo 12, III e IV, da Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 aos serviços de trocas de mensagens instantâneas pela internet, salientando que a suspensão temporária ou a proibição do exercício das atividades de aplicativos que disponibilizem esse tipo de serviço, em caso de descumprimento das normas estabelecidas pelo Marco Civil da Internet, notadamente daquelas destinadas a tutelar a intimidade e privacidade dos usuários, não viola a liberdade de expressão e o correlato direito à comunicação, estatuídos no artigo 5º, incisos IV e IX, da Constituição Federal,<sup>327</sup> respectivamente, tendo em vista que o exercício destes direitos permanece plenamente garantido por outros meios, inclusive com a utilização de aplicativos idênticos e igualmente gratuitos.

Complementou que a tecnologia dos aplicativos de trocas de mensagens instantâneas pela internet constitui um “Serviço de Valor Adicionado” (art. 61 da Lei nº 9.472/1997<sup>328</sup>), melhorando a experiência de trocas de mensagens e afins, não constituindo, entretanto, serviço essencial de telecomunicações, uma vez que, sem sua presença no cenário nacional, não há interrupção da comunicação.

Asseverou que o artigo 7º da Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, ao dispor que “o acesso à Internet é essencial para o exercício da cidadania”, não representa óbice à suspensão temporária ou proibição das atividades de aplicativos de comunicação virtual, destacando que a aplicação das penalidades do artigo 12, incisos III e IV, da Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 às empresas responsáveis pelas ferramentas de trocas de mensagens pela internet não ofende os princípios da intranscendência e da individualização da pena,

---

<sup>327</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença.

<sup>328</sup> Art. 61. Serviço de valor adicionado é a atividade que acrescenta, a um serviço de telecomunicações que lhe dá suporte e com o qual não se confunde, novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações.

§ 1º. Serviço de valor adicionado não constitui serviço de telecomunicações, classificando-se seu provedor como usuário do serviço de telecomunicações que lhe dá suporte, com os direitos e deveres inerentes a essa condição.

§ 2º. É assegurado aos interessados o uso das redes de serviços de telecomunicações para prestação de serviços de valor adicionado, cabendo à Agência, para assegurar esse direito, regular os condicionamentos, assim como o relacionamento entre aqueles e as prestadoras de serviço de telecomunicações.

previstos no artigo 5º, incisos XLV<sup>329</sup> e XLVI,<sup>330</sup> da Constituição Federal, tampouco vulnera a proteção do consumidor, consoante disposições contidas no artigo 5º, inciso XXXII,<sup>331</sup> e artigo 170, inciso V, ambos da Carta Magna, uma vez que há múltiplos canais de comunicação à disposição dos usuários, os quais, portanto, não são afetados no seu direito de livremente expressar-se e comunicar-se, em decorrência de ordem judicial de bloqueio das atividades de determinado aplicativo.

Entendeu, por derradeiro, que a suspensão temporária ou a proibição do exercício das atividades dos aplicativos de comunicação virtual, em caso de descumprimento dos deveres impostos pelos artigos 10 e 11 do Marco Civil da Internet, não afronta os princípios da livre iniciativa, previsto no artigo 1º, inciso IV, da Constituição Federal,<sup>332</sup> e da livre concorrência, estabelecido no artigo 170, *caput*, da Carta Magna,<sup>333</sup> tendo em vista que estes somente tutelam os agentes econômicos que atuam em conformidade com o ordenamento jurídico nacional.

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 403, por sua vez, foi ajuizada pelo Partido Popular Socialista – PPS, em face de decisão do Juiz de Direito Marcel Maia Montalvão, do Estado de Sergipe, em virtude de o magistrado haver determinado a suspensão do aplicativo de comunicação *WhatsApp* em todo o Brasil.

As ações supramencionadas ainda se encontram em andamento. Porém, o desfecho dos julgamentos é de extrema importância para novos cenários da persecução penal na Sociedade da Informação, pois a liberdade de expressão por intermédio dos recursos tecnológicos, como aplicativos de mensagens instantâneas, pode servir como salvaguarda de

---

<sup>329</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido.

<sup>330</sup> XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos.

<sup>331</sup> XXXII - proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos.

<sup>332</sup> Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

<sup>333</sup> Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios.

ilícitos penais. Como exaustivamente mencionado, os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, bem como em tratados internacionais em que o Brasil é signatário, não são absolutos, e podem ser mitigados para a proteção de outros direitos de igual importância e da mesma hierarquia.

Parte da jurisprudência defende que falta de restrições ao uso da criptografia deixa o Estado impotente para combater a criminalidade. Silva, porém, declara que esse tipo de pensamento passa a ideia de que o Estado só existe para punir, o que não é correto, em homenagem, ao respeito dos direitos fundamentais. Destaca o autor que sempre existiram limites à atuação estatal e nem por isso o Estado deixou de ter razões para existir, acrescentando:

A aplicação da lei penal é uma dentre muitas outras funções do Estado, que deve ser exercida assegurando-se respeito aos direitos fundamentais. A persecução penal será legítima apenas se respeitar esses direitos. Se o Estado não tiver limites para provar a prática de um crime, irá igualar-se aos criminosos que pretende punir<sup>334</sup>.

Esse não parece ser o melhor entendimento. Não se trata de tornar inaplicável ou imprestável o uso da criptografia, nem permitir que o Estado vigie os cidadãos de maneira indiscriminada. Trata-se, na verdade, de permitir o pelo exercício da persecução penal para o combate de delitos gravíssimos, praticados por organizações criminosas altamente estruturadas, que trazem grandes malefícios à sociedade, tais como o tráfico de drogas, o tráfico de pessoas, a prostituição infanto-juvenil, etc.

É cediço que, muitas vezes, a investigação pode ser exercida de outras maneiras, com a utilização de agentes infiltrados, campanas, informantes, documentos, etc. Note-se a até mesmo a interceptação de comunicações telefônicas é medida excepcional, tendo em vista que a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, mais precisamente em seu artigo 2º, dispõe que não será admitida a interceptação quando não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal, quando a prova puder ser feita por outros meios disponíveis, bem como quando o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção.

Em relação ao direito fundamental à privacidade e a persecução criminal, Santos discorre sobre a problemática das estudos telefônicas no processo penal português, mencionando que se trata de um meio de obtenção de prova que, pela sua natureza, é

---

<sup>334</sup> *Op. cit.*, p. 35.

altamente restritiva de direitos fundamentais, razão pela qual sempre deve constituir medida excepcional:

Existe assim, uma elevada danosidade social na utilização deste instrumento, uma vez que, esta “violação” de Direitos Fundamentais abrange, necessariamente, para além dos arguidos e eventuais suspeitos de um determinado processo criminal, todos os terceiros que interajam no seu dia-a-dia com os mesmos. Contaminando, desta forma toda a sociedade, transformando um problema inicialmente individual, numa questão cada vez mais coletiva. Assim sendo, terá este meio de obtenção de prova de ser utilizado com muitas cautelas, não se podendo continuar a assistir a uma vulgarização de um instrumento, que terá sempre de ser considerado excepcional.<sup>335</sup>

Dessa forma, eventual acesso ao conteúdo de conversações entabuladas pelo aplicativo de mensagens instantâneas *WhatsApp* também deve ser precedido de autorização judicial e somente aplicado em situações excepcionais, em analogia com o que ocorre com a interceptação telefônica.

Como solução para a problemática aqui debatida, Starr sugere que deveria ser editada uma lei que determinasse que somente aplicativos que tivessem condições de atender às determinações judiciais de fornecimento de conteúdo das comunicações poderiam funcionar em território nacional, acrescentando que tal lei, inclusive, poderia definir os procedimentos e prazos para o atendimento da decisão judicial que determinasse a interceptação.<sup>336</sup>

Atualmente, já existem recursos capazes de tornar possível a investigação de crimes praticados por intermédio do *WhatsApp*, sem que haja a necessidade de banimento da criptografia, por exemplo, a tecnologia conhecida como *man-in-the-middle* (MITM), que em uma tradução literal significa *homem no meio*, ou seja, a possibilidade de um agente policial ser inserido no meio de uma conversa entre dois ou mais agentes criminosos no exato momento em que está sendo realizada, a fim de que possa obter o conteúdo do colóquio. Neste caso, não haveria a quebra da criptografia, mas, tão somente, a criação de um mecanismo que permite a observação da conversa entre usuários do aplicativo.

Há, ainda, a possibilidade de acesso das conversas entre usuários do aplicativo por intermédio do recurso chamado *WhatsApp Web*, que permite a visualização das conversas pelo computador, com a utilização de um navegador de Internet e o pareamento de telefonia

---

<sup>335</sup> SANTOS, Inês Moreira. Direito fundamental à privacidade vs. persecução penal. A problemática das escutas telefônicas. Miranda, Jorge; Da Silva, Marco Antonio Marques (coords.). **Tratado luso-brasileiro da dignidade humana**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 104.

<sup>336</sup> *Op. cit.*, p. 89.

celular com o *browser*, usando um código chamado *QR Code*. De outro modo, também é possível a recuperação de conversas do *WhatsApp* por intermédio da realização de um *backup* do aparelho, mesmo que as mensagens tenham sido apagadas. Não se olvide, outrossim, a capacidade de utilização de metadados, como datas e horários das comunicações entabuladas pelos agentes criminosos, ou até mesmo a infiltração de agentes, visando ganhar a confiança de membros da quadrilha para que sejam espontaneamente inseridos em grupos de *WhatsApp* e possam acompanhar a articulação de práticas delituosas.

Destarte, a problemática não se circunscreve à utilização da criptografia ponta-a-ponta, mas a possibilidade de acesso ao conteúdo das conversas, principalmente em tempo real, a fim de possibilitar o efetivo exercício da persecução penal e do *jus puniendi* conferido ao Estado. Não se olvide a imperiosa necessidade de respeito aos direitos fundamentais, entre eles a inviolabilidade do sigilo das comunicações. Todavia, como já frisado, tais garantias não podem servir como salvaguarda para a prática de ilícitos penais, nem mesmo possibilitar a existência um ambiente virtual isento de fiscalizações por parte dos agentes públicos, a ponto de servir como campo fértil para as organizações criminosas poderem ser articular e colocar em prática seus nefastos intentos.

## Considerações Finais

A persecução penal deve ser desenvolvida em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana. O Estado, único detentor do *jus puniendi*, não pode desrespeitar direitos fundamentais para punir o infrator da norma penal incriminadora. No processo penal moderno, o princípio da dignidade da pessoa humana acha-se cada vez mais entrelaçado com o devido processo legal e todas as garantias individuais deste decorrentes. É o que se infere na ordem constitucional pátria, bem como nas constituições da maioria dos países, além dos tratados internacionais em que o Brasil é signatário.

Nesse diapasão, é seguramente possível afirmar que a intimidade e a privacidade, corolários do princípio da dignidade da pessoa humana, estão entre os direitos fundamentais de maior relevância, porquanto dizem respeito àquilo que é recôndito em cada indivíduo, no desejo inerente de que determinadas qualidades e circunstâncias não se tornem de conhecimento público.

É bem verdade que, em casos excepcionalíssimos, é permitida a violação de informações íntimas e pessoais, por intermédio de decisão judicial, devidamente motivada. Contudo, o que se visa chamar a atenção no presente estudo, é a devassa da vida privada, do próprio investigado ou de terceiras pessoas, acerca de fatos que em nada se relacionam com o objeto da investigação, mas que os meios eletrônicos de produção de prova podem imiscuir e, conseqüentemente, provocar violação indevida a direitos constitucionalmente consagrados.

Demais disso, a *persecutio criminis* sempre deve prestigiar e enaltecer o ser humano, em estrita obediência ao princípio da não-culpabilidade – por alguns denominado como princípio da presunção de inocência por se entender que essa é a expressão contida nos tratados internacionais ratificados pelo Brasil e que integram o ordenamento pátrio com força de norma constitucional –, mas sempre resguardando o interesse social de segurança e responsabilização criminal daquele que infringiu o tipo penal incriminador.

Não se olvida que, diante do princípio em comento, o encargo probatório pertence à acusação, sendo impossível a inversão do ônus da prova, mesmo diante de eficientes mecanismos de produção probatória desenvolvidos com as inovações tecnológicas. Exigir do acusado a demonstração de sua inocência durante a persecução penal constituiria o recrudescimento dos direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal, dentre eles, quiçá o mais importante, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Ademais, relativamente, aos meios eletrônicos de produção e obtenção de prova, a preocupação com possíveis violações a direitos fundamentais é ainda maior, porquanto muitos métodos ainda não se encontram disciplinados no ordenamento jurídico, o que pode suscitar eventuais declarações de nulidade ou até mesmo de ilicitude. Demais disso, os meios eletrônicos de investigação podem ser extremamente invasivos, a ponto de violar não somente a dignidade do investigado, mas também devassar a privacidade e intimidade de pessoa alheia ao procedimento.

Desse modo, na busca de humanização do processo penal, os instrumentos de persecução penal em vigor devem ser utilizados com a máxima cautela e quiçá aperfeiçoados com modificações legislativas bem elaboradas e minuciosamente estudadas, sem o afã de repercussões sociais ou imposições políticas.

Noutro aspecto, os instrumentos utilizados para a busca da verdade real, notadamente aqueles ligados às novas tecnologias, não podem afrontar a dignidade da pessoa humana, como foi exaustivamente debatido no presente estudo. Em outras palavras, a verdade real não pode e não deve ser obtida a qualquer custo, com o sacrifício que direitos que foram conquistados após décadas de lutas e debates. Nesse diapasão, notar-se-á que os recursos tecnológicos advindos na era da sociedade da informação são mecanismos extremamente eficientes na busca da verdade. É possível dizer, inclusive, que tais recursos provocam uma aproximação ainda maior da verdade absoluta ou ontológica, mas também são capazes de ocasionar graves violações a direitos fundamentais, algumas vezes de modo irreparável e, por conseguinte, devem ser usados com critério de parcimônia.

Sob o enfoque dos princípios assegurados pela Constituição Federal e tratados internacionais não se mostra plausível a condenação com base em meros *indícios* ou *presunções*, exigindo-se um robusto conjunto probatório contrário ao acusado para a prolação do édito condenatório. Parece óbvio, entretanto, que a persecução penal pode e deve ser iniciada por intermédio de *indícios* e *presunções*, a fim de que, durante a instrução processual e sob o crivo do contraditório, sejam colhidas as provas necessárias, as quais poderão embasar a livre convicção do magistrado, tudo isso em estrita obediência ao devido processo legal.

No que tange ao princípio *nemo tenetur se detegere* e a busca da verdade real no processo penal, conclui-se que a participação do acusado na produção de prova, que eventualmente possa ser utilizada em seu desfavor, pressupõe, necessariamente, sua

consciência e voluntariedade, sob pena de ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana e, conseqüentemente, o reconhecimento da ilicitude da prova produzida.

Verifica-se, ademais, que os recursos tecnológicos são bastante eficazes na persecução penal, com a finalidade de facilitar as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, contribuindo sobremaneira para o desenvolvimento do processo criminal e a colheita de provas, mas que sempre devem se atentar para as garantias inerentes do indivíduo.

Relativamente à persecução penal na Sociedade da Informação, depreende-se que os avanços tecnológicos são extremamente importantes para o aprimoramento da investigação criminal, bem como para a eficiência da instrução do processo judicial, mas devem sempre guardar a devida observância dos princípios da dignidade da pessoa humana e do devido processo legal.

A utilização da videoconferência para o interrogatório do acusado, bem como para a colheita de declarações e depoimentos não causa qualquer óbice ao direito de presença, consoante entendimento pacificado pelas Cortes Superiores. Não é possível contrariar a utilização da videoconferência somente com a intenção de provocar nulidades ou causar tumulto processual, mas somente quando houver efetivo prejuízo, a ensejar a anulação da prova, o que dificilmente será observado no caso concreto.

De outra banda, importante ressaltar o advento da Lei nº 13.441, de 8 de maio de 2017, que veio aperfeiçoar o sistema já existente de infiltração policial, mas que ainda carecia de algumas especificações para a sua prática no ciberespaço, a fim de se evitar alegações de ofensa ao princípio da taxatividade existente na esfera penal. De qualquer forma, é imperioso que haja harmonização das leis ordinárias com a Constituição Federal, de modo que o respeito aos direitos e garantias individuais na *persecutio criminis* seja a consagração de um país livre do totalitarismo de qualquer espécie e em qualquer nível, bem como para a efetiva concretização do sistema de proteção integral à criança e ao adolescente.

No que diz respeito à requisição de sinais e informações para localização de vítimas e suspeitos em crimes relacionados ao tráfico de pessoas, entende-se que tais recursos tecnológicos não violam o direito à intimidade e à vida privada, assegurado pela Constituição Federal, em virtude da natural exposição humana no cotidiano da sociedade informacional. Compreender de modo diverso implicaria em absurdas proibições, como a utilização de rastreadores em veículos por empresas privadas.

Sob outro prisma, vê-se que o uso da criptografia, ao mesmo tempo que constitui uma forma de assegurar o direito de não ser vigiado e não ter reveladas informações de conteúdo privado, no mais das vezes, impede a atuação estatal sobre organizações criminosas, que se utilizam de tais tecnologias para a articulação de suas perversas ações, criando-se o risco da impunidade, em detrimento do bem-estar social.

Por conseguinte, a *persecutio criminis* deve guardar relação estreita com o princípio da dignidade da pessoa humana, tendo em vista não ser possível a utilização de instrumentos de investigação e produção probatória em afronta a direitos e garantias fundamentais, principalmente diante do surgimento de um processo penal mais humanizado e até mesmo democrático.

As inovações tecnológicas causam inúmeras repercussões na esfera jurídica, a qual, por sua vez, não se desenvolve com a mesma velocidade, seja no aspecto das necessárias reformulações legislativas, seja com o aperfeiçoamento funcional dos operadores do direito. Logo, as demandas judiciais precisam se adequar a essa nova realidade, sobretudo com a especialização dos órgãos acusatórios, portadores do encargo de provar. A prestação jurisdicional, do mesmo modo, deve ser congruente à sociedade informacional, precipuamente na esfera penal, onde garantias de maior relevância são colocadas em jogo, com a possibilidade de restrições.

## Referências

- ABREU, Jacqueline de Souza; ANTONIALLI, Dennys. **Vigilância sobre as comunicações no Brasil**: interceptações, quebras de sigilo, infiltrações e seus limites constitucionais. São Paulo: InternetLab, 2017.
- ALEMANHA. Deutscher Bundestag. **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha**. Tradução: Assis Mendonça, Aachen. Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf> . Acesso em: 17 ago. 2018.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2017.
- ANDRADE, Ronaldo Alves de. O direito à privacidade e à intimidade no processo eletrônico. Paesani, Liliana Minardi (coord.). **O Direito na Sociedade da Informação II**. São Paulo: Atlas, 2009.
- ANTUNES, Eduardo Augusto Muylaert. O interrogatório por vídeo-conferência e a dignidade da pessoa humana. Miranda, Jorge; Da Silva, Marco Antonio Marques (coords.). **Tratado luso-brasileiro da dignidade humana**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- ARGENTINA. **Ley n° 24.424**. Disponível em <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/800/norma.htm>. Acesso em: 12 jul. 2018.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito da internet e da Sociedade da Informação**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- BALERA, Wagner. A qualificação da dignidade da pessoa humana nos julgados do Supremo Tribunal Federal. Ferraz, Anna Cândida da Cunha; Bittar, Eduardo; Leister, Margareth (coords.). **Direitos humanos fundamentais**. Osasco: Edifício, 2009.
- BARRETO JR., Irineu Francisco. Dignidade da pessoa humana na Sociedade da Informação. Simão Filho, Adalberto *et al* (coords.). **Direito da Sociedade da Informação**. Temas jurídicos relevantes. São Paulo: Quartier Latin, 2012.
- BARROS, Marco Antonio de. **A busca da verdade no Processo Penal**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução: J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flávio. **Crimes informáticos e suas vítimas**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Código de Processo Penal anotado**. 3.ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Presidência da República, 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078compilado.htm) . Acesso em: 10 nov. 2018.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Presidência da República, 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm) . Acesso em: 10 nov. 2018.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Presidência da República, 1941. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm) . Acesso em: 9 set. 2017.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 55. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996**. Brasília, DF: Presidência da República, 1996. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9296.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9296.htm) . Acesso em: 14 out. 2018.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997**. Brasília, DF: Presidência da República, 1997. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9472.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9472.htm) . Acesso em: 20 out. 2018.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003**. Brasília, DF: Presidência da República, 2003. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2003/L10.792.htm#art185](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.792.htm#art185) . Acesso em: 4 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008**. Brasília, DF: Presidência da República, 2008. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2008/lei/11690.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/11690.htm) . Acesso em: 07 set. 2018.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008**. Brasília, DF: Presidência da República, 2008. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2008/Lei/L11719.htm#art1](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11719.htm#art1) . Acesso em: 07 set. 2018.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 11.900, de 8 de janeiro de 2009**. Brasília, DF: Presidência da República, 2009. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Lei/L11900.htm#art1](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11900.htm#art1) . Acesso em: 04 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 12.830, de 20 de junho de 2013**. Brasília, DF: Presidência da República, 2013. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2013/Lei/L12830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12830.htm) . Acesso em: 07 set. 2018.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013.** Brasília, DF: Presidência da República, 2013. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm) . Acesso em: 29 out. 2018.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014.** Brasília, DF: Presidência da República, 2014. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm) . Acesso em: 20 out. 2018.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 13.344, de 6 de outubro de 2016.** Brasília, DF: Presidência da República, 2016. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/L13344.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13344.htm) . Acesso em: 9 set. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 13.431, de 4 de abril de 2017.** Brasília, DF: Presidência da República, 2017. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/L13431.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13431.htm) . Acesso em: 9 set. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 13.441, de 8 de maio de 2017.** Brasília, DF: Presidência da República, 2017. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/L13441.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13441.htm) . Acesso em: 9 set. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018.** Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm) . Acesso em: 10 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 13.718, de 24 de setembro de 2018.** Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2018/Lei/L13718.htm#art1](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13718.htm#art1) . Acesso em: 25 out. 2018.

BRIGGS, Asa; BURKE, Peter. **Uma história social da mídia: de Gutenberg à internet.** Tradução Maria Carmelita Pádua Dias. 2.ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006.

BUFFON, Jaqueline Ana. Agente infiltrado virtual. **Crimes cibernéticos.** 2ª Câmara de Coordenação e Revisão, Criminal. – Brasília: MPF, 2018. Disponível em: [http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/publicacoes/coletaneas-de-artigos/coletanea\\_de\\_artigos\\_crimes\\_ciberneticos](http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/publicacoes/coletaneas-de-artigos/coletanea_de_artigos_crimes_ciberneticos) . Acesso em 12 jul. 2018.

CAMARGO, Diego Fuschini; RODRIGUES, Tony. Noções de direito cibernético. Velho, Jesus Antônio (coord.). **Tratado de computação forense.** Campinas: Millennium, 2016.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição.** 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARNEIRO, Márcio Rodrigo de Freitas. Perícia de informática nos crimes cibernéticos. **Investigação e prova nos crimes cibernéticos.** São Paulo: EMAG, 2017.

CHILE. **Código Procesal Penal.** Disponível em: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=176595> . Acesso em: 10 nov. 2018.

CHILE. **Constitucion Política de La Republica de Chile.** Disponível em: [https://www.camara.cl/camara/media/docs/constitucion\\_politica.pdf](https://www.camara.cl/camara/media/docs/constitucion_politica.pdf) . Acesso em: 17 ago. 2018.

CUBA. **Constitución de La Republica de Cuba.** Disponível em: <http://www.cuba.cu/gobierno/cuba.htm> . Acesso em: 17 ago. 2018.

DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. **Curso de Processo Penal.** 8.ed. Rio de Janeiro: Forense.

DOTTI, René Ariel. A liberdade e o direito à intimidade. **Revista de informação legislativa**, v. 17, n. 66, p. 125-152, abr./jun. 1980. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181214> . Acesso em: 28 out. 2018.

ESPAÑA. **Constitución Española.** Disponível em: [http://www.lamoncloa.gob.es/documents/constitucion\\_es1.pdf](http://www.lamoncloa.gob.es/documents/constitucion_es1.pdf) . Acesso em: 17 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. **Ley Orgánica 13/2015.** Disponível em [http://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-10725](http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-10725) . Acesso em: 12 jul. 2018.

FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de direitos.** A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem *versus* a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1996.

FERNANDES, Antonio Scarance. Efetividade, processo penal e dignidade humana. Miranda, Jorge; Da Silva, Marco Antonio Marques (coords.). **Tratado luso-brasileiro da dignidade humana.** São Paulo: Quartier Latin, 2008.

\_\_\_\_\_. **Processo Penal Constitucional.** 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão.** Teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais.** 14.ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Princípios constitucionais do Direito da Sociedade da Informação.** A tutela jurídica do meio ambiente digital. São Paulo: Saraiva, 2015.

\_\_\_\_\_, Celso Antonio Pacheco; CONTE, Christiany Pegorari. **Crimes no meio ambiente digital.** São Paulo: Saraiva, 2013.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal.** Parte geral. 5.ed., Rio de Janeiro: Forense, 1983.

FRANCO, Alberto Silva; MORAES, Maurício Zanoide de. Devido processo legal. Franco, Alberto Silva; Stoco, Rui (coords.). **Código de Processo Penal e sua Interpretação Jurisprudencial.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FULLER, Greice Patrícia; ALCÂNTARA, Eduardo Sorrentino. Crimes e direitos humanos: uma realidade indissociável na sociedade da informação. Martini, Sandra Regina; Cavalcanti, Ana Elizabeth Lapa Wanderley (coords.). **Movimento entre os saberes.** A transdisciplinariedade e o direito. Porto Alegre: Evangraf, 2017.

\_\_\_\_\_, Greice Patrícia; GALLINARO, Fábio. A infiltração de agentes em meio virtual sob a égide da dignidade da pessoa humana: uma análise da Lei 13.441, de 8 de maio de 2017. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 995, ano 107, p. 175-193.

GALVÃO, Fernando. **Direito Penal**. Parte geral. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2016.

GOMES, Paulo. Parceria de PM e prefeitura recupera 749 carros em SP com ajuda de radares. **Folha de São Paulo**, São Paulo. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2016/12/1839741-com-dados-de-radares-pm-de-sp-recupera-749-carros-roubados.shtml>. Acesso em: 2 dez. 2018.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Significados da presunção de inocência. Costa, José de Faria; Silva, Marco Antonio Marques da (coords.). **Direito Penal Especial, Processo Penal e direitos fundamentais**. Visão luso-brasileira. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

GORGULHO, Gilberto da Silva; STORNILO, Ivo; ANDERSON, Ana Flora (coords). **A Bíblia de Jerusalém**. Tradução de Euclides Martins Balancin *et al.* São Paulo: Paulus, 1998.

GONZALEZ, Giovanna Gonçalves Naldi Beretta. **Direitos humanos e institutos penais: desistência voluntária e arrependimento eficaz**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

GRÉCIA. **A Constituição da Grécia**. Disponível em: <http://www.hri.org/docs/syntagma/artcl25.html#A2> . Acesso em: 17 ago. 2018.

GRECO FILHO, Vicente; GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. A prova penal no contexto da dignidade da pessoa humana. Miranda, Jorge; Da Silva, Marco Antonio Marques (coords.). **Tratado luso-brasileiro da dignidade humana**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **As nulidades no Processo Penal**. 12.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

\_\_\_\_\_. Verdade real e verdade formal? Um Falso Problema. In: PEREIRA, Flávio Cardoso (Org.). **Verdade e prova no Processo Penal**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

GUATEMALA. **Constitución de Guatemala**. Disponível em: [https://es.wikisource.org/wiki/Constituci%C3%B3n\\_de\\_Guatemala](https://es.wikisource.org/wiki/Constituci%C3%B3n_de_Guatemala) . Acesso em: 17 ago. 2018.

HABERMAS, Jürgen. **Verdade e justificação**. Tradução: Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004.

IRLANDA. Bunreacht na hÉireann. **Constitution of Ireland**. Disponível em: [http://www.supremecourt.ie/supremecourt/sclibrary3.nsf/\(WebFiles\)/28CD6947F5021BCB802580A6005D1F09/\\$FILE/Constitution%20of%20Ireland.pdf](http://www.supremecourt.ie/supremecourt/sclibrary3.nsf/(WebFiles)/28CD6947F5021BCB802580A6005D1F09/$FILE/Constitution%20of%20Ireland.pdf) . Acesso em: 17 ago. 2018.

ITÁLIA. Senado della Repubblica. **Costituzione Della Repubblica Italiana**. Disponível em: [http://www.quirinale.it/allegati\\_statici/costituzione/costituzione.pdf](http://www.quirinale.it/allegati_statici/costituzione/costituzione.pdf) . Acesso em: 17 ago. 2018.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal**. 34.ed – vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2013.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007.

KARDEC, Allan. **O Evangelho segundo o espiritismo**. Tradução Salvador Gentile. Catanduva: Boa Nova Editora, 2007.

KUPPENS, Luciano Lima. Exames em dados criptografados. Velho, Jesus Antônio (coord.). **Tratado de computação forense**. Campinas: Millennium, 2016.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**. 2.ed. Salvador: Jus Podivm, 2014.

LOPES, Mariângela Tomé. O sistema probatório no Código de Processo Penal chileno. Fernandes, Antonio Scarance; Almeida, José Raul Gavião de; Moraes, Maurício Zanoide de (coords.). **Provas no processo penal**. Estudo comparado. São Paulo: Saraiva, 2011.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MACHADO, Antônio Alberto. **Teoria geral do Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2009.

MACHADO, Clara. **O princípio jurídico da fraternidade**. Um instrumento para proteção de direitos fundamentais transindividuais. Rio da Janeiro: Lumen Juris, 2017.

MALAQUIAS, Roberto Antônio Darós. **Crime cibernético e prova**. 2.ed. Curitiba: Juruá Editora, 2015.

MALATESTA, Nicola Framarino dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Tradução de J. Alves de Sá. 2.ed. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1927.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal – Volume II**. Rio de Janeiro – São Paulo: Forense, 1961.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 12.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 27.ed. São Paulo: Atlas, 2011.

\_\_\_\_\_. **Direitos humanos fundamentais**. 10.ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MORAES, Maurício Zanoide de. Princípios da presunção de não-culpabilidade e da presunção de inocência. Franco, Alberto Silva; Stoco, Rui (coords.). **Código de Processo Penal e sua interpretação jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NALINI, José Renato. Duração razoável do processo e a dignidade da pessoa humana. Miranda, Jorge; Da Silva, Marco Antonio Marques (coords.). **Tratado luso-brasileiro da dignidade humana**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 8.ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 8.ed. – vol. 2. Rio da Janeiro: Forense, 2014.

\_\_\_\_\_. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

\_\_\_\_\_. **Provas no Processo Penal**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Corrêa de Almeida. Os direitos fundamentais e a persecução criminal no delito de extorsão mediante sequestro. Miranda, Jorge; Silva, Marco Antonio Marques da (coords.). **Tratado luso-brasileiro da dignidade humana**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf> . Acesso em: 26 jun. 2018.

PALAZZOLO, Massimo. **Persecução penal e dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

PARAGUAI. **Constitución de la República de Paraguay, 1992**. Disponível em: [https://www.oas.org/juridico/mla/sp/pry/sp\\_pry-int-text-const.pdf](https://www.oas.org/juridico/mla/sp/pry/sp_pry-int-text-const.pdf) . Acesso em: 17 ago. 2018.

PERU. **Constitucion Política del Peru de 1993**. Disponível em: [https://www.migraciones.gob.pe/documentos/constitucion\\_1993.pdf](https://www.migraciones.gob.pe/documentos/constitucion_1993.pdf) . Acesso em: 17 ago. 2018.

PIMENTEL, José Eduardo de Souza. O princípio da dignidade da pessoa humana no Processo Penal. Miranda, Jorge; Silva, Marco Antonio Marques da (coords.). **Tratado luso-brasileiro da dignidade humana**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

PINHEIRO, Patricia Peck; GROCHOCKI, Luiz Rodrigo. Noções de direito cibernético. Velho, Jesus Antônio (coord.). **Tratado de computação forense**. Campinas: Millennium, 2016.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

POLASTRO, Mateus de Castro; ELEUTÉRIO, Pedro Monteiro da Silva. Exames relacionados à pornografia infanto-juvenil. Velho, Jesus Antônio (coord.). **Tratado de computação forense**. Campinas: Millennium, 2016.

PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**. Disponível em: <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx> . Acesso em: 17 ago. 2018.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

RÚSSIA. **Constituição da Federação da Rússia**. Disponível em: <http://www.professorregisprado.com/resources/constituicao-da-russia-em-portugues.pdf> . Acesso em 17 ago. 2018.

SAMPAIO, Denis. Inovações tecnológicas no direito processual penal. **Revista brasileira de ciências criminais**, São Paulo, v.102, p. 243-284, mai-jun. 2013.

SANTOS, Daniel Leonhardt dos; SANTOS, Livia Limas. *Nemo tenetur se detegere e verdade no processo penal*. Giacomolli, Nereu José; Vasconcellos, Vinicius Gomes (orgs.). **Processo penal e garantias constitucionais. Estudos para um processo penal democrático**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SANTOS, Inês Moreira. Direito fundamental à privacidade vs. perseguição penal. A problemática das escutas telefônicas. Miranda, Jorge; Da Silva, Marco Antonio Marques (coords.). **Tratado luso-brasileiro da dignidade humana**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

SANTOS, Marcos André Couto. A delimitação de um conteúdo para o direito: em busca de uma renovada teoria geral com base na proteção da dignidade da pessoa humana. **Revista de informação legislativa**. Brasília, v.39, n. 153, p. 163-191, jan./mar. 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SCHÜNEMANN, Bernd. O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental. **Revista Liberdades**, São Paulo, n. 11, p. 30-50, set./dez. 2012.

SERRANO, Pablo Jiménez. Convivência social condicionada: pressuposto da dignidade da pessoa humana em razão da ética e do direito. Yoshida, Consuelo Y.M.; Rampazzo, Lino (orgs.). **O Direito e a dignidade humana: aspectos éticos e socioambientais**. Campinas: Alínea, 2012.

SILVA, Alexandre Assunção e. **Sigilo das comunicações na internet**. Curitiba: Juruá Editora, 2017.

SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 212, p. 89-94, abr./jun. 1998.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Curso de Direito Processual Penal: teoria (constitucional) do processo penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: em busca do direito justo**. São Paulo: Saraiva, 2010.

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

STARR, Adriana Galvão. A dificuldade de acesso ao conteúdo das mensagens ilícitas trocadas via *WhatsApp* para uso em procedimento de investigação e ação penal. **Investigação e prova nos crimes cibernéticos**. São Paulo: EMAG, 2017.

SYDOW, Spencer Toth. **Crimes informáticos e suas vítimas**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no Processo Penal brasileiro**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

VENEZUELA. **Constitución de La República Bolivariana de Venezuela**. Disponível em: [https://www.oas.org/juridico/mla/sp/ven/sp\\_ven-int-const.html](https://www.oas.org/juridico/mla/sp/ven/sp_ven-int-const.html) . Acesso em: 17 ago. 2018.

VILAR, Gustavo Pinto; GUSMÃO, Luiz Eduardo. Identificação, isolamento, coleta e preservação do vestígio cibernético. Velho, Jesus Antônio (coord.). **Tratado de computação forense**. Campinas: Millennium, 2016.

VRUBEL, Alexandre; GROCHOCKI, Luiz Rodrigo. Exames em equipamentos portáteis e telefonia móvel. Velho, Jesus Antônio (coord.). **Tratado de computação forense**. Campinas: Millennium, 2016.

WEYNE, Bruno Cunha. **O princípio da dignidade humana**. Reflexões a partir da filosofia de Kant. São Paulo: Saraiva, 2013.

WOLFF, Rafael. Infiltração de agentes por meio virtual. Da Silva, Ângelo Roberto Ilha (coord.). **Crimes cibernéticos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

YOKAICHIYA, Cristina Emy. A utilização de novas tecnologias no processo penal espanhol. Reflexões sobre a tipicidade e atipicidade em matéria probatória. Fernandes, Antonio Scarance; Almeida, José Raul Gavião de; Moraes, Maurício Zanoide de (coords.). **Provas no processo penal**. Estudo comparado. São Paulo: Saraiva, 2011.