

FACULDADES METROPOLITANAS UNIDAS – FMU
MESTRADO EM DIREITO DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL À LUZ DA PÓS-MODERNIDADE E DA
SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO: reflexões sobre a sua efetividade e os direitos
fundamentais

LEONARDO POZZI LOVERSO

São Paulo
2018

LEONARDO POZZI LOVERSO

**A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL À LUZ DA PÓS-MODERNIDADE E DA
SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO: reflexões sobre a sua efetividade e os direitos
fundamentais**

Dissertação de Mestrado apresentada à
Banca Examinadora do Centro
Universitário das Faculdades
Metropolitanas Unidas – FMU, como
requisito parcial para obtenção do grau
de Mestre em Direito.

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Greice Patrícia
Fuller.

São Paulo
2018

Loverso, Leonardo Pozzi.

A investigação criminal à luz da pós-modernidade e da sociedade da informação: reflexões sobre a sua efetividade e os direitos fundamentais / Leonardo Pozzi Loverso. – São Paulo, 2018.

126 f.

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Greice Patrícia Fuller.

Dissertação (Mestrado em Direito da Sociedade da Informação) – Programa de Mestrado em Direito da Sociedade da Informação. Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas, 2018.

1. Pós-modernidade. 2. Sociedade da informação. 3. Investigação criminal. 4. Brasil – A investigação criminal. I. Título.

CDU 343.1

FOLHA DE APROVAÇÃO

LOVERSO, Leonardo Pozzi. A investigação criminal à luz da pós-modernidade e da sociedade da informação: reflexões sobre a sua efetividade e os direitos fundamentais.

Aprovado em: ___/___/_____

Banca Examinadora

Prof^a. Dr^a. Greice Patrícia Fuller (Orientadora)

Prof^a. Dr^a. Samyra Haidêe Dal Farra Napolini Sanches

Prof. Dr. Dani Rudnicki

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Heribaldo e Silvia, pelo amor incondicional, pelo incentivo e apoio desde sempre, com os quais tudo foi possível na minha vida.

À minha mulher Ariane e aos meus filhos Guilherme e Henrique, motivos maiores da minha existência, pela infinita compreensão por todos os momentos privados do convívio familiar em virtude das minhas atividades acadêmicas e profissionais.

Aos Professores do Mestrado em Direito da Sociedade da Informação do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas, em especial, à minha orientadora, Professora Doutora Greice Patrícia Fuller, que com sua rica experiência acadêmica guiou com muita sabedoria as pesquisas e os estudos que resultaram na consecução desta dissertação.

Aos colegas das turmas do Mestrado, pelos profícuos momentos de convívio e compartilhamento das experiências acadêmicas.

Aos meus colegas de profissão, a quem rendo minhas gratas homenagens, em especial, a Dra. Ana Lúcia de Souza e ao Dr. Eduardo Henrique de Carvalho Filho, cujos incentivos foram determinantes para que este trabalho fosse possível.

“A verdade é que a ciência favoreceu a ideia de uma força intelectual rude e sóbria que torna francamente insuportável todas as velhas representações metafísicas e morais da raça humana.”

Robert Musil

RESUMO

Neste trabalho aborda-se a investigação criminal sob as perspectivas da pós-modernidade e da sociedade da informação, cujas características marcantes como as incertezas quanto ao saber e ao progresso promovidos pela ciência moderna, a insegurança quanto aos riscos decorrentes dos avanços tecnológicos e o protagonismo da informação no arranjo social, entre outras, conformam decisivamente a feição assumida pela atividade de apuração de delitos na contemporaneidade – o que a distancia daquela exercida em tempos anteriores –, ganhando destaque as fortes repercussões em relação à sua eficiência e, sobretudo, levantando importantes questionamentos quanto aos direitos fundamentais. A ideia central desenvolvida é que a investigação criminal contemporânea avança tanto no tocante à *efetividade*, como no sentido do *humanismo*. Os recursos tecnológicos exacerbam potencialmente a dimensão do poder de investigar, ao mesmo tempo demandam maior sofisticação do sistema de garantias e promoção dos direitos fundamentais para balizar e legitimar a atuação investigativa. Sob a perspectiva do binômio *efetividade-garantismo*, são examinados alguns dos atuais meios de obtenção de provas e técnicas de investigação, além de se abordar especificamente a utilização dos recursos informatizados na atuação da Polícia Judiciária do Estado de São Paulo, em que diversos sistemas foram implantados ao longo dos últimos anos. A metodologia, para tanto, é a revisão bibliográfica, com aporte teórico multidisciplinar, além de análise legislativa e jurisprudencial.

Palavras-chave: Pós-modernidade. Sociedade da informação. Investigação criminal. Direitos fundamentais. Efetividade.

ABSTRACT

This study deals with criminal investigation under the perspectives of postmodernity and information society, whose striking characteristics such as uncertainties about the knowledge and progress promoted by modern science, the insecurity about the risks arising from technological advances and the protagonism of information in the social arrangement, among others, are decisive in determining the assumed feature by the investigation of crimes in contemporaneity – which apart it from that exercised in previous times –, with strong repercussions in relation to its efficiency and, above all, arising relevant issues concerning the fundamental rights. The central idea developed is that contemporary criminal investigation advances both in terms of *effectiveness* and in the sense of *humanism*. Technological resources potentially exacerbate the dimension of the power to investigate, at the same time demand greater sophistication of the system of guarantees and promotion of fundamental rights to bound and legitimize the investigative acting. From the perspective of the binomial *effectiveness-garantism*, some of the current means of obtaining evidence and investigative techniques are examined, as well as specifically addressing the use of computerized resources in the work of the Judiciary Police of the State of São Paulo, in which several systems were implemented the last few years. The methodology, for such, is the bibliographical review, with a multidisciplinary theoretical contribution, as well as legislative and jurisprudential analysis.

Keywords: Postmodernity. Information society. Criminal investigation. Fundamental rights. Effectiveness.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1. PÓS-MODERNIDADE E SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO: PERSPECTIVAS E REFLEXOS NO CRIME E NA SUA INVESTIGAÇÃO	15
1.1 Esclarecimentos iniciais.....	15
1.2 A perspectiva pós-moderna e suas características marcantes: segurança (risco), liberdade (individualização) e poder (fluidez).....	17
1.3 A perspectiva da sociedade da informação e os seus desdobramentos.....	26
1.4 Reflexos das sociedades pós-moderna e informacional sobre o crime e o Direito Penal.....	34
2. DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL MODERNA À CONTEMPORÂNEA E DOS LIMITES AO PODER DE INVESTIGAR PELOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	42
2.1 Investigação criminal moderna: fundamentos, conceito, natureza, finalidade e características.....	42
2.1.1 Fundamentos da investigação criminal moderna.....	42
2.1.2 Conceito, natureza e finalidade da investigação moderna.....	47
2.1.3 Características da investigação criminal moderna.....	56
2.2 Da investigação criminal contemporânea: reflexões sobre os seus fundamentos e delineamento de suas características.....	62
2.3 Limites impostos ao poder de investigar: reflexões a respeito dos direitos fundamentais.....	69
3. DA EFETIVIDADE DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL CONTEMPORÂNEA	79
3.1 Considerações preliminares sobre eficiência, eficácia e efetividade.....	79
3.2 Principais técnicas, instrumentos e meios de obtenção de provas que potencializam a investigação criminal contemporânea.....	83
3.2.1 Pesquisa em fontes abertas e acesso a dados cadastrais.....	84
3.2.2 Obtenção de informações relativas à localização de pessoas, veículos, telefones celulares e outros dispositivos assemelhados.....	89

3.2.3 Acesso de dados em <i>smartphones</i> (interceptação telemática em aplicativos de conversação instantânea).....	92
3.2.4 Cooperação jurídica internacional e a Convenção de Budapeste.....	94
3.3 Dos <i>softwares</i> de suporte para a atividade investigativa na atuação da Polícia Civil de São Paulo.....	100
3.3.1 Algumas considerações preliminares sobre informatização e eficiência.....	102
3.3.2 Principais sistemas informatizados utilizados pela Polícia Civil de São Paulo (RDO, Ômega, Phoenix e Alpha).....	103
3.3.3 Apontamentos sobre o Inquérito Policial Eletrônico da Polícia Civil de São Paulo.....	108
3.3.4 Considerações finais sobre a informatização na Polícia Civil de São Paulo.....	110
CONCLUSÕES.....	111
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	119

INTRODUÇÃO

A presente dissertação tem como área de concentração o Direito da Sociedade da Informação, em abordagem de caráter interdisciplinar com o Direito Processual Penal, o Direito Penal e o Direito Constitucional, estando, assim, inserida no âmbito do Programa de Mestrado em Direito da Sociedade da Informação do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU. Segue a linha de pesquisa Decisão Jurídica e o Monopólio do Estado, dentro do projeto específico nominado Efetivação Jurisdicional Estatal, cujo objeto é o estudo dos reflexos da informação sobre as relações envolvendo o poder estatal.

O tema trabalhado é o da investigação criminal à luz da pós-modernidade e da sociedade da informação, encontrando-se delimitado para a observação da influência da informação na sociedade contemporânea e a sua repercussão sobre a efetividade da investigação criminal e os seus reflexos nos direitos fundamentais das pessoas envolvidas: o investigado e a vítima, sem se olvidar dos efeitos que também irradiam sobre os agentes, as instituições e a sociedade. Procura-se, dessa forma, estudar a conformação contemporânea da investigação criminal, sua natureza e seus fundamentos, suas principais características e seus limites, considerando as transformações resultantes da centralidade e do protagonismo da informação sobre a configuração da sociedade e, por consequência, sobre o seu sistema jurídico.

A ideia central a ser desenvolvida é a de que a feição da investigação criminal se transforma profundamente a partir das últimas décadas com a profusão de novos conhecimentos e tecnologias – possibilidades só então observadas na sociedade informacional –, notadamente com a utilização em larga escala de ferramentas da informática, as quais produzem relevante incremento (potencial) de otimização da atividade investigativa e provocam, simultaneamente, sensíveis reflexos na esfera dos direitos fundamentais dos cidadãos, podendo trazê-los a uma situação de fragilidade frente ao excessivo poder de império do Estado, caso não sejam balizadas por um sistema de garantias mais sofisticado.

Este pensamento se justifica quando se leva em conta que, nos dias de hoje, com todo o arsenal tecnológico à disposição dos órgãos estatais, como por exemplo, bancos de dados estruturados, informatizados e *on-line* referentes a ocorrências criminais, redes interligadas de câmeras de alta definição espalhadas pelas cidades com reconhecimento de placas de veículos e facial, infraestrutura de torres de telefonia

celular que possibilitam a localização de pessoas através de sinais emanados de seus telefones móveis, rede de satélites que permitem a operação de sistemas de GPS (*Global Positioning System*) para a localização de objetos, cooperação internacional com intercâmbio mais ágil de informações diante da facilitação da comunicação entre órgãos públicos de diferentes países pela rede mundial de computadores, entre outras tantas inovações desta era informacional (que serão abordadas ao longo do presente trabalho), percebe-se que a investigação de crimes ganhou um instrumento poderosíssimo oriundo das chamadas TIC's (Tecnologias da Informação e Comunicação).

Na atual era da informação, diversas provas podem ser realizadas e diversos alibis apresentados pelo suspeito podem ser facilmente desconstruídos pelas autoridades investigadoras, por meio de evidências obtidas a partir de rastros ou “vestígios digitais” encontrados em toda parte (incluindo o ciberespaço), como por exemplo, o local onde esteve o investigado com seu aparelho celular através do sinal de ERB (Estação Rádio Base) fornecido pelas empresas prestadoras de serviços de telecomunicação, ou o local onde ele transitou pelas ruas da cidade com seu veículo através dos sistemas de monitoramento de câmeras inteligentes, ou as atividades realizadas ou lugares em que frequentou através do conteúdo de publicações e postagens por ele produzidas, ou mesmo por seus amigos e parentes, em redes sociais, tais como *Facebook*, *Instagram*, *Twitter* e *Whatsapp*.

O que dizer, então, da facilidade com que qualquer pessoa com seu aparelho celular *smartphone* tem de gravar conversas, fotografar ou filmar algum delito em andamento, constituindo importantíssima fonte de evidências para um futuro processo penal. As possibilidades são quase infindáveis.

Assim, é certo que, ao ser exercida de maneira arbitrária, desproporcional, sem qualquer equilíbrio, imponderada e irrefletida, a atividade de investigação das infrações penais, agora realizada com ênfase nas novas tecnologias, pode aniquilar completamente certos direitos e liberdades individuais, ainda que seu objetivo seja o de efetivar e cumprir outros direitos fundamentais, como a promessa constitucional de assegurar segurança para a coletividade.

Neste sentido, o presente trabalho tem por objetivo analisar este cenário retratado, visando trazer, a partir do substrato teórico existente na literatura científica, tradicional e mais atual, uma reflexão crítica sobre a problemática concernente à *medida razoável e proporcional* entre a efetividade da investigação criminal com vistas à

consecução do direito fundamental à segurança pública e a sua *coexistência* e *harmonização* com o direito fundamental à privacidade, tendo sempre como foco norteador o devido processo legal e, sobretudo, o vetor máximo da dignidade da pessoa humana, solução esta certamente árdua, diante da complexa e multifacetada sociedade que se coloca atualmente.

Para a consecução deste objetivo, valer-se-á, no presente trabalho, do método dedutivo, com a utilização de técnica de pesquisa científica bibliográfica, com aporte teórico multidisciplinar, incluindo análise de leis e de decisões judiciais.

Assim, procederemos inicialmente a uma análise geral a respeito das linhas características da sociedade da informação e da pós-modernidade (ficando, desde já, afirmado que não serão aqui tratadas como expressões sinônimas), com aporte teórico de diferentes áreas das ciências humanas além do Direito, abordando-se, em seguida, a repercussão desta dupla perspectiva sobre o crime e a dogmática jurídico-penal, enfatizando o papel central da informação e a questão dos avanços tecnológicos. Estes temas, digamos mais gerais, constituirão objeto do primeiro capítulo deste estudo.

No segundo capítulo, delimitaremos o estudo do desenvolvimento da investigação criminal da modernidade à contemporaneidade, dentro da ótica de observância aos direitos fundamentais. Focaremos nos limites da investigação criminal, no contexto da teoria do *garantismo*, procurando também abordar a questão sob a perspectiva da possibilidade de solução de tensão entre direitos fundamentais em situações concretas.

Finalmente, na terceira e última parte do estudo, traremos alguns pontos específicos atinentes aos principais meios de obtenção de provas e técnicas de investigação comumente utilizados nos dias de hoje, lançando-se sobre as questões jurídicas que nascem desta atual estrutura da investigação criminal contemporânea, envolvendo como pano de fundo os direitos fundamentais – especialmente o cotejo entre os direitos de privacidade e de segurança pública. Abordaremos, outrossim, as principais ferramentas tecnológicas em uso na etapa investigativa da persecução penal, trazendo, a título de paradigma, aquelas especificamente adotadas pela Polícia Civil do Estado de São Paulo, tais como seus *softwares* de atuação na repressão jurídica à criminalidade, incluindo apontamentos sobre o inquérito policial eletrônico que se encontra em fase de implantação.

Ao final, concluímos, através da metodologia proposta, que as reflexões apresentadas ao longo deste estudo, quanto à efetividade da investigação criminal e aos

limites impostos pelos direitos fundamentais, deixam claro o processo irreversível de transformação da estrutura da investigação criminal contemporânea.

1. PÓS-MODERNIDADE E SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO: PERSPECTIVAS E SEUS REFLEXOS NO CRIME E NA SUA INVESTIGAÇÃO

1.1 Esclarecimentos iniciais

Sabemos de uma maneira bem geral que a investigação de crimes com vistas a assegurar a imposição futura de sanção ao infrator nada mais é do que uma entre tantas atividades inseridas no contexto de um determinado sistema jurídico em uma dada sociedade, desde aquela investigação conduzida, com base em costumes, por uma pessoa ou grupo com relativa ascendência (social, econômica, religiosa ou política) em uma comunidade mais tradicional, até mesmo aquela exercida por um representante do poder estatal, com base em lei formal, com maior ou menor legitimação, no âmbito de um Estado-nação¹. O propósito sempre será o mesmo: o de identificar o autor do fato (reputado como criminoso) e apresentar as provas indiciárias que ligam este àquele. O que muda, a rigor, é o *modo* como esta atividade será desenvolvida a depender da época (tempo) e do lugar (espaço) que se tem como referência, podendo, assim, v.g., ser qualificada de arbitrária, desleal, ilegítima, injusta, ineficiente, desproporcional, abusiva, invasiva, excessiva, *etc.* – ou os seus respectivos adjetivos em contrário.

Como o que se propõe nesta pesquisa, em termos latos, é uma análise da feição da investigação criminal que vem sendo desenvolvida na contemporaneidade, sob a ótica de sua efetividade e do respeito aos direitos fundamentais, imprescindível, de início, trazeremos à luz o que se tem debatido a respeito de sua estrutura e de seu papel diante desta “era atual”, a que alguns denominam “sociedade da informação”, numa perspectiva sociológica; outros, de maneira diferenciada, sob o prisma filosófico e mais abrangente, “pós-modernidade” – para ficarmos em apenas duas entre diversas terminologias hoje empregadas pelos estudiosos (embora longe de haver estrita convergência de significação entre elas², como será adiante explicitado).

¹ Não pretendemos aqui diferenciar as manifestações culturais nestas sociedades em termos qualitativos, com base no equivocado raciocínio do evolucionismo social e, desta forma, cair na armadilha do etnocentrismo, o que, a nosso ver, foi muito bem criticado por Franz Boas, antropólogo teuto-americano, e ainda por Bronislaw Malinowski, antropólogo polonês. Mas apenas enfatizarmos a existência da atividade de apurar ilícitos em face de regras cogentes de comportamento em qualquer tipo de manifestação sociocultural como algo inerente ao espírito humano. Para aprofundamento, conferir: BOAS, Franz. **Antropologia cultural**. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.

² Como aproximação inicial da ideia, apenas a fim de ilustrarmos a falta de consenso a esse respeito, o sociólogo britânico Krishan Kumar (1997, p. 22), ao criticar o conceito de sociedade da informação, aduz que ele ajusta-se bem à tradição liberal, progressista, do pensamento ocidental, porque mantém a fé do Iluminismo na racionalidade e no progresso, ao passo que a teoria da sociedade pós-moderna é, conforme

Nesse sentido, muitos argumentam que em algum momento a partir do final do século XX entramos no limiar de uma “era diferente”, uma “nova era”, a qual os grandes pensadores vêm procurando compreender e que está nos conduzindo para uma transição muito além daquela que convencionamos denominar de “modernidade”³. Muitas nomenclaturas e terminologias vêm sendo empregadas para rotular esta transição, variando de acordo com a crença de que estamos vivenciando uma situação ou estado de coisas precedentes, e aí vemos as expressões “sociedade da informação”, “sociedade de consumo” e “sociedade do conhecimento”, ou como outros enxergam, estamos em uma etapa de encerramento ou esgotamento de um modelo, preferindo terminologias como “pós-modernidade”⁴, “sociedade pós-industrial”, e assim por diante (GIDDENS, 1991, p. 11).

Vem à tona, desse modo, a primeira grande e importante indagação: que “era atual” seria esta? Difícil respondê-la de forma peremptória, haja vista a absoluta falta de consenso entre os estudiosos – e pela simples razão de que os acontecimentos atuais talvez só possam ser melhores compreendidos após certo distanciamento temporal. Não vamos, no entanto, prescindir de pontuar algumas das respostas que têm sido comumente colocadas sobre o tema, porquanto estas se afiguram imprescindíveis para a percepção de algumas de suas características mais marcantes, de modo que tenhamos uma visão mais compreensiva sobre a feição da investigação criminal exercida nos dias de hoje.

seu entendimento, mais abrangente dentre as teorias recentes por acolher todas as formas de mudanças – culturais, políticas e econômicas.

³ É bem verdade que cada estudioso parece possuir uma definição particular do que se convencionou chamar de modernidade. Em termos gerais, a modernidade pode ser entendida como uma visão de mundo relacionada ao projeto empreendido a partir da transição teórica iniciada por René Descartes (1596-1650), com a ruptura em relação à tradição herdada – o pensamento medieval dominado pela Escolástica, que procurava conciliar a fé cristã com a filosofia grega antiga (v.g., o pensamento aristotélico e platônico), a exemplo de São Tomás de Aquino (1225-1274) e sua obra *Summa Theologica* – e o estabelecimento da autonomia da razão, o que teve enormes repercussões sobre a filosofia, a cultura e as sociedades ocidentais. Nesse sentido e, ainda, situando no tempo e no espaço, Anthony Giddens (1991, p. 11) refere modernidade à concepção de organização social, costume de vida ou estilo que emergiram na Europa a partir do século XVII e que posteriormente se tornaram mais ou menos mundiais em sua influência.

⁴ Inexiste consenso sobre o que é a pós-modernidade, embora seu significado só possa ter sentido em conexão com a modernidade, seja como extensão, seja como ruptura desta. De maneira bem ampla e apenas para fins de aproximação da ideia, pode-se afirmar que a expressão costuma ser empregada por aqueles que argumentam que o projeto moderno, fundado na razão como garantia de compreensão do mundo, que rompeu com a tradição herdada do período medieval e que teve seu auge com a Revolução Industrial não se mostra mais adequado para descrever a situação e o estado de coisas em que se encontra a sociedade na contemporaneidade. Nesse sentido, conferir: VATTIMO, Gianni. **O fim da modernidade**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. A noção será explorada com maior profundidade ainda neste capítulo com a perspectiva de outros autores.

No que segue, portanto, desenvolveremos algumas considerações sobre esta “era atual” que marca o contemporâneo arranjo social, caracterizado entre outros fatores, como se verá adiante, pelas incertezas quanto aos fundamentos epistemológicos do saber, pela incredulidade quanto ao papel da ciência moderna e da ideia de progresso como fim da humanidade, pela centralidade da informação na sociedade e na economia pós-industrial globalizada e pela insegurança gerada pelo incremento do risco a partir dos avanços tecnológicos.

O escopo, com isto, é o de estabelecermos premissas fundamentais para os pontos que serão abordados ao longo dos tópicos seguintes deste trabalho, destacando-se a compreensão de algumas questões envolvendo o crime e a dogmática jurídica a ele relativa (v.g., a tutela penal de novos bens jurídicos com o acréscimo e a supressão de condutas típicas na legislação), assim como – e primordialmente – os seus reflexos sobre a persecução penal dentro da estrutura do sistema de justiça criminal, em especial, sobre a efetividade da investigação criminal, advinda do emprego massivo de recursos tecnológicos, e os correspondentes limites estabelecidos pelos direitos fundamentais, o foco principal deste estudo.

1.2 A perspectiva pós-moderna e suas características marcantes: segurança (risco), liberdade (individualização) e poder (fluidez)

Não há como traçarmos algumas das características que modelam a feição da investigação criminal nos dias de hoje sem uma análise detida sobre as transformações institucionais operadas na sociedade dita por alguns “pós-moderna”, por meio das relações de segurança, liberdade e poder.

Jean-François Lyotard (2006, p. xvii) foi um dos primeiros a popularizar a noção de pós-modernidade, por meio da obra *A condição pós-moderna*, originalmente lançada no ano de 1979, um “escrito de circunstância” – como o próprio autor qualificou-a –, dedicado a uma exposição sobre a posição do saber nas sociedades mais desenvolvidas, a pedido do Conselho das Universidades junto ao governo de Quebec, no Canadá.

Podemos dizer de uma maneira bem condensada que, para Lyotard (2006, p. viii), a condição pós-moderna é aquela que resulta da “incredulidade em relação às metanarrativas”. Na sua origem, diz Lyotard (2006, p. xv), a própria ciência moderna entra em conflito com os relatos até então existentes, pois a partir de seus próprios

critérios (discurso de legitimação da ciência), a maior parte daqueles revela-se como fábulas. Assim, o mesmo se sucederia com a ciência moderna, sendo um exemplo de metanarrativa a própria filosofia iluminista, que preconizava que a razão e seus produtos (o progresso científico e a tecnologia) conduziriam o homem à felicidade, emancipando-o dos dogmas, mitos e superstições dos povos primitivos, o que não tem se verificado na prática da vida⁵.

Assim, a perspectiva pós-moderna, de acordo com o pensamento de Lyotard, vê uma pluralidade de reivindicações heterogêneas de conhecimento, na qual a ciência moderna não tem um lugar privilegiado. Em síntese, trata-se da crise do relato científico moderno. Não se crê mais nos discursos de legitimação em que a ciência moderna tradicionalmente se apoiava, tais como a dialética do espírito, a hermenêutica do sentido, a emancipação do sujeito racional ou trabalhador, ou desenvolvimento da riqueza (2006, p. xv). Há, portanto, na pós-modernidade um deslocamento das tentativas de fundamentar a epistemologia, e uma descrença no progresso como promessa da humanidade⁶.

Para Lyotard (2006, p. xvi), legitimando o saber por meio de um metarrelato, que implica uma filosofia da história, somos conduzidos a questionar a validade das instituições que regem o vínculo social: elas também devem ser legitimadas. A Justiça relaciona-se assim com o grande relato, no mesmo grau que a verdade. Portanto, a partir da condição pós-moderna, onde se afigura como sintomática a crise em relação aos grandes relatos, a incerteza atinge a própria visão de legitimação que temos da Justiça e de seus instrumentos, como o Direito.

Esta percepção crítica quanto à insegurança gerada pela incredulidade das metanarrativas aponta para um quadro de incertezas e inquietudes, o que se associa à noção de *insegurança* na sociedade contemporânea e, assim, aproxima-se da ideia de “sociedade de risco” proposta por Ulrich Beck (2011), muito embora não seja por ele empregada a terminologia pós-modernidade. Entende o sociólogo alemão que, na

⁵ Para aqueles que pensam na linha de Lyotard, os acontecimentos históricos têm dado mostras que tais narrativas não funcionaram conforme o prometido ou previsto. No caso da ciência e da razão, embora tenham melhorado as condições de vida das pessoas, como por exemplo, com a descoberta de cura para inúmeras doenças, levaram também o homem a produzir armas de destruição em massa como a bomba atômica, o que pode significar o fim da própria humanidade.

⁶ Em sentido contrário ao tipo de ideias expressas por Lyotard, argumenta Giddens (1991, p. 12) que uma resposta-padrão é procurar demonstrar que uma epistemologia coerente é possível. E que, conforme se verifica em Habermas (2000), um conhecimento generalizável sobre a vida social e padrões de desenvolvimento social podem sim ser alcançados.

realidade, estamos em uma fase subsequente da modernidade, denominando-a precisamente de “modernidade reflexiva”⁷.

O pensamento de Beck se centrou na caracterização de um novo tipo de sociedade submetida à pluralidade de *riscos* e processos de *individualização*. São elementos primordiais de caracterização desta sociedade: as crises financeiras, o terrorismo, as guerras preventivas e as catástrofes ecológicas. Na história recente das sociedades, Beck diferenciou dois processos de modernização. A primeira modernização é identificada como aliada ao processo de industrialização e construção da sociedade de massas. Nesta era industrial, a família era o centro da estrutura cultural e social. Já a segunda modernização ou “modernização reflexiva”, própria da sociedade atual, tende à globalização e está em constante desenvolvimento tecnológico, rompendo com a centralidade do núcleo familiar e dando lugar à individualização (a desintegração das certezas condiciona o indivíduo a emergir como ator, planejador e diretor da sua própria vida). No âmbito deste processo ganha amplitude a incerteza dos indivíduos e instaura-se a sociedade de risco.

Transcrevemos o seguinte excerto que bem sintetiza o pensamento ora expressado:

Na modernidade tardia, a produção social de *riqueza* é acompanhada sistematicamente pela produção de *riscos*. Consequentemente, aos problemas e conflitos distributivos da sociedade da escassez sobrepõem-se os problemas e conflitos surgidos a partir da produção, definição e distribuição de riscos científicos-tecnologicamente produzidos (BECK, 2011, p. 23, grifos do autor).

Na perspectiva da modernidade reflexiva, os riscos são distintos daqueles de tempos anteriores, muitos deles – é verdade – implícitos e não perceptíveis, sendo suas consequências incertas, difíceis de serem avaliadas através de cálculos tradicionais e, ao mesmo tempo, capazes de atingir a todos indeterminadamente⁸, configurando frutos indesejados da riqueza e do expressivo crescimento econômico decorrente do

⁷ Nesse sentido: “... a origem da crítica e do ceticismo em relação à ciência e à tecnologia encontra-se não na ‘irracionalidade’ dos críticos, mas no *fracasso* da racionalidade científico-tecnológica diante de riscos e ameaças civilizacionais crescentes. Esse fracasso não é mero passado, e sim um presente urgente e um futuro ameaçador” (BECK, 2011, p. 71, grifo do autor). Porém, Beck não preconiza o descrédito à ciência, mas desenvolve um raciocínio em que, na modernidade reflexiva, a cientifização simples passa para a cientifização reflexiva, haja vista que os dogmas da ciência do século XIX “contêm em si mesmos as medidas de sua crítica e de sua supressão” e, portanto, “o avanço científico compromete seus próprios fundamentos” e “provoca interna e externamente um declínio do seu poder” (BECK, 2011, p. 247-248).

⁸ A propósito, diz Beck (2011, p. 7, grifo do autor): “É o fim dos ‘outros’, o fim de todas as nossas bem cultivadas possibilidades de distanciamento, algo que se tornou palpável com a contaminação nuclear. A *miséria pode ser segregada, mas não os perigos da era nuclear*”.

desenvolvimento técnico-científico. Na visão de Beck, estes riscos advêm, preponderantemente, dos avanços tecnológicos em uma escala nunca antes observada, mas também estão aliados a questões políticas, culturais e econômicas do arranjo social contemporâneo.

Podemos aqui inferir uma clara implicação da larga utilização de processos tecnológicos e dos riscos disso resultantes na atividade de investigação criminal, cujas consequências ainda não podem ser completamente comensuradas e controladas, o que coloca em desnível o cidadão frente ao Estado. É só mencionarmos, para efeito de ilustração, o uso cada vez maior, pelas polícias, de câmeras inteligentes para identificação de placas de veículos roubados e furtados, espalhadas por todo o espaço urbano, as quais, apesar de pretensamente induzirem maior segurança, podem restringir a privacidade de todos aqueles que não são criminosos, a depender, obviamente, da forma como esta tecnologia é implantada (este ponto será tratado com profundidade no tópico seguinte).

Além da questão da insegurança e do risco, o surto de individualização, a que Beck se refere, é um processo que impacta diretamente no âmbito de *liberdade* dos indivíduos, sendo este pensamento também marcante em Gilles Lipovetsky (2004, p. 52), que identifica surtos de individualização no que denomina ambigualmente de “sociedade do bem-estar individualista de massa”. Todavia, o autor é refratário ao uso da expressão pós-modernidade. Para o filósofo francês, a expressão “pós-moderno” é ambígua, desajeitada, para não dizer vaga. Tem, é certo, um mérito:

[...] salienta uma mudança de direção, uma reorganização em profundidade do modo de funcionamento social e cultural das sociedades democráticas avançadas. Rápida expansão do consumo e da comunicação de massa; enfraquecimento das normas autoritárias e disciplinares; surto de individualização; consagração do hedonismo e do psicologismo; perda da fé no futuro revolucionário; descontentamento com as paixões políticas e as militâncias (LIPOVETSKY, 2004, p. 52).

Contudo, para o citado autor, é evidente que uma modernidade de novo gênero toma corpo, e não uma simples superação daquela anterior. Prefere, então, a expressão “hipermodernidade” para se referir aos presentes tempos, em que a modernidade estaria elevada à potência:

Tudo se passa como se tivéssemos ido da era do pós para a era do hiper. Trata-se não mais de sair do mundo da tradição para aceder à racionalidade

moderna, e sim de modernizar a própria modernidade, racionalizar a racionalização (LIPOVETSKY, 2004, p. 56).

Nessa esteira, a hiperindividualização⁹, a qual refere Lipovetsky, resume uma necessidade por maior exposição do indivíduo (hipernarcisismo) e reconhecimento acentuado de suas liberdades privadas a partir de suas diferenças (hiper-reconhecimento), mas que não deixa de pagar o preço consequencial disto, com a relativização e flexibilização da noção de privacidade e intimidade no mundo contemporâneo, como um paradoxo no qual as pessoas desejam cada vez mais liberdade, expondo-se em excesso, mas ao mesmo tempo demandam mais segurança¹⁰ (o que será detidamente explorado no tópico atinente aos reflexos sobre a investigação criminal). Arremata o filósofo francês:

Longe de decretar-se o óbito da modernidade, *assiste-se a seu remate*, concretizando-se no liberalismo globalizado, na mercantilização quase generalizada dos modos de vida, na exploração da razão instrumental até a ‘morte’ desta, numa *individualização galopante* (LIPOVETSKY, 2004, p. 53, grifos nosso).

Caracteriza Lipovetsky (2004, p. 26), assim, “hipermodernidade” como “uma sociedade liberal, caracterizada pelo movimento, pela fluidez, pela flexibilidade”.

A ideia de *fluidez* também é observada por Zygmunt Bauman (2001), que emprega a terminologia “modernidade líquida” em oposição à “modernidade sólida” para diferenciar os dois momentos (modernidade e contemporaneidade). Em *Modernidade líquida*, o título da obra decorre desta nova fase da modernidade da sociedade que avança em vários sentidos, em um movimento fluído. A liquidez, a qual Bauman propõe, vem do fato que os líquidos não têm uma forma, ou seja, são fluídos que se moldam conforme o recipiente ou compartimento nos quais estão contidos,

⁹ Sobre este aspecto, conferir o seguinte pensamento de Lipovetsky (2006, p. 95): “O impulso das reivindicações particularistas nos leva a corrigir o que podem ter de demasiado unilaterais as leituras que reduzem a um frenesi de paixões consumistas e competitivas o hiperindividualismo”. E prossegue o autor francês: “(...) Já não basta sermos reconhecidos pelo que fazemos na condição de cidadãos livres e iguais perante os outros: trata-se de sermos reconhecidos pelo que somos em nossa diferença comunitária e histórica” (LIPOVETSKY, 2006, p. 95). Em linha de pensamento semelhante, Stuart Hall (2006, p. 75, grifo do autor), a respeito das transformações da identidade operadas na pós-modernidade, assevera: “Quanto mais a vida social se torna mediada pelo mercado global de estilos, lugares e imagens, pelas viagens internacionais, pelas imagens da mídia e pelos sistemas de comunicação globalmente interligados, mais as identidades se tornam desvinculadas – desalojadas – de tempos, lugares, histórias e tradições específicos e parecem *flutuar livremente*”.

¹⁰ Sobre este aspecto, pertinente é a ponderação de Bauman em diálogo com David Lyon (2013, p. 44): “[...] a escolha é entre segurança e liberdade: você precisa de ambas, mas não pode ter uma sem sacrificar pelo menos parte da outra; e quanto mais tiver de uma, menos terá da outra”.

diferentemente dos sólidos que são rígidos e precisam sofrer uma tensão de forças para moldar-se a novas formas. Os fluídos movem-se facilmente, quer dizer: simplesmente “fluem”, “escorrem entre os dedos”, “transbordam”, “vazam”, “preenchem vazios com leveza e fluidez”. Os líquidos penetram nos lugares, nas pessoas, contornam o todo, vão e vem ao sabor das ondas do mar.

A liquidez, entre outras implicações, está fortemente presente nas transformações das relações de *poder* no arranjo social contemporâneo, conferindo-lhe estatura nunca antes vista, porquanto se mostram rompidas as barreiras impostas pelo espaço e pelo tempo. Constata Bauman (2001, p. 16) que a modernidade se iniciou quando o espaço e o tempo foram percebidos como separados da prática da vida e teorizados como categorias distintas e independentes da estratégia e da ação, deixando de ser, como eram ao longo dos séculos pré-modernos, aspectos entrelaçados e dificilmente distinguíveis da experiência vivida. Bauman lembra que, como metáfora deste poder moderno, Michel Foucault utiliza o projeto de Panóptico (ou *Panopticon*) idealizado pelo filósofo iluminista Jeremy Bentham (1748-1832), em que os internos estavam presos ao lugar e impedidos de qualquer movimento, confinados entre muros, não podendo se mover porque estavam sob vigilância. Justamente as instalações e a facilidade de movimento dos vigias eram a garantia da dominação dos internos. O domínio do tempo e do espaço era o segredo do poder dos administradores¹¹. Assim, para Bauman (2001, p. 18, grifo do autor):

O que leva tantos a falar do “fim da história”, da pós-modernidade, da “segunda modernidade” e da “sobremodernidade”, ou a articular a intuição de uma mudança radical no arranjo do convívio humano e nas condições sociais sob as quais a política-vida é hoje levada, é o fato de que o longo esforço para acelerar a velocidade do movimento chegou a seu “limite natural”. O poder pode se mover com a velocidade do sinal eletrônico – e assim o tempo requerido para o movimento de seus ingredientes essenciais se reduziu à instantaneidade. Em termos práticos, o poder se tornou verdadeiramente extraterritorial, não mais limitado, nem mesmo desacelerado, pela resistência do espaço.

¹¹ Segundo Michel Foucault (2017, p. 336): “O *panopticon* era uma utopia-programa. Mas já na época de Bentham, o tema de um poder espacializante, vidente, imobilizante, em suma disciplinar, era de fato extrapolado por mecanismos muito mais sutis que permitiam a regulamentação dos fenômenos da população, o controle de suas oscilações, a compensação de suas irregularidades. Bentham é ‘arcaizante’ pela importância que ele dá ao olhar; é muito moderno pela importância que dá às técnicas de poder em geral”. Para aprofundamento, conferir: FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2017, p. 318-343.

Esta especial característica dos tempos atuais dá aos detentores do poder uma vantagem sem precedentes, livrando-os dos aspectos irritantes e atrasados da técnica de poder do Panóptico. Conforme Bauman (2001, p. 19):

O que quer que a história da modernidade seja no estágio presente, ela é também, e talvez acima de tudo, pós-Panóptica. O que importa no Panóptico era que os encarregados “estivessem lá”, próximos, na torre de controle. O que importa, nas relações de poder pós-panópticas é que as pessoas que operam as alavancas do poder de que depende o destino dos parceiros menos voláteis na relação podem fugir do alcance a qualquer momento – para a pura inacessibilidade.

Nesse sentido, podemos constatar que a dimensão exacerbada do poder pelas características da instantaneidade e da extraterritorialidade, referidas por Bauman, com o advento dos avanços técnico-científicos, são os ingredientes que, na perspectiva pós-moderna, conduzem a uma maior potencialização da investigação criminal, posto que atualmente esta atividade estatal vem sendo desempenhada com a utilização expressiva de ferramentas proporcionadas pela informática e outras novas tecnologias. A título de exemplo, podemos citar as interceptações telemáticas em aplicativos de conversação instantânea (*Whatsapp* e similares) e o acesso de dados contidos nos *smartphones* de suspeitos (este ponto será detidamente explorado no capítulo 3).

Anthony Giddens (1991, p. 13) sustenta que em vez de estarmos entrando num período de pós-modernidade, estamos alcançando um período em que as *consequências* da modernidade estão se tornando mais radicalizadas e universalizadas do que antes. E que isto se deve à *reflexividade* da vida social moderna, que consiste no fato de que as práticas sociais são constantemente examinadas e reformadas à luz de informação renovada sobre estas próprias práticas, alterando assim constitutivamente seu caráter (GIDDENS, 1991, p. 49).

Assim, o que percebemos é que esta fase radicalizadora da modernidade se mostra muito perturbadora, pois:

Seus traços mais conspícuos – a dissolução do evolucionismo, o desaparecimento da teleologia histórica, o reconhecimento da reflexividade meticulosa, constitutiva, junto com a evaporação da posição privilegiada do Ocidente – nos levam a um novo e inquietante universo da experiência (GIDDENS, 1991, p. 63, grifos do autor).

Interessante perspectiva é a de Bruno Latour (2013), para o qual sequer fomos modernos, no sentido de que a modernidade, que distinguiria a cultura ocidental dos

demais povos, considerados (equivocadamente) “selvagens”, jamais passou de um projeto e, como tal, falhou completamente em seus próprios termos. Nesse pensamento, notamos uma forte crítica a respeito da ideia de modernidade e, por consequência, de pós-modernidade. Para Latour, o pós-moderno, na realidade, é aquele que de certa forma, cético e perplexo com a contemporaneidade, percebe um sintoma de que algo está errado, mas não sabe explicar o porquê. Fica ele em estado de suspensão, entre a dúvida e crença na modernidade, enquanto espera o fim do milênio. O pós-moderno é, assim, aquele que identifica uma crise do projeto moderno, mas não apresenta uma solução:

Ao acreditar que a Constituição moderna não permite sua própria compreensão, ao me dispor a revelar as práticas que permitem sua existência, ao assegurar que o mecanismo crítico se encontra agora esgotado, ajo como se entrássemos em uma época nova, sucessora da era moderna. Eu seria então, literalmente, pós-moderno? O pós-modernismo é um sintoma e não uma nova solução. Vive sob a Constituição moderna mas não acredita mais nas garantias que esta oferece (LATOURE, 2013, p. 50).

Como se observa, para o antropólogo francês, a “Constituição moderna” é uma metáfora entre a Constituição do mundo jurídico, no sentido de que esta regula o poder e os seus limites, ao passo que aquela – a da modernidade – opera uma distinção artificial entre natureza e cultura, criando duas zonas ontologicamente distintas, o que não se verifica na prática, posto que a proliferação cada vez maior dos híbridos (entidades que são mistos de natural e de artificial, como por exemplo, embriões congelados, milho transgênico e baleias munidas de colares acoplados em rádios sinalizadores) demonstra o fracasso desta Constituição, impedindo que a proposta de modernidade continuasse válida (LATOURE, 2013).

Pelo que podemos concluir neste tópico, a perspectiva trazida pela pós-modernidade não significa a superação da modernidade no sentido de *resolver* os seus problemas estruturais, os quais, afinal, só se exteriorizaram porque a vida acabou por se mostrar mais rica e complexa¹² do que a percepção moderna pudesse talvez alcançar.

¹² A sustentar essa afirmação, vale destacar que o sociólogo alemão Niklas Luhmann dedicou-se à formulação de uma teoria sociológica que respondesse à *complexidade social* do mundo contemporâneo (conhecida por “teoria dos sistemas sociais autopoiéticos”), com enfoque sobre a comunicação. Não é escopo deste trabalho discuti-la a fundo, mas apenas ressaltar que, para o sociólogo alemão, havia deficiências nas teorias de sociologia ao observar e descrever a complexidade social. Para Luhmann, há a concepção de um sistema global complexo, consolidado a partir de um conjunto de subsistemas, os quais, por sua vez, são segmentados e, também, complexos. Consoante o sociólogo alemão: “Bajo condiciones modernas, el sistema global es una sociedad, en donde todos los límites internos pueden ser disputados y las solidaridades cambiadas. Todos los límites interiores dependen de la autoorganización de los

Certos problemas que, pela perspectiva moderna, não teriam solução, para a perspectiva pós-moderna, seriam até sem sentido: o equívoco não estaria no problema sem solução, mas na própria formulação do problema, por uma questão de distorção da realidade, de uma visão de mundo deturpada. Isto porque a *caixa* que o projeto moderno (nas palavras de Latour) pretendeu acomodar a sociedade não se tem mostrado do tamanho suficientemente adequado para tanto, evidenciando daí uma série de problemas, inquietações e crises. O que se pretende através da perspectiva pós-moderna é apenas enxergar com maior nitidez, ou ouvir com melhor acuidade, a sociedade atual, proporcionando, com isso, um alargamento de visão e quiçá a identificação de certos mitos modernos, muito frequentes na formação jurídica (BARBOSA, 2010, p. 76).

Cuida a perspectiva pós-moderna, portanto, de uma tentativa de leitura diferenciada da realidade que aponta para novas interpretações de sentido, sem oferecer, contudo, uma solução *totalizante* que se mostre a panaceia para todos os males, por assim dizer, muito menos tem a pretensão de melhorar a sociedade¹³. Podemos dizer que, na visão pós-moderna, nem sempre se busca a substituição do racionalismo moderno por outra espécie de fundamentalismo no âmbito da teoria do conhecimento (como a razão transcendental kantiana pela dialética hegeliana), capaz de equacionar e satisfazer as incertezas vivenciadas¹⁴. Sobre esse ponto cabe com muita propriedade a indagação de Jürgen Habermas (1989, p. 20), para quem a filosofia deve recuar do pretensioso papel de juiz e indicador de lugar no tocante à teoria do conhecimento, e assumir funções mais modestas de um guardador de lugar e de um intérprete:

No conceito kantiano de uma razão formal em si diferenciada está delineada uma teoria da modernidade. Esta é caracterizada por um lado pela renúncia à racionalidade substancial das interpretações do mundo da tradição religiosa e metafísica e, por outro, pela confiança numa racionalidade procedural, à qual nossas concepções justificadas, seja no domínio do conhecimento objetivador, seja do discernimento moral-prático ou do juízo estético, toma

subsistemas y ya no más en un 'origen' en la historia o en la naturaleza o en la lógica del suprasistema” (LUHMANN, 1997, p. 10). Para aprofundamento, conferir, entre outras obras: LUHMANN, Niklas. **A realidade dos meios de comunicação**. São Paulo: Paulus, 2005; SCHWARTZ, Germano. **Autopoiese e Constituição**. Passo Fundo: UPF, 2004; RODRIGUES, Léo Peixoto; NEVES, Fabrício Monteiro. **A sociologia de Niklas Luhmann**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2017.

¹³ Nessa linha de pensamento, ressaltam Rodrigues e Neves (2017, p. 8) que Niklas Luhmann afirmava que a teoria deve sempre alcançar a realidade, ir até os fatos. É, antes, um estorvo necessário para compreender a sociedade e os fenômenos humanos. O objetivo principal como cientista consiste em melhorar a descrição sociológica da sociedade, e não melhorar a sociedade. Distinguiu, assim, o sociólogo alemão, entre a tarefa do cientista em produzir teoria sobre a sociedade e o político com a responsabilidade de melhorar a sociedade.

¹⁴ A confirmar que o saber pós-moderno não coloca fim ao estado de incerteza, Lyotard (2006, p. xvii) sustenta que “ele mesmo não encontra razão de ser na homologia dos *experts*, mas na parologia dos inventores”.

sua pretensão de validade. Pergunto-me agora: será que este conceito da modernidade ou outro semelhante deve realmente ficar de pé ou vir abaixo com as exigências fundamentalistas da teoria do conhecimento?

Dessa forma, a perspectiva pós-moderna, antes de desconstruir inutilmente a moderna sem a oferta de qualquer alternativa viável em seu lugar, é valiosa na medida em que ajuda quanto à percepção da complexidade e da fragmentariedade dos fenômenos sociais, podendo ser útil para a tomada de decisões com base em outros paradigmas, que não aqueles confinados pela perspectiva moderna. Como diz Lyotard (2006, p. xvii), “o saber pós-moderno [...] aguça nossa sensibilidade para as diferenças e reforça nossa capacidade de suportar o incomensurável”.

Nos campos da dogmática penal e da investigação criminal, alguns dos reflexos da sociedade pós-moderna serão analisados mais adiante. Antes, contudo, será abordada outra perspectiva incidente sobre a sociedade contemporânea, sendo caracterizada a sociedade da informação, decorrente, sobretudo, da centralidade e do protagonismo da informação, impulsionada pelos avanços tecnológicos, adquirindo relevante economicidade e *status* de bem jurídico a ser protegido pelo Direito Penal, como se observa da proliferação dos crimes informáticos.

1.3 A perspectiva da sociedade da informação e os seus desdobramentos

Na primeira etapa da Revolução Industrial, com a substituição do trabalho e das ferramentas manuais pelas máquinas e, na segunda fase, com a utilização da eletricidade no processo produtivo, foram promovidas profundas transformações nas relações sociais e de poder nos séculos XVIII e XIX, caracterizando, no ocidente, a denominada sociedade industrial, que era marcada pela forte crença na ciência e no progresso por ela promovido, com reflexos sobre instituições como a família e o trabalho. Já a partir do final do século XX e o início do século XXI uma outra revolução, a *Informacional*, ganhou corpo¹⁵, apresentando como traço marcante não apenas a centralidade da informação e do conhecimento, mas a aplicação desses conhecimentos e dessa informação para a geração de outros conhecimentos e dispositivos de processamento e comunicação da informação, em um ciclo de realização cumulativa entre inovação e o seu uso. Pela primeira vez na história, a mente humana é

¹⁵ É oportuno ressaltar que uma revolução nem sempre põe termo a outra. Ao contrário, muitas vezes a transforma e com esta coexiste por um período de tempo. Isto porque os acontecimentos históricos não são lineares, senão para fins didáticos.

força direta de produção, não apenas um elemento decisivo no sistema produtivo (CASTELLS, 2005, p. 69).

Na Revolução Informacional, a geração, o processamento e a transmissão da *informação* tornam-se as fontes principais de produtividade e poder¹⁶ devido às novas condições tecnológicas. Ela trouxe consigo, enfim, desdobramentos sobre as próprias transformações outrora trazidas pela Revolução Industrial, incrementando as tecnologias existentes e criando novas tecnologias, com inevitáveis repercussões socioeconômicas.

Roberto Senise Lisboa (2006, p. 84, grifos do autor) enumera os principais efeitos obtidos a partir da Revolução Informacional:

- 1) a transnacionalização e o surgimento de blocos econômicos. Há um movimento socioeconômico de integração mundial e contrário ao estabelecimento de um Estado superior, o que leva aos inevitáveis conflitos de interesses entre Estados e macroempresas e seus lugares de atuação.
- 2) o e-commerce, proporcionando-se a aquisição de produtos e serviços através da rede [...]
- 3) a economicidade da informação, que possui um valor econômico reconhecido, integrando-se como ativo intelectual da pessoa e, portanto, vindo a fazer parte do patrimônio pessoal.
- 4) a formação de banco de dados, extremamente útil para a análise e situações relativas a negociações preliminares, estratégias de negociação, contratos preparatórios e repercussão de eventual responsabilidade pré-contratual.
- 5) a transferência eletrônica de dados, proporcionando-se o acesso à informação e o estabelecimento de novas limitações.
- 6) o estabelecimento de normas comunitárias, com vistas a uma uniformização do tratamento legislativo sobre a matéria.

Para Manuel Castells (2005, p. 66), a Revolução Informacional possui três aspectos relevantes, quais sejam: os *avanços*, a *mundialização* e a *expansão*. Os avanços são representados pela constante revolução em marcha das tecnologias; a mundialização, também chamada de globalização, pela inexistência de fronteiras; e a expansão, pelo planejamento contínuo.

Diversos estudiosos, no campo das ciências humanas, têm se referido à sociedade oriunda desta Revolução Informacional como “sociedade da informação” e

¹⁶ Sobre essa característica, Lyotard (2006, p. 5) já advertia: “Sob a forma de mercadoria informacional indispensável ao poderio produtivo, o saber já é e será um desafio maior, talvez o mais importante, na competição mundial pelo poder. Do mesmo modo que os Estados-nações se bateram para dominar territórios, e com isto dominar o acesso e a exploração das matérias-primas e da mão de obra barata, é concebível que eles se batam no futuro para dominar as informações. Assim, encontra-se aberto um novo campo para as estratégias industriais e comerciais e para as estratégias militares e políticas”.

também como “sociedade do conhecimento”, entre outras expressões. Para Roberto Senise Lisboa (2006, p. 85), a sociedade da informação:

é expressão utilizada para identificar o período histórico a partir da preponderância da informação sobre os meios de produção e da distribuição dos bens na sociedade que se estabeleceu a partir da vulgarização das programações de dados utiliza dos meios de comunicação existentes e dos dados obtidos sobre uma pessoa e/ou objeto, para realização de atos e negócios jurídicos.

No mesmo sentido, Irineu Francisco Barreto Junior (2007, p. 62), enfatizando a complexa estrutura social em rede decorrente do uso da informação para a geração de conhecimento e desenvolvimento econômico, aduz que:

A sociedade contemporânea atravessa uma verdadeira revolução digital em que são dissolvidas as fronteiras entre telecomunicações, meios de comunicação de massa e informática. Convencionou-se nomear esse novo ciclo histórico de Sociedade da Informação, cuja principal marca é o surgimento de complexas redes profissionais e tecnológicas voltadas à produção e ao uso da informação, que alcança ainda sua distribuição através do mercado, bem como as formas de utilização desse bem para gerar conhecimento e riqueza.

Greice Patrícia Fuller (2017, p. 229) enfatiza que as novas tecnologias de informação iniciaram uma mudança estrutural na organização social, notadamente no que se refere ao trabalho, administração, lazer, economia e relações interpessoais, caracterizando uma sociedade global a que se denomina sociedade da informação.

Para se referir ao atual estágio de transformação da sociedade, o sociólogo Manuel Castells (2005, p. 64-65) optou por empregar a expressão “sociedade informacional”, de modo a estabelecer um paralelo com o termo “sociedade industrial”:

O termo informacional indica o atributo de uma forma específica de organização social em que a geração, o processamento e a transmissão da informação tornam-se as fontes fundamentais de produtividade e poder devido às novas condições tecnológicas surgidas neste período histórico. Minha terminologia tenta estabelecer um paralelo entre indústria e industrial. Uma sociedade industrial (conceito comum na tradição sociológica) não é apenas uma sociedade em que há indústrias, mas uma sociedade em que as formas sociais e tecnológicas de organização industrial permeiam todas as esferas da atividade, começando com as atividades predominantes localizadas no sistema econômico e na tecnologia militar e alcançando os objetos e hábitos da vida cotidiana. Meu emprego dos termos sociedade informacional e economia informacional tenta uma caracterização mais precisa das transformações atuais, além da sensata observação de que a informação e os conhecimentos são importantes para as nossas sociedades.

Na Europa, o termo “sociedade da informação” surgiu durante o Conselho Europeu de Copenhague, em 1993, pelo então presidente da Comissão da Comunidade Econômica Europeia – CEE, Jacques Delors, ao lançar pela primeira vez a ideia de uma infraestrutura europeia da informação (MARQUES e MARTINS, 2006, p. 39).

No Brasil, a abordagem jurídica, pragmática e ideológica desse novo fenômeno informacional e sua relação com a sociedade ocorreu no final da década de 1990, com a publicação, pelo Ministério da Ciência e Tecnologia, do *Livro Verde da Sociedade da Informação no Brasil*¹⁷, o qual representou uma proposta inicial de ações concretas, composta de planejamento, orçamento, execução e acompanhamento específicos do Programa Sociedade da Informação (BARRETO JUNIOR, 2007, p 40).

Do que foi exposto pelos diversos autores mencionados, podemos afirmar que a sociedade da informação baseia-se, portanto, na valorização da informação, que é acessada e compartilhada de forma ilimitada e rápida pelas pessoas. Apresenta como características principais a globalização, a transnacionalidade, o relacionamento social, comercial e político por meios eletrônicos, o valor econômico atribuído à informação e a impregnação do conhecimento em tudo o que é produzido.

Nesta nova estrutura social, a busca por informação ignora barreiras físicas e ultrapassa fronteiras, sendo que a tecnologia proporcionada pelo processamento de dados em sistemas informatizados acelerou diversas tarefas e incrementou o volume de informações, serviços e atividades disponíveis, trazendo comodidade e conveniência às pessoas: computadores pessoais, *Internet*, comércio eletrônico, estudo à distância, teletrabalho, transações bancárias *on-line*, para citarmos apenas algumas entre as diversas inovações tecnológicas destes novos tempos.

Sobre essas inovações tecnológicas, Manuel Castells (2003, p. 7), ao enfatizar a importância da *Internet* para a estruturação da sociedade informacional, estabelece a seguinte analogia com o papel desempenhado pela eletricidade na sociedade industrial:

Se a tecnologia da informação é hoje o que a eletricidade foi na Era Industrial, em nossa época a *Internet* poderia ser equiparada tanto a uma rede elétrica quanto ao motor elétrico, em razão de sua capacidade de distribuir a força da informação por todo o domínio da atividade humana. Ademais, à medida que novas tecnologias de geração e distribuição de energia tornaram possível a fábrica e a grande corporação como os fundamentos

¹⁷ O Livro Verde contém um plano de metas de implantação do Programa Sociedade da Informação no Brasil e constitui uma súmula consolidada sobre as aplicações da Tecnologia da Informação. Nele, há um conjunto de ações que constituem objetivos a serem alcançados pelo governo e pela sociedade civil: ampliação dos acessos, meios de conectividade, formação de recursos humanos, incentivo à pesquisa e desenvolvimento, comércio eletrônico, e desenvolvimento de novas aplicações.

organizacionais da sociedade industrial, a Internet passou a ser a base tecnológica para a formação organizacional da Era da Informação: a rede.

A *Internet* é a rede mundial de computadores, composta pela interligação de uma ou mais redes remotas ou locais ao redor de todo o planeta. O seu surgimento está ligado ao investimento militar dos Estados Unidos em resposta à guerra fria estabelecida com a extinta União Soviética. A corrida entre as duas nações fez com que a primeira criasse uma agência destinada ao desenvolvimento de novas pesquisas militares. Denominada ARPA (*Advanced Research Projects Agency*), essa agência acabou demonstrando interesse no desenvolvimento de tecnologias da computação, proporcionando, desta maneira, a criação da primeira rede de transmissão de dados entre computadores, chamada ARPANET. Em 1969, sob a supervisão de Leonard Kleinrock da UCLA (*University of California, Los Angeles*), a ARPANET, até então de domínio militar, ingressou no meio acadêmico. Esse foi o primeiro passo para que, posteriormente, por meio da intercomunicação entre computadores de diferentes universidades, a rede fosse expandida para os computadores pessoais (PC ou *Personal Computer*). Em pouco tempo, aquela rede, que até então se restringira a objeto de pesquisa militar e acadêmica, viria a se transformar em um instrumento global contemporâneo de comunicação e transmissão de dados (COLLI, 2010, p. 33).

Não há dúvidas que a *Internet* revolucionou a maneira como a informação é transmitida e como as pessoas se comportam. De fato, trouxe novas formas de comunicação, como o *e-mail* e as redes sociais (*Facebook* e *Instagram*), além dos celulares *smartphones* (telefones que são verdadeiros minicomputadores portáteis com acesso pleno à *Internet*), com seus aplicativos de comunicação instantânea, tais como *Whatsapp* e *Telegram*, tudo isso possibilitando uma verdadeira revolução na forma de relacionamento entre os seres humanos.

Tamanho é o impacto da *Internet* nas relações sociais, políticas, culturais e econômicas e, por consequência, também nas relações jurídicas, que, no Brasil, sobreveio a Lei Federal 12.965, de 23 de abril de 2014, denominada “Marco Civil da Internet”, estabelecendo princípios, garantias, direitos e deveres para o seu uso, sendo muitos de seus aspectos objeto de posterior análise no transcorrer deste estudo¹⁸.

Contudo, queremos destacar, desde já, que este inovador estatuto legal consagrou, no sistema jurídico brasileiro, o acesso à *Internet* como marco fundamental

¹⁸ BRASIL. **Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014**. DOU, Brasília, DF, 24/04/2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm>. Acesso em: 10 ago. 2018.

da liberdade de expressão (art. 2º), indispensável ao exercício da cidadania (art. 7º), além de ter previsto, entre outras normas, o princípio da neutralidade da rede (art. 9º), segundo o qual as operadoras estão vedadas de comercializar pacotes pelo tipo de uso dos dados, o período mínimo de guarda de registros de conexões por um ano (art. 13) e de registro de acesso a aplicações por seis meses (art. 15), além da responsabilidade por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros para os provedores de aplicação de internet (art. 19 e art. 21).

Com o transcorrer dos anos a *Internet* passou a exercer um papel fundamental nas tarefas rotineiras e, por vezes críticas, da vida contemporânea. Redes elétricas, sistemas de transportes e serviços de saúde dependem hoje do bom funcionamento da grande rede, que conseqüentemente tem se tornado alvo frequente do que se convencionou chamar de “ciberataques”¹⁹.

Ao mesmo tempo em que a *Internet* facilita e amplia a intercomunicabilidade entre as pessoas, ela pode ser utilizada e transformada como meio para a prática e a organização de infrações penais (devido ao seu relevo para este trabalho, esse reflexo da sociedade informacional sobre o crime será especificamente aprofundado no tópico seguinte).

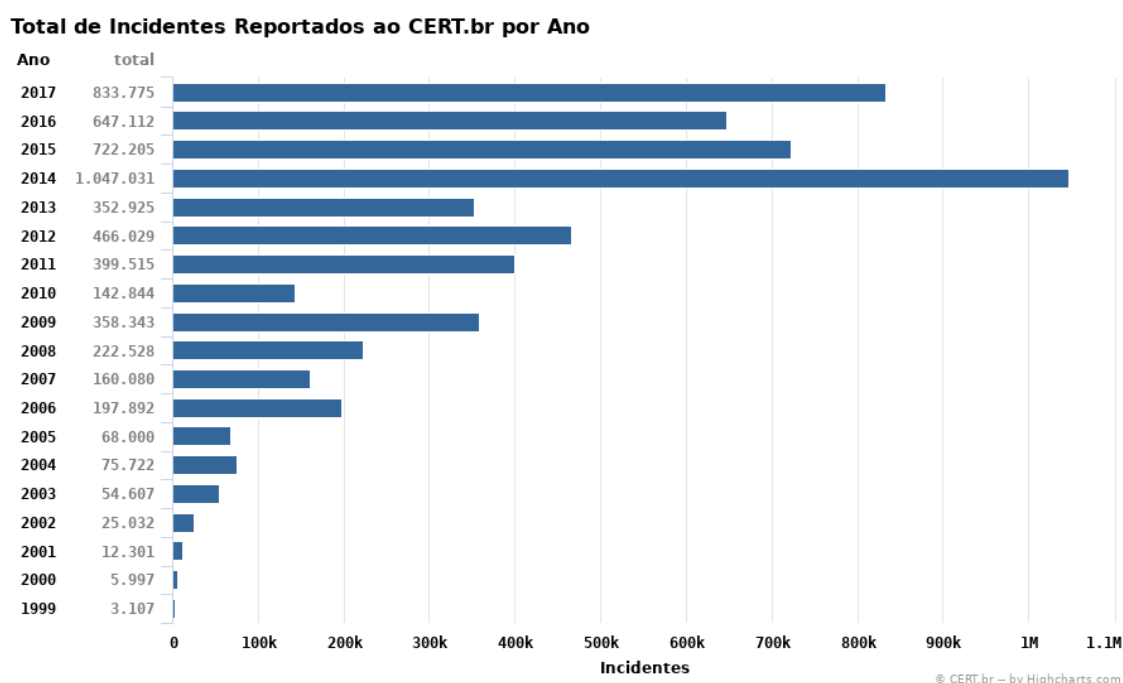
Destacamos desde logo, entretanto, que a atividade criminosa encontrou um novo espaço para se alastrar: o chamado “ciberespaço”, na expressão cunhada por William Gibson, em 1984, no seu romance de ficção científica *Neuromante* (LÉVY, 1999, p. 92). A expressão “ciberespaço” é definida por Pierre Lévy (1999, p. 92-93, grifo do autor) como:

o espaço de comunicação aberto pela interconexão mundial dos computadores e das memórias dos computadores. Essa definição inclui o conjunto dos sistemas de comunicação eletrônicos (aí incluídos os conjuntos de redes hertzianas e telefônicas clássicas), na medida em que transmitem informações provenientes de fontes digitais ou destinadas à digitalização. Insisto na codificação digital, pois ela condiciona o caráter plástico, fluído, calculável com precisão e tratável em tempo real, hipertextual, interativo e, resumindo, virtual da informação que é, parece-me, a marca distintiva do ciberespaço.

¹⁹ Com essa terminologia são abrangidas as infrações penais e também outras ameaças não tipificadas na legislação penal. Nesse sentido, a definição do Infopédia: “ataque efetuado geralmente através da internet, no qual são violados sistemas informáticos, com o objetivo de espiar, provocar danos, roubar dados”. Disponível em: <<https://www.infopedia.pt/dicionarios/lingua-portuguesa/ciberataque>>. Acesso em: 11 out. 2018.

De toda sorte, como era de se esperar, ao mesmo tempo em que a Revolução Informacional trouxe benefícios à sociedade, também provocou novos problemas e o surgimento de conflitos cada vez mais complexos, em especial, em matéria de segurança. Passamos a observar um incremento significativo de ataques e delitos, agora também praticados no ciberespaço.

A estatística apresentada a seguir, obtida do site CERT.br (Centro de Estudos, Resposta e Tratamento de Incidentes de Segurança no Brasil, mantido pelo Comitê Gestor da Internet no Brasil), corrobora tal assertiva, haja vista que até o ano de 2017 tem havido um incremento significativo no índice de fraudes e outras técnicas utilizadas para a subtração de dados²⁰:



Há uma forte vinculação, ainda, entre a intensificação da atividade econômica, alavancada pela produção e difusão da informação, e o número de fraudes perpetradas contra as pessoas detentoras de seus dados, fraudes essas não só, mas também, cometidas pelo uso da *Internet*, como a compra de celulares com documentos falsos, emissões fraudulentas de cartões de crédito, abertura de contas bancárias, aquisição de veículos e até mesmo abertura de empresas com dados falsos. De acordo com levantamento da agência Serasa Experian, somente no primeiro semestre de 2017 foram

²⁰ Os “incidentes” aqui mencionados incluem diversos tipos de ataques, nem todos eles configuradores de crimes. Disponível em: <<https://www.cert.br/stats/incidentes/>>. Acesso em: 10 mai. 2018.

computadas 950.632 tentativas de fraude contra pessoas físicas, ou seja, uma a cada impressionantes 16,5 segundos. Isto representa um crescimento de 7,5% em relação ao mesmo período do ano anterior²¹.

Outra pesquisa, realizada em 2016, pelo Aite Group mostra o Brasil em segundo lugar no mundo em números de fraudes em cartões de crédito, ficando atrás apenas do México²². Interessante notar nesse levantamento que, considerando o elevadíssimo número de captação fraudulenta, sobretudo através do meio informatizado, dos registros de dados referentes às credenciais de acesso dos titulares de cartões nos últimos cinco anos, chega-se à presunção de que praticamente todas estas credenciais já estejam comprometidas e, ao final da pesquisa, levanta-se a seguinte indagação: será que as instituições financeiras e os consumidores são mesmo capazes de prevenir a ocorrência de todas estas fraudes?

Reforçando a tendência de incremento da criminalidade informática, Jesus e Milagre (2016, p. 27) apontam outra pesquisa realizada pelo Pomenon, denominada *Percepções sobre segurança na rede*, indicando que, no mundo, fraudes digitais, violação de propriedade intelectual e danos às redes corporativas já geraram um prejuízo de U\$ 1 trilhão em apenas um ano. Por esta pesquisa, o Brasil é o segundo maior país em número de crimes informáticos.

No plano internacional, é fundamental destacar a *Convenção sobre o Cibercrime do Conselho da Europa*, também conhecida como *Convenção de Budapeste*²³, firmada em 23 de novembro de 2001, e que entrou em vigor em 1º de julho de 2004, pela qual os Estados-Partes comprometeram-se a adotar as medidas legislativas para prever, em seus ordenamentos jurídicos internos, os crimes informáticos e o procedimento necessário à investigação criminal e à instrução processual penal. Trata-se, pois, de um tratado internacional de Direito Penal e Direito Processual Penal firmado no âmbito do Conselho da Europa para definir de forma harmônica os crimes praticados por meio da *Internet* e as formas de persecução penal. Ela trata basicamente de fraudes relacionadas a computador, pornografia infantil,

²¹ “Consumidor brasileiro é alvo de tentativa de fraude a cada 17 segundos”, matéria publicada no site da Folha de São Paulo, disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2017/09/1917285-consumidor-brasileiro-e-alvo-de-tentativa-de-fraude-a-cada-17-segundos.shtml>>. Acesso em 05 abr. 2018.

²² Disponível em: <<https://www.aitegroup.com/report/2016-global-consumer-card-fraud-where-card-fraud-coming>>. Acesso em 05 abr. 2018.

²³ O texto integral da Convenção de Budapeste, no idioma inglês, encontra-se disponível em: <<https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/0900001680081561>>. Acesso em: 12 out. 2018.

violações de segurança de redes e violações de direito autoral. A Convenção de Budapeste será objeto de análise no capítulo 3 deste estudo, ao tratarmos dos instrumentos que conferem efetividade à investigação criminal contemporânea.

Nesse momento, o que pretendemos deixar claro, por oportuno, é que na sociedade informacional alguns bens ou interesses já existentes adquirem preponderância, assim como são identificados novos bens ou interesses, que reclamam por (maior) proteção jurídica (não necessariamente por meio da tutela penal), quais sejam: a informação e os sistemas informatizados.

Analizadas até aqui as características fundamentais das sociedades pós-moderna e informacional, serão examinadas a seguir as repercussões sobre o crime, com enfoque sobre a dogmática jurídico-material, em que parte dos estudiosos enxerga um movimento de expansão quanto aos limites da intervenção penal, buscando-se, *v.g.*, a tutela penal de novos bens jurídicos (como se vê com a tipificação dos crimes informáticos); enquanto outra parte, um movimento de redução e, até mesmo, uma tendência apontando para a sua abolição.

1.4 Reflexos das sociedades pós-moderna e informacional sobre o crime e o Direito Penal

A partir de algumas das transformações configuradoras das sociedades pós-moderna e informacional, é de se ressaltar determinados reflexos sobre o crime enquanto fenômeno jurídico-social²⁴, destacando-se a proliferação de novas modalidades delituosas, como se observa dos ilícitos em face do meio ambiente, da ordem econômica e financeira, de consumidores e dos sistemas informatizados, bem como o desenvolvimento de novas formas de criminalidade, como o terrorismo e o crime organizado.

²⁴ Enfatizamos aqui, com suporte na criminologia crítica, que o crime não é compreendido como uma realidade ontológica pré-constituída. Nas palavras de Alessandro Baratta (2011, p. 161, grifo do autor): “Na perspectiva da criminologia crítica a criminalidade não é mais uma qualidade ontológica de determinados comportamentos e de determinados indivíduos, mas se revela, principalmente, como um *status* atribuído a determinados indivíduos, mediante uma dupla seleção: em primeiro lugar, a seleção dos bens protegidos penalmente, e dos comportamentos ofensivos destes bens, descritos nos tipos penais; em segundo lugar, a seleção dos indivíduos estigmatizados entre todos os indivíduos que realizam infrações a normas penalmente sancionadas”. Vale destacar, dessa maneira, que a criminologia crítica tem focado os processos de criminalização, e não mais os fatores de criminalidade, tal qual se dava com as antigas escolas clássica e positivista, havendo, dessa maneira, uma substituição do paradigma da defesa social pelo da reação social. Para aprofundamento, conferir: BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do Direito Penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

De igual sorte, o papel do Direito Penal e a sua finalidade em relação à proteção dos bens jurídicos identificados nas sociedades pós-moderna e informacional apresentam-se como problemas que têm mobilizado vários estudiosos, não havendo consenso sobre quais seriam hodiernamente os limites da intervenção penal.

Greice Patrícia Fuller (2014, p. 131) observa, no tocante à influência da sociedade da informação, que a concepção clássica da teoria do delito é colocada em xeque, haja vista o surgimento de uma criminalidade difusa e, com isso, urge a renovação da dogmática jurídico-penal sem, todavia, perder o foco em relação à observância dos princípios constitucionais, mormente o vetor fundamental da dignidade da pessoa humana:

O Direito Criminal clássico já não se mostra mais hábil a enfrentar a tendência de uma criminalidade difusa que, notadamente, é desenvolvida e traçada minudentemente através de novos elementos da teoria do delito e perpetrados sob a base de relações pautadas, muitas vezes, na indeterminação dos sujeitos passivos e ativos do delito. Assim, o Direito Criminal em face de condutas cometidas no cenário da sociedade da informação, deve levar necessariamente em conta, esta nova realidade, centrando-se no princípio da dignidade e demais princípios constitucionais, bem como, sob o olhar interpretativo calcado na multidisciplinariedade.

Em igual raciocínio, David Farias de Aragão (2015, p. 98) enfatiza que as novas demandas da sociedade informacional e do risco, de certo modo, enfraqueceram os dogmas do Direito Penal estabelecidos na era liberal individualista da primeira modernidade, com a razão jurídica fundamentada no contrato social, na proporcionalidade das penas, controle e limitação do poder estatal.

De acordo com Luciano Anderson de Souza (2007, p. 173), a transformação cultural e tecnológica por que tem passado a sociedade atual, dita globalizada, pós-moderna, pós-industrial ou do risco, tem provocado sentimentos contrapostos no que se refere ao futuro papel do Direito Penal: de um lado, impulsionados pelos clamores sociais que se mostram cada vez mais influenciados pelos meios de comunicação de massa (e, nos dias atuais, pelas redes sociais na *Internet*), alguns se posicionam pela expansão do Direito Penal, ao passo que outros entendem que o futuro deste ramo do Direito passa por seu minimalismo (ou abolicionismo).

No sentido de um Direito Penal mais enxuto, Leticia de Almeida Maestri (2017, p. 9) sustenta que, enquanto sistema de normas voltadas ao controle social, deveria o Direito Penal se limitar à tutela dos bens jurídicos mais relevantes, ou seja, dos bens mais fundamentais para a garantia de existência e de sobrevivência da

sociedade. Para esse desiderato, deveria ser necessário um comportamento socialmente nocivo, uma lesão real a um bem jurídico tutelado para que se possa acarretar a necessária imposição de uma pena ao criminoso.

Na linha do minimalismo, Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches (1995, p. 113) sustenta que: “a implementabilidade dos princípios minimalistas significa a contração da intervenção punitiva com a conseqüente contenção da sua violência”. Aduz, ainda, a autora que:

A aplicação da pena somente em último caso, e a tolerância em relação a uma série de condutas que não constituam grave lesão para os Direitos Humanos, implicariam em um processo vasto e necessário de descriminalização e despenalização, obstaculizando os efeitos perversos e inúteis da criminalização e da prisão.

No outro extremo do espectro, as teorias expansionistas, de uma forma geral²⁵, consoante Luciano Anderson de Souza (2007, p. 62):

[...] defendem que somente com uma atuação firme, rígida e multifacetada do Direito Penal será possível à sociedade exercer o necessário controle sobre uma nova forma de criminalidade. Assentados sobre a ideia de que o ramo jurídico-criminal possui condições de garantir um melhor regramento da atividade social danosa, permitindo uma mais intensa observância de seus preceitos pelos atores sociais em razão, principalmente, de seu caráter estigmatizante, os defensores deste Direito Penal expandido divergem, todavia, com relação à forma por que deverá se dar a sua atuação mais contundente.

Jesús-María Silva Sánchez (2002, p. 27) elenca as causas da expansão do Direito Penal nas sociedades pós-industriais, destacando o surgimento de novos bens jurídicos, bem como o incremento de valor em relação aos interesses já existentes, de sorte que mais bens jurídicos são considerados dignos de proteção penal, em razão: da conformação com novas realidades, como as instituições de crédito; da deterioração das realidades anteriormente abundantes, como o meio ambiente; e do incremento de realidades já conhecidas, como o patrimônio histórico.

O surgimento de novos riscos na sociedade contemporânea (mormente os riscos de procedência humana como fenômeno social estrutural), como já apontado no tópico anterior, somado à configuração de uma sociedade de “classes passivas” (em sentido amplo, abrangendo, por exemplo, os destinatários de serviços públicos

²⁵ Como ressalta o autor citado, há diferentes visões sobre o fenômeno da expansividade penal, cada qual com seus valores, aqui não se pretendendo criticá-las indistintamente, ainda mais sob o equivocado ponto de vista maniqueísta.

educacionais, pensionistas, pessoas ou entidades subvencionadas, consumidores) e à identificação social com a vítima, mais do que com o autor, são também apontados por Silva Sánchez (2002, p. 28-50) como causas desse fenômeno expansionista.

Com a difusão da sensação de insegurança ocorre cada vez mais clamor por segurança com propostas de endurecimento das leis penais e “flexibilização” das garantias clássicas, sendo, então, criadas novas modalidades delitivas, como os crimes econômicos, financeiros, de corrupção política e ambientais (SANCHEZ, 2002, p. 41).

Analisando o fenômeno expansivo punitivista, Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth (2011, p. 35) aponta alguns de seus principais reflexos, segundo sua percepção, notadamente deletérios:

[...] a partir do fenômeno expansivo vivenciado pelo Direito Penal, além do incremento dos comportamentos elevados à categoria delitiva por meio da antecipação da intervenção punitiva ao estágio prévio à efetiva lesão dos bens jurídicos, verifica-se um processo de flexibilização das garantias político-criminais materiais e processuais, mediante o desrespeito ao princípio da legalidade penal, à redução das formalidades processuais, à violação ao princípio da taxatividade na elaboração dos tipos penais e à violação ao princípio da culpabilidade.

Assim, a criação de novos tipos penais, utilizando-se à sobeja das formulações de crimes de perigo abstrato, tipos penais abertos, assim como normas penais em branco, supressão de garantias processuais e recrudescimento de penas são expressões características de certas tendências do expansionismo penal (SOUZA, 2007, p. 62).

Há, ainda, quem sustente que estamos diante de um movimento de abolicionismo em relação ao Direito Penal. Sendo a este francamente crítico, Claus Roxin (2012, p. 3) aponta que o movimento abolicionista, que encontra mais adeptos entre os criminologistas que os juristas, considera que as desvantagens do Direito Penal estatal pesam mais que seus benefícios. Eles partem do pressuposto que não há nada que o aparelho de justiça voltado para o combate ao crime consiga obter que não seja possível fazer de modo igual, ou até melhor, através de um combate às causas sociais da delinquência e, ainda, através de medidas conciliatórias extraestatais, indenizações reparatórias e similares.

Contudo, o jurista alemão afirma que a criminalidade não se deixa eliminar através de reformas sociais, sendo mais realista a hipótese de que a criminalidade, como espécie do que os sociólogos chamam de “comportamento desviante”, encontre-se dentro do leque das formas típicas de ação humana, e que vá existir para sempre

(ROXIN, 2012, p. 4). Ainda, neste estudo trabalhado a partir de conferência proferida pouco antes do alvorecer dos anos 2000, intitulada *Tem futuro o Direito Penal?*, Claus Roxin (2012, p. 28, grifo do autor) conclui que:

O direito penal tem um futuro. Conciliações sem a intervenção do Estado, como defende o abolicionismo, conseguirão substituir o direito penal de modo tão precário quanto o poderá fazer um puro sistema de medidas de segurança; também uma vigilância mais intensa dos cidadãos pode, enquanto ela for permitida, ter uma certa eficácia preventiva, mas não conseguirá tornar o direito penal supérfluo.

Para outros, porém, é certo que a utilização da sanção penal desenfreada causa efeitos negativos ao Direito Penal. Fala-se em hipertrofia da função penal. Nessa esteira, Winfried Hassemer (1994, p. 49) afirma que a missão penal é mais “modesta” do que a atualmente atribuída e a consequência dessa hipertrofia é a desconformidade entre a missão que se declara e os resultados obtidos, ou seja, o Direito Penal não consegue realizar aquilo que se propõe a fazer, resultando em um Direito Penal meramente simbólico.

A respeito da ineficácia do Direito Penal simbólico, Rogério Zeidan (2013, p. 177) explica que:

A legislação simbólica, e especialmente o direito penal simbólico, caracteriza-se pela ineficácia de seus dispositivos legais. A lei penal simbólica configura-se como letra morta quando carece de política criminal para sua efetivação, pois não existe um vínculo instrumental entre o meio e o fim, de modo a conduzir à hipertrofia simbólica, falta-lhe eficácia social na medida em que não alcança operacionalidade, e pode faltar-lhe também vigência social, já que a base fática que sustenta a lei penal não é vivenciada pela sociedade.

Hassemer (1995, p. 77) apresenta quatro situações de expressão do Direito Penal simbólico: a existência de leis que declaram valores, como a do aborto, contrapondo a autodeterminação da mulher, sua vontade de ter filhos e a vida do feto; leis de apelo moral, como as leis ambientais que tentam criar no cidadão uma consciência ecológica; leis de “resposta” a uma situação de insegurança, como é o caso do terrorismo, em que se tenta tranquilizar o medo das classes sociais. E, por último, as leis de compromisso, que são cláusulas penais feitas apenas para demonstrar que o Estado se preocupa com tal problema.

Retomando a ideia de novos bens jurídicos que despontam na sociedade informacional como dignos de tutela penal, não podemos deixar de mencionar os crimes

informáticos, haja vista a importância que adquire a informação em sua faceta tecnológica, com os sistemas informatizados e os dados ganhando *status* de bens jurídicos mercedores de proteção pelo sistema jurídico-penal.

Com efeito, não há dúvida que a criminalidade informática constitui fenômeno da realidade, decorrente das transformações tecnológicas que a sociedade experimentou nas últimas décadas, sendo objeto de preocupação dos sistemas jurídicos mundo afora e, de igual modo, do ordenamento jurídico interno.

A título de ilustração, destinada a tipificar os crimes informáticos, editada após forte apelo midiático²⁶, a Lei 12.737, de 30 de novembro de 2012, inseriu o art. 154-A no Código Penal, estabelecendo a pena de detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa, dispondo como criminosa a seguinte conduta:

Invasão de dispositivo informático

Art. 154-A. 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 ilícita²⁷.

Embora não seja proposta deste trabalho aprofundar a discussão sobre os aspectos penais ou materiais, chama atenção que o delito de invasão de dispositivo informático representa um crime de perigo abstrato, em que não se exige a ocorrência de resultado material, bastando a invasão do dispositivo para a consumação delitiva (JESUS e MILAGRE, 2016, p. 84), observação que corrobora o que foi visto sobre a antecipação da intervenção penal como tendência de técnica legislativa decorrente do temor ao risco que caracteriza a sociedade contemporânea.

Quanto ao conceito de crime informático, Damásio de Jesus e José Antonio Milagre (2016, p. 49), observando que no Brasil escolheu-se nomear os crimes cometidos contra a informática de “delitos informáticos”, termo usual em países de língua espanhola que se relaciona à ideia de proteção do objeto jurídico informática e informação, conceituam o crime informático como:

²⁶ Tanto é que a *novatio legis* mencionada foi popularmente chamada de “Lei Carolina Dieckmann”, em referência e diante de situação específica experimentada pela atriz, em maio de 2012, em que foram copiadas de seu computador pessoal, 36 (trinta e seis) fotos íntimas e conversas, que acabaram divulgadas na *Internet* sem autorização. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Lei_Carolina_Dieckmann>. Acesso em: 07 nov. 2018.

²⁷ BRASIL. **Lei n. 12.737, de 20 de novembro de 2012**. DOU, Brasília, DF, 03/12/2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12737.htm>. Acesso em: 10 ago. 2018.

O fato típico e antijurídico cometido por meio da ou contra a tecnologia da informação. [...] Assim, é um ato típico e antijurídico, cometido através da informática em geral, ou contra um sistema, dispositivo informático ou rede de computadores. Em verdade, pode-se afirmar que, no crime informático, a informática ou é o bem ofendido ou o meio para a ofensa a bens já protegidos pelo Direito Penal.

Marcelo Xavier de Freitas Crespo (2001, p. 63) entende que a simples utilização de um computador para a perpetração de um delito como estelionato não deveria ser considerada um crime informático. Porém, reconhecendo que vários autores, bem com a mídia em geral, convencionaram denominar crimes informáticos qualquer ilícito praticado com o uso da tecnologia, seja ela o instrumento da conduta, seja o objeto do ilícito, entende que:

A melhor classificação, porque mais objetiva e passível de enquadrar as condutas ilícitas mais modernas é aquela adotada por Ferreira e também por Greco, assim representada: (a) condutas perpetradas contra um sistema informático; (b) condutas perpetradas contra outros bens jurídicos. As condutas praticadas contra um sistema informático ou dado são o que se pode chamar de delito de risco informático, ao passo que as demais podem ser denominadas delitos vinculados à informática (CRESPO, 2011, p. 63).

Já Maciel Colli (2010, p. 44) diferencia crime informático de crime cibernético, sendo este espécie daquele, pois o cibercrime pressupõe o envolvimento de mais de um computador, sendo necessário que as máquinas estejam conectadas entre si por uma rede:

O homem interagindo com uma máquina – retroalimentando-a com informações por meio de mensagens – através de uma rede de computadores (cibernética) interligados (ciberespaço), agindo conforme uma conduta previamente criminalizada (crime informático) estereotiparia um modelo de cibercrime.

No mesmo sentido, distinguindo crimes informáticos de crimes cibernéticos, é a posição de Ângelo Roberto Ilha da Silva (2017, p. 88), em que os primeiros são aqueles praticados com a utilização do computador, ainda que sem a utilização da *Internet*, ao passo que constituem crimes cibernéticos aqueles perpetrados no âmbito ou por meio da *Internet*.

Com estas considerações sobre o crime e a dogmática jurídico-penal e tendo bem claro os delineamentos das sociedades pós-moderna e informacional, passaremos adiante à análise dos reflexos da dupla perspectiva estudada sobre a investigação criminal, sob o enfoque dos direitos fundamentais e de sua efetividade, o que será feito,

separadamente, nos próximos capítulos, por constituir o objetivo fundamental deste trabalho.

2. DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL MODERNA À CONTEMPORÂNEA E DOS LIMITES AO PODER DE INVESTIGAR PELOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Superadas as considerações gerais do primeiro capítulo a respeito da pós-modernidade e da sociedade informacional, observaremos a seguir que, a partir de cada uma dessas perspectivas, profundas transformações impactaram – e ainda continuam a impactar – a investigação de crimes, notadamente, em relação a sua estrutura e abrangência, passando a experimentar, como já foi sublinhado, um potencial incremento no que concerne à sua *efetividade*.

Se no capítulo anterior o objetivo era estabelecer premissas por meio de visões um tanto quanto amplas e diversificadas com auxílio dos enfoques filosófico, sociológico, econômico e jurídico, a respeito das transformações institucionais influenciadoras da investigação criminal, no presente capítulo o foco será mais restrito, buscando-se embasar, a partir de um confronto entre a investigação criminal moderna²⁸ e a investigação criminal contemporânea²⁹, a análise dos questionamentos surgidos relativamente à observância dos direitos fundamentais a partir do cenário que se coloca no âmbito das sociedades pós-moderna e informacional.

Em poucas palavras, neste capítulo, o objeto será a mutação da investigação criminal sob o enfoque do *garantismo*.

2.1 Investigação criminal moderna: fundamentos, conceito, natureza, finalidade e características

2.1.1 Fundamentos da investigação criminal moderna

Na modernidade, a investigação criminal passa a ser atividade exercida por representantes ou agentes investidos do poder estatal, em uma concepção afeta à noção

²⁸ Ressaltamos que o adjetivo “moderno” está aqui empregado para qualificar aquilo que é compatível com o ideário da modernidade, no sentido que foi exposto no primeiro capítulo. Assim, a investigação moderna é aquela em observação pela perspectiva da modernidade.

²⁹ De igual modo, alertamos que a expressão “contemporânea” não é aqui reduzida em um sentido histórico ou cronológico, mas é adotada para indicar a investigação sob o ângulo de uma visão além ou não moderna, conforme será adiante aprofundado.

moderna de Estado³⁰, cujas ideias filosóficas embrionárias remontam aos pensadores iluministas, em especial Thomas Hobbes (1588-1679), John Locke (1632-1704)³¹ e Jean-Jacques Rousseau (1712-1778), que procuravam legitimar a existência do Estado na vontade de seus cidadãos.

Com essa primeira afirmação, queremos enfatizar a *secularização* da atividade investigativa, que se libertou de longa influência da Igreja, cuja doutrina considera Deus o fundamento de toda a ordem no mundo³². Ressaltamos, assim, uma das características da modernidade que é a superação da crença religiosa pela razão, seja nas ciências, seja nas artes, e também, de um modo geral, nas práticas morais. Nesse sentido, Habermas (2000, p. 3), comentando a obra *A ética protestante e o espírito do capitalismo*, assevera que aquilo que Max Weber descreveu do ponto de vista da *racionalização* não foi apenas a *profanação* da cultura ocidental, mas, sobretudo, o desenvolvimento das *sociedades modernas*. Com efeito, *racional* para Weber foi:

[...] aquele *processo de desencantamento* ocorrido na Europa que, *ao destruir as imagens religiosas do mundo*, criou uma cultura profana. As ciências empíricas modernas, as artes tornadas autônomas e as teorias morais e jurídicas fundamentadas em princípios formaram esferas culturais de valor que possibilitaram processos de aprendizado de problemas teóricos, estéticos ou prático-morais, segundo suas respectivas legalidades internas (HABERMAS, 2000, p. 4, grifos nossos).

Vale ressaltar, todavia, que as famigeradas investigações conduzidas pela Igreja, no período medieval europeu, sob as genéricas expressões “Inquisição” ou “Santa Inquisição” correspondem, na realidade, a apenas um determinado período específico, não abrangendo a totalidade de formas eclesiásticas, modos de apurações ou processos baseados na fé, que originalmente, também, diferenciavam-se em relação às

³⁰ Recorda Fillipe Azevedo Rodrigues que se atribui aos filósofos *contratualistas*, especialmente a Jean-Jacques Rousseau e a John Locke, a concepção das premissas teóricas que deram ensejo à lógica de ser “o indivíduo, por meio de sua vontade, quem estabelece o Estado enquanto instituição” (RODRIGUES, 2014, p. 11). Ressalta, ainda, o mencionado autor que a esse movimento filosófico se atribui o título de *constitucionalismo*, cujas definições doutrinárias são variadas, porém procuram sintetizar, de certo modo, as transformações políticas e sociais decorrentes da tese do novo “Estado Liberal”, na linha concebida por John Locke (RODRIGUES, 2014, p. 11).

³¹ Greice Patrícia Fuller (2004, p. 139) observa que John Locke é analisado como o pai do liberalismo político, constituindo a antítese do absolutismo vigente à época, ensejando “o aparecimento do chamado Estado mínimo, forma essa de Estado dotado de crença na hipercapacidade de cada indivíduo para promover o gerenciamento do processo econômico-social”.

³² Típico pensamento relacionado ao ideário moderno, o *antropocentrismo* ocupou o espaço antes pertencente ao *teocentrismo*, movimento que ganhou força diante da necessidade de se negar o poder da Igreja e a influência de seus dogmas em relação aos destinos da humanidade, sendo importante aqui destacar a repercussão desta visão de mundo sobre a investigação criminal da época.

apurações verificadas em determinadas sociedades pré-modernas. Nesse sentido, Paula Bajer (2002, p. 17, grifos nossos) faz a seguinte observação:

A atuação da Igreja, antes de se iniciar a perseguição de heresias e heréticos, era coerente com os preceitos do Cristianismo. Inaugurava-se a preocupação com o indivíduo, o cuidado com a dignidade, tendo-se proibido as ordálias e os juízos de deus, que eram modos de resolução dos conflitos por resistência física em provas e duelos.

Prossegue Bajer (2002, p. 18, grifos nossos), ressaltando que os métodos cruéis, como a queima de suspeitos e condenados pela prática de ilícitos, já eram utilizados pelo poder secular, antes mesmo da Inquisição, não lhe sendo atributo exclusivo:

Porém, o próprio Gregório IX, que preparou as célebres Decretais, instituiu a Inquisição papal em 1231, trazendo para o direito canônico a pena de queima de hereges, que já era adotada pelo poder secular.

Contudo, lembrando os abomináveis métodos também associados às Inquisições, incluindo o Tribunal da Inquisição do Santo Ofício em Portugal (1536), Bajer (2002, p. 18), com esteio na obra *Manual dos inquisidores* de Nicolau Emérico, cita que: “[...] em todos os lugares onde foi instalada, eram basicamente os mesmos: segredo das apurações, acolhimento de notícias imprecisas de atos proibidos, a confissão como prova máxima, geralmente obtida sob tortura”.

Na modernidade, portanto, a investigação criminal passa a não mais ser fundamentada no poder legitimado pela fé, pela crença espiritual e seus respectivos dogmas, mas é vista sob a concepção moderna de Estado já apontada, constituindo, dessa maneira, importante expressão do poder de punir estatal, ou seja, do direito de punir³³ que seria titularizado pelo Estado frente ao infrator.

³³ Quanto à terminologia “direito de punir” e “poder punitivo” no tocante ao Estado, Rogério Zeidan (2013, p. 25) prefere a segunda, porquanto, segundo o autor, o “direito penal subjetivo não pode ser confundido com o direito subjetivo, uma vez que encerra em seu exercício uma potestade. Isso implica dizer que o Estado não comparece no processo penal para realizar o *seu* direito, como qualquer outro litigante, mas *o* direito”. Conclui, assim, Zeidan (2013, p. 26) que: “[...] o direito penal subjetivo, por vezes identificado como *ius puniendi*, que em sua significação literal expressa o ‘direito de punir’, em seu atuar é dotado de um poder, de uma potestade decorrente de sua própria soberania. Assim, melhor é o enfoque que trata de um poder de punir, e não de um direito de punir”. Adotando, contudo, o primeiro termo, José Frederico Marques (2009, p. 3) conceitua direito de punir como “o direito que tem o Estado de aplicar a pena cominada no preceito secundário da norma penal incriminadora, contra quem praticou a ação ou omissão descrita no preceito primário causando um dano ou lesão jurídica, de maneira reprovável”.

Esse direito de punir, por sua vez, também é fundamentado e compreendido a partir de ideias iluministas, como na concepção de *contrato social* de Jean-Jacques Rousseau, segundo a qual cada indivíduo abre mão de uma parcela de sua autonomia, sacrificando parcialmente sua liberdade, para receber em troca do governante – depositário das liberdades – a segurança necessária para a sobrevivência na sociedade (ARAGÃO, 2015, p. 15).

A partir desta concepção moderna a respeito do direito de punir ou poder punitivo estatal, Cesare Bonesana (1738-1794), também conhecido como Marquês de Beccaria, procurou demonstrar em sua obra *Dos delitos e das penas*, originalmente lançada em 1764, que, como o fundamento da punição era justamente a parcela de liberdade que cada pessoa abria mão, haveria uma *limitação racional* ao seu exercício, que não poderia ser excessivo ou desproporcional à segurança oferecida em troca aos cidadãos:

[...] só a necessidade constringe os homens a ceder uma parte de sua liberdade; daí resulta que cada um só consente em pôr no depósito comum a menor porção possível dela, isto é, precisamente o que era necessário para empenhar os outros a mantê-lo na posse do restante.

O conjunto de todas essas pequenas porções de liberdade é o fundamento do direito de punir. Todo exercício do poder que se afastar dessa base é abuso e não justiça; é um poder de fato e não de direito; é uma usurpação e não mais um poder legítimo.

As penas que ultrapassam a necessidade de conservar o depósito da salvação pública são injustas por sua natureza; e tanto mais justas serão quanto mais sagrada e inviolável for a segurança e maior a liberdade que o soberano conservar aos súditos (BECCARIA, 2015, p. 23-24).

É por tal importância que os penalistas atribuem, assim, ao jurista italiano e ao humanismo presente em sua já citada obra *Dos delitos e das penas* como ponto de partida da “Escola Clássica” dentre as Escolas Penais³⁴, porquanto há, pela primeira vez, a proposta de racionalização do poder punitivo, criticando-se “as atrocidades dos sistemas penais existentes, principalmente em função da presença da tortura e da pena de morte” (RODRIGUES, 2014, p. 122).

³⁴ Consoante lição de André Estefam (2010, p. 50): “A designação ‘Escola Penal’ ou ‘Escola Criminal’ compreende um agrupamento de ideias sobre alguns dos mais importantes problemas penais, por meio de um método científico semelhante. Jiménez de Asúa (apud Prado, *Curso de direito penal brasileiro: parte geral*, 2001, p. 73) definiu ‘Escola Penal’ como o ‘corpo orgânico de concepções contrapostas sobre a legitimidade do direito de punir, sobre a natureza do delito e sobre o fim das sanções’. [...] Tais ‘Escolas’ surgiram a partir do século XVIII, quando teve início a fase humanitária e científica do Direito Penal. As principais foram a *Escola Clássica*, a *Escola Positiva*, e a *Terceira Escola* ou *Escola Eclética*”.

Verifica-se, dessa maneira, que a investigação de crimes, na perspectiva moderna, é exercida para a concretização do poder punitivo estatal, que assim deve sofrer a devida limitação racional, tendo em vista a cessão das parcelas de liberdades que os indivíduos abriram mão em face da sobrevivência coletiva em segurança, decorrente da própria formação e razão de existência do Estado. Nisso, portanto, consiste o fundamento da investigação criminal na modernidade.

Ainda sobre o direito de punir ou poder punitivo estatal, vale sublinhar que é exatamente a partir desta concepção moderna que se estabelece a conhecida distinção que os juristas fazem entre *ius poenale* e *ius puniendi*, sendo o primeiro representado pelo ordenamento jurídico-penal, sob uma perspectiva objetiva, constituindo o segundo nas condições de exercício do poder punitivo, sob uma perspectiva subjetiva (ZEIDAN, 2013, p. 23). Se no *ius poenale* encontram-se as leis penais que definem quais condutas são consideradas crimes, bem como suas respectivas sanções como reação estatal a elas; no *ius puniendi*, o foco é a relação punitiva ou subjetivação da norma penal, em que se procura descrever a relação jurídica que o delito cria entre o Estado e o infrator (ZEIDAN, 2013, p. 24).

Persecução penal (ou, em latim, *persecutio criminis*), neste contexto subjetivo do poder de punir estatal, é a expressão empregada pelos processualistas justamente para indicar a sua limitação, vale dizer, para exprimir os limites do *ius puniendi*. Em outras palavras, a persecução penal refere-se ao complexo de atividades desenvolvidas pelo Estado, *em obediência a regras preestabelecidas*, para que seja possível impor concretamente a punição àquele que pratica uma infração penal. Na ideia moderna de persecução penal, portanto, insere-se a investigação criminal, como sendo uma fase, uma etapa, um elemento ou um componente do conjunto de *processos necessários* para a satisfação do *ius puniendi*, que se dá com a aplicação justa do *ius poenale*.

Nesse sentido, lembra Antônio Alberto Machado que a persecução penal, por constituir uma das mais pungentes atividades que o Estado exerce em relação aos indivíduos, notadamente porque a exerce com inevitável constrangimento das liberdades fundamentais, entre elas a intimidade e a vida privada, deve sempre ser realizada com cautela e parcimônia (ou seja, sofrer limitações), para que os instrumentos de apuração de um ilícito penal não se transmudem em pretexto para a prática de outras infrações:

E o modo civilizado de exercício da persecução penal tem os seus limites traçados pelo rol de direitos e garantias fundamentais, que nas sociedades modernas protegem todo indivíduo, inclusive o indivíduo acusado. Daí por

que uma cultura jurídica de defesa dos direitos humanos, das liberdades fundamentais, do processo garantista e, sobretudo, de defesa do princípio constitucional da dignidade humana configura verdadeiro instrumento de luta contra a barbárie e contra toda forma de violência (MACHADO, 2009, p. 260, grifo nosso).

Nesse passo, é importante frisar que, desde a modernidade, a persecução penal é desenvolvida dentro de limites exclusivamente racionais, que impõem a observância às liberdades fundamentais dos indivíduos, vale dizer, a persecução penal é refreada por um sistema de garantias (o que será aprofundado no tópico final deste capítulo).

2.1.2 Conceito, natureza e finalidade da investigação criminal moderna

Para traçarmos o conceito, a natureza e a finalidade da investigação criminal, na perspectiva moderna, vamos partir da realidade brasileira como paradigma.

No Brasil, a exemplo de outras sociedades ocidentais, a persecução penal divide-se em duas fases bem distintas: a *investigação criminal*³⁵, que é atividade tipicamente inquisitiva³⁶, preliminar e preparatória, de caráter administrativo (embora em alguns países seja de caráter judicial), consistente na apuração da autoria e da

³⁵ Em relação à adequada terminologia para designar a atividade prévia ao processo penal em sentido estrito (investigação criminal, instrução preliminar, procedimento preparatório, entre outras), Aury Lopes Jr. e Ricardo Jacobsen Gloeckner (2014, p. 87-88) apontam que: “[...] no Brasil, denomina-se *inquérito policial*, atendendo basicamente ao órgão encarregado da atividade; o legislador italiano emprega o termo *indagine preliminare*; em Portugal, utiliza-se *inquérito preliminar*; na Alemanha, *vorverfahren* e *ermittlungsverfahren* (procedimento preparatório ou fase de averiguação); na França, *l'enquête préliminaire* e *l'instruction*; na Inglaterra, *prosecution* e *preliminary inquiry*; nos Estados Unidos, *investigation* e [...] na Espanha, o legislador emprega três diferentes designações, conforme o rito a que esteja vinculada a instrução preliminar. Será *sumario* no procedimento ordinário, *diligencias previas* no abreviado e *instrucción complementaria* nos processos de competência do Tribunal do Júri”.

³⁶ Para melhor compreensão da conceituação e da natureza jurídica da investigação criminal, importante destacar, como ponto de partida, algumas características que a doutrina tradicionalmente costuma assinalar a respeito dos sistemas inquisitivo, acusatório e misto. Quanto ao tema, Guilherme de Souza Nucci (2012, p. 78, grifos do autor) leciona: “há, basicamente, três sistemas regentes do processo penal: a) *inquisitivo*, b) *acusatório*, c) *misto*. O sistema *inquisitivo* é caracterizado pela concentração de poder nas mãos do julgador, que exerce, também, a função de acusador; a confissão do réu é considerada a rainha das provas; não há debates orais, predominando procedimentos exclusivamente escritos; os julgadores não estão sujeitos à recusa; o procedimento é sigiloso; há ausência de contraditório e a defesa é meramente decorativa. O sistema *acusatório* possui nítida separação entre o órgão acusador e o julgador; há liberdade de acusação, reconhecido o direito ao ofendido e a qualquer cidadão; predomina a liberdade de defesa e a isonomia entre as partes no processo; vigora a publicidade do procedimento; o contraditório está presente; existe a possibilidade de recusa do julgador; há livre sistema de produção de provas; predomina maior participação popular na justiça penal e a liberdade do réu é a regra. O sistema *misto*, surgido após a Revolução Francesa, uniu as virtudes dos dois anteriores, caracterizando-se pela divisão do processo em duas grandes fases: a instrução preliminar, com os elementos do sistema inquisitivo, e a fase de julgamento, com a predominância do sistema acusatório. Num primeiro estágio, há procedimento secreto, escrito e sem contraditório, enquanto, no segundo, presentes se fazem a oralidade, a publicidade, o contraditório, a concentração dos atos processuais, a intervenção de juízes populares e a livre apreciação das provas”.

materialidade delitivas; e o *processo penal* (em sentido estrito), de perfil acusatório, de caráter jurisdicional, que irá produzir uma decisão absolutória ou condenatória em relação ao acusado. Em razão da divisão da persecução penal em duas fases, uma inquisitiva e outra acusatória, alguns autores defendem que o processo penal (em sentido amplo) brasileiro é de caráter misto. Nesse sentido, Guilherme de Souza Nucci (2012, p. 78-79):

Nosso sistema é misto. Defendem muitos processualistas pátrios que o nosso sistema é acusatório, porque se baseiam, certamente, nos princípios constitucionais vigentes (contraditório, separação entre acusação e órgão julgador, publicidade, ampla defesa, presunção de inocência, etc.). Entretanto, olvida-se, nessa análise, o disposto no Código de Processo Penal, que prevê a colheita inicial da prova através do inquérito policial, presidido por um bacharel em Direito, que é o delegado, com todos os requisitos do sistema inquisitivo (sigilo, ausência de contraditório e ampla defesa, procedimento eminentemente escrito, impossibilidade de recusa do condutor da investigação, etc.). Somente após ingressa-se com a ação penal e, em juízo, passam a vigorar as garantias constitucionais mencionadas, aproximando-se o procedimento do sistema acusatório.

Nessa mesma linha, ainda, Rogério Lauria Tucci (2009, p. 44-45), para quem “o moderno processo penal delinea-se inquisitório, substancialmente, na sua essencialidade; e, formalmente, no tocante ao procedimento desenrolado na segunda fase da persecução penal, acusatório”.

Em sentido contrário, Auri Lopes Jr. e Ricardo Jacobsen Gloeckner (2014, p. 61) entendem que:

No Brasil, impera grande confusão conceitual quanto ao sistema adotado. Uma primeira corrente sustenta ser o sistema brasileiro do “tipo misto”. Como esclarece Coutinho, levados às últimas consequências, todos os sistemas processuais seriam mistos. Isso porque ao longo da história não é possível encontrar “sistemas puros”. [...] O principal argumento trazido pelos defensores da tese de que o sistema brasileiro é misto encontra amparo na dicotomia fase pré-processual e fase processual em sentido estrito. A investigação preliminar, no Brasil, via de regra inaugurada pelo inquérito policial, possui características muito mais familiares ao modelo inquisitório. Já a fase processual encontraria características muito próximas do modelo acusatório. Embora defensável, não vemos aqui razão alguma para adotá-la.

Parece-nos, contudo, mais acertada a primeira corrente analisada, embora discordemos do ponto de vista de Nucci quando aduz que somente em juízo passam a vigorar todas as garantias constitucionais, porquanto a investigação preliminar também faz parte do processo penal, na acepção ampla da terminologia (ou seja, não no sentido de relação jurídica processual, que se estabelece após a ação penal), devendo sobre ela

incidir todos os direitos e garantias constitucionais que lhe forem apropriadas e possíveis. Nesse sentido é o escólio de Hélio Tornaghi (1967, p. 132), para quem:

O processo, como procedimento, inclui também o inquérito policial. Não há erro, como por vezes se afirma, em chamar de processo o inquérito. Deve subtender-se que a palavra não está usada para significar relação processual, a qual, em regra, se inicia pela acusação.

E como também aponta José Frederico Marques (2009, p. 130): “[...] a *persecutio criminis*, no direito brasileiro, compõe-se de duas fases distintas: a policial e a judicial”.

Discorrendo sobre a ampla incidência do princípio constitucional do devido processo legal³⁷, que alcança também a investigação preliminar, André Boiani Azevedo e Édson Luís Baldan (2004, p. 6) observam que:

O princípio constitucional do devido processo legal é vetor garantista que, numa correta acepção material, perpassa os estreitos lindes da relação judicial e se projeta, igual e necessariamente, sobre a fase inquisitiva antejudicial, tornando de cogência o respeito ao direito do indigitado em confrontar com o Estado-investigador, cuidando-se, naturalmente da adequação dos meios e formas para o exercício dessa prerrogativa defensiva sem a exclusão, ao revés com a coincidência, do interesse social.

Entendemos mais razoável, dessa maneira, a construção doutrinária ora aduzida, pois o devido processo penal implica em algo muito mais abrangente do que a efetivação de direitos e garantias fundamentais *meramente* na fase judicial da persecução penal. Sem embargo, é necessário frisar que o fato de existir uma investigação criminal preliminar — seja ela feita por delegados de polícia, seja por magistrados ou promotores (como ocorre em outros países) — não quer dizer que a primeira etapa, por seguir o modelo do sistema inquisitorial, por si só, tenha características autoritárias, violadoras dos direitos e garantias fundamentais, sendo o investigado encarado como “objeto” da investigação³⁸.

³⁷ A Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988, assim dispõe: "Art. 5º (...) LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV – aos litigantes em processo judicial e administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes". BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. DOU, Brasília, DF, 05/10/1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 ago. 2018.

³⁸ Sobre o assunto o Supremo Tribunal Federal assim se pronunciou: “A *unilateralidade* das investigações preparatórias da ação penal *não autoriza* a polícia judiciária a *desrespeitar* as garantias jurídicas que assistem ao indiciado, que não mais pode ser considerado mero objeto de investigações. O

A esse propósito, pertinentes são as considerações de Henrique Hoffmann Monteiro de Castro (2017, grifos do autor), para quem “inquisitivo” ou “inquisitório” seriam terminologias obsoletas, não mais apropriadas para qualificar a investigação preliminar no contexto da realidade brasileira:

[...] para restabelecer a igualdade, tendo em vista o desnível provocado pelo próprio criminoso, é preciso que o Estado tenha alguma vantagem na etapa investigativa, para a eficiente colheita de vestígios. Essa vantagem se traduz no elemento surpresa, materializada no sigilo inicial das medidas investigativas da polícia judiciária; ao serem efetivadas sem prévia notificação do suspeito, as diligências policiais podem ter um mínimo de eficácia na colheita de elementos informativos e probatórios. O segredo não é absoluto, não afetando o direito de o investigado ter ciência dos atos de investigação já concluídos e documentados nos autos, para que possa se defender. Ocorre que o termo inquisitivo, comumente utilizado para designar essa característica, é mais apropriado para diferenciar a fase processual, e não a investigação preliminar. Aliás, utilizando esse critério para caracterizar o inquérito policial, ele se aproxima mais do sistema acusatório do que do inquisitorial, pois não concentra funções numa única autoridade nem ignora direitos do investigado (como integridade física, informação e defesa). Além disso, a palavra inquisitivo remete à abusiva Santa Inquisição, que concebia o imputado como mero objeto, e não sujeito de direitos. Portanto, o vocábulo que melhor indica essa característica é apuratório, por indicar que se trata de apuração criminal que compatibiliza sigilo inicial, imparcialidade e dignidade da pessoa humana.

Essa também é a conclusão externada por Emerson Ghirardelli Coelho (2016, p. 50-51), ao apontar que:

[...] a investigação criminal também passa a ser abrangida pela garantia constitucional do devido processo penal, visto que disciplinada por normas processuais de natureza constitucional e infraconstitucional e destinada a apurar fatos supostamente ilícitos, que geram reflexos diretos no status libertatis e no status dignitatis do indivíduo e no direito de punir do Estado. Isso tudo levou à processualização do principal procedimento de investigação criminal existente no Brasil, qual seja: o inquérito policial. E gerou também o mesmo efeito em relação a todos os outros instrumentos legais que formalizam, excepcionalmente, esta atividade estatal persecutória extrajudicial.

indiciado é sujeito de direitos e dispõe de garantias legais e constitucionais, cuja inobservância pelos agentes do Estado, além de eventualmente induzir-lhes a responsabilidade penal por abuso de poder, pode gerar a absoluta desvalia das provas *ilicitamente* obtidas no curso da investigação policial” (HC 73.271-SP, Relator Min. Celso de Mello, Primeira Turma, julgado em 19/03/1996, DJ 04/10/1996). Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=74372>>. Acesso em: 03 nov. 2018. Dessa maneira, fica claro que a participação do investigado, embora de natureza não idêntica a do processo em sentido estrito, é fundamental e deve ser garantida pela ordem constitucional e legal, porquanto exerce autodefesa, pode constituir advogado para acompanhar a investigação, indicar provas a seu favor, juntar documentos, apresentar testemunhas, etc., não devendo haver recusa arbitrária pela autoridade investigadora, sob pena de configuração de abuso e constrangimento ilegal. Logo, o investigado não é objeto, “alvo” da investigação, mas sujeito de direitos.

Superadas tais considerações sobre a investigação criminal moderna como etapa ou fase da persecução penal, adotando a realidade brasileira como paradigma, podemos com mais facilidade analisar a sua definição jurídica.

Aury Lopes Jr. e Ricardo Jacobsen Gloeckner (2014, p. 90-91) definem a *investigação preliminar* como:

O conjunto de atividades realizadas concatenadamente por órgãos do Estado; a partir de uma notícia-crime ou atividade de ofício; com caráter prévio e de natureza preparatória em relação ao processo penal; que pretende averiguar a autoria e as circunstâncias de um fato aparentemente delitivo, com o fim de justificar o exercício da ação penal ou o arquivamento (não processo).

Dessa definição constata-se que o cerne da investigação criminal é a apuração da autoria e das circunstâncias de um fato supostamente delitivo. Exatamente nisso constitui a essencialidade da investigação, pois sem o que não há como pensar em investigação criminal. Isso vale, portanto, para qualquer modelo de investigação (desde a realizada pelo já mencionado Tribunal da Inquisição do Santo Ofício, por exemplo, até a exercida por algumas comunidades indígenas no Brasil³⁹).

Nota-se na definição transcrita, contudo, a presença de características acessórias (não essenciais) que a relacionam com a fase moderna do processo penal (conjunto de atividades realizadas por órgãos do Estado, obrigatoriedade do seu exercício, natureza preparatória em relação ao processo e finalidade de justificação do processo penal). Essas características não são essenciais ou inerentes à investigação, podendo ser modificadas (ou pensadas de forma distinta) a depender da época ou da localidade (concepção tempo-espaço) em que é analisada, conforme será visto no próximo tópico.

Prossigamos com a investigação moderna. O principal instrumento legal de investigação criminal⁴⁰, no Brasil, é o inquérito policial, cujo nome faz referência ao

³⁹ Em cada comunidade ou povo indígena, conforme observa José Frederico Marés de Souza Filho (1998, p. 118), há sempre algum sistema penal que reprime condutas consideradas antissociais. Desse modo, a depender de cada comunidade, há mecanismos e métodos distintos para desvelar tais condutas e viabilizar a imposição da sanção. “Muitas vezes, o próprio conceito de crime e pena são diferentes nas comunidades, já que estes conceitos são históricos e sociais, isto é, existem eles mesmos como resposta a uma situação histórica determinada ambiental e cronologicamente” (SOUZA FILHO, 1998, p. 118).

⁴⁰ O parágrafo único do art. 4º do Código de Processo Penal (“a competência definida neste artigo não excluirá a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função”) deixa entrever a existência de outros instrumentos, desde que previstos legalmente, os quais possam servir aos mesmos propósitos do inquérito policial, sendo exemplos os inquéritos policiais militares (para apurar a existência de crime de competência da Justiça Militar) e os inquéritos parlamentares (formalizados pelas Comissões Parlamentares de Inquérito, conforme o art. 58, § 3º da Constituição Federal, no âmbito do Congresso

órgão estatal que a exerce: a Polícia Judiciária⁴¹. No tocante à origem legislativa do inquérito policial e sua definição legal no Brasil, Guilherme de Souza Nucci (2012, p. 76) anota que:

A denominação inquérito policial, no Brasil, surgiu com a edição da Lei 2.033, de 20 de setembro de 1871, regulamentada pelo Decreto 4.824, de 22 de novembro de 1871, encontrando-se no art. 42 do citado decreto a seguinte definição: ‘O inquérito policial consiste em todas as diligências necessárias para o descobrimento dos fatos criminosos, de suas circunstâncias e de seus autores e cúmplices, devendo ser reduzido a instrumento escrito’.

A finalidade do inquérito policial é, preponderantemente, servir de filtro processual em face de acusações precipitadas e infundadas, evitando processos penais temerários e inúteis⁴². Ou seja, há uma dupla função: garantia ao cidadão (que tem a seu favor uma instância prévia para evitar o sofrimento desnecessário com o estigma e o fardo de um processo penal) e garantia para o eficaz funcionamento da Justiça (proporcionando segurança para a futura ação judicial). Nesse sentido, Henrique Hoffmann Monteiro de Castro (2016, p. 3) observa:

[...] é necessário adotar pensamento crítico para questionar a afirmação de parcela da doutrina, referendada de maneira irrefletida por muitos, no sentido de que o inquérito policial teria por única função subsidiar o Ministério Público de elementos informativos e probatórios para propor a ação penal. Alguns estudiosos clássicos e modernos da seara criminal já notaram o equívoco dessa assertiva e sublinharam que a função investigativa formalizada pela Polícia Judiciária está longe de se resumir a um suporte da acusação, não possuindo um caráter unidirecional. A finalidade do procedimento preliminar não deve ser vislumbrada sob a ótica exclusiva da preparação do processo penal, mas principalmente à luz de uma barreira contra acusações infundadas e temerárias, além de um mecanismo salvaguarda da sociedade, assegurando a paz e a tranquilidade sociais.

Nacional, e que se destinam a investigar fato de relevante interesse para a vida pública e para a ordem constitucional, legal, econômica ou social do país).

⁴¹ Fernando da Costa Tourinho Filho (1999, p. 193) ensina que o vocábulo *polícia*, do grego *politeia*, significou, a princípio, o ordenamento jurídico do Estado, governo da cidade e, até mesmo, a arte de governar. Em Roma, o termo *politia* adquiriu o sentido de ação do governo no sentido de manter a ordem pública, a tranquilidade e a paz interna. Distinguindo quanto ao objeto entre polícia de segurança e polícia judiciária, Tourinho Filho (1999, p. 195, grifos do autor) assevera que: “[...] enquanto a Polícia de Segurança visa a impedir a turbação da ordem pública, adotando medidas preventivas, de verdadeira profilaxia do crime, a *Polícia Civil* intervém quando os fatos que a Polícia de Segurança pretendia prevenir não puderam ser evitados... ou, então, aqueles fatos que a Polícia de Segurança nem sequer imaginava poderem acontecer...”. Ou seja, a Polícia Judiciária é a que desenvolve a primeira etapa, o primeiro momento da atividade repressiva do Estado (fase primária da administração da Justiça Penal), tendo como função precípua investigar as infrações penais e apurar a respectiva autoria (TOURINHO FILHO, 1999, p. 195).

⁴² Tratando da investigação criminal de uma maneira geral, Francesco Carnelutti (1997, p. 338) aduz que ela não se faz somente para a comprovação de um dado crime, mas para excluir uma acusação infundada. Além disso, serve para evitar equívocos, constituindo verdadeiro obstáculo a superar antes da incidência do processo judicial (CARNELUTTI, 1997, p. 346).

E, na mesma esteira, Guilherme de Souza Nucci (2012, p. 76, grifos nossos), não olvidando que o inquérito policial serve tanto aos propósitos do titular da ação penal, como também para resguardar o próprio acusado, comenta que:

Sua finalidade é a investigação do crime e a descoberta do seu autor, com o fito de fornecer elementos para o titular da ação penal promovê-la em juízo, seja ele o Ministério Público, seja o particular, conforme o caso. Esse objetivo de investigar e apontar o autor do delito sempre teve por base a segurança da ação da justiça e do próprio acusado, pois, fazendo-se uma instrução prévia, através do inquérito, reúne a polícia judiciária todas as provas preliminares que sejam suficientes para apontar, com relativa firmeza, a ocorrência de um delito e o seu autor.

Manoel Messias Barbosa (2008, p. 30) relembra os argumentos a favor da manutenção do inquérito policial no sistema jurídico brasileiro, lançados por Francisco Campos, então Ministro da Justiça, na Exposição de Motivos do Código de Processo Penal de 1941, segundo o qual:

[...] há em favor do inquérito policial, como instrução provisória antecedendo à propositura da ação penal um argumento dificilmente contestável: ele é uma garantia contra apressados e errôneos juízos, formados quando ainda persiste a trepidação moral causada pelo crime e antes que seja possível uma exata visão do conjunto dos fatos, nas suas circunstâncias objetivas e subjetivas. Por mais perspicaz e circunspecta, a autoridade que dirige a investigação policial inicial, quando ainda perdura o alarma provocado pelo crime, está sujeito a equívocos ou falsos juízos *a priori*, ou a sugestões tendenciosas. Não raro, é preciso voltar atrás, refazer tudo, para que a investigação se oriente no rumo certo, até então despercebido.

No Brasil, no âmbito de seus Estados-membros, a investigação criminal é atribuição das *Polícias Cíveis*, também conhecidas por *Polícias Judiciárias*, dirigidas por delegados de polícia de carreira⁴³. Na esfera da União, a atribuição da investigação criminal é conferida à *Polícia Federal*.

Algumas das vantagens dessa organização são muito bem conhecidas, embora também existam certos inconvenientes desta estrutura, que obviamente merece ser

⁴³ A Constituição Federal assim dispõe em seu art. 144, § 4º: “Às polícias cíveis, 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”. Já as competências da Polícia Federal são previstas no § 1º do mencionado dispositivo constitucional. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. DOU, Brasília, DF, 05/10/1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 ago. 2018.

aperfeiçoada. Nesse sentido, Aury Lopes Jr. e Ricardo Jacobsen Gloeckner (2014, p. 127), apesar de críticos ao modelo, reconhecem que:

Não há dúvida de que a polícia tem condições de atuar em qualquer rincão do país, desde os grandes centros até os povoados mais afastados e isolados. Isso confere, principalmente, em países de grandes dimensões territoriais, como o Brasil, uma nota de efetividade da persecução, pois a polícia está em todos os lugares. Definitivamente, sua abrangência é maior que a dos juízes de instrução ou dos promotores investigadores.

Embora não pretendamos aprofundar neste trabalho sobre a questão da titularidade da investigação criminal no Brasil, com relação à possibilidade de poderes investigatórios do Ministério Público, embora ainda haja muita polêmica e controvérsia, é oportuno destacar que foi recentemente reconhecido, em sede judicial, o poder do *Parquet* de exercer investigação por conta própria, conforme posicionamento com repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 593.727/MG⁴⁴, posição esta com a qual não concordamos por diversas razões.

⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 593.727/MG**. Relator: Ministro Cezar Peluso. Julgamento em: 14 de maio de 2015. Publicado no DJe em: 8 de setembro de 2015. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+593727%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+593727%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bxpwdga>>. Acesso em: 08 jan. 2018. Confira-se a ementa do julgado (grifos nossos): “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

Podemos mencionar, apenas para efeito de elucidação, os principais argumentos jurídicos (e, portanto, não calcados em questões políticas⁴⁵ ou corporativas) em desfavor da investigação ministerial no sistema processual brasileiro, muito bem sintetizados por David Farias Aragão (2015, p. 39-40): 1) ofensa ao princípio da legalidade (art. 37 da Constituição Federal), em razão da ausência de previsão legal; 2) violação ao princípio do devido processo legal (art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal), em virtude do não atendimento às prescrições normativas do Código de Processo Penal sobre quem deve conduzir e como o procedimento investigativo deve se desenrolar; 3) a ausência de forma, objeto, procedimento, prazo, maneiras de conclusão e a não submissão ao controle judicial conduzem, também, à violação dos princípios da publicidade e da privacidade e 4) o Ministério Público é parte responsável pela acusação no processo penal, havendo desrespeito, assim, ao princípio da isonomia processual e paridade de armas em relação ao réu, que não pode promover investigação privada, sob pena de usurpar função pública.

Disso concluímos que a investigação ministerial nunca foi o modelo adotado pelo sistema jurídico brasileiro, que não previu no Código de Processo Penal ou na Constituição Federal, explicitamente, a investigação ministerial e, portanto, não havendo previsão e regulação normativas, uma miríade de consequências negativas, obviamente, faz-se sentir, mormente no tocante à ausência de controle e fiscalização em relação ao órgão ministerial, como investigações seletivas (no âmbito público, não há poder que não seja um poder-dever), investigações sem prazo (com prejuízos ao cidadão investigado), investigações arquivadas ao alvedrio do promotor (com prejuízo ao interesse público), investigações secretas e informais (sem o conhecimento do Poder Judiciário e da defesa) e assim por diante. Assim, ilegítima é a investigação ministerial no Brasil, reconhecida por meio de decisão judicial, ainda que do Supremo Tribunal Federal que, a nosso ver, extrapola suas funções, ferindo o princípio constitucional da separação dos poderes (art. 2º da Constituição Federal), tanto é que, para reconhecê-la, teve que discipliná-la minimamente (fixando regras e limites), suprindo o que seria papel da lei. Enquanto essa decisão do Supremo não for revertida por alguma alteração na composição da Corte (o que, no Brasil, infelizmente, é muito comum), podemos

colher informações do próprio suspeito, eventualmente hábeis a justificar e legitimar o fato imputado. Ausência de vício. Negado provimento ao recurso extraordinário”.

⁴⁵ Cabe enfatizar, portanto, que não são argumentos contra ou a favor da investigação ministerial, ou do juizado de instrução, como modelos de investigação “em tese” (com as vantagens e desvantagens deles decorrentes, aliás, como em qualquer modelo ou sistema), o que é um debate próprio e adequado do campo político.

afirmar que, provisoriamente⁴⁶, vigoram os sistemas da investigação policial e o da investigação ministerial.

Vale mencionar, por oportuno, que a Lei Federal 12.830, de 20 de junho de 2013, reforçou a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia, estabelecendo algumas disposições complementares ao regramento que já havia no Código de Processo Penal em relação ao inquérito policial.

Podemos destacar, entre os seus dispositivos, a definição legal de investigação criminal do art. 2º, § 1º (“[...] 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”), o caráter de oficialidade da investigação criminal no *caput* do 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”), a inamovibilidade do delegado de polícia no § 5º do art. 2º (“A remoção do delegado de polícia dar-se-á somente por ato fundamentado”) e a exigência de fundamentação, mediante análise técnico-jurídica do fato, para o indiciamento, prevista no §6º do citado dispositivo⁴⁷.

De tudo o que foi exposto, ficou claro que a investigação criminal, na perspectiva da modernidade, é atividade inquisitiva (apuratória) exercida por órgão ou poder do Estado-nação (por autoridades estatais, sejam delegados de polícia, como no Brasil, sejam juízes ou promotores, como em outras sociedades ocidentais), com a finalidade de esclarecimento do fato reputado como criminoso (assim definido nas leis penais do próprio Estado, o *ius poenale*), desvendando quem é o seu autor, por meio de um conjunto de elementos probatórios, que serão reunidos formalmente em um processo penal (em sentido amplo), preliminar e preparatório, que permite um juízo, racional e empírico, a respeito da imputação do fato ao autor da infração, a fim de viabilizar, ou não, o processo penal em sentido estrito, concretizando-se, assim, o *ius puniendi*.

2.1.3 Características da investigação criminal moderna

⁴⁶ Isso porque, por enquanto, também não foi reconhecido e admitido, por simples decisão judicial (e não por legítima manifestação do Poder que representa o povo), o sistema do juizado de instrução...

⁴⁷ BRASIL. Lei n. 12.830, de 20 de junho de 2013. DOU, Brasília, DF, 21/06/2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112830.htm>. Acesso em: 10 ago. 2018.

A partir da noção moderna de investigação criminal, podemos extrair determinadas características que lhe são próprias⁴⁸, sendo algumas relativas ao seu aspecto material (investigação enquanto conjunto de atividades concretas direcionadas à obtenção de elementos probatórios) e outras relacionadas ao seu aspecto formal (investigação no sentido processual). Para a análise do que se propõe neste estudo, vamos novamente tomar como paradigma o inquérito policial e sua disciplina legal no Código de Processo Penal brasileiro.

Em uma perspectiva puramente formal, destacamos que a investigação criminal é observada enquanto procedimento (no sentido de conjunto concatenado de atos processuais) em que prevalece a forma *escrita* (LOPES JÚNIOR e GLOECKNER, 2014, p. 299; MIRABETE, 2001, p. 78; NUCCI, 2012, p. 104; TOURINHO FILHO, 1999, p. 208). Sobre essa característica, essa doutrina mais tradicional, com base na prescrição do art. 9º do Código de Processo Penal (“todas as peças do inquérito policial serão, num só processado, reduzidas a escrito ou datilografadas e, neste caso, rubricadas pela autoridade”), costuma asseverar que a investigação instrumentalizada pelo inquérito policial seria muito formal e burocratizada⁴⁹.

Ainda no sentido processual ou formal da investigação (quem a desenvolve e como é desenvolvida), segundo os mesmos autores (LOPES JÚNIOR e GLOECKNER, 2014, p. 297-300; MIRABETE, 2001, p. 77-78; NUCCI, 2012, p. 89-130; TOURINHO FILHO, 1999, p. 208-216), a investigação (formalizada pelo inquérito policial) é *oficial* (exercida por órgãos do Estado), *obrigatória* ou *indisponível* (uma vez tomado conhecimento da notícia-crime, a autoridade deve instaurá-la e não pode arquivá-la por conta própria) e *sigilosa* (ou de publicidade restringível).

Percebemos que os atributos formais ou processuais ora mencionados não são essenciais para qualquer concepção imaginável de investigação criminal, mas apenas dizem respeito a determinado tipo ou modelo de investigação (no caso, a moderna), porquanto, é possível conceber, em tese, tipologias de investigação diversas, isto é, que não sejam conduzidas por órgãos estatais, que não sejam escritas, que não sejam obrigatórias, que não sejam sigilosas e assim por diante. Dissemos, no tópico antecedente, que o essencial da investigação criminal é a apuração da autoria e das

⁴⁸ Não pretendemos esmiuçar todas as suas características, mas apenas as que entendemos relevantes para o confronto com a investigação contemporânea.

⁴⁹ Essa crítica nos parece injusta, pois tal marca, por óbvio, não é exclusiva do inquérito policial, mas de todo o processo penal, que, de algum modo, deve ser documentado.

circunstâncias do fato supostamente delitivo, sendo acessórias quaisquer outras características (especialmente as que versem sobre aspectos formais).

No entanto, muitos dos atributos formais ora elencados, inegavelmente, são decorrentes de uma concepção de investigação própria da modernidade, a exemplo da oficialidade estatal, tal como foi observado, na primeira seção deste capítulo, a respeito da secularização da atividade investigativa.

Focando agora a investigação em seu sentido material, ou seja, compreendendo todas as atividades concretamente realizadas e direcionadas para a apuração do fato criminoso, vejamos o rol de diligências previsto no art. 6º do Código de Processo Penal de 1941, que assim dispõe:

Art. 6º Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá:

I - dirigir-se ao local, providenciando para que não se alterem o estado e conservação das coisas, até a chegada dos peritos criminais;

II - apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais;

III - colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias;

IV - ouvir o ofendido;

V - ouvir o indiciado, com observância, no que for aplicável, do disposto no Capítulo III do Título VII, deste Livro, devendo o respectivo termo ser assinado por duas testemunhas que lhe tenham ouvido a leitura;

VI - proceder a reconhecimento de pessoas e coisas e a acareações;

VII - determinar, se for caso, que se proceda a exame de corpo de delito e a quaisquer outras perícias;

VIII - ordenar a identificação do indiciado pelo processo datiloscópico, se possível, e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes;

IX - averiguar a vida pregressa do indiciado, sob o ponto de vista individual, familiar e social, sua condição econômica, sua atitude e estado de ânimo antes e depois do crime e durante ele, e quaisquer outros elementos que contribuam para a apreciação do seu temperamento e caráter.

X - colher informações sobre a existência de filhos, respectivas idades e se possuem alguma deficiência e o nome e o contato de eventual responsável pelos cuidados dos filhos, indicado pela pessoa presa⁵⁰.

Notamos pela relação acima transcrita, cujo teor pouco mudou em relação à redação original do Código que entrou em vigor em 1941, que a investigação criminal típica da modernidade é aquela que tem por conteúdo providências como a inquirição de pessoas (depoimentos de testemunhas, oitivas de vítimas e interrogatórios de suspeitos), reconhecimento e identificação de suspeitos, apreensão e reconhecimento de objetos e coisas, juntada de documentos, exames periciais sobre locais, objetos, corpo humano, entre outras.

⁵⁰ BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941**. DOU, Brasília, DF, 13/10/1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 10 ago. 2018.

Há, na investigação moderna, uma clara limitação do campo de pesquisa sobre aquilo que pode ser conhecido, o que se dá, basicamente, a partir da interação ou contato físico (tangível) e imediato do sujeito com o seu objeto de análise⁵¹. Em outras palavras, só se conhece aquilo que se pode ouvir de pessoas, da percepção dos objetos apreendidos, da leitura de documentos, do exame técnico realizado pelo perito etc.

Como exemplo desse tipo de investigação, imaginemos um homicídio, em que o autor esfaqueou a vítima, jogando, em seguida, a faca no chão, sendo tudo observado por uma testemunha ocular. Com a oitiva dessa testemunha, com a apreensão do instrumento do crime, com o exame necroscópico e o interrogatório do suspeito, praticamente encerra-se a investigação. Toda a reconstrução dos fatos parte do contato do investigador com elementos físicos, tangíveis aos sentidos. Tal modo de investigação (ainda muito comum) é o que relacionamos, sob o aspecto material, com a modernidade.

Agora imaginemos o mesmo homicídio (mas sem a testemunha presencial), sendo esclarecido a partir da análise dos dados armazenados pela pulseira eletrônica de monitoramento cardíaco que a vítima usava no momento do crime (como a da marca *Fitbit*, que mede ainda padrões de sono, esforço físico e outros dados). A mera apreensão da pulseira (objeto tangível) nada revela. Porém, a análise dos dados armazenados (que a pulseira sincroniza com o computador) aponta que o coração da vítima cessou de bater no preciso horário em que o veículo do autor foi flagrado por uma câmera de vídeo, saindo da residência da vítima. Esse exemplo é verídico e aconteceu nos Estados Unidos da América⁵².

Outro exemplo de investigação possível nos tempos contemporâneos é a que desvendou, duas décadas após os crimes, um estuprador em série, que havia atacado ao menos dez mulheres em suas casas. O caso, ocorrido em 1996, nos Estados Unidos, foi

⁵¹ Diferentemente do que ocorria em certas investigações pré-modernas das sociedades ocidentais do período medieval, em que não havia tais limites, pois o investigador buscava fazer a prova do ocorrido, mediante *ordálias* e *juízos de deus*, como apontado por Paula Bajer (2002, p. 17). Já em algumas investigações não modernas, como a observada na comunidade indígena do Oiapoque, o método é totalmente baseado na verdade sabida (muito mais restritivo que o moderno), pois o fato tem que ser praticado na presença do grupo ou da autoridade, conforme apontado por Daize Fernanda Wagner (2012, p. 11): “Essa compreensão pode ser aplicada aos indígenas do Oiapoque, no que se refere à apuração dos fatos ocorridos em sua aldeia, com adaptações. Para estes, então, a verdade sabida seria o conhecimento pessoal da infração que os índios da aldeia na qual ocorreu o fato têm, pois a infração é notória àquele determinado grupo”.

⁵² No caso real, ocorrido no corrente ano (2018), na Califórnia, a Polícia de San José informou que usou na investigação o material da câmera de segurança e dados da pulseira *Fitbit* de Karen Navarra, que ela prendera no pulso esquerdo e sincronizara com o seu computador na casa onde morava sozinha. Quando os dados do *Fitbit* de Karen foram comparados aos das imagens da câmera de segurança da casa, a Polícia descobriu que o carro dirigido por seu padrasto, Anthony Aiello, ainda estava lá quando o batimento do seu coração cessou de ser registrado. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2018/10/03/us/fitbit-murder-arrest.html>>. Acesso em: 02 nov. 2018.

elucidado, pois os investigadores converteram o DNA do agressor (encontrado no sêmen colhido em uma das vítimas) ao perfil do tipo utilizado por sites de história familiar como o *23andMe*, e o enviaram para o *GEDmatch.com*, um site gratuito e aberto a todos os usuários, e muito caro aos pesquisadores genealógicos que buscam encontrar pais biológicos ou criar árvores genealógicas elaboradas. Cinco minutos depois de receber os resultados, os investigadores identificaram um parente próximo do suspeito do ataque, em meio ao milhão de perfis disponíveis no banco de dados. Em menos de duas horas, eles identificaram um suspeito, preso logo depois: Roy Charles Waller⁵³.

Percebemos nessas investigações de feição diversa uma não limitação, nas perspectivas espacial e temporal, ao mero contato (físico e imediato) entre o sujeito investigador e o seu objeto de pesquisa. Há, como elemento de novidade, a utilização de algum tipo de recurso que amplifica o potencial dos sentidos humanos, que agora faz o homem enxergar, ouvir e sentir muito além daquilo que naturalmente podia fazer (isto é, considerando o ser humano como nasce e vem ao mundo).

É o que Bauman (2001, p. 19) descreveu como “pura inacessibilidade” das relações de poder pós-panópticas em *Modernidade Líquida*, cujas notas são a instantaneidade e extraterritorialidade (diluição e elasticidade do tempo-espço em relação à modernidade sólida), como foi visto no capítulo anterior.

Guarda relação, no plano jurídico, com aquilo que Danilo Knijnik (2016, p. 84) nomeou como “direito probatório de terceira geração”, que versa sobre “provas invasivas, altamente tecnológicas, que permitem alcançar conhecimentos e resultados inatingíveis pelos sentidos e pelas técnicas tradicionais”. A transcrição abaixo é ilustrativa da questão dos avanços tecnológicos associados às provas na investigação contemporânea:

[...]

A associação direta da busca com elementos tangíveis condicionou pesadamente a teoria e a prática jurídicas e o modo de pensar a prova. Contudo, a penetração do mundo virtual como nova realidade, embora despida de seu conteúdo tangível, acabaria demonstrando que tais elementos vinculados à propriedade ou à posse de coisas longe estão de abarcar todo o âmbito de incidência de buscas e apreensões, que, de ordinário, exigiriam mandado judicial. Chega-se, então, ao ponto de perguntar o que são “coisas”

⁵³ A plataforma *GEDmatch* já forneceu pistas essenciais para diversos outros casos de difícil elucidação em tempos pretéritos, como homicídios e agressões sexuais, segundo notícia do The New York Times. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2018/10/15/science/gedmatch-genealogy-cold-cases.html>>. Acesso em: 02 nov. 2018.

ou “qualquer elemento de convicção” hoje. Nesse sentido, tome-se o exemplo de um smartphone: ali, estão e-mails, mensagens, informações sobre usos e costumes do usuário, locais em que se encontrara, viagens e países visitados, números discados e recebidos, compras, operações financeiras, enfim, um conjunto extenso e exaustivo de informações que extrapolam em muito o conceito de coisa, a que bem se amolda um telefone. Claro, o smartphone é uma coisa. Mas essa coisa contém inúmeras outras bases informacionais que não são coisas. Supondo-se, então, que a polícia encontre incidentalmente a uma busca um smartphone, poderá apreendê-lo e acessá-lo sem ordem judicial para tanto? Suponha-se, de outra parte, que se pretenda utilizar um sistema capaz de captar emanações de calor de uma residência, para, assim, levantar indícios suficientes à obtenção de um mandado de busca e apreensão a fim de conhecer o que ali dentro ocorre: estar-se-á a restringir algum direito fundamental do interessado, a demandar a obtenção de um mandado expedido por magistrado imparcial e equidistante, sob pena de inutilizabilidade? O e-mail incidentalmente alcançado por via da apreensão de um smartphone é uma “carta aberta”? Ou está fechada, exigindo providências adicionais? Enfim, o conceito de coisa, enquanto res tangível e sujeita a uma relação de pertencimento, ainda representa um referencial constitucionalmente exaustivo à tutela dos direitos fundamentais ou, caso contrário, há de ser substituído por outro paradigma? Esse é um dos questionamentos básicos da aqui denominada de prova de terceira geração: “chega-se ao problema com o qual as Cortes interminavelmente se deparam, quando consideram os novos avanços tecnológicos: como aplicar a regra baseada em tecnologias passadas às presentes e aos futuros avanços tecnológicos”. Trata-se, pois, de um questionamento bem mais amplo, que convém, todavia, melhor examinar [...] (KNIJNIK, 2016, p. 84).

Diferentemente, portanto, da investigação baseada em meios tradicionais ou convencionais (como aqueles listados no rol do art. 6º do Código de Processo Penal), delineia-se a investigação atualmente desenvolvida na era informacional, que se vale, exemplificativamente, de meios como a análise e o cruzamento de dados (informáticos ou não, cadastrais, fiscais, financeiros, etc.), interceptação de comunicação telefônica e telemática⁵⁴ (como a interceptação de conversas no *Whatsapp* e aplicativos similares), apreensão de aparelhos *smartphones* (cujo objeto tangível em si importa menos que o seu conteúdo informacional), uso de redes de câmeras inteligentes nas cidades, requisição de sinais e informações junto às empresas prestadoras de serviços de telecomunicação para a localização de pessoas⁵⁵, para citarmos apenas alguns dos novos meios e técnicas de investigação (os quais serão objeto específico de estudo no próximo capítulo).

⁵⁴ Disciplinada pela Lei Federal 9.296, de 24 de julho de 1996, que regulamentou o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. A interceptação telemática em aplicativos de conversação instantânea será aprofundada no capítulo seguinte.

⁵⁵ Normatizada com a Lei Federal 13.344, de 6 de outubro de 2016, que dispõe sobre a prevenção e repressão ao tráfico interno e internacional de pessoas e sobre medidas de atenção às vítimas, alterando o Código Penal, o Código de Processo Penal e o Estatuto do Estrangeiro. Esta medida será estudada no capítulo seguinte.

Do que foi exposto até o momento, já é possível entrever uma investigação criminal contemporânea de feição distinta, independentemente de ser rotulada como “não moderna” (aquela que vê com desconfiança seus fundamentos), ou como “ainda moderna”, mas em um estágio avançado ou distinto (“líquida” nas palavras de Bauman (2001); “hipermoderna”, nas de Lipovetsky (2004); “reflexiva”, nas de Beck (2011); “informacional”, nas de Castells (2005), e assim por diante), sobre o que discorreremos a seguir.

2.2 Da investigação criminal contemporânea: reflexões sobre os seus fundamentos e delineamento de suas características

Como visto na primeira seção deste capítulo, é pela primeira vez com a modernidade que passam a ser questionados (e repudiados), também nas atividades afetas à busca por provas indiciárias que esclareçam o fato reputado como ilícito e o relacionem ao suspeito de sua prática, processos e métodos não compreendidos exclusivamente a partir da racionalidade (tais como mito, superstição, fé, crença religiosa, juízos metafísicos e outros elementos típicos das sociedades pré-modernas ou não modernas). Deste modo, a investigação moderna ficou marcada pelo *humanismo*, como se viu em Beccaria (2015), haja vista o reconhecimento da existência de limitação racional ao poder punitivo, forçando-a para um movimento de distanciamento da arbitrariedade e da crueldade que marcavam algumas formas de investigação.

Ao mesmo tempo, impulsionada pelo positivismo científico moderno, a investigação criminal percebeu, de certa forma, um incremento na sua eficiência. Basta lembrar que, no final do século XIX, o emprego da *antropometria* pelo francês Alphonse Bertillon⁵⁶ (1853-1914) e da *identificação dactiloscópica*, sistematizada por Juan Vucetich⁵⁷ (1858-1925), croata radicado na Argentina, contribuiu enormemente

⁵⁶ Seu sistema de arquivamento de medidas humanas ficou conhecido como *Bertillonage*. Disponível em: <<http://broughttolife.sciencemuseum.org.uk/broughttolife/people/alphonebertillon>>. Acesso em: 05 nov. 2018.

⁵⁷ Queiroz (2007b, p. 334) aponta que o sistema de Juan Vucetich foi adotado em 1902 no Rio de Janeiro e em 1907 em São Paulo, durante o governo do presidente Jorge Tibiriçá. O sistema dactiloscópico de Vucetich foi por ele apresentado em 1º de setembro de 1891, com a designação de icnofalangometria, nome este alterado para dactiloscopia pelo jornalista argentino Francisco Latzina em 1894. Fernando da Costa Tourinho Filho (1999, p. 258) conta que: “Ninguém dava atenção ao trabalho de Vucetich, quando, em 1892, chegou a Buenos Aires a notícia de que em Necochea, pequena cidade próxima da capital argentina, fora cometido um duplo homicídio numa cabana. Tudo estava a indicar que o culpado era Velasquez. A Polícia ainda estava confusa em face da acusação que a mãe das vítimas, Francesca Rojas, fazia a Velasquez. Após várias investigações, ali chegara o inspetor Alvarez. Este não acreditava na culpa

para a apuração de delitos. Aquela através da análise de certas medidas do corpo do criminoso (como altura, diâmetro anteroposterior da cabeça, busto, dedos etc.) e esta por meio da confrontação de impressões digitais (como aquelas deixadas em locais de crime com as de uma pessoa suspeita), ambas visando à identificação da autoria, conferindo certa nota de *efetividade* à investigação criminal⁵⁸.

A ideia central desenvolvida nesta pesquisa é que a investigação criminal avança tanto no tocante à *efetividade*, como também no sentido do *humanismo*. Isso porque, em relação à primeira, os avanços tecnológicos estão criando uma musculatura antes inexistente ao poder de investigar. Quanto ao segundo aspecto, nunca foram tão complexas às discussões envolvendo os limites impostos pelos direitos fundamentais, pois quanto maior a potencial investigativo do Estado, mais sofisticado deve ser o sistema de garantias para tentar refrear os seus efeitos colaterais sobre o ser humano (como será aprofundado na seção seguinte).

Ao sugerirmos que a investigação criminal caminha para uma transição além daquela que deita raiz na modernidade, sendo possível vislumbrar uma investigação dita – por falta de outra expressão – contemporânea⁵⁹, surge a primeira indagação de caráter propedêutico: haveria algum deslocamento no que concerne aos fundamentos da investigação para que seja apropriado falar-se em investigação contemporânea “não moderna”?

de Velasquez, embora nada pudesse provar. Todavia, indo ao *locus delicti*, viu uma mancha na madeira da porta. Percebendo que se tratava de impressão digital (polegar manchado de sangue), serrou a parte da porta que continha a mancha e, em seguida, levou-a ao posto oficial e ordenou que Francesca Rojas premesse o dedo sobre uma almofada de carimbo e, em seguida, sobre uma folha de papel. De posse de uma lente de aumento, confrontou as impressões e notou a perfeita semelhança. Depois, fez com que Francesca também observasse. E ela, que, peremptoriamente, vinha acusando Velasquez, reconheceu sua culpa”.

⁵⁸ Todavia, lembramos que mesmo o processo de identificação dactiloscópica, realizado manualmente pelo ser humano, é muito limitado, pois depende do exame direto do pesquisador aos arquivos ou planilhas dactiloscópicas e, dessa forma, é preciso, muitas vezes, que os investigadores já tenham encontrado um suspeito para que seja realizado o posterior confronto dactiloscópico para a confirmação da autoria. Muito diferente do que ocorre com o AFIS (*Automated Fingerprint Identification System* ou, em português, Sistema de Identificação Automatizada de Impressões Digitais), em que um sistema informatizado é alimentado com uma base extensa de impressões digitais e a partir de uma digital qualquer (colhida, por exemplo, no local do crime), através de operações e cálculos computacionais (não factíveis para humanos), logra-se identificar a autoria na base de dados do sistema, sem que haja qualquer suspeito previamente selecionado. Disponível em: <<http://www.papiloscopia.com.br/monografia.html>>. Acesso em: 05 nov. 2018.

⁵⁹ Certo é que a expressão “contemporânea” não diz muita coisa, pois é restrita a uma percepção daquilo que se vivencia no momento presente e não em um contexto social, filosófico, cultural, político, econômico, jurídico e histórico mais consistente, o que somente se pode obter a partir de certo distanciamento dos fatos estudados.

É certo que o problema da justificação da investigação criminal (e, em última análise, a justificação da própria pena e dos correlatos poderes de proibir e de punir), contemporaneamente, ainda é tema que desperta muita discussão.

Nesse sentido, Luigi Ferrajoli (2012, p. 199), ao tratar do tema da justificação da pena (e do direito de punir), aponta dois modelos que se contrapõem, um que enxerga algum tipo de fundamento (os seus adeptos, nas palavras do autor italiano, seriam *justificacionistas*) e outro que nega completamente a existência de qualquer fundamento (sendo os *abolicionistas*):

O problema da justificação da pena, ou seja, do poder de uma comunidade política qualquer de exercitar uma violência programada sobre um de seus membros, é, talvez, o problema clássico, por excelência, da filosofia do direito. Em que se baseia este poder não poucas vezes chamado de "pretensão punitiva" ou de "direito de punir"? Existem, e se existem, quais são as razões que tornam "justo", ou "justificável", ou "aceitável moralmente e/ou politicamente" que, à violência ilegal representada pelo delito se agregue aquela segunda violência legal que é a pena? E como justificar o exercício de uma violência organizada que assiste a uma multidão de sujeitos contra um único indivíduo? Tal problema colocou em segundo plano as duas outras questões de justificação externa relativas ao "se" e ao "porquê" do direito penal, quais sejam "se e porque proibir", que antecede àquela do "se e porque punir", e "se e porque julgar", consequência das outras duas.

As três questões tiveram, ao longo da história, duas respostas: uma primeira em princípio positiva, e a segunda, diversamente, em princípio negativa. As respostas positivas são aquelas fornecidas pelas doutrinas que chamei de justificacionistas, enquanto justificam os custos do direito penal com objetivos, razões, ou funções moralmente ou socialmente irrenunciáveis. As respostas negativas, ao invés, são aquelas fornecidas pelas doutrinas chamadas de abolicionistas que não reconhecem justificação alguma ao direito penal e almejam a sua eliminação, quer porque contestam o seu fundamento ético-político na

raiz, quer porque consideram as suas vantagens inferiores aos custos da tríplice restrição que o mesmo produz, vale dizer, a limitação da liberdade de ação para os que o observam, a sujeição a um processo por aqueles tidos como suspeitos de não observá-lo, e a punição daqueles julgados como tais.

Independentemente da prevalência de um ou outro modelo apontado por Ferrajoli, observamos que a simples existência de incerteza e disputa quanto se haveria ou não fundamentos para o "proibir", o "punir" e o "julgar" (abrangendo o poder de "investigar", porquanto, como visto no tópico antecedente, este é instrumental em relação àqueles poderes) e, caso havendo fundamentos, se estes seriam ou não exclusivamente calcados na razão, por si só, é o tipo de questionamento crítico que vem sendo associado à pós-modernidade para parte do pensamento contemporâneo, como desenvolvido no primeiro capítulo desta pesquisa, por exemplo, com Lyotard (2006) e

Latour (2013), que sustentam a crise e a desconfiança nos paradigmas da modernidade e seus produtos, como o progresso e a ciência moderna.

Nesse sentido, se há uma investigação contemporânea, a sua noção pode ser percebida tão somente a partir de algo que a distancie daquela que não é moderna. Em outras palavras, a investigação contemporânea é simplesmente aquela que não pode ser tradicionalmente rotulada como moderna, ou seja, a que não tem por dogma indisputável – ou, ao menos, tem alguma desconfiança (em oposição à crença cega) – no fundamento da justificação racional (tal qual e da maneira como é compreendida pelos adeptos do projeto moderno), não sendo, portanto, alicerçada no ideário da “Constituição moderna”, nos dizeres de Latour (2013).

Partindo da premissa de que não há garantias na justificação tipicamente moderna da investigação criminal, que assim seria, nas palavras de Lyotard (2016), apenas um “relato” ou um “discurso” de legitimação, como outro qualquer, parece-nos que é possível conceber uma investigação “não moderna” ou “pós-moderna”.

Além disso, é possível conceber e afirmar a existência da investigação contemporânea por outra via, como sendo “ainda moderna”, mas em uma versão diferente, ou seja, assumindo se tratar de outro estágio da modernidade, como visto no primeiro capítulo (“líquida” nas palavras de Bauman (2001); “hipermoderna”, nas de Lipovetsky (2004); “reflexiva”, nas de Beck (2011); “informacional”, nas de Castells (2005), e assim por diante). Por esta perspectiva, a investigação contemporânea seria, então, fruto de uma modernidade tardia, sendo que a diferença fundamental da primeira para a segunda hipótese consiste em que nesta ainda se crê no fundamento racional e, conseqüentemente, na sua legitimação, ao passo que naquela não se nega nem se crê, apenas sustenta-se que a sua legitimação é baseada em um discurso⁶⁰.

Muito difícil sustentarmos qual ponto de vista mostra-se mais acertado, parecendo-nos que ambos são coerentes e carregam bons argumentos. A nosso ver, tais visões não são totalmente contraditórias e autoexcludentes, mas partem de perspectivas diferentes⁶¹. Enxergam o mesmo problema, mas sob ângulos distintos, chegando-se mais a conclusões convergentes do que divergentes. Para nós, o grande mérito de tais

⁶⁰ Trazemos novamente à baila, por oportuno, o que Lyotard (2006, p. xvi) aduz em sua obra, no sentido de que, legitimando o saber por meio de um metarelato, somos conduzidos a questionar a validade das instituições que regem o vínculo social, ou seja, elas também devem ser legitimadas: a Justiça e o Direito relacionam-se assim com o grande relato, no mesmo grau que a verdade.

⁶¹ Mesmo Lyotard (2006, p. 11, grifo nosso) assim reconhece que: “esta é então a *hipótese* de trabalho que determina o campo no qual pretendemos apresentar a questão do estatuto do saber. Este cenário, *similar ao de ‘informatização da sociedade’*, ainda que proposto de maneira totalmente diversa, não tem a pretensão de ser original, nem mesmo de ser verdadeiro”.

perspectivas é instigar sobre a existência de outra feição da investigação criminal que não a moderna clássica.

Contudo, afirmar que a investigação criminal contemporânea exista não é suficiente para dizer como ela se apresenta. Mais produtivo, dessa maneira, focarmos nas suas características (intrínsecas e extrínsecas), confrontando-as com as apresentadas pela investigação exercida em tempos pretéritos. A seguir, portanto, proporemos algumas características que nos parecem apropriadas para retratar a investigação contemporânea.

Partindo da análise do tópico anterior sobre os caracteres da investigação moderna, em que foram mencionados certos aspectos materiais e formais, vamos estabelecer uma comparação com a investigação contemporânea, com foco maior nestes, já que sobre aqueles discorreremos anteriormente (e ainda serão estudados, em específico, no próximo capítulo).

Se a moderna é estritamente *oficial* (no sentido já mencionado, como sendo exercida por uma autoridade representante do Estado-nação), a contemporânea tende à *plurioficialidade* e à *despersonalização*: em certa medida, não prescinde da oficialidade, embora seja possível vislumbrar a tendência de sua desintegração ou, ao menos, de um importante temperamento dessa característica. No plano externo, em virtude da transnacionalização e do estabelecimento de normas comunitárias⁶², já referidas por Lisboa (2006, p. 84), típicos atributos da sociedade informacional globalizada, a investigação de hoje é realizada com intensa *cooperação internacional*, mormente para a recuperação de ativos desviados de um país para outro e, ainda, para obtenção de provas, como dados armazenados em provedores de internet sediados no estrangeiro, rompendo-se com a ideia de apuração derivada da autoridade pertencente exclusivamente ao Estado-nação⁶³. Processualmente, portanto, a investigação passa a experimentar as consequências da globalização, sofrendo influência de ordens jurídicas

⁶² A já citada *Convenção de Budapeste* é um exemplo de norma comunitária, por meio da qual os Estados signatários comprometeram-se a estabelecer cooperação e formas harmônicas para a persecução penal de crimes informáticos (voltaremos a este tema no próximo capítulo).

⁶³ Para se ter ideia da importância da cooperação internacional na investigação contemporânea, vide notícia divulgada pela Folha de São Paulo, dando conta que o Facebook questiona, na Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) 51, em tramitação no Supremo Tribunal Federal, que a Justiça brasileira não tem aplicado o Acordo de Assistência Jurídica em Matéria Penal (MLAT, na sigla em inglês) ou usado carta rogatória para obtenção de dados de comunicação privada sob controle de provedores de aplicativos de internet que tenham o exterior como sede. Segundo um procurador ouvido pela reportagem, caso seja vitoriosa, a ação "vai inviabilizar as investigações no Brasil de maneira geral, inclusive tráfico de armas e drogas e pedofilia". Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2018/04/acao-do-facebook-no-stf-pode-inviabilizar-investigacoes-no-brasil-diz-procuradoria.shtml>>. Acesso em: 09 nov. 2018.

internas e externas, o que certamente é um impacto sobre a noção clássica de soberania estatal.

No plano interno, embora ainda oficial, a investigação contemporânea, muitas vezes, é fruto da *coparticipação* de diversos agentes públicos que preservam suas autonomias funcionais (delegados, promotores e juizes), antes do que trabalho isolado de único órgão estatal investigador, tendo em vista a necessidade frequente de medidas cautelares (*exempli gratia*, a quebra de sigilo fiscal e do sigilo bancário, a interceptação telemática e a requisição de sinais para a localização de pessoas).

Além disso, podemos apontar uma despersonalização, que é causada pelo enfraquecimento do protagonismo estatal na investigação (embora não exclua, mas mitiga o seu caráter oficial), sendo cada vez mais indispensável uma efetiva colaboração de outras pessoas e empresas, como provedores de aplicação de internet e instituições financeiras, para a obtenção de dados que ficam sob a sua guarda⁶⁴.

No que diz respeito à *obrigatoriedade* (ou *indisponibilidade*), embora já não seja uma característica presente em muitos sistemas de investigação de vários países⁶⁵, é possível prever uma tendência apontando para a *seletividade qualificada*⁶⁶ da investigação contemporânea, pelo menos para alguns tipos de crimes, como os informáticos, em que a proliferação exagerada⁶⁷ decorrente do estado atual da tecnologia, inviabiliza a apuração de toda e qualquer infração que se tenha

⁶⁴ A Justiça brasileira ganhou notoriedade internacional ao ser a primeira a determinar o bloqueio do Whatsapp por recusa na colaboração em investigação criminal. Em fevereiro de 2015, um magistrado da Justiça do Piauí determinou a suspensão temporária do Whatsapp em todo o Brasil. Essa decisão foi tomada depois que o aplicativo se recusou a dar informações sobre um inquérito policial que investigava um crime de pedofilia ocorrido em Teresina, capital piauiense. Disponível em: <<http://g1.globo.com/pi/piaui/noticia/2015/02/decisao-de-juiz-do-piaui-manda-tirar-whatsapp-do-ar-em-todo-o-brasil.html>>. Acesso em: 03 mai. 2018.

⁶⁵ Nesse sentido, conferir Lopes Júnior e Gloeckner (2014, p. 185-186).

⁶⁶ Sobre esse aspecto, embora não utilizando tal nomenclatura, David Faria de Aragão (2015, p. 67-68) aponta um exemplo de flexibilização da obrigatoriedade, narrando o sucesso do Projeto Tentáculos, no ano de 2008, que foi uma parceria entre a Polícia Federal e a Caixa Econômica Federal, por meio da qual foi proposta a centralização da comunicação de fraudes bancárias eletrônicas, arquivando-se todas as investigações em andamento que não estivessem em estágio avançado e alimentando as informações já colhidas em uma Base Nacional de Fraudes Bancárias Eletrônicas. O autor esclarece que, antes da parceria, o número de fraudes reportadas era tamanho que estava consumindo boa parte da capacidade operacional da Polícia Federal, tendo em vista que para cada fraude noticiada era instaurado um inquérito policial, em respeito ao princípio da obrigatoriedade. Após a parceria, houve expressivo sucesso, pois as investigações somente passaram a ser iniciadas após minuciosa análise dessa base com o auxílio de ferramentas tecnológicas avançadas, capazes de reunir, exibir, cruzar e analisar os dados, resultando em diversas operações bem-sucedidas com redução de números de procedimentos policiais desnecessários.

⁶⁷ Reportamos novamente à notícia veiculada pela Folha de São Paulo, dando conta que somente no primeiro semestre de 2017 foram computadas 950.632 tentativas de fraude contra pessoas físicas, ou seja, uma a cada 16,5 segundos. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2017/09/1917285-consumidor-brasileiro-e-alvo-de-tentativa-de-fraude-a-cada-17-segundos.shtml>>. Acesso em 05 abr. 2018.

conhecimento, por insuficiência material do aparato estatal, enfraquecendo o dogma moderno da obrigatoriedade.

Quanto à forma *escrita e documental* (que remete a autos de processos físicos), apontamos que a contemporânea tende para a *virtualização*, ou seja, informatização dos procedimentos (como já se observa no Estado de São Paulo, onde tramitam rotineiramente os processos judiciais eletrônicos e, recentemente, também os inquéritos policiais eletrônicos), o que pode – havendo adequada implementação – agilizar e desburocratizar a investigação e o processo penal (como será visto no próximo capítulo).

Ademais, atos processuais, que antes eram reduzidos por escrito em papel (como o termo de depoimento de testemunha), passam a ser produzidos por meio de recurso audiovisual armazenado em mídia ou meio digital, o que garante maior fidelidade à prova. Sem falar do recurso à videoconferência⁶⁸, permitindo oitiva de pessoas que estão muito distantes da autoridade processante competente.

Em síntese, propomos os seguintes caracteres da investigação contemporânea, nos seus aspectos material e formal: a) instantaneidade e extraterritorialidade dos meios (altamente tecnológicos) de investigação; b) plurioficialidade e despessoalização; c) seletividade qualificada e d) virtualização.

Para concluir esse tópico, novamente destacamos que os constantes avanços técnico-científicos, ao mesmo tempo em que continuam a contribuir para a potencialização em relação à efetividade da apuração de crimes, como se viu no primeiro capítulo e nos exemplos apontados nas seções anteriores, juntamente vieram os riscos indesejados decorrentes dos mesmos avanços, como visto em Beck (2011).

Nesse sentido, oportuna é a preocupação externada por David Farias de Aragão (2015, p. 14, grifo nosso), no sentido de que a implementação de novas tecnologias possa, em si, constituir fator gerador de mais riscos:

Também na seara da investigação criminal já existem diversas iniciativas para a virtualização do inquérito policial, bem como a utilização de softwares de análises gráficas para auxiliar no tratamento da grande quantidade de informações coletadas, além da possibilidade de uso de inteligência artificial para definir políticas de repressão à criminalidade. No entanto, é preciso que as instituições tenham alguns cuidados nessa adaptação para que na ânsia de

⁶⁸ Sobre as vantagens da videoconferência, Paulo Roberto de Lima Carvalho (2009, p. 89) salienta que: “[...] os participantes podem dialogar em tempo real emitindo sons da fala, visualizar no computador ou na tela de projeção a imagem dinâmica dos demais participantes, enviar mensagens instantâneas de forma textual com perguntas ou respostas a quesitos, e, ainda, transmitir arquivos digitais sob a forma de gráficos, planilhas, textos, dentre outros na mesma sessão”.

estar na vanguarda digital não acabem por si tornar mais um fator de risco do que instrumento de sua prevenção ou contenção de crimes.

Por tudo o que foi exposto, concluímos que as transformações provocadas pelo uso de novos conhecimentos e novas tecnologias, que estão acarretando a transição da investigação moderna para a contemporânea, não trazem apenas efeitos benéficos, mas também riscos imprevisíveis, isto é, efeitos colaterais (não desejados), provocando sérias implicações no tocante aos direitos fundamentais, sobre o que discorreremos a seguir.

2.3 Limites impostos ao poder de investigar: reflexões a respeito dos direitos fundamentais

A partir do que foi concluído a respeito das modificações relacionadas à feição da investigação criminal (da moderna à contemporânea) nos itens precedentes, mister se faz observar, neste contexto, o papel dos direitos fundamentais como balizadores do exercício do poder investigatório. Retomaremos, com isso, o pensamento de que a investigação criminal avança também no sentido do *humanismo*, haja vista a maior complexidade das questões atinentes aos direitos fundamentais nas sociedades pós-moderna e informacional. Releva, assim, analisar alguns dos questionamentos resultantes da aplicação do garantismo⁶⁹ e que vêm surgindo, em grau de complexidade cada vez maior, em decorrência do processo metamórfico da investigação criminal.

Sobre o garantismo, Lopes Júnior e Gloeckner (2014, p. 45), comentando o pensamento de Luigi Ferrajoli, destacam primeiramente que:

[...] o garantismo não tem nenhuma relação com o mero legalismo, formalismo ou processualismo. E, muito menos, com defesa da impunidade, como querem fazer crer alguns manipuladores. Consiste na tutela dos direitos fundamentais, os quais – da vida à liberdade pessoal, das liberdades civis e políticas às expectativas sociais de subsistência, dos direitos individuais aos coletivos – representam valores, os bens e os interesses, materiais e pré-políticos, que fundam e justificam a existência daqueles artifícios – como

⁶⁹ Os estudos sobre o garantismo, adotados neste trabalho, deitam raiz nos ensinamentos de Luigi Ferrajoli (2002). Vale lembrar, por oportuno, que o termo “garantismo” – a bem da verdade, um neologismo – começou a ser elaborado e utilizado na doutrina penalista italiana dos anos 1970 e 1980, no momento em que se desenvolvia a legislação conhecida como *antimáfia*, em função da *Operazione Mani Pulite*. Em virtude de excessos desta legislação (que embora tivesse por finalidade efetivar maior punição a possíveis mafiosos, violava, todavia, postulados do Estado de Direito), houve, desta maneira, uma reivindicação, por parte da doutrina, pelo retorno de direitos garantidos já pelo direito liberal há mais de dois séculos, como medida para recuperar o aspecto civilizatório da legislação penal e processual penal (LOPES JÚNIOR e GLOECKNER, 2014, p. 49).

chamou Hobbes – que são o Direito e o Estado, cujo desfrute por parte de todos constitui a base substancial da democracia.

De uma maneira bem condensada, Luigi Ferrajoli (2002) aborda o garantismo como concepção que invoca um modelo normativo de Direito, pelo qual se tutelam das liberdades individuais aos direitos sociais e coletivos, impondo limites à atuação estatal e conferindo-lhe legitimidade.

Como enfatiza Luigi Ferrajoli (2002, p. 483, grifos do autor):

[...] o processo, como de resto a pena, justifica-se precisamente enquanto técnica de minimizar a reação social ao delito: minimizar a violência, mas, também, o arbítrio que de outro modo seria produzido de forma ainda mais selvagem e desenfreada.

[...]

O que faz do processo uma operação distinta da justiça com as próprias mãos ou de outros métodos bárbaros de justiça sumária é o fato que ele persegue, em coerência com a dúplici função preventiva do direito penal, duas diferentes finalidades: a punição dos culpados juntamente com a tutela dos inocentes. É essa segunda preocupação que está na base de todas as garantias processuais que circundam o processo e que condicionam de vários modos as instâncias repressivas expressas pela primeira.

Dessa maneira, focando o objeto específico desta pesquisa, o garantismo reflete a ideia de uma investigação criminal seguidora dos princípios constitucionais e garantidora dos direitos fundamentais, levando à proteção dos indivíduos e da coletividade e à legitimação da atuação estatal.

Há que se levar em consideração, quando da elaboração da obra *Direito e Razão*, que Ferrajoli tinha como proposta a elaboração de um modelo ideal de Direito. Como expressão do *humanismo*, o garantismo designa uma técnica de tutela de direitos fundamentais, como o direito à vida, à liberdade e à integridade contra o poder excessivo que emana do Estado. Pouco importa se tais direitos são negativos (direitos de liberdade) ou positivos (direitos sociais) (LOPES JÚNIOR e GLOECKNER, 2014, p. 49).

Sintetizam Lopes Jr. e Gloeckner (2014, p. 47-48, grifos do autor) em três termos o que se pode compreender como garantismo na visão de Luigi Ferrajoli, valendo a transcrição:

[...]

a) maximização dos direitos sociais e mínima intervenção jurídico-política nos direitos liberais;

b) separação entre vigência e validade, como uma teoria crítica do paleopositivismo que confunde ambos os níveis normativos. Essa cisão entre a forma e a substância, por outro lado, desemboca numa revisão da própria teoria da democracia (substancial), a fim de se estabelecer aquilo que não pode ser tocado pelo legislador bem como aquilo que não pode não ser tocado pelo legislador (problema de omissão, em especial quanto aos direitos sociais prestacionais);

c) a necessidade de uma legitimação externa do Direito, que ultrapasse a justificação baseada em um modelo superado de regras sobre regras (modelo piramidal kelseniano), com as vertentes de Hart (das regras de reconhecimento – rule of recognition) e Raz (da cadeia de validade – chain of validity). A justificação externa estará centrada na valorização dos direitos do homem, hoje especialmente regulados por um Direito supranacional, assentada na promessa de oferecer autonomia e emancipação, eternas promessas da modernidade.

Uma reflexão mostra-se pertinente neste momento: no contexto da investigação criminal contemporânea, o garantismo ainda resiste como técnica de tutela de direitos fundamentais, compatível e adequada, para limitá-la e, assim, legitimá-la?

Como visto na transcrição acima, observamos que o garantismo não deixa de consolidar, de certo modo, pensamento que mantém perseverança no ideário da modernidade e suas promessas (como a que sustenta que o avanço científico provocaria progresso e emancipação do homem, o que vale, certamente, para a ciência jurídica que, a seu modo, progrediria e se legitimaria com a adoção de técnicas para tutelar a dignidade humana). Ainda assim, em que pese a análise crítica trazida no capítulo anterior a respeito da eventual superação dos ideais modernos, acreditamos que a resposta é afirmativa, até porque essa *hipótese* não nos parece inviável ou francamente descartada.

Sobre esse particular respeito, concordamos com Bauman (1998, p. 91) quando considera que:

Socialmente, a modernidade trata de padrões, esperança e culpa. [...] E sempre prometendo que o dia seguinte será melhor do que o momento atual. E sempre mantendo a promessa viva e imaculada, já que o dia seguinte será eternamente um dia depois. E sempre mesclando a esperança de alcançar a terra prometida com a culpa de não caminhar suficientemente depressa.

Arrematando, em seguida, que:

Talvez nós vivamos em uma era pós-moderna, talvez não. [...] O fim da modernidade? Não necessariamente. Sob outro aspecto, afinal, a modernidade está muito conosco. Está conosco na forma do mais definidor dos seus traços definidores: o da esperança, a esperança de tornar as coisas melhores do que são – já que elas, até então, não são suficientemente boas (BAUMAN, 1998, p. 101).

Portanto, não podemos prescindir da esperança quanto à legitimidade no exercício da atividade de apuração criminal, de modo a impedir o desrespeito generalizado e institucionalizado aos direitos fundamentais do investigado, posto que o abuso e a arbitrariedade praticados justamente pelos agentes estatais que deveriam se encarregar de resguardá-los – o que se mostra ainda mais insuportável – fomenta fortemente a sensação de crise da ordem jurídico-constitucional, agravando a desordem social.

Assim, deve se evitar a qualquer custo a degeneração da investigação criminal e, em sentido amplo, da persecução penal, o que já era apontado por Francesco Carnelutti (2012, p. 69) como sendo um dos sintomas mais graves de uma civilização em crise, asseverando que: “o desrespeito ao acusado, senão o mais grave, pelo menos, é o mais evidente dos sintomas da crise”.

Superada a reflexão sobre a justificação externa, no que concerne ao exercício do poder de investigar, é importante ser destacado que o garantismo demanda função balizadora desempenhada pelos direitos fundamentais, os quais devem permear todo o exercício da investigação, ditando-lhe os seus rumos, com o objetivo de lhe conferir legitimidade.

É claro, no entanto, que não se pode conceber que apenas algumas espécies de direitos fundamentais possam desempenhar tal função. Ao contrário, toda sorte de direitos fundamentais devem incidir sobre a atividade investigativa, sejam eles liberdades individuais clássicas (como o direito à privacidade e o direito à segurança jurídica), direitos sociais, econômicos e culturais (como o direito à segurança pública), direitos difusos e coletivos (como o direito à informação e ao meio ambiente, que abrange o meio ambiente digital⁷⁰) e, até mesmo, direitos de quarta geração (como o direito de não ser vigiado por agentes do Estado, por empresas privadas e por pessoas⁷¹).

⁷⁰ Greice Patrícia Fuller (2017, p. 132) recorda que os aspectos do meio ambiente compreendem didaticamente: a) meio ambiente natural; b) meio ambiente artificial; c) meio ambiente do trabalho; d) meio ambiente cultural, sendo possível falar-se, nos dias de hoje, em meio ambiente digital em face da sociedade da informação como um novo aspecto do meio ambiente holisticamente considerado.

⁷¹ Alexandre Assunção e Silva (2017, p. 27) indica o 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”.

Uma conclusão importante do que acabou de ser mencionado é que a concepção de garantismo não significa desprezo ou incompatibilidade com a *eficiência*, já que uma investigação será garantista quando buscar atender todos os direitos fundamentais, não somente aqueles que resguardam preponderantemente as liberdades individuais (como a privacidade), mas também aqueles que protegem a coletividade (como a segurança pública). Portanto, estes vetores (garantismo e eficiência) não se opõem em uma visão contemporânea, não se concebendo um processo penal eficiente sem garantismo (FERNANDES, 2010, p. 19).

Ainda nessa esteira, a eficiência é relacionada à utilidade do resultado do processo (abrangendo, em sentido lato, a investigação), sendo considerada, segundo Antonio Scarance Fernandes (2008, p. 25), como “a capacidade de um ato, de um meio de prova, de um meio de investigação, de gerar o efeito que dele se espera”. Por seu turno, o garantismo, para o mesmo jurista (2008, p. 16), é entendido como “a efetivação do devido processo legal nos prismas subjetivo e objetivo, como garantia das partes, essencialmente do acusado, e como garantias do justo processo”. Trata-se, pois, de um limite moral ao efeito prático buscado na concepção do meio. Em síntese, o binômio *eficiência-garantismo*, no processo penal, reflete a imprescindibilidade de se equilibrar os direitos fundamentais (como liberdade e segurança), de sorte que a persecução penal somente será, ao mesmo tempo, eficiente e garantista, se alcançar, dentro de um prazo razoável, um resultado justo, no sentido de aplicação do direito punitivo com a observância dos meios essenciais para a defesa da liberdade do acusado (FERNANDES, 2005, p. 40)⁷².

Ademais, não se trata de restringir os poderes constitucionalmente previstos aos órgãos de persecução de se investigar infrações penais, mas sim, conferir parâmetros constitucionais, edificados no fundamento da *dignidade humana*, como derivado direto do garantismo, para uma apuração justa, equilibrada e adequada dos fatos.

Atribuído ao pensamento iluminista, como expressado por Immanuel Kant (1724-1804), segundo o qual o ser humano existe como um fim em si mesmo, nunca como um meio para a realização de vontades alheias⁷³, claro é que a dignidade humana

⁷² No próximo capítulo, aprofundaremos o enfoque sobre a efetividade da investigação criminal, apenas desejamos ressaltar, por ora, que não há qualquer incompatibilidade entre eficiência e garantismo no processo penal.

⁷³ Para aprofundar, conferir: KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Trad. Edson Bini. Bauru: Edipro, 2003.

consiste em valor intrínseco a cada indivíduo, pela simples condição inerente de ser humano.

A dignidade da pessoa humana deve ser considerada como um dos pontos de sustentação do garantismo, conforme descrito na Constituição Federal da República Federativa do Brasil, no art. 1º, inciso III, constituindo um de seus fundamentos⁷⁴, impondo limites, inclusive, em relação a outros direitos fundamentais.

Nesse sentido, Ingo Wolfgang Sarlet (2004, p. 124), ao aduzir: “[...] que a dignidade da pessoa atua simultaneamente como limite dos direitos e limite dos limites, isto é, barreira última contra a atividade restritiva dos direitos fundamentais”.

Embora não seja objetivo deste trabalho discutir a fundo a distinção entre princípios e regras, é preciso pontuar que, enquanto as regras seguem a lógica do tudo ou nada, os princípios constitucionais permitem o balanceamento de interesses, de acordo com seu peso e a ponderação de outros princípios conflitantes (LOPES JÚNIOR e GLOECKNER, 2014, p. 54).

De acordo com Robert Alexy (2008, p. 103), os princípios seriam mandamentos de otimização que exigem que algo seja realizado dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes, conforme cada caso concreto. Isso quer dizer que podem ser cumpridos em diferentes graus, dependendo das condições jurídicas e fáticas que atuam em concreto. Sustenta, ainda, o autor alemão a aplicação da teoria dos princípios à teoria dos direitos fundamentais.

O que pretendemos com essa pequena digressão é deixar absolutamente claro que sobre a investigação criminal incidem direitos fundamentais de toda sorte (que prevalecem no caso concreto segundo os mecanismos de ponderação que acabamos de mencionar), sobretudo, o vetor da dignidade da pessoa humana (que serve como limite dos direitos fundamentais), funcionando como balizadores da atividade de apuração de delitos, por oferecerem parâmetros de sua atuação – e não para obstaculizar a sua efetividade.

Disso resulta a afirmada complexidade envolvendo a atuação de diversos direitos fundamentais que protegem interesses eventualmente colidentes no contexto da investigação contemporânea.

⁷⁴ Reza o art. 1º da Constituição Federal: “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: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

No entanto, o que nos parece mais relevante acentuar é que a função limitadora do poder de investigar, promovida pelos direitos fundamentais, avança e se torna mais sofisticada, em virtude das transformações operadas nas sociedades pós-moderna e informacional.

Vejam os a seguir algumas questões envolvendo o direito à privacidade e a investigação criminal.

Em relação às consequências da sociedade informacional sobre a privacidade, Liliana Minardi Paesani (2000, p. 48) aduz que:

O direito à privacidade ou direito ao resguardo tem como fundamento a defesa da personalidade humana contra injunções ou intromissões alheias. Esse direito vem assumindo, aos poucos, maior relevo, com a expansão das novas técnicas de comunicação, que colocam o homem numa exposição permanente.

Stefano Rodotà (2008, p. 15) ressalta o aspecto de preservação do controle pessoal que não pode ser eliminado no tocante à privacidade, que para ele é: “o direito de manter o controle sobre suas informações e de determinar a maneira de construir sua própria esfera particular”.

Como nenhum direito fundamental é absoluto, a depender da situação fática e jurídica concreta, a privacidade do investigado pode ser relativizada em razão do direito à segurança, para a realização de determinados atos de investigação, o que será estudado mais especificamente no capítulo seguinte.

Contudo, o que desejamos ressaltar neste momento é que, com o avanço das tecnologias, algumas situações ficam nebulosas, necessitando melhor técnica jurídica para a tutela efetiva dos direitos fundamentais.

É o caso dos metadados⁷⁵. É cediço que o *conteúdo* de conversa telefônica ou da comunicação telemática é protegido constitucionalmente⁷⁶, somente sendo permitida a interceptação, após avaliação e ordem judicial, quando a prova não puder ser feita por outros meios disponíveis⁷⁷. Entretanto, os metadados atinentes à conversa telefônica (que se referem, por exemplo, ao tempo de duração da conversa, às datas de início e de término da chamada, aos números telefônicos dos interlocutores, etc.) revelam,

⁷⁵ Os metadados são dados sobre outros dados. Segundo o Wikipédia, “um item de um metadado pode dizer do que se trata aquele dado, geralmente uma informação inteligível por um computador. Os metadados facilitam o entendimento dos relacionamentos e a utilidade das informações dos dados”. Disponível em: <<https://pt.wikipedia.org/wiki/Metadados>>. Acesso em: 22 nov. 2018.

⁷⁶ V. art. 5º, XII, da Constituição Federal.

⁷⁷ V. art. 2º da Lei 9.296/96.

inegavelmente, muita informação sobre nós, mesmo não se tratando do conteúdo do que foi conversado.

O norte-americano Bruce Schneier, especialista em segurança computacional, em sua recente obra *Data and Goliath: the hidden battles to collect your data and control your world* (2015)⁷⁸, aborda o fenômeno da vigilância em massa⁷⁹, analisando como as empresas privadas estão invadindo a privacidade de todos, com o objetivo de obtenção de lucro, ao mesmo tempo em que os governos também assim o fazem por supostas preocupações de segurança.

Este autor cita um interessante estudo da Universidade de Stanford (*Stanford University*), em que foram analisados os metadados telefônicos de 500 voluntários por alguns meses. O resultado dos pesquisadores é surpreendente, tendo em vista à natureza personalíssima do que foi deduzido somente com estes metadados, sendo válida a citação:

Participant A communicated with multiple local neurology groups, a specialty pharmacy, a rare-condition management service, and a hotline for a pharmaceutical used solely to treat relapsing multiple sclerosis.

Participant B spoke at length with cardiologists at a major medical center, talked briefly with a medical laboratory, received calls from a pharmacy, and placed short calls to a home reporting hotline for a medical device used to monitor cardiac arrhythmias.

Participant C made a number of calls to a firearms store that specializes in the AR semiautomatic rifle platform, and also spoke at length with customer service for a firearm manufacturer that produces an AR line.

In a span of three weeks, Participant D contacted a home improvement store, locksmiths, a hydroponics dealer, and a head shop.

Participant E had a long early morning call with her sister. Two days later, she placed a series of calls to the local Planned Parenthood location. She placed brief additional calls two weeks later, and made a final call a month after.

That's a multiple sclerosis sufferer, a heart attack victim, a semiautomatic weapons owner, a home marijuana grower, and someone who had an abortion, all from a single stream of metadata (SCHNEIER, 2015, p. 21-22)⁸⁰.

⁷⁸ “Dados e Golias: as batalhas ocultas para coletar seus dados e controlar seu mundo” (tradução livre nossa). A obra em questão ainda não possui edição em português.

⁷⁹ A temática da vigilância em massa passou a ganhar grande repercussão quando, em 5 de junho de 2013, o jornalista norte-americano Glenn Greenwald, através do *The Guardian* e juntamente com vários outros jornais incluindo o *The New York Times*, *The Washington Post*, *Der Spiegel*, fizeram a publicação das revelações de Edward Snowden a respeito da vigilância global americana que inclui inúmeros programas de vigilância eletrônica ao redor do mundo, executados pela NSA (*National Security Agency*), com participação das grandes empresas de tecnologias sediadas naquele país (Google, Facebook, Microsoft, Cisco, AT&T entre outras). Um dos primeiros programas revelados foi o chamado PRISM. Para aprofundamento, conferir: GREENWALD, Glenn. **No place to hide: Edward Snowden, the NSA, and the U.S. Surveillance State**. New York: Metropolitan Books, 2014.

⁸⁰ “O participante A comunicou-se com vários grupos locais de neurologia, uma farmácia especializada, um serviço de gerenciamento de condições raras e uma linha direta para um produto farmacêutico usado exclusivamente para tratar a esclerose múltipla recidivante. O participante B falou longamente com

Como visto, sem o mínimo conhecimento do conteúdo da comunicação, é possível – somente com os metadados – produzir uma investigação aprofundada sobre alguém.

Curiosamente, após as revelações de Edward Snowden que expuseram o programa de vigilância norte-americano, uma das primeiras defesas do governo desse país foi alegar que a NSA não violava o *conteúdo* das comunicações, apenas coletava metadados (SCHNEIER, 2015, p. 20).

Logo, verificamos a necessidade de que haja uma sofisticação do sistema de garantias e direitos fundamentais, para abranger situações novas e complexas como a mencionada, para se evitar o aniquilamento das liberdades fundamentais frente ao agigantamento do Estado, que se torna vigiador e controlador.

Gilles Deleuze (2013, p. 219, grifo do autor), ao refletir sobre o tema da vigilância, pondera que estamos vivendo em sociedades de controle:

Entramos em sociedades de ‘controle’, que já não são exatamente disciplinares. Foucault é com frequência considerado como o pensador das sociedades de disciplina, e de sua técnica principal, o *confinamento* (não só o hospital e a prisão, mas a escola, a fábrica, a caserna). Porém, de fato, ele é um dos primeiros a dizer que as sociedades disciplinares são aquilo que estamos deixando para trás, o que já não somos. Estamos entrando nas sociedades de controle, que funcionam não mais por confinamento, mas por controle contínuo e comunicação instantânea.

A preocupação em relação à vigilância mostra-se fundamental, haja vista essa potencial fragilização da privacidade vivenciada, sobretudo, em tempos de redes sociais. A preocupação excessiva com segurança na sociedade acaba por conferir ares de legitimidade ao aumento significativo da vigilância, havendo, paradoxalmente, mais

cardiologistas de um importante centro médico, conversou brevemente com um laboratório médico, recebeu ligações de uma farmácia e fez breves telefonemas para uma linha direta de um dispositivo médico usado para monitorar arritmias cardíacas. O participante C fez várias ligações para uma loja de armas de fogo especializada na plataforma de rifles semiautomáticos (AR), e também falou longamente com o atendimento ao cliente para um fabricante de armas de fogo que produz uma linha de AR. Em um período de três semanas, o participante D contactou uma loja de produtos para casa, serralheiros, um revendedor de hidroponia e uma *head shop* (loja de artigos relacionados ao consumo de *cannabis*, fumo e outras substâncias psicoativas). A participante E fez uma longa ligação matinal com a irmã. Dois dias depois, ela fez uma série de ligações para o escritório local da *Planned Parenthood* (a Federação de Paternidade Planejada da América é uma organização sem fins lucrativos que fornece cuidados de saúde reprodutiva nos Estados Unidos e em todo o mundo). Ela fez breves telefonemas adicionais duas semanas depois e fez uma ligação final um mês depois. Isso é um sofredor de esclerose múltipla, uma vítima de ataque cardíaco, um proprietário de armas semiautomáticas, um produtor caseiro de maconha e alguém que fez um aborto, tudo a partir de um único fluxo de metadados” (tradução livre e parênteses explicativos nossos).

sensação de insegurança. Na obra *Vigilância Líquida*, é o que observa Zygmunt Bauman, em entrevista com David Lyon:

Esse é o paradoxo de nosso mundo saturado de dispositivos de vigilância, quaisquer que sejam seus pretensos propósitos: de um lado, estamos mais protegidos da insegurança que qualquer geração anterior; de outro, porém, nenhuma geração anterior, pré-eletrônica, vivenciou os sentimentos de insegurança como experiência de todos os dias (e de todas as noites) (BAUMAN e LYON, 2013, p. 100).

Por tudo o que foi exposto, é possível concluir neste capítulo que a investigação criminal caminha avançando no sentido do *humanismo*, haja vista que é exercida diante de complexos dilemas envolvendo direitos fundamentais de todos os matizes, havendo necessidade de harmonizá-los nas situações concretas.

Disso resulta na imprescindibilidade de que a investigação criminal – qualquer que seja a sua feição atual ou que venha a assumir no futuro – deve se manter, no plano jurídico, balizada e limitada pelo sistema de promoção dos direitos fundamentais em relação aos indivíduos a ela submetidos, não havendo contradição entre efetividade e garantismo.

E, portanto, esse sistema passa a ser cada vez mais sofisticado, refreando os excessos do poder de investigar advindos dos avanços técnico-científicos, sem comprometer a sua efetividade, porém, de modo a contemplar as situações complexas que são observadas no contexto das sociedades informacional e pós-moderna.

3. DA EFETIVIDADE DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL CONTEMPORÂNEA

Neste último capítulo do trabalho, buscamos trazer reflexões sobre a efetividade da investigação criminal contemporânea, analisando pontualmente alguns dos principais meios, instrumentos e recursos que têm sido aplicados à atividade de apuração de delitos contemporânea, tanto sob a ótica da potencialização de sua eficiência (relação meio-fim), quanto à luz das questões suscitadas envolvendo as tensões entre direitos fundamentais em situações específicas.

Serão analisados, na primeira parte, meios de obtenção de provas e técnicas de investigação, como a pesquisa em fontes abertas, acesso a dados cadastrais, a requisição de sinais para a localização de pessoas, o rastreamento de veículos e objetos, o acesso de dados em celulares e a cooperação jurídica internacional, sempre tendo em vista o binômio *efetividade-garantismo*.

Na segunda parte, serão abordados aspectos atinentes à informatização como suporte da atividade investigativa, o que também conduz à melhora de sua eficiência, trazendo-se como exemplos alguns *softwares* utilizados na atuação da Polícia Civil de São Paulo, inclusive o inquérito policial eletrônico, integrado ao processo judicial eletrônico.

O propósito deste capítulo é analisar especificidades e particularidades da investigação contemporânea à luz das sociedades pós-moderna e informacional, que decorrem, dentro da metodologia proposta, do panorama geral estudado nos capítulos anteriores.

3.1 Considerações preliminares sobre eficiência, eficácia e efetividade

A eficiência “expressa a capacidade, a força, o poder de algo que o leva a produzir um efeito” (FERNANDES, 2008, p. 18). Como expressa Fábio Ramazzini Bechara (2009, p. 19), “eficiência é fazer bem as coisas”. Sobre a criteriosa distinção entre eficiência, eficácia e efetividade, merece transcrição a síntese do mencionado autor:

Assim, por eficiência entender-se-á a aptidão para um resultado; por eficácia entender-se-á a obtenção do resultado; por efetividade entender-se-á a qualidade externa que se projeta para além do resultado (BECHARA, 2009, p. 19).

Da mesma forma, vale trazer a lição de Fillipe Azevedo Rodrigues (2014, p. 181, grifos do autor), para quem:

[...] não se deve confundir eficiência com os conceitos de eficácia e efetividade, de conteúdos mais restritos. Enquanto a eficiência se preocupa com a relação ótima de custos-benefícios para o alcance do resultado programado, a eficácia limita-se à obtenção do resultado devido e a efetividade restringe-se à repercussão da decisão política na comunidade demandante.

Acrescenta, ainda, o citado autor que:

Além do que já foi esclarecido sobre eficácia e efetividade, embora não se confundam com eficiência, são elementos que a compõem. De um lado, a eficácia representa a estipulação dos resultados jurídicos (corretos) a serem alcançados, a partir dos demais elementos – tal qual a economicidade. De outro lado, a efetividade preocupa-se com as repercussões supervenientes na sociedade, permitindo um diagnóstico da concretização de todos os demais elementos, a fim de otimizar a política, o programa ou o projeto públicos, ou tornando-os ainda mais eficientes (RODRIGES, 2014, p. 196, grifos do autor).

Das definições apresentadas, percebemos que o conceito de eficiência tem um caráter *analógico*, o que significa que pode haver mais ou menos eficiência. O conceito de eficácia, por sua vez, tem um cunho *digital* ou *binário*, significando que há ou não há eficácia. Já a noção de efetividade, por fim, traz um aspecto *perceptivo*, o que significa que há repercussão, comprovação ou observação positiva dos resultados alcançados, uma percepção subjetiva de qualidade externa projetada para além dos resultados obtidos.

Na síntese de Alvacir Correa dos Santos (apud RODRIGUES, 2014, p. 181, grifos do autor), “avaliar *eficiência* é saber como aconteceu (e como pode acontecer melhor); a *eficácia*, o que aconteceu; a *efetividade*, que diferença fez”.

Trazendo esses conceitos para a investigação criminal, de início ressaltamos que, como toda atividade desempenhada pela administração pública, a atividade de apuração dos delitos – parte da política de segurança pública do Estado – está sujeita à integral disciplina jurídico-constitucional, devendo cumprir, inclusive, o princípio da eficiência, consagrado na Constituição da República desde a Emenda Constitucional 19, de 1998, que o previu expressamente no *caput* do artigo 37.

A respeito da eficiência, José Afonso da Silva (2006, p. 671, grifo do autor) adverte que esta: “não é um conceito jurídico, mas econômico; não qualifica normas; qualifica atividades”. Enfatizando a ideia de custo-benefício verificado em uma dada atividade, prossegue: “[...] *eficiência* significa fazer acontecer com racionalidade, o que implica medir os custos que a satisfação das necessidades públicas importam em relação ao grau de utilidade alcançado” (SILVA, 2006, p. 671, grifo do autor). No mesmo sentido, Hely Lopes Meirelles (2007, p. 96), relacionando a eficiência à atividade, leciona que aquela exige que esta “seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional”.

Vale ressaltar que o princípio da eficiência é dotado de normatividade suficiente para, na condição de princípio jurídico-político, vincular as atividades da administração pública, impondo-lhe, como corolário do princípio da prossecução do interesse público e decorrente da própria ideia de dignidade da pessoa humana, um verdadeiro dever de otimização das relações meio-fim e de orientação para o bem comum (BATISTA JÚNIOR, 2004, p. 130).

Todavia, é importante lembrar que, embora as raízes do conceito de eficiência estejam no campo da ciência da Administração, na seara jurídica, não se confunde com mera economicidade. Conforme Wilson Rocha de Almeida Neto, citado por Aragão (2015, p. 45, grifos nossos):

É por não se limitar a uma mera análise quantitativa que a eficiência, no campo jurídico, apresenta singularidades. Muitas vezes, um determinado ato conquanto tenha causado prejuízos para a administração, não pode ser rotulado de ineficiente se, nas circunstâncias fáticas em que foi praticado, assegurou concretamente a dignidade da pessoa humana ou satisfaz necessidades coletivas. É por estar orientado também para o bem comum e permeado pelo valor fundamental da dignidade da pessoa humana que o princípio, quando inserido no sistema de valores constitucionais, ganha conteúdo próprio, para além de uma abordagem meramente econômica.

De acordo com Antonio Scarance Fernandes (2008, p. 24), deve-se distinguir a eficiência *do* processo penal e a eficiência *no* processo penal, que também se aplica perfeitamente à investigação criminal. A eficiência *do* processo penal levaria em conta a eficiência na atuação dos sujeitos processuais (no caso da investigação, na atuação da autoridade policial) e a eficiência dos atos que compõem o procedimento, “quando vistos principalmente na sequência que devem seguir” (FERNANDES, 2008, p. 24). A eficiência *no* processo penal seria “a capacidade de um ato, de um meio de prova, *de um*

meio de investigação, de gerar o efeito que dele se espera” (FERNANDES, 2008, p. 25, grifo nosso).

O autor exemplifica a ideia em relação aos meios de investigação:

Por outro lado, a eficiência de um meio de investigação que tem como finalidade buscar uma fonte de prova será medida em razão de sua capacidade de propiciar a descoberta da fonte (FERNANDES, 2008, p. 25).

A análise da eficiência implica, por conseguinte, na verificação do resultado positivo do ato realizado. Trazendo essa noção para o processo penal, significa que um ato de investigação ou processual gerou o efeito que dele se espera.

Logo, a eficiência da investigação criminal pode ser mensurada quando necessariamente houver a maior correspondência possível entre os resultados obtidos e os seus fins esperados, vale dizer, quando houver o devido esclarecimento, quantitativo e qualitativo, da autoria delitiva e das circunstâncias afetas às infrações penais ocorridas em determinado período de tempo e em determinada circunscrição ou base territorial.

Ademais, a obtenção de elementos sobre a prática de um ato ilícito deve ser célere, sob pena de não se prestar mais ao fim pretendido, por não serem mais encontrados.

Por outro lado, um elemento probatório colhido durante uma investigação criminal tem como objetivo a instrução processual penal e, para tanto, é preciso obedecer rigorosamente ao devido processo legal em sua coleta, respeitando os direitos fundamentais do investigado e, sobretudo, o fundamento maior da dignidade da pessoa humana, sob pena de não se atingir o fim almejado, pois provas ilícitas não podem ser utilizadas no processo⁸¹.

Em síntese, o binômio *efetividade-garantismo* no processo penal traduz-se na necessidade de se balancear adequadamente os direitos fundamentais à liberdade e à segurança. Desse modo, a persecução penal será efetiva e garantista, se atingir, em prazo razoável, um resultado justo, consistente na atuação do direito punitivo, com a observância dos meios essenciais para a defesa da liberdade do acusado (FERNANDES, 2005, p. 40).

⁸¹ V. art. 5º, LVI, da Constituição Federal: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

3.2 Principais técnicas, instrumentos e meios de obtenção de provas que potencializam a investigação criminal contemporânea

Abordaremos nesta parte do trabalho as técnicas de investigação, os meios de obtenção de provas e os instrumentos à disposição do Estado-Investigador que foram mencionados ao longo do estudo – ilustrativos da feição contemporânea da investigação criminal, com foco sobre as questões relacionadas à efetividade da investigação e as tensões envolvendo direitos fundamentais, como o direito à segurança e o direito à privacidade.

Entre os meios de obtenção de provas relacionados à investigação criminal contemporânea, que se distinguem dos meios tradicionais ou convencionais, é muito ilustrativo o rol previsto na Lei 12.850, de 2 de agosto de 2013, que versa sobre a repressão às organizações criminosas:

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 criminal⁸².

É fácil observar que boa parte dos meios de obtenção de provas do rol acima está relacionada aos avanços tecnológicos (v.g., captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos e acústicos, acesso a registros telefônicos e telemáticos, acesso a dados constantes de bancos de dados e interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas)⁸³.

⁸² BRASIL. **Lei 12.850, de 2 de agosto de 2013**. DOU, Brasília, DF, 05/08/2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm>. Acesso em: 21 nov. 2018.

⁸³ Para aprofundamento no tocante à influência dos meios tecnológicos sobre as provas no processo penal, conferir: CARVALHO FILHO, Eduardo Henrique de. **A persecução penal nos delitos informáticos**. 2013. 175 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdades Metropolitanas Unidas, São Paulo, 2013.

O que se tem observado no âmbito do processo penal contemporâneo é que os recursos tecnológicos vêm sendo incorporados paulatinamente, e a sua utilização vem sendo realizada livremente pelos órgãos da Polícia Judiciária, consoante o poder discricionário de suas autoridades policiais, porém, havendo necessidade de relativização do direito à privacidade, busca-se a autorização judicial, como nos casos de busca e apreensão domiciliar⁸⁴, interceptação telefônica ou telemática⁸⁵ e quebra de sigilo financeiro⁸⁶.

Entretanto, como restou claro no capítulo anterior, esta linha está cada vez mais difícil de demarcar, tornando o cenário cada vez mais cinzento. A legislação vai ficando desatualizada e não contempla as transformações sociais na velocidade desejada e, assim, as diversas situações concretas (que serão analisadas nos próximos segmentos) propiciam profundos questionamentos nos tribunais, corroborando a ideia da exigência de um sistema de garantias para a proteção de direitos fundamentais cada vez mais refinado e sofisticado, compatível com a era informacional.

3.2.1 Pesquisa em fontes abertas e acesso a dados cadastrais

Já foi destacado no primeiro capítulo, com o aporte teórico visto em Beck (2011), que os diversos avanços tecnológicos – em áreas como a informática e a telecomunicação – produziram inúmeras comodidades para os seus usuários, porém, ao mesmo tempo, trouxeram riscos reflexivos, por vezes não previstos e, certamente, indesejados. Exemplificativamente, o uso cada vez mais corriqueiro da *Internet* viabilizou a aproximação de pessoas em seus relacionamentos, com o compartilhamento instantâneo de informações entre indivíduos a milhares de quilômetros de distância, tal como observado pela popularização das redes sociais (*Facebook*, *Whatsapp*, *Instagram* e outras), sem que tais benefícios, todavia, não deixassem de cobrar um preço muito caro aos seus usuários.

Como efeito indesejado bem evidente temos a superexposição pessoal que se verifica nas mais diversas atividades envolvendo a *Internet*, como o uso intenso das

⁸⁴ V. art. 5º, XI, da Constituição Federal e art. 240 do Código de Processo Penal.

⁸⁵ V. art. 5º, XII, da Constituição Federal e Lei 9.296/96.

⁸⁶ V. art. 5º, X, da Constituição Federal e Lei Complementar 105/2001.

redes sociais, nas compras *on-line*, ou mesmo na simples navegação em *sites* que coletam os mais variados dados pessoais⁸⁷.

Não é demais afirmar que de todos os direitos fundamentais em uma sociedade em que a informação e o fenômeno da superexposição pessoal assumem claro protagonismo, a garantia ao sigilo em face do direito de privacidade se revela mais essencial que nunca, como forma de impedir que o indivíduo se torne vítima, ou mesmo refém, de sua própria intimidade. Isso porque qualquer mensagem compartilhada, qualquer assunto pesquisado na *Internet*, ou “curtido” nas redes sociais, torna a pessoa passível de mercantilização⁸⁸, ou mesmo objeto de investigação alheia.

Bruce Schneier (2000, p. 33), especialista norte-americano em segurança computacional, assim descreve os riscos a que todos se expõem com a coleta de seus dados pessoais, o que permite a construção de um elaborado dossiê sobre qualquer indivíduo:

Recently, more and more data is being collected and saved, both because data collection is cheaper and because people leave more electronic footprints in their daily lives. More of it is being collected and cross-correlated. And more of it is available online. The upshot is that it is not difficult to collect a detailed dossier on someone⁸⁹.

Demi Getschko (2015, p. 68) salienta, nessa linha, alguns aspectos quanto à proteção da privacidade na *Internet*:

A Internet funciona baseada em protocolos bem definidos, usando a numeração IP (Internet Protocol) para a identificação de todos seus integrantes. Na prática isso se reflete no poder de monitorar ampla e continuamente o que se passa nela, já que tudo ocorre de acordo com seus protocolos e pode ter seus passos meticulosamente registrados. Se há intenção de preservar alguma privacidade dos usuários da rede e evitar que todas suas interações sejam registradas, isso deve ser conseguido por procedimentos técnicos nas bordas da rede (por exemplo, com o uso de criptografias nas mensagens pelos usuários), ou por normas éticas, morais ou legais.

⁸⁷ Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/tec/2017/10/1928985-rastro-deixado-na-internet-inclui-de-nome-da-mae-a-preferencias-amorosas.shtml>>. Acesso em: 21 nov. 2018.

⁸⁸ Stuart Summers (2016, p. 4), em seu livro *You: for sale – protecting your personal data and privacy online* (Você: à venda – protegendo seus dados pessoais e privacidade *on-line*, em tradução livre nossa) explica que os serviços aparentemente gratuitos que são utilizados *on-line* não são, na verdade, gratuitos. Segundo o autor, a remuneração se dá com os dados pessoais, que podem, facilmente, ser violados e explorados.

⁸⁹ “Recentemente, mais e mais dados estão sendo coletados e armazenados, tanto porque a coleta de dados está mais barata quanto porque as pessoas deixam mais pegadas eletrônicas em suas vidas cotidianas. Mais disso está sendo coletado e correlacionado. E mais disso está disponível online. O resultado final é que não é difícil elaborar um dossiê detalhado a respeito de alguém” (tradução livre nossa).

Semelhante conclusão chega Lawrence Lessig (1999, p. 157), para quem a questão da privacidade na *Internet* deve priorizar soluções baseadas na arquitetura do ciberespaço, que chama de “código” (como o uso da criptografia) sobre as regulações convencionais, como as jurídicas:

Remember the problem: systems that can invade, or search, without anyone knowing or being disturbed. To this (and any) problem, we might imagine two sorts of solutions. One solution is code-based: make it harder to search effectively. The other solution is law-based: add legal protections to inhibit improper searches. I consider the code-based solution first, since it is the more familiar and more easily summarized⁹⁰.

Por tais razões, a tutela jurídica da coleta e tratamento de dados pessoais tem sido foco de preocupação no mundo e, como não podia deixar de ser, também acabou ocorrendo no Brasil, recentemente com o advento da Lei 13.709, de 14 de agosto de 2018⁹¹, denominada “Lei de Proteção de Dados Pessoais”, que regulamentou o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural, como se observa de seu art. 1º.

Todavia, a Lei de Proteção de Dados Pessoais não se aplica especificamente para certas situações, inclusive ao tratamento de dados para fins de investigação criminal: “Art. 4º Esta Lei não se aplica ao tratamento de dados pessoais: [...] III - realizado para fins exclusivos de: [...] d) atividades de investigação e repressão de infrações penais”.

Independentemente da coleta e tratamento de dados por empresas, até mesmo as condutas deliberadas de hiperexposição por parte do indivíduo, como as postagens de comentários e fotografias em redes sociais, versando sobre eventos, viagens, festas, ambiente familiar, profissional, etc., tornam ele vulnerável, pois tais informações

⁹⁰ “Lembre-se do problema: sistemas que podem invadir ou buscar, sem que ninguém saiba ou seja perturbado. Para este (e qualquer) problema, podemos imaginar dois tipos de soluções. Uma solução é baseada em código: dificultar a busca de forma eficaz. A outra solução é baseada na lei: adicionar proteções legais para inibir buscas indevidas. Eu considero a solução baseada em código primeiro, já que é a mais familiar e mais fácil de ser resumida” (tradução livre nossa).

⁹¹ BRASIL. **Lei 13.709, de 14 de agosto de 2018**. DOU, Brasília, DF, 15.08.2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm>. Acesso em: 22 ago. 2018.

acabam sendo usadas em seu desfavor, por exemplo, como provas em eventual processo de qualquer natureza⁹².

No que concerne à investigação criminal, a pesquisa em fontes abertas na *Internet* – que não exige obtenção de autorização judicial como em outras medidas que afetam a privacidade (a exemplo da interceptação telemática, que será vista adiante) – configura uma importante técnica investigativa⁹³ à disposição de agentes estatais para a obtenção de informações relevantes para a reconstrução do fato criminoso, haja vista que tais informações estão disponíveis para qualquer pessoa na rede mundial de computadores, não havendo – como se costuma afirmar no direito norte-americano – razoável expectativa de privacidade sobre elas.

A expressão *reasonable expectation of privacy* (“expectativa razoável de privacidade”) foi criada pela jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos da América⁹⁴ para a exigência de mandado judicial, servindo como parâmetro, a fim de relativizar as inviolabilidades relacionadas à privacidade, previstas na quarta emenda à Constituição norte-americana⁹⁵.

Não são raros os exemplos de crimes sendo esclarecidos por meio de pesquisas em fontes abertas, sendo muito comum o encontro de diversos “rastros digitais” deixados no ciberespaço pelos próprios criminosos.

Apenas para ilustração citamos o caso ocorrido em outubro de 2015, envolvendo uma jovem na Flórida, nos Estados Unidos da América, chamada Whitney Beall, que estava se gabando de estar bêbada e dirigindo. Ela forneceu um vídeo ao vivo

⁹² Há casos como a revogação de pensão alimentícia em razão de postagens do ex-cônjuge em redes sociais sobre novos relacionamentos e ostentação de condição financeira diversa da declarada no processo. Disponível em: <<https://universa.uol.com.br/noticias/redacao/2017/11/29/pensao-recebida-por-mulher-apos-divorcio-e-revogada-na-justica.htm>>. Acesso em: 22 nov. 2018.

⁹³ Emerson Wendt e Higor Vinicius Nogueira Jorge (2012, p. 95) orientam o procedimento de investigação, por exemplo, no caso de postagem ofensiva em redes sociais: “O ideal é que a vítima, ou os policiais que primeiro atenderem a ocorrência, tenha por hábito registrar as informações e apresentar o endereço onde o conteúdo ofensivo foi publicado. Se possível, esta atividade deve ser executada por um Escrivão de Polícia, tendo em vista que possui fé-pública e pode acessar o conteúdo, promover a sua impressão, incluindo sites, redes sociais ou e-mails que tenham relação com as informações criminosas encontradas e, em seguida, emitir uma Certidão sobre esses dados”.

⁹⁴ Confira-se, entre outros, o precedente *Katz vs. Estados Unidos da América*, do ano de 1967. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/389/347/>>. Acesso em: 26 nov. 2018.

⁹⁵ A quarta emenda assim dispõe: “The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized” (“O direito do povo à inviolabilidade de suas pessoas, casas, papéis e haveres, contra busca e apreensão arbitrárias, não será violado, e nenhum Mandado será expedido, a não ser mediante causa provável, fundado em Juramento ou declaração, e particularmente descrevendo o lugar a ser buscado e a indicação das pessoas ou coisas a serem apreendidas”). Disponível em: <<http://constitutionus.com/>>. Acesso em: 21 nov. 2018.

na plataforma de mídia social *Periscope*. Depois que os policiais locais assistiram Beall nas mídias sociais, ela foi presa por dirigir embriagada⁹⁶.

No tocante ao acesso de dados cadastrais, constitui inegavelmente outra importante técnica de investigação criminal. Os dados cadastrais são informações de qualificação a respeito da pessoa, como nome, filiação, data de nascimento, endereço, número de telefone e outras que a identificam no meio social e que são utilizadas em diversas situações, desde a contratação de produtos e serviços junto a empresas, até nas relações com órgãos públicos quando do cumprimento de exigências fiscais.

Tércio Sampaio Ferraz Júnior (1993, p. 449) aduz que dados cadastrais não são protegidos pelo sigilo sob o argumento de que a vida privada não é exposta:

Pelo sentido inexoravelmente comunicacional da convivência, a vida privada compõe, porém, um conjunto de situações que, usualmente, são informadas sem constrangimento. São dados que, embora privativos - como o nome, endereço, profissão, idade, estado civil, filiação, número de registro público oficial, etc. -, condicionam o próprio intercâmbio humano em sociedade, pois constituem elementos de identificação que tornam a comunicação possível, corrente e segura. Por isso, a proteção desses dados em si, pelo sigilo, não faz sentido. [...] Dito de outro modo, os elementos de identificação só são protegidos quando compõem relações de convivência privativas: a proteção é para elas, não para eles. Em consequência, simples cadastros de elementos identificadores (nome, endereço, R.G., filiação, etc.) não são protegidos.

Como os dados cadastrais não estão protegidos por sigilo, não se exige autorização judicial para o seu acesso. A requisição de dados cadastrais pela autoridade policial, como medida de investigação, está expressamente prevista: na Lei 9.613/98 (art. 17-A), que trata sobre os crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores⁹⁷, na Lei 12.850/13 (art. 15), que se refere às organizações criminosas⁹⁸, na Lei 12.830/13 (art. 2º, § 2º), que dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia⁹⁹, e também na Lei 13.344/16 (que acrescentou o art. 13-A ao

⁹⁶ Disponível em: <<https://www.policione.com/police-products/investigation/Investigative-Software/articles/290047006-Thinking-outside-the-box-Police-use-of-social-media-to-catch-criminals/>>. Acesso em: 22 nov. 2018.

⁹⁷ Art. 17-B. A autoridade policial e o Ministério Público terão acesso, exclusivamente, aos dados cadastrais do investigado que informam qualificação pessoal, filiação e endereço, independentemente de autorização judicial, mantidos pela Justiça Eleitoral, pelas empresas telefônicas, pelas instituições financeiras, pelos provedores de internet e pelas administradoras de cartão de crédito.

⁹⁸ 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.

⁹⁹ § 2º Durante a investigação criminal, cabe ao delegado de polícia a requisição de perícia, informações, documentos e dados que interessem à apuração dos fatos.

Código de Processo Penal), que disciplina medidas de prevenção e repressão ao tráfico interno e internacional de pessoas¹⁰⁰.

3.2.2 *Obtenção de informações relativas à localização de pessoas, veículos, telefones celulares e outros dispositivos eletrônicos assemelhados*

Relativamente à obtenção de informações sobre a *localização* (em tempo real ou pretérita) de pessoas (vítimas ou suspeitos), veículos e objetos (telefone celulares e dispositivos eletrônicos semelhantes), não há como deixar de estabelecer, de plano, uma associação com o Grande Irmão (ou *Big Brother*, do original em inglês), personagem do livro *1984*, do escritor britânico George Orwell. A obra retrata uma distopia, um cenário ficcional de futuro sombrio, em que se consolida uma ditadura totalitária, na qual o Estado, pela figura do Grande Irmão, controlaria toda a sociedade. O Grande Irmão é uma figura que ninguém conhece, mas é onipresente: todos os cidadãos podem ver o seu rosto em “teletelas” (dispositivos bidirecionais, funcionando, simultaneamente, como televisor e câmera de vigilância), instalados em locais públicos ou nas salas das residências. Não é possível se esconder do Grande Irmão, pois, por meio das “teletelas”, ele também poderia ver o seu observador¹⁰¹.

Também não podemos dissociar da figura do Panóptico, já mencionado no primeiro capítulo, projeto arquitetônico idealizado por Jeremy Bentham e referido por Michel Foucault na obra *Vigiar e Punir*, consistindo num edifício em forma de anel, dividido em pequenas células, por meio do qual havia um pátio com uma torre em seu centro, onde figurava um vigilante. Cada cela dava ao mesmo tempo para o interior e para o exterior, em vista disso, o olhar do vigilante era capaz de atravessar toda a sua extensão, não havia pontos de sombra, de modo que tudo que era feito estava exposto ao olhar do vigilante (FOUCAULT, 2014, p. 194).

Atualmente, existem diversos sistemas de videomonitoramento em operação em diversas cidades de todo o mundo¹⁰², que possibilitam a identificação facial de

¹⁰⁰ 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.

¹⁰¹ ORWELL, George. **1984**. Trad. Alexandre Hubner e Heloisa Jahn. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

¹⁰² Segundo recente notícia do *New York Times*, com milhões de câmeras e bilhões de linhas de código, a China está construindo um futuro autoritário de alta tecnologia. Pequim está adotando tecnologias como o

pessoas e – as mais comumente utilizadas – trajetos e posicionamento de veículos (por meio da leitura das placas de identificação), alertando os operadores sobre ocorrências suspeitas e que auxiliam em investigações criminais.

Exemplo disso é o “Detecta”, utilizado no Estado de São Paulo, um sistema que reúne um conjunto de câmeras analíticas capazes de identificar atitudes suspeitas e avisar a central policial para rápido envio de guarnição policial ao local e, também, para fornecer elementos e subsídios para as autoridades públicas encarregadas de investigações. Para termos ideia do seu alcance, o sistema “Detecta” hoje monitora o Estado de São Paulo com mais de três mil câmeras de vídeo inteligentes, reunindo o maior banco de dados da América Latina para orientar operações e solucionar diferentes tipos de delitos¹⁰³.

Com o advento da Lei 13.344/16, que cria medidas de prevenção e repressão ao tráfico interno e internacional de pessoas, surge a possibilidade de a autoridade policial requisitar às empresas prestadoras de serviço de telecomunicações a disponibilização imediata dos meios técnicos adequados – como sinais, informações e outros – que permitam a localização de vítimas ou dos suspeitos de crimes relacionados ao tráfico de pessoas, tratando-se de mais um importante meio de obtenção de provas associado às inovações tecnológicas¹⁰⁴.

A lei em comento introduziu o art. 13-B ao Código de Processo Penal¹⁰⁵, que exige autorização judicial prévia à requisição, mas permite a obtenção dos sinais, em

reconhecimento facial e a inteligência artificial para rastrear 1,4 bilhão de pessoas. A ideia é montar um vasto sistema nacional de vigilância, com a ajuda de sua indústria da tecnologia. Câmeras já vigiam as estações ferroviárias em busca dos criminosos mais procurados da China. Cartazes imensos mostram o rosto de quem atravessa fora da faixa de pedestres, listando também os nomes de pessoas que não pagam as contas. Sensores de reconhecimento facial protegem os complexos habitacionais. Já se calcula que a China tenha 200 milhões de câmeras de vigilância. Disponível em: <<http://www.nytimes.com/2018/07/08/business/china-surveillance-technology.html?module=inline>>. Acesso em: 22 nov. 2018.

¹⁰³ Segundo dados oficiais do governo paulista, um balanço dos resultados do monitoramento no Estado de São Paulo indica que, no período de 2014 a 19 de abril de 2017, as imagens captadas contribuíram para a prisão de 4.731 pessoas em flagrante delito; interceptação de 3.320 veículos, apreensão de 276 armas de fogo e leitura de 20 bilhões de placas de automóveis. Na capital, durante o mesmo período, 2.942 pessoas foram detidas, 2.172 veículos interceptados e apreendidas 162 armas de fogo. Disponível em <<http://www.saopaulo.sp.gov.br/spnoticias/detecta-monitora-o-estado-de-sao-paulo-com-3-mil-cameras-de-video/>>. Acesso em: 17 abr. 2018.

¹⁰⁴ BRASIL. **Lei 13.344, de 6 de outubro de 2016**. DOU, Brasília, DF, 07/10/2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13344.htm>. Acesso em: 22 ago. 2018.

¹⁰⁵ 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.

caso de não pronunciamento judicial no exíguo prazo de 12 horas, o que tem despertado controvérsia na doutrina¹⁰⁶ e questionamento judicial quanto à sua constitucionalidade¹⁰⁷.

Na realidade, são inúmeras possibilidades de medidas a serem requisitadas com a finalidade de localização de determinada pessoa, tais como: localização de terminal ou IMEI¹⁰⁸ em tempo real, extrato de ERB¹⁰⁹, dados cadastrais de usuários de IP, os quais abrangem dados de usuário que em determinado dia, data, hora e fuso fizeram uso de um IP para acessar a *Internet*, dados cadastrais dos terminais fixos e de terminais móveis, extrato de chamadas telefônicas, extrato de mensagens de texto (SMS), serviços de agenda virtual ofertados por empresas de telefonia, dado cadastral de e-mail, e extratos de conexão de internet a partir de linha ou IP, entre outras.

Observamos, em conclusão, que a utilização de recursos tecnológicos direcionados à obtenção da localização de pessoas, objetos e veículos tem sido nota marcante da investigação contemporânea, sendo representativa da complexidade envolvendo os direitos fundamentais, haja vista a tensão verificada entre a eficiência na

§ 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.

¹⁰⁶ De acordo com Nucci (2017, p. 121), mesmo que o juiz não cumpra sua obrigação, inexistente qualquer lastro para liberar o delegado ou o promotor a vascularem a intimidade alheia, pois não pode a lei ordinária ampliar limites impostos pela Constituição Federal.

¹⁰⁷ A Associação Nacional das Operadoras Celulares (Acel) ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5642, no Supremo Tribunal Federal (STF), para impugnar dispositivos 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. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=334451>>. Acesso em: 26 nov. 2018.

¹⁰⁸ Cada celular tem um número de identificação único e global, chamado de IMEI (*International Mobile Equipment Identity*). Fazendo uma analogia, o IMEI equivale ao número de chassi de um carro, ou seja, é único para cada aparelho celular. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/celularlegal/imei>>. Acesso em: 26 nov. 2018.

¹⁰⁹ Estações Radio Base ou ERBs são equipamentos que fazem a conexão entre os telefones celulares e a companhia telefônica, ou mais precisamente a Central de Comutação e Controle (CCC). Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Esta%C3%A7%C3%A3o_Radio_Base>. Acesso em: 11 jan. 2018.

busca do direito à segurança e a possibilidade de intromissão exagerada na esfera privada dos indivíduos.

3.2.3 Acesso de dados em smartphones (interceptação telemática em aplicativos de conversação instantânea)

O acesso aos dados contidos no aparelho de telefonia móvel de pessoa suspeita (ou envolvida, de qualquer modo, na ocorrência de crime) apresenta-se, provavelmente, como um dos meios mais eficientes de obtenção de provas da investigação contemporânea.

Os avanços tecnológicos incidentes sobre as funcionalidades do telefone celular (agora chamado de *smartphone*, o que literalmente significa “telefone inteligente”) fizeram dele um repositório dinâmico e virtual da esfera privada do indivíduo, ao mesmo tempo uma preciosa fonte para a colheita de informações de interesse para a investigação e para o processo penal.

O *smartphone*, de fato, constitui uma ferramenta tecnológica muito poderosa, em virtude da multiplicação de suas funções, há muito deixando de ser um mero dispositivo básico de conversação telefônica entre duas pessoas.

No tocante à privacidade, é imperioso destacar que o *smartphone* armazena diversos aspectos da vida privada e da intimidade, como álbuns de fotografias digitais de viagens realizadas, de datas comemorativas, de lugares visitados; mensagens trocadas em aplicativos de conversação instantânea, como o *Whatsapp*; histórico de páginas visitadas pelo navegador de *Internet*; compras eletrônicas feitas em lojas virtuais; aspectos informacionais sobre a ambiência de trabalho e as relações profissionais nele mantidas etc. Se assim não bastasse, ainda acumula históricos de itinerários realizados, através de aplicativos como *Waze* ou *Googlemaps*, o que permite descobrir os lugares onde recentemente se esteve.

É certo, por tal razão, que o acesso de dados em telefone celular, mormente quando realizado diretamente pelo policial, durante a fase investigativa da persecução penal, mostra-se muito controverso nos tribunais, em virtude do direito fundamental à privacidade.

Sobre o tema havia um precedente do Supremo Tribunal Federal (HC 91.867/PA, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes), entendendo que o procedimento

era lícito pela polícia, pois a comunicação telefônica não se confunde com meros registros telefônicos, que recebem proteção jurídica distinta. Segundo o julgado:

Não se confundem comunicação telefônica e registros telefônicos, que recebem, inclusive, proteção jurídica distinta. Não se pode interpretar a cláusula do artigo 5º, XII, da CF, no sentido de proteção aos dados enquanto registro, depósito registral. A proteção constitucional é da comunicação de dados e não dos dados¹¹⁰.

Porém a mais recente decisão do Superior Tribunal de Justiça, no RHC/RO 51.531, consoante voto do Ministro Nefi Cordeiro, entendeu que o acesso direto pelo policial de determinados dados, em especial, conversas já mantidas e armazenadas no celular, configuraria prova ilícita. Confira-se o seguinte trecho do julgado:

Nas conversas mantidas pelo programa *whatsapp*, que é forma de comunicação escrita, imediata, entre interlocutores, tem-se efetiva interceptação inautorizada de comunicações. É situação similar às conversas mantidas por e-mail, onde para o acesso tem-se igualmente exigido a prévia ordem judicial¹¹¹.

De qualquer maneira, o acesso de dados em *smartphones*, mesmo com a exigência de obtenção de autorização judicial, por meio da interceptação telemática, disciplinada pela já citada Lei 9.292/96¹¹², configura meio de obtenção de prova relevante e que confere efetividade à investigação criminal contemporânea, havendo provável tendência de vir a ser mais utilizado que a interceptação telefônica, devido às mudanças sociais recentes, em que as pessoas passam a utilizar aplicativos como o *Whatsapp*, em detrimento das chamadas de voz convencionais.

¹¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 91.867/PA**. Relator Ministro Gilmar Mendes. DJe 20/09/2012. HABEAS CORPUS. NULIDADES: (1) INÉPCIA DA DENÚNCIA; (2) ILICITUDE DA PROVA PRODUZIDA DURANTE O INQUÉRITO POLICIAL; VIOLAÇÃO DE REGISTROS TELEFÔNICOS DO CORRÊU, EXECUTOR DO CRIME, SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL; (3) ILICITUDE DA PROVA DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS DE CONVERSAS DOS ACUSADOS COM ADVOGADOS, PORQUANTO ESSAS GRAVAÇÕES OFENDERIAM O DISPOSTO NO ART. 7º, II, DA LEI 8.906/96, QUE GARANTE O SIGILO DESSAS CONVERSAS. VÍCIOS NÃO CARACTERIZADOS. ORDEM DENEGADA. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2792328>>. Acesso em: 26 nov. 2018.

¹¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RHC/RO 51.531**. Relator Ministro Nefi Cordeiro. DJe 09/05/2016. PENAL. PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE DA PROVA. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA A PERÍCIA NO CELULAR. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=RHC%2051531>>. Acesso em: 24 nov. 2018.

¹¹² Conforme permissivo legal contido no parágrafo único do art. 1º, *in verbis*: “Parágrafo único. O disposto nesta Lei aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática”.

3.2.4 Cooperação jurídica internacional e a Convenção de Budapeste

A cooperação jurídica internacional configura instrumento cada vez mais utilizado na investigação criminal contemporânea, como já antecipado neste trabalho nos capítulos anteriores, mormente para a identificação do destino do proveito do crime, viabilizando a recuperação de ativos desviados para outros países, bem como para a obtenção de dados armazenados em provedores de aplicação de internet situados no estrangeiro.

O instituto da carta rogatória – muito burocrático e demorado – não se mostra mais adequado às exigências de maior velocidade e agilidade para o acesso à informação – típica característica da era informacional.

Um mecanismo muito mais versátil e utilizado em substituição às cartas rogatórias é o pedido de auxílio direto baseado em acordos bilaterais, chamado *Mutual Legal Assistance Treaty* (MLAT)¹¹³, a exemplo do Acordo em Assistência Judiciária em Matéria Penal celebrado entre Brasil e Estados Unidos da América, conforme o Decreto 3.810, de 2 de maio de 2001.

No tocante à cooperação internacional na investigação de crimes informáticos, uma referência atual, porém bastante controversa, é a já mencionada *Convenção sobre Cibercrime* do Conselho da Europa, também conhecida como *Convenção de Budapeste*¹¹⁴.

Trata-se do primeiro tratado que aborda o assunto em âmbito internacional, na tentativa de harmonizar legislações e promover cooperação entre Estados no enfrentamento dos crimes informáticos ou cibernéticos.

Entre os crimes abordados na Convenção estão: a infração de *copyright*, fraudes na *Internet*, violações de sistemas de segurança, pornografia infantil e os crimes de ódio. Inclui ainda uma série de poderes às autoridades, como procedimentos de rastreamento, busca e apreensão de computadores e interceptação telemática.

¹¹³ Acordo de Assistência Jurídica Mútua (tradução livre do autor).

¹¹⁴ O texto integral da Convenção de Budapeste, no idioma inglês, encontra-se disponível em: <<https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/0900001680081561>>. Acesso em: 12 out. 2018.

Seu objetivo principal, estabelecido no preâmbulo, é buscar uma política criminal comum que vise à proteção da sociedade contra o cibercrime, especialmente adotando legislação apropriada e promovendo a cooperação internacional¹¹⁵.

Especificamente quanto à obtenção de provas, a Convenção prescreve a adoção de medidas para a preservação expedita de dados (art. 16), a preservação e a revelação expedita de dados de tráfego (art. 17), a ordem para apresentação de dados (art. 18), a busca e a apreensão de dados computacionais (art. 19), a obtenção de dados de tráfego em tempo real (art. 20) e a interceptação de comunicações de dados (art. 21).

A preservação expedita de dados consiste em uma ordem de “congelamento”, dirigida àquele que tenha a disponibilidade ou controle de dados informáticos armazenados em um sistema computacional, incluindo dados de tráfego, para que preserve esses dados até que as autoridades obtenham autorização para seu acesso¹¹⁶.

A preservação e a revelação expedita de dados de tráfego concernem à transmissão de dados. Trata-se de ordem para a preservação e a revelação dos dados de tráfego, de modo a permitir a identificação dos provedores de serviço e do caminho utilizado para a transmissão de tal comunicação¹¹⁷.

¹¹⁵ “The Convention aims principally at (1) harmonising the domestic criminal substantive law elements of offences and connected provisions in the area of cyber-crime (2) providing for domestic criminal procedural law powers necessary for the investigation and prosecution of such offences as well as other offences committed by means of a computer system or evidence in relation to which is in electronic form (3) setting up a fast and effective regime of international co-operation”. Disponível em: <<https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/185>>. Acesso em: 12 out. 2018.

¹¹⁶ “Article 16 – Expedited preservation of stored computer data

1 Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to enable its competent authorities to order or similarly obtain the expeditious preservation of specified computer data, including traffic data, that has been stored by means of a computer system, in particular where there are grounds to believe that the computer data is particularly vulnerable to loss or modification.

2 Where a Party gives effect to paragraph 1 above by means of an order to a person to preserve specified stored computer data in the person’s possession or control, the Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to oblige that person to preserve and maintain the integrity of that computer data for a period of time as long as necessary, up to a maximum of ninety days, to enable the competent authorities to seek its disclosure. A Party may provide for such an order to be subsequently renewed.

3 Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to oblige the custodian or other person who is to preserve the computer data to keep confidential the undertaking of such procedures for the period of time provided for by its domestic law.

4 The powers and procedures referred to in this article shall be subject to Articles 14 and 15.”

¹¹⁷ “Article 17 – Expedited preservation and partial disclosure of traffic data

1 Each Party shall adopt, in respect of traffic data that is to be preserved under Article 16, such legislative and other measures as may be necessary to:

a) ensure that such expeditious preservation of traffic data is available regardless of whether one or more service providers were involved in the transmission of that communication; and

A ordem de apresentação de dados é dirigida à pessoa que tem a posse ou o controle dos dados computacionais ou ainda ao provedor de serviços em relação às informações de usuário, para que os apresente às autoridades competentes¹¹⁸.

No que se refere à busca e à apreensão, a Convenção não distingue a diligência efetuada sobre os suportes físicos daquela realizada remotamente. Os Estados devem prever medidas que confirmam poder às autoridades para apreender ou de maneira similar assegurar a preservação de um sistema computacional ou de um meio de armazenamento de dado, promover e custodiar a cópia dos dados computacionais, manter a integridade dos dados relevantes e tornar inacessível ou remover os dados computacionais no sistema informático acessado¹¹⁹.

b) ensure the expeditious disclosure to the Party's competent authority, or a person designated by that authority, of a sufficient amount of traffic data to enable the Party to identify the service providers and the path through which the communication was transmitted.

2 The powers and procedures referred to in this article shall be subject to Articles 14 and 15.”

¹¹⁸ “Article 18 – Production order

1 Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to empower its competent authorities to order:

- a) a person in its territory to submit specified computer data in that person's possession or control, which is stored in a computer system or a computer-data storage medium; and
- b) a service provider offering its services in the territory of the Party to submit subscriber information relating to such services in that service provider's possession or control.

2 The powers and procedures referred to in this article shall be subject to Articles 14 and 15.

3 For the purpose of this article, the term “subscriber information” means any information contained in the form of computer data or any other form that is held by a service provider, relating to subscribers of its services other than traffic or content data and by which can be established:

- a) the type of communication service used, the technical provisions taken thereto and the period of service;
- b) the subscriber's identity, postal or geographic address, telephone and other access number, billing and payment information, available on the basis of the service agreement or arrangement;
- c) any other information on the site of the installation of communication equipment, available on the basis of the service agreement or arrangement.”

¹¹⁹ “Article 19 – Search and seizure of stored computer data

1 Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to empower its competent authorities to search or similarly access:

- a) a computer system or part of it and computer data stored therein; and
- b) a computer-data storage medium in which computer data may be stored in its territory.

2 Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to ensure that where its authorities search or similarly access a specific computer system or part of it, pursuant to paragraph 1.a, and have grounds to believe that the data sought is stored in another computer system or part of it in its territory, and such data is lawfully accessible from or available to the initial system, the authorities shall be able to expeditiously extend the search or similar accessing to the other system.

3 Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to empower its competent authorities to seize or similarly secure computer data accessed according to paragraphs 1 or 2. These measures shall include the power to:

- a) seize or similarly secure a computer system or part of it or a computer-data storage medium;
- b) make and retain a copy of those computer data;
- c) maintain the integrity of the relevant stored computer data;
- d) render inaccessible or remove those computer data in the accessed computer system.

A obtenção de dados de tráfego em tempo real corresponde à coleta ou registro de dados de tráfego de determinadas comunicações, pelo emprego de meios técnicos ou pela adoção de medidas dirigidas ao provedor de serviços com o intuito de compeli-lo a disponibilizar esses dados¹²⁰.

Por fim, a Convenção prevê a interceptação de dados, para a coleta ou registro de dados informáticos de conteúdo, em tempo real, também por meios técnicos ou por medidas dirigidas ao provedor de serviços¹²¹.

Atualmente a *Convenção sobre Cibercrime* conta com 61 signatários, não sendo o Brasil um deles. Entre alguns dos países que assinaram o tratado estão: Albânia, Armênia, Bósnia e Herzegovina, Bulgária, Chipre, Croácia, Dinamarca, Eslováquia,

4 Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to empower its competent authorities to order any person who has knowledge about the functioning of the computer system or measures applied to protect the computer data therein to provide, as is reasonable, the necessary information, to enable the undertaking of the measures referred to in paragraphs 1 and 2.

5 The powers and procedures referred to in this article shall be subject to Articles 14 and 15.”

¹²⁰ “Article 20 – Real-time collection of traffic data

1 Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to empower its competent authorities to:

a) collect or record through the application of technical means on the territory of that Party, and
b) compel a service provider, within its existing technical capability:
i) to collect or record through the application of technical means on the territory of that Party; or
ii) to co-operate and assist the competent authorities in the collection or recording of, traffic data, in real-time, associated with specified communications in its territory transmitted by means of a computer system.

2 Where a Party, due to the established principles of its domestic legal system, cannot adopt the measures referred to in paragraph 1.a, it may instead adopt legislative and other measures as may be necessary to ensure the real-time collection or recording of traffic data associated with specified communications transmitted in its territory, through the application of technical means on that territory.

3 Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to oblige a service provider to keep confidential the fact of the execution of any power provided for in this article and any information relating to it.

4 The powers and procedures referred to in this article shall be subject to Articles 14 and 15.”

¹²¹ “Article 21 – Interception of content data

1 Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary, in relation to a range of serious offences to be determined by domestic law, to empower its competent authorities to:

a) collect or record through the application of technical means on the territory of that Party, and
b) compel a service provider, within its existing technical capability:
i) to collect or record through the application of technical means on the territory of that Party, or
ii) to co-operate and assist the competent authorities in the collection or recording of, content data, in real-time, of specified communications in its territory transmitted by means of a computer system.

2 Where a Party, due to the established principles of its domestic legal system, cannot adopt the measures referred to in paragraph 1.a, it may instead adopt legislative and other measures as may be necessary to ensure the real-time collection or recording of content data on specified communications in its territory through the application of technical means on that territory.

3 Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to oblige a service provider to keep confidential the fact of the execution of any power provided for in this article and any information relating to it.

4 The powers and procedures referred to in this article shall be subject to Articles 14 and 15.”

Eslovênia, Estados Unidos da América, Estônia, Finlândia, França, Hungria, Islândia, Letônia, Lituânia, Macedônia, Noruega, Países Baixos, Romênia e Ucrânia¹²².

No Brasil, os debates acerca da adesão ainda causam certa polêmica. Por um lado, há iniciativas no Congresso, incluindo projetos de lei e a explícita recomendação da Comissão Parlamentar de Inquérito para investigação de pedofilia na *Internet* (CPI da Pedofilia, Senado Federal). De maneira geral, a adesão recebe apoio de autoridades brasileiras, conforme ilustra os seguintes trechos extraídos do relatório final de atividades da CPI da Pedofilia do Senado, publicado em 2010:

A Polícia Federal tem participado de encontros internacionais, mas o Ministério das Relações Exteriores, não. Eu já, por mais de uma vez, já provoquei o Ministério das Relações Exteriores nesse sentido, no sentido de que o Brasil faça adesão à Convenção de Budapeste, que trata desse assunto cibernético como um todo, como eles chamam, os países da Europa todos já assinaram, os Estados Unidos, o Canadá, o Japão; na América Latina o México e a Costa Rica também já se pronunciaram e o Brasil, não (p. 15, pronunciamento do Senador Eduardo Azeredo, em sessão de abertura da CPI).

De uma forma geral, a Polícia Federal apontou o texto da Convenção Europeia, referido no item 3.2.2 deste Relatório, como um dos caminhos para se resolver os entraves às investigações aos crimes cibernéticos no Brasil (p. 152)¹²³.

O relatório aponta considerações acerca de uma possível adesão do Brasil ao tratado:

Sobre a possibilidade de o Brasil se vincular à Convenção, lembramos o seguinte: (i) o Brasil não é membro do Conselho da Europa, não participou da produção do texto convencional e não goza do status de observador perante o Conselho; (ii) a Convenção está aberta à assinatura dos Estados-membros do Conselho, bem assim dos não membros que participaram da sua elaboração (África do Sul, Canadá, Japão, Montenegro e Estados Unidos da América); e (iii) a Convenção dispõe sobre a possibilidade de o Comitê de Ministros do Conselho da Europa (órgão de decisão política mais elevada que congrega os chanceleres dos países membros) convidar qualquer outro Estado para se vincular ao tratado, após obtenção do consentimento unânime dos Estados contratantes da Convenção (art. 37) (p. 306)¹²⁴.

¹²² A relação total dos países signatários é disponível em: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/185/signatures?p_auth=2iJeqImy>. Acesso em: 12 out. 2018.

¹²³ Os trechos do relatório final de atividades da CPI da Pedofilia do Senado aqui citados podem ser encontrados no seguinte documento: BRASIL. Ministério Público Federal. 2ª Câmara de Coordenação e Revisão Criminal. **Roteiro de atuação: crimes cibernéticos**. 3ª ed. Brasília: MPF, 2016.p. 124-127. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/publicacoes/roteiro-atuacoes/docs-cartilhas/crimes-ciberneticos/view>>. Acesso em: 05 mai. 18.

¹²⁴ Idem, p. 125.

Entretanto, a posição do Ministério das Relações Exteriores, ao menos até a data de publicação do relatório da CPI, não compartilha do mesmo entusiasmo expressado pelos membros da Comissão em respeito à adesão do Brasil à Convenção Europeia, conforme expressado no trecho a seguir:

A resposta foi encaminhada pelo Ofício n. 16 AFEPA/SGAPI/PARL, subscrito pelo então Ministro das Relações Exteriores Interino, Samuel Pinheiro Guimarães. Em suma, foi informado que, apesar de haver estudos sobre o tema em várias unidades do MRE, este não manifestara, até aquele momento, "intenção de propor a adesão do país àquela Convenção". Segundo o MRE, "as reservas previstas em alguns dos artigos da Convenção fragilizariam e comprometeriam a eficácia da cooperação internacional na prevenção e combate aos crimes cibernéticos, à luz de sua característica transnacional". Do ângulo político, ademais, como o Brasil não participara das negociações da Convenção, não teria sido possível "incluir as percepções brasileiras no tratado, que, por outra parte, foi elaborado de modo a permitir quase total compatibilidade com as leis vigentes em alguns dos países que participaram das negociações, de modo a diminuir a necessidade de serem efetuadas adaptações dos respectivos direitos internos. Esta Comissão compreende, de todo modo, ser relevante para o País a adesão aos termos da Convenção de Budapeste sobre Cibercrime, razão pela qual encaminha recomendação nesse sentido ao final deste Relatório (p. 315-316)¹²⁵.

Oportuno destacar que o relatório final da CPI da Pedofilia, composto por 1.696 páginas, é um valioso recurso para compreensão do problema no Brasil, uma vez que compreende uma série de transcrições de audiências públicas e sessões oficiais da Comissão, reunindo dados estatísticos, opiniões, desafios, avanços e propostas em curso manifestados por diversas instituições públicas e privadas no Brasil acerca do tema da segurança na *Internet* e outros aspectos da governança.

A adesão do Brasil à Convenção sobre Cibercrimes, proposta que caminhou lado a lado com alguns projetos de lei ainda em tramitação no Congresso, despertou forte oposição da sociedade civil, simbolizado por diversos atos públicos, manifestações na blogosfera e, enfim, pelas mais de 160.000 assinaturas presentes numa petição *on-line*, onde se destacam os seguintes trechos:

Um projeto de Lei do Senado brasileiro quer bloquear as práticas criativas e atacar a Internet, enrijecendo todas as convenções do direito autoral. O Substitutivo do Senador Eduardo Azeredo quer bloquear o uso de redes P2P, quer liquidar com o avanço das redes de conexão abertas (Wi-Fi) e quer exigir que todos os provedores de acesso à Internet se tornem delatores de seus usuários, colocando cada um como provável criminoso. Por estas razões nós, abaixo assinados, pesquisadores e professores universitários apelamos aos congressistas brasileiros que rejeitem o projeto Substitutivo do Senador Eduardo Azeredo ao projeto de Lei da Câmara 89/2003, e Projetos de Lei do

¹²⁵ Idem, p. 126.

Senado n.º 137/2000, e n.º 76/2000, pois atenta contra a liberdade, a criatividade, a privacidade e a disseminação de conhecimento na Internet brasileira¹²⁶.

Até a presente data os debates continuam em aberto, os projetos de lei ainda tramitam no Congresso e o Brasil não é signatário da Convenção de Budapeste.

Filiamos ao entendimento de que a adesão do Brasil à Convenção de Budapeste seria preponderantemente benéfica, face à necessária uniformização do combate transnacional aos crimes informáticos, os quais evidentemente não se prendem a fronteiras nacionais, sem perder de vista, todavia, o foco no respeito integral aos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, estabelecendo-se reservas ao tratado nos pontos necessários para a compatibilização à ordem jurídica interna, tal como os Estados Unidos da América e outros países assim o fizeram.

Assim entendemos pela simples razão de que, caso o Brasil alinhasse seu ordenamento interno (penal e processual penal) com a legislação dos Estados integrantes da Convenção, reconhecidas vantagens seriam usufruídas e percebidas de imediato, como modelo legislativo homogêneo e adoção de mecanismos de cooperação mais ágeis, sem prejuízo da adesão com reservas pontuais naquilo que houver incompatibilidade com a Constituição Federal.

Por fim, cabe frisar que o Brasil, fazendo parte da Convenção, teria voz em sua comissão e poderia influenciar rumos futuros, juntamente com os demais signatários para o aprimoramento das disposições convencionais.

3.3 Dos *softwares* de suporte para a atividade investigativa na atuação da Polícia Civil de São Paulo

Na sociedade da informação, como já ressaltado, a criminalidade tende a ganhar uma dimensão exacerbada, em virtude da facilitação e da velocidade de compartilhamento e difusão da informação, sobretudo, pelo poderoso meio comunicacional que é a *Internet*, o que suscita, por óbvio, questionamentos relevantes quanto à capacitação e ao aparelhamento tecnológico das instituições estatais convencionais¹²⁷, encarregadas de repressão e controle às novas formas delituosas.

¹²⁶ Idem, p. 127.

¹²⁷ Quanto ao papel das polícias na contemporaneidade, mostra-se pertinente a observação de Dani Rudnick (2014, p. 78) no sentido de que, embora haja diversas outras instituições estatais (Poder Judiciário, escolas) ou não (famílias, igrejas) que atuam no sentido de exercer controle social, organizar,

Com efeito, o crime pode alastrar-se de modo expressivo, por meio das facilidades e oportunidades surgidas com os avanços tecnológicos na era informacional, colocando à prova a capacidade de os órgãos estatais encarregados da atividade de investigação criminal fazer frente a esse desafio, com a eficiência que deles se espera.

Cabe destacar que se é correto afirmar que o Estado almeja assegurar as expectativas normativas de seu sistema jurídico (JAKOBS, 2003, p. 39), reprimindo o crime com eficiência, precisa instrumentalizar seus órgãos encarregados de exercer a investigação com toda estrutura possível, em especial no tocante ao que há de mais avançado em termos de tecnologia disponível.

Assim, o ponto central que se coloca é a imperativa necessidade de o Estado, através de seus órgãos competentes, garantir o direito à segurança pública, por meio de uma repressão eficiente à criminalidade, seja a comum, seja a “criminalidade informática”, que constitui uma modalidade delitiva difusa.

Nesse sentido, torna-se imprescindível observar como se efetiva esse controle neste contexto, ou seja, como a implementação do ferramental tecnológico, sobretudo da telecomunicação e da informática, vem sendo feita nas instituições encarregadas do exercício da investigação, seja para o combate da criminalidade tradicional, seja para o enfrentamento das novas formas de criminalidade (como os já mencionados crimes informáticos).

É importante ressaltar, desde logo, que a informatização de qualquer atividade pode apresentar ganhos ou perdas, a depender da maneira como foi concebida, pensada e, principalmente, implantada.

A noção de que o incremento da utilização dos recursos proporcionados pela informática pode trazer maior eficiência em praticamente qualquer atividade que possa ser desempenhada pelo homem é apenas senso comum. É certo, contudo, que essa percepção inicial não resiste à reflexão crítica mais aprofundada, principalmente quando se leva em consideração as variáveis envolvidas no processo de desenvolvimento e implementação de um dado sistema informático para o suporte ou otimização daquilo que antes era realizado, manual ou intelectualmente, pelo ser humano.

Abordaremos a seguir algumas questões sobre a implementação da tecnologia e sua relação com a eficiência, focando na experiência vivenciada na Polícia Civil do

regular e controlar a vida em sociedade, todavia, é somente das polícias que se cobram resultados, como se fossem as únicas responsáveis pela segurança pública, como se apenas elas exercessem atividades de controle social.

Estado de São Paulo, onde diversos projetos envolvendo sistemas informatizados foram desenvolvidos ao longo dos últimos anos, com o objetivo de analisar de que maneira a implantação de sistemas informáticos vem sendo efetivada, e como essa iniciativa traduziu em eficiência na investigação, potencializando a apuração da autoria e da materialidade das infrações penais.

3.3.1 Algumas considerações preliminares sobre informatização e eficiência

Ao se iniciar qualquer debate a respeito da utilização da informática como suporte para qualquer atividade, a primeira – e talvez óbvia – indagação que se mostra oportuna fazer é: por que informatizar?

Ao tratar da informatização do processo judicial, Augusto Tavares Rosa Marcacini (2013, p. 528) levanta as seguintes indagações, que aqui se mostram também pertinentes à informatização da atividade investigativa criminal, sendo importante ressaltá-las:

Daí, então, a pertinência da pergunta: por que informatizar? Ou ainda: que vantagens ou utilidades se quer atingir com a informatização? Que problemas atuais serão resolvidos com o emprego das máquinas? Ou, ao contrário, quais problemas não serão resolvidos pelos sistemas automatizados? Mas também é necessário indagar quais serão as dificuldades encontradas com a informatização em si, eis que, enquanto o computador elimina alguns problemas, outros ele traz, novos e ainda não experimentados. Como lidar com eles? Ou, finalmente, o que pode ser melhorado em comparação com a realidade anterior? Podem as novas tecnologias solucionar velhos problemas.

Lembrando a instrumentalidade da tecnologia, que é um simples meio e não constitui um fim em si mesmo, prossegue Augusto Tavares Rosa Marcacini (2013, p. 528): “A razão para informatizar, então, deve ser alcançar uma melhoria no resultado final da atividade prestada pelo Estado, não apenas sob o ângulo *quantitativo*, mas também sob o prisma *qualitativo*”.

Nessa esteira, fica a advertência de que o mero fato, por exemplo, de se utilizar computadores nas delegacias de polícia não é algo, por si só, benéfico, não sendo raros os exemplos de uso inadequado de sistemas informáticos, causando desperdício de recursos públicos e resultados nada animadores.

O que se objetiva, logicamente, é a utilização adequada dos recursos tecnológicos como forma de dinamizar o esclarecimento da autoria e da respectiva

materialidade das infrações penais, proporcionando efetividade à tutela penal dos bens jurídicos mais caros para a sociedade.

Portanto, a relação de instrumentalidade de segundo grau entre estes dois campos (informática e investigação), se adotada de maneira adequada, pode funcionar a favor de uma maior eficiência na repressão dos delitos, esclarecendo-se mais e melhor (quantitativa e qualitativamente).

3.3.2 Principais sistemas informatizados utilizados pela Polícia Civil do Estado de São Paulo (RDO, Ômega, Phoenix, Alpha)

Na era informacional, como pontuado ao longo de todo o estudo, em que a criminalidade encontra enorme facilidade para se propagar por todos os lugares, inclusive no ciberespaço, o grande desafio é tornar a investigação criminal eficiente e, ao mesmo tempo, não excessiva, a ponto de adequá-la instrumentalmente para evitar que diversas modalidades de infrações penais deixem de ser apuradas, porém não torne o aparato estatal investigatório extremamente oneroso e controlador, de sorte a inviabilizar o exercício das liberdades individuais.

Já foi observado que a eficiência da investigação criminal pode ser mensurada quando necessariamente houver a maior correspondência possível entre os resultados obtidos e os seus fins esperados, vale dizer, quando houver o devido esclarecimento, quantitativo e qualitativo, da autoria delitiva das infrações penais ocorridas num determinado período de tempo e em uma determinada circunscrição territorial.

É óbvio que a vítima de crime quando procura atendimento em uma delegacia almeja rapidez e solução para o seu problema. Ela deseja efetividade da prestação do serviço policial investigativo.

A utilização de técnicas e conhecimentos científicos para o combate inteligente do crime não constitui qualquer novidade. Invocamos, para corroborar essa afirmação, o exemplo já citado neste trabalho referente à *identificação dactiloscópica*, sistematizada por Juan Vucetich (1858-1925), que muito contribuiu para a apuração da autoria delitiva através de vestígios de impressões digitais deixadas em locais de crime, conferindo maior eficiência à atividade de investigação criminal (QUEIROZ, 2007b, p. 334).

Há, evidentemente, uma relação, direta e proporcional, entre o emprego de novos conhecimentos e de novas tecnologias e a eficiência da investigação criminal (aptidão maior para a obtenção dos resultados desejados).

Certamente, não há como se combater as diversas formas de criminalidade dos tempos presentes com a estrutura físico-material do século passado, em que os crimes eram praticados em uma realidade estritamente diferente da dos dias de hoje – em que se trabalha mais com outra perspectiva de realidade: a “virtual”¹²⁸. De nada adiantarão sofisticados armamentos de fogo, imensa frota de viaturas policiais e equipamentos para a coleta de impressões dactiloscópicas, por exemplo, para se apurar crimes cometidos por meio de sistemas informatizados.

Não é por menos que a Lei 12.735, de 30 de novembro de 2012, determina em seu art. 4º que os órgãos da Polícia Judiciária (Polícias Cíveis estaduais e Polícia Federal) deverão estruturar, nos termos de regulamento, setores e equipes especializadas no combate à ação delituosa em rede de computadores, dispositivo de comunicação ou sistema informatizado¹²⁹.

No Estado de São Paulo, existe atualmente apenas uma delegacia especializada no combate à criminalidade informática, inaugurada em 2001. Trata-se da 4ª Delegacia de Polícia de Investigações sobre Fraudes Patrimoniais Praticadas por Meios Eletrônicos, subordinada ao Departamento Estadual de Investigações Criminais (DEIC)¹³⁰.

Assim, não há como negar a importância cada vez maior das ferramentas propiciadas pela Tecnologia da Informação¹³¹ no desenvolvimento eficiente, seja do ponto de vista procedimental, seja no aspecto material, da atividade de investigação de crimes com vistas a melhor prestação do serviço público atinente à segurança pública.

Desta forma, é importante analisar como estas ferramentas têm sido implementadas, a partir da experiência e da atuação da Polícia Civil do Estado de São Paulo, como forma auxiliar, instrumental e de otimização da prestação dos serviços atinentes à apuração dos crimes e de sua autoria no âmbito criminal.

¹²⁸ Pierre Lévy (1999, p. 47) observa que o virtual é corriqueiramente associado ao que não é material, ao que não é tangível, passando a falsa ideia de que o virtual corresponderia àquilo que pode ter forma, mas não existe. Segundo o filósofo francês, o virtual não se opõe ao real, mas sim ao atual. O virtual estaria associado ao que “existe apenas em potência e não em ato”, não deixando, todavia, de ser real (LÉVY, 1999, p. 47). Portanto, para Lévy (1999, p. 47), “virtualidade e atualidade são apenas dois modos diferentes da realidade”. O exemplo mencionado em sua obra é esclarecedor: “se a produção da árvore está na essência do grão, então a virtualidade da árvore é bastante real (sem que seja, ainda, atual)” (LÉVY, 1999, p. 47).

¹²⁹ BRASIL. **Lei n. 12.735, de 30 de novembro de 2012**. DOU, Brasília, DF, 03/12/2012. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112735.htm>. Acesso em: 10 set. 2018.

¹³⁰ Disponível em: <<https://www.policiacivil.sp.gov.br>>. Acesso em 18 dez. 2017.

¹³¹ Segundo Rezende e Abreu (2000, p. 12): “A tecnologia da informação pode ser definida como o ramo do conhecimento científico que emprega recursos tecnológicos, especialmente os relacionados à computação e à informática, para a geração, processamento e utilização de dados e informação”.

No Estado de São Paulo, ao longo das últimas décadas, a Polícia Civil tem implantado uma série de projetos com a utilização de sistemas informatizados, visando à otimização de sua atividade-fim, a apuração de crimes.

Estes *softwares*, ditos de “especialidade”, por estarem em consonância com a Tecnologia da Informação, servem também como suporte para o sistema “IP-e” (que viabiliza o Inquérito Policial Eletrônico) – e que será visto no item seguinte –, apresentando funcionalidades das mais diversas.

Neto, Santos e Gimenes (2012, p. 145) apontam como exemplos destes sistemas: o “RDO” (Registro Digital de Ocorrência), o “Alpha”, o “Phoenix”, o “Ômega”, e o “Guardião”. Mas há outros, como o “Prodesp”, o “Infocrim” e a “Intranet”, mencionados por Queiroz (2007b, p. 273-282).

O sistema “RDO”, hoje em larga utilização nas delegacias do Estado de São Paulo¹³², é um *software* que funciona apenas através da *Intranet*, ou seja, a partir de uma estrutura fechada, e que tem por função a confecção do boletim de ocorrência¹³³ em meio digital, disponibilizando-o nesta rede interna, sendo capaz, assim, de interagir com a base de dados por ele criada e pela formada por outros sistemas, permitindo, por exemplo, a localização de cadastro de pessoas, veículos, aparelhos celulares e armas de fogo.

Possibilita, ainda, a criação de peças e documentos que integram o inquérito policial, como por exemplo, o termo de declarações relacionado à pessoa cadastrada, ou o auto de exibição e apreensão e o respectivo auto de entrega do objeto inserido no sistema.

Nota-se, assim, que o sistema “RDO” é um bom exemplo de implementação adequada da informatização na atividade investigativa, pois a interação entre os bancos de dados fez surgir inúmeras possibilidades antes não imaginadas no tempo do trabalho meramente manual ou mecânico, como o cruzamento em tempo real de dados cadastrados no sistema.

¹³² Com relação ao sistema “RDO” é importante esclarecer que sua implantação foi concretizada de modo gradual nas diversas unidades policiais do Estado, tendo alcançado todos os municípios apenas a partir do ano de 2010. Disponível em: <<http://www.ssp.sp.gov.br/transparenciassp/Default.aspx>>. Acesso em: 21 nov. 2018.

¹³³ O boletim de ocorrência foi criado pelo Decreto 25.410, de 30 de janeiro de 1956, do Estado de São Paulo, que aboliu o chamado “Livro de Registro de Queixas”, no qual as ocorrências trazidas ao conhecimento das autoridades eram anotadas. A partir do ano 2000, com o advento da Portaria DGP-1, de 04 de fevereiro de 2000, passa a ser possível a recepção eletrônica de alguns tipos de ocorrências, através do chamado “BEO – Boletim Eletrônico de Ocorrência” (QUEIROZ, 2007a, p. 83).

Por exemplo, se alguém registra um boletim de ocorrência em uma delegacia no interior do Estado, noticiando que seu veículo foi roubado, no exato momento em que a placa é cadastrada no sistema, um policial de outra parte do Estado já consegue consultá-la imediatamente, possibilitando averiguar alguma situação suspeita, ou até mesmo a localização do automóvel nas mãos de quem injustamente o detenha. Isso, sem dúvida, representa maior efetividade à investigação.

Outro exemplo, muito corriqueiro, imaginemos alguém que se envolveu em um acidente de trânsito e comparece em uma delegacia para noticiar que o outro envolvido fugiu do local de acidente (crime tipificado no art. 305, *caput*, do Código de Trânsito Brasileiro), mas no momento em que é elaborado o boletim de ocorrência digital, ao inserir o nome ou número de RG do envolvido no sistema informatizado, constata-se que, na realidade, a outra parte está, naquele instante, em outra delegacia da mesma cidade, registrando o mesmo fato, haja vista que o sistema é interconectado pela rede informatizada do órgão policial. É um esclarecimento que antes não ocorria (senão por outra via).

Do ponto de vista dos riscos (não previstos e indesejados) do sistema “RDO”, observa-se a possibilidade de vulneração da privacidade de pessoas não investigadas (mas cujos dados fazem parte do banco de dados do sistema), caso não haja um rigoroso controle de acesso ao “RDO” pela instituição, o que, em certa medida, já se faz com a não liberação de sua utilização através da *Internet*, mas apenas pela *Intranet*, como destacado anteriormente, bem como com a utilização de senhas pelos policiais usuários.

Consiste o sistema “Alpha” em um banco de dados alimentado pelo instituto de identificação civil oficial (IIRGD), que possibilita a consulta, através do número de RG ou nome da pessoa, recebendo como resultados os dados cadastrais, a fotografia e as impressões dactiloscópicas digitalizadas da pessoa pesquisada. A grande vantagem do sistema “Alpha” é a facilitação da identificação, civil ou criminal, de determinado suspeito.

Outro importante sistema, o “Phoenix” constitui uma base de dados formada por impressões digitais, gravação de voz, fotografias e dados cadastrais de indivíduos que são indiciados, presos ou foragidos que são capturados¹³⁴. Segundo Neto, Santos e Gimenes (2012, p. 147):

¹³⁴ Disponível em: <<http://catalogo.governoaberto.sp.gov.br/dataset/273-sistema-phoenix-identificacao-criminal>>. Acesso em: 08 nov. 2018.

A sinalização de dados antropométricos, tais como face, sobrancelha, olhos, nariz, boca, queixo, orelhas, cabelos e barba, faz com que seja gerado um desenho idêntico da imagem fotográfica do indiciado, servindo de base para a realização de futuras pesquisas.

E, portanto, o grande benefício trazido pelo “Phoenix”, de acordo com os autores, é que:

A base de dados antropométricos poderá ser utilizada para a localização de uma pessoa com a simples fotografia de um suspeito. Basta digitalizar a foto do indigitado e marcar os pontos antropométricos que o programa buscará os dados cadastrais do suspeito (NETO, SANTOS e GIMENES, 2012, p. 147).

Observa-se aqui também que o sistema “Phoenix” é mais um exemplo positivo de implementação da tecnologia como ferramenta útil de suporte para a atividade investigativa, pois há possibilidade de identificar o suspeito de um crime pela simples conferência de seus dados antropométricos, o que seria quase inviável de se executar manualmente. O seu ponto fraco, todavia, que consiste na pesquisa limitada à base de dados construída, não é um problema de desenvolvimento da tecnologia, mas sim uma questão natural, que não pode ser atribuída de forma alguma à informática.

Em relação ao sistema “Ômega”, trata-se de um *software* que utiliza a base de dados de diversos outros sistemas (“RDO”, “Delegacia Eletrônica”, “IIRGD”, cadastro de armas e “Detran”), o que possibilita buscas quanto a pessoas, boletins de ocorrências, *modus operandi*, veículos, armas e mandados de prisões¹³⁵. Neto, Santos e Gimenes (2012, p. 148) descrevem bem as características e o potencial do sistema “Ômega”:

A modulação das várias bases de dados e a visualização dos resultados de pesquisas por meio de árvore hiperbólica possibilitam maior rapidez de resposta, permitindo um incremento da investigação criminal, bem como a realização de operações especializadas. Ademais, o emprego de técnicas de “information retrieval”, calcada na normalização, indexação e recuperação da informação, aliada à inteligência artificial, a qual permite o emprego de termos de indexação que estejam dentro de um mesmo contexto, baseados em “thesaurus” e ontologias, amplia o alcance da busca, potencializando os resultados de recuperação da informação, contribuindo, inclusive, para o esclarecimento de delitos.

Constata-se, assim, que o sistema “Ômega” é outra ferramenta que se mostra alinhada com a noção de potencialidade da investigação, haja vista que a função que desempenha não podia sequer ser concebida antes da existência da computação e da

¹³⁵ Disponível em: <<http://catalogo.governoaberto.sp.gov.br/dataset/267-omega-registro-de-ocorrencias-pessoas-crimes-veiculos-e-armas>>. Acesso em: 08 nov. 2018.

interligação de base de dados *on-line*. As possibilidades são incalculáveis. Imagine-se que o sistema seja programado para fornecer todas as ocorrências envolvendo um veículo envolvido na prática de roubos cujos dados conhecidos são o modelo e a cor, ou um fragmento de placas. Enquanto o sistema fica programado para processar estas informações, o policial pode executar outras atividades.

Outro grande avanço foi a *Intranet* da Polícia Civil paulista, que surgiu diante da necessidade da substituição da ultrapassada rede de telex. Queiroz (2007b, p. 275) afirma que seu objetivo é:

[...] oferecer informação rápida e detalhada, para auxiliar no trabalho de investigação policial. Para isso, foram criados mecanismos de transmissão de dados estatísticos, de envio de mensagens sobre boletins de ocorrência, divulgação de fotos de indivíduos identificados criminalmente, acesso aos bancos de dados administrados pelo IIRGD e instalados junto à Prodesp, acesso aos bancos de dados de veículos com alcance nacional.

Aqui há um exemplo típico de informatização do órgão policial, o que não se pode confundir com informatização do inquérito policial. Na realidade, aquela é pressuposto desta. A informatização do inquérito policial, que é aquele elaborado e armazenado em meio eletrônico, pressupõe uma polícia informatizada, dotada de equipamentos informáticos de última geração, *hardwares* e *softwares* de especialidades que possibilitem armazenamento de dados e interligação de banco de dados (NETO, SANTOS e GIMENES, 2012, p. 145).

No tópico a seguir serão feitos apontamentos sobre o inquérito policial eletrônico, também no contexto da experiência da Polícia Civil de São Paulo, porquanto se trata de tecnologia aplicada ao aspecto formal ou processual da investigação criminal, gerando menor desperdício de recursos materiais e humanos – realidade observada anteriormente, *v.g.*, com a movimentação de autos de papéis e o deslocamento de policiais entre fóruns e delegacias.

3.3.3 Apontamentos sobre o Inquérito Policial Eletrônico da Polícia Civil do Estado de São Paulo

No tocante ao chamado “Inquérito Policial Eletrônico” (ou como é chamado, sistema “IP-e”), o ponto fundamental que se coloca é justamente a maneira como será

realizada a informatização dos atos processuais até então desenvolvidos pelo meio físico¹³⁶.

De acordo com Moraes e Ortiz (2018, p. 83):

O Inquérito Policial Eletrônico se destina a promover a informatização e a desmaterialização física de todos os procedimentos investigatórios criminais previstos em lei, de modo que o inquérito policial e o termo circunstanciado passem a tramitar em plataforma digital, e sejam disponibilizados e operados pelas autoridades e agentes públicos em arquivos eletrônicos e diretamente integrados ao sistema do Poder Judiciário de São Paulo (Sistema de Automação da Justiça – SAJ).

Sabe-se, assim, que está em desenvolvimento em parceria com o Tribunal de Justiça paulista, sendo certo que seguirá a linha de implementação adotada para o processo judicial. O Comunicado CG n. 2167¹³⁷ (Corregedoria Geral da Justiça), publicado no Diário da Justiça Eletrônico, de 15 de dezembro de 2017, estabelece regras relacionadas ao seu processamento, como por exemplo, a necessidade de que os expedientes das delegacias de polícia recebam número único previsto na Resolução n. 65, de 16 de dezembro de 2008, do Conselho Nacional de Justiça¹³⁸, sendo distribuídos automaticamente ao cartório (sem necessidade de intervenção do distribuidor).

É certo, contudo, que o sistema ainda não foi implantado de forma ampla no Estado de São Paulo, encontrando-se, atualmente, apenas em fase de experimentos em algumas unidades policiais do interior e da capital¹³⁹.

Trata-se, como se observa, de iniciativa que busca propiciar maior eficiência e transparência no desempenho da atividade estatal de investigação criminal, bem como gerar economia de recursos materiais e celeridade na comunicação dos atos de polícia judiciária entre os órgãos estatais envolvidos, além de viabilizar o acesso dos autos

¹³⁶ Nesse ponto, a respeito do processo eletrônico (que se aplica, por analogia, ao inquérito policial eletrônico), Carlos Henrique Abrão (2017, p. 18) assevera: “Vem nesta circunstância, o processo eletrônico, como um todo, identificar-se com os atos total ou parcialmente digitais, valendo-se da rede mundial de computadores e do acesso por intermédio de redes internas e externas, contendo ainda assinatura eletrônica, consoante expressa previsão do art. 8º, parágrafo único, da Lei 11.419/2006 (§ 2º, art. 205, CPC). Fundamentalmente, amparados na rede mundial e no sistema prioritariamente em funcionamento, passam os tribunais a administrar esse novo mecanismo, que também percorre o caminho de diminuir a distância não só em relação ao jurisdicionado, mas preferencialmente à sociedade, destinatária final do serviço público”.

¹³⁷ Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/Download/SPI/Downloads/ComunicadoCG_2167-2017.pdf>. Acesso em: 16 out. 2018.

¹³⁸ Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/resolucao/rescnj_65.pdf>. Acesso em: 16 out. 2018.

¹³⁹ De acordo com Moraes e Ortiz (2018, p. 87), o projeto piloto de implantação do sistema do Inquérito Policial Eletrônico teve início na região de Santos, litoral paulista. Seguiu para a região de Sorocaba e está em franca expansão para várias outras regiões, já instalado em todo o interior paulista e com cronograma traçado para atender todo o Estado de São Paulo até o final de 2018.

digitais à defesa de maneira mais interativa e dinâmica, aprimorando o inquérito policial e a atividade de polícia judiciária (MORAES e ORTIZ, 2018, p. 85).

3.3.4 Considerações finais sobre a informatização na Polícia Civil de São Paulo

Na utilização das ferramentas tecnológicas de suporte, desenvolvidas e operadas pela Polícia Civil do Estado de São Paulo nos últimos anos, houve resultados positivos na efetividade da investigação policial, porque se priorizou a adoção de sistemas que trabalham com a interação de bancos de dados, interligados *on-line* e, sobretudo, em tempo real, o que proporciona o acesso a dados e informações que, pela complexidade e volume, seriam inviáveis de serem operados, manual e mecanicamente, pelo policial.

A princípio, como foi observado, é possível estabelecer uma relação direta entre tecnologia e efetividade, em se tratando de investigação criminal. No entanto, os resultados alcançados dependem muito do modo pelo qual a tecnologia foi desenvolvida e implementada no caso concreto.

Dissemos que a eficiência na investigação policial só pode ser verificada na exata medida em que houver a maior correlação entre as finalidades desejadas e os resultados alcançados, o que, no caso da atividade afeta às Polícias Judiciárias, significa aferir, qualitativa e quantitativamente, se as infrações penais que foram trazidas ao conhecimento dos órgãos estatais foram adequadamente esclarecidas.

Podemos concluir, neste tópico, que a relação de instrumentalidade entre informática e investigação no órgão policial estudado foi adotada de maneira adequada, funcionando a favor de uma maior efetividade na repressão dos delitos com a potencialização do esclarecimento de crimes.

CONCLUSÕES

A investigação criminal apresenta um núcleo essencial muito claro e definido: o de identificar o autor do fato reputado como criminoso e apresentar provas que correlacionem o delito ao delinquente – isto pode ser observado em qualquer tipo de manifestação social. O que muda, a rigor, é o *modo* como esta atividade é desenvolvida a depender da época (tempo) e do lugar (espaço) que se tem como referência, sendo possível, então, avaliar se há maior ou menor efetividade, bem como maior ou menor respeito à dignidade humana.

Dessa maneira, a análise da feição da investigação criminal que está sendo desenvolvida na contemporaneidade, em sociedades ocidentais como a brasileira, deve partir de uma visão abrangente sobre o que se tem discutido a respeito da “era atual”, a que alguns autores denominam “sociedade da informação”, numa perspectiva sociológica; outros, sob o enfoque mais filosófico, “pós-modernidade”, entre outras concepções empregadas por distintos pensadores ao teorizarem sobre a presente conjuntura.

Nesse sentido, diversos autores aduzem que a partir de algum momento do século XX entramos no limiar de uma “era distinta”, a qual está nos conduzindo para uma transição além daquela que convencionamos denominar de “modernidade”, entendida esta como a visão de mundo relacionada ao projeto empreendido a partir do estabelecimento da autonomia da razão como garantia de compreensão do mundo.

A ideia de “pós-modernidade”, portanto, só tem sentido em conexão com a “modernidade”, seja como extensão, seja como ruptura desta, expressando, de modo geral, que o projeto moderno não se mostra mais adequado para descrever a situação e o estado de coisas em que se encontra a sociedade na contemporaneidade.

Dessa forma, para alguns pensadores, estaríamos diante de uma era de crises e incertezas, como se verifica em relação à incredulidade quanto aos fundamentos epistemológicos do conhecimento (crise dos metarrelatos, referida por Lyotard), quanto ao papel da ciência moderna e quanto à ideia de progresso como fim e emancipação da humanidade. A ciência moderna seria, então, nada mais que um discurso de legitimação do saber e a ideia de progresso científico seria um projeto hipotético sem quaisquer garantias de realização.

Disso concluímos que, ao se questionar a legitimação do saber por meio de um metarrelato, é possível também questionar a validade das instituições que regem o

vínculo social, pois elas também devem ser legitimadas. Isso porque a Justiça relaciona-se com o metarrelato, no mesmo grau que a verdade. Portanto, a partir da condição pós-moderna, em que é sintomática a crise em relação aos metarrelatos, a incerteza atinge a própria visão de legitimação que temos da Justiça e do Direito (e de seus instrumentos, como o processo e a investigação criminal).

De outro ângulo, a insegurança também se manifesta na sociedade contemporânea, em face da pluralidade de novos riscos surgidos a partir da potencialização das condutas lesivas ao convívio social praticadas com o auxílio dos produtos técnico-científicos, o que Beck denominou “sociedade de risco”. Para ele, todavia, estaríamos em outra fase de modernização, chamada de “modernidade reflexiva”, em face da crise da sociedade industrializada em controlar estas novas ameaças e riscos produzidos, o que gera incertezas quanto a todos os aspectos da vida social, descrédito às instituições tradicionais e produzindo, dessa maneira, processos de individualização.

Semelhante ideia de um estágio de radicalização da modernidade também é observada em Giddens e, ainda, em Lipovetsky (que fala em “hipermodernidade”). Já, para Latour, sequer seríamos modernos, pois a modernidade seria um projeto fracassado e inacabado. Em relação às relações de poder contemporâneas, constata-se uma exacerbação em sua dimensão pelas características da instantaneidade e da extraterritorialidade, referidas por Bauman, no estágio de “modernidade líquida”. No tocante à liberdade, a hiperindividualização, a qual refere Lipovetsky, resume uma necessidade por maior exposição do indivíduo e reconhecimento acentuado de suas liberdades privadas a partir de suas diferenças, mas que não deixa de pagar o seu preço, com a relativização e flexibilização da privacidade no mundo contemporâneo, levando ao paradoxo no qual as pessoas desejam cada vez mais liberdade, expondo-se em excesso, mas ao mesmo tempo demandam mais segurança.

Nesse ponto, pela perspectiva pós-moderna, concluímos que a atividade investigativa incorpora esses aspectos do poder fluído e exacerbado, notadamente a instantaneidade e a extraterritorialidade, porquanto é desempenhada com a utilização expressiva de ferramentas proporcionadas pela informática e outras novas tecnologias, que são os ingredientes para a potencialização da investigação criminal. Além disso, a superexposição dos indivíduos aliada às novas tecnologias tende a ampliar e facilitar a investigação de crimes, demandando maior sofisticação do sistema de garantias fundamentais para conferir equilíbrio ao exercício do poder investigativo, a fim de,

simultaneamente, não se aniquilar as liberdades individuais e não se inviabilizar a efetivação da segurança pública.

Como visto, a larga utilização de processos tecnológicos na investigação criminal contemporânea não está imune a riscos imprevisíveis e não desejados, cujas consequências ainda não podem ser completamente comensuradas e controladas, o que tende a colocar em desnível o cidadão frente ao Estado, a exemplo da instalação nas cidades de redes de câmeras inteligentes para reconhecimento facial e o monitoramento de veículos, que são poderosas ferramentas investigativas, mas a depender de como forem usadas podem trazer consequências sociais, jurídicas e políticas muito graves, como um Estado vigiador e totalitário e a perda total de liberdade e privacidade dos indivíduos.

Concluimos, ainda, que as inquietações e crises retratadas pela visão pós-moderna, na realidade, derivam da inadequação do projeto moderno para descrever a sociedade. Assim, certos problemas que, pela perspectiva moderna, não teriam solução, para a perspectiva pós-moderna, seriam até sem sentido, pois o equívoco não estaria no problema sem solução, mas na própria formulação do problema, por uma questão de distorção de uma visão de mundo.

Disso decorre, em síntese, que a perspectiva pós-moderna oferece alternativas de interpretação da realidade, visando enxergar com maior nitidez a sociedade atual, proporcionando, com isso, um alargamento de visão e quiçá a identificação de certos mitos modernos, muito frequentes no campo jurídico. Dessa forma, a perspectiva pós-moderna, antes de desconstruir inutilmente a moderna sem a oferta de qualquer alternativa em seu lugar, é importante quanto à percepção da complexidade e da fragmentariedade dos fenômenos sociais, podendo ser útil para as decisões com base em outros paradigmas, que não aqueles limitados pela perspectiva moderna.

Sob outro ângulo, pela perspectiva da sociedade da informação, a geração, o processamento e a transmissão da *informação* tornaram-se as fontes principais de produtividade e poder devido às novas condições tecnológicas. Ela trouxe consigo, enfim, desdobramentos sobre as próprias transformações outrora trazidas pela Revolução Industrial, incrementando as tecnologias existentes e criando novas tecnologias, com inevitáveis repercussões socioeconômicas.

A sociedade contemporânea, portanto, atravessa a Revolução Informacional, em que são dissolvidas as fronteiras entre telecomunicações, meios de comunicação de massa e informática. Convencionou-se nomear esse novo ciclo de sociedade da

informação, cuja principal marca é o surgimento de complexas redes profissionais e tecnológicas voltadas à produção e ao uso da informação, que alcança ainda sua distribuição através do mercado, bem como as formas de utilização desse bem para gerar conhecimento e riqueza.

Em síntese, a sociedade da informação baseia-se na valorização da informação, que é acessada e compartilhada de forma ilimitada e rápida pelas pessoas. Apresenta como características principais a globalização, a transnacionalidade, o relacionamento social, comercial e político por meios eletrônicos, o valor econômico atribuído à informação e a impregnação do conhecimento em tudo o que é produzido.

Nesse ponto, concluimos, pela perspectiva da sociedade da informação, que a disponibilidade da informação, por ignorar barreiras físicas e ultrapassar fronteiras, e que a tecnologia proporcionada pelo processamento de dados em sistemas informatizados, por acelerar diversas tarefas e incrementar o volume de informações, serviços e atividades disponíveis, trouxeram comodidades e conveniências às pessoas, ao mesmo tempo em que facilitaram a prática e a organização de infrações penais, demandando que o Estado, por um lado, respeite a privacidade de seus cidadãos que usufruem dessas comodidades e, por outro, proporcione uma atuação eficiente na promoção de segurança pública.

Como visto, na era informacional, há a proliferação de novas modalidades delituosas, como os ilícitos em face do meio ambiente, da ordem econômica e financeira, de consumidores e dos sistemas informatizados, bem como o desenvolvimento de novas formas de criminalidade, como o terrorismo e o crime organizado. Portanto, além de certos bens ou interesses já existentes adquirirem preponderância, são identificados novos bens ou interesses que reclamam maior proteção jurídica, como a informação e os sistemas informatizados, a exemplo do que se observa com os crimes informáticos.

O papel do Direito Penal também é questionado, não havendo consenso sobre os limites da intervenção penal, em que parte dos estudiosos enxerga um movimento de expansão, buscando-se, *v.g.*, a tutela penal de novos bens jurídicos (como se vê com a tipificação dos crimes informáticos); enquanto outra parte, um movimento de redução e, até mesmo, uma tendência apontando para a sua abolição.

No tocante às transformações operadas sobre a investigação criminal, vimos que a investigação criminal da modernidade é a exercida a partir da concepção de Estado moderno, constituindo expressão do poder punitivo estatal, sendo fundamentada

na razão, não mais em dogmas como a fé, os mitos e as superstições. Desse modo, na investigação moderna, observamos avanço em relação ao humanismo, haja vista a preocupação com a sua justificação externa, o que serviu para limitar os abusos e as atrocidades de investigações exercidas em outros tempos e localidades.

Na perspectiva da modernidade, a investigação criminal pode ser definida como atividade inquisitiva exercida por órgão ou poder do Estado-nação (por autoridades estatais, sejam delegados de polícia, como no Brasil, sejam juízes ou promotores, como em outros sistemas), para esclarecimento do fato reputado como criminoso (assim definido nas leis penais do próprio Estado, o *ius poenale*), desvendando quem é o seu autor, por meio de um conjunto de elementos probatórios, que serão reunidos formalmente em um processo penal (em sentido amplo), preliminar e preparatório, que permite um juízo, racional e empírico, a respeito da imputação do fato ao autor da infração, a fim de viabilizar, ou não, o processo penal em sentido estrito, concretizando-se, assim, o *ius puniendi*.

A finalidade, portanto, da investigação criminal, pela ótica moderna, é servir de filtro processual em face de acusações precipitadas e infundadas, evitando processos penais temerários e inúteis.

Em relação às características da investigação moderna, vimos que algumas são relativas ao seu aspecto material (investigação enquanto conjunto de atividades concretas direcionadas à obtenção de elementos probatórios) e outras relacionadas ao seu aspecto formal (investigação no sentido processual). Quanto ao sentido formal, alguns autores destacam a investigação como sendo: a) oficial, b) obrigatória ou indisponível, c) sigilosa e d) escrita.

Quanto ao sentido material, como tem por conteúdo providências como a inquirição de pessoas, reconhecimento e identificação de suspeitos, apreensão e reconhecimento de objetos e coisas, juntada de documentos, exames periciais, concluimos pela existência de certa limitação do campo de pesquisa sobre aquilo que pode ser conhecido a partir da interação ou contato físico (tangível) e imediato do sujeito investigador com o seu objeto de pesquisa.

Vimos que a investigação crimina contemporânea, por sua vez, não encontra esta limitação, que é baseada, nas perspectivas espacial e temporal, ao contato (físico e imediato) entre o sujeito investigador e o seu objeto de pesquisa. Há, como novidade, a utilização de recursos que ampliam o potencial dos sentidos humanos, permitindo

alcançar conhecimentos e resultados inatingíveis pelos sentidos e pelas técnicas tradicionais.

Observamos, assim, que a investigação criminal desenvolvida na era informacional é aquela que se utiliza de meios como a análise e o cruzamento de dados (informáticos ou não, cadastrais, fiscais e financeiros), interceptação de comunicação telefônica e telemática (como a interceptação de conversas no *Whatsapp*), pesquisas em *smartphones* (cujo objeto tangível em si importa menos que o seu conteúdo informacional), uso de redes de câmeras inteligentes nas cidades, requisição de sinais e informações junto às empresas prestadoras de serviços de telecomunicação para a localização de pessoas, entre outros.

Salientamos, portanto, que a noção de investigação contemporânea pode ser percebida a partir de algo que a distancie daquela que não é moderna, seja em sua fundamentação, seja em suas características. Em vista disso, propusemos os seguintes caracteres da investigação contemporânea, nos seus aspectos material e formal: a) instantaneidade e extraterritorialidade dos meios (altamente tecnológicos) de investigação; b) plurioficialidade e despersonalização; c) seletividade qualificada e d) virtualização.

As transformações provocadas pelo uso de novos conhecimentos e novas tecnologias, que estão acarretando a transição da investigação moderna para a contemporânea, não trazem apenas efeitos benéficos, mas também riscos imprevisíveis, isto é, efeitos colaterais (não desejados), provocando sérias implicações no tocante aos direitos fundamentais.

Vimos, assim, que a atividade de investigação criminal aproveita-se destes novos conhecimentos e tecnologias, expandindo-se as possibilidades da atuação investigativa, o que lhe confere incremento potencial de sua efetividade. Por sua vez, há uma demanda maior pela sofisticação do sistema jurídico de garantias para balizar o exercício desse poder de investigar exacerbado, haja vista a complexidade das questões surgidas envolvendo a harmonização de direitos fundamentais incidentes em situações concretas.

Quanto ao *garantismo*, observamos tratar-se de concepção que preconiza a investigação criminal obediente aos princípios constitucionais e, assim, garantidora dos direitos fundamentais, levando à proteção dos indivíduos e da coletividade e à legitimação da atuação estatal.

Quanto à legitimidade do exercício da atividade de apuração criminal, entendemos não ser possível o desrespeito generalizado e institucionalizado aos direitos fundamentais do investigado, posto que o abuso e a arbitrariedade praticados justamente pelos agentes estatais que deveriam se encarregar de resguardá-los fomenta fortemente a sensação de crise da ordem jurídico-constitucional, agravando a desordem social. Dessa forma, o *garantismo* demanda função balizadora desempenhada pelos direitos fundamentais, os quais devem permear todo o exercício da investigação de crimes, ditando-lhe os seus rumos, com o objetivo de lhe conferir legitimidade.

Além disso, não se pode conceber que apenas algumas espécies de direitos fundamentais possam desempenhar tal função. Ao contrário, toda sorte de direitos fundamentais devem incidir sobre a atividade investigativa (direitos individuais, sociais, coletivos e difusos).

Assim, a concepção de *garantismo* não significa desprezo ou incompatibilidade com a *eficiência*, já que uma investigação será garantista quando buscar atender todos os direitos fundamentais, não somente aqueles que resguardam preponderantemente as liberdades individuais (como a privacidade), mas também aqueles que protegem a coletividade (como a segurança pública). Portanto, estes vetores (*garantismo* e *eficiência*) não se opõem em uma visão contemporânea, não se concebendo um processo penal eficiente sem *garantismo*.

Em resumo, não se trata de restringir os poderes constitucionalmente previstos aos órgãos de persecução de se investigar infrações penais, mas sim, conferir parâmetros constitucionais, edificados no fundamento da *dignidade humana*, como derivado direto do *garantismo*, para uma apuração justa, equilibrada e adequada dos fatos.

Além disso, verificamos uma demanda por sofisticação do sistema de garantias e direitos fundamentais para abranger situações novas e complexas, para se evitar o aniquilamento das liberdades fundamentais frente ao agigantamento do Estado, que pode se tornar vigiador e controlador.

É possível, por isso, concluir que a investigação criminal caminha avançando no sentido do *humanismo*, porquanto exercida diante de complexos dilemas envolvendo direitos fundamentais de todos os matizes, havendo necessidade de harmonizá-los nas situações concretas. Sem embargo, esse sistema passa a ser cada vez mais sofisticado, refreando os excessos do poder de investigar advindos dos avanços técnico-científicos, sem comprometer a sua efetividade, porém, de modo a contemplar as situações

complexas que são observadas no contexto das sociedades informacional e pós-moderna.

No tocante à efetividade da investigação contemporânea, concluímos que esta se traduz na necessidade de se balancear adequadamente os direitos fundamentais à liberdade e à segurança. Assim, a investigação criminal deve ser eficiente, o que pode ser mensurado quando necessariamente houver a maior correspondência possível entre os resultados obtidos e os seus fins esperados, vale dizer, quando houver o devido esclarecimento, quantitativo e qualitativo, da autoria delitiva e das circunstâncias afetas às infrações penais ocorridas em determinado período de tempo e em determinada circunscrição ou base territorial. No entanto, é preciso obedecer rigorosamente ao devido processo legal, respeitando os direitos fundamentais do investigado e, sobretudo, o fundamento maior da dignidade da pessoa humana, sob pena de não se atingir o fim almejado, pois provas ilícitas não podem ser utilizadas no processo penal.

Entre os principais meios de obtenção de provas, instrumentos e técnicas de investigação contemporânea, destacam-se a pesquisa em fontes abertas, o acesso a dados cadastrais, a obtenção de informações relativas à localização de pessoas, veículos e telefones celulares, o acesso de dados em *smartphones* e a cooperação jurídica internacional.

Na utilização das ferramentas tecnológicas de suporte, desenvolvidas e operadas pela Polícia Civil do Estado de São Paulo nos últimos anos, priorizou-se a adoção de sistemas que trabalham com a interação de bancos de dados, interligados *on-line* e, sobretudo, em tempo real, o que proporciona o acesso a dados e informações que, pela complexidade e volume, seriam inviáveis de serem operados, manual e mecanicamente, pelo policial.

Assim, quanto ao emprego de *softwares* na atividade de suporte à investigação, há uma relação de instrumentalidade de segundo grau entre estes dois campos (informática e investigação) e, caso adotada de maneira adequada, é possível que funcione a favor de uma maior eficiência na repressão dos delitos, esclarecendo-se mais e melhor (quantitativa e qualitativamente).

Em resumo, a investigação criminal observada à luz da pós-modernidade e da sociedade da informação é a que avança tanto no tocante à *efetividade*, como também no sentido do *humanismo*, seja em virtude da exacerbação da dimensão do poder de investigar, seja em vista da sofisticação do sistema de garantias e promoção dos direitos fundamentais para a sua legitimação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABRÃO, Carlos Henrique. **Processo eletrônico**: processo digital. São Paulo: Atlas, 2017.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ARAGÃO, David Farias de. **Crimes cibernéticos na pós-modernidade**: direitos fundamentais e a efetividade da investigação criminal de fraudes bancárias eletrônicas no Brasil. 2015. 115 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Maranhão, São Luís, 2015.
- AZEVEDO, André Boiani; BALDAN, Édson Luís. A preservação do devido processo legal pela investigação defensiva (ou do direito de defender-se provando). **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, v. 11, n. 137, p. 6-8, abr. 2004.
- BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.
- _____. **O mal-estar da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.
- BAUMAN, Zygmunt; LYON, David. **Vigilância líquida**. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.
- BAJER, Paula. **Processo penal e cidadania**. Rio de Janeiro: Zahar, 2012.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do Direito Penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
- BARBOSA, Manoel Messias. **Inquérito policial**: doutrina, prática, jurisprudência. 6^a ed. São Paulo: Método, 2008.
- BARBOSA, Marco Antonio. Pós-modernidade: a identidade – real ou virtual? **Direitos Culturais**, Santo Ângelo, v. 5, n. 8, p. 75-92, jan./jun. 2010.
- BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco. Atualidade do conceito sociedade da informação para a pesquisa jurídica. In: Liliana Minardi Paesani (Org.). **O direito na sociedade da informação**. São Paulo: Atlas, 2007.
- BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. Belo Horizonte: Lumen Juris, 2004.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Paulo M. Oliveira. São Paulo: Edipro, 2015.
- BECHARA, Fábio Ramazzini. **Cooperação jurídica internacional em matéria penal**. 2009. 156f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. São Paulo: Editora 34, 2011.

BOAS, Franz. **Antropologia cultural**. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. DOU, Brasília, DF, 05/10/1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 ago. 2018.

_____. **Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941**. DOU, Brasília, DF, 13/10/1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 10 ago. 2018.

_____. **Lei 12.735, de 30 de novembro de 2012**. DOU, Brasília, DF, 03/12/2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12735.htm>. Acesso em: 10 set. 2018.

_____. **Lei 12.737, de 20 de novembro de 2012**. DOU, Brasília, DF, 03/12/2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12737.htm>. Acesso em: 10 ago. 2018.

_____. **Lei 12.830, de 20 de junho de 2013**. DOU, Brasília, DF, 21/06/2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12830.htm>. Acesso em: 10 ago. 2018.

_____. **Lei 12.850, de 2 de agosto de 2013**. DOU, Brasília, DF, 05/08/2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm>. Acesso em: 21 nov. 2018.

_____. **Lei 12.965, de 23 de abril de 2014**. DOU, Brasília, DF, 24/04/2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 10 ago. 2018.

_____. **Lei 13.344, de 6 de outubro de 2016**. DOU, Brasília, DF, 07/10/2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13344.htm>. Acesso em: 22 ago. 2018.

_____. **Lei 13.709, de 14 de agosto de 2018**. DOU, Brasília, DF, 15/08/2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm>. Acesso em: 22 ago. 2018.

_____. Ministério Público Federal. 2ª Câmara de Coordenação e Revisão Criminal. **Roteiro de atuação: crimes cibernéticos**. 3. ed. Brasília: MPF, 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **RHC 51.531/RO**. Relator Ministro Nefi Cordeiro. DJe 09/05/2016. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=RHC%2051531>>. Acesso em: 24 nov. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 593.727/MG**. Relator: Ministro Cezar Peluso. Julgamento em: 14 de maio de 2015. Publicado no DJe em: 8 de setembro de 2015. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+593727%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+593727%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bxpwdga>>. Acesso em: 08 jan. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 91.867/PA**. Relator Ministro Gilmar Mendes. DJe 20/09/2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2792328>>. Acesso em: 26 nov. 2018.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Tradução livre: Servanda. Campinas: Servanda, 2012.

_____. **Derecho Procesal Civil y Penal**. Trad. Enrique Figueroa Alfonso. Mexico: Episa, 1997.

CARVALHO, Paulo Roberto de Lima. **Prova cibernética no processo**. Curitiba: Juruá, 2009.

CARVALHO FILHO, Eduardo Henrique de. **A persecução penal nos delitos informáticos**. 2013. 175 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdades Metropolitanas Unidas, São Paulo, 2013.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede – a era da informação: economia, sociedade e cultura**. Vol. 1, 8ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2005.

_____. **A galáxia da internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade**. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro. **Polícia Judiciária e garantia de direitos fundamentais**. In: CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de *et al* (Org.). **Investigação criminal pela Polícia Judiciária**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

_____. Inquérito policial tem sido conceituado de forma equivocada. **Revista Consultor Jurídico**, 21 fev. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-fev-21/academia-policia-inquerito-policial-sido-conceituado-forma-equivocada>>. Acesso em: 16 out. 2018.

COELHO, Emerson Ghirardelli. **Investigação criminal constitucional**. 2016. 166 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.

COLLI, Maciel. **Cibercrimes: limites e perspectivas à investigação policial de crimes cibernéticos**. Curitiba: Juruá, 2010.

CRESPO, Marcelo Xavier de Freitas. **Crimes digitais**. São Paulo: Saraiva, 2011.

DELEUZE, Gilles. **Conversações**. Trad. Peter Pál Pelbart. São Paulo: Editora 34, 2013.

ESTEFAM, André. **Direito penal**. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2010.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. Reflexões sobre as noções de eficiência e de garantismo no processo penal. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de (Coord.). **Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 3ª ed. Trad. Ana Paula Zomer Sica *et al.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 88, p. 439-459, 1993.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2017.

_____. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. 42ª ed. Trad. Raquel Ramalhete. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014.

FULLER, Greice Patrícia. A contemporaneidade do pensamento de John Locke no contexto do século XXI. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, n. 49, p. 139-144, 2004.

_____. A responsabilidade social e ambiental das entidades financeiras em face do Direito Ambiental como direito humano e da Sociedade da Informação. **Revista da Faculdade de Direito Universidade Federal de Minas Gerais**, n. 71, jul./dez. 2017.

_____. O direito criminal difuso, a dignidade da pessoa humana e a mídia na Sociedade da Informação. In: **Anais do VII Congresso Brasileiro da Sociedade da Informação**, São Paulo, vol. 7, nov./2014.

FURLANETO NETO, Mário; SANTOS, José Eduardo Lourenço dos; GIMENES, Eron Veríssimo. **Crimes na internet e inquérito policial eletrônico**. 1ª ed. São Paulo: Edipro, 2012.

GETSCHKO, Demi. Marco Civil da Internet e os fundamentos de seus princípios. In: ARTESE, Gustavo (Coord.). **Marco Civil da Internet**: análise jurídica sob uma perspectiva empresarial. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Unesp, 1991.

GREENWALD, Glenn. **No place to hide: Edward Snowden, the NSA, and the U.S. Surveillance State.** New York: Metropolitan Books, 2014.

HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo.** Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

_____. **O discurso filosófico da modernidade.** Tradução de Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

HALL, Stuart. **Identidade cultural na pós-modernidade.** Rio de Janeiro: DP&A, 2000.

HASSEMER, Winfried. Derecho Penal simbólico y protección de bienes jurídicos. In: BUSTOS RAMIREZ, Juan. **Pena y Estado.** Santiago: Editorial Jurídica Conosur, 1995.

_____. Perspectivas de uma moderna política criminal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 2, n. 8, p. 41-51, out./dez. 1994.

JAKOBS, Günter. **Ciência do direito e ciência do direito penal.** 1ª ed. Barueri/SP: Manole, 2003.

JESUS, Damásio de; MILAGRE, José Antonio. **Manual de crimes informáticos.** 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes.** Trad. Edson Bini. Bauru: Edipro, 2003.

KNIJNIK, Danilo. A trilogia Olmstead-Katz-Kyllo: o art. 5º da Constituição Federal do século XXI. **Revista da Escola da Magistratura do TRF da 4ª Região**, Porto Alegre/RS, ano 2, n. 4, p. 77-96, 2016.

KUMAR, Krishan. **Da sociedade pós-industrial à pós-moderna – novas teorias sobre o mundo contemporâneo.** Rio de Janeiro: Zahar, 1997.

LATOUR, Bruno. **Jamais fomos modernos: ensaio de antropologia simétrica.** São Paulo: Editora 34, 2013.

LESSIG, Lawrence. **Code and other laws of cyberspace.** New York: Basic Books, 1999.

LÉVY, Pierre. **Cibercultura.** Tradução de Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Editora 34, 1999.

LIPOVETSKY, Gilles. **Os tempos hipermodernos.** Tradução de Mário Vilela. São Paulo: Barcarolla, 2004.

LISBOA, Roberto Senise. Direito na sociedade da informação. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 95, n. 847, p. 78-95, maio 2006.

LOPES JÚNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LUHMANN, Niklas. Globalización o sociedad mundial: como concebir la sociedad moderna? Trad. José Javier Blanco Rivero. In: **International review of sociology**. V. 7, Issue 7, 1997.

_____. **A realidade dos meios de comunicação**. São Paulo: Paulus, 2005.

LYOTARD, Jean-François. **A condição pós-moderna**. Rio de Janeiro: José Olympio, 2006.

MACHADO, Antônio Alberto. **Teoria Geral do Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2009.

MAESTRI, Leticia de Almeida. Direito Penal na pós-modernidade. **Diritto & Diritti**, ISSN 1127-8579, 2017. Disponível em: <<https://www.diritto.it/direito-penal-na-pos-modernidade/>>. Acesso em: 10 de jun. 2018.

MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. **Processo e tecnologia: garantias processuais, efetividade e a informatização processual**. São Paulo: Kindle Edition (e-book), 2013.

MARQUES, Garcia; MARTINS, Lourenço. **Direito da informática**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2006.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. Vol. 1. 3ª ed. Campinas: Millennium, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MORAES, Rafael Francisco Marcondes de; ORTIZ, Luiz Fernando Zambrana. Inquérito Policial Eletrônico: tecnologia, garantismo e eficiência na investigação criminal. In: GIORDANI, Manoel Francisco de Barros da Motta Peixoto; MORAES, Rafael Francisco Marcondes de (Coord.). **Estudos contemporâneos de polícia judiciária**. São Paulo: LTr, 2018.

NASPOLINI SANCHES, Samyra Haydêe Dal Farra. **O minimalismo penal como política criminal de contenção da violência punitiva**. 1995. 130 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Humanas) – Universidade Federal de Santa Catarina, 1995.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal comentado**. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. **Manual de processo penal e execução penal**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

ORWELL, George. **1984**. Trad. Alexandre Hubner e Heloisa Jahn. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

PAESANI, Liliana Minardi. **Direito e Internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2000.

QUEIROZ, Carlos Alberto Marchi de. **Manual de polícia judiciária: doutrina, legislação e modelos**. 5ª ed. São Paulo: Delegacia Geral de Polícia, 2007a.

_____. **Manual operacional do policial civil: doutrina, legislação e modelos**. 4ª ed. São Paulo: Delegacia Geral de Polícia, 2007b.

REZENDE, Denis Alcides e ABREU, Aline França de. **Tecnologia da informação aplicada a sistemas de informações empresariais**. São Paulo: Atlas, 2000.

RODOTÁ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje**. Trad. Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RODRIGUES, Fillipe Azevedo. **Análise econômica da expansão do Direito Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

RODRIGUES, Léo Peixoto; NEVES, Fabrício Monteiro. **A sociologia de Niklas Luhmann**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2017.

ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

RUDNICKI, Dani. A Brigada Militar (e a formação do oficial) na contemporaneidade. In: BRASIL, Ministério da Justiça. **Segurança, Justiça e Cidadania**. Ano 4, n. 7, 2014. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/central-de-conteudo/senasp/anexos/revista-7.pdf>>. Acesso em: 04 dez. 2018.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos humanos fundamentais**. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2004.

SCHNEIER, Bruce. **Data and Goliath: the hidden battles to collect your data and control your world**. New York: W. W. Norton, 2015.

_____. **Secrets and lies: digital security in a networked world**. New York: Wiley Computer Publishing, 2000.

SCHWARTZ, Germano. **Autopoiese e Constituição**. Passo Fundo: UPF, 2004.

SILVA, Alexandre Assunção e. **Sigilo das comunicações na Internet**. Curitiba: Juruá Editora, 2017.

SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. Pedofilia, pornografia infantojuvenil e os tipos penais previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente. In: SILVA, Ângelo Roberto Ilha da (Organizador). **Crimes cibernéticos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SOUZA FILHO, José Frederico Marés de. **O renascer dos povos indígenas para o direito**. Curitiba: Juruá, 1998.

SOUZA, Luciano Anderson de. **Expansão do Direito Penal e globalização**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

SUMMERS, Stuart. **You: for sale – protecting your personal data and privacy online**. Waltham: Elsevier, 2016.

TORNAGHI, Hélio. **Compêndio de Processo Penal**. Tomo I. Rio de Janeiro: José Konfino, 1967.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. Vol. 1. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no Processo Penal**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

VATTIMO, Gianni. **O fim da modernidade**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

WAGNER, Daize Fernanda. A pena privativa de liberdade entre os povos indígenas do oiapoque: modelo próprio de execução penal? **Criminologias e Política Criminal**. Florianópolis: ed. CONPEDI, 2014. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=0cf5d42e34cf8a>>. Acesso em: 09 nov. 2018.

WENDT, Emerson; JORGE, Higor Vinicius Nogueira. **Crimes cibernéticos: ameaças e procedimentos de investigação**. Rio de Janeiro: Brasport, 2012.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Medo e Direito Penal: reflexos da expansão punitiva na realidade brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

ZEIDAN, Rogério. **Direito Penal contemporâneo: fundamentos críticos das ciências penais**. São Paulo: Saraiva, 2013.