

**FACULDADE DE DIREITO DA FUNDAÇÃO ESCOLA
SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO –
MESTRADO**

EDSON CESAR PEREIRA LEIRIAS

**A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL NA SOCIEDADE TECNOLÓGICA:
POSSIBILIDADES E LIMITES À UTILIZAÇÃO DE DRONES NA FASE
PRELIMINAR DA PERSECUÇÃO PENAL**

Porto Alegre

2021

EDSON CESAR PEREIRA LEIRIAS

**A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL NA SOCIEDADE TECNOLÓGICA:
POSSIBILIDADES E LIMITES À UTILIZAÇÃO DE DRONES NA FASE
PRELIMINAR DA PERSECUÇÃO PENAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público, para obtenção do título de Mestre em Direito.

Linha de Pesquisa: Tutelas à Efetivação de Direitos Públicos Incondicionados.

Orientador: Professor Dr. André Machado Maya

Porto Alegre

2021

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Paulo Pinto de Carvalho e setor de Tecnologia da Informação, com os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

Pereira Leirias, Edson Cesar

A investigação criminal na sociedade tecnológica: possibilidades e limites À utilização de drones na fase preliminar da persecução penal / Edson Cesar Pereira Leirias. -- Porto Alegre 2021.

189 f.

Orientador: André Machado Maya.

Dissertação (Mestrado) -- Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público, Mestrado em Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis, Porto Alegre, BR-RS, 2021.

1. Sociedade de Risco. Expansão Penal. Direitos Fundamentais. Investigação Criminal. Drones.. 2. Sociedade de Risco. Expansão Penal. Direitos Fundamentais. Investigação Criminal. Drones.. I. Machado Maya, André, orient. II. Título.

EDSON CESAR PEREIRA LEIRIAS

**A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL NA SOCIEDADE TECNOLÓGICA:
POSSIBILIDADES E LIMITES À UTILIZAÇÃO DE DRONES NA FASE
PRELIMINAR DA PERSECUÇÃO PENAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público, para obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovada em:

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Prof. Dr. André Machado Maya

Instituição: Fundação Escola Superior do Ministério Público

Assinatura: _____

Profa. Dra. Marta Saad Gimenes

Instituição: Universidade de São Paulo

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. Fábio Roque Sbardellotto

Instituição: Fundação Escola Superior do Ministério Público

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Porto Alegre

2021

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, professor André Machado Maya, pelas precisas orientações e sugestões. A ele, meu respeito e meu reconhecimento.

Aos professores, Anizio Pires Gavião Filho, Bruno Heringer Júnior, Conrado Paulino da Rosa, Fábio Roque Sbardello, Francisco José Borges Motta, José Tadeu Neves Xavier, Raquel Fabiana Lopes Sparemberger, Rogério Gesta Leal, pela excelência e comprometimento nas aulas ministradas.

Aos demais profissionais da Fundação Escola Superior do Ministério Público, pelo trabalho na manutenção da estrutura do programa de pós-graduação em tempos de excepcionalidade.

Aos meus pais, Osni Bueno Leirias e Terezinha Pereira Leirias, pela generosidade e apoio nos momentos mais difíceis.

Ao meu filho, Juan Leirias, por estar ao meu lado e ter paciência e compreensão nas horas de ausência. Faça por merecer meu filho!

E por fim, à minha namorada Luana Souza, por toda a ajuda e incentivo. Esse caminho teria sido muito mais difícil sem você!

Seja você quem for, seja qual for a posição social que você tenha na vida, a mais alta ou a mais baixa, tenha sempre como meta muita força, muita determinação e sempre faça tudo com muito amor e com muita fé em Deus, que um dia você chega lá. De alguma maneira você chega lá.

Ayrton Senna

RESUMO

A presente pesquisa trata do tema da investigação criminal na sociedade contemporânea e tem como objetivo verificar a possibilidade e os limites ao incremento de novas tecnologias na investigação criminal, visando uma maior efetividade em seus resultados. A pesquisa situa-se no contexto dos riscos e perigos com os quais convive a sociedade hodierna, que geram uma constante busca por mais segurança. Os avanços tecnológicos possibilitam reconhecidas melhorias para a sociedade, mas, por outro lado, a sua utilização para fins ilícitos gera um incremento da sensação de insegurança. Em tal cenário, verifica-se uma expansão do sistema penal como forma de controle dos novos riscos, o que afeta também a investigação criminal, fase determinante para o efetivo esclarecimento de ilícitos penais. Nesta perspectiva, a pesquisa se propõe a investigar as possibilidades e limites do uso de drones pelos órgãos de segurança do Estado no âmbito da investigação criminal. A metodologia é dedutiva e a técnica de pesquisa bibliográfica. Ao final, conclui-se, diante da ausência de regulamentação específica, por um lado, e da importância da atualização das técnicas de investigação criminal e da consequente utilização dos recursos tecnológicos disponíveis, por outro, que o recurso aos drones deve observar, por analogia, as regras aplicáveis às interceptações telefônicas, como forma de viabilizar a efetividade da investigação criminal e o devido respeito às liberdades individuais.

Palavras chave: Sociedade de Risco. Expansão Penal. Investigação Criminal. Drones.

ABSTRACT

The present research deal with the theme of criminal investigation in contemporary society and aims to verify the possibility and limits to the increase of new technologies in criminal investigation, aiming at greater effectiveness in its results. The research is situated in the context of the risks and dangers with which today's society lives, which generate a constant search for more safety. Technological advances enable recognized improvements for society, but, on the other hand, their use for illicit purposes creates an increase in the feeling of insecurity. In such a scenario, there is an expansion of the penal system as a way of controlling new risks, which also affects criminal investigation, a decisive phase for the effective clarification of criminal offenses. In this perspective, the research aims to investigate the possibilities and limits of the use of drones by state security agencies in the scope of a criminal investigation. The methodology is deductive and the technique of bibliographical research. In the end, it is concluded, given the absence of specific regulations, on the one hand, and the importance of updating criminal investigation techniques and the consequent use of available technological resources, on the other hand, that the use of drones must observe, by analogy, the rules applicable to telephone interceptions, as a way to enable the effectiveness of the criminal investigation and due respect for individual freedoms.

Keywords: Risk Society. Penal Expansion. Criminal investigation. Drones.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
2 SOCIEDADE DE RISCO E DIREITO PENAL	16
2.1 Sociedade de Risco.....	16
2.2 Globalização e sociedade tecnológica	23
2.3 Os riscos tecnológicos e seus reflexos penais: a expansão do controle estatal pela via penal	26
3 INVESTIGAÇÃO CRIMINAL E SOCIEDADE DE RISCO	47
3.1 A investigação criminal como instrumento a serviço da efetividade da persecução penal	47
3.2 Normatividade da investigação criminal no Brasil: Código de Processo Penal e leis ordinárias	55
3.3 A necessidade da adequação da investigação criminal aos novos riscos inerentes da sociedade tecnológica.....	63
3.3.1 Prova no Processo Penal.....	76
3.3.2 Provas lícitas e ilícitas	76
3.4 Sociedade tecnológica e novos riscos.....	80
4 DIREITOS FUNDAMENTAIS E INVESTIGAÇÃO CRIMINAL	87
4.1 A estrutura dos direitos fundamentais na teoria de Robert Alexy.....	90
4.2 As possibilidades de restrições aos Direitos Fundamentais	97
4.3 Os Direitos fundamentais como barreiras <i>prima facie</i> ao controle estatal pela via penal também na fase de investigação criminal.....	115
5 INVESTIGAÇÃO CRIMINAL NA SOCIEDADE TECNOLÓGICA.....	121
5.1 Limites decorrentes dos direitos e liberdades individuais.....	122
5.1.2 Privacidade e Intimidade	124
5.1.3 Inviolabilidade do domicílio.....	132
5.2 O uso de drones para fins de investigação criminal	146
5.3 Necessidade de regulamentação	158
CONSIDERAÇÕES FINAIS	171
REFERÊNCIAS	177

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa, desenvolvida no âmbito da linha 1 do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul, que trata das tutelas à efetivação dos direitos públicos incondicionados, aborda os efeitos dos avanços tecnológicos na criminalidade no contexto da chamada sociedade de risco e, com isso, estuda-se seus reflexos na expansão penal, partindo para a análise das consequências sobre os direitos fundamentais, apontando, posteriormente, a necessidade do incremento de novas técnicas de investigação criminal para obtenção de provas e um efetivo enfrentamento à criminalidade moderna, sem, contudo, olvidar da preeminência de se tutelar os direitos e liberdades individuais. Ao fim e ao cabo, almeja-se alcançar uma resposta para o seguinte problema: Se é possível a utilização de drones na investigação criminal e, em caso positivo, quais os limites, dada a necessidade de se resguardar os direitos fundamentais, em especial da intimidade, da privacidade e da inviolabilidade do domicílio.

Como fruto da Revolução Industrial, a busca pelo desenvolvimento tecnológico acarretou mudanças benéficas para a sociedade, mas também implicou em danos e riscos altamente prejudiciais, na medida em que não se despendeu atenção para as consequências que poderiam surgir diante de uma expansão descontrolada na busca por avanços nos mais diversos setores sociais, atrelada à exploração exacerbada dos recursos naturais, afetando, inclusive, as gerações futuras.

No contexto da modernidade e dos contínuos efeitos da globalização, sob a égide de uma sociedade de risco, o sistema penal enfrenta uma crise, quanto aos valores dogmáticos causais e à legitimidade, na medida em que os institutos de imputação de outros tempos não conseguem apontar soluções para uma sociedade tecnológica complexa, com altos índices de desigualdades, causadores de exclusão social, e conseqüentemente do aumento da criminalidade.

As concepções teóricas de Ulrich Beck, Anthony Giddens e Zygmunt Bauman são importantes para a análise do fenômeno a sociedade de risco, ressaltando que não se trata de um conceito inventado, muito menos concebido para imprimir temor nas pessoas. Antes, porém, a sociedade de risco é um processo real, do qual todos sofrem os efeitos.

É inegável que a sociedade vem sofrendo grandes transformações desde a revolução industrial. Os progressos tecnológicos e científicos, a globalização, compreendidos na conjuntura capitalista, alteraram a concepção do ordenamento jurídico-penal.

Os padrões coletivos de vida, de progresso e de exploração da natureza estão radicalmente alterados pela ocorrência interligada de seus processos de desenvolvimento e, desta forma, a manipulação do processo tecnológico produz múltiplos riscos que podem causar significativas violações aos direitos fundamentais.

Nesse prisma, o Direito Penal, como meio utilizado para a repressão de ações que efetivamente causem lesões aos bens jurídicos tutelados, torna-se um mecanismo estatal para atuar na prevenção de condutas presumidamente danosas. Destarte, o Direito Penal sofre expansão, para que possa intervir em campos que até então não estavam sob sua proteção.

É senso comum que, nos dias atuais, a sensação de insegurança está presente em níveis cada vez mais elevados na sociedade. O sistema penal, instigado pelas novas exigências de criminalização, é incrementado por normas repressoras, distanciando-se de seus princípios subsidiário e fragmentário, tomando uma posição mais punitiva, ignorando, por vezes, direitos e garantias penais e processuais penais.

Assim sendo, o denominado “risco” obriga o ordenamento criminal a uma readaptação de seus institutos objetivando a garantia efetiva da tutela dos bens jurídicos, diante das incertezas da sociedade de risco.

Por um lado, a realidade demanda uma atuação célere do Estado e, por outro, a reestruturação da dogmática jurídico-penal, nos padrões como se manifesta hoje, causa também perturbação social, na medida em que os princípios e garantias fundamentais, que servem como barreiras para a intervenção estatal penal na esfera dos direitos e liberdades individuais, passam a ser mitigados e, muitas vezes, esquecidos em busca de uma imaginada efetividade no combate aos novos riscos.

A expansão penal para tutelar novos bens jurídicos inerentes à sociedade de risco implica na necessidade de que os procedimentos processuais sejam suficientes e adequados para que o Estado possa dar total proteção aos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos.

Há no Brasil um vasto arcabouço legislativo criminal, de onde são extraídas muitas tipificações penais, bem como novas metodologias de investigação e obtenção de provas. Esses diplomas normativos muitas vezes flexibilizam garantias processuais ao implementarem novos métodos de investigação criminal.

Tal constatação é amparada pelas diversas medidas de cunho tecnológico já existentes concebidas pelo legislador, dentre elas, a interceptação telefônica, telemática e ambiental, a busca e apreensão de dispositivos informáticos, o acesso a dados cadastrais, infiltração de agentes, consistindo em medidas altamente invasivas nos direitos fundamentais, sobretudo no que tange à privacidade e à intimidade dos indivíduos.

A vida em sociedade evidencia todos os dias infinitas situações em que é preciso que se tome alguma decisão sobre qual direito deve prevalecer em determinado caso concreto. Isso fica evidente no contexto das investigações criminais, onde entram em conflito o direito à segurança e diversos outros direitos, como a privacidade e a intimidade, além daqueles inerentes ao devido processo legal.

O Estado no cumprimento do seu dever de proteção penal aos bens jurídicos essenciais a uma vida digna tem a obrigação de investigar as infrações penais e aplicar a devida punição ao violador da norma penal. Contudo, a investigação criminal encontra seus limites na obrigação estatal de tutela aos direitos fundamentais. Vale dizer, não pode o Estado, para atender o clamor social por segurança, olvidar-se das garantias fundamentais de todos os indivíduos, inclusive os investigados.

Os direitos fundamentais foram conquistados por meio de muitas lutas e revoluções, sendo essenciais à proteção do princípio da dignidade da pessoa humana e, na sua concepção subjetiva, constituem os direitos de defesa do indivíduo contra arbítrios do Estado em sua liberdade pessoal e propriedade, ao passo que na sua concepção objetiva, apresentam-se no âmbito constitucional como um conjunto de valores objetivos básicos e fins diretivos da ação positiva dos poderes públicos, e não apenas garantias negativas dos interesses individuais.

Nesta senda, importante é a contribuição da teoria de Robert Alexy acerca da estrutura dos direitos fundamentais, abarcando possibilidades de restrições e limites sobre eles. Para Alexy, a distinção estrutural entre regras e princípios é fundamental para se desenvolver uma teoria dos direitos fundamentais, capaz de ponderar as possibilidades de restrição, solucionar colisões ou mesmo identificar a função dos direitos fundamentais no sistema jurídico.

Embora o reconhecimento de toda a força normativa dos direitos fundamentais, reconhece-se também a necessidade da existência de intervenção penal em determinados setores, pois sem a proteção jurídico-penal, os direitos fundamentais e a Constituição seriam supérfluos, implicando em anarquia e arbitrariedades na vida social.

De tal modo, o dever de proteção penal impõe ao Estado o monopólio da força, cumprindo-lhe a elaboração e manutenção de disposições jurídico-penais necessárias à tutela dos direitos fundamentais, executando de forma efetiva, por meio de seu poder de polícia, as devidas investigações para a elucidação das condutas criminais e a posterior aplicação de sanção penal aos infratores, buscando a efetividade na persecução criminal.

Contudo, sempre haverá a necessidade de se respeitar as garantias penais e processuais penais quando se observa tudo o que tange ao conjunto de direitos fundamentais, correspondendo a obrigações estatais de prestação ou proibições de lesão a direitos.

Nesse ponto, verifica-se que os direitos fundamentais devem atuar como barreiras *prima facie* na atuação estatal na fase da investigação criminal, isto é, por mais invasiva que sejam suas técnicas, a investigação criminal deve encontrar seus limites na primazia aos direitos fundamentais, visto que a reação penal consiste essencialmente na privação de bens jurídicos para sustentar seus fins de prevenção.

É, então, a investigação criminal um procedimento imprescindível para os deveres de proteção penal. Mas para isso, ou seja, para que esta primeira fase da persecução criminal atinja sua finalidade, deverá ser pautada pela eficiência, com procedimentos, recursos técnicos e pessoais adequados e capacitados para o enfrentamento da criminalidade contemporânea.

Nesse passo, para entregar subsídios à efetividade investigação criminal, deve a legislação pertinente adequar-se às novas realidades surgidas dos riscos advindos da modernidade, sob pena de se utilizar procedimentos arcaicos no atendimento de demandas sociais modernas por segurança.

A concretização de violações aos direitos fundamentais diante dos riscos tecnológicos, bem como a constatação da ineficiência dos procedimentos tradicionais de investigação criminal potencializam os esforços estatais no sentido de conceberem instrumentos adequados ao combate de formas graves de criminalidade, como corrupção, lavagem de dinheiro, tráfico de drogas e armas, práticas estas geralmente ligadas a organizações criminosas.

De tal modo, qualquer nova técnica de investigação a ser utilizada deverá estar devidamente autorizada por lei específica e a consequente apreciação judicial ao caso concreto, quando necessária, sob pena de invalidar as provas obtidas e mitigar ou violar direitos fundamentais sem o devido juízo de ponderação diante do conflito entre o direito à segurança e os respectivos direitos fundamentais atingidos quando no caminho da persecução penal.

Nos dias atuais, diante dos inúmeros aparatos tecnológicos de fácil acesso às pessoas, é possível observar meios empregados para a obtenção de provas que podem apresentar grave ameaça aos direitos fundamentais e que ainda carecem de melhor normatização.

Os instrumentos modernos de comunicação cada vez mais vão sendo inseridos na metodologia dos criminosos, impondo dificuldades na obtenção de dados essenciais para a investigação e elucidação dos delitos.

Neste contexto, surge, nos últimos anos, a utilização de drones em atividades de investigação criminal. O avanço desses aparatos, cada vez mais carregados de recursos tecnológicos acaba levantando debates, como por exemplo, a discussão atual sobre a popularização desses aparelhos e o seu uso indiscriminado e a necessidade de uma regulamentação para seu o seu emprego.

O fato é que o uso deste equipamento tem alto poder de espionagem, visto que consiste em um aparelho controlado remotamente e que pode possuir modernos dispositivos de captura de imagens e vídeos de alta resolução.

Desta forma, vislumbra-se a possibilidade de utilização desses equipamentos em investigações criminais que, sem dúvidas, são importantes instrumentos que podem auxiliar muito o trabalho investigativo.

Por outro lado, esses aparelhos também têm alto poder para violar a privacidade e intimidade das pessoas, visto a sua capacidade de vigilância e discrição. E, com o contínuo desenvolvimento tecnológico, os drones serão cada vez menores, aproximando-se ao tamanho de insetos, o que aumentará sua capacidade de ocultar-se em suas atividades de vigilância.

No contexto da sociedade de riscos, onde se observa em algumas situações a mitigação das garantias constitucionais em nome da busca por instrumentos para o enfrentamento da criminalidade moderna e a efetiva tutela penal aos bens jurídicos, a utilização de drones nas atividades investigativas terá a mesma, ou ainda maior, capacidade de violar os direitos fundamentais dos indivíduos.

Percebe-se então a necessidade de uma melhor regulamentação e fiscalização no uso destes dispositivos tecnológicos. Pois, a investigação criminal, mecanismo essencial para o sistema penal, deve manter-se atualizada e adequada, sendo o uso de drones para técnicas investigativas, um importante recurso frente às demandas da criminalidade moderna.

Mas seu uso não pode ser indiscriminado, pois tem alto poder de violação de direitos fundamentais, assim como tem a interceptação telefônica, que, desta forma, foi alvo de regulamentação legal para que, sob apreciação judicial, pudesse ser ponderada a mitigação de direitos fundamentais, como intimidade e privacidade, frente ao direito fundamental à segurança.

O assunto tem considerável relevância, uma vez que a sociedade, frente aos riscos e perigos da modernidade, convive com intensos debates acerca da forma como lidar com a sensação de insegurança, ampliada pelo avanço da criminalidade moderna e a ineficiência do sistema penal.

O método de abordagem utilizado na pesquisa é o dedutivo, partindo da perspectiva geral para a específica. Como metodologia de procedimento para a realização do trabalho será utilizada a pesquisa bibliográfica, buscando sugerir soluções para o problema proposto. Far-se-á uma observação da realidade, bem como dos princípios, enunciados e teorias já existentes, a fim de se chegar, apenas, a conclusões gerais e abstratas, utilizando-se, para tanto, a legislação, doutrina, jurisprudência e sites especializados, por meio de um raciocínio silogístico. Também

será empregada a interpretação sociológica, que entende o Direito como um processo em constante mutação no espaço e no tempo, sujeito às influências do pensamento e da conduta humana, que deve ser harmonicamente estruturado, evitando-se ao máximo compactuar com distorções sistêmicas.

2 SOCIEDADE DE RISCO E DIREITO PENAL

O presente capítulo trata da conceitualização da sociedade contemporânea, caracterizada como uma sociedade de risco discorrendo sobre as consequências da evolução tecnológica e suas influências na expansão do Direito Penal. Este instrumento de controle social acaba por fugir aos seus paradigmas tradicionais de intervenção estatal na repressão de condutas que atingem bens jurídicos clássicos, transformando-se em uma das ferramentas mais utilizadas pelo Estado na função de contenção preventiva de condutas que ameaçam novos bens jurídicos surgidos como resultantes do desenvolvimento tecnológico e da globalização.

Os riscos inerentes à sociedade hodierna e o clamor social por segurança pública pressionam o Estado a encontrar soluções para os mais diversos problemas no setor e, assim, por meio da criação de tipos penais, do recrudescimento da lei e de medidas punitivas, o Direito Penal assume um caráter expansionista com o fim de atender as demandas sociais e garantir a tutela efetiva dos direitos fundamentais.

2.1 Sociedade de Risco

A sociedade contemporânea está envolta em um contexto de múltiplas transformações advindas de um desenvolvimento tecnológico-científico rápido e contínuo, de onde resultam diversos riscos¹ e problemas que atingem a estabilidade social, frente às chamadas promessas não cumpridas da modernidade, no sentido da ruptura na crença de que níveis de civilidade, segurança, crescimento econômico isonômico e sustentável, pudessem ser garantidos².

Esse conjunto de transformações que culminou no quadro atual, ganhou maior velocidade por meio dos ideais iluministas³, onde novos tempos foram sendo vislumbrados. As ideologias baseadas na razão e na liberdade passaram a alterar os contornos da sociedade, guiando seu destino pelo desenvolvimento tecnológico e científico.

Essa modernidade deu seus primeiros passos na Europa do século XVII, com a Revolução Francesa, e fez surgir um novo estilo de vida baseado em novos costumes e em uma nova organização social. Fenômeno este que se espalhou pelo mundo, modificando os padrões sociais tradicionais de forma profunda e sem precedentes. Tais mudanças na sociedade foram muito significativas, tanto em sua extensão, quanto em sua intensidade, na medida em que

¹ BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco, rumo a outra modernidade**. 2ª ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

² LEAL, Rogerio Gesta. **O Direito Penal e Processual Penal na Sociedade de Riscos: Aspectos Teóricos e Pragmáticos (Estudos de Casos)**. 1ª ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. p. 31.

³ ROSA, Carlos Augusto de Proença. **História da Ciência. A Ciência Moderna**. 2ª ed. Brasília: FUNAG, 2012. p. 232.

trouxeram consigo novos desafios ao Estado na perspectiva da manutenção da organização da sociedade⁴.

Nesses novos tempos ocorreu a revolução industrial, iniciada na Inglaterra, no século XVIII, levando a modernização aos meios de produção, substituindo o trabalho artesanal pelo assalariado e inserindo máquinas na cadeia produtiva. Até o final do século XVIII a maioria da população europeia vivia no campo e produzia o que consumia. Por meio do trabalho manual, o produtor dominava todo o processo produtivo. A transição do artesanato e da manufatura, a busca por maiores lucros e menos custos, transformaram os meios de produção, gerando muita mão-de-obra⁵ disponível e barata.

Assim firmava-se o capitalismo que, juntamente com a industrialização, foram sedimentados e o desenvolvimento do conhecimento e das tecnologias foi crescendo de forma cada vez mais rápida. Porém, embora acompanhado de muitos benefícios e melhorias para a sociedade, esse desenvolvimento também implicou em uma dinâmica de contaminação contínua por valores mercantis que impuseram a individualização de comportamentos, gerando incertezas, indefinição de valores e descrédito em instituições e pessoas.

Sobre esta temática, Ulrich Beck esclarece que:

O conceito de “sociedade industrial” ou “de classes” (na mais ampla vertente de Marx e Weber) gira em torno da questão de como a riqueza socialmente produzida pode ser distribuída de forma socialmente desigual e ao mesmo tempo “legítima”. Isto coincide com o novo paradigma da sociedade de risco, que se apoia fundamentalmente na solução de um problema similar e, no entanto, inteiramente distinto. Como é possível que as ameaças e riscos sistematicamente coproduzidos no processo tardio de modernização sejam evitados, minimizados, dramatizados, canalizados e, quando vindos à luz sob a forma de “efeitos colaterais latentes”, isolados e redistribuídos de modo tal que não comprometam o processo de modernização e nem as fronteiras do que é (ecológica, medicinal, psicológica ou socialmente) “aceitável”⁶?

Neste cenário, a sociedade convive com uma sensação constante de riscos e perigos. As inovações da produção científica e tecnológica, o desenvolvimento industrial, a exploração despreocupada e agressiva do meio ambiente, a manipulação de novas formas de energia, são fatores que configuraram a sociedade de atual, com riscos e perigos difíceis de serem limitados e controlados.

Anteriormente se tinha a concepção de que os riscos e perigos advinham das forças da natureza e do comportamento individual das pessoas. Nos dias atuais eles surgem da evolução tecnológica, científica e relações consumeristas, sedimentados pela economia liberal e pela

⁴ GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Tradução: Raul Kiker. São Paulo: Editora UNESP, 1991. p. 14.

⁵ PRONI, Marcelo Weishaupt. **História do Capitalismo**. Unicamp, 1997. p. 12.

⁶ BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco, rumo a outra modernidade**. 2ª ed. São Paulo: Editora 34, 2011. p. 23.

globalização, demonstrando que essas evoluções se tornaram concomitantemente, instrumentos de definição e fonte de solução dos problemas. Neste cenário, os prejuízos socioambientais tornam-se simultaneamente alternativa e oportunidade no mercado de bens e consumo⁷.

A questão do risco transformou-se em tema decisivo para o futuro social, na medida em que contempla todos os setores da sociedade, dentre eles, a tecnologia e a economia, ordens centrais da contemporaneidade.

E, assim, a sociedade é pautada por decisões que se referem relativamente ao futuro que podem apresentar perigos que se quer evitar, acarretando consequências diferentes das esperadas⁸, diante de decisões que são tomadas em condições de incerteza. Logo, os perigos produzidos podem ser imputados às decisões que, se diferentes fossem, poderiam evitá-los⁹.

Nesta linha de concepção, João Areosa, citando Hespanha e Carapinheiro, expõe que os riscos nem sempre devem ser associados a algo negativo, pois determinado risco pode alcançar vantagens esperadas, mas, por outro lado, isso pressupõe a probabilidade de suportar as desvantagens que podem surgir na atividade de risco¹⁰.

Raffaele de Giorgi diferencia perigo e risco aduzindo que perigos são aqueles danos futuros que não se podem evitar, e riscos são aqueles danos futuros que se podem evitar. Para o autor, na sociedade atual existem menos perigos e mais riscos, na medida em que o problema do futuro é sempre um problema mais grave e mais emergente. Desta forma, é necessário estudar as modalidades consoante as quais se tomam decisões de distintos sistemas sociais e estas se encontram em uma teoria do risco, não porque nessa sociedade os perigos são maiores, mas sim os riscos¹¹.

Na concepção de Anthony Giddens, perigo e risco possuem relação estreita, mas são institutos distintos. A diferença não está no fato de como um indivíduo calcula ou não conscientemente as alternativas ao assumir uma conduta específica. Portanto, o autor explica que o que o risco pressupõe é precisamente o perigo, mas não necessariamente a consciência deste¹².

⁷ BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco, rumo a outra modernidade**. 2ª ed. São Paulo: Editora 34, 2011. p. 270.

⁸ GIORGI, Raffaele de. **Entrevista com o professor Raffaele de Giorgi**. Poder Judiciário do Estado de Rondônia. Tribunal de Justiça. Disponível em: <<https://tjro.jus.br/noticias/item/3658-entrevista-com-o-professor-raffaele-de-giorgi>>. Acesso em: 20/10/2020.

⁹ GIORGI, Raffaele de. **Direito, Democracia e Risco: Vínculos Com o Futuro**. Safe, 1998. p. 215.

¹⁰ AREOSA, João. **Riscos Sociais, tecnologias e acidentes**. Mulemba, 2015. p. 4. Disponível em: <<https://journals.openedition.org/mulemba/348>>. Acesso em 19/10/2020.

¹¹ GIORGI, Raffaele de. **Entrevista com o professor Raffaele de Giorgi**. Poder Judiciário do Estado de Rondônia. Tribunal de Justiça. Disponível em: <<https://tjro.jus.br/noticias/item/3658-entrevista-com-o-professor-raffaele-de-giorgi>>. Acesso em: 20/10/2020.

¹² GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Tradução: Raul Kiker. São Paulo: Editora UNESP, 1991. p. 40.

Em direção afim, Christian Guy Caubet afirma que a questão do risco se refere, assim, a fenômenos, fatos, opções, decisões que, após terem sido escolhidos como solução para problemas estruturais das sociedades industriais, apresentam-se como graves ameaças sociais em razão das consequências coletivas inesperadas engendradas por sua própria estrutura ou constituição¹³.

Por conseguinte, é possível diferenciar o conceito de risco, que guia a compreensão de sociedade de risco, de perigo, porque este advém de causas externas, naturais, não imputáveis ao homem, enquanto aquele resulta de uma dimensão humana, de escolha e aceitação dos efeitos. Assim define Paulo Roney Ávila Fagúndez: O risco é uma consequência do próprio atuar, enquanto o perigo é uma ameaça que provém do exterior¹⁴.

Neste rumo, pode-se dizer que o conceito de risco depende do conceito de perigo. A título exemplificativo, um vendaval é um perigo e, aquele que constrói uma casa sem a estrutura adequada, expõe-se a um risco. O uso do desenvolvimento tecnológico para fins ilícitos é um perigo e, assim, aquele que não protege seus dados e suas informações com segurança adequada expõe-se a um risco.

Constatado que a humanidade passa por um turbulento momento de ruptura com os horizontes consagrados pela modernidade¹⁵, é importante reconhecer o surgimento de fenômenos sociais característicos desse período cheio de mudanças, onde se percebe uma tentativa constante de compatibilizar a sustentabilidade do desenvolvimento social com a presença de riscos que ameaçam a própria sobrevivência da sociedade.

Muitos estudos levaram às teorias que visam a compreensão das transformações sociais que alteram substancialmente os paradigmas da sociedade hodierna. Entre as diversas teorias que, procuram explicar os acontecimentos e fenômenos que alicerçaram a sociedade contemporânea, destacam-se os ensinamentos de Ulrich Beck e Anthony Giddens.

Para Beck, a modernidade pode ser vista como tradicional e reflexiva, as quais são base para a formação do conceito de sociedade de risco. A modernidade tradicional reflete um período onde o desenvolvimento social era baseado na exploração direta do meio ambiente em busca de recursos naturais, onde era possível manter certo padrão de controlabilidade.

Nesse primeiro estágio percebe-se que o Estado passa a fomentar o desenvolvimento industrial. A sociedade agrária começa a migrar para uma sociedade pautada pelos ideais

¹³ CAUBET, Christian Guy. **O Escopo do Risco no Mundo Real e no Mundo Jurídico**. Governo dos Riscos. Rede Latino-Americana-Europeia sobre Governo dos Riscos. Unitar, 2005. p. 28.

¹⁴ FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila. **O direito e a hipercomplexidade**. São Paulo: Ltr, 2003. p. 164.

¹⁵ BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. **Modernização Reflexiva: Política, Tradição e Estética na Ordem Social Moderna**. Tradução de Magda Lopes. São Paulo: Universidade Estadual Paulista, 1997. p. 13.

iluministas do século XIX que aposta seu futuro no desenvolvimento científico e tecnológico como meio de satisfação de todas as demandas sociais. Em síntese, é a passagem de uma forma social tradicional para uma forma social industrial.

No segundo estágio, a modernidade passa a ser caracterizada pela falência dos fundamentos da modernidade tradicional, ao passo em que começa a ser perdida a ideia de controlabilidade e segurança dos processos de exploração de recursos.

Esta nova fase da evolução social foi chamada por Beck de modernidade reflexiva, lecionando ou autor que:

Existem dois momentos distintos da modernização: (a) a modernização simples, que ocorreu durante o período industrial; e (b) a modernização reflexiva, em que o homem começou a admitir os riscos decorrentes dessa evolução. Sob este enfoque, em um primeiro momento (sociedade industrial) ocorreram grandes avanços tecnológicos sem que, no entanto, fossem percebidos todos os riscos e perigos inerentes a estes avanços. Em um segundo momento (sociedade de risco), os avanços tecnológicos prosseguiram e foram percebidos pela sociedade, ou seja, há uma autorreflexão dos riscos que decorrem da moderna evolução social¹⁶.

Essa distinção entre as fases da modernidade está relacionada à divisão de riquezas e à produção dos riscos pelo desenvolvimento tecnológico. A modernidade reflexiva alterou os padrões da sociedade, do progresso e dos inerentes riscos. Esse momento da modernização ultrapassa as fronteiras entre os Estados afastando-se dos paradigmas da modernização tradicional.

No entendimento de Pedro Roberto Jacobi, a sociedade é produtora de riscos e se torna progressivamente reflexiva, o que significa deduzir que ela se torna um tema e um problema para si. A sociedade global reflexiva se vê obrigada a se confrontar com aquilo que criou, seja de positivo ou de negativo¹⁷.

A produção social da riqueza relaciona-se diretamente à produção social do risco na modernidade, visto que os processos tecnológicos, científicos e industriais geram riscos inevitavelmente, sendo uma das principais consequências observadas na evolução da sociedade, associada ao fato de que não atingem tão somente a população atual, na medida em que as gerações futuras também poderão sentir os reflexos dos riscos produzidos no presente.

Ulrich Beck alerta que natureza e sociedade não podem ser dissociadas, uma vez que a destruição daquela interfere na dinâmica política e econômica desta¹⁸. Alguns riscos geram um

¹⁶ BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco, rumo a outra modernidade**. 2ª ed. São Paulo: Editora 34, 2011. p. 231-232.

¹⁷ JACOBI, Pedro Roberto. **Educar na sociedade de risco: o desafio de construir alternativas**. Faculdade de Educação da USP. Revista em Educação Ambiental, 2007. p. 55. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/pea/article/view/30029>>. Acesso em: 05/11/2020.

¹⁸ BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco, rumo a outra modernidade**. 2ª ed. São Paulo: Editora 34, 2011. p. 89.

nível mais elevado de desenvolvimento das forças de produção, a exemplo da radioatividade, das substâncias nocivas e tóxicas presentes no ar, na água e nos alimentos. Suas consequências a curto e longo prazos para as pessoas, plantas e animais, causam danos frequentemente irreversíveis e muitas vezes imperceptíveis.

O sociólogo alemão destaca três principais riscos globais¹⁹: 1º) a destruição ecológica condicionada pela riqueza: camada de ozônio, efeito estufa, e também das consequências imprevisíveis da manipulação genética; 2º) a destruição ecológica condicionada pela pobreza: há uma íntima relação entre pobreza e destruição ambiental e; 3º) riscos das armas de alto poder destrutivo, como as químicas, biológicas, nucleares e tecnológicas: também relacionados com os conflitos militares entre Estados, acrescidos dos riscos de terrorismo, guerras e disputas por fontes vitais (petróleo, água) ou mesmo a convocação de forças militares por fundamentalistas ecológicos do Ocidente com a intenção de impedir a destruição ambiental.

Assim sendo, na modernidade avançada, a sociedade em todos os seus setores (econômico, político, família, cultura etc) não pode ser compreendida de uma forma independente da natureza. Com isso, delinea-se uma nova concepção de segurança, controle, limitação e distribuição das consequências dos danos e ameaças.

Esta teoria desenvolvida por Ulrich Beck está relacionada ao discernimento social dos riscos que envolvem a evolução da tecnologia global. A sociedade torna-se crítica da sua própria evolução industrial até a modernidade atual, onde é possível perceber transformações sistêmicas em três áreas de referência²⁰.

Em primeiro plano está o relacionamento da sociedade industrial moderna com os recursos da natureza, sobre cuja coexistência é construída, mas é dissipada na modernização estabelecida. Em segundo plano existe o relacionamento da sociedade com as ameaças e problemas produzidos por esta, extrapolando as bases das ideias sociais de segurança. Em terceiro plano, a sociedade industrial está sofrendo de exaustão, desintegração e frustração.

Na perspectiva de Anthony Giddens, a constante sensação de risco atinge a todas as pessoas, na medida em que a extensão dessas mudanças sociais e as alterações advindas da modernidade constituíram formas de interconexão social que se expandiram por toda a

¹⁹ BECK, Ulrich. **O que é globalização? Equívocos do globalismo: respostas à globalização**. Tradução: André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 79-82.

²⁰ BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. **Modernização Reflexiva: Política, Tradição e Estética na Ordem Social Moderna**. Tradução: Magda Lopes. São Paulo: Universidade Estadual Paulista, 1997. p. 18.

sociedade mundial e que a intensidade dessas mudanças atingiu substancialmente as mais íntimas características da existência humana²¹.

Ainda, consoante o autor, numa sociedade em constante evolução, a noção de risco se torna tema central na evidência de um futuro problemático e imprevisível, onde se constata um afastamento das tradições do passado, deixando espaço para um terreno de possibilidades e pensamentos muitas vezes errados sobre o cálculo dos riscos²².

O sociólogo britânico adverte ainda que a inquietação com os riscos na vida social moderna não está necessariamente ligada aos perigos que podem atingir a integridade física ou a vida, tendo em vista que a sociedade chegou a um patamar de vida com maior grau de salubridade e longevidade em comparação ao passado. Desta forma, os elementos redutivos do risco, no que diz respeito à segurança básica da vida, parecem superar os novos riscos²³.

Os riscos relacionados às práticas atuais podem gerar consequências futuras, pois o futuro abre novas possibilidades, até mesmo institucionalmente organizadas, inerentes às sociedades modernas, e com potencialidade de afetar a todos²⁴, na medida em que estão ligados à exploração e ao manejo de novas tecnologias, como energia nuclear, tecnologia genética, química e alimentícia, o que Giddens chama de riscos de artificiais, visto que implicam no fim da natureza e da tradição.

Nesse mesmo viés, Juarez Freitas preceitua que contexto atual da sociedade de risco revela o estado de insegurança, de iminente desgraça e riscos pluridimensionais desencadeados pelos efeitos imprevisíveis da conduta predatória, cumulada e inconsequente do modelo de produção e consumo da sociedade industrial, com a capacidade de colocar em dúvida o futuro da humanidade e a vida na Terra²⁵.

A sociedade passa a se preocupar com o futuro e a atenção aos perigos, antes creditados aos deuses, mas, que agora assumem uma forma que coloca em dúvida a existência humana. O risco e a imprevisibilidade do futuro são resultados de um processo mobilizador de uma sociedade em transformação contínua que, agora, almeja determinar o seu próprio destino, ao invés de confiá-lo às tradições, à religião ou aos fenômenos da natureza²⁶.

²¹ BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. **Modernização Reflexiva: Política, Tradição e Estética na Ordem Social Moderna**. Tradução: Magda Lopes. São Paulo: Universidade Estadual Paulista, 1997. p. 14.

²² GIDDENS, Anthony. **Modernidade e Identidade**. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2002. p. 106.

²³ Ibid. p. 111.

²⁴ Ibid. p. 112.

²⁵ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011. p. 27.

²⁶ GIDDENS, Anthony. **Em defesa da Sociologia: ensaios, interpretações e réplicas**. São Paulo: Univesp, 2001. p. 311-315.

2.2 Globalização e sociedade tecnológica

Desde as últimas décadas do século passado, a sociedade passou a conviver com uma série de transformações, as quais convergem para o que se chama de processo de globalização, fenômeno este analisado por distintas ciências, de acordo com os setores da sociedade em estudo.

Pode-se conceituar a globalização como processo de intensa integração das relações socioespaciais em âmbito mundial, indo além do que eram em outros tempos as relações entre as nações, nos mais diversos domínios²⁷, operacionalizada pela interligação entre as diferentes partes do planeta.

Trata-se de um processo dinâmico, isto é, tem como principal característica a constante evolução e transformação, de forma que seus efeitos e consequências são cada vez maiores com o passar do tempo. Esse fenômeno não envolve só serviços, mas também, transferência de tecnologia, informação e conhecimento²⁸.

Infere-se da globalização dois processos paralelos. Em um lado tem-se a produção de uma materialidade, isto é, condições materiais que envolvem a sociedade e que formam o alicerce da produção econômica, dos transportes e das comunicações. No outro lado observa-se novas relações sociais entre países, classes e pessoas²⁹, na medida em que o progresso nos sistemas de transporte e de comunicação implicou na consolidação da globalização atual e proporcionou tamanha integração onde tudo parece estar mais próximo.

O desenvolvimento tecnológico-científico tornou menor o mundo aos olhos da sociedade globalizada. A velocidade de comunicação, por exemplo, era muito menor há algumas décadas e, certamente, será bem maior daqui alguns anos, comparada com a dos dias atuais, diante das constantes evoluções tecnológicas no setor.

O processo de globalização vai evoluindo gradativamente e incrementando substanciais transformações na sociedade. São visíveis os benefícios trazidos por equipamentos eletrônicos, como computadores e celulares sofisticados, bem como a internet e uma maior evolução nos meios de transporte.

É um processo global que se manifesta nos mais diversos âmbitos sociais, como na cultura, educação, política, direitos humanos, saúde e, principalmente, na economia. Desta

²⁷ SANTOS, Boaventura de Souza. **A Ilusória “Desglobalização”**. Disponível em: <https://outraspalavras.net/geopoliticaeguerra/boaventura-a-ilusoria-desglobalizacao/>. Acesso em: 23/10/2020.

²⁸ CARDOSO, Gustavo. CASTELLS, Manuel. *et al.* **A Sociedade em Rede. Do Conhecimento à Ação Política**. Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2005. p. 392.

²⁹ SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização. Do pensamento único à consciência universal**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2001. p. 65.

forma, observa-se um intercâmbio de práticas e culturas entre os mais diversos países, o que evidencia a aproximação dos povos por meio de influências recíprocas.

Nesta senda, verifica-se uma maior transmissão de conhecimento e uma maior difusão comercial e de investimentos, o que incrementa e fomenta a economia global.

Por outro lado, a globalização também é considerada responsável pelo aumento da desigualdade social, a partir do momento em que o maior quantitativo de poder e de renda se encontra nas mãos de poucos, o que liga a questão às contradições do capitalismo.

Neste sentido, Zygmunt Bauman assevera que:

A globalização deu mais oportunidades aos extremamente ricos de ganhar dinheiro mais rápido. Esses indivíduos utilizam a mais recente tecnologia para movimentar largas somas de dinheiro mundo afora com extrema rapidez e especular com eficiência cada vez maior³⁰.

Com isso, culpa-se a globalização por proporcionar uma comunicação desigual entre os diferentes territórios, onde culturas, valores morais, princípios educacionais e outros são conduzidos por uma ideologia dominante. E, deste modo, forma-se uma hegemonia em que os principais centros de poder exercem um maior controle sobre as regiões economicamente menos favorecidas, excluindo, assim, suas matrizes tradicionais.

Desta forma, a sociedade atual é marcada pela concentração de riqueza, pelo consequente afastamento e controle das relações sociais, pois a globalização econômica hegemônica não só aumentou a concentração de riqueza, como também gerou um novo nível de miséria³¹.

Em uma sociedade dinâmica como a contemporânea, constata-se que nenhum indivíduo é capaz de ficar imune aos efeitos da globalização, ao passo em que a sociedade global trouxe avanços, mas trouxe também riscos e inseguranças, acarretando em um contraste entre determinação e indeterminação, estabilidade e instabilidade³².

Maria Irene da Fonseca e Sá, citando José Saramago, assevera que a globalização é, na verdade, um totalitarismo *soft*, de forma que, nos promete tudo, vende-nos a sua felicidade e cria necessidades que não tínhamos. No fundo, é um meio de controle político, mas as pessoas não percebem isso, ou não querem reagir³³.

³⁰ BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: As Consequências Humanas**. Tradução: Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999. p. 79.

³¹ FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 251-252.

³² ROBALDO, José Carlos de Oliveira; VIEIRA, Vanderson Roberto. **A sociedade de risco e a dogmática penal**. São Paulo: IBCCRIM, 2002. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/a-sociedade-do-risco-e-a-dogmatica-penal/>>. Acesso em: 05/11/2020.

³³ SÁ, Maria Irene da Fonseca e. **José Saramago: Um olhar sobre a globalização e a sociedade da informação**. Jistem Brazil. Vol. 13, 2016. p. 316.

A celeuma é constante acerca das consequências negativas e positivas da globalização sobre as diferentes sociedades, no que diz respeito a aspectos culturais, sociais e econômicos, tomando uma maior dimensão quando se trata de países subdesenvolvidos.

Alguns defendem que a globalização é extremamente danosa em tais países no que se refere à sua soberania, sua organização social e sua cultura, em suas muitas manifestações, alterando suas características tradicionais. A globalização enfraquece o poder nacional frente ao poder econômico globalizado.

Nesta compreensão, Zaffaroni opina no sentido de que *“existe un poder económico globalizado, pero no existe una sociedad global ni tampoco organizaciones intencionales flertes y menos aún estado global”*³⁴.

De outro modo, existem aqueles que defendem que as características culturais não sofrem maiores consequências, restando apenas aquelas alterações consideradas normais diante do intercâmbio de culturas. Mas isso não tem o condão de eliminar ou contaminar determinada cultura, mesmo que se trate de sociedades em que uma cultura tenha destaque sobre as outras.

Destarte, a globalização é um tema complexo, diante de características que ganham diferentes contornos a depender do setor e do local em que se manifesta. Por isso, é um fenômeno social que não pode ser considerado linear, pois sua intensidade depende da região onde ela se estabelece. O que se sabe é que o mundo está inserido em uma ampla e caótica relação entre as mais diversas culturas.

Esse processo, em que o ser humano se vê cercado de dependências externas, repercute diretamente no bem estar individual e coletivo³⁵, diante dos reflexos advindos do surgimento de uma nova dinâmica sócio-tecnológica globalizada.

O efeito que se conjectura é a instabilidade no tempo e no espaço dos riscos atuais com os quais a sociedade convive. Isto é, as repercussões de uma conduta ocorrida hoje, podem gerar consequências que podem se prolongar no tempo e atingir locais distantes, o que fundamenta a constante sensação de incertezas e insegurança.

³⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **La globalización y las actuales orientaciones de la política criminal. Direito e Cidadania**, Praia, Cabo Verde, 2000. p. 75.

³⁵ SÁNCHEZ, Jesus-Maria Silva. **A expansão do direito penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 28.

2.3 Os riscos tecnológicos e seus reflexos penais: a expansão do controle estatal pela via penal

De acordo com Ulrich Beck, os riscos sempre estiveram presentes na sociedade, mas, antes, nos períodos pré-industriais e industriais, eram vistos como elementos ligados ao destino, ou seja, percebidos como causas naturais. Porém, na sociedade atual do risco, a concepção de novos riscos está agregada às consequências e efeitos imediatos das atividades humanas³⁶.

A integração e a padronização inerentes ao processo de globalização geraram uma crise nas instituições, a exemplo do ordenamento jurídico criminal, que se depara com uma nova realidade imersa em uma constante sensação de insegurança, causada pela lógica da produção social de riquezas, que implica diretamente na produção social de riscos.

A sociedade começa a vislumbrar seu futuro preocupada com os perigos e riscos advindos de uma nova dimensão global, onde as transformações constantes e os indeterminados resultados colocam em dúvida a sua capacidade de organização, consolidando um processo de desenvolvimento tecnológico que se intensificou a partir das revoluções industriais por quais passou e está passando.

Para Simão Filho e Pereira, as revoluções industriais fundamentam-se na evolução da tecnologia e da organização social³⁷. Do surgimento da máquina a vapor e o desenvolvimento da economia liberal no século XVIII (primeira revolução industrial), passando pela criação das linhas de montagem desenvolvidas por Winslow Taylor no início do século XX (segunda revolução industrial), pela robotização e automação na década de 60 do século XX (terceira revolução industrial), chegamos ao que Klaus Schwab define como a quarta revolução industrial³⁸, marcada pela convergência dos mundos digital, físico e biológico.

A chamada quarta revolução industrial, nos dizeres de Schwab, é marcada por três fatores que a fundamentam³⁹. O primeiro diz respeito à velocidade com que as mudanças acontecem, visto que vivemos extremamente interconectados, de forma que as novas tecnologias de uma área avançam e acabam por viabilizar e beneficiar as tecnologias de outras áreas, criando círculo acelerado de progresso tecnológico.

³⁶ BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco, rumo a outra modernidade**. 2ª ed. São Paulo: Editora 34, 2011. p. 31.

³⁷ SIMÃO FILHO, Adalberto; PEREIRA, Sergio Luiz. **A Empresa Ética em Ambiente Ecoeconômico: a contribuição da empresa e da tecnologia da automação para o desenvolvimento sustentável inclusivo**. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 45.

³⁸ SCHWAB, Klaus. **A Quarta Revolução Industrial**. Tradução: Daniel Moreira Miranda. 1ª ed. São Paulo: Edipro, 2016. p. 23.

³⁹ Ibid. p. 13.

O segundo fator é atribuído à amplitude e à profundidade das mudanças, onde muitos paradigmas estão sendo quebrados devido à tecnologia inserida na sociedade, modificando o que fazemos e como fazemos, produzindo inovações surpreendentes em alta frequência.

E o terceiro fator abrange uma visão integral dessa revolução, tratando do impacto sistêmico percebido na transformação de processos inteiros em países ou entre países, na sociedade, nas organizações e nas pessoas.

Vale destacar ainda que, consoante Simão Filho e Sérgio Luiz Pereira, a evolução observada com o surgimento da internet, do desenvolvimento da computação, do software e das comunicações, em paralelo aos avanços na organização social, possui relevância para ser compreendida como uma revolução industrial⁴⁰.

Das mudanças e melhorias nascidas da soma e consequências dessas revoluções, ganha destaque, sem dúvida, o avanço tecnológico, responsável por estabelecer um ambiente que pode ser visto como posterior à pós-modernidade, cuja principal característica é o impacto da tecnologia nas relações da sociedade. A estrutura das relações sociais está modificada por elementos escritos, sonoros, visuais ou mídias de diversas naturezas, que se convertem em dados que viajam pelo mundo na velocidade de um clique⁴¹, transformando a sociedade em uma verdadeira sociedade da informação⁴².

A tecnologia da informação entregou à sociedade grandes progressos, mas, apesar de diminuir as distâncias, agilizar a comunicação e trazer significativos melhoramentos para as pessoas, também abriu um campo amplo para a prática de crimes, alterando a forma de perpetrar condutas já tipificadas.

O exponencial avanço da internet e das demais tecnologias da informação conectaram os quatro cantos do mundo, tornando a sociedade mais dependente destas tecnologias, expondo aí sua maior vulnerabilidade. A utilização inadequada dos dispositivos informáticos tornou-se uma verdadeira ameaça, acarretando em substancial importância a necessidade de adequada segurança dos sistemas digitais e das informações privadas de seus usuários.

Ulrich Beck alerta que a sociedade da informação também é a sociedade de risco, ao se referir ao período atual em que a sociedade não mais consegue determinar os riscos do seu

⁴⁰ SIMÃO, Adalberto F; PEREIRA, Sergio Luiz. **A Empresa Ética em Ambiente Ecoeconômico: a contribuição da empresa e da tecnologia da automação para o desenvolvimento sustentável inclusivo**. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 55-59.

⁴¹ SIMÃO, Adalberto F; FERNANDES, Aguinaldo A. *Et al.* **Automação e Sociedade**. Rio de Janeiro: Brasport, 2018. p. 136.

⁴² *Ibid.* p. 136.

próprio progresso. Riscos esses que não atingem apenas bens jurídicos individuais, mas também a esfera coletiva⁴³.

Esse desenvolvimento tecnológico implica em riscos de procedência humana como fenômeno social estrutural, o que significa, consoante Silva Sánchez, que o risco a que um indivíduo está submetido está relacionado às decisões que outro indivíduo precisa tomar ao lidar com avanços tecnológicos industriais, biológicos, genéticos, e de energia nuclear⁴⁴.

Nesta mesma linha de raciocínio, Mendonza Buergo alerta que não se pode negar o fato de que a sociedade atual, ao contrário da sociedade do século XIX, convive com novos campos de atuação criados pelo avanço tecnológico, que representam uma potencial capacidade prejudicial, englobando energia e armas nucleares, novas tecnologias nas áreas de química, genética e biotecnologia, aplicáveis às mais variadas áreas, cujos eventuais efeitos prejudiciais ou mesmo catastróficos podem ter uma difusão muito ampla ao ponto de afetarem as gerações futuras⁴⁵.

Ainda, segundo a autora, outro aspecto dessa sociedade contemporânea está no fato de que esses riscos surgem como resultados indesejados do avanço da modernização, muitas vezes imprevisíveis, resultantes de uma ação humana inicialmente destinada a produzir efeitos positivos⁴⁶.

Frente à essa imprevisibilidade, os riscos fogem à aplicação cálculos de probabilidade, de estatística e de avaliação monetária, não incidindo sobre eles, desta forma, regras da causalidade e da culpa, na medida em que suas consequências não podem ser limitadas, visto que podem atingir dimensões enormes de danos com capacidade de perdurar por extenso período de tempo.

Nas palavras de Ulrich Beck, ao dissertar sobre os riscos característicos da sociedade atual:

Como resultado, a diferença também pode ser vista com mais clareza que marca uma época e distingue os riscos da sociedade industrial e ordem social burguesa dos perigos e demandas da sociedade de risco. O acesso da sociedade de risco ocorre no momento em que os perigos que a sociedade decide agora e produz conseqüentemente enfraquecem ou anulam os sistemas de segurança estabelecidos pelo cálculo de riscos existentes no estado de bem-estar. Em contraste com os primeiros riscos industriais, químicos nucleares, riscos ecológicos e de engenharia Genética: (a) não podem ser limitados no tempo ou em termos de espaço, (b) não é possível exigir responsabilidade por eles sob normas estabelecidas de causalidade, culpa e responsabilidade legal, e (c) não podem ser compensados nem é possível fazer seguro contra eles. Ou, para

⁴³ BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco, rumo a outra modernidade**. 2ª ed. São Paulo: Editora 34, 2011. p. 25.

⁴⁴ SÁNCHEZ, Jesus-Maria Silva. **A expansão do direito penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2002. p. 29.

⁴⁵ BUERGO, Blanca Mendoza. **El Derecho Penal em la Sociedade del Riesgo**. Madrid: Civitas, 2001. p. 40.

⁴⁶ Ibid. p. 27.

expressá-los por referência a um único exemplo: hoje nem todos os afetados por Chernobyl nasceram ainda, anos depois da catástrofe⁴⁷.

Muitos dos riscos enfrentados no plano físico também passam a ser constatados no plano virtual, uma vez que a internet está inserida na sociedade de forma quase que simbiótica. A possibilidade de ocultar ou dificultar a identidade é uma das facilidades que fomentam a prática de infrações penais por meio da rede mundial de computadores. Assim, desenvolveu-se um novo espaço para o cometimento de delitos, abrindo caminho para os cibercrimes⁴⁸, identificando a criminalidade associada à internet e englobando todas as práticas ilícitas possíveis no meio digital.

Nesse compasso, muitas são as ocorrências de crimes envolvendo o uso avançado de tecnologia e da internet⁴⁹. O furto em caixas eletrônicos, clonagem de cartões magnéticos, através da utilização de dispositivos tecnológicos, injúria e difamação em redes sociais, estelionato, utilização de softwares falsos, são práticas comuns que lesam milhares de pessoas no mundo inteiro.

A respeito deste tema, Rogerio Gesta Leal explica que:

A partir da Web pessoas aliciam crianças, arregimentam fundamentalistas religiosos, racistas, fomentam o preconceito étnico e de gênero, divulgam propagandas de ódio e violência, alimentam os extremismos políticos e ideológicos, compram e vendem o que pudermos imaginar, roubam dados de pessoas físicas e jurídicas, e os utilizam no mercado virtual. Ainda se opera, a partir da rede virtual de relações, o que os especialistas chamam de desinformação, ora entendida como difusão de informações falsas e distorcidas que, transitando de um lado a outro, é capaz de condicionar a opinião pública⁵⁰.

De acordo com Manuel Castells, esta seria a “era da informação”, tempos de uma nova sociedade emergente na cultura do terceiro milênio, a “sociedade informacional”, na qual se evidencia a associação de uma série de inovações institucionais, tecnológicas, organizacionais, econômicas, políticas e sociais, de onde a informação e o conhecimento passam a desempenhar papel estratégico⁵¹.

⁴⁷ BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo global**. Madrid: Siglo XXI de España Editores, 2002, p. 120.

⁴⁸ O termo cibercrime (cybercrime em inglês) originou-se na cidade de Lyon, na França, posteriormente à reunião de um subgrupo das nações do G8 no final da década de 1990. Foram debatidos neste encontro os crimes promovidos por dispositivos eletrônicos conectados à internet. O termo foi utilizado para informar amplamente as formas de crimes cometidos por meio da internet, tendo essa reunião sido utilizada exatamente para estipular as maneiras e os métodos utilizados para combater as práticas ilícitas da internet. No que diz respeito à conceituação, cibercrime é a atividade criminosa ligada diretamente a qualquer ação ou prática ilícita na Internet. Esse crime consiste em fraudar a segurança de computadores, sistema de comunicação e redes corporativas. Assim, o crime na internet, ou cibercrime, nada mais é do que uma conduta ilegal realizada por meio do uso da internet.

⁴⁹ BARBAI, Marco Aurélio. **A criminalidade no espaço digital: a formulação do sentido**. Unicamp, 2013. p. 9.

⁵⁰ LEAL, Rogerio Gesta. **O Direito Penal e Processual Penal na Sociedade de Riscos: Aspectos Teóricos e Pragmáticos (Estudos de Casos)**. 1ª ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. p. 257.

⁵¹ CASTELLS, Manuel. **A galáxia da Internet: Reflexões sobre Internet, Negócios e Sociedade**. Rio de Janeiro: Zahar, 2003. p. 251.

Todo esse processo de desenvolvimento tecnológico entrega à sociedade inúmeros benefícios, como já mencionado. Mas, por outro lado, a sociedade contemporânea acaba por perder a sua capacidade de manter suas bases sólidas frente ao avanço tecnológico-científico, o que acarreta uma instabilidade em suas formas sociais.

Nesse cenário, os ensinamentos do sociólogo Zygmunt Bauman revelam uma ideia essencial na concepção do quadro atual. Para o autor, o mundo passa por uma ultramodernidade, a qual ele define como “modernidade líquida”, tamanha a fluidez das instituições, a inconstância das relações e a insegurança generalizada.

A época em que vivemos, as relações sociais, econômicas e de produção, são frágeis e flexíveis, o que lembra a estrutura física dos líquidos⁵². Isto é, as formas sólidas do capitalismo dão lugar a formas mais leves, fluídas e flexíveis. Consoante Bauman, longe de ser uma mera consequência indesejável, o avanço crescente da criminalidade e da insegurança seriam efeitos necessários dos costumes e comportamentos da sociedade de consumo⁵³.

E, deste modo, no contexto desta modernidade líquida, onde, nos dias atuais, destacam-se inúmeras oportunidades, a sociedade não é estática e as infinitas possibilidades existentes não são mais compatíveis com uma modernidade de bases sólidas, pois esta é inerente à mecanização, à rotina, às restrições das atividades das pessoas. Neste cenário, observa-se a transição de uma modernidade pesada e sólida para uma modernidade leve e líquida, muito mais dinâmica.

Derivada da concepção de uma modernidade líquida, e com base na expansão tecnológica que agregou maiores possibilidades de controle e vigilância, Bauman desenvolveu o conceito da vigilância líquida ou, ainda, a ideia de um período pós-panóptico para explicar a sociedade contemporânea.

Neste contexto, aparelhos modernos de vigilância são implantados em ambientes públicos e privados, em prol das demandas de segurança, onde as pessoas são vigiadas quase que em tempo integral. Estejam onde estiverem, sem saber quem ou o quê, câmeras irão captar seus movimentos e ferramentas sofisticadas à disposição de empresas de tecnologia irão armazenar e manipular dados pessoais com fins diversos daqueles inicialmente autorizados⁵⁴.

⁵² BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2005.

⁵³ Ibid.

⁵⁴ BAUMAN, Zygmunt. **Vigilância Líquida. Diálogos com David Lyon**. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2014. p. 6.

Essa conjuntura já foi apontada há muito tempo. O filósofo francês Michel Foucault já sinalizava esse cenário⁵⁵, ao empregar a arquitetura de uma prisão para explicar o princípio do panóptico⁵⁶, onde era possível inserir nos indivíduos o sentimento de constante vigilância sem que tivessem a noção que quem seria o vigia.

O modelo do panóptico não estaria presente só na prisão, mas também em diversos ambientes da sociedade, como escolas, hospitais, fábricas etc. Foucault chamou esse modelo de “sociedade disciplinar”⁵⁷, pois tinha o objetivo de moldar a sociedade consoante os interesses do poder maior.

E assim, surge a ideia de pós-panóptico, onde Bauman vai basear seu conceito de vigilância líquida, visto que não existe mais a necessidade de um olhar central para nos sentirmos vigiados a cada movimento. Sendo assim, valores como a privacidade e a intimidade já não são mais tão sólidos como em outros tempos. Na sociedade contemporânea esses valores são mais voláteis, flexíveis, chegando a ser considerados triviais.

Nesta senda, na medida em que se fala de desenvolvimento tecnológico e ao mesmo tempo das suas consequências para os direitos fundamentais, como a privacidade e a intimidade, em um contexto de uma sociedade cada vez mais vigiada, surgem os drones, concebidos como equipamentos com altos recursos tecnológicos incorporados em sua estrutura que, expressam aqui, um claro exemplo acerca da capacidade de violação aos direitos fundamentais que o avanço tecnológico pode ocasionar se não forem respeitados os limites aos direitos e liberdades individuais.

Não por outra razão, Bauman afirma que:

Os drones da próxima geração poderão ver tudo, ao mesmo tempo em que permanecem confortavelmente invisíveis – em termos literais e metafóricos. Não haverá abrigo impossível de espionar – para ninguém. Até os técnicos que operam os drones vão renunciar ao controle de seus movimentos, e assim se tornarão incapazes, embora fortemente pressionados, de isentar qualquer objeto da chance de ser vigiado; os “novos e aperfeiçoados” drones serão programados para voar por si próprios, seguindo itinerários de sua própria escolha, no momento em que decidirem. O céu é

⁵⁵ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. Tradução: Raquel Ramallete. 20ª ed. Vozes, Petrópolis, 1999. p. 219-223.

⁵⁶ Panóptico é um termo utilizado para designar uma penitenciária ideal, concebida pelo filósofo utilitarista e jurista inglês Jeremy Bentham em 1785, que permite a um único vigilante observar todos os prisioneiros, sem que estes possam saber se estão ou não sendo observados. Bentham idealizou um projeto de construção carcerária, consistente em um edifício circular, em que os prisioneiros ocupavam as celas, todas devidamente separadas, sem qualquer comunicação entre elas, sendo que os agentes de segurança ocupavam um espaço no centro, com perfeita visão de cada alojamento. Segundo seu projeto descrito no livro “O Panóptico”, os presos teriam bom comportamento, justamente por se sentirem continuamente observados, pela aplicação do princípio da inspeção. **O Panóptico**. Disponível em: <<https://www.sabedoriapolitica.com.br/products/o-panoptico/>>. Acesso em: 30/10/2020.

⁵⁷ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. Tradução de Raquel Ramallete. 20ª ed. Petrópolis: Vozes, 1999. p. 218.

o limite para as informações que irão fornecer, uma vez postos a operar na quantidade planejada⁵⁸.

Contudo, não se pode olvidar que a segurança pública também é um direito fundamental e, por isso, avanços tecnológicos podem e devem ser usados como instrumentos aptos a garantir sua tutela, da qual outros direitos fundamentais dependem. Isto posto, infere-se, em primeiro plano, o conflito que surge entre direitos fundamentais e a utilização de tecnologias a favor da garantia da segurança pública, que serão melhor abordados na sequência deste trabalho.

Não restam dúvidas nesse sentido de que a modernização tecnológica agregou significativos benefícios e facilidades para a sociedade atual. Entretanto, de forma paralela, criou um novo campo de interesse aos criminosos, oferecendo alternativas e oportunidades sofisticadas para o cometimento as práticas ilícitas, criando um âmbito de riscos artificiais, configurando produtos das novas atividades humanas⁵⁹, assim definido por Ripollés.

O considerável aumento de delitos relacionados ao desenvolvimento tecnológico⁶⁰ é motivo de preocupação internacional e concebido como um grande problema da sociedade de risco, na medida em que extrapolam a capacidade humana de controle, acarretando na busca por soluções que combatam suas origens e consequências.

Outrossim, a evolução tecnológica, principalmente no que se relaciona com a tecnologia informática, acarreta uma multiplicidade de implicações com capacidade de gerar danos incalculáveis. Não por menos, tais riscos advindos da tecnologia só fazem aumentar a sensação de insegurança na sociedade.

Todas essas características que fundamentam as definições dos diversos autores acerca da sociedade de risco exercem forte influência no ordenamento criminal, evidenciando que a legislação penal não permaneceu inerte diante desse desenvolvimento típico da sociedade de risco, culminando em uma tendência de novos bens jurídicos supraindividuais de conteúdo difuso que passam a demandar a tutela penal.

Assim, ocorre uma ampliação do conceito de bem jurídico, que passa a englobar bens não pertencentes a uma pessoa determinada, vale dizer, aqueles bens que pertencem a toda a coletividade, como a segurança pública e o meio ambiente, ou seja, diferem-se daqueles bens de caráter individual, como a vida e a saúde.

⁵⁸ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. Tradução de Raquel Ramallete. 20ª ed. Petrópolis: Vozes, 1999. p.19.

⁵⁹ RIPOLLÉS, José Luis Díez. **De la Sociedad del Riego a la Seguridad Ciudadana: Um Debate Desenfocado**. In: Política Criminal, Estado e Democracia. Homenagem aos 40 anos do Curso de Direito e aos 10 anos do Curso de Pós-Graduação em Direito da Unisinos. André Luís Callegari (Org.) Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 81-128.

⁶⁰ KUNRATH, Cristina. **A Expansão da Criminalidade no Cyberespaço**. Universidade Estadual de Feira de Santana, 2017. p. 27.

De tal modo, a introdução de novos bens jurídicos que demandam a antecipação da tutela penal, implica na modificação rápida da tipificação de delitos de lesão a bens individuais para a tipificação delitos de perigo presumido a bens supraindividuais, fazendo com que o legislador, por motivos como os expostos, crie diversas leis penais na perspectiva de salvaguardar esses novos bens jurídicos surgidos no contexto da sociedade de risco⁶¹.

No mesmo entendimento, Marta Rodrigues de Assis aduz que os riscos resultantes do desenvolvimento tecnológico direcionaram a necessidade de a proteção penal a bens jurídicos não mais às vítimas definidas, mas sim a bens jurídicos supraindividuais e universais, admitindo a intenção de proporcionar proteção e essas ameaças criadas por esses novos riscos e seus efeitos macrosociais⁶².

Ainda, segundo a autora, os efeitos disto na teoria do bem jurídico, referem-se a uma significativa mudança na concepção do conceito de bem jurídico, implicando no distanciamento da objetividade natural, conduzindo a intervenção penal no sentido de proteção de bens jurídicos universais ou coletivos, de caráter cada vez mais vagos e abstratos, distanciando-se dos preceitos clássicos que dão caráter concreto e antropocêntrico ao bem a ser protegido⁶³.

Neste mesmo sentido, André Luís Callegari e Cristina Reindolff, afirmam que ocorreu um aumento substancial de tipos penais tutelando bens jurídicos que não se encontravam sob o manto da proteção penal, alterando-se a proteção de bens jurídicos num mandato para penalizar em lugar de ser uma proibição condicionada de penalização⁶⁴.

Para Silva Sánchez, esta tendência de novos rumos ao Direito Penal, isto é, a mudança no direcionamento da tutela de bens jurídicos clássicos para bens jurídicos cada vez mais genéricos, destina o Direito Penal a relacionar-se com fenômenos de dimensões estruturais, globais ou sistêmicas, onde as condutas individuais, autonomamente contempladas, são, ao oposto, de intensidade baixa. Assim sendo, tem-se produzido certamente a culminação do processo: o Direito Penal, que reagia *a posteriori* contra um fato lesivo individualmente delimitado, transforma-se em um direito de gestão de riscos gerais e, nessa medida, está administrativizado⁶⁵.

⁶¹ SÁNCHEZ, Jesus-Maria Silva. **A expansão do direito penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 113.

⁶² MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Sociedade do Risco e Direito Penal. Uma avaliação de novas tendências político-criminais**. São Paulo: IBCCRIM, 2005. p. 102-103

⁶³ Ibid. p. 107.

⁶⁴ CALLEGARI, André Luís; MOTTA, Cristina Reindolff da. **Estado e Política Criminal: A Expansão do Direito Penal como Forma Simbólica de Controle Social**. In: Política Criminal Estado e Democracia. Porto Alegre: Lumen Juris, 2007. p. 13.

⁶⁵ SÁNCHEZ, Jesus-Maria Silva. **A expansão do direito penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 114.

Atualmente, observa-se uma proliferação de normas de Direito Penal que tratam, em verdade, de descumprimentos e violações a deveres e funções do Estado e, que, assim sendo, deveriam estar restritas ao campo do Direito Administrativo. A noção de regulação e intervenção estatal na economia é claramente um exemplo de uma função da Administração Pública, que pode ser descumprida pelas práticas econômicas inadequadas.

Portanto, a administrativização do Direito Penal implica adotar a punição de infrações penais como mero guia de condutas⁶⁶ ou como mera gestão do descumprimento da função administrativa ou do modelo de gestão pública e não como um desvalor de determinada conduta considerada individualmente, tipificando, desta forma, infrações sob perspectivas gerais⁶⁷, o que se desvirtua dos limites de atuação do Direito Penal, avançando para o Direito Administrativo, abarcando problemas sociais que não são naturais ou aceitáveis no campo da repressão penal.

O reconhecimento da existência de uma sociedade de riscos atuais e potenciais, demandam do Estado uma nova compreensão acerca de seu poder intervencionista, cuja expansão acaba por intervir no Direito Penal clássico, estabelecendo a tutela de bens distintos daqueles até então protegidos.

Neste contexto, como exemplo da chamada administrativização do Direito Penal, surge o Direito Penal Econômico, substituindo os problemas individuais pelos supraindividuais. Com tal metodologia punitiva, chegou-se aos crimes de perigo abstrato numa sociedade de riscos, implicando na necessidade de uma proteção orientada aos bens jurídicos vitais a uma coletividade, vale dizer, os bens jurídicos supraindividuais considerados universais⁶⁸.

Ainda, na concepção de Silva Sánchez, outro aspecto desse modelo social do risco que atinge diretamente ao Direito Penal é o fato do desenvolvimento tecnológico proporcionar novos mecanismos para a produção de resultados lesivos dolosamente a exemplo dos crimes que ocorrem por meio da tecnologia da informação⁶⁹. A criminalidade organizada também se reforça com os avanços da tecnologia, na medida em que implementam novas técnicas em suas condutas delitivas com o fim de facilitar a agilizar suas ações e, ao mesmo tempo, dificultarem a investigação criminal.

⁶⁶ BECHARA, Ana Elisa Libertore Silva. **Crítérios Político-Criminais da Intervenção Penal no âmbito econômico: uma lógica equivocada**. In: FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael. **Direito penal econômico: questões atuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 58.

⁶⁷ SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **A expansão do direito penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Tradução: Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 116.

⁶⁸ Ibid. p. 29.

⁶⁹ Ibid. p. 29-30.

Na sociedade hodierna, o clamor por segurança tem sido uma constante, o que explica modelos normativos rígidos e inflexíveis. O Direito, como um todo, estabelece normas que visam o controle social. Mas em particular, o Direito Penal, tem função vital no processo de manutenção da ordem social, preceituando limites à conduta humana, cuja transgressão invoca o poder sancionador do Estado.

A sociedade convive com evoluções e revoluções e a busca por maior segurança, frente à manifestação de novos riscos ligados ao desenvolvimento tecnológico, bem como o incremento de outros perigos já sabidos, mas agora potencializados no complexo contexto das relações sociais, fundamenta a expansão penal⁷⁰.

O Estado expande seu controle punitivo e, por meio do Direito Penal, material e processual, busca ser efetivo, abrangendo setores da sociedade até então estranhos à tutela penal, como o meio ambiente, a economia, as relações de consumo, a manipulação genética, o mundo virtual da internet, dentre outros campos.

Nesse raciocínio, Zaffaroni e Pierangeli afirmam que:

A efetividade do direito penal é a sua capacidade para desempenhar a função que lhe incumbe no atual estágio de nossa cultura. (...) Um direito penal que não tenha esta capacidade será não efetivo e gerará tensões sociais e conflitos que acabarão destruindo sua eficácia⁷¹.

Assim, o Estado precisa corresponder às demandas da sociedade, consolidando a ideia de que o Direito Penal deve ser efetivo para não ficar reduzido a um mero exercício de poder estatal.

As inovações tecnológicas em conjunto com o desenvolvimento do saber humano, configuraram modificações substanciais na humanidade e nas relações jurídicas, que fizeram emergir alterações no Direito Penal. Este ramo do direito é frequentemente invocado como solução final dos novos e antigos problemas sociais, pois a tutela punitiva tecnológica⁷² é tema que ainda possui muito a ser explorado, visto que grande parte das atividades rotineiras pode ser realizada por meio de computadores e da internet.

É um verdadeiro conflito em face das promessas de oportunidades e convivência segura que resultariam da modernidade frente aos riscos produzidos pelo próprio desenvolvimento, que resultam na expansão penal.

⁷⁰ MAYA, André Machado. **O Processo Penal na Sociedade de Risco: A Persecução Penal entre os Ideais de Liberdade e Segurança**. Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição, 2017. p. 98.

⁷¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Parte Geral. 11ª ed. São Paulo Revista dos Tribunais, 2015. p. 348.

⁷² BARROS, Marco Antonio de. **Tutela Punitiva Tecnológica**. O Direito na Sociedade da Informação. São Paulo: Atlas, 2007. p. 275.

Para Díez Ripollés, o debate acerca do Direito Penal na sociedade de risco pressupõe um conjunto de realidades sociais que podem, de forma sucinta, ser resumidas em três blocos, quais sejam: a) a generalização na sociedade moderna de novos riscos afeta grandes grupos, isto é, novas atividades humanas que geram riscos colaterais devido à implementação de novas tecnologias; b) esses riscos são de difícil previsão e geralmente se originam de falhas no conhecimento ou no gerenciamento de novas capacidades técnicas, sendo muito difícil atribuir a responsabilidade por esses riscos à certas pessoas ou grupos, pois, muitas vezes, as atividades geradoras de riscos são conectadas e isso torna difícil até mesmo a identificação de quem está no controle de determinado risco e; c) o sentimento de insegurança tomou conta da sociedade, onde os referidos riscos alimentam as coberturas midiáticas com reportagens sensacionalistas, associado à dificuldade das pessoas em lidar com toda essa mudança tecnológica, a qual acaba por reduzir significativamente o senso de solidariedade coletiva⁷³.

Em síntese, todo esse conjunto de fatores implica em intervenções estatais visando controlar tais riscos e amenizar a sensação de insegurança, em detrimento de liberdades individuais, onde a expansão do controle penal fundamenta-se no surgimento de novos bens jurídico-penais, na ampliação dos espaços de riscos penalmente relevantes, na flexibilização de regras de imputação, bem como na relativização dos princípios de política criminal.

Tal cenário destaca um Direito Penal mais quantitativo e qualificativo, afastando-se de seus princípios pautados na intervenção mínima, fundamento do modelo garantista, em face de uma constante demanda social por mais proteção, característica da sociedade das últimas décadas⁷⁴.

O resultado desta fórmula é, segundo Ripollés, um Direito Penal abalizado pelo incremento de novas tipificações de condutas que atentam contra novos bens jurídicos de natureza coletiva, tendo destaque os delitos de perigo abstrato em detrimento de condutas delitivas de resultado, dada a necessidade de uma prevenção penal como meio de evitar o dano⁷⁵.

A necessidade impulsiva da prevenção, da tutela antecipada do ordenamento penal, de exercer controle do acaso e das tragédias decorrentes de inúmeros riscos inerentes à sociedade

⁷³ RIPOLLÉS, José Luis Díez. **De la Sociedad del Riego a la Seguridad Ciudadana: Um Debate Desenfocado**. In: Política Criminal, Estado e Democracia. Homenagem aos 40 anos do Curso de Direito e aos 10 anos do Curso de Pós-Graduação em Direito da Unisinos. André Luís Callegari (Org.) Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

⁷⁴ MAYA, André Machado. **O Processo Penal na Sociedade de Risco: A Persecução Penal entre os Ideais de Liberdade e Segurança**. Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição, 2017. p. 99-100.

⁷⁵ RIPOLLÉS, José Luis Díez. **De la Sociedad del Riego a la Seguridad Ciudadana: Um Debate Desenfocado**. In: Política Criminal, Estado e Democracia. Homenagem aos 40 anos do Curso de Direito e aos 10 anos do Curso de Pós-Graduação em Direito da Unisinos. André Luís Callegari (Org.) Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

atual, obriga o legislador a tipificar como penalmente relevante o mero comportamento, não importando o resultado de perigo ou de lesão.

A partir do momento em que o Direito Penal passa a dar maior importância para os interesses difusos, surge a dificuldade em delimitar os sujeitos passivos de cada conduta delituosa. A título de exemplo, ao estender proteção ao meio ambiente, é difícil delimitar quem teria seus interesses lesados.

Ao tratar sobre os fenômenos sociais que corroboram para a expansão penal, Silva Sánchez ensina que:

A proteção penal do meio ambiente é um dos exemplos mais claros dessa tendência. Na verdade, poucos provavelmente negarão que a proteção do meio ambiente deve ser um dos princípios organizadores fundamentais de nossa civilização, se não o básico. Certamente o meio ambiente constitui o "contexto" por excelência dos bens pessoais do mais alto valor. Portanto, o Sistema Legal como um todo, enfrenta um desafio essencial, na linha de garantir o que alguns caracterizam como "desenvolvimento sustentável. No entanto, é precipitado colocar a lei criminal em a vanguarda da "gestão" do problema ecológico em sua totalidade⁷⁶.

Desta forma, a criação de tipos penais de perigo abstrato facilitaria a repressão de condutas, justamente por dispensar qualquer resultado concreto para a verificação do tipo objetivo. Destarte, é possível compreender que o Direito Penal sofre forte influência da sociedade contemporânea, implicando diretamente na tipificação dos delitos de perigo abstrato.

Assim sendo, impõem-se significativas mudanças no sistema de responsabilização, flexibilizando garantias materiais e processuais, em nome de maior efetividade da intervenção penal, a qual pode ser exemplificada pela crescente opção por tipos penais em branco, a forte inclinação pela política da tolerância zero, o aumento de leis de emergência e de leis de viés securitário⁷⁷.

Nesse contexto, ganham destaque as denominadas normas penais em branco, cuja matéria de proibição deve ser complementada por outras normas. Tais normas são flexíveis, modificando-se de acordo com as mutabilidades que sofrem os fatos a que se referem, o que demonstra sua tendência a seguir os movimentos políticos e dos tempos⁷⁸.

Ainda, considerando o conceito de lei penal em branco, diante dos complexos setores que demandam a tutela penal, Pablo Rodrigo Aflén da Silva destaca o seguinte:

Mas diante deste panorama conflitante e em razão do emprego excessivo de leis penais em branco na maior parte das legislações, torna-se insustentável o fato de que desde

⁷⁶ SILVA SANCHEZ, Jesús-Maria. **La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal em las sociedades posindustriales**. 2ª ed. Madrid: Civitas, 2001. p. 122.

⁷⁷ FARIA COSTA, José de. **Direito Penal e globalização: reflexões não locais e pouco globais**. Coimbra editora: Coimbra, 2010. p. 60.

⁷⁸ SILVA, Pablo Rodrigo Aflén da. **A problemática das leis penais em branco face ao Direito Penal do Risco**. Direito em revista. Revista de divulgação científica da ULBRA/São Jerônimo. Porto Alegre, v. 2, nº 1, 2003.

a sua noção e sua legitimidade até suas consequências permaneçam incertas, uma vez que os problemas resultantes da moderna sociedade do risco tendem a fazer com que se amplie mais o emprego desta técnica, ao mesmo tempo em que objetivam a redução das garantias jurídico-penais⁷⁹.

Todo esse processo de desenvolvimento tecnológico entrega à sociedade inúmeros benefícios, como já mencionado. Mas, por outro lado, a sociedade contemporânea acaba por perder a sua capacidade de manter suas bases sólidas frente ao avanço tecnológico-científico, o que acarreta uma instabilidade em suas formas sociais.

Ainda, a sociedade de risco e sua complexa evolução das relações sociais, faz com que as leis acabem se tornando desatualizadas em curto espaço de tempo, obrigando o legislador a produzir mais leis, com o objetivo de acompanhar o desenvolvimento dessas relações, o que reflete na expansão da legislação penal.

Entretanto, não é possível renunciar o uso da técnica das normas penais em branco, visto ser impossível que uma lei contemple a infinita variedade dos fatos da vida. Ressalta-se, contudo, que a norma penal em branco, em tese, evitaria a demanda legislativa no sentido de atualizar as normas penais e adaptá-las às rápidas evoluções sociais e seus complexos problemas.

Segundo Gabriel Ignacio Anitua, a sociedade de risco fundamenta-se em novos riscos inerentes ao desenvolvimento tecnológico, mas também não abandona a manutenção dos “antigos” riscos com novas tentativas legitimadoras. Estes dois tipos de riscos têm relação com a atual expansão do Direito Penal⁸⁰.

A ampliação frequente do *jus puniendi* é produzida por meio da tipificação de novas condutas e a mitigação das garantias e limites no que diz respeito à repressão daquelas condutas clássicas, oriundas da proteção à vida. Por esse motivo, fala-se em Direito Penal do risco, bem como do risco no Processo Penal⁸¹.

A aceitação de novas realidades, como os meios de comunicação que se desenvolvem e se atualizam de forma constante, e também a ordem econômica atual, distinta do que se conhecia há até pouco tempo, implicam nos chamados novos riscos e estabelecem naturalmente a necessidade de tutela estatal.

São os denominados riscos tecnológicos, distintos dos riscos não tecnológicos, sendo estes ligados à chamada criminalidade tradicional. Desta forma impõem ao Estado um novo

⁷⁹ SILVA, Pablo Rodrigo Aflen da. **Leis penais em branco e o direito penal do risco: aspectos críticos e fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 89.

⁸⁰ ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos Pensamentos Criminológicos**. Tradução de Sérgio Lamarão. Revan. Rio de Janeiro, 2007. p. 831.

⁸¹ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Risco e processo penal: uma análise a partir dos direitos fundamentais do acusado**. Salvador: Editora JusPodvm, 2009.

paradigma de proteção, diferente do clássico padrão de tutela dos bens jurídicos primários, inerentes ao Direito Penal Liberal⁸².

Conforme pontua Silva Sánchez, a sociedade de risco é uma nova realidade que se instalou no mundo moderno, influenciando o direito, notadamente o Direito Penal e o Direito Processual Penal. Com o aparecimento de meios tecnológicos, como a internet e sua acelerada propagação de informação, e, ainda os avanços na ciência, possibilitou-se a prática de novas condutas, que antes eram tidas como impossíveis, ou inexistentes e, a necessária utilização de novos instrumentos processuais⁸³.

Ainda sobre a expansão penal, Silva Sánchez adverte que:

Não é nada difícil constatar a existência de uma tendência claramente dominante em todas as legislações no sentido da introdução de novos tipos penais, assim como um agravamento dos já existentes, que se pode encaixar no marco geral da restrição, ou a “reinterpretação” das garantias clássicas do Direito Penal substantivo e do Direito Processual Penal. A criação de novos “bens jurídico-penais”, ampliação dos espaços de riscos jurídicos-penalmente relevante, flexibilização das regras de imputação e relativização dos princípios político-criminais de garantia não seriam mais do que aspectos dessa tendência geral, à qual cabe referir-se com o termo “expansão”⁸⁴.

Como efeito da sociedade globalizada de riscos, ocorre a produção intensa de tipos penais, não só no Brasil, mas também em âmbito mundial, objetivando a proteção de bens jurídicos socialmente relevantes, como o meio ambiente, a saúde pública e o espaço digital. Desta forma, tem-se a criação das mais variadas tipificações, bem como o agravamento das sanções dos delitos já tipificados ou a supressão e mitigação de garantias no âmbito processual e de execução penal, creditando ao Direito Penal a solução para todos os problemas sociais⁸⁵.

Deste modo, o Direito Penal atual modifica-se, afastando-se de sua finalidade precípua de impedir lesões a bens jurídicos essenciais, e assume a função de assegurar a previsibilidade de existência da sociedade. Assim o faz ao abarcar a técnica dos tipos de perigo abstrato, antecipando a resposta diante da insegurança social resultante da complexidade, das inovações e das transformações estruturais nos mais diversos âmbitos sociais contemporâneos.

Se assim considerarmos, em primeiro momento, seria possível deduzir que os crimes de perigo abstrato não estão em consonância com o princípio da lesividade, tendo em vista que não se opera um dano efetivo para os bens jurídicos. Neste entendimento, Mendonza Buergo adverte que:

⁸² MAYA, André Machado. **O Processo Penal na Sociedade de Risco: A Persecução Penal entre os Ideais de Liberdade e Segurança**. Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição, 2017. p. 100.

⁸³ SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A expansão do direito penal**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011. p. 36.

⁸⁴ Ibid. p. 28.

⁸⁵ SOUZA, Luciano Anderson de. **Expansão do Direito Penal e Globalização**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

A presunção ou generalização do ônus do perigo ao interesse protegido acarreta óbvios problemas de legitimidade, que podem ser sintetizados no conflito com os princípios do dano e da culpabilidade por falta de resultado material, que ocorre na imposição de uma pena para fatos que individualmente não mostram um perigo suficiente pelo qual o autor pode ser responsabilizado, desviando-se, assim do princípio da proporcionalidade⁸⁶.

A proporção simbólica da proteção do futuro e da existência humana situa-se na precedência da intervenção punitiva. Como resultado, a prevenção assume posição de destaque na política de segurança do Estado, acarretando uma cultura preventiva relacionada à administração dos riscos.

Nesse sentido, Pierpaolo Cruz Bottini leciona que os demais meios de controle social encontram dificuldade em lidar com os novos riscos e isso acaba por transferir ao Direito Penal essa tarefa, o que nem sempre é o caminho mais adequado e racional, haja vista a expansão do ordenamento criminal⁸⁷.

Este é o Direito Penal nos dias atuais, isto é, um Direito Penal expandido que visa abordar todos os temas sociais. Nesta senda, o Direito Penal atinge seu ápice com o desenvolvimento do denominado Direito Penal do Inimigo, na teoria de Günther Jakobs, contemplando a terceira velocidade⁸⁸ do Direito Penal. Jakobs reconhece dois direitos penais, ou seja, o Direito Penal do cidadão, no qual são asseguradas as garantias penais e processuais penais e, o Direito Penal do inimigo com o objetivo de eliminar indivíduos definidos como perigos e, que geram riscos, restringindo ou aniquilando garantias penais e processuais penais⁸⁹.

No entanto, frente ao cenário que se constata, o Direito Penal da sociedade contemporânea, não pode se abdicar de prestar tutela a bens jurídicos tão essenciais, erigidos pela Constituição Federal como sendo imprescindíveis para a plena garantia da dignidade da pessoa humana. Além disso, já que o ordenamento penal é a *ultima ratio*, isto é, a maior manifestação de força do Estado, deverá então empenhar esforços para garantir a tutela de bens jurídicos tão essenciais.

⁸⁶ “*La presunción o generalización de la carga de peligro para el interés protegido conlleva evidentes problemas de legitimidad, que pueden resumirse en el conflicto con los principios de daño y culpabilidad por falta de resultado material, que se produce en la imposición de una sanción por hechos que individualmente no muestran un peligro suficiente por el que el autor pueda ser considerado responsable, desviándose así del principio de proporcionalidad*”. (Tradução nossa). BUERGO, Blanca Mendoza. **El Derecho Penal em la Sociedad del Riesgo**. Madrid: Civitas, 2001. p. 80.

⁸⁷ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 208.

⁸⁸ SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A expansão do direito penal**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011. p. 36.

⁸⁹ JAKOBS, Günther. **Direito Penal do inimigo: noções e críticas**. Tradução: André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 28.

O avanço tecnológico provocou profunda transformação da criminalidade que aparece cada vez mais conectada com atividades lícitas, dificultando sua visibilidade. Destarte, não se pode compartilhar da ideia desenvolvida pela Escola de Frankfurt, a qual defende que o Direito Penal deve intervir apenas na tutela de bens jurídicos clássicos, considerados indispensáveis para a vida em comum, como a vida, a saúde e a propriedade⁹⁰.

O Direito Penal deve adaptar-se às mudanças sociais, como é possível observar na afirmação de Claus Roxin, o qual leciona que em cada período histórico da sociedade existem elementos imperiosos para a vida em comunidade, os quais se traduzem numa série de condições essenciais que devem ser consideradas bens jurídicos merecedores de tutela penal⁹¹.

Roxin defende ainda que no Estado moderno, além de ter a missão de proteção dos bens jurídicos, surge também para o Direito Penal a missão de garantia, se necessário, de prestações públicas indispensáveis para a livre fruição direitos e liberdades inerentes a uma vida digna.

Diante da concepção de bens transindividuais, os quais podem ser entendidos como um grande conjunto que engloba interesses difusos e coletivos, ganha destaque a demanda pela tutela estatal na sociedade de risco frente à falta de consenso e equilíbrio entre a função garantista negativa e a função garantista positiva, gerando, assim, implicações na atividade legislativa penal.

A doutrina penalista liberal que não coaduna com a tutela penal além dos bens individuais, encontra seus opositores naqueles que pregam um Direito Penal organizativo, atento à realidade social, defendendo, portanto, a função garantista positiva do ordenamento penal e a consequente necessidade de tutela de bens jurídicos transindividuais diante da proibição de proteção deficiente⁹².

O garantismo positivo surge do conceito de proporcionalidade, complementando o já conhecido garantismo negativo, sendo este aquele que dá ao indivíduo a proteção contra intervenções desnecessárias por parte do Estado nas garantias individuais. O garantismo positivo, por sua vez, veda a proteção deficiente, impondo ao Estado o dever de atuar na proteção contra agressões aos direitos fundamentais transindividuais, inclusive advindas de terceiros.

⁹⁰ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 98.

⁹¹ ROXIN *apud* NEVES, Sheilla Maria da Graça Coitinho das. **A tutela penal dos bens jurídicos supraindividuais: um desafio da pós-modernidade**. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/a-tutela-penal-dos-bens-juridicos-supra-individuais-um-desafio-da-pos-modernidade/>>. Acesso em: 22/11/2020.

⁹² STRECK *apud* SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, proporcionalidade e direitos fundamentais: o Direito penal entre a proibição de excesso e de insuficiência**. Revista Opinião Jurídica, nº 7, 2006. p. 164.

Sobre o princípio da proteção deficiente, o qual visa garantir que o Estado aja de forma eficaz na tutela dos bens jurídicos, Ingo Wolfgang Sarlet preleciona que:

Por outro lado, o Estado – também na esfera penal – poderá frustrar o seu dever de proteção atuando de modo insuficiente (isto é, ficando aquém dos níveis mínimos de proteção constitucionalmente exigidos) ou mesmo deixando de atuar, hipótese, por sua vez, vinculada (pelo menos em boa parte) à problemática das omissões inconstitucionais. É neste sentido que – como contraponto à assim designada proibição de excesso – expressiva doutrina e inclusive jurisprudência tem admitido a existência daquilo que se convencionou batizar de proibição da insuficiência (no sentido de insuficiente implementação dos valores de proteção do Estado e como tradução livre do alemão *Untermassverbot*). Neste sentido, o princípio da proibição de insuficiência atua como critério para aferição da violação de deveres estatais de proteção e dos correspondentes direitos à proteção⁹³.

A ideia de um garantismo positivo surge numa época em que se exige do Estado a efetividade na proteção aos direitos fundamentais, principalmente dos direitos sociais, salvaguardados no texto constitucional.

Sendo assim, impulsionado pelo clamor social, o legislador populista⁹⁴ edita mais e mais leis para que o Direito Penal passe a tutelar bens jurídicos supraindividuais, onde, por meio de normas penais em branco opera na tipificação de crimes de perigo, concreto e abstrato, apoiado por políticas criminais ligadas à finalidade da prevenção. São reações simbólicas à pressão pública.

O resultado que se vislumbra de uma política criminal fundamentada tão somente a um garantismo negativo implicaria em graves efeitos colaterais. Nesse sentido, Alessandro Baratta adverte que a impossibilidade de um determinado grupo exercer de forma aceitável os seus direitos econômicos e sociais é sem dúvida um grande incentivo para que este grupo seja impulsionado à condição de possível agressor dos direitos das parcelas mais favorecidas da população⁹⁵.

O autor ainda esclarece que no Estado Democrático de Direito, está-se diante de uma política integral de tutela dos direitos, onde o dever de proteção estatal não é válido somente no sentido clássico (proteção negativa) como limite do sistema punitivo, mas, também, no sentido de uma proteção positiva por parte do Estado⁹⁶.

⁹³ SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, proporcionalidade e direitos fundamentais: o Direito penal entre a proibição de excesso e de insuficiência**. Revista Opinião Jurídica, n° 7, 2006. p. 178.

⁹⁴ GAZOTO, Luís Wanderley. GOMES, Luiz Flávio. **Populismo Penal Legislativo. A Tragédia que não Assusta as Sociedades de Massa**. JusPodivm. 2020. p. 15.

⁹⁵ BARATTA *apud* SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, proporcionalidade e direitos fundamentais: o Direito penal entre a proibição de excesso e de insuficiência**. Revista Opinião Jurídica, n° 7, 2006. p. 169.

⁹⁶ BARATTA, Alessandro. **La política Criminal y el Derecho Penal de la Constitución: Nuevas Reflexiones sobre el modelo integrado de las Ciencias Penales**. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, n° 2, 1999. p. 110.

Isso é consequência da evolução do Estado e da função desempenhada pelo direito dentro das premissas de um constitucionalismo compromissório e social. Sendo assim, não se pode mais depender somente de uma função de proteção negativa, pois o Estado deve alinhar-se às novas realidades e dar resposta para as necessidades de segurança de todos os direitos, inclusive aqueles de cunho prestacional.

Em breve síntese, a intervenção estatal realizada por meio do ordenamento penal é decorrente do medo da violência e a constante sensação de insegurança que afligem as sociedades modernas, de modo que, quase sempre é mais fácil apelar para um paliativo legislativo sem custos⁹⁷, do que enfrentar as profundas causas que geram a criminalidade.

Sabe-se que a função precípua do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos considerados essenciais, sendo mais facilmente constatado na defesa de direitos individuais. Contudo, nos modernos Estados Democráticos de Direito, essa premissa deve ser estendida aos direitos transindividuais, destinados a assegurar o exercício efetivo não somente dos direitos civis e políticos, mas também e, sobretudo, dos direitos econômicos, sociais e culturais⁹⁸.

Nota-se, assim, a necessidade de se romper essa tradição liberal-individualista, posto que somente assim o Direito Penal destinar-se-á efetivamente a tutela de bens jurídicos coletivos, evitando a violação ao princípio proporcionalidade, decorrente de uma proteção deficiente ao bem fundamental constitucionalmente protegido⁹⁹.

No mesmo sentido é o entendimento de Ingo Wolfgang Sarlet, que considera que o dever de proteção de bens jurídicos pelo Direito Penal, inclui a ideia de que o Estado não pode buscar proteger apenas o indivíduo, exercendo o que ficou conhecido por garantismo negativo (proibição do excesso), devendo da mesma forma efetivar também as garantias constitucionais, buscando proteger os direitos sociais e coletivos, o que foi chamado de garantismo positivo (proibição da proteção deficiente)¹⁰⁰.

⁹⁷ GAZOTO, Luís Wanderley. GOMES, Luiz Flávio. **Populismo Penal Legislativo. A Tragédia que não Assusta as Sociedades de Massa**. JusPodivm. 2020. p. 28.

⁹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p.171

⁹⁹ STRECK, Maria Luiza Schäfer. **O Direito Penal e o Princípio da Proibição de Proteção Deficiente: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais**, 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 2008. Disponível em: <<http://dominiopublico.mec.gov.br/download/teste/arqs/cp082713.pdf>>. Acesso em: 18/11/2020.

¹⁰⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos Fundamentais e Proporcionalidade: notas a respeito dos limites e possibilidades da aplicação das categorias da proibição de excesso e de insuficiência em matéria criminal**. Revista da AJURIS, nº 109, v. 35, 2008. p. 139 e ss.

Certo é que na seara do Direito Penal esse dever de proteção se mostra mais evidente e a resposta penal para condutas ofensivas a bens jurídicos, sempre tem por objetivo a proteção¹⁰¹. No entanto, muito se discute quanto à sua efetividade, os limites e a suficiência. Tais considerações remetem-nos diretamente ao princípio da proporcionalidade e as suas aplicações na esfera jurídico-penal, tanto sob a perspectiva da proibição de excesso, como pela ótica da proteção deficiente.

Conforme visto, a proibição do excesso consiste em uma ferramenta contra a intervenção ilegítima do Estado no âmbito das garantias individuais, perfazendo assim um direito do indivíduo a abstenção estatal. Por sua vez a proibição da proteção deficiente é o contraponto dessa perspectiva, revelando um direito a uma ação positiva do Estado, de modo que a violação se dá justamente por uma omissão estatal ou ainda, por uma ação insuficiente.

Ingo Wolfgang Sarlet esclarece ainda que a violação da proibição da insuficiência encontra-se representada por uma omissão, ainda que parcial, do poder público, no que diz respeito ao cumprimento de um imperativo constitucional, no caso, um dever de proteção¹⁰².

Sendo assim, pelo exposto até aqui, é possível presumir que a política criminal expansionista desempenhada pelo Estado, isto é, a utilização do ordenamento penal como primeira solução para o controle social, por mais repressor que seja, não está sendo capaz de atender o que esperam seus defensores, na medida em que os índices de criminalidade só fazem aumentar.

O reconhecimento dos efeitos jurídico-sociais da sociedade de risco influencia diretamente o ordenamento penal e, com isso, não se pode negar as consequências do progresso tecnológico, que se torna cada vez mais rápido, trouxe uma ampliação dos riscos aos quais a sociedade está submetida, já que não se tem previsibilidade dos reais efeitos do contínuo desenvolvimento tecnológico globalizado.

Diante desta complexidade, surge a preocupação estatal com a busca de mecanismos para controlar os riscos. A respeito desta problemática, Mendoza Buergo adverte que a característica do binômio risco-insegurança, inerente à sociedade de risco, pode ser observada na medida em que a aversão aos riscos envolve uma segurança quase total que só pode ser buscada por meio de clamor ao Estado para que sejam prevenidos esses riscos e seja garantida a segurança¹⁰³.

¹⁰¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, proporcionalidade e direitos fundamentais: entre a proibição do excesso e de insuficiência**. Fortaleza: Revista Opinião Jurídica – Faculdade Christus, 2006. p.177.

¹⁰² Ibid. p. 179.

¹⁰³ BUERGO, Blanca Mendoza. **El Derecho Penal em la Sociedad del Riesgo**. Madrid: Civitas, 2001. p. 73-74.

Como consequência, frente a todo esse conjunto de fatores, vale dizer, a necessidade de mais segurança diante da manifestação de novos riscos advindos do desenvolvimento tecnológico e ainda o acréscimo de outros perigos já conhecidos e maximizados pela complexidade inerente a sociedade atual, chega-se à expansão do Direito Penal que, diante das demandas sociais por segurança e pelo efetivo surgimento de novos bens jurídicos, é utilizado como principal instrumento de controle social de uma política criminal pautada pela implementação de novos tipos penais de perigo abstrato em detrimento das condutas delitivas de resultado, diante da necessidade de uma intervenção penal prévia como forma de controlar os riscos, culminando na flexibilização de garantias materiais e processuais¹⁰⁴.

A ineficiência da atuação estatal, necessária à salvaguarda dos direitos fundamentais e as garantias processuais inerentes ao Estado Democrático de Direito, dificulta a tentativa de buscar, por meio do controle penal, a diminuição da criminalidade, especialmente no âmbito dos novos desafios impostos pela sociedade contemporânea.

Por outro lado, o Estado não pode se abster de garantir a tutela dos bens jurídicos essenciais aos indivíduos, procurando o equilíbrio entre a proibição de excesso e a proibição de proteção deficiente no cumprimento de seus deveres de proteção penal aos bens jurídicos essenciais à dignidade da pessoa humana.

Neste sentido, a partir do momento em que um bem jurídico penalmente protegido é alvo de conduta que lhe restringe ou até mesmo o elimine, surge a imediata obrigação estatal em iniciar a investigação criminal para buscar as circunstâncias que determinaram a violação da norma penal protetora, para que o infrator possa receber a devida sanção nos estritos preceitos do devido processo legal.

A investigação criminal, nestes termos, cumpre papel essencial na tutela de direitos fundamentais, na medida em que é a fase inicial da persecução penal e consiste em um meio de exercício do poder punitivo, efetivando diversas funções político-criminais, encontrando seus limites jurídicos na observância obrigatória dos direitos fundamentais, que se materializam em garantias penais e processuais penais, motivadoras da positividade legal de seu objeto e método, estabelecendo sua racionalidade potestativa condicionada pelo respeito aos princípios jurídicos¹⁰⁵.

Não restam dúvidas quanto ao fato de que os mandamentos constitucionais devem servir de guias para atividade legislativa penal. E, nesse caminho, deve o legislador garantir aos bens

¹⁰⁴ MAYA, André Machado. **O Processo Penal na Sociedade de Risco: A Persecução Penal entre os Ideais de Liberdade e Segurança**. Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição, 2017. p. 100.

¹⁰⁵ PEREIRA, Eliomar da Silva. **Teoria da Investigação Criminal**. São Paulo: Almedina, 2019. p. 139.

jurídicos constitucionalmente consagrados uma proteção digna, criando dispositivos normativos materiais e processuais que entreguem ao Estado instrumentos que possibilitem maior efetividade ao ordenamento penal, consoante os preceitos da Lei Maior.

3 INVESTIGAÇÃO CRIMINAL E SOCIEDADE DE RISCO

A investigação criminal é importante fase da persecução penal, na medida em que sua função é buscar as provas para que o Estado possa exercer seu poder punitivo e cumprir seu dever de proteção penal aos direitos fundamentais. Nesta senda, cumpre uma melhor análise acerca do instituto da investigação criminal no contexto da sociedade de risco, tarefa a ser abordada nos tópicos deste capítulo.

3.1 A investigação criminal como instrumento a serviço da efetividade da persecução penal

É impossível ao malfeitor agir com a intensidade que supõe a ação criminal sem deixar traços de sua passagem. É impossível que um criminoso atue, especialmente na tensão da ação criminal, sem deixar rastros de sua presença¹⁰⁶.

O fragmento de texto acima representa as palavras do cientista forense Edmond Locard, e pode ser encontrado em sua obra “*Manuel de Technique Policière*”, de 1923. Para o citado autor, sempre que ocorrer o contato entre duas superfícies haverá necessariamente uma troca de substâncias entre elas.

Isto posto, na ocorrência de um crime, o agente infrator levaria consigo substâncias indicadoras de sua presença no local de perpetração do delito, bem como deixaria suas substâncias, demonstrando que lá esteve ou que manteve contato com a vítima ou objetos.

Esta teoria acerca da troca recíproca de substâncias quando em interação, solidificou-se como fundamentadora dos estudos de locais de crime, passando a ser conhecida como Princípio da Troca de Locard que, hodiernamente, constitui-se num dos pilares estruturais da criminalística moderna, que é importante instrumento a serviço do Estado em sua tarefa de tutelar a segurança e que se revela essencial à existência e ao desenvolvimento da sociedade, garantindo a ordem pública e o progresso contínuo¹⁰⁷.

O considerável aumento da criminalidade, sobretudo nos espaços abertos pelo desenvolvimento tecnológico¹⁰⁸, parece um fenômeno indiscutível, destacando a necessidade de um aprimoramento das políticas de segurança pública. Isto implica em muitos desafios ao sistema penal, impondo ao Estado a busca de compatibilização entre meios de repressão ao

¹⁰⁶ *Est impossible au malfaiteur d'agir avec l'intensité que suppose l'action criminelle sans laisser des traces de son passage. (...) es imposible que un criminal actúe, especialmente en la tensión de la acción criminal, sin dejar rastros de su presencia.* (Tradução nossa). LOCARD, Edmond. **Manuel de Technique Policière**. 3ª ed. Paris: Payot, 1939.

¹⁰⁷ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Teoria Geral do Direito Policial**. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2019. p. 136.

¹⁰⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesus-Maria. **La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal em las sociedades posindustriales**. Segunda edición. Madrid: Civitas, 2001. p. 28.

crime e princípios do Estado Democrático de Direito na garantia dos direitos fundamentais, mormente a investigação criminal como instrumento a serviço da efetividade da persecução penal.

Nesse sentido, Aury Lopes Júnior defende que a efetividade da persecução penal, sobretudo na fase preliminar, não pode ser obtida de forma a ofender a dignidade do investigado.

É relevante referir, outrossim, que as investigações criminais devem (ou deveriam) ser realizadas com isenção e objetividade, cabendo à polícia investigativa agir com respeito à dignidade da pessoa humana – princípio fundamental da República Federativa do Brasil – e comprometida com a cidadania, sem que isso signifique impunidade ou uma redução da eficiência do trabalho policial¹⁰⁹.

A criminalidade moderna desafia o Estado e o seu enfrentamento exige novas dinâmicas dos instrumentos de persecução e controle. Não é concebível que órgãos responsáveis pela persecução penal estejam inseridos nesta realidade pós-moderna, sem dispor de estrutura e respaldo jurídico célere que acompanhe as demandas da sociedade por segurança.

Nesta esteira, Silva Sánchez assevera que a criminalidade da última globalização tornou imprescindível, em que pese sua dificuldade, a elaboração de respostas jurídico-penais uniformes a serem dadas pelas diferentes jurisdições¹¹⁰.

Neste contexto social pós-moderno em que a criminalidade cresce e expõe as fragilidades do Estado que, por sua vez, se mostra inábil para promover a ordem pública e atender os anseios sociais, os direitos fundamentais são constantemente ameaçados e violados, como ressalta Perez Luño ao lecionar que a segurança dos direitos do cidadão é muito mais ameaçada pela própria falta de resposta do Estado aos seus misteres sociais¹¹¹.

A rapidez e eficiência cobradas do Estado para que seja dada resposta à sociedade provoca, por vezes, alterações na legislação e na aplicação das leis processuais penais, afastando-se de seus princípios informadores e entregando um caráter emergencial ao sistema penal, do qual se pode citar, a título de exemplo, a delação premiada como medida processual de emergência por excelência¹¹².

¹⁰⁹ LOPES JÚNIOR, Aury. **Reforma processual penal e o reconhecimento de pessoas: entre a estagnação e o grave retrocesso**. Boletim do IBCCRIM, São Paulo, nº 200, jul, 2009. p. 164-165.

¹¹⁰ SÁNCHEZ, Jesús María Silva. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. 3ª ed. Tradução: Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 80-81.

¹¹¹ PÉREZ LUNO, Antonio-Enrique. **La seguridad jurídica**. Barcelona: Ariel, 1991. p. 22.

¹¹² BALDAN, Édson Luis. **O jogo matemático da delação e a extorsão da prova mediante sequestro do investigado**. Boletim IBCCRIM, ano 13, nº 159, 2006. p. 4.

Diante deste cenário em que se reconhece um sistema processual penal de emergência¹¹³, onde a intervenção estatal punitiva foge aos padrões tradicionais do sistema repressivo¹¹⁴, observa-se que, quanto mais invasivas forem as medidas investigativas na busca de autoria e materialidade do delito, maior será o distanciamento da garantia dos direitos fundamentais.

Por outro lado, quanto maior for o cuidado com a preservação dos direitos fundamentais, mais complexa será a coleta e a produção de provas no caminho da elucidação de um crime¹¹⁵. Portanto, a função da investigação criminal assume importância singular na persecução penal, na medida em que materializa o poder do Estado e afeta diretamente os direitos e liberdades fundamentais.

A persecução penal no Brasil se orienta pelo sistema acusatório, onde a fase de investigação é, em regra, realizada pela polícia judiciária, tratando-se de um modelo de investigação criminal preliminar conduzida com autonomia e controle no bojo do inquérito policial. Ainda assim, encontra-se dependente de ações judiciais para realização de determinadas medidas¹¹⁶.

Em termos conceituais, a investigação criminal é o estágio inicial da persecução penal, sendo entendida, de acordo com Eliomar da Silva Pereira, como um conjunto de pesquisas, processualmente orientadas a estabelecer a verdade fática sobre uma lesão penalmente relevante a um bem jurídico, ao passo que interpretações sobre a verdade jurídica se vão construindo por diversos sujeitos processuais. É pesquisa que se faz por meio de uma hipótese típico-legal e segundo formas delimitadas juridicamente. É atividade que, embora esteja geralmente concentrada no inquérito, não se limita somente a esta fase do Processo Penal, pois pode se estender por todo o processo. É, sobretudo, a atividade processual que se destina à justificação probatória (verdade fática), antes que se faça subsunção dos fatos à norma penal (verdade jurídica). É nesse caminho que vários sujeitos processuais, parciais e imparciais, intervêm com pesquisas de naturezas diversas que se complementam, mas que também se podem contradizer¹¹⁷.

Nereu José Giacomolli, de forma sucinta, define a investigação criminal como atividade de natureza jurídica e administrativa, cuja função é fornecer elementos fáticos sobre a

¹¹³ CHOUKR, Fauzi Hassan. *Processo Penal de Emergência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 6.

¹¹⁴ MAYA, André Machado. **O Processo Penal na Sociedade de Risco: A persecução penal entre os ideais de liberdade e segurança**. Brasília: Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição, vol. 3, nº 1, 2017. p. 102.

¹¹⁵ FEITOZA, Denilson. **Direito Processual Penal. Teoria, Crítica e Práxis**. Niterói – RJ: Impetus, 2010. p. 42.

¹¹⁶ LOPES JÚNIOR, Aury, **Direito Processual Penal**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 138.

¹¹⁷ PEREIRA, Eliomar da Silva. **Teoria da Investigação Criminal**. São Pulo: Almedina, 2019. p. 61.

materialidade, a autoria e a espécie delituosa, para subsidiar a acusação, funcionando também como filtro contra acusações improcedentes¹¹⁸.

Em uma perspectiva legalista, Aury Lopes Júnior define investigação criminal como um conjunto de atividades desempenhadas coordenadamente por órgãos do Estado, a partir de uma notícia crime, com caráter prévio e de natureza preparatória com relação ao Processo Penal, e que pretende apurar a autoria e as circunstâncias de um fato aparentemente delituoso, com o objetivo de justificar ou não o processo¹¹⁹.

Explica ainda o autor que a investigação criminal se fundamenta sobre objetivos básicos, quais sejam, buscar o fato oculto que consiste no ponto inicial da investigação, visto que a *notitia criminis* e o *fumus commissi delicti* provocam a ação inicial investigatória acerca de um delito, momento em que se trabalha com um juízo de possibilidade da materialidade do delito e dos indícios de autoria¹²⁰. O objetivo da investigação criminal, portanto, não é assistir o Ministério Público e nem preparar a ação penal, como tornou-se habitual afirmar, mas sim a busca da verdade material processualmente possível em grau de probabilidade¹²¹.

Francesco Carnelutti atribui duas funções à investigação criminal, quais sejam, cumprir uma função instrumental a serviço do Processo Penal, buscando elementos para esclarecer e comprovar a autoria de uma infração penal, consubstanciando, desta forma, sustentação à acusação, para eventual denúncia e início da ação penal e, por outro lado, pode a investigação configurar uma função garantista, ao passo que se podem evitar falsas acusações e evitar o risco de um pré-julgamento do investigado¹²².

Em linha de raciocínio semelhante, Marta Saad afirma que a investigação criminal carrega também a função de evitar acusações infundadas e perseguições excessivas pelos órgãos incumbidos de investigar a infração penal¹²³, servindo, assim, como limite contra excessos persecutórios e como filtro processual, pois sua celeridade e oficialidade ensejam a imediata atuação do juiz garantidor.

Sendo incumbência da polícia judiciária, consoante o art. 144 da Constituição Federal de 1988, a investigação criminal encontra-se regulada no Código de Processo Penal e em legislação especial, dentre as quais a Lei nº 12.830/2013, que dispõe sobre o instituto em apreço.

¹¹⁸ GIACOMOLLI, Nereu José. **A fase preliminar do processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 52-53.

¹¹⁹ LOPES JÚNIOR, Aury, **Direito Processual Penal**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 135-136.

¹²⁰ LOPES JÚNIOR, Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 45.

¹²¹ Ibid. p. 54-55.

¹²² CARNELUTTI, Francesco. **Derecho procesal civil y penal**. México: Episa, 1997. p. 338.

¹²³ SAAD, Marta. **O direito de defesa no inquérito policial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 153.

Formalizada por meio do Inquérito Policial, a investigação criminal deve ser pautada pela legalidade e a dignidade humana¹²⁴, com necessária intervenção do judiciário e do Ministério Público, este último atuando ora como *custus legis* (no curso da investigação criminal), ora como órgão de acusação (no caso de propositura da ação penal), onde se inicia a fase processual da persecução penal, cabendo ao Poder Judiciário a função de dizer e realizar o direito¹²⁵ no caso concreto, dentro da esfera jurídico-penal, seja para homologar o arquivamento, seja para receber a denúncia oferecida, sendo que, em ambos os casos, tais objetivos convergem para o fim último e maior de promover a justiça e a ordem social, respeitando-se direitos e deveres dentro dos limites legais¹²⁶.

Aury Lopes Júnior e Ricardo Jacobsen Gloeckner reconhecem a importância do inquérito policial, mormente por servir de base para a decretação de medidas cautelares. Contudo, destacam os autores que as provas renováveis, como a testemunhal, acareações e reconhecimentos devam ser reproduzidas na fase processual, o que não é possível com os outros meios de prova¹²⁷.

Nessa linha, importante lembrar o disposto no artigo 155 do Código de Processo Penal, segundo a qual “o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”¹²⁸, o que reforça a importância da fase de investigação criminal.

Cumpra também mencionar que há limites impostos à produção de provas, e toda e qualquer construção da verdade ou probatória está subordinada tanto a valores democráticos, quanto a uma decisão final fundamentada¹²⁹.

Apesar de seu caráter inquisitivo, a investigação criminal deve ser entendida também como um direito fundamental do indivíduo, ao passo que pode livrá-lo das consequências extremamente prejudiciais ocasionadas pela acusação da prática de um crime.

Neste plano, muito além de um direito individual, a fase da investigação criminal configura uma barreira a ser superada pelo Estado antes de ingressar na fase processual com o

¹²⁴ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Teoria Geral do Direito Policial**. Coimbra: Almedina. 2019, p. 176.

¹²⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 584.

¹²⁶ SILVA, José Afonso da. **A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro: Renovar, nº 122, abr./jul. 1998. p. 658.

¹²⁷ LOPES JUNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação Preliminar no Processo Penal**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 324.

¹²⁸ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 08/09/2021.

¹²⁹ TAVARES, Juarez; CASARA, Rubens. **Prova e Verdade**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2020. p. 20.

objetivo de exercer legitimamente o seu poder-dever de punir, cumprindo ao Poder Judiciário realizar esse filtro com fundamento nos elementos compilados na investigação criminal.

Em crítica ao modelo inquisitivo de investigação criminal, Alberto Binder explica que:

Esta é uma atividade eminentemente criativa; trata-se de superar um estado de incerteza mediante a busca de todos os meios que servirão de prova. Na realidade da maioria de nossos sistemas processuais, o que deveria ser uma atividade criativa tornou-se uma atividade de rotina, em um simples acúmulo, mais ou menos mecânico, de folhas de papel com registros. Este fenômeno de burocratização da investigação – fenômeno que provoca muita impunidade – é uma consequência do processo escrito e da adoção, nesta fase, do sistema inquisitivo, o qual leva, necessariamente, a uma formalização excessiva da investigação¹³⁰.

A investigação criminal guia-se pelo sistema de formatação jurídica do Processo Penal, inquisitório ou acusatório¹³¹. Embora sejam métodos dicotômicos, ambos se diferenciam por dar prioridade à liberdade ou à autoridade, o que resulta em metodologias de investigação com maior ou menor possibilidade de restrições aos meios de obtenção de provas, sem, contudo, afastarem-se do problema de se buscar a repressão dos culpados e proteger os inocentes¹³².

No Brasil foi adotado o sistema acusatório, onde as funções de acusar, defender e julgar são atribuídas a órgãos distintos, e o processo se desenvolve em contraditório, público, orientado pela presunção de inocência, com atividade imparcial de magistrado que valora livremente a prova¹³³. Quando o sistema aplicado afasta do juiz a iniciativa probatória (da busca de ofício da prova), fortalece-se a estrutura dialética e, sobretudo, assegura-se a imparcialidade do julgador¹³⁴.

Em síntese, o método de investigação a ser empregado está vinculado ao modelo de Processo Penal e seus princípios balizadores. Ademais, em um Estado de Direito, a investigação criminal deve se pautar pela garantia dos direitos fundamentais, materializando-se em procedimentos que estabeleçam elementos fundamentais em sua lógica de meios e fins diversos de obtenção de provas, sobretudo aqueles proibidos e que violam direitos e garantias processuais penais integrantes do devido processo legal¹³⁵.

¹³⁰ BINDER, Alberto M. **Introdução ao Direito Processual Penal**. Tradução: Fernando Zani. Revisão e apresentação: Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 180.

¹³¹ No sistema inquisitório estão reunidas no órgão judicante as funções de acusar, defender e julgar. Assim sendo, não há uma estrutura dialética e sequer contraditória. Não se verifica a imparcialidade, pois uma mesma pessoa (juiz-ator) busca a prova (iniciativa e gestão) e decide a partir da prova que ela mesma produziu. No sistema acusatório, as funções de acusar, defender e julgar são conferidas a órgãos diversos e o processo, se desenvolve em contraditório, público, orientado pela presunção de inocência. LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 46.

¹³² PEREIRA, Eliomar da Silva. **Teoria da Investigação Criminal**. São Pulo: Almedina, 2019. p. 152.

¹³³ CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 43.

¹³⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 80.

¹³⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo Penal**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. p. 39-40.

Ressalta-se que investigação e discussão sobre a validade das provas no Processo Penal, é a atividade probatória¹³⁶ objeto em todo o caminho da persecução penal, isto é, investigação do fato, processo, discussão e sentença.

A efetividade da persecução penal depende de uma investigação criminal racional fundada em seus limites jurídicos que se impõe aos seus métodos e ao seu objeto, tendo como guia não apenas a verdade processual como objetivo, mas também a justiça nos meios de obtenção de provas, fundamentados em dispositivos normativos adequados e aperfeiçoados, sem, contudo, olvidar que toda e qualquer nova estratégia para conduzir a atividade probatória não deve se sobrepor aos direitos fundamentais.

Ainda que na prática seja mais fácil e menos oneroso a visualização da imposição direta da punição ao agente infrator de norma penal, a evolução da sociedade moderna consolidou a fixação dos direitos fundamentais, mormente aqueles vinculados ao direito de liberdade e ao devido processo legal que obrigam o Estado a se submeter ao império da lei para exercer seu direito de punir¹³⁷.

Sobre este ponto, Aury Lopes Júnior afirma que o Direito Penal é desprovido de coerção direta e, distinto do direito privado, não tem atuação nem realidade concreta fora do processo correlato. Destarte, para que haja aplicação da sanção penal, não é suficiente a ocorrência de uma conduta preceituada como ilícito penal, mas também a ocorrência de um devido processo legal, onde incide um amplo rol de direitos e garantias fundamentais¹³⁸.

Deste modo, por meio do respeito à dignidade humana e à liberdade individual, o Estado consolida a manifestação de seu poder repressivo não somente nos denominados pressupostos jurídico-penais materiais, expostos no princípio *nullum crimen nulla poena sine lege*, como também na aplicação da lei penal ao caso concreto, consoante as formalidades dispostas em lei, como infere-se do princípio *nulla poena sine iudicio*.

Em síntese, as leis, o processo e o órgão jurisdicional são elementos essenciais nas relações jurídico-penais. Ainda, nos dizeres de Aury Lopes Júnior, “não existe delito sem pena, nem pena sem delito e processo, nem processo penal senão para determinar o delito e impor uma pena”¹³⁹.

Face aos modernos preceitos constitucionais, sobretudo no que diz respeito aos direitos e garantias fundamentais, não é suficiente atribuir ao Processo Penal uma função de política de

¹³⁶ LOPES JÚNIOR, Aury, **Direito Processual Penal**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 453.

¹³⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. Volume 1. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 12.

¹³⁸ LOPES JÚNIOR, Aury. **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 2.

¹³⁹ Ibid. p.2.

segurança pública, ou somente de constatação da necessidade de punição ou não ao presumível autor de crime. Com efeito, nos dias atuais o Processo Penal reveste-se como um instrumento à disposição do indivíduo para lhe conferir eficácia aos direitos de defesa do indivíduo contra arbítrios do Estado em sua liberdade pessoal e propriedade¹⁴⁰.

Neste sentido, pode-se verificar os aspectos da investigação criminal no âmbito jurídico, onde pode ser entendida como um direito do indivíduo e como um conjunto de normas jurídicas acerca da investigação que justificam os fins do Estado¹⁴¹.

Infere-se então, nesta perspectiva, um direito da investigação e um direito à investigação, orientando-se pelo procedimento de descoberta, coleta, processamento e validação de provas.

O direito da investigação implica em uma atividade fim do Estado e sua existência materializa-se como uma obrigação estatal, delineada por um corpo normativo inerente ao instituto da investigação, a exemplo do Código de Processo Penal, Lei de Organizações Criminosas, Lei de Interceptação Telefônica etc.

Por seu turno, o direito à investigação consubstancia o direito do indivíduo em exigir a atuação estatal diante da ocorrência de uma infração penal. É um direito atribuído à defesa quando atua no interesse do indivíduo, seja investigado, seja vítima, estando interligado ao direito à justiça, à prova, à organização e ao procedimento, compreendendo a todas as atividades desempenhadas pré-processualmente para angariar elementos de prova, tanto pelos órgãos estatais, como pelo investigado¹⁴².

A tutela dos direitos fundamentais é finalidade de uma persecução penal efetiva, associada à preeminência das liberdades individuais e a limitação do poder punitivo estatal, pressupondo que a investigação criminal compõe um devido processo legal e dele não pode se afastar.

Daí decorre a importância da efetividade no sistema de persecução penal, ao passo que se espera dos poderes estatais a atuação imediata para restauração e manutenção da ordem social diante da ocorrência de uma violação à norma penal.

Mas para isso, vale dizer, para que a persecução penal atinja seus fins, sendo efetiva, é preciso que seus atos se desenvolvam fundamentados na lógica jurídica da proporcionalidade, isto é, que permitam o exercício proporcional das medidas restritivas de direitos, na busca da

¹⁴⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Fabris, 2003. p. 168.

¹⁴¹ PALMA, Maria Fernanda. **Introdução ao Direito da investigação criminal e da prova**. Coimbra: Almedina, 2014. p. 17.

¹⁴² GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 86.

verdade aproximada, ou uma verdade juridicamente condicionada¹⁴³, que esteja justificada por provas juridicamente racionais que legitimem não somente as decisões judiciais finais, mas também os procedimentos durante a investigação criminal¹⁴⁴.

Neste rumo, oportuno ressaltar o problema da verdade no Processo Penal, como afirma Aury Lopes Júnior:

A visão de que o processo penal busca a mitológica “verdade real” é um ranço inquisitório superado há séculos. Trata-se de uma concepção vinculada ao sistema inquisitório e aos sistemas autoritários, que em nome da “busca da verdade” legitimaram as maiores atrocidades que a história da humanidade conheceu. Ademais é uma tese absurda, na medida em que confunde o real com o imaginário, pois o crime é sempre passado, logo, nunca é real. É memória, história, imaginação. É sempre imaginário, nunca é real¹⁴⁵.

Sendo assim, busca-se a proteção do inocente contra uma condenação injusta, com fundamento em princípios como a presunção de inocência, a paridade de armas, o direito ao silêncio, entre outros, que compõem uma barreira limitadora às intervenções do Estado, seguindo os ideais garantistas de Ferrajoli com seu sistema axiomático que orienta toda a persecução penal na busca de uma verdade aproximada ou processual dos delitos investigados¹⁴⁶.

3.2 Normatividade da investigação criminal no Brasil: Código de Processo Penal e leis ordinárias

Investigação criminal e inquérito policial são institutos que se confundem na prática processual brasileira, mas, em verdade, o inquérito policial é um modo de desenvolver a investigação criminal¹⁴⁷.

Atualmente, o inquérito policial está regido pela Constituição Federal de 1988, consoante seu art. 144, §4º, e pelo Código de Processo Penal, vigente desde 1941, onde está preceituado do artigo 4º ao 23.

A Constituição Federal conferiu o poder de investigação às polícias judiciárias, fazendo com que toda a formalização dos atos e as diretrizes investigativas sejam por elas conduzidas. Contudo, a atividade de investigação *lato sensu* não é exclusiva da polícia judiciária. O parágrafo único do art. 4º do Código de Processo Penal disciplina que, havendo regramento

¹⁴³ IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. **Valoração da Prova em Sentença Penal**. Organizador e Prefácio: Lédio Rosa de Andrade. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006. p. 128.

¹⁴⁴ PEREIRA, Eliomar da Silva. **Teoria da Investigação Criminal**. 2ª ed. São Paulo: Almedina, 2019. p. 401.

¹⁴⁵ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 502.

¹⁴⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 48 e ss.

¹⁴⁷ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo Penal de Emergência**. Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2002. p. 77.

legal, outras entidades administrativas poderão apurar infrações penais e sua autoria. É o que se verifica, por exemplo, com as comissões parlamentares de inquérito e o inquérito militar.

Há ainda autoridades administrativas que, por meio do inquérito administrativo ou civil, podem apurar as circunstâncias acerca da eventual ocorrência de delito. Luciano Feldens e Andrei Zenkner Schmidt citam como espécies de investigação criminal não policial, os procedimentos elaborados pela Receita Federal quanto à sonegação de tributos federais, e pelo Banco Central contra os ilícitos cambiais e financeiros, como também, a apuração de infrações às leis previdenciárias procedidas pelos próprios agentes do INSS.

Da mesma forma, ocorre em relação a ilícitos ambientais, nos quais o IBAMA procede à apuração. Ainda, no âmbito da Administração Pública, as sindicâncias e inquéritos que são instruídos e, corriqueiramente, acabam por constatar ilícitos penais.

Em todos esses casos, as conclusões do procedimento são enviadas ao Ministério Público, o qual, poderá propor a ação penal com fundamento nos elementos trazidos por esses procedimentos investigativos¹⁴⁸.

Com efeito, ainda que outras autoridades administrativas possam efetuar atos investigativos, observa-se, na prática, que a sua atuação ocorre em âmbito administrativo interno, sendo que a exteriorização dos atos investigatórios, com aplicação de medidas invasivas que atingem a intimidade, a liberdade e a propriedade, fica na atribuição da polícia judiciária.

Ainda que inquérito policial não seja condição essencial para a proposição da ação penal, desde que já existam provas suficientes de autoria e materialidade do delito, é notório que a grande maioria dos processos criminais partem de uma investigação criminal por meio da instauração de um inquérito policial, servindo, desta maneira, como uma ponte que liga a *notitia criminis* à fase processual¹⁴⁹ da persecução penal, utilizando-se, para isso, de métodos e técnicas de descoberta e de coleta, análise e instrução de provas, que possam reconstruir, da forma mais próxima possível, como se desenvolveu determinado fato delituoso.

Consoante o artigo 4º do Código de Processo Penal, é possível conceituar inquérito policial como o conjunto de diligências investigatórias realizadas pela polícia judiciária, com o fim de investigar as infrações penais e colher elementos necessários para que possa ser proposta a ação penal.

¹⁴⁸ FELDENS, Luciano; SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Investigação criminal e ação penal**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2005. p. 87-8.

¹⁴⁹ LOPES JÚNIOR, Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 41.

Rogério Lauria Tucci define o inquérito policial como atuação investigatória da Polícia Judiciária, com a finalidade de apurar a materialidade da infração penal cometida e respectiva autoria¹⁵⁰.

Aury Lopes Junior entende que o inquérito policial é determinado pelo sujeito e pela natureza dos atos realizados, de modo que deve ser considerado como um procedimento administrativo pré-processual¹⁵¹.

Em sentido contrário, Antonio Scarance Fernandes entende que o inquérito policial não chega a ser um procedimento, visto que lhe falta um requisito essencial do procedimento, qual seja, a formação por atos que obedeçam a sequência predeterminada por lei¹⁵².

Já Marta Saad leciona que o inquérito policial é procedimento, pois deve “ostentar perfeição lógica e formal, visto que determinadas formalidades, em especial do auto de prisão em flagrante delito, devem ser obedecidas, a fim de salvaguardar os direitos e garantias individuais”. Ensina ainda a autora que “o procedimento do inquérito policial, por sua própria natureza, é e precisa ser flexível, não obedecendo a uma ordem determinada rígida de atos, mas, nem por isso, deixa o inquérito de ser procedimento, visto que o procedimento pode seguir esquema rígido ou flexível”¹⁵³.

O inquérito policial tem seu início com simples juízo de possibilidade acerca da imputação constante da *notitia criminis*. Não há necessidade da existência da integralidade dos elementos constitutivos da infração penal. Desde que uma conduta possa ser enquadrada em uma norma penal, torna-se ela relevante para a atividade persecutória, isto é, a notícia de uma infração penal é suficiente para que se materialize a *persecutio criminis*¹⁵⁴.

Neste entendimento, oportuno trazer os ensinamentos de Aury Lopes Júnior, o qual afirma que, para a instauração do inquérito policial, basta a mera possibilidade de que exista um fato punível. A própria autoria não precisa ser conhecida no início da investigação. Sem embargo, para o exercício da ação penal e a sua admissibilidade, deve existir um maior grau de conhecimento: exige-se a probabilidade de que o acusado seja autor (coautor ou partícipe) de um fato aparentemente punível¹⁵⁵.

¹⁵⁰ TUCCI, Rogério Lauria. **Persecução Penal, prisão e liberdade**. São Paulo: Saraiva. 1980. p. 43.

¹⁵¹ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 136.

¹⁵² FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 64.

¹⁵³ SAAD, Marta. **O direito de defesa no inquérito policial**. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 246-247.

¹⁵⁴ MARQUES, José Frederico. **Elementos do Direito Processual Penal**. Campinas: Bookseller, 1997. p. 129-130.

¹⁵⁵ LOPES JÚNIOR, Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 176.

O inquérito policial, procedimento pelo qual se desenvolve a investigação criminal, destina-se a colher elementos de convicção acerca de uma prática delitativa, que são utilizadas para fundamentar decisões interlocutórias proferidas nesta fase, bem como justificar eventual ação penal ou o arquivamento do inquérito.

Como se infere, o inquérito policial não é só base para acusação, como a maioria dos autores costuma dizer, mas também é base para o arquivamento, quando se constata que os meios de prova lá constantes apresentam falhas quanto ao fato e/ou à autoria, ou porque os meios de prova demonstram que o fato apurado é inexistente ou atípico, ou, ainda, comprovam a existência de causa excludente de ilicitude ou extinção da punibilidade¹⁵⁶, como ensina Marta Saad.

Desta forma, há entendimento de que o inquérito policial possui valor informativo e, como procedimento provisório, forneceria elementos ao titular da ação penal para formar sua *opinio delicti* e o guiar na fase processual¹⁵⁷. Em contraposição, entende-se também que, consoante as circunstâncias do caso, o magistrado pode utilizar os elementos colhidos na investigação criminal para reforçar as provas em apuração judicial para fundamentar a sentença¹⁵⁸.

Não obstante esses entendimentos contraditórios, o posicionamento jurisprudencial majoritário entende ser possível a utilização dos elementos oriundos do inquérito policial para fundamentar a condenação, desde que não sejam os únicos elementos para formar o convencimento do órgão julgador. Em termos gerais, o valor dos elementos coletados no curso do inquérito policial somente serve para fundamentar medidas cautelares de natureza endoprocedimental.

Consoante Aury Lopes Júnior, também se chega a essa conclusão se for considerado que é inviável transferir para o inquérito policial a estrutura dialética do processo e suas garantias, do mesmo modo que é inaceitável uma condenação baseada em um procedimento de caráter inquisitivo e, portanto, sem observância às garantias processuais do investigado. O autor sustenta que se deve valorar de forma adequada os atos do inquérito policial e, nos casos excepcionais, em que a repetição de provas seja impossível em juízo, seja utilizada a estrutura processual por meio do incidente de produção antecipada de provas¹⁵⁹.

¹⁵⁶ SAAD, Marta. **O direito de defesa no inquérito policial**. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 150-151.

¹⁵⁷ MARQUES, José Frederico. **Elementos do Direito Processual Penal**. Campinas: Bookseller, 1997. p. 154.

¹⁵⁸ Ibid. p. 154-155.

¹⁵⁹ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 698.

De tal modo, as provas produzidas durante o inquérito policial têm como objetivo a apuração da autoria e materialidade da infração penal investigada, não incidindo nesta fase a ampla defesa ou o contraditório, vale dizer, não se poderá produzir ou indicar provas, como será admitido na fase processual e, por isso, não servem os elementos fornecidos pelo inquérito policial como únicos justificadores do juízo condenatório¹⁶⁰.

Em regra, todos os elementos probatórios produzidos no inquérito policial e que serão utilizados na sentença, de forma geral, devem ser obrigatoriamente repetidos na fase processual, e devidamente submetidos ao contraditório.

No entanto, aqueles elementos probatórios que, por sua natureza não possam ser repetidos ou que o transcurso do tempo possa inviabilizá-los, devem se valer do instituto da produção antecipada de provas, como leciona Aury Lopes Júnior:

Com essas duas possibilidades, repetição e produção antecipada da prova, o argumento da impunidade fica esvaziado, meramente retórico. Por repetição entendemos a nova realização ou declaração de algo que já se disse ou se fez. A repetição exige que a pessoa que originalmente praticou o ato volte a realizá-lo da mesma forma. No sentido processual, somente pode ser admitida a repetição de uma prova testemunhal quando a testemunha volte a declarar sobre o mesmo fato, isto é, deve estar presente o trinômio mesma pessoa, sobre o mesmo objeto e praticando o mesmo ato em sentido físico¹⁶¹.

Sendo assim, somente por meio da repetição do ato é que serão observados os princípios garantidos constitucionalmente relacionados no caso concreto. Significa dizer, em última análise, que a mesma pessoa pratique o mesmo ato, sobre o mesmo tema e perante o órgão jurisdicional e as partes processuais.

A única reprodução processualmente válida é aquela que deriva de uma produção antecipada de provas, ou seja, quando na fase processual é lido ou reproduzido em vídeo ou áudio o depoimento prestado na fase pré-processual, justificada pela possibilidade de perecimento e embasada de todos os preceitos e garantias do devido processo legal¹⁶².

Lembra ainda o autor que também não pode ser considerada repetição a simples ratificação do depoimento anteriormente prestado, isto é, o mero fato de ratificar o anteriormente alegado configura uma reprovável negação de jurisdição, já que o juiz que assim procede não faz jus ao poder que lhe foi outorgado.

Cumpre ressaltar que as provas renováveis, tal como acareações, testemunhos, reconhecimentos etc, devem necessariamente, para compor os elementos valoráveis na

¹⁶⁰ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 287.

¹⁶¹ Ibid. p. 289.

¹⁶² Ibid. p. 289.

sentença, ser produzidas na fase processual na presença do juiz, da defesa e da acusação, por meio do contraditório judicial e com total observância dos critérios que disciplinam a produção de provas no processo penal¹⁶³.

Todavia, é preciso reconhecer que a investigação criminal, por mais eficiente que seja, nunca atingirá grau absoluto de correspondência aos fatos da forma como realmente ocorreram¹⁶⁴.

Qualquer elemento probatório, salvo nos casos em que se pode observar diretamente o fato a ser provado, tende a conter equívocos ou estar sob pretensa má-fé, motivo pelo qual se deve avaliar com maior ou menor grau de credibilidade a informação passada por terceiros, a depender do caso concreto.

A evolução jurídico-processual, fundamentada pela longa experiência de arbitrariedades contra direitos fundamentais, estabelece limites para a reconstrução dos fatos, o que dá ao imputado o benefício da incerteza, pois o devido processo legal não deve ser carreado por elementos reconstitutivos duvidosos ou arbitrários.

Acerca dos elementos reconstitutivos, ainda que aparentem pertinência e relevância, o ordenamento jurídico criminal, para atingir suas finalidades processuais, determina a demonstração de certos fatos por meio de elementos probatórios específicos, a exemplo da obrigatoriedade de exame de corpo de delito quando a infração deixar vestígios¹⁶⁵ (artigo 158 do Código de Processo Penal).

Ainda, a lei penal processual diminui o valor probatório de depoimentos de crianças e deficientes mentais (artigo 208), exclui provas que violem o exercício de direitos considerados essenciais (*nemo tenetur se detegere*)¹⁶⁶, protege a relação familiar (artigo 206), e protege também o sigilo profissional (artigo 207).

Outro ponto que merece análise é o instituto da confissão e seu valor probatório. Disciplinada nos artigos 197 a 200 do Código de Processo Penal, consiste no ato de admissão da autoria delitiva pelo investigado. Importa dizer que se fala aqui da confissão extrajudicial, aquela realizada nos autos do inquérito policial, sem observância do contraditório e da ampla defesa¹⁶⁷.

¹⁶³ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 288.

¹⁶⁴ Ibid. p. 557.

¹⁶⁵ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 91.

¹⁶⁶ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo legal: Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 212.

¹⁶⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 4ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 923.

Nesse sentido, Fauzi Hassan Choukr defende que a confissão extrajudicial não deve ser valorada, pois não se amolda aos termos constitucionais e à Convenção Americana de Direitos Humanos e, ainda, para que seja válida, a confissão deve ter sido produzida na presença do juiz e do defensor técnico, em perfeito esclarecimento do réu sobre seus direitos constitucionais¹⁶⁸.

Eugênio Pacelli atribui força probatória relativa à confissão extrajudicial, aduzindo que deve ser confrontada com as demais provas produzidas, nestes termos:

A confissão, sobretudo, não terá valor algum quando prestada unicamente na fase de inquérito (ou administrativa), se não confirmada perante o juiz. E, mesmo quando prestada em juízo, deverá ser também contextualizada junto aos demais elementos probatórios, quando houver, diante do risco, sempre presente, sobretudo nos crimes societários, de autoacusação falsa, para proteger o verdadeiro autor. As razões são várias, da motivação afetiva ou afetuosa, àquela movida por interesses econômicos¹⁶⁹.

Ademais, a confissão realizada no bojo do inquérito policial, sem plena submissão às garantias do devido processo legal, poderá ser retratada, como previsto no artigo 200 do Código de Processo Penal, circunstância em que não prejudicará o livre convencimento do juiz, devendo ser fundada no exame das provas em conjunto.

O dispositivo normativo supracitado decorre da necessidade da observância do devido processo legal e seus inerentes princípios, visto que, em muitos casos, a confissão durante a fase da investigação, pode ser obtida mediante inúmeras arbitrariedades que destoam dos preceitos constitucionais, a exemplo da tortura, da coação, de meios fraudulentos etc.

No passado, adotada pelo direito canônico do século XIII, a confissão já foi considerada a rainha das provas, mas, atualmente, em um Estado Democrático de Direito, perdeu espaço e não tem mais caráter absoluto, não constituindo prova plena de culpabilidade, ainda que realizada na presença do defensor.

Aury Lopes Junior alerta que é preciso insistir na necessidade de se abandonar o ranço inquisitório, onde a confissão era considerada a “rainha das provas”, pois o réu era portador de uma verdade que deveria ser extraída a qualquer custo. No fundo, a questão situava-se (e situa-se ainda), no campo da culpa judaico-cristã, onde o réu deve confessar e se arrepender, para assim buscar a remissão de seus pecados (inclusive com a atenuação da sua pena, art. 65 III, “d”, do Código Penal)¹⁷⁰.

¹⁶⁸ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de Processo Penal: Comentários consolidados e crítica jurisprudencial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 368.

¹⁶⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 339.

¹⁷⁰ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 583.

O instituto da confissão ainda encontra espaço na atividade legislativa, sobretudo quando se fala no avanço da criminalidade e a constante diminuição da efetividade investigativa por meio das técnicas tradicionais.

A investigação criminal no Brasil, como fase do sistema de persecução penal, assume o modelo da *civil law*, objetivando buscar a verdade sobre os fatos investigados e a correspondente aplicação da pena, com observância do devido processo legal.

Em decorrência da dificuldade para o Estado em investigar e judicializar todas as infrações penais, mormente as praticadas pela criminalidade organizada e complexa da sociedade moderna, onde os meios tradicionais de investigação não produzem efeito, surgem dispositivos normativos, inspirados no sistema *common law*, que inauguram um modelo de justiça consensual, permitindo que o Estado negocie com o criminoso a sua confissão em troca de benefícios, como redução da pena.

Neste cenário, vem ganhando espaço a chamada justiça negocial ou consensual implicando em reflexos na investigação criminal, da qual são exemplos, a composição civil, a transação penal, a delação premiada e o acordo de não persecução penal¹⁷¹.

Não sendo o objeto principal deste trabalho, foram elencados acima apenas alguns elementos relacionados aos meios de obtenção de provas que dizem respeito aos métodos tradicionais de investigação criminal. Métodos esses que não são mais capazes de entregar efetividade à investigação, visto que, atualmente em solo pátrio, o inquérito policial encontra-se basicamente com os mesmos moldes de sua primeira definição legal. Continua sendo um procedimento burocrático e, em muitos casos, torna-se pouco eficaz diante da evolução da sociedade e a conseqüente evolução da prática criminosa (criminalidade organizada, intensificação e facilidade das comunicações, massificação de serviços, globalização, crimes cibernéticos, fraudes contábeis de alto impacto econômico).

Contudo, por mais que esse modelo tradicional de investigação tenha vigorado fortemente nas últimas décadas, não se pode afirmar que sua utilização seja a mais indicada. A investigação por meio de técnicas tradicionais apresenta falhas e, sendo assim, provas de cunho tecnológico, passam a ganhar maior relevância dentro do ordenamento jurídico brasileiro, resultando em leis que possibilitam novos meios de investigação e obtenção de provas, onde se

¹⁷¹ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e justiça criminal negocial. Análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro**. São Paulo: IBCCRIM, 2015.

percebe a tendência de flexibilização de garantias individuais¹⁷² em nome de uma maior eficiência na prevenção de ilícitos praticados pela criminalidade moderna.

O termo prova no Processo Penal consiste em todo elemento idôneo para embasar uma dedução capaz de sustentar uma afirmação sobre um fato. Buscar a prova é, sobretudo, um procedimento lógico, técnico e jurídico, definido como um mecanismo de fixação formal de fatos, devendo estar de acordo com regras e restrições impostas pelo direito probatório¹⁷³.

Nesta senda, serão tratados no próximo subitem alguns diplomas normativos que surgiram com o desiderato de entregar à investigação criminal novos meios de obtenção de provas, num claro objetivo de adequar as técnicas investigativas aos novos padrões da criminalidade que encontra meios sofisticados para praticar suas atividades ilícitas, superando, com certa facilidade, a investigação criminal empregada por meios tradicionais.

3.3 A necessidade da adequação da investigação criminal aos novos riscos inerentes da sociedade tecnológica

As tradicionais técnicas de investigação, fundamentadas na prova testemunhal e na confissão estão perdendo espaço frente às novas formas de materialização da prova. Tratam-se das provas científicas e tecnológicas que, embora não vinculem o magistrado, em face do princípio da livre apreciação das provas, configuram importantes elementos de convicção e de fundamentação das decisões judiciais.

Cuida-se de atividades que dão destaque à inteligência como sendo a melhor forma de demonstrar a materialidade e autoria das infrações penais. É uma necessidade imposta pela própria modernização das atividades infracionais a partir de algumas transformações configuradoras da sociedade pós-moderna e informacional, destacando determinados reflexos acerca do crime enquanto fenômeno jurídico-social¹⁷⁴.

A informalidade de algumas condutas delitivas, como o tráfico de drogas e o crime organizado, faz com que a estrutura de cometimento dos crimes seja muito mais rápida do que a estrutura das organizações policiais, conforme pontua Isabel Sánchez García de Paz:

As organizações criminosas aproveitam as vantagens da rapidez, eficiência e anonimato proporcionadas pelas novas tecnologias (smartphones, sistemas informáticos, internet). Contra eles, os meios tradicionais de investigação e busca de

¹⁷² MAYA, André Machado. **O Processo Penal na Sociedade de Risco: A persecução penal entre os ideais de liberdade e segurança**. Brasília: Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição, vol. 3, nº 1, 2017. p. 102.

¹⁷³ KNIJNIK, Danilo. **Prova Judiciária. Estudos sobre o novo direito probatório**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 25.

¹⁷⁴ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do Direito Penal**. Tradução: Juez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 161.

provas, por exemplo, sobre os bens e o capital da organização criminosa, são ineficazes¹⁷⁵.

Desta forma, a investigação criminal na sociedade contemporânea encontra-se em um paradoxo do risco de não elucidação em paralelo ao dever de elucidação completa dos fatos criminosos. Este risco surge não apenas da complexidade dos nexos causais, mas também nasce da introdução acelerada das mais impressionantes tecnologias, não apenas no âmbito da sociedade, mas também na dinâmica da investigação e do esclarecimento de fatos típicos¹⁷⁶.

A aplicação de novas tecnologias nas atividades policiais, possibilitam uma investigação mais aprimorada e uma conseqüente diminuição de erros. Isso é possível devido ao atual e constante estágio de desenvolvimento da sociedade que permite experimentar possibilidades infinitas de vigilância sobre o dia-a-dia dos indivíduos¹⁷⁷.

A sociedade vive tempos de um direito probatório que tem como objeto provas invasivas, altamente tecnológicas, que permitem chegar a conhecimentos e resultados inatingíveis pelos sentidos e pelas técnicas tradicionais. É o que se chama, segundo Danilo Knijnik, de direito probatório de 3ª geração, onde a associação direta da busca com elementos tangíveis condiciona a forma de pensar a prova.

A inserção no mundo virtual como nova realidade, desprovida de conteúdo tangível, demonstra que os elementos vinculados à propriedade ou à posse de coisas estão longe de abarcar todo o âmbito de incidência de buscas e apreensões, que, de ordinário, exigem mandado judicial¹⁷⁸.

De forma distinta da investigação baseada em meios tradicionais ou convencionais, consoante o art. 6º do Código de Processo Penal, desenvolve-se a investigação na era informacional, que se vale, exemplificativamente, de meios como a análise e o cruzamento de dados informáticos, cadastrais, fiscais e financeiros, interceptação de comunicação telefônica¹⁷⁹ e telemática, como a interceptação de aplicativos de mensagens instantâneas, uso de redes de câmeras inteligentes nas cidades, requisição de sinais e informações junto às empresas

¹⁷⁵ *Las organizaciones criminales se aprovechan de las ventajas de rapidez, eficacia y anonimato que prporcionan las nuevas tecnologías (teléfonos móviles, sitemas informáticos, internet). frente a ellas, los médios tradicionales de investigación y búsqueda de pruebas, por ejemplo, acerca de las propiedades y capitales de la organizacion criminal, resultan ineficaces.* (Tradução nossa). PAZ, Isabel Sánchez García de. **La criminalidad organizada. Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales.** Madrid: Dykinson, 2005. p. 220.

¹⁷⁶ KNIJNIK, Danilo. **Prova Judiciária. Estudos sobre o novo direito probatório.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 79.

¹⁷⁷ BAUMAN, Zygmunt. **Vigilância Líquida. Diálogos com David Lyon.** Tradução: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2014. p. 70.

¹⁷⁸ KNIJNIK, Danilo. **A trilogia Olmstead-Katz-Kylo: o art. 5º da Constituição Federal do século XXI.** Revista da Escola da Magistratura do TRF da 4ª Região, Porto Alegre - RS, ano 2, nº 4, 2016. p. 84.

¹⁷⁹ 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.

prestadoras de serviços de telecomunicação para a localização de pessoas¹⁸⁰. Estes são alguns exemplos de novos meios e técnicas de investigação.

A respeito desta nova realidade dos meios de obtenção de provas, Muñoz Conde, citando Foucault, assevera que:

Parece, portanto, que também no campo da evolução dos meios de prova processualmente admissíveis, e não apenas no sistema punitivo, passamos da fase que Foucault caracterizou como “controle do corpo” (tortura), para a fase de “controle da alma” (a captação da palavra, da imagem ou do som, como os elementos mais característicos do núcleo estrito da intimidade e, portanto, da parte espiritual da personalidade)¹⁸¹.

Exsurtem então questionamentos acerca da validade das provas obtidas por técnicas de investigação modernas, visto ser proibida a valoração de provas obtidas por meio de violação de direitos fundamentais, observando-se este princípio tanto nas constituições, como nas leis processuais penais de todos os países civilizados, e também nas declarações universais dos direitos humanos¹⁸².

Como visto no primeiro capítulo, o clamor por segurança e o surgimento de novos tipos penais ou, ainda, o incremento de inovações tecnológicas nas atividades da criminalidade moderna, impulsionam o poder legislativo a produzir mais leis, sob o fundamento de adequar os mecanismos estatais em seu cumprimento do dever de proteção penal.

Desta forma, percebe-se que a edição de leis que possibilitam novas técnicas investigativas segue uma tendência de flexibilização de garantias individuais, baseando-se na necessidade de atribuir maior eficiência no combate à criminalidade moderna, seja criando novas metodologias de investigação e produção de provas, seja implementando deveres de conservação de dados cadastrais e de comunicação, bem como o acesso a esses dados, independentemente de autorização judicial¹⁸³.

O que se tem observado no âmbito do Processo Penal é que os recursos tecnológicos vêm sendo incorporados constantemente pelos órgãos da Polícia Judiciária em investigações

¹⁸⁰ 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.

¹⁸¹ *Parece, pues, que tambien en el ambito de la evolucion de los medios de prueba procesalmente admisibles, y no solo e nel sistema del castigo, hemos pasado de la fase que caracterizaba Foucault como "control del cuerpo" (la tortura), a la fase de "control del alma" (la captacion de la palabra, la imagen o el sonido, como elementos más característicos del núcleo estricto de la intimidad y, por lo tanto, de la parte espiritual de la personalidad).* (Tradução nossa). CONDE, Francisco Muñoz. **Valoración de las Grabaciones Audiovisuales en el Proceso Penal**. 2ª edición. Buenos Aires. Hamurabi, 2007. p. 34.

¹⁸² CONDE, Francisco Muñoz. **Valoración de las Grabaciones Audiovisuales em el Proceso Penal**. 2ª edición. Buenos Aires. Hamurabi, 2007. p. 31.

¹⁸³ MAYA, André Machado. **O processo penal na sociedade de risco: A persecução penal entre os ideais de liberdade e segurança**. Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição. Brasília, 2017. p. 102.

criminais, conforme seu o poder discricionário de atuação que permite a seleção de condutas a serem praticadas¹⁸⁴.

Porém, em casos extremos de relativização de direitos fundamentais, busca-se a autorização judicial, como em investigações que necessitam de medidas como a busca e apreensão domiciliar, interceptação telefônica ou telemática e quebra de sigilo financeiro.

No entanto, esta questão está cada vez mais difícil de demarcar, sobretudo em questões envolvendo segurança pública, apesar da necessária observância de que para a relativização de um direito fundamental, deve ser respeitado o princípio da ponderação, balanceando os interesses, bens, valores ou normas¹⁸⁵.

Diante da complexidade da criminalidade moderna, a obtenção de provas não se efetiva pela busca, coleta e análise de indícios físicos. Atualmente a investigação criminal utiliza técnicas especiais, ou os chamados meios ocultos para ter acesso aos rastros deixados pelos criminosos, seus *modus operandi* e os elementos objetivos e subjetivos do delito, chegando-se, desta forma, às provas correspondentes.

Dos meios de obtenção de provas relacionados à tecnologia, cumpre, nos limites deste trabalho, destacar aqueles que causam grande celeuma no campo jurídico, denominados meios ocultos, devido ao seu caráter altamente invasivo na esfera dos direitos fundamentais, necessitando que a legislação preceitue com bastante reserva a sua autorização.

Nos dias atuais, os meios de obtenção de provas que conflitam com os direitos fundamentais, quando já firmados no ordenamento jurídico, tendem a receber adequações jurídicas em seus procedimentos, dos quais são exemplo a busca e apreensão, a interceptação telefônica, o acesso a registros de ligações telefônicas e dados cadastrais, a entrega vigiada, a colaboração premiada, a ação controlada e a infiltração de agentes, captação ambiental de sinais eletromagnéticos.

No que tange aos meios tecnológicos de obtenção de provas, tem-se a interceptação telefônica, disciplinada pela Lei 9.296/1996, que pode ser definida como a interferência na transmissão, emissão, recepção e decodificação de sinais linguísticos, caracteres, imagens, sons, símbolos de qualquer natureza veiculados pelo telefone fixo ou celular, incluindo também a comunicação telemática¹⁸⁶.

¹⁸⁴ LOPES JUNIOR, Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. 2ª ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 64-69.

¹⁸⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 358.

¹⁸⁶ MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime Organizado – Aspectos Gerais e Mecanismos Legais**, 6ª ed. Revista atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Atlas, 2016. p. 242.

Necessário, neste contexto, estabelecer as diferenças entre interceptação telefônica, escuta telefônica, gravação telefônica. A interceptação telefônica em sentido estrito ocorre quando a violação ao sigilo da comunicação é realizada por terceiro alheio ao conhecimento de qualquer dos interlocutores. Já a escuta telefônica verifica-se quando a interceptação seja efetuada por terceiro, mas com o conhecimento de um dos envolvidos na comunicação. E a gravação telefônica verifica-se quando um dos interlocutores, sem o conhecimento do outro, grava o conteúdo da comunicação¹⁸⁷.

O parágrafo único do artigo 1º da Lei 9.296/1996 prevê o mesmo regramento para a interceptação de fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática. Aqui reside celeuma jurídica acerca do alcance da autorização de interceptação ao fluxo de comunicações entre sistemas de informática e telemática, o que para alguns juristas, como Vicente Greco Filho, configura flagrante inconstitucionalidade porque a lei refere-se apenas às comunicações telefônicas e não a outros tipos de comunicação¹⁸⁸.

Em sentido oposto, Lenio Streck sustenta a constitucionalidade da extensão sob o argumento de que a lei, ao ampliar a possibilidade de interceptação também ao fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática, somente especificou que a lei também atingirá toda e qualquer variante de informações que utilizem a modalidade de comunicações telefônicas¹⁸⁹.

Nesse mesmo entendimento, Cezar Roberto Bitencourt e Paulo César Busato aduzem que considerar inconstitucional o instituto em apreço, seria uma interpretação equivocada e distorcida da realidade social, visto que o legislador buscou proteger a intimidade das pessoas, que, diante de situações criminais, submete-se ao controle judicial.

Ademais, não tinha o constituinte de 1988 a condição de prever a realidade tecnológica dos dias de hoje, onde a maior parte do fluxo das comunicações se dá por meio dos recursos da tecnologia da informação¹⁹⁰, tendo alcance a e-mails, softwares e aplicativos de comunicação instantânea¹⁹¹.

Neste caminho, à disposição da investigação criminal, surge a técnica de captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos e acústicos, previstos nos incisos II e IV do art.

¹⁸⁷ MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime Organizado** – Aspectos Gerais e Mecanismos Legais, 6ª ed. Revista atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Atlas, 2016. p. 245.

¹⁸⁸ GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação telefônica**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 10.

¹⁸⁹ STRECK, Lenio Luiz. **As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 46-47.

¹⁹⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. **Comentários à Lei de Organização Criminosa**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 102.

¹⁹¹ MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime Organizado** – Aspectos Gerais e Mecanismos Legais, 6ª ed. Revista atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Atlas, 2016, p. 243.

3º da Lei 12.850/2013, disciplinando que, em qualquer fase da persecução penal será admitida a captação ambiental, como meio de obtenção de provas.

Este recurso investigativo pode ser entendido como a captação de uma conversa alheia (não telefônica), realizada por terceiro, valendo-se de qualquer meio de gravação. Não se trata de uma conversa telefônica, mas sim uma conversa ocorrida em qualquer ambiente, podendo ser sem o conhecimento dos interlocutores ou com o conhecimento de um deles.

Para Muñoz Conde, a principal fonte de controvérsias doutrinárias e decisões judiciais sobre a natureza das provas proibidas daquelas obtidas com violação de direitos fundamentais, são hoje aquelas derivadas do uso de meios audiovisuais¹⁹².

A técnica investigativa de captação ambiental recebe críticas, visto que é considerada admissível pela previsão legal, contudo, a lei não estabelece requisitos para a sua aplicação, sendo considerada uma prova nominada, porém, atípica, uma vez que não dispõe de procedimento próprio¹⁹³.

De acordo com Cezar Roberto Bitencourt e Paulo César Busato, a legislação limitou o emprego da interceptação ambiental para apuração de crimes cometidos por organizações criminosas, quadrilha ou bando. Ainda, de acordo com os autores, esse meio de obtenção de provas deve demonstrar a necessidade, a adequação e a proporcionalidade no caso concreto, sendo aplicáveis as disposições restritivas da Lei de interceptação telefônica¹⁹⁴.

Ausentes regramentos legais sobre a matéria, a captação ambiental deve orientar-se pelos mesmos regramentos das interceptações telefônicas. Em caso de gravação ambiental clandestina, não há necessidade de autorização judicial, visto que a comunicação é estabelecida por dois ou mais interlocutores presentes. Na situação em que a captação for realizada e gravada por terceiro não participante da comunicação, a interceptação ambiental deve ser precedida de ordem judicial¹⁹⁵.

Cumprе mencionar que a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos também se aplica à gravação de imagens com ou sem áudio, até mesmo porque na atualidade, grande parte de estabelecimentos públicos ou privados dispõem de sistemas de

¹⁹² *La principal fuente de controversias doctrinales y decisiones judiciales sobre el caracter de prueba prohibida de las obtenidas con violacion de derechos fundamentales, la deparan hoy las derivadas del empleo de medios audiovisuales.* (Tradução nossa). CONDE, Francisco Muñoz. **Valoración de las Grabaciones Audiovisuales em el Proceso Penal.** 2ª edición. Buenos Aires. Hamurabi, 2007. p. 27.

¹⁹³ DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de Processo Penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 445.

¹⁹⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. **Comentários à Lei de Organização Criminosa.** São Paulo: Saraiva, 2014, p. 101.

¹⁹⁵ MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime Organizado** – Aspectos Gerais e Mecanismos Legais, 6ª ed. Revista atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Atlas, 2016, p. 247.

monitoramento por câmeras e as imagens captadas por estes sistemas configuram importantes elementos probatórios, nos termos do artigo 3º, II, da Lei 12.850/2013.

A Lei 12.850/2013 também disciplina a ação controlada e a infiltração de agentes como técnicas especiais de investigação à disposição da polícia judiciária, mormente no combate ao crime organizado, adotando e ratificando os preceitos do artigo 20 da Convenção de Palermo¹⁹⁶.

A ação controlada, consoante aos artigos 8º e 9º da Lei de Organizações Criminosas, consiste em retardar a intervenção policial do que se supõe ação praticada por organizações criminosas, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a ação se concretize no momento mais adequado, objetivando coletar a maior quantidade de informações e provas, identificar os infratores e realizar as apreensões necessárias.

Consiste, sobretudo, em um meio de obtenção de provas extraordinário e oculto de investigação, devendo ser empregado em *ultima ratio*, vale dizer, após não haver outra possibilidade de buscar as provas¹⁹⁷.

Cumprе lembrar que a Lei 11.343/2006, que regulamenta a investigação contra tráfico de drogas, preceitua medida semelhante à ação controlada, a chamada entrega vigiada, por meio da qual, em qualquer fase da persecução criminal, serão permitidos, mediante autorização judicial e ouvido o Ministério Público, a não atuação policial sobre portadores de entorpecentes, com o fim de identificar maior número de integrantes de grupos criminosos envolvidos com o tráfico de drogas.

A infiltração de agentes é medida investigativa que já foi objeto de vários diplomas legais, a exemplo da revogada lei 9.034/1995. Esse meio de obtenção de provas consiste, mediante autorização judicial, na introdução de agente público, dissimuladamente quanto à finalidade investigativa, em quadrilha, bando, organização criminosa ou associação criminosa, ou ainda, em determinadas hipóteses (como crime de tráfico de drogas), no âmbito social, profissional ou criminoso do suposto autor de crime¹⁹⁸, sendo vedada coparticipação delituosa, com exceção do disposto no art. 288 do Código Penal.

Atualmente, o instituto da infiltração de agentes vem regulamentado pelo artigo 53, I, da Lei nº 11.343/2006 e artigos 10 a 14 da Lei nº 12.850/2013, que dispõem

¹⁹⁶ BRASIL. **Decreto nº 5.015 de 12 de março de 2004**. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm>. Acesso em: 14/09/2021.

¹⁹⁷ PEREIRA, Flávio Cardoso. **Meios extraordinários de investigação criminal: infiltrações policiais e entregas vigiadas (controladas)**. Editora Revista do Ministério Público do Estado de Goiás, 2008. p. 13-51.

¹⁹⁸ FEITOZA, Denilson. **Direito Processual Penal. Teoria, Crítica e Práxis**. Niteroi – RJ: Impetus, 2010, p. 856.

pormenorizadamente sobre as competências, atribuições, mecanismos de controle, operacionalização do sigilo, atuação, redução de riscos e proteção dos envolvidos.

Cabe destacar ainda que, por motivo da realização das Olimpíadas, o Brasil precisou editar a Lei nº 13.260/2016, que regulamentou o disposto no inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal de 1988, com o objetivo de combater a prática do terrorismo, tratando de disposições investigatórias e processuais.

Desta forma, as investigações, processo e julgamento dos crimes da nova lei do terrorismo passaram a ser disciplinadas pelos dispositivos constantes na Lei nº 12.850/13 (artigo 16, da Lei nº 13.260/2016), destacando-se, entre as medidas investigativas, a infiltração policial.

Essa medida investigativa, além de trazer alto risco ao agente policial, também gera debates acerca de sua legalidade e de seus preceitos éticos e morais. A partir do momento em que o agente policial se infiltra em uma organização criminosa, parece ser inevitável que ele também cometa delitos, o que motiva grande polêmica, pois, no momento em que o Estado, por meio do agente infiltrado, envolve-se diretamente na prática de delitos, sob o argumento de melhor investigá-los, acaba por se igualar aos criminosos¹⁹⁹.

Parte da doutrina entende que a melhor solução para a questão está no campo das excludentes de ilicitude, sendo que, nesse caso, caberia o estrito cumprimento do dever legal, que compreende os deveres de intervenção do Estado na esfera privada para garantir o cumprimento da lei²⁰⁰.

Outros doutrinadores optam pela atipicidade da conduta do agente infiltrado, uma vez que não há dolo na sua ação²⁰¹, mas sim a pretensão de auxiliar na investigação angariando as provas possíveis. Cumpre mencionar ainda a corrente a favor da escusa absolutória como forma de não responsabilização do agente policial infiltrado pelas condutas típicas praticadas, consubstanciando uma opção de política criminal²⁰².

Por fim, há autores como Jacobo López Barja de Quiroga que coadunam com o afastamento da responsabilidade penal do agente infiltrado, ressaltando, porém, a possibilidade

¹⁹⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. **Comentários à Lei de Organização Criminosa**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 156.

²⁰⁰ SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000. p. 187.

²⁰¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal. Parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 348.

²⁰² PEREIRA, Flávio Cardoso. **Agente Infiltrado desde el Punto de Vista del Garantismo Procesal Penal**. Lisboa: Juruá, 2015. p. 410-427.

de responsabilidade civil do Estado, por ser responsável pelo funcionamento normal ou anormal dos serviços públicos²⁰³.

Não se discute hodiernamente sobre os muitos recursos do desenvolvimento tecnológico, sobretudo os evidentes benefícios da internet, mas, por outro lado, também são evidentes os efeitos indesejados da superexposição pessoal que se observa nas mais diversas atividades envolvendo a rede mundial de computadores, como o uso acentuado das redes sociais, das compras on-line, ou mesmo na simples navegação em sites que coletam os mais variados dados pessoais, comprovando o que Manuel Castells havia previsto no final da década de 1990, onde defendeu a ideia de que a internet seria o mais importante canal de interconexão global, afirmando que quase tudo estaria conectado a sistemas invariavelmente abertos a pessoas e instituições²⁰⁴.

E é nesse campo que tem surgido novas propostas acerca do afastamento do sigilo de dados, principalmente quando o objetivo é a busca pela autoria e materialidade em crimes que envolvem lavagem de dinheiro, tráfico de drogas, corrupção e terrorismo.

Além da Lei de Organizações Criminosas, a Lei de Lavagem de Dinheiro também prevê a possibilidade de se obter dados cadastrais de telefonia, contas bancárias, cartões de crédito, entre outros. Ademais, na busca de elucidação dos delitos, no campo dos dados telemáticos, a Lei nº 9.296/1996 admite a quebra de sigilo telemático, quando houver indícios suficientes de autoria e da prática da infração penal e, quando não houver outro meio de se produzir a prova, além da necessidade de que o crime apurado seja apenado com reclusão.

Esta quebra de sigilo telemático inclui dados hospedados em nuvem, compreendendo aqueles decorrentes de perfis em redes sociais, abrangendo todo tipo de arquivo, ou seja, imagens, vídeos, áudios e cópias de mensagens enviadas via aplicativos de comunicação instantânea. Esta medida tem se mostrado mais eficaz, haja vista a sensível diminuição das comunicações pelos meios tradicionais.

Com isso, a tutela jurídica da coleta e tratamento de dados pessoais tem sido foco de preocupação no mundo inteiro e, assim, foi promulgada no Brasil a Lei nº 13.709/2014, denominada “Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais”, que regulamentou o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais, com o fim de proteger os direitos fundamentais

²⁰³ QUIROGA, Jacobo López Barja de. **El agente encubierto**. Revista Jurídica La Ley, Diario, Madrid, v. 4778, 1999. p. 1956.

²⁰⁴ CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. Vol. 1. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 69.

de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural, como vem delineado em seu artigo 1º²⁰⁵.

No entanto, a lei em apreço não se aplica especificamente para certas situações, quando se tratar de dados para fins exclusivos de investigação e repressão de infrações penais, consoante preceitua o seu art. 4º, III, d²⁰⁶.

A respeito desse tema, André Machado Maya adverte que no âmbito dos riscos tecnológicos, assim considerados aqueles relacionados com o avanço das tecnologias disponíveis à comunicação e a transações econômicas, a eficácia da prevenção e a segurança das relações passam diretamente pela tendência de restrição dos limites de sigilo inerente às garantias de intimidade e privacidade²⁰⁷.

A pesquisa em fontes abertas na Internet, a qual não exige autorização judicial como em outras medidas que afetam a privacidade, consiste em uma importante técnica investigativa que pode servir para a reconstrução do fato criminoso, pois tais informações estão disponíveis para qualquer pessoa, não existindo expectativa de privacidade a respeito.

Esses meios ocultos de investigação são alvos de críticas de parte da doutrina, devido à invasividade e segredo com que atingem o ambiente indepassável da personalidade humana²⁰⁸, criando, desta forma, uma assimetria e hipertrofia da acusação em relação à defesa, o que reforça um modelo inquisitivo indesejado e injusto, que desequilibra a persecução penal²⁰⁹.

Contudo, a obtenção de dados cadastrais constitui importante técnica de investigação criminal, pois ali encontram-se informações de qualificação a respeito da pessoa, como nome, filiação, data de nascimento, endereço, número de telefone e outras que possam facilitar sua identificação e localização.

Acerca da violação da privacidade ou não na obtenção de dados cadastrais, Ferraz Junior defende que não há necessidade de sigilo sob o argumento de que:

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

²⁰⁵ BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm>. Acesso em: 18/08/2021.

²⁰⁶ Ibid.

²⁰⁷ MAYA, André Machado. **O Processo Penal na Sociedade de Risco: A persecução penal entre os ideais de liberdade e segurança**. Brasília: Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição, vol. 3, nº 1, 2017. p. 101.

²⁰⁸ MALAN, Diogo. **Processo Penal aplicado à criminalidade econômico-financeira**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 114. Ano 23. São Paulo: RT, 2015. p. 279.

²⁰⁹ PEREIRA, Eliomar da Silva. **Saber e Poder: o processo (de investigação) penal**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019. p. 32.

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 privadas: a proteção é para elas, não para eles. Em consequência, simples cadastros de elementos identificadores (nome, endereço, RG, filiação, etc.) não são protegidos²¹⁰.

Logo, não estando os dados cadastrais protegidos por sigilo, não se exige autorização judicial para serem acessados. A requisição destes dados para fins de instrução de inquérito policial, está expressamente prevista na Lei nº 9.613/1998 (artigo 17-A), que dispõe sobre os crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores, na Lei nº 12.850/2013 (artigo 15), que se refere às organizações criminosas, na Lei nº 12.830/2013 (artigo 2º, § 2º), que dispõe sobre a investigação criminal, e também na Lei nº 13.344/2016 (que acrescentou o artigo 13-A ao Código de Processo Penal), que disciplina medidas de prevenção e repressão ao tráfico interno e internacional de pessoas.

No entanto, o tratamento de dados pessoais, em particular por procedimentos automatizados, configura uma atividade de risco, que se concretiza na possibilidade de exposição e utilização indevida ou abusiva de tais dados²¹¹.

Ademais, A Lei n.º 12.965/2014 estabelece o prazo de um ano para que os provedores de conexão mantenham os registros de acesso, embora preveja a possibilidade da autoridade policial ou administrativa ou o Ministério Público requerer cautelarmente que estes sejam guardados por prazo superior (artigo 13, §2º), contanto que o requerimento judicial seja apresentado em até sessenta dias após o requerimento (§3º). E o referido dispositivo não distingue a finalidade do requerimento, exigindo apenas competência para a prática do ato, de modo que não se vislumbra óbice à utilização desses dados em processos criminais cujo objeto de apuração exija acesso a tais informações.

Os diversos artifícios utilizados pelos criminosos no mundo virtual fortalecem a importância de novos instrumentos de intervenção e persecução, o que amplia as possibilidades da investigação criminal acerca do conteúdo dos dados compartilhados na internet.

Com a edição da Lei nº 13.344/2016, que acrescentou o artigo 13-B ao Código de Processo Penal, foram criadas medidas de prevenção e repressão ao tráfico interno e internacional de pessoas, permitindo requisitar às empresas prestadoras de serviço de telecomunicações o fornecimento imediato de sinais e informações que possibilitem a

²¹⁰ 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.

²¹¹ DONEDA, Danilo Cesar Maganhoto. **proteção de dados pessoais como um direito fundamental**. Joaçaba: Espaço Jurídico, vol 12, nº 2, 2011. p. 92.

localização de vítimas ou dos suspeitos de crimes relacionados ao tráfico de pessoas, o que consiste em mais um importante meio de obtenção de provas ligado ao progresso tecnológico.

Destaca-se que há necessidade de prévia autorização judicial para a requisição das informações, contudo, é permitida a obtenção dos sinais pela polícia judiciária, em caso de não manifestação judicial no prazo de 12 horas.

Nesta linha de obtenção de provas no meio tecnológico, também considerada medida altamente invasiva, está o acesso a aparelhos celulares, que tem sido motivo de grandes controvérsias acerca da validade das provas obtidas por meio desses dispositivos tecnológicos.

Atualmente, um smartphone contém praticamente todas as informações sobre a vida de uma pessoa, e o acesso aos dados contidos nesse dispositivo configura importante meio de obtenção de provas na investigação criminal hodierna. No entanto, é certo que o acesso de dados contidos em um smartphone também configura grande capacidade de violar direitos fundamentais, visto que a intimidade e a privacidade armazenadas no dispositivo transcendem os limites analógicos de bens materiais, abarcando aspectos da necessária tutela de direitos fundamentais²¹².

Na mesma linha de estratégias investigativas disciplinadas pelas leis nº 11.343/2006, nº 12.850/2013 e nº 13.260/2016, que permitem a infiltração física de agentes policiais, surgiu a Lei nº 13.441/2017, que introduziu a Seção V-A a Lei nº 8.069/1990, acrescentando os artigos 190-A, 190-B, 190-C, 190-D e 190-E, regulamentando a infiltração virtual de agentes policiais na internet com o objetivo de combater uma criminalidade que se utiliza dos esconderijos do mundo virtual para cometerem crimes envolvendo pedofilia (artigos 240, 241, 241-A, 241-B, 241-C e 241-D da Lei 8.069/1990), crimes contra a dignidade sexual de vulneráveis (artigo 217-A do Código Penal), corrupção de menores (artigo 218-A do CP), crime de favorecimento da prostituição de criança ou adolescente ou de vulnerável (artigo 218-B do Código Penal), e também o crime de invasão a dispositivo informático (artigo 154-A, Código Penal).

Posteriormente a Lei nº 13.964/2019 promoveu alterações na Lei nº 12.850/2013 e incluiu os artigos 10-A a 10-D, que também autorizam a técnica da infiltração virtual de agentes de polícia para fins de combate a quaisquer infrações penais praticadas por organizações criminosas, seguindo critério semelhante ao proposto pela Lei nº 13.441/2017, aplicando-se à investigação das atividades de grupos criminosos atuantes na internet.

²¹² LOPES JÚNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da. **Vasculhar aparelho celular só é possível com autorização judicial**. Revista Eletrônica Consultor Jurídico. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2018-fev-23/limite-penal-vasculhar-aparelho-celular-somente-autorizacao-judicial>>. Acesso em: 115/09/2021.

Destarte, a infiltração virtual de agentes policiais é meio de investigação, caracterizada pela dissimulação e sigilo, consistindo em uma modalidade excepcional e subsidiária, mediante prévia autorização judicial, tendo seu emprego admitido somente quando os meios ordinários ou convencionais de investigação não se mostrarem eficazes, sendo necessário um mínimo de elementos para justificar a medida, sob pena de se legitimar uma atuação estatal invasiva aleatória.

Esse meio de obtenção de provas justifica-se na medida em que a rede mundial de computadores permite a hospedagem de sites que permanecem ocultos e restritos, sendo situados, na maioria das vezes, na chamada Deep Web ou na Dark Web, onde uma pessoa só consegue acesso se for convidada, necessitando de softwares específicos de navegação na internet.

Entretanto, apesar de ser uma ferramenta que pode trazer resultados muito úteis, é necessário alguns requisitos para sua viabilização, como indícios de crime e inexistência de outro meio possível à obtenção de prova. Até mesmo porque quando se trata de delitos cometidos no submundo da internet, torna-se praticamente impossível lograr êxito na busca de indícios e provas, sem a utilização de um agente infiltrado, destacando sobremaneira a importância desta técnica investigativa no combate às novas facetas da criminalidade no meio tecnológico.

No entanto, há que se considerar que o processo penal moderno, característico do Estado de Direito, consagra a presunção de inocência do investigado e a garantia de seus direitos fundamentais. Assim, na esteira do devido processo legal, devem ser observados os direitos fundamentais da proibição de se produzir provas contra si mesmo e de permanecer em silêncio, o que levanta a questão acerca do indivíduo sob investigação encontrar-se em estado de erro diante das circunstâncias fáticas no momento em que declara algo que pode incriminá-lo²¹³.

É importante lembrar que o agente infiltrado passará a fazer parte do grupo criminoso investigado, participando de suas atividades como se criminoso fosse, podendo, assim, colher informações importantes para a elucidação dos crimes investigados, como identidade dos demais integrantes, suas formas de perpetrar as condutas delituosas e as principais vítimas, angariando, por conseguinte, indícios e provas de autoria e materialidade²¹⁴.

²¹³ CONDE, Francisco Muñoz. **De las prohibiciones probatorias al Derecho procesal penal del enemigo**. 1ª ed. Buenos Aires: Hamurabi, 2008. p. 17.

²¹⁴ MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime Organizado. aspectos gerais e mecanismos legais**. São Paulo: Atlas: 2007. p. 184.

Não obstante, é grande a discussão acerca deste meio de obtenção de prova, pois, o instituto do agente infiltrado é bastante invasivo, o que lhe entrega alto poder de violação de direitos fundamentais, visto que, atualmente, a quantidade de dados armazenada nos meios digitais é enorme e, assim sendo, um agente infiltrado poderá ter acesso a muitas informações de toda vida de determinado indivíduo.

Foram expostos até aqui algumas normas sobre meios de obtenção de provas, mormente aquelas ligadas aos meios tecnológicos. Necessário então, ainda que de forma breve, entender o que é prova propriamente dita.

3.3.1 Prova no Processo Penal

A prova sem a qual não se torna aceitável qualquer conhecimento produzido pela investigação criminal, é condição necessária da verdade sobre um fato, sobretudo nos ideais do devido processo legal. Nesta esteira, pode-se associar a questão dos meios de obtenção de provas a tudo aquilo que é idôneo a fornecer resultado apreciável para a decisão do juiz, como por exemplo, um documento, um depoimento ou um objeto²¹⁵.

O esclarecimento dos fatos em que se fundamenta a pretensão do autor, e daquilo que o réu alega em oposição a essa pretensão, é o que constitui a prova. De acordo com Magalhães Noronha, “O processo é o conjunto de atos legalmente ordenados, para a apuração do fato, da autoria e a exata aplicação da lei. O fim é este: a descoberta da verdade, o meio. Da aplicação da lei trata a sentença que dirime o litígio; da apuração da verdade, a instrução. Esta é, pois, a fase do processo em que as partes procuram demonstrar o que objetivam: o acusador a pretensão punitiva, o acusado sua defesa” [...] “Essa demonstração é o que constitui a prova”²¹⁶.

3.3.2 Provas lícitas e ilícitas

Buscando a efetividade na persecução penal, a prova necessita ser obtida, admitida e valorada. A obtenção da prova se refere aos meios processualmente autorizados de aquisição probatória, delineados pelos requisitos legais exigidos para a produção, coleta ou busca de uma prova. Cumpridos esses requisitos, chega-se às provas lícitas admitidas na persecução penal.

A admissão da prova, considerada lícita, por seu turno, refere-se aquilo que, obtido por meios idôneos não proibidos legalmente, poderá ser incorporado ao processo como objeto de valoração final. E a valoração da prova, por sua vez, diz respeito à efetiva utilização em juízo

²¹⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo Penal**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. p. 198.

²¹⁶ NORONHA; Edgard Magalhães. **Curso de Direito Processual Penal**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 1983. p. 87.

cognitivo que se faz acerca do conjunto probatório considerado íntegro e fiável a compor as motivações da sentença²¹⁷.

No Processo Penal são admitidas todas as provas possíveis, com ampla liberdade, desde que não existam restrições legais à sua obtenção, como é o caso das provas obtidas por meios ilícitos. Essa liberdade compreende às fontes, aos meios e aos métodos de obtenção do objeto de prova, podendo ser limitado aos fatos pertinentes, relevantes e controversos, ou sobre os quais não haja presunção legal²¹⁸.

A prova ilícita, vale dizer, aquela obtida por meios ilícitos, é a prova vedada no processo, sendo entendida como aquela que for contrária a uma específica norma legal, ou a um princípio do direito positivo. Não obstante, a vedação pode estar estabelecida por uma norma processual ou material, ou pode ainda estar assentada em princípios gerais do direito. As vedações processuais de provas ilícitas têm por finalidade a proteção de interesses relativos à lógica e à finalidade do processo e justificam-se pela tutela aos direitos que o ordenamento reconhece aos indivíduos, independentemente do processo²¹⁹.

Em sentido estrito, prova ilícita é aquela colhida infringindo-se normas ou princípios preceituados pela Constituição e pela legislação infraconstitucional, para a proteção das liberdades públicas e dos direitos da personalidade e daquela sua manifestação que é o direito à intimidade. A título de exemplo, constituem, desta forma, provas ilícitas, aquelas obtidas com a violação do domicílio (art. 5º, XI, da CF) ou das comunicações (art. 5º, XII, da CF); por meio de tortura ou maus-tratos (art. 5º, III, da CF); as colhidas com violação à intimidade (art. 5º, X, da CF) etc²²⁰.

A proibição de provas ilícitas, dentre os princípios formadores do devido processo legal, deve ser entendida de forma que somente o conhecimento produzido com estrita observância dos direitos fundamentais poderá ser considerado prova em sentido jurídico e admitido como elemento fundamentador da decisão judicial.

A origem do princípio da proibição de provas ilícitas é geralmente atribuída ao Processo Penal dos Estados Unidos onde vigora o princípio da exclusão que proíbe ao judiciário a valoração de provas obtidas por meios ilícitos. Entre os vários princípios fundamentadores do princípio da exclusão, encontra-se na doutrina norte-americana como crucial o sentido da

²¹⁷ PEREIRA, Eliomar da Silva. **Teoria da Investigação Criminal**. São Paulo: Almedina, 2019. p. 264.

²¹⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo Penal**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. p. 203.

²¹⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As Nulidades no Processo Penal**. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 131.

²²⁰ Ibid. p. 131-132.

prevenção na atividade policial, com o fim de afastar condutas policiais ilícitas com violação de direitos fundamentais²²¹.

A partir do princípio da proibição de provas ilícitas surge a doutrina dos frutos da árvore envenenada, a qual pretende a inadmissibilidade de aceitação de provas derivadas daquelas ilícitas em sua origem.

A Lei nº 11.690/2008 inseriu o parágrafo 1º no artigo 157 do Código de Processo Penal disciplinando expressamente que “São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras”²²².

Percebe-se que a redação do dispositivo acolhe a doutrina dos frutos da árvore envenenada e também já estabelece as exceções admitidas ao princípio da proibição de provas ilícitas, seguindo uma tendência doutrinária.

Desta forma, a prova obtida com boa-fé pode configurar uma exceção à proibição de prova ilícita originária, considerando que a prova obtida deste modo não justificaria sua exclusão do processo. Um exemplo seria o cumprimento de uma medida investigativa autorizada por juiz incompetente.

Quanto à prova obtida por meio independente, o entendimento é de que também configura exceção à proibição da prova ilícita, sob o argumento de que, se a prova ilícita por derivação puder ser obtida por outra fonte distinta da primeira, ela se desvincula do vício originário, afastando, assim, o reconhecimento da teoria dos frutos da árvore envenenada.

E, por fim, configura também uma exceção à teoria em apreço a prova obtida pela descoberta inevitável, consistindo no fato de que não se pode impedir a admissão de uma prova derivada de uma violação legal, se tal prova seria obtida por meio de atividade investigativa lícita sem qualquer relação com a violação anterior²²³.

Não restam dúvidas quanto à necessidade do emprego de meios lícitos na obtenção de provas, sobretudo quando se espera de um Estado Democrático de Direito o respeito integral aos direitos fundamentais na sua atividade de investigar e punir os infratores.

²²¹ **Weeks v. United States, 332 U.S. 383 (1948)**. Em 1948, no caso Weeks versus United States, a Suprema Corte norte-americana estabeleceu que o “princípio da exclusão” era aplicável aos processos federais. Nesse caso específico, a Corte Suprema decidiu que prova violadora da IV Emenda por “policiais federais” seria banida de um processo federal. Disponível em: < <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/332/383/>>. Acesso em 19/09/2021.

²²² BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 19/09/2021.

²²³ PEREIRA, Eliomar da Silva. **Teoria da Investigação Criminal**. São Paulo: Almedina, 2019. p. 287-288.

Nesse sentido, as provas obtidas por meios ilícitos, ainda que confirmem a autoria e materialidade, não coadunam com o devido processo legal, do qual se espera procedimentos justos no seu objetivo de entregar justiça, na melhor acepção da palavra.

A opinião pública diverge muitas vezes de decisões judiciais, pois livrar um criminoso sabidamente culpado, não é resultado fácil de se aceitar quando não se pensa nas consequências de se possibilitar exceções em consideração aos anseios sociais por segurança e vingança muitas vezes.

Como exemplo, pode-se citar um caso pragmático julgado pelo Tribunal de Land de Hesse na Alemanha. Na ocasião foi apresentada uma confissão obtida por meio de ameaças de tortura a um suspeito de sequestro de uma criança. Tais ameaças resultaram na descoberta do paradeiro do menor, que já se tinha informação que havia sido assassinado pelo suspeito. Embora o êxito alcançado pela polícia, o Tribunal considerou que a prova obtida não podia ser admitida e condenou a chefe de polícia por ter autorizado as ameaças de tortura²²⁴.

Nesse sentido, Claus Roxin *apud* Muñoz Conde, aderindo ao posicionamento da 5ª Sala do Tribunal Federal alemão, aduz que o princípio do *nemo tenetur se detegere*, não só proíbe a coação para prestar depoimento, como também proíbe uma autoincriminação induzida pelo Estado por meio de um erro²²⁵.

Neste mesmo raciocínio, sobretudo no que diz respeito ao instituto da infiltração de agentes (física ou virtual) como meio de obtenção de provas, importante citar o posicionamento de Claus Roxin, citado por Muñoz Conde.

[...] a proibição de avaliar uma declaração se aplica quando o funcionário público falha, por exemplo, em instruir o acusado sobre seu direito de não testemunhar, ela ainda deve ser aplicada quando o funcionário obtiver essa declaração escondendo sua identidade oficial, fingindo ser outro criminoso e assim conseguindo sua autoincriminação²²⁶.

Da mesma forma, pode-se considerar que as escutas e gravações ocultas (captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos e acústicos) utilizadas pela polícia configuram, consoante Roxin, uma lesão ao princípio da proibição de se produzir provas contra si mesmo, atingindo também o direito à intimidade²²⁷.

²²⁴ CONDE, Francisco Muñoz. **De las prohibiciones probatorias al Derecho procesal penal del enemigo**. 1ª ed. Buenos Aires. Hamurabi, 2008. p. 25.

²²⁵ Ibid. p. 34.

²²⁶ “la prohibición de evaluar una declaración se aplica cuando el funcionario público falla, por ejemplo, en instruir al imputado sobre su derecho a no declarar, igualmente debe aplicarse cuando el funcionario obtiene esa declaración ocultando su identidad oficial, pretendiendo ser otro delincuente y así en conseguir su autoincriminación”. Ibid. (Tradução nossa). p. 36.

²²⁷ Ibid. p. 37.

Embora Roxin defenda a tese da proibição de autoincriminação por meio de artifícios ardis utilizados pela polícia ou por meio de terceiros, o Tribunal Supremo alemão não é tão contundente ao rejeitar esse tipo de prova quando se trata de investigação de crimes de grande importância. Sendo assim, introduz-se no princípio do *nemo tenetur se detegere* um critério de proporcionalidade entre a gravidade do crime e a admissibilidade de algumas provas²²⁸.

Neste contexto, pode-se concluir, ainda que de forma breve, que a investigação criminal necessita encontrar mecanismos que a tornem adequada às necessidades da segurança pública como um direito fundamental, sobretudo em uma sociedade que está sob constantes riscos.

3.4 Sociedade tecnológica e novos riscos

O desenvolvimento tecnológico, principalmente quando empregado em práticas criminosas, implica em enorme desafio ao Estado no cumprimento do seu dever de proteção penal. Esse mesmo desenvolvimento tecnológico deve ser utilizado pelo Estado no combate à criminalidade moderna. Contudo, o Estado não pode se valer de meios ilegais para investigar, elucidar os delitos e aplicar a devida sanção.

No contexto da sociedade moderna, as inovações tecnológicas causam grandes celeumas em diversos campos, dentre eles, o Direito. A rapidez da transformação tecnológica nos últimos tempos tornou-se quase inalcançável pela legislação brasileira.

A legislação processual penal, que segue o tempo da década de 1940, vai ficando desatualizada e não acompanha as transformações sociais na velocidade adequada²²⁹, 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 velocidade do desenvolvimento tecnológico.

Desta forma, a persecução penal deve ser interpretada não apenas como instrumento para o exercício do direito de punir, mas também como limitador deste poder-dever do Estado no âmbito penal²³⁰, concretizando um uma persecução criminal isenta de abusos e de acordo com os valores fundamentais que guiam o Estado Democrático de Direito.

Fundamenta-se então o entendimento de que o respeito às garantias fundamentais não pode ser confundido com impunidade. O processo penal é um meio necessário para se buscar

²²⁸ CONDE, Francisco Muñoz. **De las prohibiciones probatorias al Derecho procesal penal del enemigo**. 1ª ed. Buenos Aires. Hamurabi, 2008. p. 38.

²²⁹ MAYA, André Machado. **A Justiça Penal Negocial como Horizonte para um Novo Processo Penal**. Direito Fundamental à Segurança e Direitos de Liberdade: a complexa harmonia em matéria penal. Fundação Escola Superior do Ministério Público, 2019. p. 56.

²³⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão. Teoria do garantismo penal**. Tradução: Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002. p. 91.

legitimamente a punição do infrator e, sendo assim, somente se admite a sua existência quando ao longo desse caminho forem rigidamente observadas as regras e garantias do devido processo legal constitucionalmente asseguradas²³¹.

O debate acerca dos riscos atuais da nossa sociedade, mormente no que diz respeito à criminalidade é centro de constantes discussões. Os meios de comunicação noticiam diariamente várias ocorrências de crimes envolvendo as mais sofisticadas artimanhas para driblar as políticas de segurança. Essas notícias já ocupam espaço na mídia há anos, e a sociedade segue convivendo com os reflexos da própria forma como conduz a sua evolução.

Assim, a expansão dos novos riscos, os conflitos sociais e econômicos sobre sua admissibilidade, e a ausência de orientações científicas que estabeleçam parâmetros de condutas seguras, acarretam um sentimento de temor social. Esta insegurança é acentuada pelos meios de comunicação de massa²³².

Como já exposto no primeiro capítulo deste trabalho, entre os principais riscos que ameaçam a sociedade, está a evolução da tecnologia, referida por Ulrich Beck, a qual Anthony Giddens também destaca como inserida em um contexto evoluções que implicam em riscos artificiais, assim também chamados por Raffaele de Giorgi.

Este cenário concebido pelos autores acima citados, vai ao encontro do que Klaus Schwab diz a respeito da sociedade contemporânea, afirmando que vivemos em um círculo acelerado de progresso tecnológico.

Estudiosos de todas as áreas do conhecimento ponderam a respeito dos problemas sociais, questionando acerca como e quando lidar com os riscos. Nesse sentido, Ulrich Beck:

Na medida em que os riscos globais escapam ao cálculo de risco segundo métodos científicos e se transformam em objeto do não-saber, prevalece a percepção cultural, isto é, a crença pós-religiosa, quase-religiosa na realidade dos riscos globais adquire um significado central²³³.

As condutas humanas que trazem periculosidade à sociedade precisam ser controladas por instrumentos de gestão de riscos e incertezas²³⁴, o que implica na discussão sobre a ineficácia das opções de controle atuais e a necessidade de buscar alternativas para uma sociedade que se vê em meio à incapacidade de reduzir danos incontroláveis²³⁵.

²³¹ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 37.

²³² BOTTINI, Pierpaolo. **Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco**. São Paulo, 2006.

²³³ BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo global. En busca de la seguridad perdida**. Madri: Paidós, 2008. p. 140.

²³⁴ SILVA, Solange Teles da. **Princípio da Precaução: Uma nova postura em face dos riscos e incertezas científicas**. In: Princípio da Precaução / Marcelo Dias Varela e Ana Flávia Barros Platiau, organizadores. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 79-80.

²³⁵ GIORGI, Raffaele de. **Direito, Democracia e Risco: vínculos com o futuro**. Porto Alegre: Fabris, 1998. p.195.

O quadro atual é que a sociedade está envolta em uma explosão de desconhecimento²³⁶, onde os avanços tecnológicos não são acompanhados por ferramentas de gestão de riscos, o que implica em dificuldade para se determinar qual conduta resultou o risco.

Os riscos atuais, segundo Beck, caracterizam-se pelo “efeito bumerangue”²³⁷, isto é, todos são afetados pela produção de riscos, tanto aqueles que produzem os riscos, quanto aqueles que se beneficiam da sua produção. Isso demonstra o caráter reflexivo da modernidade apontado pelo autor, ao passo que aquele que causa o risco, sofre suas consequências adversas.

Raffaele De Giorgi pondera que a realidade sobre os novos modelos de organização social implica na necessidade de construção científica de instrumentos capazes de medir e gerenciar riscos²³⁸, algo que não era necessário nos modelos de organização social até meados do século XIX.

Os riscos do atual desenvolvimento tecnológico são como uma “bomba relógio” que já está em contagem regressiva. Nesse sentido, os riscos se referem a um futuro que temos que evitar. Em sentido central, riscos são ao mesmo tempo reais e irreais. O centro de consciência do risco não reside no presente, mas no futuro (prognóstico)²³⁹.

As transformações vivenciadas pela sociedade em muitos casos não são de fácil assimilação a todos. Novas tecnologias passam a integrar subitamente o dia-a-dia da coletividade, que se vê refém de um processo contínuo de globalização e expansão de políticas capitalistas, que culminam em fatores determinantes de desigualdades sociais, aumentando cada vez mais as raízes da criminalidade.

Em tempos de modernidade líquida²⁴⁰, muitas coisas mudaram. Hoje em dia, há poucas coisas que se possa fazer sem o uso da tecnologia e sem acesso à internet. Mas, se de um lado isso possibilitou a democratização do acesso à informação, a diminuição das distâncias, a rapidez na comunicação e a facilitação das atividades diárias, por outro lado, trouxe inúmeros problemas, como por exemplo, servir de plataforma e instrumento para ampliar as possibilidades de práticas criminosas²⁴¹.

²³⁶ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de Perigo Abstrato e Princípio da Precaução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 39.

²³⁷ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. São Paulo: 34, 2011. p. 44.

²³⁸ GIORGI, Raffaele de. **O Risco na Sociedade Contemporânea**. Tradução: Cristiano Paixão, Daniela Nicola, Samantha Dobrowski. Revista do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade de Ciências Jurídicas de Santa Catarina. Florianópolis, nº 28, 1994. p. 49.

²³⁹ BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo global. En busca de la seguridad perdida**. Madri: Paidós, 2008.

²⁴⁰ Metáfora utilizada por Zygmunt Bauman para se referir à fluidez das instituições e estruturas sociais na modernidade atual.

²⁴¹ LIMA, Paulo Marco Ferreira. **Crimes de computador e segurança computacional**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 16.

A revolução tecnológica vem desencadeando alterações políticas, econômicas e sociais profundas, implicando em novos atores sociais, novos costumes e uma nova sociedade, representando um dos fatores da enorme transformação de valores em nível global.

Integrou-se a informação, a economia, a criminalidade, as instituições sociais, em suma, globalizou-se muita coisa sem que antes fossem estabelecidos princípios minimamente consensuais²⁴², e, por isso, diante da ausência de um sistema jurídico global, o cenário fica ainda mais nebuloso na busca de soluções para os conflitos sociais no contexto dessa revolução tecnológica²⁴³.

Desta forma, a sociedade encontra-se imersa em instabilidades, criando um terreno fértil para a propagação da criminalidade, sobretudo a criminalidade organizada, que encontra nos riscos oportunidades para ampliarem e diversificarem suas condutas, assumindo uma dinâmica que ultrapassa tanto as fronteiras nacionais quanto as fronteiras dos sistemas federais e dos blocos econômicos²⁴⁴.

A chamada criminalidade comum, que diz respeito a poucos envolvidos (autor e vítima) e *modus operandi* simples, não demanda dos órgãos investigativos muitos recursos para a deflagração persecutória.

De modo diverso é o contexto da criminalidade moderna, onde a investigação criminal é cada vez mais desafiada por esquemas criminosos complexos, onde resultados e objetos materiais nem sempre são tangíveis, com vítimas nem sempre individualizáveis, e com fontes de provas que se tornam indisponíveis, dificultando sobremaneira a repressão estatal²⁴⁵.

A criminalidade tem, por regra, a discrição e o sigilo como características quase inafastáveis²⁴⁶, sendo observadas até mesmo em grupos terroristas que costumam assumir a autoria de atentados, mas que, no início da execução delitativa, necessitam do sigilo e da discrição para perpetrar suas condutas.

A partir do momento que a forma de atuar de determinadas práticas criminosas torna-se conhecida, os órgãos de segurança pública e a sociedade tendem a adotar condutas que impeçam novos crimes. Isso faz com que a criminalidade busque opções mais criativas e sofisticadas, para que possam surpreender novas vítimas e escapar do poder punitivo estatal.

²⁴² MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito Penal Racional: Propostas para a construção de uma teoria da legislação e para uma atuação criminal preventiva**. Curitiba: Juruá, 2016. p. 77.

²⁴³ BAUMAN, Zygmunt. **Medo Líquido**. Rio de Janeiro: Zahar, Tradução: Carlos Alberto Medeiros, 2008. p. 130.

²⁴⁴ BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco. Rumo a uma outra modernidade**. Tradução: Sebastião Nascimento, Ed. 34, 2010. p. 57.

²⁴⁵ FERNANDES, Antonio Scarance. **O equilíbrio na repressão ao crime organizado**. São Paulo: RT, 2009. p. 12.

²⁴⁶ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. p. 227.

Sendo assim, o Estado também precisa inovar e ser dinâmico, porém, com a diferença de que necessita respeitar os limites impostos pelos direitos fundamentais, enquanto a criminalidade tem a liberdade no seu agir.

Em consequência, a constante evolução e sofisticação dos contextos criminosos implica na necessidade do aperfeiçoamento das técnicas investigativas, sobretudo em relação aos meios de obtenção de provas que precisam dos melhores e mais atualizados recursos tecnológicos ao seu alcance.

A estrutura estatal tem se mostrado insuficiente na persecução desta delinquência complexa. Não parece ser possível desenvolver uma atividade adequada de prevenção e investigação com as forças policiais reduzidas em recursos materiais e humanos, não dispondo dos métodos mais modernos de comunicação e obtenção de provas²⁴⁷.

Diante disto, torna-se imperativo encontrar novas técnicas investigatórias aptas a entregarem à persecução penal condições com alto grau de eficiência para enfrentar e conter o avanço da criminalidade e ao mesmo tempo manter as garantias dos direitos fundamentais daqueles submetidos ao processo penal²⁴⁸.

É preciso buscar soluções que tenham capacidade de combater uma criminalidade que atua de forma a evitar o encontro de provas, impondo a lei do silêncio, utilizando-se de meios de comunicação modernos que contornam técnicas investigativas como interceptações telefônicas e ambientais²⁴⁹.

Enfrentar esse tipo de criminalidade exige aperfeiçoamento dos agentes de segurança, que necessitam buscar e dominar técnicas e instrumentos de investigação que envolvem o conhecimento avançado sobre novas tecnologias, provedores de internet, serviços bancários online, comércio online, redes sociais, onde ocorrem graves manifestações da criminalidade, como pedofilia, tráfico de drogas, violação da intimidade e privacidade, racismo e fraudes diversas²⁵⁰, que encontram ambiente “seguro” no submundo da rede mundial de computadores.

Como visto anteriormente neste trabalho, o legislador tem buscado subsídios normativos para o enfrentamento da criminalidade contemporânea, permitindo, por vezes, medidas investigativas com caráter extremamente ameaçador ao Estado Democrático de Direito.

²⁴⁷ MONTROYA, Mario Daniel. **Máfia e crime organizado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 78.

²⁴⁸ PEREIRA, Flavio Cardoso. **A moderna investigação criminal: infiltrações policiais, entregas controladas e vigiadas, equipes conjuntas de investigação e provas periciais de inteligência. Limites Constitucionais da Investigação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 112.

²⁴⁹ FERNANDES, Antonio Scarance. **O equilíbrio entre a eficiência e o garantismo e o crime organizado**. In *Repressão Penal e o crime organizado, os novos rumos da política criminal após o 11 de setembro*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 241.

²⁵⁰ LIMA, Paulo Marco Ferreira. **Crimes de computador e segurança computacional**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 56.

Contudo, não pode o Estado deixar de investigar as infrações penais, e a admissão de novas técnicas investigativas deve ser capaz de produzir resultado eficaz e também trazer mecanismos visando a menor produção possível de efeitos negativos²⁵¹.

Novas tecnologias irão surgir a cada dia e certamente trarão consigo novos recursos para melhorar a vida dos indivíduos, mas também é certo que esses mesmos recursos implicarão em riscos à própria sociedade.

As novas tecnologias configuram-se como o grande motor de transformação social. Vivemos imersos em uma era de progresso constante, em que as tecnologias avançam em ritmo acelerado e desordenado que impõe ao ordenamento jurídico uma atenção mais ampla em matéria tecnológica, a fim de evitar que o homem se torne, ao mesmo tempo, senhor e escravo da tecnologia²⁵².

Assim, o cenário atual exige grande discussão sobre novos métodos de investigação criminal para afastar a evidente insegurança jurídica estabelecida por essas novas metodologias investigativas a serviço da persecução penal.

Neste sentido, a investigação criminal deve ser capaz de entregar as devidas provas sobre a infração penal sem que, para isso, direitos fundamentais sejam violados. A possibilidade de utilização de determinados dispositivos tecnológicos para esclarecimento de crimes deve ganhar regulamentação normativa célere.

Uma dessas inovações tecnológicas é o drone, aparato tecnológico já conhecido, que começa a ganhar cada vez mais espaço em muitas atividades do cotidiano, sobretudo devido aos recursos tecnológicos que pode portar. Torna-se cada vez mais corriqueiro visualizar esses pequenos objetos voadores circulando o espaço aéreo, trazendo consigo câmeras de alta precisão.

Devido a seu alto poder tecnológico e a sua diversidade de empregos, o drone se mostra como importante ferramenta a ser empregada na investigação criminal, principalmente porque pode entregar eficiência e celeridade sem diligências investigativas, sem, contudo, colocar em risco a integridade física de policiais e investigados. Desta forma, a utilização de drones na investigação criminal merece ser abordada com melhor detalhamento, o que será tema da sequência deste trabalho.

Antes, porém, faz-se necessário a abordagem acerca dos direitos fundamentais no contexto da investigação criminal, sobretudo pelo fato de serem constantemente restringidos e

²⁵¹ MARTIN, Joaquín Delgado. **La criminalidad organizada**. Barcelona: Bosch Editor, 2001. p. 32.

²⁵² DOTTI, René Ariel. **Proteção da vida privada e liberdade de informação: possibilidades e limites**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 28.

violados, na medida em que novas técnicas investigativas são disciplinadas pelo Estado com o objetivo de melhor enfrentar a criminalidade moderna, que encontra muitos espaços para crescer e se ramificar no âmbito da sociedade contemporânea, a chamada sociedade de risco.

4 DIREITOS FUNDAMENTAIS E INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

Para muitos autores, os direitos fundamentais são inerentes ao fenômeno do constitucionalismo, considerando-se a Magna Carta inglesa de 1215 como seu ponto de partida no contexto da sua evolução histórica²⁵³.

Há também quem considere que o ponto essencial do desenvolvimento dos direitos fundamentais encontrou suas bases na segunda metade do século XVIII por meio do Bill of Rights do Estado da Virgínia em 1776, quando ocorreu a positivação dos direitos inerentes ao homem e também com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, nascida na Revolução Francesa de 1789²⁵⁴.

Entendendo a positivação dos direitos em determinado momento, é preciso considerar os direitos fundamentais como fruto da evolução histórica da humanidade, como ensina Norberto Bobbio:

O elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses, das classes no poder, dos meios disponíveis para a realização dos mesmos, das transformações técnicas, etc. Direitos que foram declarados absolutos no final do século XVIII, com a propriedade *sacre et inviolable*, foram submetidos a radicais limitações nas declarações contemporâneas; direitos que as declarações do século XVIII nem sequer mencionavam, como os direitos sociais, são agora proclamados com grande ostentação nas recentes declarações²⁵⁵.

Ingo Wolfgang Sarlet ensina que a história dos direitos fundamentais se vincula à história do surgimento do moderno Estado constitucional, cuja natureza e razão de ser situam-se justamente no reconhecimento e na proteção dos direitos fundamentais do homem²⁵⁶.

Nesse contexto, indaga-se sobre o conceito de direitos fundamentais, visto que muitas Constituições trazem uma terminologia²⁵⁷ ampla para o tema, como por exemplo, direitos humanos, direitos e garantias individuais, direitos e garantias fundamentais, direitos e liberdades constitucionais.

Para Carlos Bernal Pulido, “o conceito de direito fundamental é uma das noções mais controversas na doutrina constitucional europeia do final do segundo e início do terceiro milênios. Este conceito tem sido objeto de inúmeras definições, cunhadas a partir de uma ampla

²⁵³ COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Fundamentais**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 43.

²⁵⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 266.

²⁵⁵ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. São Paulo: Campus, 1992. p. 18.

²⁵⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 38.

²⁵⁷ DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 39.

variedade de perspectivas, cada uma das quais acentua certas características específicas ou enfatiza certas nuances ou singularidades desta figura jurídica”²⁵⁸.

Jesus Maria Casal Hernandez ensina que “o conceito de direitos fundamentais surgiu na Europa e difundiu-se amplamente neste continente. Quanto à origem do termo, alguns o colocam na França pré-revolucionária (*droits fondamentaux*) e outros encontraram algum antecedente em acordos das colônias britânicas na América do Norte, no século XVII (direitos fundamentais). Mas a expressão seria legalmente consolidada na Alemanha, a partir de sua irrupção no debate constituinte de 1848-1849, o que levaria à aprovação da Constituição de 1849 (*Verfassung der Paulskirche*), que não entrou em vigor. Esses direitos seriam posteriormente consagrados na Constituição de Weimar de 1919 e na Lei Básica de Bonn de 1949”²⁵⁹.

Para a doutrina alemã, direitos humanos não se confundem com direitos fundamentais, sendo estes espécies daqueles. O direito germânico define direitos fundamentais como aqueles direitos humanos que são positivados nas Constituições de cada Estado. Deste modo, os direitos humanos não se findam em determinado ordenamento e, assim sendo, possuem caráter universal.

Em direção afim, Ingo Wolfgang Sarlet preleciona que:

[...] o termo direitos fundamentais se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão direitos humanos guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoca caráter supranacional²⁶⁰.

²⁵⁸ “El concepto de derecho fundamental es una de las nociones más controvertidas en la doctrina constitucional europea de finales de segundo milenio y comienzos del tercero. Este concepto ha sido objeto de un sin número de definiciones, acuñadas a partir de una gran variedad de perspectivas, cada una de las cuales acentua ciertos rasgos específicos o enfatiza determinados matices o singularidades de esta figura jurídica”. (Tradução nossa). PULIDO, Carlos Bernal. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador**. Cuarta edición. Universidad Externado de Colombia, 2014. p. 100.

²⁵⁹ “El concepto de derechos fundamentales surge en Europa y se ha extendido con gran amplitud en este continente. Encuanto al origen del término, algunos lo sitúan en la Francia prerrevolucionaria (*droits fondamentaux*) y otros han hallado algún antecedente en acuerdos de las colonias britânicas em Norte América, em el siglo xvii (fundamental rights). Pero la expresión se consolidaría jurídicamente em Alemania, a partir de su irrupción em el debate constituyente de 1848-1849, que conduciría a la aprobación de la Constitución de 1849 (*Verfassung der Paulskirche*), la cual no llegó a entrar em vigor. Estos derechos serían luego consagrados em la Constitución de Weimar de 1919 y em la Ley Fundamental de Bonn de 1949”. (Tradução nossa). HERNANDES, Jesús María Casal. **Los Derechos Fundamentales y sus Restricciones. Constitucionalismo comparado y jurisprudência interamericana**. Bogotá – Colômbia: Editorial Temis, Obras Jurídicas, 2020. p 19.

²⁶⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia Dos direitos Fundamentais**. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 35-36.

Assim, de forma concisa, pode-se chegar a uma definição de direitos fundamentais como aqueles que foram conquistados através de muitas lutas e revoluções e que são essenciais à proteção da dignidade da pessoa humana, preceituados nas Constituições e que se unem aos direitos humanos para dar total proteção aos indivíduos contra intervenções estatais ou privadas que possam mitigar ou elidir a plena fruição dos seus direitos fundamentais e também obrigam o Estado a agir diante da ameaça a qualquer direito fundamental visando a máxima garantia da tutela dos referidos direitos.

Na observância aos direitos fundamentais e sua aplicabilidade aos casos concretos, a vida em sociedade evidencia todos os dias infinitas situações em que será preciso a tomada de alguma decisão sobre qual direito deverá prevalecer em determinada situação.

Por isso, frente aos muitos direitos elencados pela Constituição e demais legislações pertinentes, é comum que ocorram conflitos entre eles, mormente, em situações tão suscetíveis de violações de direitos, como nas investigações criminais, onde o Estado, para elucidar determinada infração penal, dispõe de medidas de forte caráter intervencionista e invasivo nas liberdades dos indivíduos, que podem afastar os preceitos legais consonantes com os direitos fundamentais e suspender suas principais garantias²⁶¹.

O arcabouço dos direitos fundamentais amplamente reconhecido na Constituição Federal de 1988²⁶² tem reflexos diretos na investigação criminal, até mesmo pelo fato de que o legislador constituinte procurou elementos para impedir que arbitrariedades e violência estatal voltassem a ocorrer, como o passado recente da sociedade brasileira demonstra²⁶³.

Esse passado de mau uso das instituições policiais trouxe descrédito às investigações criminais. E esse fato ainda é perceptível nos dias atuais, tendo em vista muitos membros das forças policiais veem o amplo rol de direitos e garantias fundamentais elencados na Constituição, como entraves à investigação criminal.

Sobre esse aspecto, Ferrajoli diz que os estudiosos do direito têm sua parcela de culpa, pois o “direito de polícia” é, talvez, o campo mais negligenciado nas pesquisas acadêmicas²⁶⁴. Assim, essa falta de estudo alimenta também a falta de credibilidade de que a criminalidade só

²⁶¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão. Teoria do garantismo penal**. Tradução: Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 641.

²⁶² TÁCITO, Caio. **Constituições brasileiras**. Senado Federal. Secretaria Especial de Editoração e Publicações. Brasília, 2012.

²⁶³ VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos fundamentais. Uma leitura da jurisprudência do STF**. São Paulo. Malheiros, 2016. p. 11.

²⁶⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão. Teoria do garantismo penal**. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002. p. 616-617.

diminuirá seus altos índices com a expansão penal e a supressão de direitos fundamentais de investigados.

Nesse ponto, as políticas criminais estatais não deveriam negligenciar a lição deixada por Beccaria, que diz que a vontade de cometer crimes não é diminuída por meio da severidade da pena, mas sim pela certeza da punição²⁶⁵.

Destarte, interessa à continuidade desse estudo entender a estrutura dos direitos fundamentais e seus desdobramentos. Para esse propósito destacam-se os ensinamentos do jusfilósofo Robert Alexy, que entrega importante contribuição em sua teoria que trata os direitos fundamentais considerando a distinção entre regras e princípios, e a sua teoria sobre a perspectiva tridimensional dos direitos fundamentais.

4.1 A estrutura dos direitos fundamentais na teoria de Robert Alexy

A doutrina tradicional utilizava-se de preceitos como generalidade e abstração para distinguir regras e princípios, não considerando qualquer ordem qualitativa, a exemplo de Norberto Bobbio, quando ele define os princípios como “normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais”²⁶⁶.

Alexy não tem o objetivo de alcançar precisamente uma homogeneização da ordem jurídica fundamental com sua teoria sobre direitos fundamentais. Na verdade, o autor pretende encontrar as estruturas dogmáticas para descobrir os princípios e valores ocultos nas codificações e na jurisprudência. Seu fundamento reside no fato de que, seja onde for o local em que se manifestem os direitos fundamentais, problemas semelhantes como, por exemplo, as diferenças estruturais entre os direitos sociais e os políticos irão surgir.

Nesse caminho, o autor alemão reconhece três possíveis teses integralmente diversas sobre a distinção entre regras e princípios. A primeira estabelece que toda tentativa de diferenciar as normas em regras e princípios, seria, ante a pluralidade existente, destinada ao insucesso. A segunda tese é admitida por aqueles que, ainda que aceitem que as normas possam ser divididas de forma relevante em regras e princípios, ressaltam que essa diferenciação é apenas de grau. A terceira tese, por seu turno, defende que as normas podem ser distinguidas como regras e princípios e que entre os dois institutos não existe somente uma diferença gradual, mas também uma diferença qualitativa²⁶⁷. E esta última é a tese defendida por Alexy,

²⁶⁵ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret, 2006. p. 39.

²⁶⁶ BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Tradução: Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 6ª ed. Brasília: Editora UNB. 1995. p. 158.

²⁶⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo Malheiros, 2011. p. 89-90.

visto que apresenta o que o autor denomina de critério qualitativo, o qual possibilita distinguir com exatidão as regras e os princípios.

A estrutura proposta por Alexy parte da dicotomia entre regras e princípios elaborada por Ronald Dworkin, para quem a distinção entre regras e princípios tem natureza lógica e pode ser definida pela natureza da orientação que oferecem para o caso.

Assim sendo, as regras são empregadas na forma do tudo-ou-nada, de modo que definidos os fatos que uma regra preceitua, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão²⁶⁸.

Alexy reconhece o modelo exposto por Dworkin, mas afirma, porém, que é muito simples, fazendo-se necessário a adoção de um padrão diferenciado²⁶⁹. Em outras palavras, quando um direito é garantido por uma norma que possui estrutura de uma regra, esse direito será definitivo e, sendo assim, deverá ser aplicado em sua totalidade ao caso concreto.

Neste ponto, não se observam diferenças em relação à doutrina de Dworkin. Porém, o diferencial do modelo proposto por Alexy incide no fato de que esse raciocínio persiste ainda que as regras apresentem exceções, o que quase sempre ocorre, uma vez que as exceções a uma regra devem ser aceitas como se parte dela fossem²⁷⁰.

Para apoiar essa dedução, Virgílio Afonso da Silva cita a regra que proíbe a retroação da lei penal, e lembra a sua manifesta exceção de que a lei deverá retroagir quando beneficiar o réu, consoante artigo 5º, XL, da Constituição Federal. A regra deve, nesse sentido, ser compreendida como realmente é, ou seja, é proibida a retroação de leis penais, salvo no caso em que sejam mais benéficas para o réu do que a lei anterior²⁷¹.

Seguindo com seus ensinamentos, Alexy estabelece os princípios como um mundo de dever ser ideal, ou seja, não definem como as coisas são, mas como devem ser pensadas, evitando, desta forma, contradições. Esta consideração fundamenta sua teoria, visto que preceitua os princípios como “mandados de otimização”²⁷². Estes “mandados”, entendidos como proibição e permissão são vistos então como uma categoria deontológica, e não axiológica ou antropológica²⁷³, isto é, assumem um caráter obrigatório.

²⁶⁸ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 39.

²⁶⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 104.

²⁷⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. **O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais**. Revista de Direito do Estado 4, 2006. p. 27.

²⁷¹ Ibid. p. 27.

²⁷² ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo Malheiros, 2011. p. 90.

²⁷³ As categorias da deontologia são os mandados de proibição, permissão e obrigação. Por isso dizem o que deve ser. Em contrapartida, a axiologia é ligada ao valor, ou seja, o que é bom, seguro, econômico, democrático, liberal,

Diante do exposto, pode-se considerar que regras e princípios dizem o que deve ser. Logo, os princípios, assim como as regras, são base para solução dos casos concretos, mas com aplicações distintas. Ainda, nas palavras de Virgílio Afonso da Silva, “nos casos das regras, garantem-se direitos (ou impõem-se deveres) definitivos, ao passo que, no caso dos princípios, são garantidos direitos (ou são impostos deveres) *prima facie*²⁷⁴.”

Deste modo, a distinção assinalada por Alexy refere que as regras são normas que podem ser cumpridas ou não, e os princípios são normas que preceituam que algo seja realizado no maior alcance possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas.

Então, enquanto as regras pertencem ao mundo do juridicamente existente e do definitivamente válido, os princípios situam-se no indefinido plano do possível ou do simultaneamente possível. No caso de ocorrer conflito entre regras, uma eliminará a outra, por questão de invalidade no caso em questão.

Na ocorrência de conflito entre regras, este deverá ser sanado no campo da validade, pois deve ser aplicada ao caso concreto trazendo consigo suas consequências jurídicas. Ou seja, Alexy propõe a possibilidade de se inserir uma cláusula de exceção em uma delas, cujo efeito será a perda do seu caráter definitivo.

Caso não seja possível solucionar o conflito pela introdução de uma cláusula de exceção, ocorrerá que uma das regras deverá ser declarada inválida e, conseqüentemente, eliminada do sistema normativo, como meio de manutenção do ordenamento.

Para ilustrar sua teoria, Alexy cita:

Um exemplo para um conflito entre regras que pode ser resolvido por meio da introdução de uma cláusula de exceção é aquele entre a proibição de sair da sala de aula antes que o sinal toque e o dever de deixar a sala se soar o alarme de incêndio. Se o sinal ainda não tiver sido tocado, mas o alarme de incêndio tiver soado, essas regras conduzem a juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si. Esse conflito deve ser solucionado por meio da inclusão, na primeira regra, de uma cláusula de exceção para o caso do alarme de incêndio. Se esse tipo de solução não for possível, pelo menos uma das regras tem que ser declarada inválida e, com isso, extirpada do ordenamento jurídico²⁷⁵.

próprio do Estado de Direito. Por último, a antropologia se refere aos interesses, necessidades, decisão e ação. Partindo dessas definições, Alexy relata que é possível constatar facilmente a diferença entre o conceito de princípio e valor: “Os princípios são mandados de um determinado tipo, é dizer, mandados de otimização. Mandados pertencem ao âmbito deontológico. Ao invés, os valores devem ser incluídos ao nível axiológico”. ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 562.

²⁷⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. **Princípios e Regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção**. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais, 2003. p. 619.

²⁷⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo Malheiros, 2011. p.93.

Ainda, quando não é possível a introdução de uma cláusula de exceção, a questão acerca de qual regra deve ser declarada inválida pode ser solucionada tanto pelos critérios tradicionais, utilizados para resolver a antinomia de normas, identificados como o hierárquico, segundo o qual a lei superior derroga a lei inferior; o cronológico, pelo qual a lei posterior derroga a lei anterior; e o da especialidade, que ordena a derrogação da lei geral pela lei especial²⁷⁶.

Já para a colisão entre princípios, considerados centro do Direito Constitucional²⁷⁷, a solução, aplicando a ideia de mandados de otimização, encontra caminho onde um dos princípios deverá ceder ao outro quando as possibilidades jurídicas e fáticas de um deles forem maiores do que as do outro em determinado caso concreto. Porém, isso não significa que o princípio vencido deva ser invalidado ou que tenha que ser inserida nele uma cláusula de exceção. A solução é que deve haver uma ponderação entre os princípios em cada situação que se apresenta.

Alexy apresentou em sua obra *Teoria de dos Direitos Fundamentais a Lei de Colisão* para resolver a colisão de princípios utilizando um caso do Tribunal Constitucional Federal alemão, que versou sobre a não realização da audiência oral, pois, o quadro de saúde do acusado era delicado podendo ser acometido por um infarto. Neste fato, observou-se a colisão entre o princípio da aplicação do Direito Penal, que obriga a audiência oral, com o princípio de proteção do direito à vida e integridade do acusado que, não podia naquele momento, comparecer à audiência devido ao alto risco a sua saúde²⁷⁸.

É desse ponto que Alexy começa a aprofundar sua teoria, estabelecendo a premissa de que:

Princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas. A máxima da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, exigência de sopesamento, decorre da relativização em face das possibilidades jurídicas. Quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio colide com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica para a realização dessa norma depende do princípio antagônico. Para se chegar a uma decisão é necessário um sopesamento nos termos da lei de colisão. Visto que a aplicação de princípios válidos - caso sejam aplicáveis - é obrigatória, e visto que para essa aplicação, nos casos de colisão, é necessário um sopesamento, o caráter principiológico das normas de direito fundamental implica a necessidade de um sopesamento quando elas colidem com princípios antagônicos²⁷⁹.

²⁷⁶ SANCHÍS, Luís Prieto. **Justicia Constitucional y derechos fundamentales**. Madrid: Editorial Trotta, 2003. p. 220.

²⁷⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro** (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In BARROSO, Luís Roberto. Org. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

²⁷⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. Malheiros, 2006. p. 94-95.

²⁷⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo Malheiros, 2011. p. 117-118.

Nesta linha de raciocínio, quando ocorre uma colisão de direitos fundamentais, também ocorrerá uma colisão de princípios e o procedimento para solução no caso concreto é a utilização da técnica da ponderação para dirimir os interesses conflitantes²⁸⁰.

Nesta mesma ideia, Ingo Wolfgang Sarlet leciona que tais conflitos, como aponta Tushnet, podem ser resolvidos, na perspectiva da doutrina de Alexy, ao passo em que os direitos das diferentes dimensões são sujeitos a um processo de otimização, no sentido de uma adaptação recíproca, ou mesmo, da forma como sugere Konrad Hesse (que aqui o autor toma a liberdade de agregar), que seja estabelecida uma “concordância prática”, sem que se dirija da precedência de uns sobre os outros, mas sim, do pressuposto de sua igual dignidade constitucional²⁸¹.

Nesse caminho, Alexy, ensina que o principal critério que diferencia uma regra e um princípio é forma como se comportam no caso de colisão, ou seja, as regras estão vinculadas à subsunção e os princípios à ponderação. Assim, o autor estabelece a ponderação como forma de aplicação exclusiva dos princípios, conceituando que se trata de duas faces do mesmo objeto²⁸², sendo uma de caráter metodológico e outra de caráter teórico-normativo²⁸³.

Ainda, segundo o autor, as ponderações efetuadas no direito implicam que as normas têm estrutura de princípios e, assim classificadas essas normas, chega-se à ponderação. A lide sobre a teoria dos princípios é, desta forma, essencialmente, uma lide sobre a ponderação²⁸⁴.

Logo, quando um princípio limita a possibilidade de fruição de outro princípio, deve-se determinar uma relação de precedência condicionada entre eles, isto é, devem ser apresentadas as condições necessárias para que um princípio sobressaia ao outro no caso concreto.

As condições sob as quais um princípio precede o outro são determinadas levando-se em conta o “peso” dos princípios inseridos no contexto. Consoante Alexy, um princípio terá um “peso” maior em relação a outro princípio, quando existem razões suficientes para que ocorra a precedência, sob as condições dadas em um caso concreto²⁸⁵.

Assim sendo, a lei de colisão demonstra que a fiel observação das circunstâncias do caso concreto é *conditio sine qua non* para a ponderação, não havendo, pois, relações de precedência

²⁸⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo Malheiros, 2011. p. 96.

²⁸¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Mark Tushnet e as assim chamadas dimensões (“gerações”) dos direitos humanos e fundamentais: breves notas**. *Journal of Institutional Studies* 2, 2016. p. 510.

²⁸² ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo Malheiros, 2011. p.51.

²⁸³ Ibid. p. 423.

²⁸⁴ Ibid. p. 64.

²⁸⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 93.

absolutas entre os princípios. Desta forma, Alexy acredita que a lei de colisão é instrumento válido para solucionar todas as colisões, visto que emprega um enunciado de preferência condicionada entre os princípios, fundamentado por meio da ponderação.

Frente a isso, seja qual for a solução a ser adotada nesses conflitos, sempre haverá uma restrição, ainda que parcial, tendo em vista que a solução da colisão entre direitos fundamentais sempre vai ser carregada de complexidade. Sendo esta dependente das informações trazidas pelas partes envolvidas em cada caso concreto, onde surgirá a necessidade da ponderação para resolver a contenda, visto que não existe prevalência de um princípio sobre o outro.

Nesse sentido, Mendes; Coelho; Branco:

O juízo de ponderação a ser exercido liga-se ao exercício da proporcionalidade, que exige que o sacrifício de um direito seja útil para a solução do problema, que não haja outro meio menos danoso para atingir o resultado desejado e que seja proporcional em sentido estrito, isto é, que o ônus imposto ao sacrificado não sobreleve o benefício que se pretende obter com a solução. Devem-se comprimir no menor grau possível os direitos em causa, preservando-se a sua essência, o seu núcleo essencial (modos primários típicos de exercício do direito). Põe-se em ação o princípio da concordância prática, que se liga ao postulado da unidade da Constituição, incompatível com situações de colisão irredutível de dois direitos por ela consagrados²⁸⁶.

Necessária então, a observância da máxima da proporcionalidade, que se desdobra em três subprincípios, sendo eles, da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, os quais afirmam a ideia dos mandados de otimização estabelecida pelo autor alemão.

Na análise de adequação, verifica-se se o meio é apto a promover o resultado desejado, ou seja, “se as medidas interventivas adotadas se mostram aptas a atingir os objetivos pretendidos”²⁸⁷, sem, contudo, infringir tanto o outro princípio como outros meios poderiam infringir²⁸⁸. Para clarear o entendimento, Alexy exemplifica o seguinte: o legislador cria uma norma com o objetivo de melhorar a segurança nacional, visando o bem coletivo, mas ela não se mostra adequada para promover este direito, e também, infringe a liberdade de imprensa. Nesse contexto, surge então a possibilidade de a norma criada ser declarada inválida, pois não seria adequada para otimizar o princípio do bem coletivo²⁸⁹.

No subprincípio da necessidade, por vezes tida como sinônimo da proibição de excesso, assegura-se que “a realização do objetivo perseguido não possa ser promovida, com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental

²⁸⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 319.

²⁸⁷ Ibid. p. 366.

²⁸⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 115.

²⁸⁹ ALEXY, Robert. **Sistema jurídico, princípios jurídicos y razón práctica**. IV Jornadas Internacionales de Lógica e Informática Jurídicas. San Sebastián, 1988. p.145.

atingido”²⁹⁰, ou seja, o meio não é necessário se é possível dispor de um mais ameno ou menos gravoso. Desse modo, a colisão se resolve em favor do princípio de meio menos gravoso²⁹¹.

Já no subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, mais complexo dos elementos, ocorre um sopesamento das vantagens e desvantagens da medida, o que ficou conhecido como a primeira lei do sopesamento de Alexy, sendo ela: “quanto mais intensa a interferência sobre o direito fundamental, maiores deverão ser as exigências quanto à importância do objetivo perseguido”²⁹².

Assim, a técnica de ponderação há de se realizar em três momentos: a) definir a intensidade da intervenção, ou seja, o grau de insatisfação ou afetação de um dos princípios; b) definir a importância dos direitos fundamentais justificadores da intervenção, ou seja, a importância da satisfação do princípio oposto e; c) realizar a ponderação em sentido específico, isto é, se a importância da satisfação de um direito fundamental justifica a não satisfação do outro²⁹³.

Com efeito, Alexy, por meio da máxima da proporcionalidade, busca explicar racionalmente o nível de importância das consequências jurídicas dos princípios em colisão. Em outros termos, na possibilidade de o conflito não ter sido resolvido pelos critérios anteriores, as consequências jurídicas dos princípios ainda em colisão são colocadas numa “balança”, com o objetivo de precisar qual delas é racionalmente mais importante naquele caso concreto²⁹⁴.

Corroborando com a teoria de Alexy, Garcia Amado afirma que:

Para verificar se uma medida restritiva de um direito fundamental é proporcional, três requisitos devem ser atendidos: 1. Se é provável que a medida alcance o objetivo proposto (julgamento de adequação). 2. Se necessário, no sentido de que não existe outro mais moderado para obter o fim perseguido com a mesma eficiência (julgamento da necessidade). 3. Se essa medida for ponderada ou equilibrada, isto é, se dela tenham mais vantagens ou benefícios do que danos sobre outros direitos ou valores conflitantes (julgamento proporcionalidade, estritamente falando)²⁹⁵.

²⁹⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017.

²⁹¹ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 120.

²⁹² KLATT, Matthias. **A Máxima da Proporcionalidade: um elemento estrutural do constitucionalismo global**. Tradução: João Costa Neto, Observatório da Jurisdição Constitucional. Brasília: IDP, ano 7, nº 1, jan/jun. 2014. p. 23-41.

²⁹³ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 594.

²⁹⁴ KLATT, Matthias. **A Máxima da Proporcionalidade: um elemento estrutural do constitucionalismo global**. Trad. João Costa Neto, Observatório da Jurisdição Constitucional. Brasília: IDP, ano 7, nº 1, jan/jun. 2014. p. 160.

²⁹⁵ “*Para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental es o no proporcional se debencumplir 3 requisitos: 1. Si la medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad). 2. Si es necesaria, em el sentido de que no exista otra más moderada para obtenerelfin perseguido com lamismaeficacia (juicio de necesidad). 3. Si tal medida es ponderada o equilibrada, esto es, si se derivan de ella más ventajas o beneficios que perjuicios sobre otrosderechos o valores em conflicto (juicio de proporcionalidad, en sentido*

Fica claro então que a precedência depende das consequências jurídicas dos princípios, ou seja, que os princípios não têm relação absoluta de precedência e não são quantificáveis. Destarte, a ideia de princípios em uma “balança” para medir seu “peso” é apenas uma metáfora, visto que não é possível quantificar os interesses em colisão de forma abstrata ou absoluta, mas somente de forma concreta e relativa.

Não faltam referências para a importância que a distinção entre regras e princípios desempenha no contexto dos direitos fundamentais. Estabelece, ainda, a baliza de uma teoria normativo-material dos direitos fundamentais e, com isso, um ponto inicial para responder a questão sobre a possibilidade de limitações e restrições no âmbito dos direitos fundamentais.

4.2 As possibilidades de restrições aos Direitos Fundamentais

Com o processo de redemocratização do país, o tema direitos fundamentais ganhou extrema importância a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, visando a concretização efetiva do postulado da dignidade da pessoa humana, na condição de valor informador de toda a ordem jurídica²⁹⁶, fundamento este estampado no seu inciso III do artigo 1º. Ainda, segundo Canotilho, os direitos fundamentais não se findam apenas em um rol de direitos individuais e coletivos, sendo também pressupostos básicos para a manutenção de um Estado Democrático de Direito²⁹⁷.

Embora sejam os direitos fundamentais universais, inalienáveis e indisponíveis, vinculantes dos poderes públicos e de aplicação imediata, em relações de fato e de direito, não possuem caráter absoluto. Pois, se assim fosse, estar-se-ia frente à possibilidade de serem exercidos de forma abusiva e desprovida de critérios, quando a intenção é justamente o contrário, buscando-se sempre pela forma mais justa e razoável possível de fruição desses direitos.

Não se pode aceitar que tenham precedência os direitos fundamentais de uma pessoa em detrimento dos direitos fundamentais de outra, sem que seja claramente exposto excepcional motivo devidamente fundamentado. É por isso que se fala em restrições, mas sempre em casos excepcionais, legitimados pela própria Constituição e por leis infraconstitucionais, passíveis de

estricto)”. (Tradução nossa). AMADO, Juan Antonio García. **Ponderación y Subsunción: Métodos Intercambiables**. 2014. p. 8.

²⁹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11ª ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 124.

²⁹⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 378.

ocorrerem na aplicação de direitos fundamentais, em nome da harmonia social e a correta aplicação das leis.

Nesse sentido, a análise dos direitos fundamentais vai além das fronteiras do direito constitucional, pois atinge à diversas relações, inclusive aquelas de caráter estritamente privado. Esse entendimento vem do fato de que os indivíduos não são apenas titulares de direitos fundamentais, mas também destinatários deles.

Desta forma, os direitos fundamentais são oponíveis pelo indivíduo em face das condutas e omissões estatais que afrontam a Constituição, bem como também aos demais indivíduos nas relações jurídicas particulares.

Destarte, considerando que as pessoas são titulares e destinatários de direitos fundamentais, é normal que surjam conflitos entre as normas que os regulam. Assim, cabe essencialmente, em cada situação, fazer a correta identificação da extensão das normas sobre direitos fundamentais para determinar o limite de proteção e restrição a cada direito.

Imaginemos que o Estado, para garantir o bem da coletividade, tenha que, para atingir esse fim, restringir a liberdade de determinado indivíduo ou determinado grupo. Surge então a seguinte indagação: Quais os limites para as restrições aos direitos fundamentais?

Nos ensinamentos de Alexy, as restrições aos direitos fundamentais são facilmente compreendidas²⁹⁸, visto que a ideia de direitos absolutos já foi ultrapassada há muito tempo e, desta forma, as restrições operam na delimitação do conteúdo e extensão dos direitos fundamentais.

Ainda que determinado direito fundamental esteja preceituado sem qualquer restrição imposta pelo legislador constituinte, isso não deve levar à conclusão de que poderá esse direito ser exercido sem limites, mormente, porque tal concepção colocaria nesse direito o caráter absoluto²⁹⁹ em relação a outro.

Neste mesmo caminho, isto é, de relativização dos direitos fundamentais, Prieto Sanchis assinala que todo direito tem seu limite no momento em que surge a necessidade de se preservar outros direitos constitucionais³⁰⁰.

Buscando um conceito para restrições aos direitos fundamentais, Jorge Reis Novais define restrições aos direitos fundamentais como qualquer ação ou omissão do poder público que atinja o direito fundamental de forma danosa, incluindo-se tanto os atos que dificultem o

²⁹⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 276.

²⁹⁹ SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo. Saraiva, 2013. p.674.

³⁰⁰ SANCHIS, Luis Prieto. **Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales**. Trotta, Madrid, 2003. p. 217.

acesso integral ao bem jurídico tutelado, quanto àqueles que diminuem os deveres e obrigações do Estado na proteção e garantia dos direitos fundamentais³⁰¹.

Na definição de Edilson Pereira de Farias, “a restrição de um direito fundamental é uma limitação do âmbito de proteção ou pressuposto de fato desse direito fundamental”³⁰². Isso denota que qualquer limitação que possa ser imposta à aplicação imediata e vinculante de um direito fundamental implica em uma restrição ao seu comando.

Este conceito também pretende ressaltar que a restrição pode se dar tanto no que diz respeito aos direitos protegidos pela norma fundamental, quanto ao que está inerente a tal proteção, isto é, seu pressuposto material ou de fato.

Para Ingo Wolfgang Sarlet, “todo direito fundamental possui um âmbito de proteção (um campo de incidência normativa ou suporte fático, como preferem outros) e todo direito fundamental, ao menos em princípio, está sujeito a intervenções neste âmbito de proteção”³⁰³.

A compreensão de como essas restrições se relacionam com os direitos restringidos em seu âmbito de proteção e intervenção pode ser direcionada por duas teorias distintas, a teoria interna e a teoria externa.

A teoria interna, também conhecida como concepção estrita dos direitos fundamentais, teve seu início por volta de 1960 em contraponto à teoria externa, sendo seu expoente Peter Häberle e estabelece que os limites não seriam elementos externos ao conteúdo dos direitos fundamentais, mas concretizações, sendo as eventuais previsões normativas elementos negativos meramente declaratórios, não constituindo limites ao conteúdo dos direitos, mas sim instrumento de interpretação e revelação de seus limites máximos de conteúdo³⁰⁴. Aqueles que defendem a teoria interna negam qualquer possibilidade de restrição, tendo em vista que tal perspectiva seria uma diminuição de seu conteúdo³⁰⁵.

Martin Borowski leciona que a teoria interna infere a não limitação dos direitos fundamentais, pois considera a existência a partir do momento inicial o direito com um

³⁰¹ NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 157

³⁰² FARIAS, Edilson de. **Restrição de Direitos Fundamentais**. Disponível em: <Restrição de Direitos Fundamentais - TRF1 - <https://portal.trf1.jus.br> > portal > file>. Acesso em: 15/05/2021.

³⁰³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11ª ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 362.

³⁰⁴ FREITAS, Luiz Fernando Calil de. **Direitos fundamentais. Limites e restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 81.

³⁰⁵ FREITAS, Luiz Fernando Calil de. **Direitos fundamentais. Limites e restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 82.

específico conteúdo, de modo que uma posição jurídica que extrapole determinado conteúdo é considerada nula e logo não usufrui de proteção jusfundamental³⁰⁶.

Na concepção da teoria interna, os limites ao exercício de um direito são inerentes ao próprio direito. Portanto, o direito e sua restrição não são coisas diferentes, mas elementos conectados em uma coisa só, de tal forma que a fixação do conteúdo e da extensão de cada direito está livre de influências externas³⁰⁷.

De tal modo, a teoria interna sustenta que não se deve restringir o conteúdo do direito fundamental, visto que isto infringiria o direito propriamente dito. Logo, devem ser aplicados somente os limites intrínsecos do próprio direito fundamental, pois estes são as limitações implícitas no direito fundamental e a restrição é vinculada ao direito.

Sobre a teoria interna, Alexy aduz que:

[...] não há duas coisas - o direito e sua restrição -, mas apenas uma: o direito com um determinado conteúdo. O conceito de restrição é substituído pelo conceito de limite. Dúvidas acerca dos limites do direito não são dúvidas sobre quão extensa pode ser sua restrição, mas dúvidas sobre seu conteúdo. Quando eventualmente se fala em "restrições" no lugar de "limites", então, se fala em restrições imanescentes³⁰⁸

Por essa concepção, todos os limites ao exercício de um direito fundamental são limites inerentes a ele, ou seja, pode-se afirmar que o exercício do direito, respeitados os seus limites, é um exercício regular do direito, à medida que, estará caracterizado o abuso de direito se seus limites forem ultrapassados. Sendo assim, qualquer restrição ao seu conteúdo advinda do Poder Público tem efeito simplesmente declaratório e não constitutivo.

Assim, para a teoria interna, não é possível a colisão entre direitos fundamentais por entender que não cabe ponderação ou restrição dos bens tutelados, pois tal ideia incentivaria o subjetivismo e a influência de interesses, fragilizando, desta forma, os direitos e afastando os preceitos constitucionais.

Para a teoria externa, as limitações aos direitos fundamentais nascem fora de sua esfera normativa, isto é, direito e suas restrições são objetos distintos, pois um existe sem o outro. De tal modo, o conteúdo do direito é distinto e dissociado do conteúdo da restrição, não se observando nenhuma relação necessária. Surge então de uma exigência externa a relação entre

³⁰⁶ BOROWSKI, Martin. **La restricción de los derechos fundamentales**. Revista Espanhola de Derecho Constitucional, nº 59, 2000. p.32 *apud* FREITAS, Luiz Fernando Calil de. **Direitos fundamentais: limites e restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 79.

³⁰⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 128-129.

³⁰⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 277-278.

esses dois conteúdos, implicando na necessidade de conciliar direitos de diversos indivíduos, sejam eles individuais ou coletivos.

As restrições incidem no exercício do direito, mas não afetam o seu conteúdo. Isso se deve ao fato de o direito em si ser *prima facie*, isto é, um direito ilimitado que, conforme as particularidades do caso concreto, será limitado pelas restrições, as quais lhe são extrínsecas.

Luiz Fernando Calil Freitas aduz que o conteúdo dos direitos fundamentais é apresentado como ilimitado, o que implica no dever de que as limitações e restrições sejam estabelecidas por meio de lei em sentido formal ou material. Para o autor, a aplicação da teoria externa infere, em primeiro plano, a observação se uma determinada hipótese fática está incluída dentro dos limites do âmbito de proteção estatuído pela norma jusfundamental e, em um segundo plano, sendo afirmativa a resposta ao questionamento inicial, examina-se a incidência de alguma restrição ou limitação preceituada em lei que possa estar oprimindo o conteúdo de tal direito e, se assim for, se estão constitucionalmente autorizadas³⁰⁹.

Ao separar os conteúdos do direito e da restrição e sustentar que uma restrição incide somente quanto ao exercício do direito, abre-se margem para o entendimento de que os direitos fundamentais são direitos *prima facie* e, por isso, são ilimitados e absolutos. Deste modo, as restrições para tais direitos são extrínsecas³¹⁰, de forma que não atingem o seu núcleo.

Ingo Wolfgang Sarlet, ao falar sobre a teoria externa, ensina que existe inicialmente um direito em si sem limitações, que, frente à imposição de possíveis restrições, torna-se limitado. Tal concepção parte da dedução de que existe uma distinção entre posição *prima facie* e posição definitiva, sendo que a primeira corresponde ao direito antes de sua limitação e a segunda equivale ao direito já limitado.

Essa diferenciação, contudo, não afasta a possibilidade de direitos sem restrições, pois não há uma relação necessária entre o conceito de direito e o de restrição, sendo tal relação estabelecida pela necessidade de compatibilizar diferentes bens jurídicos³¹¹.

Uma crítica que pode ser referida sobre a teoria externa é de que, ao sustentar que não devem ser permitidas restrições aos direitos fundamentais quando expressas na Constituição, implica no reconhecimento de um direito absoluto, o que, como visto, não é o entendimento contemporâneo.

³⁰⁹ FREITAS, Luiz Fernando Calil de. **Direitos fundamentais. Limites e restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 139.

³¹⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 138.

³¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 343.

Nesse sentido, George Marmelstein assevera que o Supremo Tribunal Federal, apontando a possibilidade de limitações aos direitos fundamentais, decidiu que não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto³¹².

Assim, diante dessas breves exposições acerca das teorias interna e externa, depreende-se que, de forma diversa à teoria interna, que defende a existência de um objeto somente, o direito e seus inerentes limites, a teoria externa pressupõe este objeto como o direito em si e suas extrínsecas restrições.

Ao pontuar sobre o tema, Alexy leciona que:

Saber se correta é a teoria externa ou a teoria interna é algo que depende essencialmente da concepção de normas de direitos fundamentais como regras ou como princípios, ou seja, da concepção das posições de direitos fundamentais como posições definitivas ou *prima facie*. Se se parte de posições definitivas, então, a teoria externa pode ser refutada; se se parte de posições *prima facie*, então, é a teoria interna que o pode ser³¹³.

Desta forma, pode-se defender uma teoria mista que, admite limitações inerentes, próprias da teoria interna, e restringe as limitações às reservas expressas permitidas pela Constituição, próprias da teoria externa. Logo, a relação entre direito e restrição surge da necessidade de proporcionar a proteção a diferentes bens jurídicos em cada caso concreto, como ensina Alexy:

Restringíveis são os bens protegidos por direitos fundamentais (liberdades/situações/posições de direito ordinário) e as posições *prima facie* garantidas por princípios de direitos fundamentais. Entre esses dois objetos de restrições há relações estreitas. Princípios de direitos fundamentais exigem a proteção mais abrangente possível dos bens protegidos, como, por exemplo, a proteção mais ampla possível da liberdade geral de ação, da integridade física ou da competência para alienar a propriedade. Por isso, uma restrição a um bem protegido é sempre também uma restrição a uma posição *prima facie* garantida por um princípio de direito fundamental³¹⁴.

Ocorrendo a colisão direta entre princípios, a restrição será cumprida por meio da atividade judicial, a qual vai estabelecer a prevalência de um princípio sobre outro, cumprindo lembrar que o princípio que não é aplicado em detrimento de outro não perde sua validade nem a extensão *prima facie*.

Consoante o exposto, as restrições aos direitos fundamentais constituem-se de elementos extrínsecos ao direito restringível. Além de tipificar as normas restritivas em regras ou princípios, é possível classificá-las de acordo com a sua fundamentação constitucional.

³¹² MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 368.

³¹³ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 278.

³¹⁴ Ibid. 281.

Observam-se três tipos de restrições, quais sejam: 1) restrições expressamente constitucionais; 2) restrições indiretamente constitucionais; e, 3) restrições implicitamente autorizadas pela Constituição.

As restrições expressamente constitucionais são facilmente identificáveis quando posicionadas em cláusula de exceção contida no próprio dispositivo que assegura o direito, como ocorre no inciso XI do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, preceituando que “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”. Cabe destacar, contudo, que as restrições diretamente constitucionais podem estar inseridas em qualquer parte do texto constitucional.

Já as restrições indiretamente constitucionais são aquelas decorrentes de norma infraconstitucional, mas previstas pela Constituição. Em outras palavras, o constituinte pode atribuir ao legislador infraconstitucional uma competência de restrição mais ampla ou uma competência de restrição mais limitada, atendendo a pressupostos ou objetivos específicos.

Assim, quando preceitua o inciso XV do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, que “é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens”, confere-se ao legislador uma competência de restrição da liberdade de entrada, saída e permanência, sem indicar finalidades específicas ou requisitos para essa restrição, ou seja, sem limitar seu conteúdo.

E as restrições não expressamente autorizadas pela Constituição ou restrições implicitamente autorizadas pela Constituição são aquelas que, não decorrendo imediatamente do texto constitucional e nem de reserva de lei, são extraídas da pré-compreensão de que não existem direitos absolutos ou ilimitados. Os limites ao seu exercício decorrem da própria ordem jurídico-constitucional.

Compreendida a possibilidade de limitação ou restrição aos direitos fundamentais, importante é a necessidade de uma análise sobre a existência de limites a essa atividade restritiva.

Cabe destacar que tal tarefa só é possível a partir da teoria externa das restrições aos direitos fundamentais. Pois, como visto, na concepção da teoria interna, não existem estas restrições, mas sim limites que lhe são intrínsecos e definem o campo de proteção.

O professor Canotilho afirma que a análise dos limites é a terceira instância do procedimento da restrição de direitos.³¹⁵ Para ele, à lei restritiva cumpre o preenchimento dos

³¹⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

requisitos formais e materiais que garantem a compatibilidade da restrição com o texto constitucional. Esses requisitos advêm de alguns questionamentos, dentre os quais se destacam aqueles sobre a constitucionalidade formal da lei restritiva e também da observância da proteção ao núcleo basilar do direito fundamental e do postulado da proporcionalidade.

Abordadas as possibilidades de restrições aos direitos fundamentais, ressalta-se, neste ponto, a importância do entendimento acerca das competências positivadas no texto constitucional, para que se possa salvaguardá-las por meio da garantia de institutos que entreguem aos indivíduos maior autodeterminação em suas liberdades. Para isso, necessário é o conhecimento da perspectiva dos direitos subjetivos e sua tríplice divisão de posições exposta na teoria analítica de Alexy que a define como direitos a algo, liberdades e competências³¹⁶.

Os direitos subjetivos preceituados na Constituição são, mormente, a segurança de preservar uma autonomia individual, ou seja, um espaço livre de intervenções estatais inapropriadas, que ganham destaque no contexto da sociedade contemporânea, a qual está sob constante influência dos efeitos da globalização e do seu próprio desenvolvimento, como foi exposto no primeiro capítulo deste trabalho.

Embora os intensos esforços para conceituar direitos subjetivos, não se chegou a um consenso e Alexy compartilha deste entendimento, utilizando para tanto, as palavras de Kelsen que advertia sobre a "carência de questionamento concreto e preciso; ninguém se deu conta do que o conceito de direito subjetivo deve proporcionar ao jurista; não há clareza suficiente sobre a que questionamento ele deveria fornecer respostas"³¹⁷. Assim, o autor levanta questões diversas de cunho normativo, empírico e analítico, em torno da discussão acerca do conceito de direito subjetivo.

De acordo com Alexy, para que se tenha uma correta compreensão sobre os direitos fundamentais é imperativo conhecer o conceito de competência, visto que não restam dúvidas sobre a existência de competências dos indivíduos que possuem proteção e não podem ser abolidas simplesmente, sob pena de maculação do próprio direito fundamental.

Assim, Alexy julga necessário estabelecer uma relação entre liberdade e competência e, para isso, busca em vários teóricos um conceito para liberdade, a exemplo de Kant que definia liberdade como um atributo do ser humano enquanto racional, constituído na prerrogativa de não ser obrigado a fazer ou deixar de fazer algo de forma arbitrária.

³¹⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 194.

³¹⁷ Ibid. p. 181.

O autor traz também o conceito de Larenz que entendia a liberdade como um direito que o indivíduo tem de ser respeitado por todos como pessoa, e, conseqüentemente um dever de também respeitar a todos como pessoas³¹⁸.

Destarte, Alexy aborda a relação entre liberdade e competência asseverando que “uma expansão das competências do indivíduo significa, desde que se presuma que para o exercício da competência não é nem obrigatório, nem proibido um aumento da sua liberdade jurídica”³¹⁹.

Portanto, o autor estabelece ser essencial o entendimento sobre o conceito de competência para a compreensão da estrutura dos direitos fundamentais, tanto em relação ao indivíduo, quanto em relação às competências do Estado, na medida em que isso só é alcançado por meio da análise da relação das competências com direitos a algo e às liberdades.

A dogmática empregada por Alexy em sua teoria sobre os direitos fundamentais tem por finalidade o estudo do direito positivo de uma determinada ordem jurídica e se consubstancia em uma disciplina tridimensional integrativa, sendo normativa, empírica e analítica. O aspecto jurídico-dogmático é aquilo que é válido no sistema jurídico, o que ele chama de dimensão de peso entre cada um dos direitos fundamentais.

Canotilho também compartilha desta perspectiva tridimensional, ressaltando a importância da dimensão normativa, pois esta pressupõe, sempre, a fundamentação racional e jurídico-normativa dos juízos de valor, seja na interpretação ou na concretização dos direitos fundamentais³²⁰.

Por meio de um processo interpretativo chega-se à resposta sobre a indagação que busca saber se um indivíduo tem um determinado direito subjetivo ou não. Desta forma, observa-se a importância acerca do conhecimento se uma norma jurídica confere direitos subjetivos, visto que essa constatação poderá ser condição de admissibilidade e de êxito de uma determinada demanda.

Então, a dimensão normativa se dirige para o resultado da razão prática, pois é nesse ponto que se determina o que Alexy chama de problemas de complementação e fundamentação³²¹, visto que os direitos fundamentais, para serem detentores de força normativa, implicam em suas condições de eficácia e a forma como o legislador, magistrados e a administração os observam e os aplicam aos casos concretos.

³¹⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 182.

³¹⁹ Ibid. p. 247.

³²⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1253.

³²¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 37.

A dimensão empírica considera tanto o direito positivado quanto o direito jurisprudencial para se chegar à efetividade como legitimidade do direito e, isso se faz necessário, perante a margem de interpretação das normas, fator que evidencia a importância da jurisdição constitucional, exercida principalmente pelos tribunais superiores.

Alexy destaca que o caráter empírico conexo aos direitos subjetivos é mais explícito no âmbito dos argumentos históricos e teleológicos³²², a exemplo de determinar o princípio, o conceito e a função social do respectivo direito em uma determinada circunstância, o que torna necessário associá-lo a enunciados normativos. Fica claro, desta forma, o aspecto integrativo das dimensões abordadas pelo autor alemão, ao passo em que as dimensões normativa e empírica se complementam.

Por sua vez, a dimensão analítica está relacionada ao estudo sistêmico e conceitual do texto constitucional, composto por meio da análise das concepções fundamentais, como o que é a liberdade, as construções jurídicas, o suporte fático dos direitos fundamentais e possibilidade de sofrerem restrições, abrangendo a análise da estrutura do sistema jurídico, assim como o efeito que se reflete desses direitos e, por fim, a fundamentação realizada por meio da técnica do sopesamento.

Assim sendo, a dimensão analítica demanda maior atenção e estudo na teoria de Alexy, pois, para explicar as relações resultantes entre o sujeito e um objeto, divide as posições dos direitos subjetivos em direitos a algo, à liberdades e à competências.

A perspectiva analítico-dogmática, consoante Canotilho, preocupada com a construção sistemático-conceitual do direito positivo, é indispensável ao aprofundamento e análise de conceitos fundamentais, à iluminação das construções jurídico-constitucionais (âmbito de proteção e limites dos direitos fundamentais, eficácia horizontal de direitos, liberdades e garantias) e à investigação da estrutura do sistema jurídico e das suas relações com os direitos fundamentais (eficácia objetiva dos direitos fundamentais)³²³.

Alexy, para tratar os direitos subjetivos sob o prisma analítico, estabelece primeiramente que uma norma é aquilo que um enunciado normativo expressa, de onde nasce a necessidade de se diferenciar de forma clara norma e posição. Nesse caminho, como exposto acima, a teoria analítica de Alexy preceitua que os direitos ocupam uma tríplice divisão de posições, quais sejam: direitos a algo, à liberdade e à competências.

³²² ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo Malheiros, 2011. p. 184.

³²³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1253.

O objeto do direito a algo é uma ação do destinatário e resulta da relação triádica entre um titular, um destinatário e um objeto, ou seja, é a razão do destinatário compor essa relação, assim estabelecida: A (titular) tem em face de B (destinatário) um direito a G (objeto).

A partir dessa estrutura básica nascem outras questões inerentes ao titular, isto é, se é uma pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, bem como de quem vem a ser o destinatário, que pode ser o Estado ou um particular e, ainda, o objeto, que pode ser uma ação positiva ou uma ação negativa.

O direito a ações negativas, também denominado de direito de defesa, implica no fato de que o Estado não deve impedir ou dificultar determinadas ações do titular do direito, não afetar determinadas características ou situações do titular e, ainda, que não elimine determinadas posições jurídicas desse titular.

Neste contexto, oportuno lembrar a teoria dos quatro status de Georg Jellinek, na qual se analisa a posição do indivíduo perante o Estado e as situações dela decorrentes quanto aos direitos e deveres.

Segundo esta teoria, todo indivíduo de uma sociedade está vinculado ao Estado e é provido de capacidade e personalidade jurídica, e, assim sendo, pode ser enquadrado em quatro espécies de situações jurídicas, ou seja, de status (verdadeiras posições) face ao Estado como sujeito de deveres e titular de direitos em relação a este.

De tal modo, pelo fato de ser membro do Estado, o indivíduo qualifica-se sob diversos aspectos. Cumpre ressaltar que um status não se confunde com um direito. Entre as várias formas de descrever o que é um status, merece importância sua caracterização como uma relação com o Estado que qualifica o indivíduo. Neste caminho, Jellinek apresenta os quatro status, a saber: status passivo; status negativo; status positivo; status ativo³²⁴.

Em rápida síntese, Jellinek identifica o status passivo quando o indivíduo está em situação de subordinação aos poderes públicos, o que resulta na existência de deveres para com o Estado, onde se observa algum tipo de dever ou proibição a qual o indivíduo está submetido. Desta forma, o Estado possui uma competência com poder de vinculação jurídica diante dos indivíduos colocando-os em uma condição de sujeição.

Para corroborar, Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco lembram das chamadas relações especiais de sujeição³²⁵, onde é possível conceber restrições aos direitos fundamentais,

³²⁴ DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 5ª ed. São Paulo. Atlas, 2014. p. 50 e ss.

³²⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 190-191.

visto que seus titulares se encontram em condição singular diante do Estado, como, por exemplo, o regime jurídico dos militares e funcionários públicos civis.

O status negativo acarreta a necessidade de se proteger algum âmbito de liberdade para o indivíduo em face da supremacia do Estado, isto é, referem-se aos direitos de defesa, entendidos como direitos a ações negativas do Estado. Neste plano, os órgãos estatais têm a obrigação de não intervir, de absterem-se, o que indica a liberdade do indivíduo em relação ao Estado, a exemplo da liberdade de expressão.

Já quando o indivíduo possui o direito de exigir para si uma prestação do Estado, estamos diante do status positivo, o que implica na necessidade de uma conduta comissiva por parte do Estado, constituindo uma obrigação prestacional, garantindo a todos os membros da sociedade pretensões positivas junto aos poderes públicos, tendo como exemplos, o direito à saúde e à segurança.

E, quando se fala em direitos políticos, por exemplo, onde o indivíduo possui competência para influir sobre a formação da vontade do Estado, observa-se o status ativo. Devem compor o status ativo somente as competências que apresentem como objeto uma participação nas atividades políticas do Estado, tendo como objetivo a contribuição para a formação da vontade estatal, a exemplo do direito ao voto.

Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco afirmam que, a partir dessa teoria, se podem reconhecer as espécies de direitos fundamentais mais comumente, a exemplo dos direitos de defesa (ou direito de liberdade), direitos a prestações (direitos cívicos), bem como a dos direitos de participação³²⁶.

O conceito de direito à liberdade pode tomar muitos contornos, mas para este propósito, de forma breve, pode-se dizer que a liberdade é uma qualidade que pode ser conferida às pessoas, às ações e à sociedade.

Alexy define o conceito de liberdade como aquele constituído por meio de uma relação triádica entre um titular de uma liberdade (positiva ou negativa), um obstáculo à liberdade e um objeto da liberdade³²⁷. Nesses termos, quando se fala em liberdade positiva, significa falar sobre uma ação e, quando se fala em liberdade negativa, significa falar sobre uma alternativa de ação.

Então, pode-se falar em liberdade negativa em sentido estrito, a qual equivale à concepção liberal de liberdade. Uma liberdade negativa em sentido estrito sempre será uma

³²⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 140.

³²⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 140.

liberdade negativa em sentido amplo, mas o contrário nem sempre ocorre, isto é, nem toda liberdade negativa em sentido amplo é também uma liberdade negativa em sentido estrito, assim exemplificando o autor:

Se a transformação da situação de não-liberdade econômica em uma situação de liberdade econômica tiver que ocorrer de uma forma juridicamente garantida pelo Estado, então, a ele pode ser concedido um direito a uma prestação em face do Estado, ou seja, um direito a uma ação estatal positiva. Já para a criação de uma situação de liberdade jurídica é necessária, ao contrário, apenas uma abstenção estatal, ou seja, uma ação negativa. Para a garantia da liberdade não é necessário um direito a prestações, apenas um direito de defesa³²⁸.

Deste modo, a concepção negativa e democrática de liberdade está fundamentada em possibilidades, enquanto a liberdade em sentido positivo está relacionada à realidade e demanda a participação efetiva dos indivíduos na sociedade, compartilhando responsabilidades.

Quando Alexy fala em concepção liberal de liberdade, cogente se torna esclarecer o que é a liberdade sob o prisma da doutrina liberal, a qual utiliza o termo para apontar um estado de não-impedimento, caracterizada pela ampliação no âmbito de permissões e pela diminuição das obrigações.

Norberto Bobbio, apoiado em lições de clássicos como Montesquieu, Rousseau e Kant, estabelece os dois modos dominantes de se compreender a palavra "liberdade"³²⁹, demonstrando que liberdade ora é a faculdade de cumprir ou não certas ações, sem sofrer impedimentos dos seus iguais ou do Estado, ora é a liberdade o poder de não obedecer a outras normas além daquelas que por si mesmo foram impostas.

Partindo dessas duas visões, Bobbio explica os significados empregados pela doutrina liberal e pela doutrina democrática, ensinando que:

O primeiro significado é aquele recorrente na doutrina liberal clássica, segundo a qual "ser livre" significa gozar de uma esfera de ação, mais ou menos ampla, não controlada pelos órgãos do poder estatal. O segundo significado é aquele utilizado pela doutrina democrática, segundo a qual "ser livre" não significa não haver leis, mas criar leis para si mesmo. De fato, denomina-se "liberal" aquele que persegue o fim de ampliar cada vez mais a esfera das ações não-impedidas, enquanto se denomina "democrata" aquele que tende a aumentar o número de ações reguladas mediante processos de auto-regulamentação. Donde "Estado liberal" é aquele no qual a ingerência do poder público é a mais restrita possível; "democrático", aquele no qual são mais numerosos os órgãos de autogoverno³³⁰.

Assim, observa-se a partir da doutrina liberal que existe uma ampliação do âmbito da autodeterminação individual, limitando-se ao campo do poder coletivo, ao passo que para a

³²⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo Malheiros, 2011. p. 224.

³²⁹ BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política**. Rio de Janeiro: Atlas, 2000. p. 101.

³³⁰ BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política**. Rio de Janeiro: Atlas, 2000. p. 101.

doutrina democrática há uma ampliação da esfera da autodeterminação coletiva, onde ocorre restrição da esfera individual. Ressalta-se, portanto, que no Estado moderno temos uma interação entre essas duas correntes doutrinárias.

Alexy ensina que as liberdades jurídicas podem estar ou não protegidas³³¹. As liberdades não protegidas referem-se à permissão no sentido de negação de deveres e proibições, sendo tanto um fazer quanto um não fazer. Assim, uma liberdade não protegida consiste na mera ligação entre a permissão de um fazer e a de um não fazer, o que implica em uma combinação de negações do dever-ser. A liberdade protegida está associada à normas objetivas que garantem ao titular do direito fundamental a viabilidade de praticar a ação permitida.

Neste contexto, depreende-se que as normas de direitos fundamentais são normas permissivas manifestas, visto ser por meio delas que algo é permitido. A relevância dessa afirmação está no fato de que essas normas estabelecem os limites do dever-ser em relação às normas de hierarquia inferior, que, por seu turno, serão consideradas inconstitucionais caso determinem ou proibam algo que uma norma de direito fundamental permite fazer ou deixar de fazer.

Em resumo, o direito negativo de liberdade em face do Estado está na conexão de uma liberdade jurídica, um direito contra o Estado, a uma não obstrução e uma competência para contestar judicialmente a violação desse direito. Por sua vez, uma proteção positiva de uma liberdade em face do Estado decorre da soma de uma liberdade com um direito a uma ação positiva.

Quanto ao termo competência, este é utilizado por Alexy no sentido de poder, que abarca o poder jurídico, autorização, capacidade, direito formativo e capacidade jurídica, em virtude de que esses demais termos podem por si só levar a outros entendimentos.

O principal atributo para determinar se estamos diante de uma competência é a capacidade de modificar as posições jurídicas dos sujeitos de direito submetidos à norma. Por sua vez, uma permissão de praticar uma determinada ação não produz individualmente obrigações e deveres passíveis de reivindicação judicial, a exemplo de um contrato firmado por um legalmente incapaz, ao passo que nada proíbe de firmá-lo. Contudo, não é capaz de fazê-lo no sentido jurídico, ou seja, não tem poder, não tem competência para a prática do ato.

A competência confere uma ampliação à capacidade do indivíduo que lhe é concedida pelas normas jurídicas, que o indivíduo não possui originariamente, e, por isso, distinguem-se de meras normas de conduta. Consoante Alexy, a garantia de institutos de direito privado é,

³³¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 227.

mormente, uma proibição destinada ao legislador, contra a supressão de determinadas competências das pessoas.

Inclusive, há autores, a exemplo de Daniel Sarmiento, que sustentam a necessidade de extensão dos direitos humanos ao âmbito das relações entre particulares, para que os indivíduos não fiquem desprotegidos até mesmo em situações de maior vulnerabilidade diante de outros indivíduos detentores de maior poder privado.

Essa tese fundamenta-se na dimensão objetiva dos direitos fundamentais, essencial para uma interpretação que fortaleça esses direitos, pois, nesse plano, o Estado não deve apenas abster-se de violar os direitos fundamentais, mas também atuar ativamente para garantir sua tutela integral, inclusive, diante de ameaças e violações provenientes de terceiros e particulares³³².

Neste contexto, as liberdades dos indivíduos são opções de conduta que podem ser adotadas em face de uma não proibição, seja qual for a opção tomada. Aquelas liberdades que não são asseguradas por normas são reconhecidas com liberdades não protegidas, de forma que aquelas que se encontram positivadas são identificadas como liberdades protegidas.

Sendo assim, embora possam surgir dúvidas sobre essa categoria de norma, diante da concepção geral de liberdade que permite condutas sempre que não sejam proibidas por leis, a importância desta classe jurídica do direito fundamental está na salvaguarda constitucional da liberdade, vedando a restrição das liberdades pelo legislador ordinário.

Fala-se que há liberdade fundamental quando o exercício desta conduta estiver sobre o manto da norma constitucional, isto é, quando no texto constitucional existe previsão expressa que dá ao indivíduo a opção de adotar um ou outro comportamento, implicando em uma liberdade protegida pelo próprio texto fundamental.

Portanto, o indivíduo possui competência para, através de uma ação, vir a alterar a posição jurídica de alguma coisa ou de alguma pessoa em relação àquela em seu estado natural, podendo ocorrer no direito público e no direito privado, a exemplo do casamento, testamento, ou ingresso no serviço público. O indivíduo, ao praticar um dos dois atos, altera a sua posição jurídica ou a de terceiros.

Para que se distinga uma ação como exercício de competência é preciso que se componha uma ação institucional, isto é, aquela que pode ser realizada sobre a base de capacidades naturais e principalmente sobre uma base de instituições jurídicas.

³³² SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**, 2ª ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris. 2008. p. 324.

Sendo assim, as normas constitutivas da base jurídica são chamadas de normas de competência. Estas fazem nascer a possibilidade de atos jurídicos e, com eles, a capacidade de modificar posições jurídicas³³³. O descumprimento de uma norma de competência não conduz à ilicitude, mas à nulidade do ato ou à sua deficiência.

A proteção jurídica fundamental dada às competências dos cidadãos tem por cerne uma proibição que guia o legislador a não eliminar ou modificar fundamentalmente determinadas instituições jurídicas de direito privado.

Neste passo, pode-se afirmar de forma concisa que os direitos a algo abarcam ações positivas e negativas por parte do Estado para a concretização e respeito dos direitos fundamentais. Enquanto os direitos negativos referem-se ao não impedimento, por parte do Estado, de condutas dos particulares, não interferência em propriedades e não eliminação de posições jurídicas, os direitos positivos dividem-se em ações fáticas e ações positivas normativas.

As ações fáticas implicam nos direitos prestacionais, referindo-se às medidas que o Estado deve tomar para garantir o preceito fundamental. Já as ações positivas normativas obrigam ao Estado a regular determinada garantia fundamental através da atividade legislativa.

Quanto aos direitos prestacionais, Alexy estabelece a seguinte estrutura: direitos de proteção; direitos a organização e procedimento e prestações em sentido estrito³³⁴. Pode-se dizer que eles abrangem tanto as prestações materiais propriamente ditas, quanto os direitos sociais, os quais representam um conjunto mais amplo de direitos, pois alcançam não apenas as prestações materiais, mas ainda as prestações normativas e os direitos à organização e ao procedimento.

Direitos prestacionais em sentido estrito implicam na entrega de prestação material por parte do Estado para garantir os fins constitucionalmente previstos, evidenciando aqueles que objetivam erradicar as desigualdades sociais mediante a promoção de direitos relacionados ao mínimo essencial para uma vida digna.

O direito de proteção deve ser entendido como obrigação estatal de garantir proteção ao indivíduo frente à intervenção de terceiros na esfera de seu direito fundamental, podendo ser feita por meio das normas materiais e processuais, bem como ações administrativas e proteções fáticas.

³³³ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 232.

³³⁴ Ibid. p. 427.

As prestações dirigidas a impedir a transgressão dos direitos fundamentais, dizem respeito aos direitos ao procedimento. Como destacado acima, conquanto pudessem ser abordados como direitos de proteção dos direitos fundamentais diante da intervenção de terceiros, sua caracterização como direitos prestacionais lhes entrega uma eficácia muito mais ampla.

O aspecto procedimento se destaca em relação ao aspecto protecionista, pois, o direito ao procedimento não visa apenas a proteção dos direitos fundamentais contra a intervenção de terceiros, mas, ainda, a concessão concreta e o desenvolvimento de alguns destes direitos fundamentais pelo legislador ou pelo próprio juiz.

Isso se reflete nas ações de inconstitucionalidade por omissão, que têm o objetivo de cobrar do legislador a edição de comandos normativos ainda ausentes, bem como procedimentos coibidores contra ataques aos bens jurídicos constitucionalmente protegidos.

Ademais, o direito a impedir a violação de direitos fundamentais também pode ter por conteúdo a determinação da obrigação estatal de outorgar direitos fundamentais aos cidadãos sempre que se fizerem presentes os requisitos decorrentes do juízo de ponderação, de necessidade do indivíduo e defesa do mínimo indispensável.

Procurando formular uma teoria estrutural para os direitos fundamentais, com base na jurisprudência constitucional alemã, Robert Alexy trata dos direitos fundamentais prestacionais destacando a questão do “se” e “como”³³⁵ se pode impor a persecução de fins do Estado através dos direitos fundamentais.

Para Alexy existem os direitos prestacionais, sendo direito em sentido estrito e direito em sentido amplo. Aqueles exprimem-se em prestações fáticas e estes compreendem, além das prestações em sentido estrito, também aos direitos à proteção e o direito à organização e procedimento.

Existirá o direito à prestação fática se este puder manifestar-se como possibilidade de um direito subjetivo e estiver preceituado em uma norma constitucional. Sendo assim, aqueles direitos preceituados no texto constitucional, embora novos direitos fundamentais possam ser preceituados, que não forem classificados como direitos subjetivos, serão considerados direitos objetivos.

Os direitos subjetivos prestacionais possuem uma relação vinculada entre um titular de direito fundamental, o Estado e uma ação positiva por parte deste. Destarte, se o titular de um direito fundamental tem junto ao Estado um direito a que seja realizada uma ação positiva, logo

³³⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 430.

o Estado tem o dever de prestar a referida ação, tornando o titular do direito parte legítima para exigir do Estado a prestação.

Esse raciocínio sobre direitos fundamentais prestacionais evidencia a existência de um direito fundamental *prima facie*, que possui elevada relevância no direito constitucional, afastando a livre disposição do legislador³³⁶.

Ensina Alexy, quanto aos direitos fundamentais prestacionais na perspectiva dos direitos à organização e ao procedimento, que:

Os procedimentos são sistemas de regras e/ou princípios para a obtenção de um resultado. Se o resultado é obtido respeitando as regras e/ou princípios, então, desde o aspecto procedimental apresenta uma característica positiva. Se não é obtido desta maneira, então é defeituoso desde o ponto de vista procedimental e, por isto, tem uma característica negativa. Este conceito amplo de procedimento abarca tudo o que cai sob a fórmula realização e asseguramento dos direitos fundamentais através da organização e o procedimento³³⁷.

Para o autor alemão, seguindo a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, todo o direito fundamental material está vinculado a um direito procedimental. Assim, se os direitos materiais são subjetivos, os direitos procedimentais devem também assim ser considerados.

Nesse passo, é possível estruturar em quatro tipos os direitos de organização e procedimento, quais sejam, a) competências de direito privado que se relacionam com o dever estatal de estruturar juridicamente as relações privadas, por meio do estabelecimento de regras próprias para institutos distintos; b) procedimentos judiciais e administrativos que objetivam a proteção de posições jurídicas existentes em relação ao Estado e a terceiros e, vale dizer, ainda que fosse possível considerar este direito dentro do espectro dos direitos à proteção, seu aspecto procedimental atende melhor aos fins almejados do ponto de vista dos direitos fundamentais; c) organização em sentido estrito que se relaciona à instituição de regras pertinentes para regular os diversos e distintos tipos de organização constitucionalmente prenunciados, que guiam a colaboração entre as pessoas orientadas para um determinado objetivo, como as sociedades e cooperativas; e d) formação da vontade estatal que se refere à organização e ao procedimento, ao direito de participação popular na vontade estatal, mediante o estabelecimento de diversos mecanismos, como o voto ou iniciativa legislativa popular, a título de exemplos.

Assim sendo, percebe-se o valor da contribuição das lições de Alexy para o entendimento sobre a necessidade da racionalidade na argumentação jurídica, para que sejam

³³⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 435.

³³⁷ Ibid. p. 458.

seguras e coerentes as decisões tomadas, alinhadas com a moral e a justiça, tornando-se a base para a conduta correta dos indivíduos.

Os direitos fundamentais têm o poder de garantir proteção total às pessoas, mas não solucionam todos os problemas. Existem numerosas situações que dependem da política ou da moral. Os direitos fundamentais, *prima facie*, exigem uma medida máxima de liberdade individual. E direitos individuais ilimitados, em regra, somente são possíveis à custa de direitos individuais de outros. Mas isto não é um problema insolúvel, pois sua parte nuclear forma o princípio da proporcionalidade, onde a ponderação se sobrepõe à unilateralidade³³⁸.

4.3 Os Direitos fundamentais como barreiras *prima facie* ao controle estatal pela via penal também na fase de investigação criminal

A partir do pressuposto de que segurança é um direito fundamental, surge a obrigação do Estado em proporcionar a tutela deste direito, necessitando, desta forma, investigar fatos que contrariem as normas de convivência social.

Assim, os indivíduos são invadidos em suas liberdades quando alvos de investigação criminal, o que impõe o surgimento de garantias que limitem essa intervenção do Estado em níveis proporcionais, buscando oferecer equilíbrio entre segurança e liberdade.

Por muitas vezes, manter esse equilíbrio não é tarefa fácil, pois uma linha tênue separa a investigação criminal do que é legal e do que é arbitrário. Este fato pode ser explicado analisando o conceito de segurança que é desenvolvido por aqueles que detêm o poder, enquanto o conceito de liberdade advém daqueles que são submetidos ao poder. Estes dois conceitos podem ser vistos equivocadamente como contrários, visto que quando se pensa em maior celeridade nas investigações criminais em nome da segurança, surgem possibilidades de restrições aos direitos fundamentais, o que causa a impressão de que só se atinge segurança restringindo liberdades³³⁹.

Procurando frear o poder punitivo do Estado na relação com os indivíduos, surgiu a necessidade de normas que garantissem os direitos fundamentais do ser humano contra o forte poder intervencionista estatal³⁴⁰, o que faz com que as modernas constituições tragam em seus textos regras de caráter garantista, impondo ao Estado e à própria sociedade o respeito aos direitos fundamentais.

³³⁸ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Tradução: Luís Afonso Hedk. 3ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 102-103.

³³⁹ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo Penal de Emergência**. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2002.

³⁴⁰ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. São Paulo. RT, 2002. p. 13.

A investigação criminal dá início ao procedimento pelo qual se chega ao exercício do poder punitivo estatal e também é meio para a efetivação de políticas criminais, observando os limites jurídicos impostos pelos direitos fundamentais que se verificam em garantias penais e processuais penais³⁴¹.

Da clássica divisão dos poderes, isto é, das funções legislativa, judiciária e executiva, fundamenta-se a atividade punitiva estatal, observada em todas as partes do planeta, cujo exercício depende da coordenação dessas funções. Contudo, aos olhos dos indivíduos que sofrem a ação do poder punitivo, essa divisão de poderes não é tão clara, pois eles o sentem ao final, quando já têm a restrição de sua liberdade. Não obstante, esse processo que restringe os direitos e reflete o poder punitivo do Estado se dá por meio de condições legislativas pré-estabelecidas, por ações administrativas e decisões judiciais processualmente fundamentadas³⁴².

Parte relevante do poder punitivo do Estado é desenvolvido no âmbito do Processo Penal, cuja as atividades envolvem a investigação criminal, entre outras, as quais se apresentam por meio de um conjunto de atos essencialmente potestativos, conquanto alguns possuam finalidade de conhecimento que caracterizam a atividade de investigação criminal, cuja função no contexto das políticas criminais tem assumido destaque no sistema penal, indo além da imposição de sanções penais, constituindo um verdadeiro instrumento preventivo em seu sistema de fins³⁴³.

O Processo Penal traz em seu conteúdo procedimental uma função repressiva, que pode ser observada antes mesmo de seu término no desenvolvimento da investigação criminal, causando irreparável sofrimento ao suspeito, restando à ciência processual a tentativa de diminuir os seus efeitos.

A partir do momento em que um indivíduo é apontado como autor de uma infração penal, instaura-se o inquérito policial e seu *status dignitatis* já está gravemente atingido e, de certo modo, o indivíduo já sofre uma condenação por aqueles que tomam conhecimento do fato.

Destarte, devem aqui ser observadas as garantias fundamentais incidentes no plano inquisitorial da persecução criminal visando uma conciliação de sua essência com os limites da intervenção estatal nas liberdades individuais³⁴⁴.

³⁴¹ PEREIRA, Eliomar da Silva. **Teoria da Investigação Criminal. Uma Introdução Jurídico-científica**. 2ª ed. São Paulo: Almedina, 2019. p. 139.

³⁴² PEREIRA, Eliomar da Silva. **Teoria da Investigação Criminal. Uma Introdução Jurídico-científica**. 2ª ed. São Paulo: Almedina, 2019. p. 139-140.

³⁴³ SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **Aproximação ao Direito Penal Contemporâneo**. Tradução: Roberto Barbosa Alves. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 493.

³⁴⁴ SAAD, Marta. **O direito de defesa no inquérito policial**. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2004. p. 7-8.

Não por menos, a integridade do sistema constitucional depende do reconhecimento do investigado como sujeito de direitos, ainda que seja perante a uma imputação informal, como no caso do inquérito policial³⁴⁵, que, desde então, já reflete indiscutivelmente a função repressiva restritiva de direitos fundamentais, visto que a reação penal consiste essencialmente na privação de bens jurídicos³⁴⁶, sustentando fins de prevenção.

Embora a investigação criminal tenha caráter, por vezes, extremamente invasivo e intervencionista, ela encontra seus limites jurídicos nos direitos fundamentais inerentes à dignidade humana, sobretudo pelo fato de que o indivíduo nunca pode ser o objeto da investigação, mas sim o fato narrado na *notitia criminis*, que dá início ao procedimento investigatório³⁴⁷.

Os atos de investigação podem ser praticados com certas possibilidades discricionárias, pois a lei não consegue dizer “o que fazer” em todas as situações. Porém, a lei delimita o campo de investigação sob certos aspectos na medida em que estabelece meios legais que dizem “o que não se pode fazer”, ou “o que se pode fazer”, desde que respeitados os direitos fundamentais em evidência no caso concreto, como, por exemplo, a presunção de inocência³⁴⁸ que exige justificativa de qualquer ato processual ou não.

Os direitos fundamentais não incidem como limites apenas nos atos de investigação, mas também, antes mesmo de seu início, incidem como limites na definição de fatos puníveis. É, portanto, essencial que a investigação criminal seja cumprida sob a compreensão acerca dos direitos fundamentais e sua função limitativa não apenas aos meios de obtenção de provas, mas também ao objeto de investigação.

Os direitos fundamentais apresentam-se no ordenamento constitucional sob dois aspectos, ora representados como um conjunto de valores objetivos, ora como garantia de tutela de situações jurídicas subjetivas. Sob o viés subjetivo consubstanciam-se na capacidade de exigir uma ação ou abstenção tendo em vista uma situação particular, tanto diante do Estado, bem como nas relações entre si.

Já sob o viés objetivo determinam o modo de cumprimento e os limites do Poder Público, sendo responsável, portanto, por ordenar uma delimitação de metas que materializem

³⁴⁵ SAAD, Marta. **Exercício do direito de defesa no inquérito policial**. Boletim IBCCRIM, nº 166, setembro, 2006.

³⁴⁶ SANCHEZ, Jesús-María Silva. **Aproximação ao Direito Penal Contemporâneo**. Tradução: Roberto Barbosa Alves, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 463.

³⁴⁷ LOPES JUNIOR. Aury. **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 161.

³⁴⁸ GIACOMOLLI, Nereu José. **O Devido Processo Penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. 2ª ed. São Paulo. Atlas, 2015. p. 109.

no máximo grau possível os direitos fundamentais inerentes à garantia da dignidade da pessoa humana, ainda que não tenha ocorrido qualquer violação a direito subjetivo.

Diante dessa força valorativa junto à sociedade, os direitos fundamentais contribuem para a formatação da ordem jurídica³⁴⁹, sob a qual se desenvolvem as múltiplas atividades, sejam sociais, sejam estatais. Essa representatividade objetiva dos direitos fundamentais possibilita, assim, uma compreensão prévia e independente dos titulares sujeitos de direito, de onde se podem estabelecer parâmetros de controle das ações estatais, como por exemplo, a investigação criminal.

Nesse caminho guiado pela dimensão objetiva pode-se observar que os direitos fundamentais outorgam ao Estado um dever de fazer, o que se apresenta como importante critério de limite anterior e abstrato das leis que fundamentam a investigação criminal sob o prisma constitucional.

Sendo assim, os direitos fundamentais atuam como parâmetro de interpretação e configuração da legislação infraconstitucional, vinculando todo o ordenamento jurídico, no qual se incluem as normas relativas à investigação criminal, que exigirá em todos os casos uma interpretação à luz da Constituição por todos os agentes processuais.

O dever estatal de proteção aos direitos fundamentais implica em ações contra ameaças de violações ou lesões concretas, não somente no que tange aos indivíduos, mas também com o fito de garantir que não se permitam atos estatais por leis permissivas de investigação temerárias, por órgão diversos alheios a controles jurídicos adequados.

Por meio da dimensão subjetiva, os direitos fundamentais garantem aos indivíduos diversas posições jurídicas frente ao Estado, implicando em direitos de categorias múltiplas, segundo a função de cada um. Observa-se a importância de uma norma de direito fundamental em relação ao indivíduo, seus interesses, sua liberdade, sua vida digna.

Como ensina Canotilho, “se um direito fundamental está constitucionalmente protegido como direito individual, então esta proteção efetua-se sob a forma de um direito subjetivo”³⁵⁰.

A Teoria dos Status de Jellinek defende que os direitos fundamentais constituem direitos públicos subjetivos que garantem aos indivíduos uma posição jurídica diante do Estado, por meio dos status negativo e positivo, ativo e passivo, sendo que estes últimos não impactam diretamente questões que dizem respeito à investigação criminal³⁵¹.

³⁴⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 96.

³⁵⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 2003, p.1257.

³⁵¹ PEREIRA, Eliomar da Silva. **Teoria da Investigação Criminal. Uma Introdução Jurídico-científica**. 2ª ed. São Paulo: Almedina, 2019. p. 147.

Como visto anteriormente, os direitos de status negativo conferem ao indivíduo um direito de defesa, isto é, uma pretensão de resistência perante à intervenção estatal em sua liberdade, desdobrando-se em uma proibição imediata de interferência ao Estado. Verifica-se, assim, direitos de primeira geração, nascidos no âmbito do Estado liberal, que constituem as principais barreiras limitadoras à investigação criminal.

Já os direitos de status positivo consistem no direito de exigir prestações frente ao Estado, o que autoriza o indivíduo a cobrar algo específico visando melhorias em sua condição de vida, que configuram pressupostos materiais necessários para o exercício de suas liberdades.

Aqui se observam prestações destinadas ao indivíduo ou à sociedade, materializando-se em bens ou serviços públicos, onde se pode incluir a segurança pública. São, em geral, prestações de cunho material, mas também podem se apresentar sob a forma de prestações normativas, por meio de criação de normas que viabilizem o exercício de direitos sociais e econômicos, próprios da segunda geração de direitos, vinculados ao Estado social.

Nesse passo, a investigação criminal pode ser percebida como uma obrigação social do estado em prover a justiça penal, com procedimentos que permitam a tutela efetiva dos bens jurídicos penalmente protegidos.

Desses dois status observam-se uma diversidade de direitos que acabam, por vezes, configurando-se em conflitos, visto que a investigação criminal desenvolve-se em um cenário de interação recíproca, mas, às vezes, contraditória diante de direitos fundamentais positivos e negativos, que implicam tanto em uma postura restritiva de direitos, objetivando o dever estatal de proteção penal, quanto uma postura protetiva de direitos, por meio do respeito à presunção de inocência que exige justificativa de qualquer ato que antecipe um juízo de censurabilidade³⁵², objetivando evitar limitações desarrazoadas.

Os direitos fundamentais foram concebidos em seu sentido originário como direitos oponíveis ao Estado, o qual edita as normas das quais decorrem uma relação vertical em virtude de sua supremacia frente aos indivíduos. Nesse sentido, os direitos fundamentais são verdadeiras limitações ao poder estatal em favor dos interesses das pessoas, e, sendo assim, o Estado é o principal destinatário do dever de proteção e respeito aos direitos fundamentais, onde se incluem todos os órgãos e servidores, entre os quais se encontram aqueles encarregados direta ou indiretamente pela investigação criminal³⁵³.

³⁵² GIACOMOLLI, Nereu José. **O Devido Processo Penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 109.

³⁵³ DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 5ª ed. São Paulo. Atlas, 2014. p. 106.

Além da relação vertical dos direitos fundamentais, tem-se hodiernamente a compreensão de que eles cumprem também uma relação horizontal observada nos conflitos existentes entre os particulares, os quais também devem respeito aos direitos fundamentais.

Nesse passo, se reconhece a possibilidade de o Estado restringir determinados direitos visando a proteção de outros, o que, no âmbito da investigação criminal, frequentemente pode resultar em uma ampliação do poder estatal para que seja potencializada a capacidade de combate à criminalidade.

A multiplicidade de direitos que foi sendo reconhecida ao longo da história entrega ao indivíduo e à sociedade a perspectiva de um ambiente sadio para que uma vida digna possa ser desenvolvida, onde liberdade e segurança pública caminhem na direção do melhor interesse da coletividade.

Nesse contexto, frente à ineficiência estatal em manter esse equilíbrio, observam-se inúmeros discursos que, em defesa da segurança pública, defendem menores restrições à investigação criminal para que o poder punitivo seja ampliado em detrimento da liberdade e dos bens do investigado, o que se expressa no Direito Penal do Inimigo³⁵⁴, a face mais radical do ordenamento jurídico criminal.

Contudo, na perspectiva contemporânea dos direitos fundamentais como limites à investigação criminal, qualquer postulado à segurança pública deve ser assumido somente sob a condição de que não seja anulado o núcleo fundamental da dignidade.

Constata-se então a necessidade de tutelar a segurança pública sem que direitos fundamentais sejam gradativamente anulados por deficiência de proteção estatal, sobretudo diante dos visíveis desafios que tem o Estado em tutelar a segurança pública no contexto da sociedade de risco e o contínuo desenvolvimento tecnológico, onde a investigação criminal é atividade essencial na busca de maior efetividade na persecução criminal.

³⁵⁴ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo. Noções e Críticas**. Tradução: André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

5 INVESTIGAÇÃO CRIMINAL NA SOCIEDADE TECNOLÓGICA

Uma das características das últimas décadas é a rapidez com que os avanços tecnológicos são incorporados à sociedade. Esta tecnologia proporciona novos meios de mitigar os anseios sociais por segurança, mas, ao mesmo tempo, mostra-se como oportunidades para o aumento de práticas criminosas. Neste contexto, liberdade e segurança mostram-se como grandezas inversamente proporcionais, ou seja, o indivíduo precisa de ambas, mas não pode ter uma sem sacrificar pelo menos parte da outra³⁵⁵.

As transformações tecnológicas na sociedade ocorrem de forma muito rápida e com efeitos tão profundos no âmbito da segurança, que formas de regulação mais antigas precisam ser atualizadas com urgência³⁵⁶, para acompanharem o ritmo das mudanças.

Nesta senda, novas técnicas de investigação criminal vêm sendo introduzidas e passam a ser empregadas junto aos métodos tradicionais de obtenção de provas, num claro objetivo de adequar a persecução penal a uma criminalidade, cujas características dificultam a investigação, como no caso do crime organizado, que tem como resultado de suas ações delituosas, reflexos muito negativos na ordem pública.

Já foram abordados no decorrer deste trabalho novos meios de obtenção de provas que demonstram o movimento do Estado no sentido de disponibilizar subsídios para tornar mais efetiva a persecução penal, dos quais são exemplos diversos diplomas normativos que regulamentam técnicas de investigação, como a interceptação telefônica e telemática, a interceptação ambiental, a infiltração de agentes em ambiente virtual etc.

Não há dúvida de que, assim como a tecnologia é utilizada para facilitar as atividades diárias, também é utilizada por pessoas para seus fins criminosos. Logo, a tarefa de investigar a infração penal também deve se valer de novas tecnologias que permitirão a obtenção qualificada de provas, tornando a persecução penal mais efetiva.

Nessa perspectiva, a utilização de drones entrega à investigação criminal importantes recursos para a obtenção de provas, por meio de diferentes dispositivos incorporados a sua estrutura, permitindo ações mais efetivas, aumentando a celeridade nas investigações e diminuindo o risco de nas atividades policiais, temática esta que será melhor detalhada na sequência deste trabalho. Mas antes, faz-se cogente uma abordagem sobre os limites a serem observados na implementação de novas tecnologias para a investigação criminal, frente ao necessário respeito aos direitos e liberdades individuais.

³⁵⁵ BAUMAN, Zygmunt. **Vigilância Líquida. Diálogos com David Lyon**. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2014. p. 31.

³⁵⁶ Ibid. p. 90.

5.1 Limites decorrentes dos direitos e liberdades individuais

No capítulo 3 deste trabalho é possível, ainda que de forma breve, verificar alguns apontamentos sobre a inadmissibilidade de provas ilícitas no processo, implicando em verdadeiros limites à investigação criminal. E, no subitem anterior, foi discorrido sobre a questão dos direitos fundamentais como barreiras *prima facie* à investigação criminal.

Cumpra então, neste subitem, delinear alguns pontos específicos inerentes à proposta desta pesquisa, notadamente os limites impostos à investigação criminal no que tange aos direitos fundamentais da intimidade, privacidade e inviolabilidade do domicílio.

Os direitos fundamentais evoluíram de acordo com a época e as circunstâncias sociais e, conforme ensina Norberto Bobbio, modificam-se continuamente com a transformação das condições históricas determinantes³⁵⁷, sendo classificados doutrinariamente em gerações ou dimensões³⁵⁸.

Pode-se dizer que a dignidade da pessoa humana é o núcleo essencial dos direitos fundamentais, sendo de fundamental importância, pois garante um mínimo de respeito ao homem, no reconhecimento de que todos são merecedores por natureza de igual dignidade³⁵⁹. Nesta concepção, o Estado é, sobretudo, um meio para a garantia dos direitos fundamentais, guiando-se pela primazia da dignidade da pessoa humana, para cumprir seus fins³⁶⁰.

Gilmar Mendes e Paulo Gonet Branco ensinam que a ideia de tutela do núcleo essencial dos direitos fundamentais tem origem no direito germânico. De acordo com os autores, a proteção aos direitos fundamentais naquele país era realizada por meio de reserva legais, ou seja, era permitida ao legislativo a supressão de normas de direitos fundamentais, desde que cumpridos os requisitos formais³⁶¹.

³⁵⁷ BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos**. Turim, Itália: Editora Campus. 1992. p. 5.

³⁵⁸ A proposta de separar os direitos fundamentais em gerações é atribuída ao jurista tcheco-francês Karel Vasak, que, inspirado no lema da Revolução Francesa (liberdade, igualdade e fraternidade) idealizou: a) A primeira geração dos direitos seria a dos direitos civis e políticos, fundamentados na liberdade (*liberté*), que tiveram origem com as revoluções burguesas; b) a segunda geração, por seu turno, seria a dos direitos econômicos, sociais e culturais, baseados na igualdade (*égalité*), fomentada pela Revolução Industrial e pelos problemas sociais por ela causados; c) a terceira geração seria a dos direitos de solidariedade, em especial o direito ao desenvolvimento, à paz e ao meio ambiente, coroando a tríade com a fraternidade, que ganhou força após a Segunda Guerra Mundial, mormente após a Declaração universal dos Direitos Humanos, de 1948. MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008. Outras dimensões são idealizadas por diversos autores, contudo, não há unanimidade na doutrina.

³⁵⁹ FARIAS, Edilson Pereira. **Colisão de Direitos a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. 2ª ed. atual. Porto Alegre: Fabris Editor, 2000. p. 60.

³⁶⁰ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2004; p. 111.

³⁶¹ MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 211.

Contudo, devido aos processos históricos, sobretudo aqueles observados durante o domínio nazista, revelou-se a necessidade de uma maior proteção aos direitos fundamentais. Tal entendimento guiou a redação da Lei Fundamental de 1949, que passou a consagrar a tutela do núcleo essencial dos direitos fundamentais³⁶².

Apesar do alto grau de importância do direito à dignidade, sua positivação nas Constituições não é tão antiga, ocorrendo somente a partir da Segunda Guerra Mundial, na Declaração Universal da ONU, em 1948, fundamentada pelas graves violações dos direitos fundamentais de milhares de vítimas das atrocidades provocadas por idealismos políticos³⁶³ e preconceitos étnicos.

O Brasil, além de signatário de diversos tratados sobre direitos humanos, destacou a dignidade da pessoa humana na Constituição Federal de 1988, elencando este princípio desde o início como um dos valores fundamentais do Estado brasileiro³⁶⁴.

Todas as pessoas têm suas vontades, seus direitos e suas liberdades individuais que precisam ser atendidas para que possam viver com dignidade. É uma qualidade inerente e distintiva de cada indivíduo, para o qual deve existir a possibilidade de exigir que a sociedade e o Estado respeitem sua dignidade, implicando, desta forma, em um conjunto de direitos e deveres fundamentais que assegurem à pessoa proteção contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, bem como lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de proporcionar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos³⁶⁵.

Necessários para uma vida com digna, os direitos da privacidade, intimidade e a proibição de inviolabilidade de domicílio estão diretamente relacionados com os direitos e liberdades individuais, sendo considerados extensões do direito à personalidade, logo são inatos, imprescritíveis, irrenunciáveis e se estendem por toda a vida. Tais direitos passam a demandar maior atenção na medida em que vão se ampliando os impactos do desenvolvimento tecnológico.

George Marmelstein, acerca dos direitos da personalidade, assevera que:

A ideia básica que orienta a positivação desses valores é de quem nem o Estado nem a sociedade de modo geral devem se intrometer, indevidamente, na vida pessoal dos

³⁶² MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 211-212.

³⁶³ SILVA, José Afonso da. **Poder constituinte e poder popular: estudos sobre a Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 144.

³⁶⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 29/09/2021.

³⁶⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 60.

indivíduos. Inserem-se, nesse contexto, inúmeras prerrogativas de caráter individual-subjetivo, como o direito de buscar a paz de espírito e a tranquilidade, o direito de ser deixado só, o direito de não ser bisbilhotado, de não ter a vida íntima e familiar devassada, de não ter detalhes pessoais divulgados, nem de ter a imagem e o nome expostos contra a vontade da pessoa³⁶⁶.

É reconhecido o caráter relativo dos direitos fundamentais, sobre os quais é possível que incidam restrições e limitações quando em conflito com outros direitos fundamentais. Contudo, a dignidade da pessoa humana não pode ser valorada ou compor uma escala hierárquica, pois não existe dignidade maior ou menor.

Nestes termos, pode-se dizer que a dignidade da pessoa humana é absoluta enquanto núcleo dos demais direitos fundamentais, visto que baliza todos os demais direitos que, em maior ou menor grau, podem ser considerados como consolidações ou exteriorizações suas.

Outrossim, a dignidade da pessoa humana desempenha função essencial na revelação de novos direitos, não positivados, que poderão ser exigidos quando se verificar que determinada prestação omissiva ou comissiva se manifesta como fundamental para a garantia da vida humana com dignidade³⁶⁷.

Destarte, o princípio da dignidade da pessoa humana representa um norte para a atuação do Estado, não se referindo apenas ao dever de não praticar condutas violadoras da dignidade humana, mas também ao dever de propiciar um ambiente social adequado por meio de condutas positivas que garantam o mínimo existencial para cada ser humano, evitando que surjam lacunas para o cometimento de arbitrariedades e injustiças.

Nesta senda, como direitos fundamentais inerentes ao princípio da dignidade da pessoa humana, os direitos à intimidade, à privacidade e à inviolabilidade de domicílio, serão tratados a seguir sob a perspectiva de limites decorrentes dos direitos e liberdades individuais na atividade investigatória criminal.

5.1.2 Privacidade e Intimidade

Como já discorrido, a investigação criminal encontra nos direitos fundamentais seus limites de atuação, mormente aqueles considerados de especial valor, dos quais são exemplo, a intimidade, a privacidade e a inviolabilidade do domicílio, todos sob o status de direitos invioláveis, consoante os preceitos constitucionais³⁶⁸.

³⁶⁶ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 115.

³⁶⁷ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2004; p. 113.

³⁶⁸ BARROS, Marco Antônio de. **A busca da verdade no processo penal**. São Paulo: RT, 2002. p. 226.

Com o advento do rápido avanço tecnológico, sobretudo no que diz respeito a dispositivos de captação de imagens, sons e vídeos, verifica-se que direitos fundamentais como a privacidade e a intimidade passaram a ficar mais suscetíveis de sofrerem violações em uma sociedade que está cada vez mais sob constante vigilância³⁶⁹.

A privacidade e a intimidade são reconhecidas como direitos da personalidade do indivíduo. Uma interpretação errônea destes direitos pode provocar efeitos indesejáveis. Por um lado, uma proteção exacerbada destes direitos pode servir de proteção às práticas criminosas. Noutra lado, também a sua restrição exagerada pode ocasionar grave violação estatal na vida das pessoas.

Consoante os ensinamentos de Alexy, não se fala mais em direitos fundamentais com status de absolutos. Se absolutos fossem, os direitos fundamentais seriam barreiras intransponíveis à persecução penal, o que impediria a obrigação do Estado em cumprir o seu dever de proteção penal.

No entanto, não significa dizer que o Estado, ao investigar, tenha liberdade irrestrita de atuação sobre a intimidade do investigado, somente podendo assim atuar quando seja imprescindível a sua mitigação, devendo ser observada a medida investigativa de menor prejuízo possível.

As restrições e limitações aos direitos da privacidade e da intimidade podem ser impostas pelo Estado em situações em que o interesse coletivo se mostrar com maior possibilidade de sofrer prejuízos, como nas hipóteses em que entram em conflito com a liberdade de expressão, a liberdade de informação, a segurança pública, entre outros.

Contudo, é considerável a vulnerabilidade desses direitos diante das novas realidades sociais do mundo moderno. Esta realidade acarreta, de um lado, a interferência crescente no âmbito da vida privada por parte dos poderes públicos, tanto no exercício diário do poder de polícia, quanto na esfera da atividade judiciária e, de outro lado, uma maior possibilidade de intromissão terceiros no campo da vida privada das pessoas. Ampliam esta vulnerabilidade as inovações tecnológicas, como dispositivos de interceptação telefônica, gravadores com dimensões muito reduzidas, computadores³⁷⁰ etc.

³⁶⁹ BAUMAN, Zygmunt. **Vigilância Líquida. Diálogos com David Lyon**. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2014. p. 6.

³⁷⁰ LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p. 240.

A tutela jurídica desses direitos é relativamente recente, e pode-se dizer que surgiu somente após a concretização dos ideais de liberdade defendidos nas revoluções burguesas que foram fundamentais para que várias sociedades superassem o absolutismo.

Verificou-se que o respeito à privacidade e à intimidade é verdadeiro pressuposto para o exercício das liberdades individuais. Contudo, a privacidade e a intimidade só passaram a demandar maior atenção no decorrer da década de 1960, tendo em vista o aumento da circulação de informações, resultado do desenvolvimento da tecnologia que refletiu em uma capacidade técnica cada vez maior de recolher, processar e utilizar a informação³⁷¹.

Os contornos iniciais acerca dos direitos à privacidade e à intimidade se deram a partir da defesa da propriedade, elegendo o domicílio como elemento principal, na concepção de que seria o local onde a pessoa estaria protegida de intervenções de terceiros e do próprio Estado.

Entretanto, o desenvolvimento das tecnologias foi tornando a sociedade cada vez mais complexa, o que colocou as pessoas diante de inúmeras possibilidades de exposições indesejadas, fazendo surgir a necessidade de uma melhor compreensão acerca do que seria efetivamente privacidade e intimidade, passando a ser concebidas para além da esfera da propriedade, sendo então inseridas como direitos inerentes à personalidade.

A importância do respeito à privacidade e à intimidade, como pressupostos para a dignidade da pessoa humana, ganhou reconhecimento na Declaração dos Direitos do Homem de 1948, que prevê em seu artigo 12 que “ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação”³⁷². Nessa mesma linha está o art. 17, 1, do Pacto da ONU sobre Direitos Civis e Políticos, preceituando que “Ninguém poderá ser objetivo de ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais às suas honra e reputação”³⁷³.

Privacidade e intimidade nunca estiveram tão em evidência como no atual contexto da sociedade contemporânea. Em termos práticos, observa-se uma certa dificuldade na conceituação desses direitos. Embora os conceitos não sejam estagnados, o que se verifica é que em muitos momentos, confundem-se e acabam sendo utilizados como sinônimos ou análogos.

³⁷¹ DONEDA, Danilo. **Considerações iniciais sobre os bancos de dados informatizados e o direito à privacidade**. 2000. p. 12.

³⁷² Conforme artigo 12 da **Declaração dos Direitos do Homem de 1948**. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>>. Acesso em: 28/09/2021.

³⁷³ Conforme artigo 17, 1, do **Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 28/09/2021.

Gilberto Haddad Jabur não considera necessária a distinção entre privacidade e intimidade, aduzindo que o objetivo do legislador ao utilizar as duas expressões, foi assegurar o merecido valor de qualquer aspecto recôndito da pessoa³⁷⁴.

O direito à intimidade protege o indivíduo contra intromissões alheias em aspectos de sua vida, os quais prefira manter em segredo. Atrelado aos direitos da personalidade, a invocação do direito à intimidade é resultado das circunstâncias da sociedade contemporânea, consideravelmente marcado pela dicotomia e tensão entre os campos público e privado, e uma crescente invasão na esfera particular dos indivíduos por parte dos poderes públicos, justificadas, muitas vezes, pela tutela da segurança e do interesse público. Ademais, também são crescentes as possibilidades de intromissões dos particulares na vida de outros indivíduos, sobretudo com o avanço das tecnologias ligadas à comunicação.

Consoante Celso Lafer, o direito à intimidade implica na prerrogativa reconhecida ao todo indivíduo de excluir do conhecimento de terceiros aquilo que lhe diz respeito somente, e que tange ao seu modo de ser no âmbito da vida privada. A intimidade constitui a questão clássica da inviolabilidade do domicílio, abarcando também o sigilo de correspondência e comunicações em geral, configurando um direito autônomo, fomentador da construção e desenvolvimento da personalidade, constituindo-se, portanto, em um importante contributivo à dignidade da pessoa humana³⁷⁵.

Nas palavras de Maria Helena Diniz, o direito à intimidade é a zona espiritual reservada à pessoa, dizendo respeito ao direito de estar só, ao segredo íntimo, cuja mínima publicidade constrange as relações pessoais, as próprias convicções, a situação indevassável de pudor pessoal. Constituem ofensas ao direito à intimidade, por exemplo, o uso de meios eletrônicos ou de drogas para obrigar alguém a revelar segredo profissional ou fatos de sua vida particular; interceptação de conversa telefônica; emprego de binóculo para espiar a pessoa no interior de sua casa; instalação de microfones; gravadoras ou filmadoras para captar discretamente conversas, imagens ou para copiar documentos; ato de seguir a pessoa continuamente, entre outros³⁷⁶.

De acordo com Carlos Alberto Bittar, o campo do direito à intimidade protege as confidências, informações de ordem pessoal, memórias, diários, relações familiares,

³⁷⁴ JABUR, Gilberto Haddad. **A dignidade e o rompimento de privacidade**. In: MARTINS FILHO, Ives Gandra; MONTEIRO JUNIOR, Jorge Antônio. **Direito à Privacidade**. São Paulo: Ideias e Letras, 2005. p. 90.

³⁷⁵ LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p. 239-240.

³⁷⁶ DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 162.

lembranças de família, saúde, costumes domésticos e atividades negociais, dentre outros, reservados pela pessoa para si e para seus familiares, sendo afastados do saber público³⁷⁷.

Verifica-se que a esfera da intimidade se refere ao modo de ser de cada pessoa, aliada aos sentimentos próprios, compreendendo ao âmbito confidencial e do segredo. Já a privacidade é mais ampla, sendo composta de informações que somente o indivíduo pode decidir se outros podem ter conhecimento ou não.

No que tange ao conceito de privacidade, Stefano Rodotá o define como “o direito de manter o controle sobre as próprias informações e de determinar as modalidades de construção da própria esfera privada”³⁷⁸.

Já para José Afonso da Silva, privacidade possui um sentido mais amplo, sendo um conjunto de informações acerca do indivíduo que pode decidir manter sob seu exclusivo controle, ou comunicar, decidindo a quem, quando, onde, e em que condições, isso pode ser revelado. A esfera da inviolabilidade, assim, é ampla, abrange o modo de vida doméstico, nas relações familiares e afetivas em geral, fatos, hábitos, local, nome, imagem, pensamentos, segredos, e, bem assim, as origens e os planos futuros do indivíduo³⁷⁹.

No direito norte-americano vigora o *right to privacy* que não apresenta uma diferenciação entre privacidade e intimidade. Somente demarca de forma pouco abrangente o direito à privacidade, o que não afasta a preocupação jurisprudencial estadunidense com a correta delimitação e compreensão desse direito, mormente a partir da Quarta Emenda³⁸⁰ à Constituição dos Estados Unidos da América.

A origem do conceito remete ao artigo de dois advogados, Louis Brandeis e Samuel Warren, que se insurgiram contra a crescente e potencial invasão do governo e da mídia na vida das pessoas em 1890³⁸¹.

³⁷⁷ BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 112.

³⁷⁸ RODOTÁ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 122.

³⁷⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 206.

³⁸⁰ **Constituição dos Estados Unidos da América – 1787 - Emenda IV - O direito do povo à inviolabilidade de suas pessoas, casas, papéis e haveres contra busca e apreensão arbitrárias não poderá ser infringido; e nenhum mandado será expedido a não ser mediante indícios de culpabilidade confirmados por juramento ou declaração, e particularmente com a descrição do local da busca e a indicação das pessoas ou coisas a serem apreendidas.** Disponível em: <<https://bityli.com/54MLDe>>. Acesso em: 01/10/2021.

³⁸¹ Artigo de autoria de Samuel D. Warren e Louis D. Brandeis, intitulado *The right to privacy*. Nele, os autores colocam em evidência a ocorrência de transformações sociais, políticas e econômicas, bem como o surgimento de novos inventos, como a fotografia, que contribuíram para a ocorrência de violações da vida privada das pessoas. Partindo desses problemas, os autores analisam um bom número de decisões de tribunais ingleses e americanos, deduzindo então a existência de um princípio geral na *common law*, o *right of privacy*. Assim, utilizando o termo “*right to be let alone*”, propõem um novo “*tort*”, a invasão do “*privacy*”, que constituiria uma profunda ofensa, que lesionaria o senso da própria pessoa sobre sua independência, sua individualidade, sua dignidade e sua honra.

Parte da doutrina brasileira acompanha a tradição iniciada no direito estadunidense, não fazendo uma distinção entre privacidade e intimidade. Para esta corrente doutrinária, não é relevante uma diferenciação entre os conceitos, configurando apenas uma questão de aprofundamento material.

Seguindo a linha da tradição americana, Tércio Sampaio Ferraz Junior ressalta que “a privacidade é regida pelo princípio da exclusividade, desenvolvido por Hannah Arendt, compreendendo a três atributos principais, quais sejam, a solidão (ou o direito de estar só), o segredo (direito de exigir sigilo) e a autonomia (direito de decidir sobre si mesmo). Sobre intimidade, na mesma linha dos direitos já mencionados, trata-se de um aprofundamento do próprio conceito de privacidade, vale dizer, “no âmbito da privacidade, a intimidade é o mais exclusivo dos seus direitos”³⁸².

Ao tratarem do tema, Paulo Gustavo Gonet Branco e Gilmar Mendes, ensinam que ainda que não se possa negar que a privacidade e intimidade possuem pontos de contato, apresentam aspectos distintos, ao passo que o direito à privacidade teria por objeto os comportamentos referentes às relações pessoais, comerciais e profissionais que a pessoa não deseja expor ao público e, o objeto do direito à intimidade seria aquilo ligado a acontecimentos mais íntimos, envolvendo relações com familiares e pessoas mais próximas³⁸³.

Em raciocínio distinto, Flávio Tartuce e Paulo José da Costa Junior aderem à doutrina alemã, mais precisamente à Teoria dos Círculos Concêntricos para distinguir a esfera pública da privada, que ganhou destaque a partir da década de 1950 por meio dos juristas alemães Heinrich Hubmann e Heinrick Henkel³⁸⁴.

Esta teoria estabelece que existem diferentes níveis da privacidade, dividindo-se em três camadas, ou círculos concêntricos. A primeira, mais ampla, é a esfera privada, onde estão compreendidos todos aqueles comportamentos e acontecimentos que o indivíduo não quer que sejam expostos ao domínio público. Em seu interior, está a esfera da intimidade, ou esfera confidencial, nela participando somente aquelas pessoas que são de certa confiança e com quem

ZANINI, Leonardo Estevan de Assis. **O surgimento e o desenvolvimento do *right of privacy* nos Estados Unidos**. Disponível em:

<https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao064/Leonardo_Zanini.html>. Acesso em: 01/10/2021.

³⁸² FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Sigilo de dados: O direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado**. Revista da FD-USP, v. 88, 1993. p. 441-442.

³⁸³ MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 315.

³⁸⁴ COSTA JUNIOR, Paulo José da. **O direito de estar só: tutela penal da intimidade**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 95.

existe certa intimidade. Mais ao centro ainda está o cerne da esfera privada, consistindo no objeto de proteção contra a indiscrição, isto é, a esfera do segredo³⁸⁵.

Estas ponderações doutrinárias demonstram que a distinção básica entre privacidade e intimidade pressupõe uma ideia de relação, isto é, se entende como privacidade o direito de proteger do conhecimento e intervenção externa as informações do indivíduo com outro, ao passo que se entende como intimidade o direito de impedir que qualquer pessoa tenha conhecimento sobre fatores da relação do indivíduo consigo mesmo.

No Brasil, o legislador constituinte, ao elaborar a Constituição Federal de 1988, utilizou as expressões “vida privada” e “intimidade”. Já o legislador infraconstitucional, ao elaborar o Código Civil de 2002, utilizou apenas a expressão “vida privada”.

Dentre os direitos de personalidade preceituados na Constituição Federal de 1988 no artigo 5º, em especial no inciso X³⁸⁶, estão o direito à vida privada e o direito à intimidade. Em seguida nos incisos XI e XII, também se referindo a esses direitos, protege-se o domicílio, o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas.

Verifica-se que tanto na Constituição Federal, quanto no Código Civil, o direito à privacidade é elencado como direito fundamental inerente à personalidade do indivíduo. Independentemente da forma como é interpretada, quando se fala em proteção da privacidade, objetiva-se contemplar atributos da personalidade merecedores de tutela jurídica, ao passo que a privacidade é componente essencial à formação do indivíduo e de seus limites com os demais³⁸⁷, indo ao encontro da dignidade da pessoa humana, fundamento guia do Estado Democrático de Direito.

Sendo assim, é possível que o uso de qualquer das expressões seja válido para o mesmo caso. Neste sentido, falar em vida privada ou vida íntima, irá depender da subjetividade na situação concreta.

José Ribas Vieira assevera que no transcorrer da vida, cada pessoa irá desenvolver seus próprios conceitos sobre o que é privado e o que é íntimo, fator este que torna mais complexa a tarefa de conceituar ambas as expressões. Lembra ainda o autor que, embora a importância

³⁸⁵ COSTA JUNIOR, Paulo José da. **O direito de estar só: tutela penal da intimidade**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 36-37.

³⁸⁶ Conforme artigo 5º, X, da **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 28/09/2021.

³⁸⁷ DONEDA, Danilo. **Privacidade, vida privada e intimidade no ordenamento jurídico brasileiro. Da emergência de uma revisão conceitual e da tutela de dados pessoais**. 2008. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/privacidade-vida-privada-e-intimidade-no-ordenamento-juridico-brasileiro-da-emergencia-de-uma-revisao-conceitual-e-da-tutela-de-dados-pessoais/>>. Acesso em: 01/01/2021.

dos critérios subjetivos, deve-se também observar elementos objetivos que auxiliam nesta tarefa, citando a casa como componente espacial da vida privada³⁸⁸.

Isto posto, há de se entender por intimidade, consoante a contribuição de Costa Júnior, como a necessidade humana de encontrar, no recolhimento, a paz e o equilíbrio que são retirados pelo acelerado ritmo da vida moderna. Para o autor existem duas esferas de proteção da personalidade, quais sejam, individual e a privada, sendo que todo direito que se destina à proteção da individualidade serve à proteção da personalidade na esfera pública e, por outro lado, a proteção da privacidade se destina ao desenvolvimento à margem da sociedade. Quanto à privacidade, cogente destacar que este direito possui um núcleo que deveria ser inatingível, livre de agressões, que não se justificariam ainda que justificadas no interesse coletivo. Ou seja, nem mesmo a prevenção e o controle de crimes poderiam legitimar violações à privacidade.³⁸⁹

Não obstante, ao elaborar a “teoria dos dois níveis”, o Tribunal Constitucional alemão determinou diferenças entre o “simples âmbito privado” e o “âmbito intangível da vida privada”. Para a corte alemã, enquanto naquele é admitida a utilização dos meios de prova e a análise de sua validade, por meio da ponderação entre os interesses de persecução e do acusado, neste o interesse geral de persecução jamais justificará qualquer interferência³⁹⁰.

Privacidade e intimidade devem ser concebidas então como o exercício de uma liberdade da pessoa, uma necessidade humana. Assumindo uma perspectiva mais contemporânea, privacidade e intimidade são manifestações da personalidade, fundamental ao indivíduo, não apenas com relação aos demais, mas também numa relação interna, seu espaço íntimo.

O contexto da sociedade moderna pressupõe a alternância da presença do indivíduo entre espaços privados e públicos notadamente representados pela família e sociedade civil, ao passo que também existem os espaços públicos nos quais se propiciaria a interação entre pessoas, sociedade e Estado.

Nesse plano, a participação ou mesmo a simples permanência do indivíduo em espaço público, e seu retorno a um âmbito privado, demonstra que aquilo que é observado e ouvido pelos outros e por nós mesmos constitui a realidade, ao passo que aquilo que é visto e escutado nas maiores forças da vida íntima, assim devem permanecer, a não ser que sejam transformadas,

³⁸⁸ VIEIRA, José Ribas. **Direitos à intimidade e à vida privada**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 126-127.

³⁸⁹ COSTA JUNIOR, Paulo José da. **O direito de estar só: tutela penal da intimidade**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 17-23.

³⁹⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco. **Valoración de las grabaciones audiovisuales em el proceso penal**. 2ª ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2007. p. 54.

desprivatizadas e desindividualizadas, por assim dizer, de modo a tornarem-se adequadas à aparição pública³⁹¹.

As quatro paredes da propriedade particular oferecem o último refúgio seguro contra a publicidade caracterizadora do espaço público comum³⁹². Nesse sentido, um local privado, exclusivo e oposto à publicidade seria o único modo de garantir a ocultação contra terceiros e contra o Estado.

Contudo, a concepção de que a propriedade privada é suficiente para assegurar a intimidade não se mantém totalmente na realidade da sociedade contemporânea, pois as inovações tecnológicas contribuem fatalmente para que não só o Estado, mas também os particulares ultrapassem a barreira física da propriedade, obtendo caminho livre para o acesso a aspectos mais íntimos da vida pessoal privada³⁹³.

Neste sentido, o domicílio além de contar com proteção constitucional e infraconstitucional, consiste na proteção física aos direitos da privacidade e da intimidade e, nesse caso, a sua violação deixará expostos esses direitos.

Destarte, a inviolabilidade de do domicílio será tratada no próximo tópico, justamente por consistir em importante direito fundamental que sofre restrições, diante do dever estatal de investigar infrações penais.

5.1.3 Inviolabilidade do domicílio

A inviolabilidade do domicílio é uma decorrência dos direitos à privacidade e à intimidade, pois, conforme estabelece o inciso XI do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, “a casa é asilo inviolável do indivíduo e ninguém nela pode penetrar sem o consentimento do morador, nem mesmo o Estado, com exceção dos casos envolvendo flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro ou, durante o dia, mediante, neste último caso, determinação judicial”.

O direito fundamental à inviolabilidade do domicílio surge como um dos mais básicos do ser humano, sendo assegurado pelas mais diversas legislações do mundo, fazendo-se presente tanto nas Convenções de Direitos Humanos, quanto nas Constituições ou nas legislações infraconstitucionais.

³⁹¹ ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 59-60.

³⁹² Ibid. p. 81.

³⁹³ LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p. 240.

Tendo sua origem no Direito inglês³⁹⁴, o direito fundamental da garantia de inviolabilidade de domicílio vigora desde o Império³⁹⁵ em solo brasileiro. Por meio da proteção da inviolabilidade domiciliar, protegem-se outros direitos, dentre os quais se encontram a privacidade e a intimidade, a liberdade de estar só ou em companhia de sua família, sem a interferência de outros indivíduos, e a liberdade de fazer o que se deseja desde que não seja o cometimento de algo ilícito, pois, a inviolabilidade do domicílio não pode ser utilizada como uma barreira protetora para a prática de ilícitudes.

Em âmbito internacional, a proteção do domicílio está inserida em diversos documentos dos quais o Brasil é signatário. Neste sentido, vale mencionar a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, de 1948, que preceitua em seu artigo IX que “toda pessoa tem direito à inviolabilidade do seu domicílio”³⁹⁶. Cumpre destacar que tal documento prevê em seu artigo XXVIII, que “os direitos do homem estão limitados pelos direitos do próximo, pela segurança de todos e pelas justas exigências do bem-estar geral e do desenvolvimento democrático”³⁹⁷. Verifica-se, desta forma, exceções à proteção da inviolabilidade do domicílio, quando em conflito direitos individuais e direitos coletivos.

De fundamental importância para os direitos fundamentais, a Declaração Universal dos Direitos Humanos adotada pela ONU também prevê em seu artigo 12 a proteção do domicílio, dispondo que “ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação”³⁹⁸. Aqui também se observa na redação do referido artigo a possibilidade de restrições ao direito fundamental em questão, uma vez que o texto refere que a proteção será em relação às “intromissões arbitrárias”. Logo, infere-se que será permitida a intromissão, desde que autorizada por determinação legal.

³⁹⁴ De acordo com a célebre manifestação de Lord Chatham acerca do tema no Parlamento Britânico: “*O homem mais pobre desafia em sua casa todas as forças da Coroa, sua cabana pode ser muito frágil, seu teto pode tremer, o vento pode soprar entre as portas mal ajustadas, a tormenta pode nela penetrar, mas o Rei da Inglaterra não pode nela entrar*”. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/dados/cursos/dh/br/sc/scdh/parte2/xxx/12.html>>. Acesso em: 03/10/2021.

³⁹⁵ Constituição de 1824 (art. 179, 7); Constituição de 1891 (art. 72, § 11); Constituição de 1934 (art. 113, 16); Constituição de 1937 (art. 122, 6); Constituição de 1946 (art. 141, § 15); Constituição de 1967 (art. 150, § 10); Emenda Constitucional n. 1/69 (art. 153, § 10); Constituição de 1988 (art. 5º, XI).

³⁹⁶ Conforme artigo IX, da **Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem**. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.declaracao_americana.htm>. Acesso em: 04/10/2021.

³⁹⁷ Conforme artigo XXVIII, da **Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem**. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.declaracao_americana.htm>. Acesso em: 04/10/2021.

³⁹⁸ De acordo com o artigo 12, da **Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declara%C3%A7%C3%A3o-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>>. Acesso em: 04/10/2021.

Também a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (Pacto de São José da Costa Rica) assegura em seu artigo 11, que “ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação”³⁹⁹. O referido acordo internacional também dispõe em seu artigo 32, que “os direitos de cada pessoa são limitados pelos direitos dos demais, pela segurança de todos e pelas justas exigências do bem comum, numa sociedade democrática”⁴⁰⁰.

Ressalta-se que essa limitação pelos direitos dos demais e por sua segurança não autoriza ingerências arbitrárias ou abusivas nos domicílios das pessoas, visto que o dispositivo consiste tão somente em uma complementação do artigo 11, ou seja, poderá haver ingerência, desde que a medida seja razoável e justificada e em pleno acordo com os ditames legais.

Observa-se aqui um claro exemplo da aplicação dos princípios da proibição de excesso e proibição de proteção deficiente. Esses imperativos de tutela resultam da dimensão positiva dos direitos fundamentais que indica o dever de atuação positiva do Estado, que deve intervir de forma preventiva ou repressiva contra agressões, inclusive de particulares, enquanto a dimensão negativa dos direitos fundamentais manifesta-se na exigência de limites à atuação do Poder Público, evitando ingerências indevidas na esfera dos direitos fundamentais⁴⁰¹.

E o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966 dispõe em seu artigo 17, que “ninguém poderá ser objeto de ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais às suas honra e reputação”⁴⁰².

O direito fundamental da inviolabilidade de domicílio é positivado nas mais diversas Constituições modernas espalhadas pelo mundo, como se verifica no artigo 13 da Lei Fundamental alemã⁴⁰³; nas Emendas III e IV da Constituição americana⁴⁰⁴; no artigo 18 da

³⁹⁹ Consoante o artigo 11, 2, da **Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969**. Disponível em: < <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 04/10/2021.

⁴⁰⁰ Ibid. Artigo 32.

⁴⁰¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos Fundamentais e Proporcionalidade: notas a respeito dos limites e possibilidades da aplicação das categorias da proibição de excesso e de insuficiência em matéria criminal**. Revista da AJURIS, n. 109, v. 35, 2008. p. 139.

⁴⁰² De acordo com o artigo 17, 1, do **Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 04/10/2021.

⁴⁰³ Artigo 13 “O domicílio é inviolável”. **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha**. Disponível em: < <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>. Acesso em: 11/10/2021.

⁴⁰⁴ EMENDA III “Nenhum soldado poderá, em tempo de paz, instalar-se em um imóvel sem autorização do proprietário, nem em tempo de guerra, senão na forma a ser prescrita em lei”; EMENDA IV “O direito do povo à inviolabilidade de suas pessoas, casas, papéis e haveres contra busca e apreensão arbitrárias não poderá ser infringido; e nenhum mandado será expedido a não ser mediante indícios de culpabilidade confirmados por juramento ou declaração, e particularmente com a descrição do local da busca e a indicação das pessoas ou coisas a serem apreendidas”. **Constituição dos Estados Unidos da América – 1787**. Disponível em: <

Constituição argentina⁴⁰⁵; no artigo 5º, incisos X e XI da Constituição brasileira; no artigo 18.2 da Constituição espanhola⁴⁰⁶; no artigo 14 da Constituição italiana⁴⁰⁷; no artigo 34.1 da Constituição portuguesa⁴⁰⁸, dentre outras.

Ademais, é consenso doutrinário acerca de que a garantia da inviolabilidade do domicílio se mostra como derivação da proteção da intimidade e da vida privada, como refere Maria Del Mar Navas Sánchez, ao lecionar que “seu propósito de importância primordial seria proteger a casa, na medida em que é uma mera projeção da liberdade e autonomia e segurança da pessoa”⁴⁰⁹.

Não por outro motivo, Muñoz Conde cita um julgado do Tribunal Constitucional alemão, onde os magistrados Jaeger e Hohmann-Dennhardt formularam voto considerando que os artigos 1º e 20º da Lei Fundamental⁴¹⁰, não podem ser objeto de intervenção:

Já que o desenvolvimento da personalidade requer espaços reservados, nos quais o indivíduo possa se expressar de forma autônoma, sem medo de ser observado e comunicar com segurança suas opiniões e sentimentos pessoais. Precisamente, em um mundo em que se tornou possível rastrear e registrar qualquer movimento ou comunicação de uma pessoa, a casa privada serve ao indivíduo como último refúgio,

<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at-1919/constituicao-dos-estados-unidos-da-america-1787.html>>. Acesso em: 11/10/2021.

⁴⁰⁵ Artigo 18 [...] “El domicilio es inviolable” [...]. **Constitución de la Nación Argentina**. Disponível em: <https://siteal.iiep.unesco.org/sites/default/files/sit_accion_files/ar_6000.pdf>. Acesso em: 11/10/2021.

⁴⁰⁶ Artigo 18.2 “El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito”. **Constitución Española**. Disponível em: <<https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/normativa/Normativa/CEportugu%C3%A9s.pdf>>. Acesso em: 11/10/2021.

⁴⁰⁷ Artigo 14 “O domicílio é inviolável. Nele não podem ser efetuadas inspeções ou perquisições ou sequestros, salvo nos casos e formas estabelecidos por lei, segundo as garantias prescritas para a tutela da liberdade pessoal. As averiguações e inspeções por motivos de saúde e de incolumidade pública ou para fins económicos e fiscais são regulamentadas por leis especiais. **Constituição Italiana**. Disponível em: <<http://www.areaseg.com/bib/29%20-%20Constituicao%20de%20Países/Constituicao-Italia.pdf>>. Acesso em 11/10/2021.

⁴⁰⁸ Artigo 34.1 “O domicílio e o sigilo da correspondência e dos outros meios de comunicação privada são invioláveis”. **Constituição da República Portuguesa**. Disponível em: <<https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 11/10/2021.

⁴⁰⁹ “*Su finalidad primordial sería la de proteger el domicilio en cuanto éste es una mera proyección de la libertad y autonomía y seguridad de la persona*”. (Tradução nossa). SÁNCHEZ, Maria Del Mar Navas. **Inviolabilidad o intimidad domiciliaria? A propósito de la jurisprudência constitucional sobre el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio**. Revista de Derecho Político, nº 81, Mayo/ago. 2011.

⁴¹⁰ **Artigo 1º**. (1) A dignidade da pessoa humana é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público; (2) O povo alemão reconhece, por isto, os direitos invioláveis e inalienáveis da pessoa humana como fundamento de toda comunidade humana, da paz e da justiça no mundo; (3) Os direitos fundamentais, discriminados a seguir, constituem direitos diretamente aplicáveis e vinculam os poderes legislativo, executivo e judiciário. **Artigo 20**. (1) A República Federal da Alemanha é um Estado federal, democrático e social; (2) Todo o poder estatal emana do povo. É exercido pelo povo por meio de eleições e votações e através de órgãos especiais dos poderes legislativo, executivo e judiciário; (3) O poder legislativo está submetido à ordem constitucional; os poderes executivo e judiciário obedecem à lei e ao direito; (4) Contra qualquer um, que tente subverter esta ordem, todos os alemães têm o direito de resistência, quando não houver outra alternativa. **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha**. Versão alemã de 23 de maio de 1949. Tradução: Assis Mendonça. Berlin, 2021.

no qual ele pode manifestar a liberdade de seus pensamentos sem ser observado. É (a casa privada), portanto, um meio de preservação da dignidade humana⁴¹¹.

Conforme elucida Muñoz Conde, o argumento central dos magistrados desenvolve-se no sentido de que a dignidade da pessoa humana protege o núcleo de configuração da vida privada e, como consequência, todos têm direito a tranquilidade de suas casas⁴¹².

No Brasil, além da proteção constitucional, a violação do domicílio é considerada crime, sendo tipificada no artigo 150 do Código Penal, que traz a figura delitiva da “invasão de domicílio”, e também no artigo 22 da Lei 13.869/2019, que trata do abuso de autoridade. O direito fundamental em questão também encontra proteção nos artigos 245, 246, 248, 283 e 293 do Código de Processo Penal e 70 a 78 do Código Civil. Para correta interpretação dos dispositivos legais, busca-se o conceito de “casa” na leitura do parágrafo 4º do supracitado artigo 150 do diploma penal⁴¹³.

Em termos práticos, a jurisprudência pátria tem ampliado bastante o conceito de casa, considerando, para tanto, até mesmo veículos quando utilizados de forma permanente ou provisória, com o fim de moradia, ou ainda, locais de habitação coletiva, como pensões, quartos de hotel, desde que ocupados⁴¹⁴. Oportuno também mencionar, conforme assinala José Afonso

⁴¹¹ “Pues el desarrollo de la personalidad requiere de espacios reservados, en los que el individuo se pueda expresar autónomamente sin miedo a ser vigilado y comunicar confiadamente sus opiniones y sentimientos personales. Precisamente, en un mundo en el que ha llegado a ser posible perseguir y grabar cualquier movimiento o comunicación de una persona, la vivienda privada sirve al individuo como el último refugio, en el que puede manifestar sin ser observado la libertad de sus pensamientos. Ella (la vivienda particular) es, por lo tanto, como lugar medio para preservar la dignidad humana”. (Tradução nossa). MUÑOZ CONDE, Francisco. **Valoración de las grabaciones audiovisuales em el proceso penal**. 2ª ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2007. p. 57.

⁴¹² Ibid. p. 57.

⁴¹³ “Casa”, consoante o artigo 150, § 4º, do Código Penal, compreende, em sua acepção positiva, “I - qualquer compartimento habitado; II - aposento ocupado de habitação coletiva; III - compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade”, e não integrando o conceito, por exclusão, conforme preceitua o parágrafo seguinte na acepção negativa (5º), “I - hospedaria, estalagem ou qualquer outra habitação coletiva, enquanto aberta, salvo a restrição do n.º II do parágrafo anterior; II - taverna, casa de jogo e outras do mesmo gênero”.

⁴¹⁴ Agravo Regimental no Habeas Corpus. Tráfico de Drogas. Invasão domiciliar com base, exclusivamente, em denúncia anônima. Ausência de fundadas razões. Autorização da proprietária do imóvel. Irrelevância. Quarto alugado (hostel). Enquadramento no conceito de casa para fins de proteção à inviolabilidade domiciliar. Ausência do consentimento dos hóspedes. Nulidade configurada. Agravo regimental provido. 1. Como é de conhecimento, o Supremo Tribunal Federal definiu, em repercussão geral, que o ingresso forçado em domicílio sem mandado judicial apenas se revela legítimo – a qualquer hora do dia, inclusive durante o período noturno – quando amparado em fundadas razões, devidamente justificadas pelas circunstâncias do caso concreto, que indiquem estar ocorrendo, no interior da casa, situação de flagrante delito (RE 603.616, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 5/11/2015, Repercussão Geral – DJe 9/5/1016 Public. 10/5/2016). 2. O Superior Tribunal de Justiça, em acréscimo, possui pacífica jurisprudência no sentido de que “a denúncia anônima, desacompanhada de outros elementos indicativos da ocorrência de crime, não legitima o ingresso de policiais no domicílio indicado, inexistindo, nessas situações, justa causa para a medida”, (REsp n. 1.871.856/SE, relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 23/6/2020, DJe de 30/6/2020). 3. O art. 5º, XI, da Constituição Federal de 1988 consagrou o direito fundamental relativo à inviolabilidade domiciliar, ao dispor que: “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”. 4. No sentido estrito, o conceito em tela comporta as moradias de todo o gênero, incluindo as alugadas ou mesmo as sublocadas. O título da posse

da Silva, que o conceito de “casa” se estende ao ambiente de trabalho, e não somente ao local da residência para fins de habitação⁴¹⁵.

Em síntese, para o Supremo Tribunal Federal, “casa” é um conceito que engloba três elementos, quais sejam, o local habitado, o aposento de habitação coletiva que esteja ocupado e o local onde seja exercida profissão, desde que seja um compartimento privado⁴¹⁶.

Tal interpretação está em sintonia com a jurisprudência em torno do inciso I, do artigo 8º, da Convenção Europeia de Direitos do Homem⁴¹⁷, sedimentada pelo Tribunal Europeu de Direitos do Homem, onde se decidiu ser muito restritivo limitar a noção de “círculo íntimo” a forma como cada pessoa escolhe viver.

De tal modo, para o referido Tribunal, deve-se entender por vida privada o direito que tem a pessoa de determinar e desenvolver relações com outros indivíduos, assinalando que não há distinção relevante, para fins de tutela constitucional, entre as palavras casa e domicílio, como se observa no caso Niemietz v. Alemanha:

No que diz respeito à palavra "casa", que figura no texto inglês do artigo 8º, o Tribunal observa que em certos Estados contratantes, nomeadamente na Alemanha (ver nº 18 supra), foi aceite como extensível a instalações comerciais. Essa interpretação está, aliás, em plena consonância com o texto francês, uma vez que a palavra "domicílio" tem uma conotação mais ampla do que a palavra "casa" e pode estender-se, por exemplo, ao escritório de um profissional. Também neste contexto, pode nem sempre ser possível fazer distinções precisas, uma vez que as atividades relacionadas com uma profissão ou negócio podem muito bem ser realizadas a partir da residência privada de uma pessoa e as atividades que não o estão relacionadas podem muito bem ser realizadas em um escritório. ou instalações comerciais. Uma interpretação restrita das palavras "casa" e "domicílio" poderia, portanto, dar origem ao mesmo risco de

é, em princípio, irrelevante. Abrange as moradias provisórias, tais como quartos de hotel ou moradias móveis como trailer ou o barco, a barraca e outros do gênero que sirvam de moradia. Determinante é o reconhecível propósito do possuidor de residir no local, estabelecendo-o como abrigo (“asilo”) espacial de sua esfera privada. (Comentários à Constituição do Brasil / J. J. Gomes Canotilho... [et al.]; outros autores e coordenadores Ingo Wolfgang Sarlet, Lenio Luiz Streck, Gilmar Ferreira Mendes. 2ª ed. São Paulo: Saraiva educação, 2018. p. 305. 5. A jurisprudência dos Tribunais pátrios é assente no sentido de que a autorização do morador da casa é suficiente para validar o ingresso dos policiais na residência. Na hipótese dos autos, é devida a reversão do decisum impugnado, pois, não obstante o consentimento da proprietária do imóvel, trata-se de estabelecimento destinado à hospedagem (hostel), o qual, por conta de sua natureza de moradia, ainda que temporária, exige o consentimento dos hóspedes para a incursão policial, o que não ocorreu. Assim, impõe-se o reconhecimento da ilicitude das provas obtidas por meio da medida invasiva, bem como de todas as que delas decorrerem. Precedentes da Quinta e da Sexta Turmas do STJ. Agravo regimental provido para, diante da ofensa à garantia da inviolabilidade do domicílio, absolver os agravantes do crime tipificado no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006. (STJ - AgRg no HC: 630369 MG 2020/0320592-0, Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Data do Julgamento: 02/02/2021, T5 – Quinta Turma, Data de Publicação: DJe 04/02/2021).

⁴¹⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 38ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 208.

⁴¹⁶ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. HC nº 82.788/RJ. Relator: Ministro Celso de Mello. Segunda Turma. Julgado em: 12.04.2005. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3738038>>. Acesso em 10/10/2021

⁴¹⁷ Artigo 8º, inciso 1 “Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência”. **Convenção Europeia dos Direitos do Homem**. Disponível em: <https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf>. Acesso em: 11/10/2021.

desigualdade de tratamento que uma interpretação restrita da noção de "vida privada"⁴¹⁸.

Desta forma, verifica-se que a proteção constitucional tem abrangência jurídica mais ampla, pois considera “casa” a habitação (individual ou coletiva), vale dizer, qualquer espaço que não seja aberto ao público, independentemente do ânimo de residência ou moradia definitiva de seu titular, visto que reservar a proteção unicamente ao domicílio, teria como consequência a desproteção das demais projeções da vida privada⁴¹⁹.

Portanto, como regra, um terceiro só poderá entrar em um domicílio se o morador permitir. Contudo, o próprio inciso XI, do artigo 5º, estabelece exceções, vale dizer, quando a violação domiciliar é meio necessário prestar socorro para salvaguardar a vida, entendida como maior dos bens jurídicos⁴²⁰, e, ainda, em caso de flagrante delito ou desastre, ou, durante o dia, por determinação judicial.

De essencial interesse para a proposta deste trabalho, importa a abordagem acerca dos conceitos operacionais das categorias “determinação judicial” e “flagrante delito”, visto serem atinentes à persecução penal, consoante os preceitos constitucionais supracitados e os infraconstitucionais, de acordo com o parágrafo 3º, do artigo 150, do Código Penal⁴²¹.

Diante da singular importância do direito fundamental à inviolabilidade domiciliar, sua relativização exige situações claras e atestadas ou uma determinação. Logo, por “determinação judicial” compreende-se a medida deferida por um juiz natural que expede um mandado de busca e apreensão, com fundamento nos preceitos contidos do artigo 240 ao 250 do Código de Processo Penal, quando fundadas razões a autorizarem para buscar elementos probatórios da infração penal, apreender bens e efetuar prisões, devendo ser observado que qualquer limitação

⁴¹⁸ 30. “As regards the word “home”, appearing in the English text of Article 8 (art. 8), the Court observes that in certain Contracting States, notably Germany (see paragraph 18 above), it has been accepted as extending to business premises. Such an interpretation is, moreover, fully consonant with the French text, since the word “domicile” has a broader connotation than the word “home” and may extend, for example, to a professional person’s office. In this context also, it may not always be possible to draw precise distinctions, since activities which are related to a profession or business may well be conducted from a person’s private residence and activities which are not so related may well be carried on in an office or commercial premises. A narrow interpretation of the words “home” and “domicile” could therefore give rise to the same risk of inequality of treatment as a narrow interpretation of the notion of “private life” (see paragraph 29 above). *European Court of Human Rights. Cour Européenne des Droits de L’Homme*. (Tradução nossa). **Case of Niemietz v. Germany**. Disponível em: < <https://hudoc.echr.coe.int/rus#%22itemid%22:%22001-57887%22> >. Acesso em: 11/10/2021.

⁴¹⁹ CARVALHO. Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Processo penal e constituição: princípios constitucionais do processo penal**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 89.

⁴²⁰ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 560-561.

⁴²¹ Artigo 150, §3º. Não constitui crime a entrada ou permanência em casa alheia ou em suas dependências: I - durante o dia, com observância das formalidades legais, para efetuar prisão ou outra diligência; II - a qualquer hora do dia ou da noite, quando algum crime está sendo ali praticado ou na iminência de o ser. BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm >. Acesso em 11/10/2021.

aos direitos fundamentais está vinculada a pressupostos estritos, na medida em que os poderes públicos não podem atuar de forma livre, desconsiderando o poder expansivo do Estado policial⁴²².

O instituto da medida cautelar⁴²³ de busca e apreensão, em sua essência, objetiva obter provas para o processo, ou seja, consiste em meio de busca de elementos probatórios, cuja finalidade é assegurar sua utilização no deslinde processual ou evitar o seu perecimento.

Nestes termos, preleciona Rogerio Lauria Tucci:

Trata-se, portanto, em nosso processo penal, especialmente, de meio de prova, de natureza acautelatória e coercitiva, consubstanciado no apossamento de elementos instrutórios, quer relacionados com objetos, quer com as pessoas do culpado e da vítima, quer, ainda, com a prática criminosa que tenha deixado vestígios. [...] Com efeito, meio de prova, apresenta-se, a um só tempo, como instrumento utilizável pela parte interessada, em prol da evidenciação da justeza de suas alegações e como fonte de instrução do Juiz (muitas vezes auxiliado pela autoridade policial encarregada da “*informatio delicti*” – informação do delito -), na formação de seu convencimento [...] a prova consiste no “conjunto dos meios e de métodos positivos, pelos quais é possível exprimir o nosso julgamento sobre a verdade de uma acusação⁴²⁴.

O artigo 245 do diploma processual penal autoriza a execução das buscas domiciliares apenas durante o dia, salvo se o morador consentir que se realizem à noite. Assim, ordens judiciais autorizando a violação domiciliar devem ser cumpridas das 6 às 18 horas⁴²⁵.

Cumprir lembrar que o Código de Processo Civil, por meio do seu artigo 212, prevê a possibilidade do cumprimento de atos processuais entre as 6h00min e 20h00min, e o inciso III do parágrafo 1º do artigo 22, da Lei 13.869/2019, estabelece que é crime de abuso de autoridade executar o mandado de busca e apreensão entre 21h00min e 5h00min.

Vale ainda mencionar o disposto nos artigos 283, §2º e 293, do Código de Processo Penal, onde são disciplinados limites e procedimentos a serem empregados no cumprimento de mandados de prisão, quando a ação demandar a violação de domicílio.

Não se levantam dúvidas acerca da importância da medida investigativa de busca e apreensão como meio de obtenção de provas na persecução penal, mas, devido ao seu alto poder invasivo nas liberdades individuais, tal atividade necessita de controle sobre a sua real necessidade no caso concreto.

⁴²² ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; *et. al.* **Direito penal brasileiro: teoria geral do direito penal**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 59.

⁴²³ LOPES JUNIOR, Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal (Fundamentos da Instrumentalidade Garantista)**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005. p. 188.

⁴²⁴ TUCCI, Rogerio Lauria. **Busca e Apreensão** (direito processual penal) Doutrinas Essenciais Processo Penal. Revista dos Tribunais, vol. 3, p. 1231-1244, jun. 2012. p. 1.

⁴²⁵ *Ibid.* p. 561-562.

Nesta linha, uma ordem de busca e apreensão só deve ocorrer sob prévia análise e ponderação judicial, que verificará a existência dos pressupostos necessários legalmente previstos⁴²⁶, diante do conflito entre os interesses investigativos no caminho da elucidação de uma infração penal e os direitos fundamentais em jogo, mormente os que ficam mais expostos, como a privacidade, a intimidade e a inviolabilidade do domicílio.

Embora o tema acerca das restrições aos direitos fundamentais já tenha sido abordado neste trabalho, é válida a transcrição do que entende Ingo Wolfgang Sarlet, ao ensinar que:

Eventuais limitações dos direitos fundamentais somente serão tidas como justificadas se guardarem compatibilidade formal e material com a Constituição. Sob a perspectiva formal, parte-se da posição de primazia ocupada pela Constituição na estrutura do ordenamento jurídico, no sentido de que suas normas, na qualidade de decisões do poder constituinte, representam atos de autovinculação fundamental-democrática que encabeçam a hierarquia normativa imanente ao sistema. No que diz com a perspectiva material, parte-se da premissa de que a Constituição não se restringe a regulamentar formalmente uma série de competências, mas estabelece, paralelamente, uma ordem de princípios substanciais, calcados essencialmente nos valores da dignidade da pessoa humana e na proteção dos direitos fundamentais que lhe são inerentes⁴²⁷.

Não há como manter uma organização social mínima, sem que, em algum momento, alguns direitos tenham que sofrer mitigações. Seria praticamente impossível ao Estado atuar no seu dever de investigar as transgressões penais, se nenhum direito fundamental pudesse sofrer limitações. Pois, embora possuam um âmbito de proteção, nenhuma ordem jurídica é capaz de tutelar os direitos fundamentais de forma ilimitada.

Em relação ao “flagrante delito”, enquanto a ordem de busca e apreensão requer tão somente uma fundada razão para o seu deferimento, o ingresso na casa alheia sem autorização judicial exige a certeza de que uma infração penal está efetivamente ocorrendo, justamente para, nos termos do inciso XI do artigo 5º, salvaguardar a integridade constitucional, sem violar a intimidade e a vida privada das pessoas.

Essa autorização constitucional opera como exclusão de ilicitude, sendo da mesma forma preceituada no parágrafo 3º, do artigo 150, do Código Penal⁴²⁸. Em se tratando de

⁴²⁶ SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Tradução: Beatriz Hennig; Leonardo Martins; Mariana Bigelli de Carvalho; Tereza Maria de Castro; Vivianne Galdes Ferreira. Montevideo, Uruguay: Fundación Konrad-Adenauer, 2005. p. 686.

⁴²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A inviolabilidade do domicílio e seus limites: o caso do flagrante delito**. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, vol. 14, nº 14, p. 544-562, julho/dezembro de 2013. p. 389-390.

⁴²⁸ **§ 3º, do artigo 150, do Código Penal** - Não constitui crime a entrada ou permanência em casa alheia ou em suas dependências: I - durante o dia, com observância das formalidades legais, para efetuar prisão ou outra diligência; II - a qualquer hora do dia ou da noite, quando algum crime está sendo ali praticado ou na iminência de o ser.

diligências policiais, observa-se também a excludente de ilicitude disciplinada na primeira parte do inciso III, do artigo 23, do Código Penal, consistente no estrito cumprimento do dever legal.

Todas as modalidades de flagrante delito, consoante o artigo 302 do Código de Processo Penal, são juridicamente admitidas para permitir o ingresso na casa alheia sem prévia autorização judicial. Cumpre lembrar que, de acordo com o artigo 303, quando se tratarem de infrações permanentes, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência.

Neste ponto, a celeuma jurídica é grande, pois, consoante Aury Lopes Junior, flagrante delito é aquele delito que é observado no momento exato de sua ocorrência⁴²⁹. Para apoiar sua ideia, o autor cita Francesco Carnelutti, o qual assevera que a noção de flagrante está diretamente relacionada com a “chama que denota com certeza a combustão, quando se vê a chama, é inquestionável que alguma coisa arde”⁴³⁰.

Com isso, Aury Lopes Junior quer deixar claro que, na sua concepção, a noção de flagrante é a possibilidade de uma pessoa comprová-lo de forma direta, ou seja, é a visibilidade do delito. Deste modo, somente quando presente essa “prévia visibilidade” é que estaria autorizada a entrada em domicílio para realizar buscas sem ordem judicial e a consequente legitimação do flagrante, consoante os preceitos legais já aqui citados.

Nesta linha de raciocínio, Ingo Wolfgang Sarlet leciona que:

[...] a inviolabilidade do domicílio é a regra; excepcionalmente [...] diante do perigo na demora, o agente estatal no exercício do poder de polícia, à noite, poderá ingressar na casa de alguém, quando se depare com flagrante delito – nesta última hipótese, a situação deve demonstrar-se com base em fatos concretos, só devendo validar-se a busca domiciliar correlata (que não é consectário necessário do flagrante) quando pudesse ser autorizada, naquelas circunstâncias específicas (avaliadas ex ante), pelo juiz.

Neste plano, é válido lembrar que o próprio Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 603.616/RO, com repercussão geral reconhecida no mérito, ao ponderar pela necessidade de preservação da inviolabilidade domiciliar e sua proteção contra ingerências arbitrárias, e reputar arbitrária a entrada forçada em domicílio, sem uma justificativa prévia, conforme o direito, fixou a tese de que "a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas “*a posteriori*”, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de

⁴²⁹ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 583.

⁴³⁰ CARNELUTTI, Francesco, **Lecciones sobre el Proceso Penal**, Buenos Aires: Bosch, 1950. p. 77. *apud* LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 583.

flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade dos atos praticados".

Na prática, essa atividade persecutória encontra divergências acerca da interpretação dada ao grau de conhecimento prévio detido pelo agente policial sobre a ocorrência do delito naquele exato momento, dentro do local de moradia do indivíduo para legitimar a ação repressiva, o que varia desde a absoluta certeza visual até a mera suspeita para o desencadeamento da ação.

Não obstante o posicionamento jurisprudencial, a legislação em vigor não consegue estabelecer os parâmetros a serem seguidos, até mesmo pela dificuldade de se fixar pressupostos diante da infinidade de situações de flagrância que podem surgir no caminho das atividades policiais que, deverão tomar a decisão de agir em poucos segundos, sob pena de também se encontrarem em situação de violação de norma legal.

Isto posto, é de fácil percepção o conflito que surge diante da utilização de drones em investigações criminais e a necessidade de se garantir os direitos fundamentais, especialmente, a privacidade, a intimidade e a inviolabilidade de domicílio, na medida em que muitas técnicas e diligências investigativas podem ser desempenhadas com a auxílio desta tecnologia.

O surgimento de novas tecnologias sempre irá incitar debates acerca dos riscos dessas inovações. Quanto à utilização de drones em procedimentos investigatórios criminais, a principal discussão é se a sua utilização viola ou não direitos da esfera pessoal intransponível de cada indivíduo.

Em razão das próprias características de funcionamento dos drones e das tecnologias a eles inerentes, a sua utilização é potencialmente lesiva à vida privada e à intimidade. Isso, pois, mesmo a distância, sem qualquer aviso, as potentes câmeras utilizadas por esses aparatos tecnológicos permitem a visualização e a captura de momentos privados de investigados, bem como de pessoas não envolvidas no procedimento criminal em andamento.

É possível que a privacidade e a intimidade não sejam violadas pela utilização de drones em ambientes públicos, visto que, na sociedade contemporânea, esses direitos foram flexibilizados. Por exemplo, uma pessoa que esteja circulando em espaços públicos será filmada por inúmeras câmeras de segurança, podendo, inclusive, sair em alguma foto ou filmagem realizada por terceiros, como no caso de da gravação de uma reportagem.

Ainda que não seja flagrado por nenhuma das centenas de câmeras pelas quais certamente irá passar, o seu smartphone irá registrar todos os locais frequentados, bem como todo o conteúdo acessado por meio de aplicativos ou de navegação na internet, criando um verdadeiro diário digital.

Precisamente sobre essa acentuada presença de câmeras em ambientes públicos e privados, vale mencionar o parecer emitido em 2014 pela Subprocuradora Geral da Justiça Militar, Solange Augusto Ferreira, citado nos autos da Apelação Criminal ACR 70058879545-RS:

Inclusive, a preocupação de segurança tornou-se uma prioridade, hoje, dos órgãos públicos, comércio e instituições financeiras. Todos os bancos possuem microcâmeras instaladas em seu interior (sem qualquer aviso de filmagem), várias repartições públicas também usam o mesmo recurso, sem advertência, e inúmeros estabelecimentos comerciais igualmente utilizam esse meio de segurança. As residências particulares, em seu sistema de alarme, com um melhor suporte, possuem microcâmeras espalhadas⁴³¹.

O poder de violação de direitos ligados à esfera da personalidade, tão necessários à dignidade humana, é cada vez maior, mormente em investigações criminais, ao passo que um drone provido de uma câmera pode vigiar em tempo integral qualquer pessoa ou local.

Ademais, um drone pode ter incorporado em sua estrutura dispositivos para hackear componentes que se conectam via wi-fi, e até mesmo interferir em controles industriais⁴³², como alertou Jeff Melrose, na Conferência Black Hat, realizada nos Estados Unidos, em 2016.

Nesta senda, por mais que se fale em liberdades individuais, no sentido de que o indivíduo pode fazer tudo que por lei não seja proibido, não se vislumbra que esta pessoa, ao operar um drone que esteja intervindo em propriedade privada, possa invocar algum direito em detrimento do direito fundamental à privacidade.

Situação distinta seria uma diligência investigativa devidamente autorizada por ordem judicial com esta finalidade específica, fundamentada por indícios suficientes de autoria e materialidade, justificando a mitigação do direito à privacidade em nome do interesse comum, no caso concreto.

Com isso, verifica-se que qualquer interesse contrário ao direito à privacidade, à intimidade e à inviolabilidade do domicílio, deverá ser solucionado observando-se os preceitos constitucionais e o princípio da proporcionalidade, evitando-se, desta forma, que situações específicas fiquem desequilibradas diante da proibição de excesso, bem como a proibição de proteção deficiente.

⁴³¹ **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.** Apelação Crime. Crimes contra o Patrimônio. Furto e Receptação. Não prevalece a alegação de insuficiência de provas relativamente à autoria do crime [...] ante a prova colhida nos autos, que é coerente e suficiente à sua demonstração. Apelações desprovidas. (Apelação Crime nº 70058879545, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Conrado Kurtz de Souza, julgado em 28/08/2014). Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/137405389/apelacao-crime-acr-70058879545-rs/inteiro-teor-137405395>>. Acesso em: 12/10/2021.

⁴³² PAZIM, Ronaldo Zanata. **Drones e a invasão da privacidade alheia. O conflito das novas tecnologias com o direito à intimidade.** 1ª ed. Cerquillo, São Paulo, 2021. p. 121.

Não obstante, o próprio inciso XI do artigo 5º da Constituição, estabelece a garantia da inviolabilidade do domicílio e, concomitantemente, prevê uma restrição diretamente constitucional e esse direito, dispondo que a violação do domicílio será permitida, durante o dia e com determinação judicial, ou a qualquer horário, em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro.

Trata-se de um rol taxativo para as hipóteses em que a violação de domicílio será considerada lícita, o que limita a discricionariedade do legislador infraconstitucional e do Poder Judiciário.

Embora seja um equipamento desprovido de características humanas, não restam dúvidas de que um drone possa figurar como agente violador da privacidade da pessoa, na medida em que o equipamento, por meio de seus recursos modernos, a exemplo de câmeras de alta resolução, configura uma extensão dos olhos de seu operador, permitindo, ainda, que essa visão seja compartilhada com outros interessados⁴³³.

Assim, a violação da privacidade e da intimidade, ainda que realizada por meio de um drone, configura a intromissão de um terceiro na esfera desses direitos que se consuma, seja pelo acesso não autorizado, seja pelo conhecimento de informações que o indivíduo não quer revelar a ninguém, ou, ainda, pela exposição dessas informações a terceiros.

Neste entendimento, Paulo José da Costa Júnior sustenta que o direito à intimidade pressupõe que sejam tutelados dois interesses que se completam, quais sejam, o interesse de que a intimidade não sofra intervenções e de que não venha a ser externalizada⁴³⁴. Assevera também o autor que o processo de corrosão das fronteiras da intimidade, o devassamento da vida privada, tornou-se mais agudo e inquietante com o advento da tecnologia⁴³⁵.

Em raciocínio semelhante, Túlio Lima Vianna aduz que o direito à privacidade é visto por três ângulos diferentes: o direito de não ser monitorado, direito de não ser registrado e o direito de não ter registros pessoais publicados, sendo tal direito um dos fundamentos de um Estado Democrático de Direito⁴³⁶.

O contexto da sociedade contemporânea, envolta em riscos inerentes ao seu próprio desenvolvimento, apresenta a cada dia enormes desafios ao Estado, que deve garantir a liberdade dos indivíduos para que possam exercer seus direitos, mas, ao mesmo tempo, se vê

⁴³³ PAZIM, Ronaldo Zanata. **Drones e a invasão da privacidade alheia. O conflito das novas tecnologias com o direito à intimidade**. 1ª ed. Cerquillo, São Paulo, 2021. p. 135.

⁴³⁴ COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **O direito de estar só. Tutela penal da intimidade**. 3ª ed. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004. p. 22.

⁴³⁵ COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **O direito de estar só. Tutela penal da intimidade**. 3ª ed. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004. p. 22.

⁴³⁶ VIANNA, Túlio Lima. **Transparência pública, opacidade privada**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

obrigado a limitar certos direitos para salvaguardar outros. É uma luta constante, sobretudo em um cenário de contínua expansão tecnológica ampliada pela globalização.

Com isso, sempre que surgem novas tecnologias, além das exaltações sobre os seus benefícios, também juntos estarão os debates acerca do potencial lesivo dessas inovações. A tecnologia embarcada em um drone é um exemplo claro disso. Não sendo diferente, a utilização de drones em procedimentos investigatórios levanta fortes questionamentos acerca de seu poder de violação aos direitos à privacidade, à intimidade e à inviolabilidade de domicílio.

Como visto, esses direitos são de fundamental importância para o desenvolvimento sadio e harmônico da vida em sociedade. As liberdades e direitos dos indivíduos devem ser sempre vistos como limites ao poder de investigar do Estado.

No entanto, ainda que direitos tão essenciais à dignidade humana estejam em jogo, não poderá o Estado abandonar seus deveres de tutela penal e desproteger tantos outros direitos de igual ou maior importância, como o direito à vida, por exemplo, sem o qual não farão sentido algum os demais direitos.

Nesta senda, não se devem criar antagonismos entre segurança pública e liberdades individuais, visto que ambos os direitos coexistem. Vale dizer, de nada adianta uma liberdade plena, se não houver segurança. Ninguém será impedido de sair de sua casa, mas poderá tomar essa decisão por falta de segurança na sociedade.

Isto posto, a investigação criminal, como instrumento essencial à segurança pública deve se valer de tecnologias disponíveis para buscar provas legítimas que possam fundamentar a punição ao infrator da norma penal. Neste caminho, o drone surge como uma ferramenta que já traz e pode continuar trazendo importantes resultados no combate à criminalidade.

Por óbvio, haverá a colisão de direitos fundamentais com a utilização de drones em investigações criminais. Contudo, é preciso mencionar que estas colisões sempre existirão, pois não é possível pensar em uma investigação criminal efetiva sem que direitos fundamentais de investigados sofram restrições, pela própria natureza dos procedimentos investigativos.

É imperativa uma regulamentação para todo tipo de vídeovigilância, visto que o exercício desta atividade deve seguir o princípio da proporcionalidade. Em suma, a captação de imagens deve ser pertinente e não demasiada e ainda assim voltada tão-somente para as finalidades determinadas, sem invadir o espaço íntimo do indivíduo mesmo que em ambiente público⁴³⁷.

⁴³⁷ CASTRO, Catarina Sarmiento. **Direito da informática, privacidade e dados pessoais**. Coimbra: Almedina, 2005. p. 68.

E, desta forma, como já foi exposto neste trabalho, a resolução de conflitos de ordem constitucional não ocorrerá de forma pacífica, sendo necessária a utilização da técnica de ponderação entre os direitos fundamentais em jogo. Do contrário, importantes meios de obtenção de provas, nem sequer poderiam ser objetos de normas legais, tamanho é o seu poder invasivo aos direitos fundamentais, a exemplo da interceptação telefônica e telemática e a quebra de sigilo de dados cadastrais.

Em termos de se encontrar mecanismos que fortaleçam a investigação criminal, a utilização dos drones é e será um grande recurso na obtenção de provas. Contudo, é inevitável a necessidade de regulamentação e de requisitos estabelecidos juridicamente para sua utilização, pois, somente assim, serão evitados abusos e arbitrariedades, garantindo os direitos à privacidade e à intimidade, assegurados constitucionalmente.

Ademais, a efetividade da persecução penal passa pela legitimação de provas obtidas sob o crivo de devido processo legal e, para isso, os elementos probatórios obtidos na investigação criminal devem estar livres de qualquer ilegalidade, pois, caso contrário, a persecução penal estará fadada ao insucesso.

5.2 O uso de drones para fins de investigação criminal

É manifesto que em virtude do desenvolvimento tecnológico que se torna acessível de forma cada vez mais rápida às pessoas, os drones são uma realidade da vida moderna e têm se multiplicado no âmbito da segurança pública. Em tempos de vigilância líquida, como refere Bauman, os drones mais tecnologicamente desenvolvidos, serão capazes de abarcar uma cidade toda de uma só vez⁴³⁸. Em termos gerais, um drone é basicamente uma aeronave com muitos recursos incorporados, controlada à distância e que pode ser empregada para as mais diversas finalidades.

De acordo com Gregóire Chamayou:

O léxico oficial do exército norte-americano define o drone como um veículo terrestre, naval ou aeronáutico, controlado a distância ou de modo automático. A população de drones não se compõe apenas de objetos voadores. Pode haver tantos tipos de drone quanto famílias de armas: drones terrestres, drones marítimos, drones submarinos e até drones subterrâneos, imaginados sob a forma de grandes toupeiras mecânicas. Qualquer veículo, qualquer máquina pilotada pode ser “dronizada” a partir do momento em que não há mais tripulação humana a bordo⁴³⁹.

⁴³⁸ BAUMAN, Zygmunt. **Vigilância Líquida. Diálogos com David Lyon**. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2014. p. 20.

⁴³⁹ CHAMAYOU, Grégoire. **Teoria do Drone**. Tradução: Célia Euvaldo. São Paulo: Cosac Naify, 2015. p. 15.

Embora, a tecnologia drone já exista há algum tempo, são escassos os estudos acerca de sua empregabilidade no âmbito da segurança pública. Existem alguns poucos estudos⁴⁴⁰⁻⁴⁴¹ sobre o uso de drones, porém são voltados em sua grande maioria para o âmbito militar, civil, ou então para fins de pesquisa ou comerciais. Contudo, esses trabalhos são insuficientes para a compreensão adequada de todas as possibilidades da utilização de drones, pois, da mesma forma que esses aparelhos podem ser empregados de forma lícita, podem também ser utilizados para propósitos ilícitos, trazendo enormes riscos para a sociedade.

Os drones foram idealizados e arquitetados para fins militares, apresentando vantagens em relação a outras armas devido à sua autonomia de voo, mobilidade e não vulnerabilidade do operador. Drones como o *Predator* e o *Reaper*⁴⁴², os mais desenvolvidos, podem interceptar comunicações de rádio, telefones e outros aparelhos, sendo muito úteis para diversas finalidades.

Grégoire Chamayou leciona que durante a Primeira Guerra Mundial foram utilizados torpedos voadores e, na Segunda Guerra, as forças armadas americanas utilizaram pequenos aviões rádio comandados. Esses dispositivos são considerados ancestrais dos drones atuais. A partir dos anos 1980, os Estados Unidos passaram a voltar novamente sua atenção para o desenvolvimento de drones, primeiramente com recursos de espionagem, localização e identificação de alvos. E, no início dos anos 2000, o drone *Predator* foi equipado com armas de grande capacidade de destruição para ser utilizado no conflito no Oriente Médio⁴⁴³.

O drone, como hoje é conhecido, foi inventado por Abraham Karem, que, após não ter sua ideia reconhecida em Israel, decidiu mudar-se para os Estados Unidos da América, onde conseguiu emprego na pequena empresa Developmental Sciences Inc. em Los Angeles.

Em 1981, Karem e seus dois amigos, Jack Hertenstein e Jim Machin, desenvolveram um drone protótipo de demonstração chamado Albatross, que obteve grande sucesso, pois conseguiu voar por 56h sem necessidade de recarga das baterias⁴⁴⁴.

⁴⁴⁰ BREUNIG, Fábio Marcelo; PRUDKIN, Gonzalo. *Et al. Drones e Ciência. Teoria e aplicações metodológicas*. Santa Maria: FACOS-UFSM, 2019.

⁴⁴¹ INTERPOL - **Marco de Intervención ante incidentes con Drones**. Disponível em: <https://www.interpol.int/es/content/download/15298/file/DFL_DroneIncident_Final_SP.pdf?inLanguage=esl-ES>. p. 22. Acesso em: 19/09/2021.

⁴⁴² **Predator RQ-1 / MQ-1 / MQ-9 Reaper UAV**. Disponível em: <<https://www.airforce-technology.com/projects/predator-uav/>>. Acesso em: 21/09/2021.

⁴⁴³ CHAMAYOU, Grégoire. **Teoria do Drone**. Tradução: Célia Euvaldo. São Paulo: Cosac Naify, 2015. p. 35-37.

⁴⁴⁴ WHITTLE, Richard. **The Man Who Invented the Predator**. Disponível em: <<https://www.airspacemag.com/flight-today/the-man-who-invented-the-predator-3970502/>>. Acesso em: 21/09/2021.

Para fins conceituais e melhor compreensão sobre o tema, cumpre estabelecer a correta nomenclatura que seja compatível com a legislação vigente. Atualmente, um drone pode ser classificado como “Veículo Aéreo não Tripulado (VANT)” e “Aeronave Remotamente Pilotada (Remotely Piloted Aircraft - RPA)”.

A expressão “drone” é um acrônimo que significam *dynamic remotely operated navigation equipment* (equipamento dinâmico de navegação com operação remota). Coincidentemente, o termo “drone”, originado do idioma inglês, tem sua tradução literal como “zangão”, sendo associado a som de zumbido característico de suas hélices quando levanta voo. De forma genérica, o drone, foi mundialmente difundido por distinguir todo e qualquer objeto voador não tripulado, seja qual for sua origem ou característica, bem como a sua finalidade (profissional ou recreativa).

No Brasil, segundo o Departamento de Controle do Espaço Aéreo, as Aeronaves não Tripuladas são amplamente conhecidas como Drones, do inglês Zangão, termo bastante utilizado por órgãos de imprensa⁴⁴⁵. Ainda segundo o departamento supracitado, Veículo Aéreo não Tripulado, VANT, termo oriundo da nomenclatura Unmanned Aerial Vehicle, UAV, é considerado obsoleto na comunidade aeronáutica internacional, bem como Aeronave Remotamente Pilotada, ARP. Destaca o DECEA que o termo adotado pela Organização da Aviação Civil Internacional (OACI), para aeronaves que não tenham tripulação a bordo é Unmanned Aircraft (Aeronaves não Tripuladas).

Para a Agência Nacional de Aviação Civil, “Drone” é expressão genérica que descreve desde aeromodelos até Veículos Aéreos Não Tripulados, VANTs. A Agência distingue tais equipamentos pelo seu uso: aeromodelos são os equipamentos de uso recreativo, enquanto VANT são aqueles empregados em finalidades não recreativas⁴⁴⁶.

Dentre as aeronaves não tripuladas, existem aquelas que demandam o cumprimento de legislação similar às de aeronaves tripuladas, estas são tratadas como RPA, Remote Piloted Aircraft. Com a publicação do Regulamento Brasileiro de Aviação Civil Especial nº 94, estabeleceu-se a diferença básica entre Aeronaves Remotamente Pilotadas e Aeromodelos, sendo os últimos utilizados com propósitos recreativos, vejamos:

Para os propósitos deste Regulamento Especial são válidas as definições: (1) aeromodelo significa toda aeronave não tripulada com finalidade de recreação; (2) Aeronave

⁴⁴⁵ BRASIL. DECEA. **Sistemas de Aeronaves Remotamente Pilotadas e o Acesso ao Espaço Aéreo Brasileiro**. 2017. Disponível em: <<https://publicacoes.decea.gov.br/?i=publicacao&id=4510>>. Acesso em: 10/10/2021.

⁴⁴⁶ ANAC. Drones. 2019. Disponível em: <<https://www.anac.gov.br/perguntas-frequentes/drones>>. Acesso em: 10/10/2021.

Remotamente Pilotada (Remotely Piloted Aircraft – RPA) significa a aeronave não tripulada pilotada a partir de uma estação de pilotagem remota com finalidade diversa de recreação”⁴⁴⁷.

De acordo com a Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC, a correta terminologia no Brasil para as aeronaves não tripuladas e empregadas para fins distintos da recreação, é aeronave remotamente pilotada (RPA). Contudo, para fins de objetividade na sequência deste trabalho, será empregada a expressão “drone”.

Conforme visto no capítulo 2 deste trabalho, a investigação criminal é função essencial do Estado, sendo legitimada pelo seu dever de proteção penal e, sem a qual, todo poder punitivo tende a assumir um exercício arbitrário das autoridades penais, o que não coaduna com o devido processo legal, visto que a investigação criminal tem por objetivo não só a punição no sentido de reparação ou vingança, mas também visa a defesa e proteção da sociedade⁴⁴⁸.

A segurança pública sempre será motivo de grande importância, demandando constantes estudos e aperfeiçoamentos estruturais e normativos, visto que tem a função essencial de garantir a proteção pessoal e patrimonial dos indivíduos e, sem efetividade na sua concretização, os bens mais importantes do ser humano ficariam desprotegidos e, conseqüentemente, não se poderia falar em garantia de uma vida digna.

Para isso, os órgãos incumbidos de garantir a segurança pública devem se adequar às novas realidades tecnológicas como meios de obtenção de provas, sobretudo pelo fato de que muitas dessas inovações também são utilizadas pelos criminosos em suas práticas ilícitas, como se verifica no noticiário diário⁴⁴⁹⁻⁴⁵⁰.

Observa-se um considerável aumento do uso de drones em atividades criminosas nas suas mais variadas manifestações, a exemplo do tráfico de drogas e roubos a bancos. O crescimento das organizações criminosas está intimamente vinculado aos reflexos da globalização e à grande quantidade de recursos financeiros que conseguem obter ilegalmente,

⁴⁴⁷ ANAC. E94RBAC-E94EMD00. 2019. Disponível em: <<https://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/rbha-e-rbac/rbac/rbac-e-94>>. Acesso em: 10/10/2021.

⁴⁴⁸ FOUCAULT, Michel. **A sociedade punitiva: curso no Collège de France, 1972-1973**. Tradução: Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2015. p. 62.

⁴⁴⁹ **Criminosos usaram drones para monitorar ataques em Araçatuba**, diz PM. Disponível em: <<https://www.correiopovo.com.br/not%3%ADcias/pol%3%ADcia/criminosos-usaram-drones-para-monitorar-ataques-em-ara%3%A7atuba-diz-pm-1.681945>>. Acesso em: 09/09/2021.

⁴⁵⁰ **Drone com celulares e drogas é apreendido na Penitenciária da Mata Grande**. Disponível em: <<http://www.sesp.mt.gov.br/-/16944386-drone-com-celulares-e-drogas-e-apreendido-na-penitenciaria-da-mata-grande>>. Acesso em: 09/09/2021.

possibilitando o acesso a novos avanços tecnológicos⁴⁵¹, o que tem dificultado o seu enfrentamento.

A realização da Copa do Mundo de 2014 e as Olimpíadas de 2016 no Brasil, demandou uma significativa transformação e incremento das estratégias de segurança pública no país, motivadas pelas exigências feitas pelas corporações e entidades globais como a FIFA e o COI. As cidades-sede desses eventos esportivos tornaram-se locais de experimentos no monitoramento de lugares e pessoas por meio de tecnologias de ponta, dentre elas, os drones⁴⁵².

Esta realidade vai ao encontro do que Michael Foucault chamou de efeito bumerangue, descrito por Stephen Graham:

O novo urbanismo militar se alimenta de experiências com estilos de objetivos e tecnologia em zonas de guerra coloniais, como Gaza ou Bagdá, ou operações de segurança em eventos esportivos ou cúpulas políticas internacionais. Essas operações funcionam como um teste para a tecnologia e as técnicas a serem vendidas pelos prósperos mercados de segurança nacional ao redor do mundo [...] uma miríade de chocantes casos de efeito bumerangue foucaultiano [...] por exemplo, drones israelenses [...] são rotineiramente utilizados hoje em dia pelas forças policiais⁴⁵³.

O uso de drones tem aspectos bastante positivos, como sua utilização por militares no monitoramento das fronteiras e em novas estratégias de defesa. Conquanto existam inúmeros pontos positivos, não se pode esquecer do risco dessa tecnologia nas mãos das facções criminosas e grupos terroristas, pois a frágil regulamentação existente, bem como a facilidade de aquisição desses equipamentos implicam em sérios riscos à sociedade.

A atividade policial envolve muitas diligências de cunho investigativo e de cumprimento de ordens judiciais, como prisões e mandados de busca e apreensão. Muitas destas ações são desempenhadas com alto grau de risco de vida, pois a possibilidade de confronto é muito grande em determinadas situações. É justamente sob estas circunstâncias que se vislumbra a utilização de drones para cumprir inúmeras diligências investigativas, diminuindo o risco e aumentando as chances de obtenção de êxito em operações, já que um drone pode facilmente ocultar-se atrás de sua tecnologia.

⁴⁵¹ **Grupo investigado por planejar atentados contra delegacias e policiais prestava serviço a outras facções. Organização criminosa, que também abastecia presídios com drogas e celulares usando drones, foi alvo de operação nesta sexta-feira.** Disponível em: <<https://gauchazh.clicrbs.com.br/seguranca/noticia/2020/12/grupo-investigado-por-planejar-atentados-contradelegacias-e-policiais-prestava-servico-a-outras-faccoes-ckiudlutc0003019wu23y2im1.html>>. Acesso em: 13/10/2021.

⁴⁵² GAFFNEY, Christopher. **Segurança Pública e os Megaeventos no Brasil**. In: SANTOS JUNIOR, Orlando, *et al.* Brasil: os impactos da Copa do Mundo 2014 e das Olimpíadas 2016. Rio de Janeiro: E-papers, 2015. p. 165.

⁴⁵³ GRAHAM, Stephen. **Cidades Sitiadas. O novo urbanismo militar**. Tradução: Alyne Azuma. 1ª ed. São Paulo: Boitempo, 2016. p. 30-31.

Reg Austin salienta que os drones só devem ser utilizados se houver alguma vantagem em comparação com as demais aeronaves⁴⁵⁴. Desta forma, consoante aduz o autor, a redução de risco é uma importante característica no emprego de drones, respeitando o que ele chama de princípio dos 3 “D” (*Dirt, Dull e Dangerous*)⁴⁵⁵, na medida em que o aparelho pode operar e se expor onde pessoas encontrariam muitas dificuldades, seja em razão das limitações físicas do local, bem como as condições insalubres ali existentes.

Os drones possibilitam aos órgãos de segurança pública potencializar suas ações e desempenhar suas atribuições constitucionais, desenvolvendo missões e operações de acompanhamento, monitoramento, levantamento, fiscalização, inteligência e de apoios diversos, com eficiência e segurança, mormente em razão de sua flexibilidade operacional, custos operacionais baixos, furtividade e por mitigar o risco referente a perdas e danos pessoais e materiais, justamente por não serem tripulados.

Devido a sua flexibilidade operacional⁴⁵⁶, um mesmo drone pode desenvolver uma série de diligências policiais, na medida em que pode carregar modernos recursos, como sensores e câmeras para a captação de imagens e vídeos de alta resolução, o que implica na qualidade do material probatório em relação com as atuações humanas, satisfazendo, inclusive, a cadeia de custódia da prova.

O aparelho também não demanda um alto custo⁴⁵⁷ operacional, embora seu custo de aquisição possa ser relativamente alto a depender do modelo. Contudo, sua operação e manutenção não requer dispêndios elevados, pois o equipamento utiliza motores elétricos alimentados por baterias recarregáveis.

Ademais, suas dimensões e baixo ruído lhe entregam invisibilidade e grande capacidade furtiva⁴⁵⁸, angariando alto grau de sucesso em suas missões, característica fundamental para investigações criminais pautadas por atividades de inteligência.

⁴⁵⁴ AUSTIN, Reg. **Unmanned Aircraft Systems. Uavs Design, Development and Deployment**. United Kingdom: Wiley, 2010. p. 7.

⁴⁵⁵ **Dull (monótona)** - algumas missões demandam uma longa vigilância, que pode se tornar muito cansativa para a tripulação, levando conseqüentemente à perda de concentração e da eficácia da missão. Contudo, os drones possuem autonomia de voo limitada, sendo necessárias várias trocas de bateria e o monitoramento das condições do equipamento; **Dirt (suja)** - enquadram-se neste contexto as missões cujo foco terá algum componente que envolva riscos biológicos, contaminação química ou outras situações em que a exposição humana possa causar prejuízos à saúde; **Dangerous (perigosa)** toda e qualquer situação de emprego de aeronaves que possa expor a tripulação a um risco desnecessário justifica o emprego de drone. AUSTIN, Reg. **Unmanned Aircraft Systems. Uavs Design, Development and Deployment**. United Kingdom: Wiley, 2010. p. 7.

⁴⁵⁶ BREUNIG, Fábio Marcelo; NETO, Rorai Pereira Martins. **Drones e Ciência. Teoria e aplicações metodológicas**. Santa Maria: FACOS-UFSM, 2019. p. 69.

⁴⁵⁷ BREUNIG, Fábio Marcelo; NETO, Rorai Pereira Martins. **Drones e Ciência. Teoria e aplicações metodológicas**. Santa Maria: FACOS-UFSM, 2019. p. 69.

⁴⁵⁸ BRUM, Caroline Bussoloto de; MAURICIO, Milene. Et al. **Drones e Ciência. Teoria e aplicações metodológicas**. Santa Maria: FACOS-UFSM, 2019. p. 35.

O Estado, no engajamento de seu papel constitucional de atender a expectativa da sociedade por um ambiente social seguro, deve buscar constantemente o investimento em mecanismos capazes de ampliar sua atuação investigatória diante das muitas facetas da criminalidade moderna. A necessidade de se aperfeiçoar as técnicas investigativas tem determinado a adoção de tecnologias disponibilizadas no mercado, motivo pelo qual o emprego de um drone se mostra uma realidade que se apresenta como importante recurso no caminho de se garantir uma segurança pública mais efetiva.

De forma genérica, o MCA 56-4/2020 (Manual do Comando da Aeronáutica para “Aeronaves não tripuladas para uso em proveito dos órgãos de Segurança Pública, da Defesa Civil e de Fiscalização da Receita Federal”)⁴⁵⁹, traz um rol de possibilidades de aplicações de um drone pelos órgãos de segurança pública, quais sejam: policiamento ostensivo e investigativo; policiamento e vigilância em áreas de responsabilidade; ações de inteligência; apoio ao cumprimento de mandado judicial; controle de tumultos, distúrbios e motins; escoltas de dignitários, presos, valores e cargas; operações de busca terrestre e aquática; controle de tráfego rodoviário, ferroviário e urbano; prevenção e combate a incêndios; patrulhamento urbano, rural, ambiental, litorâneo e de fronteiras; repressão ao contrabando e descaminho; gestão e execução das atividades de fiscalização.

Ainda, consoante Anthony Galante, os drones podem ser usados para o mapeamento da cidade na tomada de decisões acerca de situações envolvendo fenômenos meteorológicos; para perseguição de suspeitos que fogem para o telhado das casas; para a investigação de locais de crime, coletando evidências, fornecendo imagens em 3D; para atuar em locais de acidentes com carros, aviões e embarcações, também utilizando a tecnologia de captação de imagens em 3D; para o gerenciamento do fluxo de tráfego, o que pode ser útil em uma perseguição envolvendo fuga de criminosos em veículos; para a busca e resgate de pessoas desaparecidas ou perdidas; para o monitoramento de multidões em grandes eventos e, ainda, pode um drone ser empregado também para a identificação de outros drones⁴⁶⁰ que estejam operando de forma ilegal.

No combate ao crime organizado, por exemplo, faz-se necessária uma repressão qualificada. Sendo assim, ações de levantamentos de imagens com drone e a produção de informações de inteligência guiam os órgãos de segurança pública a tomarem medidas mais

⁴⁵⁹ BRASIL. **Ministério da Defesa. Comando da Aeronáutica. MCA 56-4**. Disponível em: <<https://publicacoes.decea.mil.br/api/storage/uploads/files/d0e95e4e-6aec-491b-93bdf98c77af980d.pdf>>. Acesso em: 13/10/2021.

⁴⁶⁰ GALANTE, Anthony. **10 Ways That Police Use Drones To Protect And Serve**. Disponível em: <<https://www.forbes.com/sites/stephenrice1/2019/10/07/10-ways-that-police-use-drones-to-protect-and-serve/?sh=7a8b53756580>>. Acesso em: 10/10/2021.

efetivas e, por conseguinte, a melhores resultados operacionais, tendo como consequência intervenções mais seguras.

As ações de investigação necessitam ocorrer com frequência em locais de difícil acesso, o que dificulta a progressão em terreno pelos policiais, implicando em dificuldade em aplicar o fator surpresa nas abordagens realizadas e, conseqüentemente, na efetividade delas. Ainda que sejam aplicadas as técnicas policiais adequadas, a atuação nestes locais se reveste de um alto risco, mormente pelo fato de que os criminosos conhecem muito bem a área em que atuam.

Por mais que seja inerente à atividade policial, o risco pode ser mitigado com o auxílio de recursos tecnológicos, como se verifica nos drones, sobretudo pelo fato de se obter uma avaliação mais adequada do risco para o desenvolvimento de determinada diligência investigativa.

Por muitas vezes, a polícia recebe denúncias anônimas e, por dever, necessita realizar a apuração acerca da veracidade das informações recebidas, como por exemplo, residência utilizada como cativo de vítimas de sequestro, tráfico de drogas, depósito de carros roubados, depósitos de armas, galpões com produtos contrabandeados e ambientes onde ocorrem os mais variados tipos de crimes. Esta apuração seria consideravelmente menos arriscada e célere, proporcionando e legitimando uma prisão em flagrante, diante da certeza das informações obtidas por meio de um drone.

Atualmente, há o entendimento de que a polícia somente pode violar o domicílio sem ordem judicial, quando houverem fundadas razões para perpetrar a diligência. Desta forma, um drone poderia ser utilizado facilmente para buscar essas fundadas razões, a exemplo da verificação prévia sobre a existência de infração penal em andamento, na medida em que, conforme as previsões de Bauman, um drone poderia facilmente aproximar-se de uma janela e fazer uma varredura com sua câmera na busca de elementos que fundamentassem uma intervenção policial em determinado domicílio para efetivar uma prisão em flagrante ou ainda, capturar foragidos⁴⁶¹.

O desenvolvimento tecnológico apresentado pelos drones supera, em vários aspectos, a utilização de aeronaves convencionais tripuladas, e isso vem colaborando muito para a sua disseminação nas forças policiais ao redor do mundo⁴⁶². E mais, em um horizonte não muito

⁴⁶¹ GALANTE, Anthony. **10 Ways That Police Use Drones To Protect And Serve**. Disponível em: <<https://www.forbes.com/sites/stephenrice1/2019/10/07/10-ways-that-police-use-drones-to-protect-and-serve/?sh=7a8b53756580>>. Acesso em: 10/10/2021.

⁴⁶² **Governo de São Paulo irá usar drones em substituição aos helicópteros Águia da PM**. Disponível em: <<https://spagora.com.br/sao-paulo/governo-de-sp-ira-usar-drones-em-substituicao-aos-helicopteros-aguia-da-pm/>>. Acesso em: 14/10/2021.

distante, os drones estarão cada vez mais adaptados às necessidades dos órgãos de segurança pública, já que o desenvolvimento de novas tecnologias é uma constante.

A utilização de drones e de novas tecnologias em procedimentos criminais é cada vez mais tangível, na medida em que apresentam inúmeros recursos, constituindo eficazes meios de obtenção de provas, além de também se mostrarem eficientes na repressão criminal.

Como ressalta Grégoire Chamayou, por projetar poder sem projetar vulnerabilidade, a principal inovação que o uso de drones apresenta é que este dispositivo prolonga e radicaliza os procedimentos existentes de conflito à distância, resultando na supressão do combate, pois a retirada do corpo vulnerável do cenário de combate resulta na invulnerabilidade de quem vigia, tendo como efeito a desnecessidade da mobilização das forças policiais em operações de risco⁴⁶³.

Os drones podem estar equipados: com câmeras de vídeo que transmitem imagens do alvo em tempo real, sendo usadas principalmente para o acompanhamento das operações e avaliação de riscos; com equipamentos de visão noturna, que realizam a ampliação da luz residual em ambientes de baixa luminosidade; com sensores químicos destinados à análise das condições externas em busca de agentes químicos nocivos à saúde humana⁴⁶⁴. Desta forma, não restam dúvidas que a utilização de drones possui diversos benefícios que podem ser adotados em operações, na utilização para manter a segurança, e, principalmente, nas investigações criminais.

O aumento sucessivo da complexidade dos crimes e a insuficiência de técnicas e instrumentos para possibilitarem investigação criminal mais efetiva, a fim de se evitar o cometimento ou consumação de infrações penais, forçaram o legislador a criar normas disciplinando novas técnicas de investigação. Dentre essas técnicas, surgiram a infiltração de agentes e a ação controlada, destinadas a combater a criminalidade organizada. Adicionam-se a estas as interceptações telefônicas e telemáticas, escutas ambientais, quebra de sigilo fiscal e bancário, vigilância por meio de drones, associadas aos métodos investigativos rotineiros, como conversas informais com possíveis testemunhas e consulta de fontes públicas de informação⁴⁶⁵.

Neste cenário, é possível vislumbrar a utilização de drones na perpetração de algumas técnicas investigativas já devidamente disciplinadas por lei. A interceptação ambiental como meio de obtenção de provas poderia ser facilmente desempenhada por um drone, já que,

⁴⁶³ CHAMAYOU, Grégoire. **Teoria do Drone**. Tradução: Célia Euvaldo. São Paulo: Cosac Naify, 2015. p. 25.

⁴⁶⁴ BREUNIG, Fábio M; PRUDKIN, Gonzalo. *Et al.* **Drones e Ciência. Teoria e aplicações metodológicas**. Santa Maria: FACOS-UFSM, 2019.

⁴⁶⁵ LEAL, Rogério Gesta. **O Direito Penal e Processual Penal na Sociedade de Riscos: Aspectos Teóricos e Pragmáticos (Estudos de Casos)**. 1ª ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. p. 300.

seguindo as previsões de Bauman, os drones das próximas gerações poderão ver tudo e, ao mesmo, tempo, ficarem confortavelmente invisíveis, não havendo local impossível de se espionar⁴⁶⁶.

A realização de uma análise prévia do local no qual serão cumpridos mandados judiciais ou realizada outra atividade operacional, permitindo a observação dos pontos onde pode ser feito o acesso dos policiais no ambiente, a existência de eventuais moradores, as áreas mais vulneráveis para os policiais e para os alvos e também os principais pontos de fuga, assim como a existência de determinadas barreiras que podem dificultar a atuação em campo dos policiais, consistem em elementos que podem ser facilmente obtidos de forma mais segura com a utilização de um drone, pois, de acordo com os ensinamentos de Bauman, os drones são libélulas mecânicas que observam e espreitam o que outros olhos não conseguem ver⁴⁶⁷.

Como toda e qualquer tecnologia que se torna popular, o uso dos drones sem a imposição de limites necessários para não interferir em direitos alheios, vira centro de debates, haja vista ser um veículo aéreo com capacidade de voar de modo autônomo ou via controle remoto, contando com grande diversidade de modelos e tamanhos, custo e precisão dos movimentos⁴⁶⁸, o que pode implicar em muitas consequências, se não houver e não for respeitada uma devida regulamentação, sobretudo na invasiva atividade de investigação criminal.

Como refere Steven Johnson, a respeito de novas tecnologias.

Inovações geralmente surgem como uma tentativa de resolver um problema específico, mas, uma vez que entram em circulação, acabam provocando outras mudanças que teriam sido difíceis de prever. Esse é o padrão de mudança que sempre aparece na história evolutiva⁴⁶⁹.

A tecnologia dos drones permite que sejam cada vez menores, tanto que Bauman os associa metaforicamente a um beija-flor, asseverando, porém, que o néctar que procuram é cada vez mais composto de imagens de alta resolução das pessoas que encontra em seu caminho⁴⁷⁰.

A realidade atual já demonstra que Bauman está certo em sua metáfora. Uma parceria entre o Instituto de Tecnologia de Massachusetts, a Universidade de Harvard e a Universidade da Cidade de Hong Kong, desenvolveu um drone verdadeiramente minúsculo, do tamanho

⁴⁶⁶ BAUMAN, Zygmunt. **Vigilância Líquida. Diálogos com David Lyon**. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2014. p. 19.

⁴⁶⁷ Ibid. p. 55.

⁴⁶⁸ COLMENAREJO, María Jesús Ariza, **La utilización de drones como herramienta em la investigación penal**. Fodertics 4.0, Comares, Granada, 2015. p. 107.

⁴⁶⁹ JOHNSON, Steven. **Como chegamos até aqui**. Zahar. 2015.

⁴⁷⁰ BAUMAN, Zygmunt. **Vigilância Líquida. Diálogos com David Lyon**. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2014. p. 15.

aproximado de uma abelha. Idealizado para ser utilizado em espaços de difícil acesso, sua estrutura foi desenvolvida à base de carbono e borracha, pesando apenas 665 mg⁴⁷¹.

É fácil imaginar a preocupação com um dispositivo do tamanho de um inseto, carregado com alta tecnologia, pousado na janela⁴⁷² de uma casa. Assim, um criminoso nem precisa invadir um estabelecimento ou uma residência, pois, utilizando-se de um drone, ele é capaz de hackear informações ao conectar-se com sinais de rede, filmar e capturar imagens de alta resolução e, da mesma forma o Estado pode interferir e violar âmbitos da privacidade e intimidade ao posicionar um drone nos limites de uma casa para capturar sons, vídeos e imagens, por exemplo.

E desta forma, um drone com uma câmera acoplada pode vigiar em tempo integral qualquer pessoa ou local, efetuar espionagem industrial, gravar clandestinamente shows e competições esportivas, sem ser percebido, pois pode operar a uma distância segura que lhe permita a “invisibilidade”. A intimidade e a privacidade não encontram proteção diante dos recursos de um drone.

Em contrapartida, estes mesmos recursos podem ser utilizados em prol da investigação criminal, entregando resultados efetivos à segurança pública, se forem empregados dentro dos limites legais impostos pelo respeito aos direitos e liberdades individuais.

A preocupação com drones vai além de sua utilização para ilícitos ou como ferramenta de investigação criminal. Deve-se ter em mente que o drone é uma máquina e que também está sujeita à acidentes decorrentes de falha ou má operação. Bateria baixa, hélices mal encaixadas, falhas em seus sensores, podem provocar quedas e colisões que fogem ao controle do operador.

O risco na utilização indevida de drones pode levar a problemas como a perda do contato visual direto entre o drone e seu operador; possibilidade de exceder a altitude autorizada em cada local (por exemplo, no Reino Unido e nos Estados Unidos, a altitude máxima permitida para o voo de um drone é de 121 metros); ocupar o espaço aéreo sem autorização; acessar espaço aéreo restrito (aeroportos, bases militares ou infraestruturas críticas, como usinas nucleares); uso não autorizado de um drone para fins de vigilância (para espionar ou invadir a privacidade); colocar em perigo aeronaves civis ao desrespeitar o limite de altitude imposto⁴⁷³.

⁴⁷¹ **Drone minúsculo é desenvolvido pelo MIT.** Disponível em: <<https://noardrone.com.br/lancamentos/drone-minusculo-e-desenvolvido-pelo-mit/>>. Acesso em: 20/09/2021.

⁴⁷² BAUMAN, Zygmunt. **Vigilância Líquida. Diálogos com David Lyon.** Tradução: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2014. p. 18.

⁴⁷³ INTERPOL - **Marco de Intervención ante incidentes con Drones.** Disponível em: <https://www.interpol.int/es/content/download/15298/file/DFL_DroneIncident_Final_SP.pdf?inLanguage=esl-ES>. p. 22. Acesso em: 19/09/2021.

Os drones estão incluídos neste escopo, face às múltiplas possibilidades que oferecem, e pela diversidade de recursos, tornam-se muito eficazes ao servir como meio de obtenção de provas na investigação criminal. No entanto, é necessário que a sua utilização seja efetuada sem alterar a segurança dos indivíduos e, mormente, sem afetar os direitos fundamentais.

Constatadas implicações jurídicas ainda incipientes do uso dos drones em território brasileiro, as questões sociojurídicas se mostram com maior potencialidade quando analisada a vinculação dos drones com a chamada hipervigilância. Este termo refere-se à implementação de tecnologias que objetivam o controle social por meio constante e permanente observação dos indivíduos, sendo ou não em contextos de conflito, onde pode ocorrer uma padronização das ações, buscando, assim, uma “anormalidade” e estabelecendo padrões de comportamento e “alvos” que representam risco à normalidade através de dados obtidos pela observação direta realizada pelos drones⁴⁷⁴.

Buscando uma explicação para as diversas implicações que os drones apresentam, sobretudo quando utilizados por agentes do Estado, Grégoire Chamayou elenca seis princípios que caracterizam esta vigilância “dronificada”.

O primeiro princípio diz respeito ao olhar persistente ou à vigília constante, onde não há mais limitações humanas, como quando a capacidade da máquina ficava condicionada à capacidade do piloto. Atualmente, por não haver necessidade de tripulação para sua operação, a organização do trabalho permite múltiplos operadores e horas de vigilância continuadas⁴⁷⁵.

O segundo princípio refere-se à vista sinóptica, onde há o olhar para a totalidade, uma vigilância não somente ampla, mas extensa, onde se vê tudo em tempo integral. De tal modo, como as câmeras de vigilância convencionais, os drones as superariam pela sua mobilidade, tornando-se, de certa forma, onividentes⁴⁷⁶.

O terceiro princípio, consoante o autor, relaciona-se com o arquivamento total de todas as vidas, explanando que a observação por si só não possui sentido se não fossem gravados e arquivados os dados obtidos. Isso se conecta com o quarto princípio, que é o da fusão dos dados, expondo o fato de que os drones não somente possuem “olhos”, mas também ouvem e são dotados de outras funções orgânicas⁴⁷⁷.

Os dois últimos princípios tangem à possibilidade de esquematização das formas de vida e constatação de anomalias como antecipação preventiva. Grégoire Chamayou explica que a

⁴⁷⁴ BRUM, Caroline Bussoloto de; MAURICIO, Milene. Et al. **Drones e Ciência. Teoria e aplicações metodológicas**. Santa Maria: FACOS-UFSM, 2019, p. 34.

⁴⁷⁵ CHAMAYOU, Grégoire. **Teoria do Drone**. Tradução: Célia Euvaldo. São Paulo: Cosac Naify, 2015. p. 34.

⁴⁷⁶ Ibid. p. 35.

⁴⁷⁷ Ibid. p. 36.

capacidade de visualização permanente e com diversas fontes pode esquematizar padrões de vida e comportamento, podendo estabelecer um padrão regular que identificará como anormalidade aqueles que se desviarem deste. Portanto, há um padrão genérico de comportamento que se baseia em uma vigilância de riscos, dentro de uma suspeição categórica e da seleção social que definem outros sistemas hodiernos de vigilância⁴⁷⁸.

A vigilância feita através de um aparelho remotamente pilotado é capaz de atravessar e desconstruir os eixos tradicionais da cidade, sendo capaz de ocupar a rua e o céu simultaneamente. Consequentemente, a tecnologia de drone é capaz de desconstruir as geometrias existentes de controle estatal, potencializando-as e tornando mais invasivo o poder do Estado, por isso seu enorme apelo sedutor nesta seara⁴⁷⁹.

Na perspectiva processual penal são diversas as consequências que se deve avaliar com o devido filtro constitucional. A utilização de drones em investigações criminais representa muitas vantagens, mas os riscos de violação de direitos, seja do investigado, seja de terceiros, é grande e, por isso, os benefícios proporcionados por este instrumento devem estar de acordo com os preceitos legais, sobretudo aqueles que permitem a relativização de direitos e liberdades individuais em nome do poder punitivo do Estado.

Neste desiderato, será analisada no próximo subitem a necessidade de regulamentação acerca da utilização de drones em investigações criminais, frente à imprescindibilidade do respeito aos limites decorrentes dos direitos e liberdades individuais que podem ser violados quando drones forem empregados em procedimentos criminais investigatórios.

5.3 Necessidade de regulamentação

A infração penal, seja qual for a gravidade de sua manifestação, provoca reações diversas em todos âmbitos sociais, e a imediata investigação criminal é a resposta estatal em sociedades democráticas organizadas, que têm em seus princípios, o respeito ao devido processo legal. Nesse sentido, não é admissível desencadear a investigação criminal sem lei prévia que defina seu objeto e seus procedimentos, sendo, deste modo, a legalidade penal uma condição formal para o início da atividade investigatória.

As forças públicas ao redor do mundo têm inserido a tecnologia drone⁴⁸⁰, ainda que uma legislação adequada não tenha sido definida, onde todas as possibilidades de utilização dos

⁴⁷⁸ CHAMAYOU, Grégoire. **Teoria do Drone**. Tradução: Célia Euvaldo. São Paulo: Cosac Naify, 2015. p. 37.

⁴⁷⁹ SHAW, Ian. **The Urbanization of drone warfare: policing surplus populations in the dronopolis**. Geographica Helvetica. 2016. p. 25.

⁴⁸⁰ WOLF, Harrison. **Drones: Safety Risk Management for the Next Evolution of Flight**. 1ª ed. New York: Routledge, 2017.

drones sejam abarcadas. Mesmo em países como os Estados Unidos, que já empregam de forma massiva os drones, ainda existe uma procura por uma solução para o problema da utilização pelo público civil e agentes públicos em situação de paz, especialmente pelo motivo de envolverem a privacidade e a segurança das demais aeronaves e pessoas.

É possível observar na recente história da sociedade um exemplo de como as tecnologias interferem rapidamente nos contextos sociais, como quando do surgimento da internet passou a oferecer serviços de publicidade, observando-se imediatamente os benefícios para muitas empresas na divulgação de suas marcas e produtos. Por outro lado, isso influenciou negativamente o mesmo tipo de serviço que era oferecido por jornais e revistas.

Isso é o que acontece com toda inovação, pois sempre junto com seus recursos benéficos, vem suas potencialidades maléficas que fogem ao controle do anteriormente planejado. Em mãos erradas, as tecnologias se tornam facilitadoras do cometimento de crimes e até mesmo possibilitam a criação de novas figuras delitivas.

E é nesse contexto que se observa o enorme desenvolvimento das tecnologias de vigilância que coloca os indivíduos sob um controle quase que absoluto de suas vidas. Não existe mais possibilidade de escapar aos sistemas de vigilância proporcionados pela tecnologia, que tem nos drones a expressão do seu poder.

Como se viu ao longo deste trabalho, muitos direitos fundamentais entram em conflito com a investigação criminal e, desta forma, a utilização indiscriminada de drones, pode trazer sérios prejuízos, não somente aos indivíduos investigados, mas também à efetividade da persecução penal, na medida em que a validade das provas obtidas por meio de diligências com o emprego de drones, poderá ser questionada, acarretando na ilegalidade dos elementos probatórios.

Destarte, há muito que se considerar além do simples uso de um drone. O fato de não existirem regras e limites claros para a sua aquisição e utilização, implica no surgimento de muitos questionamentos e debates acerca do tema, visto que diversos são os riscos e problemas que o uso inadequado deste equipamento pode causar, como acidentes com danos materiais e lesões físicas, não podendo se descartar a possibilidade de consequências fatais de um acidente envolvendo um drone.

É preciso lembrar que o avanço tecnológico já está voltado para o desenvolvimento de drones cada vez menores, do tamanho de insetos, alguns inclusive com capacidade bélica. Assim, a regulamentação destes equipamentos tem se tornado um desafio, tornando-se uma preocupação jurídica, na medida em que envolve não só os riscos materiais inerentes a uma

utilização irresponsável desta tecnologia, mas também a ofensa aos direitos fundamentais já consolidados ao longo da história.

Um drone com uma câmera incorporada em sua arquitetura pode invadir facilmente o espaço aéreo de uma propriedade particular, um condomínio ou até mesmo um edifício, e coletar imagens que remetem exclusivamente à privacidade de determinado indivíduo. Ou, de outra forma, pode sobrevoar áreas públicas captando imagens das pessoas, e estas imagens podem facilmente ficar à disposição de qualquer dispositivo conectado à internet.

Ainda que que o indivíduo esteja em espaços públicos não é permitido concluir que abriu mão de toda a proteção natural inerente à sua privacidade. Ainda que se encontre fora de seu âmbito particular, é indubitável que ainda mantém uma barreira contra a intrusões alheias. A doutrina entende que o simples fato de estar em ambiente público não infere o total abandono da privacidade, existindo ainda obstáculos em face das investidas de terceiros.

Até mesmo para pessoas públicas, que ficam em maior exposição pela natureza de suas atividades, existem obstáculos, como alertam Gilmar Mendes Paulo Gonet Branco:

Por vezes, diz-se que o homem público, é, aquele que se pôs sob a luz da observação do público, abre mão da sua privacidade pelo só fato do seu modo de viver. Essa impressão é incorreta. O que ocorre é que, vivendo ele do crédito público, estando constantemente envolvido em negócios que afetam a coletividade, é natural que em torno dele se avolume um verdadeiro interesse público, que não existiria com reação ao pacato cidadão comum, mas nem por isso terá ele sua privacidade devastada por conta da condição pública que assume⁴⁸¹.

Evidencia-se, neste contexto, um risco atual e que inspira preocupação, visto que é grande facilidade com que as imagens e vídeos obtidos por meio de um drone podem ser divulgados, já que as tecnologias de comunicação contemporâneas facilitam a interconexão com grandes bancos de dados que desvendam a vida das pessoas⁴⁸², permitindo ao indivíduo vigiar tudo, mas também ser vigiado por todos.

Não obstante a inexistência de legislação que proíba a utilização de drones, há a proteção constitucional e infraconstitucional dos direitos fundamentais. Sendo assim, é necessário o movimento legislativo objetivando uma melhor regulamentação para todo tipo de videovigilância, sobretudo em investigações criminais, pois o exercício desta atividade deve seguir o princípio da proporcionalidade, vale dizer, a captação de imagens deve ser pertinente à diligência investigatória.

⁴⁸¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso e Direito Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 322.

⁴⁸² SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 19ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2000. p. 209.

Deve-se levar em consideração que, os drones permitem a visualização e a captura de momentos privados, integrantes da esfera pessoal intransponível de cada indivíduo, ameaçando gravemente os bens jurídicos constitucionalmente protegidos. A violação desses direitos garantidos constitucionalmente pode, por vezes, ser um retrocesso, na medida em que a reclusão periódica à vida privada é uma necessidade de toda pessoa, para a sua própria saúde mental. Além disso, sem privacidade, não há condições propícias para o desenvolvimento livre da personalidade⁴⁸³.

Este contexto implica, pois, na necessidade de se garantir juridicamente a possibilidade de manuseio de instrumentos capazes de limitar a liberdade de atuação de terceiros no que concerne à indiscrição sobre a vida alheia, e, de igual modo, utilizar-se de ferramentas para impossibilitar que este mesmo terceiro o transmita a outrem o dado ou informação pessoal obtido por meio da intromissão indevida sobre a intimidade alheia, sobretudo no meio digital⁴⁸⁴.

A tutela da privacidade na sociedade moderna vem se mostrando cada vez mais desafiadora aos deveres do Estado na proteção de bens jurídicos, devido ao avanço tecnológico e a rápida divulgação de imagens nos meios virtuais. A privacidade pode ser comparada a uma trincheira constantemente bombardeada por terceiros ansiosos por extrair segredos, colocando-os em exposição pública e tornando-os propriedade comum, como alerta Bauman⁴⁸⁵.

Devido aos avanços tecnológicos e pela popularização dos drones, muitos países perceberam a necessidade de regulamentação do seu uso, para evitar e diminuir os riscos decorrentes da utilização indiscriminada desses equipamentos. No Brasil, essa necessidade de regulamentação foi constatada há poucos anos, quando foram observados sinais da utilização de drones em maior escala.

Assim como os particulares, o Estado também necessita respeitar regulamentos ao empregar drones em suas atividades, sobretudo na observância de determinadas restrições, como no caso do risco de violação aos direitos fundamentais dos indivíduos.

Os Drones já são uma realidade nas forças policiais do Brasil, a exemplo do projeto Olho de Águia e São Paulo, sistema que permite a transmissão de imagens em tempo real ao Centro de Operações da Polícia Militar⁴⁸⁶.

⁴⁸³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso e Direito Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 348.

⁴⁸⁴ BITTAR, Carlos A. **Os direitos da personalidade**. 3ª ed. São Paulo: Forense Universitária, 1999. p.116.

⁴⁸⁵ BAUMAN, Zygmunt. **Vigilância líquida. Diálogos com David Lyon**. Tradução: Carlos Alberto Medeiros Rio de Janeiro: Zahar, 2014. p.20.

⁴⁸⁶ **São Paulo terá novo programa Olho de Águia 4.0 com uso de drones**. Disponível em: <<https://www.saopaulo.sp.gov.br/ultimas-noticias/sao-paulo-tera-novo-programa-olho-de-aguia-4-0-com-uso-de-drones/>>. Acesso em: 17/10/2021.

No Estado de Mato Grosso, agentes que atuam na segurança pública receberam treinamento para capacitação na utilização de drones, objetivando dar suporte nas ações de segurança pública, otimizar recursos e potencializar resultados⁴⁸⁷.

A Academia Estadual de Segurança Pública do Ceará realizou, em agosto de 2019, a segunda edição do Curso de Operador de Drone voltado para a segurança pública. Vinte e oito agentes foram capacitados, incluindo 13 policiais militares, 11 policiais civis, um perito criminal da Perícia Forense do Estado do Ceará (Pefoce), um servidor da Secretaria da Segurança Pública e Defesa Social (SSPDS) e dois militares da Capitania dos Portos do Ceará (Marinha do Brasil)⁴⁸⁸.

Torna-se cogente, desta forma, delinear normativamente as possibilidades e requisitos para a utilização de drones nas atividades desempenhadas pelo Estado na tutela da segurança pública, justamente pelo poder altamente invasivo desses equipamentos que tendem a ampliar cada vez mais devido ao avanço de seus recursos tecnológicos empregados.

Alicia Amer Martín, em artigo sobre o direito à intimidade e às provas obtidas com o emprego de drones:

A casa inviolável é um espaço no qual o indivíduo vive sem necessariamente estar sujeito às convenções sociais e usa e exerce sua liberdade mais íntima. Por isso, por meio desse direito não só se protege o espaço físico considerado em si, mas também o que nele há de emanación da pessoa e de sua esfera privada⁴⁸⁹.

A segurança pública, como direito e responsabilidade de todos, é dever do Estado e a sua tutela é desempenha por meio dos órgãos elencados no artigo 144 da Constituição Federal de 1988. É a atividade estatal que implica na condição de tranquilidade e paz social que deve ser assegurada às pessoas em geral, salvaguardando sua integridade e seu patrimônio, por meio da ação preventiva e repressiva das forças de segurança que atuam no interesse da manutenção da ordem política social.

Em termos de legislação em vigor que legitimem, em âmbito civil, a utilização de drones no Brasil pelos órgãos de segurança pública, pode-se encontrar regulamentações definidas pela

⁴⁸⁷ **Agentes de Segurança Pública são capacitados para utilização de drones.** Disponível em: <<http://www.sesp.mt.gov.br/-/agentes-de-seguranca-publica-sao-capacitados-para-utilizacao-de-drones>>. Acesso em: 17/10/2021.

⁴⁸⁸ **Aesp capacita agentes de segurança pública para operar drones.** Disponível em: <<https://www.policiaivil.ce.gov.br/2019/08/27/aesp-capacita-agentes-de-seguranca-publica-para-operar-drones/>>. Acesso em: 17/10/2021.

⁴⁸⁹ “*el domicilio inviolable es un espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima. Por ello, a través de este derecho no sólo es objeto de protección el espacio físico en sí mismo considerado, sino lo que en él hay de emanación de la persona y de esfera privada de ella*”. (Tradução nossa). MARTÍN, Alicia Amer. **El derecho a la intimidad y la prueba obtenida mediante drones.** Disponível em: <<http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/11152-el-derecho-a-la-intimidad-y-laprueba-obtenida-mediante-drones/>>. Acesso em: 15/10/2021.

Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), pelo Departamento de Controle do Espaço Aéreo (DECEA) e pela Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL).

A ANAC é uma agência reguladora federal, com o objetivo de fiscalizar e regular as atividades da aviação civil e infraestrutura aeronáutica e aeroportuária do Brasil, tanto no que diz respeito aos aspectos econômicos quanto às atividades de certificação, fiscalização, normatização e representação institucional, cujas normas de aplicadas aos drones são disciplinadas por meio do Regulamento Brasileiro de Aviação Civil Especial (RBAC – E) nº 94/2017.

O DECEA é a organização responsável pelo controle do espaço aéreo brasileiro, subordinada ao Ministério da Defesa e ao Comando da Aeronáutica. É o órgão responsável por autorizar e legislar acerca do uso do espaço aéreo. O DECEA emitiu a instrução de comando da aeronáutica (ICA) 100 – 40, de 2018, que regula o voo comercial dos drones e também a ICA 24/2018, que trata do uso de drones por órgãos de segurança.

A ANATEL é uma agência reguladora, vinculada ao governo federal, designada para administrar e fiscalizar o uso de radiofrequência dessas aeronaves, cujos requisitos e condições são tratados nos termos da resolução nº 506, de 01 de julho de 2008.

Destaca-se, ainda, que o Brasil é signatário e membro do conselho da International Civil Aviation Organization (ICAO) desde 1945. A ICAO é uma agência das Nações Unidas responsável por prover princípios fundamentais para regulamentos da aviação civil internacional, com o objetivo principal promover um desenvolvimento seguro e ordenado da aviação civil.

A Circular 328 da ICAO, publicada no ano de 2011, tem como meta promover na aviação não tripulada padrões de segurança tão robustos quanto os da aviação tripulada, fomentando operações seguras e harmoniosas para aeronaves não pilotadas.

Em 11 de junho de 2018, o DECEA publicou a AIC nº 24/18, para operações que empreguem aeronaves não tripuladas com peso igual ou inferior a 25 quilogramas, especialmente voltada aos órgãos de Segurança Pública, de Defesa Pública e de fiscalização da Receita Federal.

É importante ressaltar que a adoção dessas tecnologias disponíveis vem apresentando resultados positivos, sobretudo, diante da eficiente otimização nas atividades de segurança pública, que, de acordo com a AIC nº 24/18, podem ser compreendidas como policiamento ostensivo e investigativo, policiamento e vigilância em áreas de responsabilidade, ações de inteligência, apoio ao cumprimento de mandado judicial, controle de tumultos, distúrbios e motins, escoltas de dignitários, presos, valores e cargas, operações de busca e salvamento,

controle de tráfego rodoviário, ferroviário e urbano, prevenção e combate a incêndios, patrulhamento urbano, rural, ambiental, litorâneo e de fronteiras, repressão ao contrabando e descaminho, e gestão e execução das atividades de fiscalização.

Ademais, a AIC nº 24/18, preceitua que a responsabilidade do operador de drone é equiparada a de um piloto de aeronave tripulada, pois possui as mesmas responsabilidades, bem como toda autoridade final em sua atuação, ficando limitado ao piloto o transporte de cargas e substâncias que possam causar danos à saúde, à propriedade e ao meio ambiente.

Outra circunstância interessante é a obrigatoriedade de um seguro para cobrir danos a terceiros nas operações que envolvam drones. Entretanto, esse seguro não alcança as aeronaves pertencentes a entidades controladas pelo Estado. Na prática, o Estado adota uma série de procedimentos, internos ou externos, a fim de se proteger e também proteger as pessoas e os operadores, objetivando o fiel cumprimento dos regulamentos.

Ainda, o descumprimento das regras preconizadas pela AIC nº 24/18, encontra guarida no ordenamento penal, por meio de sanções e penalidades previstas nas esferas civil, administrativa e penal, a exemplo do artigo 132 do Código Penal, que trata da incolumidade física das pessoas, do artigo 261, também do Código Penal, que trata da exposição de aeronaves a perigo e da prática irregular da aviação, e o artigo 35 da Lei de Contravenções Penais, que trata da imprudência na prática da aviação, através da prática de acrobacias ou voos baixos, fora da zona em que a lei permite.

Como se denota, além de conhecimento técnico, para operar um drone, também é importante o respaldo legal. Alguns países já buscaram formas de regular a utilização de drones, principalmente no que diz respeito ao equilíbrio de direitos, como a segurança e a privacidade,

Obedecendo a essa ótica, os Estados Unidos elaboraram a Federal Aviation Administration (FAA); a Austrália regulamentou seu uso por meio da Civil Aviation Safety Authority (CASA) e a União Europeia o fez por meio da European Aviation Safety Agency (EASA)⁴⁹⁰.

Para utilizar um drone com fins comerciais em solo americano, o operador necessita passar por testes de conhecimentos aeronáuticos e obter o certificado de piloto remoto. No ano de 2015, o Estado americano da Dakota do Norte legalizou a utilização de drones armados não letais, como gás lacrimogênio, balas de borracha e Taser.

Sobre este tema, Ronaldo Zanata Pazim, citando Ian Shaw: “Agora estamos entrando no quinto estágio da guerra dos drones: a idade do drone da polícia. Este é o período em que

⁴⁹⁰ BREUNIG, Fábio M; PRUDKIN, Gonzalo. *Et al.* **Drones e Ciência. Teoria e aplicações metodológicas.** Santa Maria: FACOS-UFSM, 2019. p. 31.

robôs e drones serão cada vez mais usados pelo Estado, não apenas contra terroristas “lá fora”, mas contra criminosos “em casa”⁴⁹¹.

A ideia de um drone armado em solo brasileiro para combater a criminalidade, não parece, pelo menos nos tempos atuais, uma proposta que ganharia concordância da maioria das pessoas, haja vista o risco no próprio emprego operacional, além da possibilidade de um equipamento com essas características cair em mãos de criminosos que já possuem armas em demasia.

A França é um dos países com maiores restrições à presença de drones em seu espaço aéreo, assim como a Itália, o Vaticano e o Egito. Em 2018, a Europa aprovou novas regras sobre drones, garantindo segurança, privacidade, proteção de dados e do meio ambiente.

Em Portugal entrou em vigor o Decreto-Lei nº 58/2018, tornando obrigatório o registro de drones com peso maior que 250 gramas, exigindo também a contratação de seguro de responsabilidade civil.

Na América Latina, o Chile aprovou em 2015 a chamada DAN 151, que proibiu a utilização de drones com peso superior a 6kg e tornou obrigatório o uso de um paraquedas para evitar acidentes.

No Brasil, há bastante regulamentação civil sobre a utilização dos drones e a Constituição Federal preceitua em seu artigo 22, inciso X, que é competência privativa da União legislar sobre a navegação aérea e aeroespacial.

Neste contexto, verifica-se que a legislação, pelo menos em termos civis, sobre os requisitos e as áreas de utilização de drones, já dispõe de um rol de documentos que evidenciam a preocupação com o crescimento do número de drones em operação, bem como os riscos que este equipamento pode gerar ao ser operado de forma irregular ou ilícita.

Contudo, a legislação pátria ainda não dispõe de normas que disciplinem a utilização de drones com o fim específico de investigações criminais, mormente porque estes equipamentos já vêm sendo utilizados como meios de obtenção de provas.

Neste sentido, faz-se necessária uma correta regulamentação da atividade investigatória por meio de drones, na medida em que sempre haverá direitos fundamentais que sofrerão restrições no caminho da persecução penal, sobretudo, quando empregados drones, equipamentos que só fazem aumentar seu poder invasivo com o constante avanço tecnológico.

⁴⁹¹ PAZIM, Ronaldo Zanata. **Drones e a invasão da privacidade alheia. O conflito das novas tecnologias com o direito à intimidade**. 1ª ed. Cerquillo, São Paulo, 2021. p. 48.

Por meio da análise sistemática do ordenamento jurídico brasileiro, constata-se que o legislador já se deparou com situações semelhantes anteriormente, a exemplo da interceptação telefônica. Sendo assim, seguindo a norma constitucional disposta no inciso XII do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, que assegura a inviolabilidade do sigilo das correspondências ou comunicações telefônicas, telegráficas ou de dados, o legislador necessitou editar a Lei nº 9.296/1996, que regulamentou a interceptação telefônica para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

E, como medida mais recente, o legislador, por meio da Lei nº 13.964/2019, inseriu na Lei de interceptação telefônica o artigo 8-A, que disciplina a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos, regulamentando, desta forma, mais um meio de obtenção de provas atrelado a recursos tecnológicos.

A interceptação telefônica e a captação ambiental são medidas excepcionais, consideradas legítimas, apenas e tão somente, quando observadas as formalidades, exigências e requisitos impostos pela lei, na medida em que estão em jogo direitos essenciais à dignidade da pessoa humana e, qualquer interferência nesses direitos, deverá ser dada à luz dos preceitos constitucionais⁴⁹².

Por constituírem técnicas investigativas extremamente invasivas aos direitos fundamentais, o legislador optou por definir requisitos⁴⁹³⁻⁴⁹⁴ que determinam que a interceptação telefônica e a captação ambiental sejam concedidas por meio de autorização judicial somente quando forem a única forma de se obter provas em uma investigação criminal.

⁴⁹² GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades do processo penal**. 8ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 212.

⁴⁹³ **Artigo 2º, da Lei nº 9296/1996** - Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses: I – não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal; II – a prova puder ser feita por outros meios disponíveis; III – o fato investigado constituir infração penal punida, no mínimo, com pena de detenção. Parágrafo único. Em qualquer hipótese deve ser descrita com clareza a situação objeto da investigação, inclusive com indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada. BRASIL. **Lei nº 9.296 de 24 de julho de 1996**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19296.htm>. Acesso em: 24/10/2021.

⁴⁹⁴ **Art. 8º-A, da Lei nº 9296/1996** - Para investigação ou instrução criminal, poderá ser autorizada pelo juiz, a requerimento da autoridade policial ou do Ministério Público, a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos, quando: I - a prova não puder ser feita por outros meios disponíveis e igualmente eficazes; e II - houver elementos probatórios razoáveis de autoria e participação em infrações criminais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos ou em infrações penais conexas. § 1º O requerimento deverá descrever circunstanciadamente o local e a forma de instalação do dispositivo de captação ambiental. § 2º A instalação do dispositivo de captação ambiental poderá ser realizada, quando necessária, por meio de operação policial disfarçada ou no período noturno, exceto na casa, nos termos do inciso XI do caput do art. 5º da Constituição Federal. § 3º A captação ambiental não poderá exceder o prazo de 15 (quinze) dias, renovável por decisão judicial por iguais períodos, se comprovada a indispensabilidade do meio de prova e quando presente atividade criminal permanente, habitual ou continuada. [...] § 5º Aplicam-se subsidiariamente à captação ambiental as regras previstas na legislação específica para a interceptação telefônica e telemática. BRASIL. **Lei nº 9.296 de 24 de julho de 1996**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19296.htm>. Acesso em: 01/01/2022.

Desta forma, por ser a utilização de drones um meio de obtenção de provas que se assemelha à interceptação telefônica, justamente por restarem em conflito os mesmos direitos fundamentais, vale mencionar, a segurança pública, privacidade e intimidade, é que se vislumbra uma melhor regulamentação em termos semelhantes desta nova e necessária técnica investigativa.

Na prática, dada a infinidade de cenários em que a investigação criminal deverá chegar, ou seja, onde a polícia deverá atuar para buscar os elementos probatórios, ou ainda, indícios para fundamentar uma futura medida investigativa mais invasiva, observa-se que a utilização de um drone poderá diminuir consideravelmente o risco nessas diligências. Logo, torna-se ferramenta de ampla utilidade à investigação criminal.

As questões que deverão ser enfrentadas para uma correta regulamentação podem, ainda que de forma incipiente, aproximarem-se dos requisitos da interceptação telefônica e da captação ambiental. Por se tratar de uma medida cautelar, não há que se questionar a submissão da utilização de drones aos requisitos básicos de toda medida desta natureza, quais sejam, *fumus boni iuris* e *periculum in mora*. Assim sendo, para a autorização da utilização de drones em investigações criminais, o magistrado não poderá olvidar de qualquer um destes pressupostos.

Desta forma, para a utilização de drones em investigações criminais não seriam necessárias provas e indícios de autoria e materialidade para ser decretada, sendo suficiente, para tanto, indícios de autoria e participação, na medida em que a materialidade será buscada a partir dos recursos tecnológicos do drone empregados na ação investigativa.

Ao analisar a expressão “indícios de autoria ou de participação”, da forma como foi utilizada no inciso I, do artigo 2º, da Lei de interceptação telefônica, Renato Brasileiro de Lima entende que a referida expressão deve ser compreendida com o significado de prova semiplena, ou seja, um elemento de prova mais tênue⁴⁹⁵. Logo, a utilização de drones demandaria no mínimo a existência de indícios de uma infração penal.

O mesmo entendimento pode ser empregado no caso dos drones, sob pena de inviabilizar a utilização em investigações criminais desse importante meio de obtenção de provas. Até mesmo porque, como se sabe, a criminalidade moderna destaca-se justamente por ser capaz de cometer ilícitos e deixar poucos rastros, o que dificulta cada vez mais a obtenção de provas.

Pela sua capacidade invasiva nas liberdades e direitos das pessoas, a utilização de drones não poderá ser autorizada, caso a prova possa ser obtida por outras técnicas investigativas.

⁴⁹⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. **Curso de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Impetus, 2013. p. 735.

Assim como a interceptação telefônica e a captação ambiental são meios subsidiários de obtenção de provas, a utilização de drones também poderá seguir o mesmo caminho, isto é, ser utilizada como medida de *ultima ratio*, situação em que o magistrado deve buscar, entre as medidas idôneas disponíveis, aquela que produza menores restrições aos direitos fundamentais do investigado.

Contudo, é importante lembrar que, nesse ponto, o requisito do nível de risco aos agentes policiais poderá ser utilizado como forma de fundamentar a necessidade da utilização de drones, visto que tal medida pode evitar a exposição desnecessária e precipitada de policiais em ambientes de alto risco operacional.

Seguindo a analogia à interceptação telefônica e à captação ambiental, a utilização de drones não poderia ser autorizada em investigações contravenções penais e crimes punidos com pena de detenção. Entretanto, há de se considerar a possibilidade da utilização das provas obtidas por meio de drones em contravenções penais e em crimes punidos com detenção, desde que sejam conexos com crimes punidos com reclusão.

Esse deverá ser um ponto tratado com bastante atenção pelo legislador, na medida em que muitas organizações criminosas atuam em diversas frentes no cometimento de ilícitos com o fim de expandir seus lucros, sendo a prática de jogos de azar uma dessas possibilidades, a título de exemplo. Nesse caso, a impossibilidade de utilização de drones em contravenções penais, poderia dificultar a investigação criminal para desarticular determinada organização criminosa.

A Lei interceptação telefônica está sendo o paradigma para a análise da possibilidade da utilização de drones em investigações criminais. Sendo assim, o procedimento a ser seguido para a utilização de drones poderá seguir o regramento análogo.

Destarte, a utilização de drones como meio de obtenção de provas poderá ser determinada pelo juiz, de ofício ou a requerimento: a) da autoridade policial, na investigação criminal; b) do representante do Ministério Público, na investigação criminal e na instrução processual penal.

O pedido de utilização da referida medida investigativa será dirigida ao juiz competente da ação principal e conterá a necessidade da produção da prova para fins de apuração da infração penal e meios que devem ser empregados, demonstrando ainda a impossibilidade de obtenção da prova por outros meios.

Não se pode negar que a missão do legislador em editar dispositivos normativos para disciplinar a utilização de drones é uma atividade complexa que exigiria a necessidade de se imaginar todas as possibilidades possíveis, o que em termos de taxatividade legal, é impossível.

Isso deve ser levado em consideração, pois, a imediata utilização de drones em crimes de natureza permanente, como sequestro e cárcere privado, tráfico de drogas, poderia ampliar as possibilidades de um desfecho positivo, se a polícia puder agir de forma mais rápida, devendo, contudo, justificar *a posteriori*, a urgência da medida.

O posicionamento majoritário na doutrina é no sentido de que provas ilícitas somente poderiam ser admitidas em favor do réu⁴⁹⁶. Contudo, em casos isolados esse entendimento poderia ser ampliado como leciona Lenio Luiz Streck, ao citar Nery Junior:

Se a vida estiver sendo ameaçada por telefonemas, o direito à intimidade e da inviolabilidade da comunicação telefônica daquele que vem praticando a ameaça à vida de alguém deve ser sacrificado em favor do direito maior à vida. A justificativa decorre do sistema constitucional, no qual se encontra inserido o princípio da proporcionalidade, como corolário do Estado de Direito e do princípio do devido processo legal⁴⁹⁷.

Isso implica em questões como o tempo em que o juiz deverá proferir sua decisão que, além de fundamentada, deverá indicar o tempo que se poderão utilizar os drones para buscar as provas, bem como a possibilidade de renovação do pedido.

Isto posto, frente a extrema necessidade de incrementar novas técnicas de investigação criminal, especialmente as de cunho tecnológico na busca de subsídios efetivos no enfrentamento da criminalidade moderna, e a ausência de regulamentação específica para a questão dos drones, observa-se que deve o Estado se valer de forma subsidiária da Lei de Interceptação Telefônica para legitimar a utilização de drones em investigações criminais.

No Brasil o tema da utilização dos drones pelas forças de Segurança Pública vem ganhando cada vez mais destaque nos veículos de comunicação e relevância no cenário legislativo. Circula atualmente na Câmara dos deputados a matéria do Projeto de Lei nº 9.425 do Senado Federal, o qual tem como objetivo principal disciplinar a utilização dos drones pelos Órgãos de Segurança Pública.

O artigo 2º do aludido Projeto de Lei reforça a responsabilidade dos Órgãos de Segurança Pública diante da vida, integridade física, imagem das pessoas e intimidade. Ainda, consolida a indenização por dano moral ou material quando houver violação desses direitos.

O aludido artigo também assegura à prestação de socorro à vítima e comunicação aos familiares do ocorrido pelos Órgãos de Segurança Pública. Por fim, o Projeto de Lei nº 9.425 do Senado Federal, orienta sobre a necessidade haver cursos e formação e capacitação aos

⁴⁹⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**: volume único, 4ª ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 634.

⁴⁹⁷ STRECK, Lenio Luiz. **As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais: constituição, cidadania, violência: a Lei 9.296 e seus reflexos processuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 91.

agentes de segurança operadores e reforça a vedação aos drones totalmente autônomos e armados.

Logo, fica evidente que o tema drones na Segurança Pública está naturalmente ganhando força no Congresso Nacional e na sociedade brasileira como um todo, haja vista que este assunto vem se tornando um tema cada vez menos embrionário e se tornando uma realidade.

Considerando que a população pode ter preocupações acerca da privacidade, se faz necessário apresentar para a opinião pública os benefícios que a utilização dos drones pelas forças de segurança podem trazer, da mesma forma que uma regulamentação efetiva deve ser pensada para que os drones não operem em uma zona cinzenta acerca da licitude ou não das operações com o equipamento.

Resta claro que, para a investigação criminal, não adianta recorrer a meios ilícitos de obtenção de elementos probatórios de uma infração penal, já que não poderão ser utilizados no processo. Medidas investigativas nestas condições, além de violarem direitos fundamentais, serão ineficazes, visto que a Constituição Federal não admite provas ilícitas no caminho da persecução penal.

Toda a matéria probatória obtida durante a investigação criminal deve estar apta a produzir seus efeitos na fase processual. Com isso quer se dizer que, de nada adianta obter provas relevantes de autoria e materialidade de determinada infração penal, se posteriormente, essas provas forem consideradas ilícitas pela falta de cumprimento dos requisitos legais.

A celeridade e a certeza são igualmente relevantes para permitir a aplicação da punição devida como resposta à infração penal praticada. Contudo, não se pode cair na ideia de que uma resposta positiva é sempre necessária e a qualquer custo, quando também é importante que a investigação criminal, embora demorada, possa afastar uma acusação injusta.

Desta forma, é igualmente um elemento que integra a efetividade da investigação criminal, a sua condução com segurança jurídica no que tange aos meios de obtenção de provas, evitando excessos e equívocos frente aos direitos fundamentais dos investigados.

Uma investigação criminal efetiva, assim sendo, deve ser pautada pela celeridade, certeza e segurança jurídica, e também pela garantia de que será conduzida com a menor limitação de direitos fundamentais possível, o que implica na legalidade das técnicas investigativas a serem empregadas, sobretudo quando se está em jogo meios de obtenção de provas com forte caráter invasivo nos direitos e liberdades individuais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do que foi exposto, sem a pretensão de exaurir o enfrentamento do tema, até mesmo por ser ainda muito incipiente, é possível afirmar que na sociedade de risco, diante do contínuo desenvolvimento tecnológico, existe uma constante sensação de insegurança, o que, notadamente, gera reflexos no sistema penal.

Utilizando-se do aporte teórico de autores como Ulrich Beck e Anthony Giddens, observou-se a construção da sociedade de risco, com perspectivas e características relacionadas diretamente com a consolidação de uma sociedade pós-moderna, diante do processo contínuo de modernização.

Nessa sociedade de risco, a consciência dos riscos conduz inevitavelmente à sua avaliação e à procura da adequada proteção, quer se trate de riscos naturais, tecnológicos ou de outra origem, constituindo prioridade para o Estado na definição de suas políticas de organização e controle social, pautadas na busca por meios de controle de situações que coloquem em risco a dignidade e sustentabilidade da vida humana.

De acordo com o contexto analisado, a concepção de desenvolvimento, tal como idealizado pela sociedade, evidenciou que o progresso científico, da tecnologia e da indústria em busca de um crescimento social e econômico cada vez mais expressivo, mostrou-se incapaz de garantir o desenvolvimento próspero para todos, ao passo que também se mostrou capaz de produzir riscos até mesmo para as gerações futuras.

Desta forma, como meio de controle dos anseios sociais, a expansão penal, tanto pela via material, quanto pela via processual, encontrou fundamento nos riscos inerentes à complexidade da sociedade tecnológica globalizada, na medida em que se observou o surgimento de novos riscos antes imperceptíveis, bem como a maximização de riscos já conhecidos.

A crise paradigmática no sistema penal decorre da ausência de respostas concretas para os problemas sociais complexos da sociedade de risco, que tem na criminalidade organizada seu reflexo mais negativo. Tal constatação torna difícil a função do Estado em tentar conciliar um modelo efetivo de enfrentamento de novos paradigmas em concordância com as garantias e princípios constitucionais do Estado Democrático de Direito.

A criminalidade organizada encontra seus espaços nas muitas lacunas criadas pelos riscos gerados pelo próprio desenvolvimento da sociedade. Novas formas de se praticar crimes, bem como o surgimento de novos tipos penais, fazem com que a sociedade busque cada vez mais por segurança, cobrando do Estado medidas para frear o avanço da criminalidade.

Assim, como forma de buscar mecanismos adequados ao enfrentamento da criminalidade moderna, o Estado cria leis com o fim de tutelar novos bens jurídicos e que possibilitam novas técnicas investigativas como meios de obtenção de provas, buscando, desta forma, uma maior efetividade na persecução criminal, e conseqüentemente atender aos anseios sociais.

Neste contexto, os direitos fundamentais necessitam sofrer restrições e limitações para que o Estado possa cumprir seu dever de proteção penal aos bens jurídicos essenciais. Contudo, para cumprir esse dever, inevitavelmente o Estado precisa ponderar entre diversos direitos fundamentais em conflito, onde, muitas vezes, não se configura o equilíbrio entre a proibição de excesso e a proibição de proteção deficiente.

Neste plano, o conflito entre direitos fundamentais deverá ser solucionado por meio da ponderação em cada caso concreto, na medida em que não se pode aceitar que tenham precedência certos direitos fundamentais em detrimento de outros, sem que seja claramente exposto o excepcional motivo devidamente fundamentado de suas possíveis restrições, legitimadas pela própria Constituição.

Desta forma, a investigação criminal como atividade essencial à garantia do direito fundamental à segurança pública, encontra seus limites de atuação no imprescindível respeito aos direitos fundamentais, sobretudo aqueles direitos ligados à personalidade do indivíduo, como a privacidade e a intimidade.

A tutela constitucional da dignidade da pessoa humana mostra-se não somente como conteúdo negativo de abstenção, de não interferência nos direitos e liberdades individuais pelo Estado e pela sociedade. Daí decorre a importância também de uma tutela efetiva dos direitos à privacidade, à intimidade e à inviolabilidade de domicílio, extremamente necessários à dignidade humana.

Nesta senda, as flexibilizações desses direitos precisam necessariamente estar voltadas a um interesse maior para o bem coletivo. Ademais, por serem direitos fundamentais, as limitações ao direito à privacidade, à intimidade e à inviolabilidade de domicílio, somente podem ser consideradas legítimas nos casos de conflito com outros direitos da mesma categoria, logo, igualmente fundamentais.

Pode-se afirmar que a segurança pública e os demais direitos fundamentais têm vinculação e interdependência, sob o manto do Estado Democrático de Direito, ao passo que a garantia de direitos fundamentais também depende do desenvolvimento de políticas públicas no âmbito da segurança pública.

Este cenário, de acordo com que se tentou demonstrar, encontra fundamento nos preceitos constitucionais, pautado nas dimensões objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais, sustentando a existência de deveres objetivos de proteção impostos ao Estado, bem como a garantia aos indivíduos de que o Estado não irá intervir desnecessariamente em seus direitos e liberdades individuais.

Há de se considerar, contudo, que a investigação criminal devidamente legitimada pelo respeito aos estritos princípios do devido processo legal, é atividade essencial à manutenção da ordem pública, mormente no contexto da sociedade contemporânea, assolada pela criminalidade moderna.

Logo, buscar meios de entregar melhor efetividade à investigação criminal é, dentre outros, um caminho para o enfrentamento da criminalidade moderna, sobretudo a criminalidade organizada.

Importante lembrar que a efetividade da investigação criminal não é somente observada quando se obtém provas substanciais de determinada infração penal, mas também tem sua efetividade concretizada quando evita imputações injustas.

A possibilidade de reconstrução do fato criminoso não é absoluta, na medida em que a investigação criminal encontra limites na obtenção de conhecimento sobre as circunstâncias da infração penal e, sendo assim, admite-se somente uma verdade aproximada ou processual acerca do objeto da investigação.

A criminalidade moderna destaca-se pelo fato de suas condutas imporem grande dificuldade na obtenção de provas que possam resultar em uma sentença efetiva aos infratores. Logo, para buscar os elementos probatórios e entregar maior efetividade à persecução penal, a investigação criminal precisa estar apta a enfrentar a criminalidade moderna, dispondo, para isso, de instrumentos eficientes, mormente aqueles ligados às novas tecnologias.

É por meio dos elementos probatórios, com observância das garantias constitucionais processuais, que se pode contribuir para a segurança jurídica do ulterior provimento jurisdicional penal, possibilitando uma resposta rápida aos delitos praticados. A prova é, sobretudo, o objeto imediato da investigação criminal, que exige diversos métodos investigativos, demonstrando que a atividade probatória é a essência da investigação criminal.

Esta busca pela matéria probatória, entendida como qualquer atividade orientada à descoberta, obtenção, formalização, discussão e valoração de provas relativas à infração penal, é a base em torno da qual tudo mais se concretiza no devido processo legal. A prova é o núcleo fundamental do processo penal, na medida em que a ilegalidade na sua obtenção, tem o poder de deslegitimar toda a persecução criminal.

E, na sociedade contemporânea, com a organização e sofisticação das práticas delituosas, é cada vez mais imperativa a introdução de tecnologia e conhecimentos científicos na investigação criminal. Assim, surgiram novas metodologias investigatórias, como a infiltração policial, interceptação telefônica e a quebra de sigilo de dados, notadamente dirigidas à apuração dos crimes praticados por organizações criminosas.

É neste contexto de risco, onde a investigação criminal demanda a cada dia novos recursos em busca de uma maior efetividade, que surgem os drones como equipamento de alto poder tecnológico que podem trazer em sua estrutura dispositivos muito úteis na obtenção de provas.

Observou-se que os drones são considerados dispositivos que vem apresentando resultados positivos nas atividades de segurança pública, a exemplo policiamento ostensivo e investigativo, ações de inteligência, apoio ao cumprimento de mandados judiciais, escoltas de dignitários, presos, valores e cargas, dentre outros.

Em termos operacionais, a investigação criminal exige, muitas vezes, a exposição de policiais a sérios riscos. Nesse ponto, a utilização de drones pode ser muito estratégica e benéfica, na medida em que podem ser utilizados para cumprir diligências investigativas em localidades com alta probabilidade de confronto com criminosos, evitando-se, desta forma, a possibilidade de violação de diversos bens jurídicos, dentre os quais, a própria vida.

Pela sua diversidade e mobilidade, o drone pode chegar em locais onde um policial não conseguiria chegar, seja pelas características físicas e geográficas do local alvo da investigação, ou até mesmo por condições de segurança operacional.

Já se encontram em vigor regulamentações para o uso de drones no Brasil editadas pela ANAC e pelo DECEA, porém, tais normatizações abordam especificamente regras de segurança, tais como o registro destas aeronaves, certificação do operador, limitações de voos etc.

Assim como toda nova tecnologia que surge em descompasso com a atualização e adaptação do ordenamento jurídico, os drones, quando postos frente aos direitos fundamentais causam dúvidas e incertezas para o Direito.

Embora a lei já tenha incluído novos procedimentos no campo da investigação criminal para esclarecimento de crimes, os drones ainda não receberam tratamento normativo em matéria de persecução penal.

Pelas múltiplas possibilidades operacionais que oferecem, tornam-se muito eficazes ao servir como meio de obtenção de provas. No entanto, é necessário que a sua gestão seja efetuada

sem alterar a segurança das pessoas e, sobretudo, sem violar os direitos fundamentais desnecessariamente.

Tratou-se de ponderar o uso de drones devido à ameaça que este equipamento oferece à privacidade e à intimidade das pessoas, pois, tendo incorporado em sua estrutura dispositivos de captação de imagens, sons e vídeos, pode sobrevoar uma área particular, ou até mesmo planar ao lado da janela com a finalidade de capturar a intimidade das pessoas, que podem nem mesmo notar a presença do equipamento, na medida em que são cada vez menores e mais silenciosos.

Porém, não há ainda uma norma que trate diretamente da utilização de drones em investigações criminais. Assim, diante da capacidade invasiva aos direitos fundamentais, sobretudo quando utilizados em investigações criminais, é que se chama a atenção para a necessidade de uma melhor regulamentação do uso de drones em matéria de persecução criminal.

Tal concepção encontra apoio no reconhecimento dos direitos fundamentais como limites à investigação criminal, bem como no reconhecimento de que é a investigação criminal importante fase da persecução penal e, desenvolvê-la com efetividade e segurança jurídica só irá trazer resultados positivos no enfrentamento da criminalidade moderna.

Por fim, cabe ressaltar que o drone é uma tecnologia de vigilância, integrando-se à chamada hipervigilância, paradigma da sociedade contemporânea, que coloca evidência o uso de câmeras de segurança nas cidades. Pela sua flexibilidade de voo, o drone possui maior capacidade de vigilância do que uma câmera fixa, sendo, desta forma, uma ameaça maior aos direitos fundamentais, na medida em que pode ser uma extensão dos olhos de seu operador.

E, com a ausência de dispositivos normativos que regulamentem a utilização de drones em investigações criminais, verificou-se que o legislador já necessitou enfrentar problema semelhante quando editou a Lei de interceptação telefônica.

Destarte, ressalta-se que a lei que disciplina a interceptação telefônica como meio de obtenção de provas, tem se mostrado como importante instrumento no combate à criminalidade. Quando comparadas, a obtenção de provas por meio de interceptação telefônica, e a obtenção de provas por meio da utilização de drones, verifica-se a possibilidade de restrição aos mesmos direitos fundamentais para que o Estado possa tutelar a segurança pública, vale dizer, a privacidade e a intimidade.

Desta forma, na ausência de legislação pertinente à utilização de drones em matéria de persecução penal, cogita-se a utilização subsidiária da Lei de interceptação telefônica para suprir a lacuna legislativa e respaldar juridicamente a utilização de drones nas investigações criminais, na medida em que não se almeja utilizar a tecnologia drone para obter provas

substanciais de determinada infração penal e, posteriormente vê-las inutilizadas pela ilegalidade no seu procedimento de obtenção.

Por derradeiro, dada importância do respeito ao devido processo legal, como corolário de um Estado Democrático de Direito, faz-se imperiosa a normatização acerca da utilização de drones em investigações criminais, pois, ao Estado somente lhe é permitido fazer aquilo que a lei autorize. Em outras palavras, a legalidade é a diretriz básica que guia toda a atuação dos agentes públicos.

REFERÊNCIAS

- Aesp capacita agentes de segurança pública para operar drones.** Disponível em: < <https://www.policiaivil.ce.gov.br/2019/08/27/aesp-capacita-agentes-de-seguranca-publica-para-operar-drones/>>. Acesso em: 17/10/2021.
- ANAC. Drones. 2019. Disponível em: <<https://www.anac.gov.br/perguntas-frequentes/drones>>. Acesso em: 10/10/2021.
- ANAC. E94RBAC-E94EMD00. 2019. Disponível em:<<https://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/rbha-e-rbac/rbac/rbac-e-94>>. Acesso em: 10/10/2021.
- AMADO, Juan Antonio García. **Ponderación y Subsunción: Métodos Intercambiables.** 2014.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo Malheiros, 2011.
- _____. **Sistema jurídico, princípios jurídicos y razón práctica.** IV Jornadas Internacionales de Lógica e Informática Jurídicas. San Sebastián, 1988.
- _____. **Constitucionalismo Discursivo.** Tradução: Luís Afonso Hedk. 3ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.
- Agentes de Segurança Pública são capacitados para utilização de drones.** Disponível em: < <http://www.sesp.mt.gov.br/-/agentes-de-seguranca-publica-sao-capacitados-para-utilizacao-de-drones>>. Acesso em: 17/10/2021.
- ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos Pensamentos Criminológicos.** Tradução de Sérgio Lamarão. Revan. Rio de Janeiro, 2007.
- AREOSA, João. **Riscos Sociais, tecnologias e acidentes.** Mulemba, 2015. p. 4. Disponível em: < <https://journals.openedition.org/mulemba/348>>. Acesso em 19/10/2020.
- ARENDET, Hannah. **A condição humana.** 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- AUSTIN, Reg. **Unmanned Aircraft Systems. Uavs Design, Development and Deployment.** United Kingdom: Wiley, 2010.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo Penal.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.
- BALDAN, Édson Luis. **O jogo matemático da delação e a extorsão da prova mediante sequestro do investigado.** Boletim IBCCRIM, ano 13, nº 159, 2006.
- BARATTA *apud* SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, proporcionalidade e direitos fundamentais: o Direito penal entre a proibição de excesso e de insuficiência.** Revista Opinião Jurídica, nº 7, 2006.
- BARATTA, Alessandro. **La política Criminal y el Derecho Penal de la Constitución: Nuevas Reflexiones sobre el modelo integrado de las Ciencias Penales.** Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, nº 2, 1999.
- _____. **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do Direito Penal.** Tradução: Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
- BARBAI, Marco Aurélio. **A criminalidade no espaço digital: a formulação do sentido.** Unicamp, 2013.
- BARROS, Marco Antonio de. **Tutela Punitiva Tecnológica.** O Direito na Sociedade da Informação. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. **A busca da verdade no processo penal.** São Paulo: RT, 2002

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição.** 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro** (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In BARROSO, Luís Roberto. Org. A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: As Consequências Humanas.** Tradução: Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

_____. **Modernidade Líquida.** Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2005.

_____. **Vigilância Líquida. Diálogos com David Lyon.** Tradução: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2014.

BAUMAN, Zygmunt. **Medo Líquido.** Rio de Janeiro: Zahar, Tradução: Carlos Alberto Medeiros, 2008.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas.** São Paulo: Martin Claret, 2006.

BECHARA, Ana Elisa Libertore Silva. **Critérios Político-Criminais da Intervenção Penal no âmbito econômico: uma lógica equivocada.** In: FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael. **Direito penal econômico: questões atuais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco, rumo a outra modernidade.** 2ª ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

_____. **O que é globalização? Equívocos do globalismo: respostas à globalização.** Tradução: André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

_____. **La sociedad del riesgo global. En busca de la seguridad perdida.** Madri: Paidós, 2008.

BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. **Modernização Reflexiva: Política, Tradição e Estética na Ordem Social Moderna.** Tradução de Magda Lopes. São Paulo: Universidade Estadual Paulista, 1997.

BINDER, Alberto M. **Introdução ao Direito Processual Penal.** Tradução: Fernando Zani. Revisão e apresentação: Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade.** 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. **Comentários à Lei de Organização Criminosa.** São Paulo: Saraiva, 2014.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** São Paulo: Campus, 1992.

_____. **Teoria do Ordenamento Jurídico.** Tradução: Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 6ª ed. Brasília: Editora UNB. 1995.

_____. **Teoria Geral da Política.** Rio de Janeiro: Atlas. 2000.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BOROWSKI, Martin. **La restricción de los derechos fundamentales.** Revista Espanhola de Derecho Constitucional, nº 59, 2000. p.32 apud FREITAS, Luiz Fernando

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 29/09/2021.

_____. **Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 08/09/2021.

_____. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 11/10/2021.

_____. **Decreto nº 5.015 de 12 de março de 2004**. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm>. Acesso em: 14/09/2021.

_____. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm>. Acesso em: 18/08/2021.

_____. **DECEA. Sistemas de Aeronaves Remotamente Pilotadas e o Acesso ao Espaço Aéreo Brasileiro**. 2017. Disponível em: <<https://publicacoes.decea.gov.br/?i=publicacao&id=4510>>. Acesso em: 10/10/2021.

_____. **Ministério da Defesa. Comando da Aeronáutica. MCA 56-4**. Disponível em: <<https://publicacoes.decea.mil.br/api//storage/uploads/files/d0e95e4e-6aec-491b-93bdf98c77af980d.pdf>>. Acesso em: 13/10/2021.

_____. BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. HC nº 82.788/RJ. Relator: Ministro Celso de Mello. Segunda Turma. Julgado em: 12.04.2005. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3738038>>. Acesso em 10/10/2021.

BREUNIG, Fábio Marcelo; PRUDKIN, Gonzalo. *Et al.* **Drones e Ciência. Teoria e aplicações metodológicas**. Santa Maria: FACOS-UFSM, 2019.

BREUNIG, Fábio Marcelo; NETO, Rorai Pereira Martins. **Drones e Ciência. Teoria e aplicações metodológicas**. Santa Maria: FACOS-UFSM, 2019.

BRUM, Caroline Bussoloto de; MAURICIO, Milene. *Et al.* **Drones e Ciência. Teoria e aplicações metodológicas**. Santa Maria: FACOS-UFSM, 2019.

BUERGO, Blanca Mendoza. **El Derecho Penal em la Sociedad del Riesgo**. Madrid: Civitas, 2001.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

Calil de. **Direitos fundamentais: limites e restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

CALLEGARI, André Luís; MOTTA, Cristina Reindolff da. **Estado e Política Criminal: A Expansão do Direito Penal como Forma Simbólica de Controle Social**. In: Política Criminal Estado e Democracia. Porto Alegre: Lumen Juris, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

Case of Niemietz v. Germany. Disponível em: <<https://hudoc.echr.coe.int/rus#%7B%22itemid%22%3A%5B%22001-57887%22%5D%7D%3E>>. Acesso em: 11/10/2021.

CARDOSO, Gustavo. CASTELLS, Manuel. *et al.* **A Sociedade em Rede. Do Conhecimento à Ação Política**. Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2005.

CARNELUTTI, Francesco. **Derecho procesal civil y penal**. México: Episa, 1997.

_____. **Lecciones sobre el Proceso Penal**, Buenos Aires: Bosch, 1950.

CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Processo penal e constituição: princípios constitucionais do processo penal**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CASTELLS, Manuel. **A galáxia da Internet: Reflexões sobre Internet, Negócios e Sociedade**. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

_____. **A sociedade em rede**. vol 1. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

CASTRO, Catarina Sarmento. **Direito da informática, privacidade e dados pessoais**. Coimbra: Almedina, 2005.

CAUBET, Christian Guy. **O Escopo do Risco no Mundo Real e no Mundo Jurídico**. Governo dos Riscos. Rede Latino-Americana-Europeia sobre Governo dos Riscos. Unitar, 2005.

CHAMAYOU, Grégoire. **Teoria do Drone**. Tradução: Célia Euvaldo. São Paulo: Cosac Naify, 2015.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo Penal de Emergência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

_____. **Código de Processo Penal: Comentários consolidados e crítica jurisprudencial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

COLMENAREJO, María Jesús Ariza, **La utilización de drones como herramienta en la investigación penal**. Fodertics 4.0, Comares, Granada, 2015.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Fundamentais**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CONDE, Francisco Muñoz. **Valoración de las Grabaciones Audiovisuales en el Proceso Penal**. 2ª edición. Buenos Aires. Hamurabi, 2007.

Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 04/10/2021.

Constituição dos Estados Unidos da América Disponível em: <<https://bityli.com/54MLDe>>. Acesso em: 01/10/2021.

Constitución de la Nación Argentina. Disponível em: <https://siteal.iiep.unesco.org/sites/default/files/sit_accion_files/ar_6000.pdf>. Acesso em: 11/10/2021.

Constitución Española. Disponível em: <<https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/normativa/Normativa/CEportugu%C3%A9s.pdf>>. Acesso em: 11/10/2021.

Constituição da República Portuguesa. Disponível em: <<https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 11/10/2021.

COSTA JUNIOR, Paulo José da. **O direito de estar só: tutela penal da intimidade.** 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Disponível em: <https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf>. Acesso em: 11/10/2021.

Criminosos usaram drones para monitorar ataques em Araçatuba, diz PM. Disponível em: <<https://www.correiodopovo.com.br/not%C3%ADcias/pol%C3%ADcia/criminosos-usaram-drones-para-monitorar-ataques-em-ara%C3%A7atuba-diz-pm-1.681945>>. Acesso em: 09/09/2021.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de Processo Penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

Declaração dos Direitos do Homem de 1948. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>>. Acesso em: 28/09/2021.

Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declara%C3%A7%C3%A3o-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>>. Acesso em: 04/10/2021.

Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.declaracao_americana.htm>. Acesso em: 04/10/2021.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal. Parte geral.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais.** 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DONEDA, Danilo Cesar Maganhoto. **proteção de dados pessoais como um direito fundamental.** Joaçaba: Espaço Jurídico, vol 12, nº 2, 2011.

_____. **Considerações iniciais sobre os bancos de dados informatizados e o direito à privacidade.** 2000.

_____. **Privacidade, vida privada e intimidade no ordenamento jurídico brasileiro. Da emergência de uma revisão conceitual e da tutela de dados pessoais.** 2008. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/privacidade-vida-privada-e-intimidade-no-ordenamento-juridico-brasileiro-da-emergencia-de-uma-revisao-conceitual-e-da-tutela-de-dados-pessoais/>>. Acesso em: 01/01/2021.

DOTTI, René Ariel. **Proteção da vida privada e liberdade de informação: possibilidades e limites.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

Drone com celulares e drogas é apreendido na Penitenciária da Mata Grande. Disponível em: <<http://www.sesp.mt.gov.br/-/16944386-drone-com-celulares-e-drogas-e-apreendido-na-penitenciaria-da-mata-grande>>. Acesso em: 09/09/2021.

Drone minúsculo é desenvolvido pelo MIT. Disponível em: <<https://noardrone.com.br/lancamentos/drone-minusculo-e-desenvolvido-pelo-mit/>>. Acesso em: 20/09/2021.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila. **O direito e a hipercomplexidade.** São Paulo: Ltr, 2003.

FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada.** 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

FARIA COSTA, José de. **Direito Penal e globalização: reflexões não locais e pouco globais.** Coimbra editora: Coimbra, 2010.

FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de Direitos a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação.** 2ª ed. atual. Porto Alegre: Fabris Editor, 2000

_____. **Restrição de Direitos Fundamentais.** Disponível em: <Restrição de Direitos Fundamentais - TRF1 - <https://portal.trf1.jus.br> > portal > file>. Acesso em: 15/05/2021.

FELDENS, Luciano; SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Investigação criminal e ação penal.** Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2005.

FEITOZA, Denilson. **Direito Processual Penal. Teoria, Crítica e Práxis.** Niterói – RJ: Impetus, 2010.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional.** 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **O equilíbrio entre a eficiência e o garantismo e o crime organizado.** In Repressão Penal e o crime organizado, os novos rumos da política criminal após o 11 de setembro. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal.** 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

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.

_____. **Sigilo de dados: O direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado.** Revista da FD-USP, v. 88, 1993.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir.** Tradução: Raquel Ramallete. 20ª ed. Vozes, Petrópolis, 1999.

_____. **A sociedade punitiva: curso no Collège de France, 1972-1973.** Tradução: Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro.** Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

FREITAS, Luiz Fernando Calil de. **Direitos fundamentais. Limites e restrições.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

GAFFNEY, Christopher. **Segurança Pública e os Megaeventos no Brasil**. In: SANTOS JUNIOR, Orlando, *et al.* Brasil: os impactos da Copa do Mundo 2014 e das Olimpíadas 2016. Rio de Janeiro: E-papers, 2015.

GALANTE, Anthony. **10 Ways That Police Use Drones To Protect And Serve**. Disponível em: <<https://www.forbes.com/sites/stephenrice1/2019/10/07/10-ways-that-police-use-drones-to-protect-and-serve/?sh=7a8b53756580>>. Acesso em: 10/10/2021.

GAZOTO, Luís Wanderley. GOMES, Luiz Flávio. **Populismo Penal Legislativo. A Tragédia que não Assusta as Sociedades de Massa**. JusPodivm. 2020.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Tradução: Raul Kiker. São Paulo: Editora UNESP, 1991.

_____. **Modernidade e Identidade**. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2002.

_____. **Em defesa da Sociologia: ensaios, interpretações e réplicas**. São Paulo: Univesp, 2001.

GIACOMOLLI, Nereu José. **A fase preliminar do processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. **O devido processo legal: Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

GIORGI, Raffaele de. **Direito, Democracia e Risco: Vínculos Com o Futuro**. Safe, 1998.

_____. **O Risco na Sociedade Contemporânea**. Tradução: Cristiano Paixão, Daniela Nicola, Samantha Dobrowski. Revista do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade de Ciências Jurídicas de Santa Catarina. Florianópolis, nº 28, 1994.

_____. **Entrevista com o professor Raffaele de Giorgi**. Poder Judiciário do Estado de Rondônia. Tribunal de Justiça. Disponível em: <<https://tjro.jus.br/noticias/item/3658-entrevista-com-o-professor-raffaele-de-giorgi>>. Acesso em: 20/10/2020.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Risco e processo penal: uma análise a partir dos direitos fundamentais do acusado**. Salvador: Editora JusPodivm, 2009.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

Governo de São Paulo irá usar drones em substituição aos helicópteros Águia da PM. Disponível em: <<https://spagora.com.br/sao-paulo/governo-de-sp-ira-usar-drones-em-substituicao-aos-helicopteros-aguia-da-pm/>>. Acesso em: 14/10/2021.

GRAHAM, Stephen. **Cidades Sitiadas. O novo urbanismo militar**. Tradução: Alyne Azuma. 1ª ed. São Paulo: Boitempo, 2016.

GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação telefônica**. São Paulo: Saraiva, 1996.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades do processo penal**. 8ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

Grupo investigado por planejar atentados contra delegacias e policiais prestava serviço a outras facções. Organização criminosa, que também abastecia presídios com drogas e celulares usando drones, foi alvo de operação nesta sexta-feira. Disponível em: <<https://gauchazh.clicrbs.com.br/seguranca/noticia/2020/12/grupo-investigado-por-planejar->

atentados-contra-delegacias-e-policiais-prestava-servico-a-outras-faccoes-ckiuclut0003019wu23y2im1.html>. Acesso em: 13/10/2021.

HERNANDES, Jesús María Casal. **Los Derechos Fundamentales y sus Restricciones. Constitucionalismo comparado y jurisprudência interamericana**. Bogotá – Colômbia: Editorial Temis, Obras Jurídicas, 2020.

IBAÑEZ, Perfecto Andrés. **Valoração da Prova em Sentença Penal**. Organizador e Prefácio: Lédio Rosa de Andrade. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

INTERPOL - **Marco de Intervención ante incidentes con Drones**. Disponível em: <https://www.interpol.int/es/content/download/15298/file/DFL_DroneIncident_Final_SP.pdf?inLanguage=esl-ES>. p. 22. Acesso em: 19/09/2021.

JABUR, Gilberto Haddad. **A dignidade e o rompimento de privacidade**. In: MARTINS FILHO, Ives Gandra; MONTEIRO JUNIOR, Jorge Antônio. **Direito à Privacidade**. São Paulo: Ideias e Letras, 2005.

JACOBI, Pedro Roberto. **Educar na sociedade de risco: o desafio de construir alternativas**. Faculdade de Educação da USP. Revista em Educação Ambiental, 2007. p. 55. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/pea/article/view/30029>>. Acesso em: 05/11/2020.

JAKOBS, Günther. **Direito Penal do inimigo: noções e críticas**. Tradução: André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

JOHNSON, Steven. **Como chegamos até aqui**. Zahar. 2015.

KLATT, Matthias. **A Máxima da Proporcionalidade: um elemento estrutural do constitucionalismo global**. Tradução: João Costa Neto, Observatório da Jurisdição Constitucional. Brasília: IDP, ano 7, nº 1, jan/jun. 2014.

KNIJNIK, Danilo. **Prova Judiciária. Estudos sobre o novo direito probatório**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. **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, ano 2, nº 4, 2016.

KUNRATH, Cristina. **A Expansão da Criminalidade no Cyberspaço**. Universidade Estadual de Feira de Santana, 2017.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LEAL, Rogerio Gesta. **O Direito Penal e Processual Penal na Sociedade de Riscos: Aspectos Teóricos e Pragmáticos (Estudos de Casos)**. 1ª ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

Lei Fundamental da República Federal da Alemanha. Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>. Acesso em: 11/10/2021.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 4ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

_____. **Curso de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

LIMA, Paulo Marco Ferreira. **Crimes de computador e segurança computacional**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

LOPES JÚNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Moraes da. **Vasculhar aparelho celular só é possível com autorização judicial**. Revista Eletrônica Consultor Jurídico. Disponível em: <

<https://www.conjur.com.br/2018-fev-23/limite-penal-vasculhar-aparelho-celular-somente-autorizacao-judicial>>. Acesso em: 115/09/2021.

LOPES JÚNIOR, Aury, **Direito Processual Penal**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

_____. **Reforma processual penal e o reconhecimento de pessoas: entre a estagnação e o grave retrocesso**. Boletim do IBCCRIM, São Paulo, nº 200, jul, 2009.

_____. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

_____. **Introdução Crítica ao Processo Penal (Fundamentos da Instrumentalidade Garantista)**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005

LOPES JUNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação Preliminar no Processo Penal**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Sociedade do Risco e Direito Penal. Uma avaliação de novas tendências político-criminais**. São Paulo: IBCCRIM, 2005.

MALAN, Diogo. **Processo Penal aplicado à criminalidade econômico-financeira**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 114. Ano 23. São Paulo: RT, 2015.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008.

MARQUES, José Frederico. **Elementos do Direito Processual Penal**. Campinas: Bookseller, 1997.

MARTIN, Joaquín Delgado. **La criminalidad organizada**. Barcelona: Bosch Editor, 2001.

MARTÍN, Alicia Amer. **El derecho a la intimidad y la prueba obtenida mediante drones**. Disponível em: <<http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/11152-el-derecho-a-la-intimidad-y-laprueba-obtenida-mediante-drones/>>. Acesso em: 15/10/2021.

MAYA, André Machado. **O Processo Penal na Sociedade de Risco: A Persecução Penal entre os Ideais de Liberdade e Segurança**. Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição, 2017.

_____. **A Justiça Penal Negocial como Horizonte para um Novo Processo Penal**. Direito Fundamental à Segurança e Direitos de Liberdade: a complexa harmonia em matéria penal. Fundação Escola Superior do Ministério Público, 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime Organizado. Aspectos Gerais e Mecanismos Legais**. 6ª ed. Revista atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Atlas, 2016.

MONTOYA, Mario Daniel. **Máfia e crime organizado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito Penal Racional: Propostas para a construção de uma teoria da legislação e para uma atuação criminal preventiva**. Curitiba: Juruá, 2016.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

O surgimento e o desenvolvimento do *right of privacy* nos Estados Unidos. Disponível em: <https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao064/Leonardo_Zanini.html>. Acesso em: 01/10/2021.

Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 28/09/2021.

PALMA, Maria Fernanda. **Introdução ao Direito da investigação criminal e da prova**. Coimbra: Almedina, 2014.

PAZIM, Ronaldo Zanata. **Drones e a invasão da privacidade alheia. O conflito das novas tecnologias com o direito à intimidade**. 1ª ed. Cerquillo, São Paulo, 2021

PEREIRA, Eliomar da Silva. **Teoria da Investigação Criminal**. São Pulo: Almedina, 2019.

_____. **Saber e Poder: o processo (de investigação) penal**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019.

PEREIRA, Flávio Cardoso. **Meios extraordinários de investigação criminal: infiltrações policiais e entregas vigiadas (controladas)**. Editora Revista do Ministério Público do Estado de Goiás, 2008.

_____. **Agente Infiltrado desde el Punto de Vista del Garantismo Procesal Penal**. Lisboa: Juruá, 2015.

_____. **A moderna investigação criminal: infiltrações policiais, entregas controladas e vigiadas, equipes conjuntas de investigação e provas periciais de inteligência. Limites Constitucionais da Investigação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PÉREZ LUNO, Antonio-Enrique. **La seguridad jurídica**. Barcelona: Ariel, 1991.

PRONI, Marcelo Weishaupt. **História do Capitalismo**. Unicamp, 1997.

Predator RQ-1 / MQ-1 / MQ-9 Reaper UAV. Disponível em: <<https://www.airforce-technology.com/projects/predator-uav/>>. Acesso em: 21/09/2021.

PULIDO, Carlos Bernal. **El principio de proporcionalidade y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidade como critério para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador**. Cuarta edición. Universidad Externado de Colombia, 2014.

QUIROGA, Jacobo López Barja de. **El agente encubierto**. Revista Jurídica La Ley, Diario, Madrid, v. 4778, 1999.

ROSA, Carlos Augusto de Proença. **História da Ciência. A Ciência Moderna**. 2ª ed. Brasília: FUNAG, 2012.

ROBALDO, José Carlos de Oliveira; VIEIRA, Vanderson Roberto. **A sociedade de risco e a dogmática penal**. São Paulo: IBCCRIM, 2002. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/a-sociedade-do-risco-e-a-dogmatica-penal/>>. Acesso em: 05/11/2020.

RIPOLLÉS, José Luis Díez. **De la Sociedad del Riego a la Seguridad Ciudadana: Um Debate Desenfocado**. In: Política Criminal, Estado e Democracia. Homenagem aos 40 anos do

Curso de Direito e aos 10 anos do Curso de Pós-Graduação em Direito da Unisinos. André Luís Callegari (Org.) Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

RODOTÁ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ROXIN *apud* NEVES, Sheilla Maria da Graça Coitinho das. **A tutela penal dos bens jurídicos supraindividuais: um desafio da pós-modernidade**. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/a-tutela-penal-dos-bens-juridicos-supra-individuais-um-desafio-da-pos-modernidade/>>. Acesso em: 22/11/2020.

SAAD, Marta. **O direito de defesa no inquérito policial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **Exercício do direito de defesa no inquérito policial**. Boletim IBCCRIM, n° 166, setembro, 2006.

SÁ, Maria Irene da Fonseca e. **José Saramago: Um olhar sobre a globalização e a sociedade da informação**. Jistem Brazil. Vol. 13, 2016.

SANCHÍS, Luís Prieto. **Justicia Constitucional y derechos fundamentales**. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

SÁNCHEZ, Jesus-Maria Silva. **A expansão do direito penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Aproximação ao Direito Penal Contemporâneo**. Tradução: Roberto Barbosa Alves. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SÁNCHEZ, Maria Del Mar Navas. **Inviolabilidad o intimidad domiciliar? A propósito de la jurisprudência constitucional sobre el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio**. Revista de Derecho Político, n° 81, Mayo/ago. 2011.

SANTOS, Boaventura de Souza. **A ilusão “Desglobalização”**. Disponível em: <https://outraspalavras.net/geopoliticaeguerre/boaventura-a-ilusoria-desglobalizacao/>. Acesso em: 23/10/2020.

SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização. Do pensamento único à consciência universal**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2001.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.

São Paulo terá novo programa Olho de Águia 4.0 com uso de drones. Disponível em: <<https://www.saopaulo.sp.gov.br/ultimas-noticias/sao-paulo-tera-novo-programa-olho-de-aguia-4-0-com-uso-de-drones/>>. Acesso em: 17/10/2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, proporcionalidade e direitos fundamentais: o Direito penal entre a proibição de excesso e de insuficiência**. Revista Opinião Jurídica, n° 7, 2006.

_____. **Direitos Fundamentais e Proporcionalidade: notas a respeito dos limites e possibilidades da aplicação das categorias da proibição de excesso e de insuficiência em matéria criminal**. Revista da AJURIS, n° 109, v. 35, 2008.

_____. **Eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

_____. **Mark Tushnet e as assim chamadas dimensões (“gerações”) dos direitos humanos e fundamentais: breves notas.** *Journal of Institutional Studies* 2, 2016.

_____. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. **A inviolabilidade do domicílio e seus limites: o caso do flagrante delito.** *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, vol. 14, nº 14, p. 544-562, julho/dezembro de 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional.** 6ª.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

SCHWAB, Klaus. **A Quarta Revolução Industrial.** Tradução: Daniel Moreira Miranda. 1ª ed. São Paulo: Edipro, 2016.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas,** 2ª ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris. 2008.

SHAW, Ian. **The Urbanization of drone warfare: policing surplus populations in the dronepolis.** *Geographica Helvetica.* 2016.

SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão.** Tradução: Beatriz Hennig; Leonardo Martins; Mariana Bigelli de Carvalho; Tereza Maria de Castro; Vivianne Galdes Ferreira. Montevideo, Uruguay: Fundación Konrad-Adenauer, 2005.

SIMÃO, Adalberto F. PEREIRA, Sergio Luiz. **A Empresa Ética em Ambiente Ecoeconômico: a contribuição da empresa e da tecnologia da automação para o desenvolvimento sustentável inclusivo.** São Paulo: Quartier Latin, 2014.

SILVA, Pablo Rodrigo Aflen da. **A problemática das leis penais em branco face ao Direito Penal do Risco.** *Direito em revista. Revista de divulgação científica da ULBRA/SÃO JERÔNIMO.* Porto Alegre, v. 2, nº 1, 2003.

SILVA, José Afonso da. **A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia.** *Revista de Direito Administrativo,* Rio de Janeiro: Renovar, nº 122, abr./jul. 1998.

_____. **Poder constituinte e poder popular: estudos sobre a Constituição.** São Paulo: Malheiros, 2000

SILVA, Virgílio Afonso da. **O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais.** *Revista de Direito do Estado* 4, 2006.

_____. **Princípios e Regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção.** *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais,* 2003.

_____. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia.** 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Solange Teles da. **Princípio da Precaução: Uma nova postura em face dos riscos e incertezas científicas.** In: *Princípio da Precaução / Marcelo Dias Varella e Ana Flávia Barros Platiau,* organizadores. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo. Saraiva, 2013.

SIMÃO, Adalberto F. FERNANDES, Aguinaldo A. *Et al.* **Automação e Sociedade**. Rio de Janeiro: Brasport, 2018.

SOUZA, Luciano Anderson de. **Expansão do Direito Penal e Globalização**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

STRECK *apud* SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, proporcionalidade e direitos fundamentais: o Direito penal entre a proibição de excesso e de insuficiência**. Revista Opinião Jurídica, nº 7, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Parte Geral. 11ª ed. São Paulo Revista dos Tribunais, 2015.

STRECK, Maria Luiza Schäfer. **O Direito Penal e o Princípio da Proibição de Proteção Deficiente: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais**, 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 2008. Disponível em: <<http://dominiopublico.mec.gov.br/download/teste/arqs/cp082713.pdf>>. Acesso em: 18/11/2020.

STRECK, Lenio Luiz. **As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais: constituição, cidadania, violência: a Lei 9.296 e seus reflexos processuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

_____. **As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TÁCITO, Caio. **Constituições brasileiras**. Senado Federal. Secretaria Especial de Editoração e Publicações. Brasília, 2012.

TAVARES, Juarez; CASARA, Rubens. **Prova e Verdade**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2020.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. Volume 1. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Crime nº 70058879545, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Conrado Kurtz de Souza, julgado em 28/08/2014). Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/137405389/apelacao-crime-acr-70058879545-rs/inteiro-teor-137405395>>. Acesso em: 12/10/2021.

TUCCI, Rogério Lauria. **Persecução Penal, prisão e liberdade**. São Paulo: Saraiva. 1980.

_____. **Busca e Apreensão** (direito processual penal) Doutrinas Essenciais Processo Penal. Revista dos Tribunais, vol. 3, p. 1231-1244, jun. 2012.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Teoria Geral do Direito Policial**. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2019.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e justiça criminal negocial. Análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro**. São Paulo: IBCCRIM, 2015.

VIANNA, Túlio Lima. **Transparência pública, opacidade privada**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos fundamentais. Uma leitura da jurisprudência do STF**. São Paulo. Malheiros, 2016.

VIEIRA, José Ribas. **Direitos à intimidade e à vida privada**. Curitiba: Juruá, 2011.

Weeks v. United States, 232 U.S. 383 (1914). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/232/383/>>. Acesso em 19/09/2021.

WHITTLE, Richard. **The Man Who Invented the Predator.** Disponível em: <<https://www.airspacemag.com/flight-today/the-man-who-invented-the-predator-3970502/>>. Acesso em: 21/09/2021.

WOLF, Harrison. **Drones: Safety Risk Management for the Next Evolution of Flight.** 1ª ed. New York: Routledge, 2017.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **La globalización y las actuales orientaciones de la política criminal. Direito e Cidadania,** Praia, Cabo Verde, 2000.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; *et. al.* **Direito penal brasileiro: teoria geral do direito penal.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.