

**INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, DESENVOLVIMENTO E PESQUISA - IDP  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU  
DOUTORADO EM DIREITO**

**VÍCTOR MINERVINO QUINTIERE**

**A PERSECUÇÃO PENAL DAS SOCIEDADES PÓS-INDUSTRIAIS: ANÁLISE DA  
EXPANSÃO DO DIREITO PENAL À LUZ DO *DATAVEILLANCE* E SEU IMPACTO  
NA INTERPRETAÇÃO DO DIREITO AO SILÊNCIO (*NEMO TENETUR SE  
DETEGERE*) E DA PRIVACIDADE DIGITAL**

**BRASÍLIA-DF**

**2021**

**VÍCTOR MINERVINO QUINTIERE**

**A PERSECUÇÃO PENAL DAS SOCIEDADES PÓS-INDUSTRIAIS: ANÁLISE DA  
EXPANSÃO DO DIREITO PENAL À LUZ DO *DATAVEILLANCE* E SEU IMPACTO  
NA INTERPRETAÇÃO DO DIREITO AO SILÊNCIO (*NEMO TENETUR SE  
DETEGERE*) E DA PRIVACIDADE DIGITAL**

Tese de Doutorado apresentada ao Programa de pós-graduação *stricto sensu* do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP para obtenção do título de Doutor em Direito.

Orientador: Prof. Dr. André Luis Callegari

**BRASÍLIA-DF**

**2021**

VÍCTOR MINERVINO QUINTIERE

**A PERSECUÇÃO PENAL DAS SOCIEDADES PÓS-INDUSTRIAIS: ANÁLISE DA  
EXPANSÃO DO DIREITO PENAL À LUZ DO *DATAVEILLANCE* E SEU IMPACTO  
NA INTERPRETAÇÃO DO DIREITO AO SILÊNCIO (*NEMO TENETUR SE  
DETEGERE*) E DA PRIVACIDADE DIGITAL**

Tese de Doutorado apresentada ao Programa de pós-graduação *stricto sensu* do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP para obtenção do título de Doutor em Direito.

Brasília, \_\_ de \_\_\_\_\_ de 2021.

**Banca examinadora**

---

Prof. Dr. André Luis Callegari  
Presidente da banca e orientador

---

Prof. Dr. Nereu José Giacomolli  
Examinador

---

Prof. Dr. Antônio Henrique Graciano Suxberger  
Examinador

---

Prof. Dr. Ademar Borges de Sousa Filho  
Examinador

QUINTIERE, Víctor Minervino

A PERSECUÇÃO PENAL NAS SOCIEDADES PÓS-INDUSTRIAIS

Análise da expansão do Direito Penal à luz do *Dataveillance* e seu impacto na interpretação do direito ao silêncio (*nemo tenetur se detegere*) e da privacidade digital

Tese (Doutorado) – Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP:  
Programa de Pós-Graduação stricto sensu em Direito – 2021.

## AGRADECIMENTOS

A elaboração de uma tese, naturalmente e em condições normais de temperatura e pressão, é um grande desafio. Infelizmente, ao longo das páginas e capítulos, não apenas o Brasil, como todo o mundo, se viu paralisado em virtude da pandemia da COVID-19. Esse momento, naturalmente, em que pese ter tornado ainda mais difícil a continuidade desse projeto, jamais o alçou à condição do impossível.

Em momentos que modificam (na maioria prejudicando) drasticamente nossas rotinas como a pandemia da COVID-19, as bases que me foram passadas por meus pais, Denise Cardoso Minervino e Marcelo de Miranda Ribeiro Quintiere, nunca antes foram tão valiosas. Com vocês aprendi a aliar disciplina, comprometimento e perseverança em tudo aquilo que me proponho a fazer. Ao longo do isolamento social, pude me associar, cada dia mais, aos textos e contextos próprios da pesquisa que me propus a fazer. A isso sou (e serei) eternamente grato e vocês sabem. E quem diria que o menino que se expressava através da expressão “gangangan” estaria aqui, nesse momento, tentando buscar soluções para o Direito Penal Contemporâneo não apenas no Brasil como no mundo. Muito obrigado!

À minha esposa, Priscila Bittencourt de Carvalho Quintiere, agradeço do fundo de meu coração por ter me apoiado nos altos e baixos inerentes à escrita de uma tese. Ao seu lado, busco me desenvolver, sempre com alegria, e me tornar um ser humano melhor. Você é luz, responsável por gestar o nosso amado bebê, o Victinho, circunstância que me faz ser ainda mais grato à sua existência. Mesmo com todos os momentos nos quais tive que me dedicar, a realização desse projeto, em minha mente uma das nossas músicas jamais saiu de minha cabeça, dando oxigênio para que meu coração batesse ainda mais forte em prol de atingir a meta, Que os anos passem e que você jamais se esqueça de que é “assim, um sonho para mim”. Te amo!

Aos meus irmãos, Fernando Quintiere e Beatriz Quintiere, o nascimento de vocês dois deu brilho à minha vida. Mesmo com o meu afastamento momentâneo em virtude desse projeto, vocês sempre me deram carinho e compreensão. Na condição de irmão mais velho, além de dizer que aprendo muito com cada um de vocês, espero que essa pequena contribuição sirva de exemplo de comprometimento com aquilo que nos propomos a fazer. Amo vocês, não se esqueçam!

Aos meus sogros Márcio Carvalho e Renata Carvalho, bem como à minha cunhada que, na verdade, considero como minha irmã mais nova, Catharina Carvalho, muito obrigado por sempre me tratarem bem ao longo desses anos nos quais tive, infelizmente, de desprender horas, dias e semanas nos meus estudos. Vocês, além de fazerem parte da minha família, são os responsáveis por aquela que é um verdadeiro presente na minha vida, minha esposa e melhor amiga. Muito obrigado!

Às minhas avós, Ligia Cardoso Minervino, Marina Miranda de Riberio Quintiere, avôs José Minervino (como ele gostava de ser chamado), *in memoriam* e Sérgio Quintiere, *in memoriam* e aos queridos Márcio Nunes de Carvalho e Maria Luiza Cruz Nunes de Carvalho, que carinhosamente considero igualmente como avós, agradeço por tantos aprendizados ao longo dessa caminhada que se chama vida.

Aos meus tios, tias, primos, primas e agregados(as), fica aqui o meu mais profundo agradecimento por todo o apoio demonstrado ao longo dessa caminhada.

Ao meu querido pai jurídico, Bruno Espiñeira Lemos, os seus ensinamentos que carrego há 10 (dez) anos foram (e são) fundamentais para esse momento. Muito obrigado por servir de inspiração profissional e pessoal ao seu jovem e orgulhoso filho jurídico.

Aos meus alunos(as), ex-alunos(as) e colegas de profissão ao longo desses quase 10 (dez) anos

de magistério, fica o meu registro de agradecimento por tudo que me fizeram viver e que geraram a vontade de seguir pelo caminho acadêmico. Muito obrigado!

Ao meu orientador, Dr. André Luis Callegari, linhas não são suficientes (nem justas) para demonstrar a minha gratidão por todas as instruções e aconselhamentos ao longo dessa caminhada. Profissional pelo qual nutro profunda admiração, o meu muito obrigado!

Aos meus colegas do Doutorado, todos representados nessas pessoas de José Evande e Leonardo Nascimento, agradeço pelos conselhos e parceria ao longo desses três anos de convívio. Tenham certeza de que são exemplos profissionais e humanos em minha trajetória.

Por fim, não se trata propriamente de um agradecimento, senão de uma homenagem à todas as vítimas em todo o mundo da pandemia do COVID-19. Que a tecnologia e a ciência, não apenas aqui, no Direito Penal, como na área da saúde, possam tornar cada vez mais eficiente o combate às mazelas que atormentam a sociedade em todo o mundo.

## INVICTUS

“Dentro da noite que me rodeia  
Negra como um poço de lado a lado  
Agradeço aos deuses que existem por minha  
alma indomável  
Sob as garras cruéis das circunstâncias  
Eu não tremo e nem me desespero  
Sob os duros golpes do acaso  
Minha cabeça sangra, mas continua erguida.  
Mais além deste lugar de lágrimas e ira,  
Jazem os horrores da sombra.  
Mas a ameaça dos anos,  
Me encontra e me encontrará, sem medo.  
Não importa quão estreito o portão  
Quão repleta de castigo a sentença,  
Eu sou o senhor de meu destino  
Eu sou o capitão de minha alma.”  
(William Ernest Henley)

## RESUMO

A tese possui como tema o Direito Penal e como delimitação a análise da persecução penal, especificamente da expansão do Direito Penal, à luz do avanço da tecnologia, tendo sido escolhida a ferramenta do *dataveillance* para fins de verificação da hipótese. Diante disso, o objetivo central consistiu em responder à seguinte pergunta: o conjunto de instrumentos e normas existentes no Brasil, com foco na proteção de metadados, atualmente, garante ao Estado eficiência na análise preventiva e repressiva às infrações penais, através da utilização de técnicas especiais de investigação como a do *criminal dataveillance*? Para responder à essa pergunta adotou-se como metodologia de pesquisa o método de revisão bibliográfica em relação aos conceitos de expansionismo penal e suas velocidades, *criminal dataveillance*, direito ao silêncio, privacidade digital e o *dataveillance* racial, o método de abordagem indutivo em relação à análise das leis nacionais e internacionais sobre a proteção de dados e metadados e a metodologia de análise de decisões – MAD em relação aos precedentes nacionais e internacionais envolvendo a privacidade digital e o direito ao silêncio. No primeiro capítulo, tendo sido usado como recurso metodológico a revisão bibliográfica da obra de Jesús-María Silva Sánchez e as críticas a esse autor existentes, o objetivo específico consistiu em delimitar os conceitos de sociedade pós-industrial, expansionismo penal e velocidades do Direito Penal, tendo sido possível concluir pela correlação entre o referencial teórico e o incremento da tecnologia nas sociedades pós-industriais. O segundo capítulo teve por objetivo específico, diante do conceito de *dataveillance*, compreendido como técnica de coleta de metadados, demonstrar que as leis brasileiras e estrangeiras não estabelecem tanto o conceito de *dataveillance* como a sua aplicação para processos penais. O terceiro capítulo teve por objetivo específico analisar os conceitos tradicionais de privacidade, tendo sido feito o exame da própria intimidade na era da informação, e do direito ao silêncio (*nemo tenetur se detegere*) para, diante do incremento da tecnologia e seus efeitos na sociedade atual, estabelecer novas perspectivas para a realidade do direito penal e processual penal. No quarto capítulo, o objetivo específico consistiu em, a partir do diálogo entre *dataveillance* e o direito processual penal, analisar os efeitos da utilização da tecnologia na criminologia, momento onde foi possível concluir que, a falta de cuidado com a regulamentação do tema no Brasil, pode gerar o inadmissível *dataveillance* racial, consistente no desequilíbrio na utilização da técnica especial de coleta de metadados em desfavor de pessoas historicamente excluídas no contexto brasileiro. Diante das conclusões específicas e da insuficiência das velocidades do Direito Penal reconhecidas pelo exame do expansionismo penal até o momento, foi estabelecida a chamada quinta velocidade, sendo caracterizada pela 1) utilização da tecnologia no combate preventivo e repressivo aos crimes, 2) aumento da produção de indícios de autoria e materialidade por parte do Estado o que, no longo prazo, repercutirá no próprio funcionamento da estrutura investigativa e nos gastos públicos, 3) atualização do conceito do *nemo tenetur se detegere*, o qual, diante das atualizações que a era da informação gera, deverá ser respeitado pelas autoridades públicas, 4) manutenção da ideia da privacidade digital, em especial, no direito penal, devendo qualquer 4.1) incursão do Estado ser autorizada previamente por decisão judicial fundamentada com base no caso sob exame, 4.2) não podendo, entretanto, a privacidade na era digital ser comparada com os conceitos clássicos e 5) mudança de paradigma relacionado ao tempo e quantidade de garantias fornecidas ao acusado diante do advento da tecnologia como verdadeiro elemento coringa capaz de otimizar referidos elementos, independentemente da gravidade do crime.

**Palavras-chave:** Direito Penal e Tecnologia. Quinta velocidade do Direito Penal. *Criminal Dataveillance*. Metadados. Direito ao Silêncio.



## ABSTRACT

The thesis has as its theme Criminal Law and as a delimitation the analysis of criminal prosecution, specifically the Criminal Law expansion, in the light of the advancement of technology, having chosen the data surveillance tool for purposes of verifying the hypothesis. Therefore, the central objective is to answer the following question: the set of instruments and standards existing in Brazil, with a focus on the protection of metadata, currently guarantees the State efficiency in the preventive and repressive analysis of criminal offenses, through the use of techniques special investigations such as that of criminal dataveillance? To answer this question, the literature review method was adopted as a research methodology in relation to the concepts of penal expansionism and its speeds, criminal dataveillance, right to silence, digital privacy and electoral dataveillance, the inductive approach method in relation to analysis of national and international laws on data and metadata protection and decision analysis methodology - MAD in relation to national and international precedents involving digital privacy and the right to silence. In the first chapter, having been used as a methodological resource to bibliographical review of the work of Jesús-María Silva Sánchez and the criticisms of that author, the specific objective was to delimit the concepts of post-industrial society, penal expansionism and penal law speeds, and it was possible to conclude by the correlation between the theoretical framework and the increase in technology in post-industrial societies. The second chapter had the specific objective, given the concept of dataveillance, understood as a metadata collection technique, to demonstrate that Brazilian and foreign laws do not establish both the concept of dataveillance and its application to criminal proceedings. The third chapter had the specific objective of analyzing the traditional concepts of privacy, having examined the intimacy itself in the information age, and the right to silence (*nemo tenetur se detegere*) for, in view of the increase in technology and its effects on society present, establish new perspectives for the reality of criminal law and criminal procedure. In the fourth chapter, the specific objective was to analyze, from the dialogue between dataveillance and criminal procedural law, the effects of the use of technology in criminology, when it was possible to conclude that the lack of care with the regulation of the theme in Brazil, can generate the unacceptable racial data surveillance, consistent with the imbalance in the use of the special metadata collection technique to the detriment of people historically excluded in the Brazilian context. In view of the specific conclusions and the insufficiency of the penal law speeds recognized by the examination of penal expansionism to date, the so-called fifth speed has been established, being characterized by 1) the use of technology to prevent and repress crimes, 2) increased production evidence of authorship and materiality on the part of the State, which, in the long run, will have an impact on the very functioning of the investigative structure and public spending, 3) updating the concept of *nemo tenetur se detegere*, which, in the face of the updates that the era of information generates, must be respected by public authorities, 4) maintenance of the idea of digital privacy, especially in criminal law, any 4.1) State incursion must be previously authorized by reasoned judicial decision based on the case under examination, 4.2) no however, privacy in the digital age can be compared with classic concepts and 5) a related paradigm shift to the time and amount of guarantees provided to the accused in the face of the advent of technology as a true wild element capable of optimizing such elements, regardless of the gravity of the crime.

**Keywords:** Criminal Law and Technology. Fifth speed of Criminal Law. Criminal Dataveillance. Metadata. Right to Silence.

## **LISTA DE QUADROS**

<b>QUADRO 1 - INDÍCIOS DO INSTITUTO EM DIPLOMAS NORMATIVOS ESPARSOS.....</b>	<b>61</b>
<b>QUADRO 2 - EXISTÊNCIA DO GÊNERO AÇÃO CONTROLADA EM LEIS E DISPOSITIVOS .....</b>	<b>62</b>
<b>QUADRO 3 - DISPOSITIVOS CRIMINAIS NA HISTÓRIA BRASILEIRA ....</b>	<b>80</b>

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>13</b>
<b>1 EXPANSIONISMO DO DIREITO PENAL.....</b>	<b>19</b>
1.1 <b>Compreendendo as sociedades pós-industriais, a pós-modernidade e a modernidade tardia brasileira.....</b>	<b>19</b>
1.2 <b>Jesús-María Silva Sánchez e o Expansionismo penal.....</b>	<b>31</b>
1.3 <b>Velocidades no Direito Penal pós Silva Sánchez: 4ª e 5ª velocidades?.....</b>	<b>94</b>
1.4 <b>Críticas feitas ao expansionismo penal de Jesús-María Silva Sánchez: Uma leitura constitucional.....</b>	<b>96</b>
<b>2 A PROTEÇÃO DE DADOS E O <i>DATAVEILLANCE</i> NO DIREITO BRASILEIRO.....</b>	<b>100</b>
2.1 <b>Considerações preliminares.....</b>	<b>100</b>
2.2 <b>Proteção de dados no Exterior.....</b>	<b>105</b>
2.2.1 União Europeia.....	105
2.2.2 Estados Unidos da América.....	112
2.3 <b>Mecanismos de proteção de metadados e o conceito de <i>dataveillance</i>.....</b>	<b>116</b>
2.4 <b>Proteção de metadados na legislação brasileira.....</b>	<b>132</b>
2.4.1 Considerações preliminares a respeito do panorama legislativo existente no Brasil.....	133
2.4.2 O <i>dataveillance</i> na Legislação brasileira: análise crítica.....	143
<b>3 A PERSECUÇÃO PENAL BRASILEIRA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....</b>	<b>148</b>
3.1 <b>Considerações preliminares.....</b>	<b>148</b>
3.2 <b>Direitos Fundamentais aplicáveis ao exame da quinta velocidade do Direito Penal: intimidade na sociedade da informação vs direito ao silêncio (<i>nemo tenetur se detegere</i>) .....</b>	<b>149</b>
3.2.1 Direitos fundamentais em perspectiva.....	149
3.2.2 Direito à privacidade x direito á intimidade.....	151
3.2.3 Intimidade na sociedade da informação.....	152

3.2.4	Direito ao silêncio ( <i>nemo tenetur se detegere</i> ): passado, presente e perspectivas diante do aparelhamento tecnológico próprio das sociedades pós-industriais.....	156
3.2.5	Perspectivas jurisprudenciais do Direito ao silêncio e a sua (in) aplicabilidade para as pessoas jurídicas.....	169
3.2.6	Análise da questão à luz do estudo de caso concreto: O que foi e quais são os efeitos do julgamento do RMS 61.302/RJ perante o Superior Tribunal de Justiça.....	181
<b>3.3</b>	<b>Análise crítica do cenário brasileiro a respeito da proteção de dados e sua aplicabilidade no enfrentamento ao crime.....</b>	<b>184</b>
<b>4</b>	<b>REALIDADE E PERSPECTIVAS DO <i>DATAVEILLANCE</i> NO BRASIL.....</b>	<b>190</b>
<b>4.1</b>	<b>Considerações preliminares.....</b>	<b>190</b>
<b>4.2</b>	<b>Diálogo entre o <i>dataveillance</i> e o Direito Processual Penal.....</b>	<b>192</b>
<b>4.3</b>	<b>Os efeitos da tecnologia na persecução penal e no Estado Democrático de Direito Brasileiro: <i>dataveillance</i> racial.....</b>	<b>205</b>
<b>4.4</b>	<b>(In)aplicabilidade do <i>dataveillance</i> como mecanismo preventivo de diminuição de crimes.....</b>	<b>223</b>
<b>4.5</b>	<b>Proposta de regulamentação do <i>dataveillance</i> .....</b>	<b>230</b>
	<b>CONCLUSÕES.....</b>	<b>234</b>
	<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>261</b>
	<b>APÊNCIDE.....</b>	<b>304</b>

## INTRODUÇÃO

A tese possui como tema o estudo do fenômeno da expansão do direito penal e, como delimitação, a análise do desenvolvimento da persecução penal pelo Estado, especificamente aquela relativa às velocidades do Direito Penal, à luz do avanço da tecnologia, tendo sido escolhida a ferramenta do *dataveillance* para fins de verificação da hipótese.

Diante disso, o problema de pesquisa é o seguinte: o conjunto de instrumentos e normas existentes no Brasil, com foco na proteção de metadados, atualmente, garante ao Estado eficiência na análise preventiva e repressiva às infrações penais, através da utilização de técnicas especiais de investigação como a do *criminal dataveillance*?

Objetivando situar o leitor sobre o que se está a tratar, o *criminal dataveillance*, técnica de coleta de metadados, pode ser visualizada através dos seguintes exemplos, em especial, para que seja possível a compreensão do que significa o termo metadado:

1) Ao invés de focarmos a atenção no conteúdo de cartas (dados), o *criminal dataveillance* tem por objetivo analisar a gramatura do papel, a fonte utilizada, o fluxo da mensagem entre remetente e destinatário e demais informações periféricas (metadados).

2) Quando João, mostra um texto escrito em seu celular (dados) para Maria, ao invés de focar no texto, Maria, caso queira analisar os metadados, deve se ater às características de armazenamento da informação, se o arquivo foi editado ou não, dentre outros fatores externos ao conteúdo em si.

A tese possui como hipótese a constatação de que não existe, no conjunto de instrumentos e normas existentes não apenas no Brasil como no exterior, especificamente no que diz respeito às ferramentas de coleta de metadados, tais como a técnica especial de investigação ao longo dos capítulos denominada de *criminal dataveillance*, não garantindo tanto ao Estado eficiência no enfrentamento preventivo e repressivo das infrações penais, como também nítida insegurança jurídica aos indivíduos que, a cada dia, se veem mais prejudicados em relação aos direitos básicos à privacidade e à vedação de produção de provas contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*).

Para se chegar à essas constatações serão usadas como metodologias de pesquisa o método de revisão bibliográfica em relação aos conceitos de expansionismo penal e suas velocidades, *criminal dataveillance*, direito ao silêncio, privacidade digital e o *dataveillance racial*, o método de abordagem indutivo em relação à análise das leis nacionais e internacionais sobre a proteção de dados e metadados e a metodologia de análise de decisões – MAD (FILHO; LIMA, 2010) em relação aos precedentes nacionais e internacionais envolvendo a privacidade digital e o direito ao silêncio.

Acerca ainda da metodologia, a tese, com o intuito de formular as bases do que venha a ser a quinta velocidade do direito penal, com base no raciocínio analógico e na possibilidade de diálogo entre diversas áreas, aspectos defendidos por Daniel Epstein (2020) para o aprimoramento do pensamento, fará um diálogo entre direito penal, direito processual penal e criminologia.

Antes de descrever os eixos de pesquisa que fundamentam a hipótese e os objetivos específicos de cada um dos capítulos, importante destacar a relevância do estudo para fins de controle preventivo e repressivo, por exemplo, à corrupção, sob os seguintes aspectos: 1) econômico; 2) judiciário, 3) político e 4) social.

Para a economia, de acordo com a Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (FIESP), 2,3% do PIB nacional são perdidos por ano com práticas de corrupção, o que acaba prejudicando o aumento da renda *per capita*, o crescimento e a competitividade do País<sup>1</sup>. Mais do que isso, a oferta de melhores condições de infraestrutura e de um ambiente de negócios mais estável, igualmente é prejudicada.

De acordo com a ONU, o Brasil perde cerca de 200 (duzentos) bilhões de reais com esquemas de corrupção por ano<sup>2</sup>. Em relação à proteção de dados, no caso apontado acima envolvendo vazamento de dados, o *Facebook* perdeu cerca de 119 (cento e dezenove bilhões) de dólares em capitalização de mercado após o escândalo da *Cambridge Analytica* de acordo com o relato de Andrew Burt (2019).

---

<sup>1</sup> Disponível em: <https://www.gazetaonline.com.br/noticias/economia/2017/05/saiba-qual-e-o-preco-da-corrupcao-no-brasil-1014059906.html>. Acesso em: 06 jan.2019.

<sup>2</sup> Brasil perde cerca de R\$ 200 bilhões por ano com corrupção, diz MPF. Istoé. Disponível em: <https://istoe.com.br/brasil-perde-cerca-de-r-200-bilhoes-por-ano-com-corrupcao-diz-mpf/>. Acesso em: 07.jan.2019.

No âmbito do judiciário, as Operações Sanguessuga<sup>3</sup>, Navalha<sup>4</sup>, Zelotes<sup>5</sup>, Lava Jato<sup>6</sup> e Sépsis são exemplos da importância e da repercussão do enfrentamento à corrupção e o papel do Poder Judiciário brasileiro nesse processo.

Já o uso da tecnologia como instrumento de efetivação da tutela penal tem sido tema recorrente na jurisprudência dos Tribunais Superiores<sup>7</sup>.

Ainda no aspecto econômico da questão, mais especificamente a respeito dos ataques cibernéticos, Christine Lagarde, presidente do Banco Central Europeu<sup>8</sup>, alertou para o fato de que um cyber-ataque a uma grande instituição financeira pode gerar uma crise de liquidez de proporções globais<sup>9</sup>.

De acordo com uma reportagem do jornal *Independent*, a presidente do BCE, Christine Lagarde, alertou que um ataque cibernético bem organizado às principais instituições financeiras pode levar a uma crise financeira, tendo sido afirmado, em tradução literal, que "a história mostra que as crises de liquidez podem se transformar rapidamente em crises sistêmicas", o que, em sua visão, gera por parte do BCE o dever de "agir preventivamente".

---

<sup>3</sup> Nessa operação, a PF desmantelou uma quadrilha que roubou 110 milhões de reais destinados à saúde. Dois anos antes, descobriu-se que uma máfia, que ficou conhecida como a dos vampiros, desviava dinheiro destinado pelo Ministério da Saúde à compra de hemoderivados. Disponível: <http://policiaoperante.blogspot.com/2012/02/operacoes-da-pf-contracorrupcao.html>. Acesso em: 06.jan.2019.

<sup>4</sup> A Operação Navalha revelou que o empreiteiro Zuleido Veras, dono da construtora Gautama, conquistava obras públicas mediante o suborno de uma ampla rede de colaboradores no mundo político. VEJA teve acesso à íntegra das provas produzidas pela PF. Esses documentos inéditos demonstram que, quando precisava de favores em Brasília, a turma de Zuleido recorria à bancada do PMDB no Senado. Disponível: <http://policiaoperante.blogspot.com/2012/02/operacoes-da-pf-contracorrupcao.html>. Acesso em: 06.jan.2019.

<sup>5</sup> Disponível em: <https://www.analiseagora.com/2015/04/os-nomes-das-operacoes-contracorrupcao.html>. Acesso em: 06.jan.2019.

<sup>6</sup> A Operação Lava Jato é um conjunto de investigações em andamento pela Polícia Federal do Brasil, que cumpriu mais de mil mandados de prisão temporária, de prisão preventiva e de condução coercitiva, visando apurar um esquema de lavagem de dinheiro que movimentou bilhões de reais em propina. A operação teve início em 17 de março de 2014 e conta com 57 fases operacionais, autorizadas entre outros, pelo juiz Sérgio Moro, durante as quais mais de cem pessoas foram presas e condenadas. Disponível em: [https://pt.wikipedia.org/wiki/Operac%C3%A7%C3%A3o\\_Lava\\_Jato](https://pt.wikipedia.org/wiki/Operac%C3%A7%C3%A3o_Lava_Jato). Acesso em: 06.jan.2019.

<sup>7</sup> Exemplificativamente, no Informativo nº 583 o STJ definiu que “sem prévia autorização judicial, são nulas as provas obtidas pela polícia por meio da extração de dados e de conversas registradas no whatsapp presentes no celular do suposto autor de fato delituoso, ainda que o aparelho tenha sido apreendido no momento da prisão em flagrante. STJ. 6ª Turma. RHC 51.531-RO, Rel. Min. Nefi Cordeiro, julgado em 19/4/2016 (Informativo nº 583 do STJ). Disponível em: <https://www.stj.jus.br>. Acesso em: 07.jan. 2019.

<sup>8</sup> European Central Bank (ECB).

<sup>9</sup> \$645 Billion Cyber Risk Could Trigger Liquidity Crisis, ECB's Lagarde Warns. Disponível em: <https://www.forbes.com/sites/daveywinder/2020/02/08/645-billion-cyber-risk-could-trigger-liquidity-crisis-ecbs-lagarde-warns/#bdf4bd87ca8c>. Acesso em: 10.fev.2020.

A gravidade dos prejuízos financeiros é alta quando nos deparamos com o relatório do Conselho Europeu de Risco Sistêmico (ESRB), que estima o custo global de ataques cibernéticos em até US \$ 654 bilhões (507 bilhões de libras).

Na seara política, mais especificamente a legislativa, o advento das Leis nºs 12.529/11 BRASIL, 2011), 12.846/13 (BRASIL, 2013) e 13.303/16 (BRASIL, 2016) mostra a preocupação não apenas com o combate à corrupção, mas com o *compliance* como instrumento de controle por parte da Administração Pública.

Sob a ótica social, demonstrando a importância que o tema tem para a sociedade brasileira, em entrevista concedida à Gazeta Online<sup>10</sup>, o secretário-geral da ONG Transparência Capixaba, Edmar Camata, destacou que, *in verbis*:

Uma pesquisa da CNI mostrou que, pela primeira vez, a sociedade enxerga a corrupção como prioridade para ser resolvida. Em geral, antes, saúde e educação apareciam na frente. Mas o brasileiro está percebendo que só quando a corrupção for de fato estancada é que vai sobrar recursos para outras áreas fundamentais.

Os eixos de pesquisa que fundamentam a hipótese e os objetivos específicos de cada um dos capítulos são os seguintes: 1) a delimitação do que seja sociedade pós-industrial, o expansionismo penal, e as velocidades penais existentes 2) a proteção de dados e metadados no Brasil e sua aplicação no Direito Brasileiro, 3) o conceito de criminal *dataveillance* e suas implicações no sistema normativo brasileiro à luz da Constituição Federal Brasileira de 1988, e 4) realidade e perspectivas do *dataveillance*, seja como técnica especial de investigação, seja como elemento identificador da quinta velocidade do Direito Penal.

No primeiro capítulo, tendo sido usado como recurso metodológico a revisão bibliográfica da obra de Jesús-María Silva Sánchez e as críticas a esse autor existentes, o objetivo específico consistiu em delimitar os conceitos de sociedade pós-industrial, expansionismo penal e velocidades do Direito Penal, tendo sido possível concluir pela correlação entre o referencial teórico e o incremento da tecnologia nas sociedades pós-industriais.

Para fins de assimilação prévia do tema, sociedade pós-industrial deve ser

---

<sup>10</sup> “O mais novo escândalo de corrupção brasileira tem um nome de uma seita antiga e exerceria função do zelo pelas coisas sérias. Entretanto, fazia um falso zelo. Ora! Funcionários da Receita Federal que deveria zelar seriamente pela arrecadação dos tributos dos contribuintes não fizeram.”. Disponível em: <https://www.gazetaonline.com.br/noticias/economia/2017/05/saiba-qual-e-o-preco-da-corrupcao-no-brasil-1014059906.html>. Acesso em: 06.jan.2019.



compreendida como aquela cuja base diz respeito, não a atividade agrária, tradição ou a produção de bens eminentemente industriais, e sim a realização de serviços (BELL, 1974, p. 149).

Já o termo expansionismo penal deve ser compreendido como fenômeno pelo qual o direito penal passa a expandir a sua área de abrangência, tutelando comportamentos e fatos da vida até então regulados por outras áreas.

Sobre as chamadas velocidades do direito penal, atualmente, quatro velocidades são aceitas na doutrina. A primeira velocidade traz a ideia de que o Direito Penal cumpre com os ditames clássicos do devido processo legal, sendo aplicado à luz do garantismo, o que gera um procedimento mais longo e mais seguro ao acusado (SILVA SÁNCHEZ, 2013).

Já a segunda velocidade do Direito Penal tem espaço nos chamados crimes de menor potencial ofensivo, permitindo com que as penas de prisão sejam substituídas por aquelas que restrinjam direitos, gerando a flexibilização das medidas punitivas estatais, de um lado, bem como a celeridade procedimental, por outro (SILVA SÁNCHEZ, 2013).

A terceira velocidade do Direito Penal passa a mesclar as duas primeiras velocidades, tornando possível que garantias penais e processuais clássicas sejam relativizadas independentemente da gravidade do delito (SILVA SÁNCHEZ, 2013).

Aqui, a punição torna-se mais célere, fenômeno muitas vezes inversamente proporcional à qualidade da prestação jurisdicional fornecida pelo Estado aos cidadãos, o que dá ensejo, inclusive, a equiparação dessa velocidade com a teoria do Direito Penal do Inimigo, de Günther Jakobs.

Revisados referidos pontos de partida, a quarta velocidade, possível de aferição a partir de Daniel Pastor, desde a obra *“Recodificación penal y principio de reserva de código”* (2005), passando pelo artigo no qual trabalha com a deriva neopunitivista de organizações como causa da atual perda de prestígio dos direitos humanos (2005, p. 73-114), ao escrever sobre o que chamou de “neopunitivismo”, fenômeno derivado da própria expansão penal (CANCIÓ MELLIÁ, p. 151) e tomando por base o raciocínio de Zaffaroni (2004) sobre os ciclos punitivos, destaca que o Direito Penal, na quarta velocidade, passa a restringir e suprimir garantias penais e processuais penais de acusados que, no passado, possuíam a função de chefes de estado e, no desempenho de tais funções, acabaram transgredindo tratados internacionais que protegem direitos humanos.

O segundo capítulo objetivará especificamente, diante do conceito de *dataveillance*, compreendido como técnica de coleta de metadados, demonstrar que as leis brasileiras e estrangeiras não estabelecem tanto o conceito de *dataveillance* como a sua aplicação para processos penais.

O terceiro capítulo terá por objetivo específico analisar os conceitos tradicionais de privacidade, tendo sido feito o exame da própria intimidade na era da informação, e do direito ao silêncio (*nemo tenetur se detegere*) para, diante do incremento da tecnologia e seus efeitos na sociedade atual, estabelecer novas perspectivas para a realidade do direito penal e processual penal.

No quarto capítulo, o objetivo específico consistirá em, a partir do diálogo entre *dataveillance* e o direito processual penal, analisar os efeitos da utilização da tecnologia na criminologia, momento onde será possível em que medida eventual insuficiência de regulamentação do tema no Brasil, pode gerar o inadmissível *dataveillance racial*, consistente no desequilíbrio na utilização da técnica especial de coleta de metadados em desfavor de pessoas historicamente excluídas no contexto brasileiro.

Diante das conclusões específicas e da eventual insuficiência das velocidades do Direito Penal reconhecidas pelo exame do expansionismo penal até o momento, será possível aferir se estamos, no presente momento, diante de novos desafios relacionados à 1) utilização da tecnologia no combate preventivo e repressivo aos crimes, 2) ao eventual aumento da produção de indícios de autoria e materialidade por parte do Estado, 3) à atualização do conceito do *nemo tenetur se detegere*, 4) à manutenção da ideia da privacidade digital e 5) à mudança de paradigma relacionado ao tempo e quantidade de garantias fornecidas ao acusado diante do advento da tecnologia como verdadeiro elemento coringa capaz de otimizar referidos elementos, independentemente da gravidade do crime.

## 1 EXPANSIONISMO DO DIREITO PENAL

No primeiro capítulo, o objetivo específico é compreender o conceito, evolução e críticas ao fenômeno do expansionismo penal proposto por Jesús-María Silva Sánchez.

Nesse sentido, o capítulo analisará, inicialmente, os conceitos de sociedades pós-industriais e a pós-modernidade trazidos pelo referido marco teórico, sendo destacada, na sequência, até por compreender um dos objetivos centrais da tese<sup>11</sup>, a análise a respeito do que se denomina de modernidade tardia brasileira.

Na sequência, será analisado o fenômeno em si do expansionismo penal sendo, por conseguinte, analisadas as velocidades do Direito Penal propostas por Jesús-María Silva Sánchez, bem como aquelas que estão em debate após o advento da referida tese.

Na leitura inicial do trabalho cumpre fazer um alerta: o início do primeiro capítulo consiste no desenvolvimento do raciocínio da Jesús-María Silva Sánchez à luz de termos e ideias já concebidas e trabalhadas por outros autores, circunstância essa que tornará necessária a explicação de paralelos através de notas de rodapé ou de observações ao longo do corpo do texto.

Outro alerta importante é o seguinte: associado inclusive ao ineditismo do tema ora proposto, o *dataveillance* não será analisado, exclusivamente sob a perspectiva do processo penal, ou seja, os seus reflexos serão, ao longo da obra, compreendidos igualmente no que diz respeito à própria dogmática do Direito Penal.

### 1.1 Compreendendo as sociedades pós-industriais, a pós-modernidade e a modernidade tardia brasileira

A compreensão do fenômeno do *dataveillance* e as possíveis implicações para o sistema penal (e por que não, processual penal) brasileiro traz, como ponto de partida, a elucidação quanto às sociedades pós-industriais, a chamada pós-modernidade e a modernidade tardia no direito penal.

---

<sup>11</sup> A técnica do *dataveillance* e a análise das velocidades do Direito Penal levarão em conta a realidade vivenciada na América Latina, mais especificamente, a do Brasil.

A compreensão do Brasil de hoje, caracterizado como uma sociedade pós-industrial, passa por uma constatação inicial singela e, ao mesmo tempo, alarmante: o Brasil possui mais de 180 (cento e oitenta) mil leis em vigor<sup>12</sup>.

O grande número de leis, em um primeiro olhar, levaria à conclusão inicial de que no Brasil problemas como a corrupção, por exemplo, tem, a partir do aprimoramento de leis, diminuído.

Ledo engano. Quando comparadas a posição ocupada pelo Brasil nos índices de Percepção da Corrupção (IPC) 2018<sup>13</sup>, mecanismo no qual países são pontuados e classificados tomando por base índices relativos ao nível de corrupção no setor público a partir da percepção dos executivos, investidores, acadêmicos e estudiosos da área da transparência, com enfoque em episódios como propina, desvio de recursos públicos, burocracia excessiva, nepotismo e habilidade dos governos em conter a corrupção, de 2017 e 2018, elaborado pelo movimento Transparência Internacional é possível visualizar que o país piorou 09 (nove) posições no ranking, passando a ocupar o 105º lugar. Analisando os índices de Percepção da Corrupção (IPC) de 2020, é possível visualizar que o Brasil mostrou pouco ou nenhum avanço na luta contra a corrupção nos últimos anos<sup>14</sup>.

O cenário brasileiro remonta a máxima atribuída a Tácito<sup>15</sup> na qual, em uma tradução livre, diz que quanto mais corrupto o Estado, maior o número de leis. Feita a breve reflexão, o estudo sobre o advento da Sociedade Pós-Industrial será realizado com base na obra “O Advento da Sociedade Pós-Industrial”, de Daniel Bell.

Para o autor, a compreensão do termo é obtida através da comparação dos atributos das sociedades industrial e pré-industrial (BELL, 1974, p.146). A tradição é palavra-chave quando é feita a análise sobre as chamadas sociedades pré-industriais. A partir dessa bússola, o poder nas referidas sociedades está associado à propriedade da terra, sendo considerada eminentemente agrária.

A sociedade industrial, diferentemente, é caracterizada pela produção de bens industriais, ao

---

<sup>12</sup> A título de exemplo de que o número de leis em vigor no Brasil é um fenômeno preocupante, vide: O Brasil – pasmem! – tem quase 200 mil leis, e muitas sem nexos. Disponível: <https://www.dm.com.br/opiniao/2017/05/o-brasil-pasmem-tem-quase-200-mil-leis-e-muitas-sem-nexo/>. Acesso em: 22.nov.2019.

<sup>13</sup> Índice de percepção da corrupção 2018. Transparency International. Disponível: <https://s3-sa-east-1.amazonaws.com/tibr-downloads/CPI-2018.pdf>. Acesso em: 22.nov.2019.

<sup>14</sup> Ao contrário de países como Líbano, Malawi e Bósnia & Herzegovina, cuja situação piorou ou, ainda, Grécia, Myanmar, e Equador, países cuja situação melhorou. Índice de percepção da corrupção 2020. Transparency International. Disponível em: <<https://comunidade.transparenciainternacional.org.br/ipc-idade-de-percepcao-da-corrupcao-2020>>. Acesso em: 04.dez.2021.

<sup>15</sup> “*Corruptissima re publica plurimae leges*”

contrário da sociedade pré-industrial, caracterizada por moldes tradicionais e relacionados à propriedade da terra.

Outro traço diferenciador diz respeito a detenção do poder. Ao contrário do que ocorre nas sociedades pré-industriais, o poder nas sociedades industriais está nas mãos dos chamados capitalistas (BELL, 1974, p.149).

Diante desse contexto, é possível visualizar os atributos essenciais para a compreensão inicial do conceito de sociedade pós-industrial. Em síntese, a base da referida sociedade diz respeito, não a atividade agrária, tradição ou a produção de bens eminentemente industriais, e sim a realização de serviços, constatação mais ampla, portanto.

Como referencial empírico, Bell baseou os seus estudos na sociedade norte-americana, mais especificamente, em dados estatísticos e que demonstrariam a passagem da sociedade industrial à sociedade pós-industrial.

Há aqui, portanto, metamorfose responsável por gerar uma sociedade de empregados de escritório, funcionários, em suma, de prestadores de serviços (BELL, 1974, p.155). Sobre essa grande mutação, referido autor destaca como marco temporal os idos de 1947. Sobre a distribuição de empregos que ocorria até então, Bell menciona que essa se dava de forma equilibrada.

Os anos de 1947 a 1968, na pesquisa realizada por Bell sobre a sociedade norte-americana, constituíram marcos temporais importantes para se chegar à conclusão de que, nesse período, houve o acréscimo de cerca de 60% nos empregos em serviços, enquanto as indústrias apresentavam um aumento inferior a 10%;

Dentro dessa margem histórica, em que pese a constância do crescimento da produção industrial, essa tendência deverá perdurar, ou seja, crescimento quantitativo de número de pessoas no setor industrial (levando-se em conta, por exemplo, o crescimento natural da população) e a diminuição do percentual de trabalhadores no referido setor produtivo. De acordo com os prognósticos de Bell, a indústria chegaria a empregar cerca de trinta e um milhões de pessoas em 1980, número que representaria aumento em face dos vinte e sete milhões de trabalhadores nos idos de 1968.

Entretanto, “a parte que lhe caberá no emprego total descera a menos de 32% em 1980, no lugar dos 36% de 1968” (BELL, 1974, p.151). A diminuição percentual no número de

peças trabalhando na indústria gera, sob outro enfoque, o respectivo aumento de outra área. Para Bell, os chamados empregados em escritórios, cujo montante em 1968 era de trinta e cinco milhões e seiscentos mil (46,7%), subiria para quarenta e oito milhões e trezentos mil (50,8%) em 1980. Já os prestadores de serviços passariam de nove milhões e quatrocentos mil (12%), em 1968, para treze milhões e cem mil (13,1%), em 1980.

Ou seja, analisando as categorias das pessoas que trabalham em escritórios e daqueles que prestam serviços, haveria, de acordo com Bell dentro de sua previsão, a ascensão de quarenta e cinco milhões (59,1%), em 1968, a sessenta e um milhões e quatrocentos mil (64,6%), em 1980, ou seja, um aumento percentual de 5,5%.

Aliado ao decréscimo percentual dos trabalhadores industriais, tomando-se por base o mesmo período, os trabalhadores rurais decresceriam de três milhões e quinhentos mil (4,6%) para dois milhões e seiscentos mil (2,7%) (BELL, 1974, p.157).

Voltando aos atributos da sociedade pós-industrial, no que diz respeito a fonte do poder, as referidas sociedades são caracterizadas por uma palavra-chave, qual seja: informação. Sobre o tema, em termos de panorama, a ascensão dos serviços, para o referido autor, está intimamente ligada ao declínio das atividades industriais (BELL, 1974, p.148).

A palavra-chave inerente a fonte do poder nas sociedades pós-industriais serve de norte para o desenvolvimento da presente tese. Justamente a partir da informação ou, mais especificamente, o tratamento que a ela deve ser dado, torna-se importante aferir se, dentro do contexto de uma sociedade pós-industrial como a brasileira, se (e em que medida) a tese das velocidades<sup>16</sup> do Direito Penal, proposta por Jesús Maria Silva Sánchez (2013), bem como o conjunto de instrumentos e normas existentes no Brasil, com foco na proteção de dados, garantem ao Estado, na condição de titular da persecução penal, eficiência no combate preventivo às infrações penais, através da utilização de *dataveillance* e, em que medida, o sistema normativo, além de solucionar (ou não) o problema, deve (ou não) ser aprimorado a partir da análise dos direitos ao silêncio (QUEIJO, 2012) e seu (potencial) conflito com o direito à intimidade nas sociedades modernas.

A partir dessa mudança de contexto, “a classe de operários manuais e não qualificados está-se reduzindo (...) enquanto (...) a classe dos trabalhadores qualificados vai se tornando predominante” (BELL, 1974, p.380).

---

<sup>16</sup> O termo velocidade, à luz da teoria proposta por Jesús Maria Silva Sánchez, deve ser compreendido como eficiência e efetividade.

Para além da alteração da produção e das ocupações, a própria estrutura social sofreu mudanças, resultando na migração da classe operária para o trabalho assalariado. Esse fenômeno econômico e social, evidentemente, trouxe reflexos para a análise da criminalidade, dos crimes e, por que não, da própria figura do criminoso.

Sobre a questão do papel do trabalho na sociedade pós-industrial, Bell destaca que “a questão do trabalho” deixou de ser central e não tem um peso (...) suficiente para polarizar todas as outras questões em torno desse eixo” (BELL, 1974, p.189).

O trabalho para o autor, portanto, não é mais considerado a categoria central da vida social, tendo a luta de classes perdido relevância nos tempos atuais. Nesse ponto, discordando da perspectiva apontada por Bell, os conflitos entre classes continuam, entretanto, de modo diverso pelo poder.

Sobre o pensamento de Daniel Bell (1974), importante consignar rapidamente, até por não ser o escopo do presente trabalho, críticas feitas, a título de exemplo, por Jose Flavio Bertero (2019), em especial, sobre o referencial teórico utilizado pelo primeiro autor (sociedade norte-americana) e metodológico (utilização estrita de dados se distanciando, por exemplo, aqueles afetos a sociologia.

De acordo com José Flavio Bertero (2019), utilizando exemplos relativos a médicos e diferentes relações sociais possíveis, “o que define a situação social das pessoas não é, conforme se vê, a ocupação ou a profissão, como pensa Bell”. Dentro dessa perspectiva, enquanto o médico assalariado em uma clínica privada é um proletário, o que não ocorre caso o mesmo médico trabalhasse em um hospital público, o mesmo igualmente não pode ser afirmado sobre o médico que trabalha em seu próprio consultório, o que o caracterizaria como um assalariado, capitalista de si ou, ainda, um pequeno capitalista a depender da forma assumida pelo seu trabalho.

Fazendo aqui uma analogia ao estudo que ora se propõe, o fenômeno do *dataveillance*, como ferramenta de atuação estatal e da defesa trabalha com a perspectiva de utilidade e necessidade podendo, a um só tempo diminuir o número de inquéritos e processos atualmente em curso, bem como ferramenta defensiva a elucidar melhor fatos e provas, independentemente da gravidade do crime praticado, gerando uma possibilidade inicial de reformulação dos critérios utilizados para a definição das próprias velocidades do direito penal propostas por Silva Sánchez.

Sobre a possibilidade da utilização do *dataveillance* como ferramenta defensiva, cumpre esclarecer que essa poderá ajudar a elucidar fatos demonstrando, por exemplo, que a partir do fluxo de dados e, principalmente, de metadados, determinado indivíduo jamais esteve em determinado local ou, ainda que tenha estado, jamais nas condições de horário descritas por vítimas ou pela autoridade policial responsável pela apuração do caso ensejando, sem dúvidas, mais uma possibilidade para a chamada investigação defensiva, tema editado pela Ordem dos Advogados do Brasil através do Provimento n. 188, de 11 de dezembro de 2018 (SILVA, 2019).

Em síntese, os contornos das disputas mudaram podendo ser destacados raciocínios que vão desde a “luta por reconhecimento” (*Kampf um Anerkennung*) em Hegel (1977) a concepção da dinâmica da chamada vontade de poder (*Wille zur Macht*), em Nietzsche (1977)<sup>17</sup>.

Em resumo, faz parte da natureza humana a busca por espaços. A sociedade pós-industrial, tão somente, mudou a concepção sobre espaços objeto dos possíveis conflitos, passando-se a admitir a busca pelo protagonismo dos espaços virtuais, ou seja, pelo protagonismo relacionado a instituição, aplicação e fiscalização de mecanismos e ferramentas tecnológicas.

Retomando a análise da obra de Daniel Bell, a mudança de paradigma transforma a ciência e a técnica em termos centrais da sociedade pós-industrial. (BELL, 1974, p.299). A partir dessa constatação, a “corrida do ouro” passa a objetivar o domínio, no campo penal, das técnicas e da ciência inerentes a persecução penal.

Nessa perspectiva, a técnica do *dataveillance*, a ser esmiuçada nos próximos capítulos poderá (ou não) servir como importante instrumento de dominação, por parte do Estado e dos particulares que souberem maneja-la (os chamados pelo Autor de sábios).

Cabe aqui pontuar que o fundamental quando da análise das sociedades pós-industriais não se resume a transição de critérios afetos a propriedade, aos do conhecimento ou políticos, elementos essenciais para compreensão do próprio poder, e sim a mudança ocorrida na própria produção e aprimoramento do conhecimento (BELL, 1974, p.380).

Em resumo, a inovação e o desenvolvimento de teorias, definidos por Bell como

---

<sup>17</sup> Sobre as eventuais afinidades entre Hegel e Nietzsche quando da análise das lutas por reconhecimento e vontade do poder, vide o texto esclarecedor de João Constâncio. In. Cad. Nietzsche vol.37 no.1 São Paulo Jan./June 2016 Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/2316-82422016v3701jc>. Acesso em: 23.nov.2019.



conhecimento teórico, devem se sobrepor ao conhecimento empírico (1971, p.380). Por outro ângulo, a inovação nada mais é do que algo possível e que tem, por matriz, justamente o conhecimento teórico.

Contextualizando, figuras até então dominantes como as do empresário, do homem de negócios e do executivo industrial cedem (ainda que por ausência de vontade) o trono aos cientistas, economistas, engenheiros e matemáticos da chamada pelo autor de nova tecnologia industrial (BELL, 1974, p.380).

A mudança de personagens permite enxergar que a natureza do próprio controle existente foi alterada. Em linhas gerais, o então vigente controle econômico passa a ser exercido de forma política. Aqui, a indagação que fica se resume ao seguinte: o estudo de metadados e suas infinitas possibilidades de implementação servem como mecanismo válido de controle político?

Sobre o tema, o principal problema não consiste na admissão dos metadados para implementação do poder e sim no modo pelo qual referidas técnicas, dentre as quais o *dataveillance*, poderão ser usadas e, principalmente, se há mecanismos de controle eficientes quanto a utilização do próprio mecanismo de controle tomando como base, exemplificativamente de forma provocativa, a ação avassaladora do dinheiro (e conseqüente possibilidade de maiores ou menores investimentos), o que gerará ainda mais desigualdade no que tange ao trato do direito penal brasileiro.

Dentro do objetivo proposto, esclarecidas as principais características das sociedades pós-industriais, o que possibilita ao menos o pano de fundo econômico que envolve o advento do *dataveillance*, reflexões sobre a pós-modernidade e, conseqüentemente, a chamada modernidade tardia no Brasil, são possíveis.

Não há dúvidas de que a Constituição Federal de 1988 elencou direitos fundamentais e princípios cujo objetivo foi o de resgatar elementos sociais inerentes a era do pós-guerra, com especial destaque, no Brasil, para os direitos humanos e tendo, por palavra-chave, a redemocratização do país após um período de autoritarismo atinente a ditadura militar.

Houve a aproximação, teórica<sup>18</sup> pelo menos, da proposta brasileira de Estado

---

<sup>18</sup> Para parte da doutrina, o Brasil, no mundo dos fatos, por assim dizer, não experimentou o chamado welfarismo, circunstância comum a América Latina. Além disso, até por corresponder a traço importante e que será mais a frente analisado, o próprio enfrentamento à corrupção em *terrae brasilis*, é realizado com base em móveis e efeitos

Democrático de Direito do chamado *Welfare State*, o que geraria a todos o efetivo acesso ao bem comum.

Em síntese, o Estado de bem-estar social<sup>19</sup> nada mais é do que uma espécie de organização política, sócio-cultural e econômica que concebe o Estado como agente responsável pela promoção social e pela organização da economia.

O Estado, nesse panorama, desempenha parcerias com empresas privadas e sindicatos, garantindo serviços públicos e protegendo a população (SCHUMPETER, 1908, p. 213-232). Dado o panorama inicial, *Otto Eduard Leopold Von Bismarck* (surge como um dos principais nomes da área ao abordar que o Estado de bem-estar social moderno nasceu na década de 1880, na Alemanha, com o objetivo de permitir ao Estado uma alternativa ao liberalismo econômico e ao socialismo (FAY, 1950, p.1-7).

A concepção Alemã do papel do Estado trazida pelo *Welfare State* logo foi utilizada em outros países da Europa. Na Inglaterra, durante o governo de Herbert Henry Asquit, ocorreram reformas sociais entre os anos de 1914 e 1918 que incluíram o seguro de saúde nacional, o seguro desemprego nacional e as pensões para aposentados. A Suécia, por seu turno, adotou o modelo de atuação estatal em 1932 através de *Per Albin Hansson*, político social-democrata da época.<sup>20</sup>

Na América do Norte, especificamente nos Estados Unidos, o *New Deal* ocorrido entre 1933 e 1937, consistiu na série de programas implementados, no governo do presidente Franklin Delano Roosevelt, cujo escopo foi o de não apenas reformas, mas, e principalmente, recuperar a economia norte-americana, assistindo todos aqueles prejudicados pela “Grande Depressão. Referido programa foi dividido em quatro dimensões, a saber: 1) reformas econômicas e regulação de setores da economia, 2) medidas emergenciais, 3) transformações culturais e 4) nova pactuação política entre o Estado e fatores sociais (FRASER, 1989).

Sobre o *Welfare State*, à luz dos estudos feitos pelo sociólogo dinamarquês Gøsta Esping-Andersen, assim como ocorre em relação a outras doutrinas, o chamado “capitalismo

---

distintos, ou seja, no Brasil, quando muito, experimentou de fato uma espécie de desenvolvimentismo, não tendo sido, entretanto, acompanhado de políticas de inclusão/assistência/redução de desigualdades (prestações positivas). Sobre o tema, dada a sua importância, VIANNA e SILVA (1989) destacam que são escassos os estudos voltados para a construção de um modelo teórico capaz de discernir e avaliar as especificidades do padrão brasileiro de proteção social.

<sup>19</sup> Também chamado de Estado-providência ou Estado Social

<sup>20</sup> Disponível em: <https://www.thelocal.se/20180705/folkhemmet-how-emigration-class-struggle-and-womens-rights-helped-create-the-peoples-home-of-sweden/> Acesso em: 22 nov. 2019.

assistencialista”, na Europa, teve três vertentes, a saber:

- 1) As versões “social-democratas” na Escandinávia, com tributos altos e benefícios universais.
- 2) Os estados de bem-estar anglo-americanos, com tributos baixos e que enfatizam a garantia de um mínimo existencial e não benefícios universais.
- 3) Os modelos mistos, como os da Alemanha, que foram construídos em torno do princípio contributivo.

No Brasil, a era Vargas, período de tempo compreendido entre 1930 e 1951, é apontada como marco para o implemento, ainda que discutível se com o intuito de perpetuação do poder ou não (WEFFORT, 1980), de direitos aos trabalhadores como o salário-mínimo, o advento da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) e a fundação do Partido Trabalhista Brasileiro.

Passadas a era Vargas e o advento de 04 (quatro) Constituições Federais Brasileiras em menos de um século (Constituições Federais de 1934, 1937, 1946 e 1967), surge a “Constituição Cidadã” de 1988 contendo como um de seus principais fundamentos possibilitar maior liberdade e direitos ao cidadão e manter o Estado como república presidencialista.

Para alcançar esse objetivo, tendo ainda por influência movimentos europeus de reconhecimento de direitos humanos pós-Segunda Guerra<sup>21</sup>, houve a positivação em seu corpo normativo de uma série de direitos fundamentais e princípios (explícitos e implícitos), com o intuito de edificar o tão sonhado Estado Democrático de Direito.

A partir desse contexto (edificação do Estado Democrático de Direito), passados 31 anos desde o advento da Constituição Federal de 1988, será que as promessas ali contidas foram satisfatoriamente cumpridas?

---

<sup>21</sup> Sobre a multiplicidade de instrumentos internacionais no pós-Segunda Guerra, Sidney Guerra: “Após a hecatombe da Segunda Guerra Mundial, durante a qual o mundo teve a oportunidade de assistir a uma série de barbaridades envolvendo milhares de pessoas, sentiu-se a necessidade de se criarem mecanismos que pudessem garantir proteção aos seres humanos. A partir daí floresce uma terminologia no Direito Internacional, relacionando-o aos Direitos Humanos: o Direito Internacional dos Direitos Humanos”. In: Os direitos humanos na ordem jurídica internacional.

Disponível em: <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:rg32FceJjWgJ:https://periodicos.unifor.br/rpen/article/download/830/1573+&cd=3&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 26.nov.2019. Sobre a temática, recomenda-se a leitura do seguinte texto: QUINTANA, Fernando. La ONU y la exégesis de los derechos humanos. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1999.

A pergunta acima permite, para a sua resposta, a abordagem de institutos como o da Modernidade Tardia. Conceituar o termo é algo complexo por envolver um conjunto de fatores (Morin, 2000).

Em que pese a dificuldade inicial, até para que seja possível associar esse fenômeno ao *dataveillance* e as velocidades do direito penal, a modernidade tardia pode ser considerada como um conjunto de utopias/entropias, contradições, distopias, afirmações ou, ainda “promessas descumpridas da democracia e da modernidade” (Bobbio, 1986), podendo ainda ser definida tanto como “uma fase de retomada quanto de negação, de afirmação e de interrogações”, pertencendo ao “**mundo real/virtual**” (MARTINEZ, 2012).

A análise do “conjunto” de perspectivas inerentes a modernidade tardia é possível a partir da compreensão de cada uma das facetas das respectivas modernidades em situações normais de temperatura e pressão.

Nesse sentido, a modernidade econômica resulta na 1) livre mobilidade dos fatores de produção, 2) no trabalho assalariado, 3) na adoção de técnicas racionais de contabilidade e de gestão, 4) na incorporação incessante da ciência e da técnica ao processo produtivo. (MARTINEZ, 2012).

Já a modernidade política gera 1) a substituição da autoridade descentralizada, típica do feudalismo, pelo Estado central, dotado de um sistema tributário eficaz, 2) de um exército permanente, 3) do monopólio da violência e 4) de uma administração burocrática racional (MARTINEZ, 2012).

Por fim, a modernidade cultural implica na 1) secularização das visões do mundo tradicionais, com a respectiva diferenciação em esferas de valor até então embutidas, impregnadas na religião: a ciência, a moral, o direito e a arte (ROUANET, 2002, pp. 237-8).

No âmago da modernidade cultural, os chamados por Martinez (2012) de bens culturais “poderão se movimentar com mais independência em razão da laicização e da secularização do espaço público”

A partir das características que representariam as modernidades econômicas, cultural e política é possível concluir preliminarmente que a modernidade tardia contaminaria o sistema quando um dos respectivos pilares não estivesse presente.

No campo hermenêutico, a Modernidade Tardia compreende a mudança de paradigma existente nas lutas sociais, onde a chamada luta por conservação deu lugar a luta pelo reconhecimento (HONNETH, 2003).

Assim, a modernidade tardia pode ser entendida como a entre-safra do esperar, calcular (estratégia) e a ação (da tática à prática) ou, ainda, um “quefazer”<sup>22</sup>.

Sobre a modernidade, em especial no Brasil, Lênio Streck (2005) compreende como algo tardio e arcaico, caracterizado por promessas que ainda não se realizaram. Dando sequência, por mais paradoxal que possa ser, o Estado, diante do não cumprimento de tais promessas, pretende retomar uma agenda (neo)liberal, destacando o Autor que há, no Brasil, um imenso déficit social.

Em países como o Brasil, “em que o Estado Social não existiu, o agente principal de toda política social deve ser o Estado”, entretanto, em *terrae brasilis*, há o seguinte dilema de acordo com Streck (2005): “quanto mais necessitamos de políticas públicas, em face da miséria que se avoluma, mais o Estado, único agente que poderia erradicar as desigualdades sociais, se encolhe!”

No tocante ao estudo do Direito, em especial para que seja possível a dimensão sobre a chamada crise epistemológica do Direito Penal<sup>23</sup>, o intérprete, ao operar juridicamente sobre casos concretos, ainda parte de um paradigma liberal-individualista-normativista que, nas palavras de Streck (2005)<sup>24</sup>, podem ser simbolizados pelos seguintes exemplos:

a) o crime de adulteração de chassi de automóvel possui pena mínima maior (3 a 6 anos de reclusão e multa) do que o crime de lesão corporal grave (1 a 5 anos de reclusão) e de infanticídio (2 a 6 anos de detenção);

b) o crime de roubo que resulta em lesão corporal grave culposa e o crime de extorsão mediante seqüestro possuem pena mínima maior (7 a 15 anos de reclusão e 8 a 15 anos de reclusão, respectivamente, convertida esta para 12 a 20 anos se o seqüestro dura mais que 24 horas) do que o crime de homicídio doloso (6 a 20 anos de reclusão);

Além dos possíveis paradoxos existentes no Direito Penal brasileiro, um fenômeno importante para arrematar o tópico diz respeito à chamada onda punitiva

Sobre o tema e, mais especificamente, sobre as tendências criminais, Alessandro De Giorgi

---

<sup>22</sup> De acordo com Freire, o chamado tempo de quefazer pode ser sintetizado com o seguinte exemplo: "Não te esperarei na pura espera / Porque o meu tempo de espera é um / Tempo de quefazer" (Freire, 2000 - frontispício).

<sup>23</sup> Sobre o tema, vide: ALBANI, Thiago Anton; CARNEIROII, Walber Araujo. Crise epistemológica do direito penal na pós-modernidade. Disponível em: <https://drive.google.com/drive/folders/1AWvWEKiy67WkeP-POWUYyZI9PJo1U6mE>. Acesso em: 27.nov.2019.

<sup>24</sup> Foram respeitados os parâmetros mínimos e máximos existentes à época da aludida reflexão.

(2019) destaca que referidos fenômenos aumentaram bastante, entretanto, “de forma desconectada durante as últimas três décadas”.

Em outro aspecto, mesmo que as taxas de crime tenham declinado bastante durante os anos de 1990, o mesmo, de acordo com De Giorgi, não ocorreu em relação ao número “de pessoas presas, condenadas e encarceradas”, sendo possível constatar a utilização, cada vez maior, “da retórica da severidade penal”, mesmo sem qualquer “conexão com o problema do crime” (DE GIORGI, 2019).

Nessa perspectiva, os discursos públicos sobre os problemas sociais concebidos a partir de uma conexão lógica com políticas sociais foram, simplesmente, transformados na linguagem, não apenas do crime como, e principalmente, da punição.

A partir dos estudos de Stuart Hall, a mudança existente serviu como base para a tentativa das elites norte-americanas de “policiar a crise” (Hall et al., 1978), gerando um novo paradigma para a gestão punitiva “da pobreza racializada em uma sociedade neoliberal”.

Historicamente, a partir de estudos interdisciplinares promovidos por Jordan T. Camp (2016), Jodi Melamed (2011), Nikihil Pal Singh (2017) e Sarah Haley (2016), é possível visualizar a superação da ênfase tradicional na economia política da pena, circunscrita aos poderes a elas inerentes, passando a análise para a “crescente confiança do Estado capitalista neoliberal em relação à regulação pela punição, como parte de uma reconfiguração mais ampla das estruturas sociais de acumulação do capitalismo tardio” (DE GIORGI, 2019, p. 23)<sup>25</sup>.

Diante dessa constatação e do exemplo trazido por Loïc Wacquant (2009b, xvii) no sentido de “impor disciplina dissociada do trabalho as- salariado [...] por aumentar o custo das estratégias de escape ou de resistência que levam homens jovens de classes sociais mais baixas a setores ilegais de nossa economia urbana”, De Giorgi (2019) assevera que “a crítica materialista da punição deveria [...] enfatizar os resultados instrumentais de práticas penais recentes, analisar os efeitos generalizados das tecnologias penais, particularmente em conjunção com outras ferramentas de regulação social, como o controle de imigração e as políticas de bem-estar”.

Dentre as ferramentas de regulação social e, principalmente, aquelas relacionadas as tecnologias penais, encontra-se o *dataveillance*, por isso a interligação dos conceitos aqui realizada.

Diante da colocação do pano de fundo envolvendo as sociedades pós-industriais, o

---

<sup>25</sup> Sobre o tema, vide McDonough; Reich; Kotz, 2010; Michalowski; Carlson, 1999.

fenômeno da pós-modernidade e o da modernidade tardia brasileira torna-se necessária a análise do fenômeno do expansionismo penal desenvolvido por Silva Sánchez e, conseqüentemente, as velocidades do Direito Penal existentes.

## 1.2 Jesús-María Silva Sánchez e o Expansionismo penal

Relembrando o objetivo central do presente trabalho<sup>26</sup>, importante se faz, nesse momento, analisar a teoria do expansionismo penal trazida por Silva Sánchez. O autor espanhol, na obra “A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais” desenvolve as chamadas “velocidades do direito penal” utilizando o seguinte roteiro.

No primeiro capítulo da obra, cujo objetivo foi o de destacar as causas da expansão do direito penal, Silva Sánchez as enumera do seguinte modo: 1) os “novos interesses”, 2) o efetivo aparecimento de novos riscos, 3) a institucionalização da insegurança, 4) a sensação social de insegurança, 5) a configuração da maioria com a vítima do delito, 6) o descrédito de outras instâncias de proteção, os gestores “atípicos” da moral (*atypische Moralunternehmer*), 7) a atitude da esquerda política como símbolo da chamada política criminal social-democrata na Europa e 8) o fator colateral denominado “gerencialismo”.

Ao tratar sobre os novos interesses, o Direito Penal deve ser visto, inicialmente, como um dos instrumentos de atuação estatal caracterizado pela proteção de bens jurídicos especialmente importantes (SILVA SÁNCHEZ, 2013, p. 27).

Diante desse contexto, a expansão criminal está relacionada a aparição de novos bens jurídicos, esses podendo derivar da novidade em si ou, ainda, da reavaliação de bens jurídicos já existentes em outros ramos do Direito, ensejando a tutela penal.

Já as causas do surgimento de novos bens jurídico-penais podem ser resumidas na conformação ou generalização de novas realidades e em cujo contexto o indivíduo deve

---

<sup>26</sup> Se (e em que medida) a tese das velocidades do Direito Penal, proposta por Jesús Maria Silva Sánchez, bem como o conjunto de instrumentos e normas existentes no Brasil, com foco na proteção de dados, garantem ao Estado, na condição de titular do Poder-dever de punir, eficiência no combate preventivo às infrações penais, através da utilização de *dataveillance* e, em que medida, o sistema normativo, além de solucionar (ou não) o problema, deve (ou não) ser aprimorado a partir da análise dos direitos ao silêncio e seu (potencial) conflito com o direito à intimidade nas sociedades pós-industriais.

conviver<sup>27</sup> ou, ainda, a chamada deterioração de contextos ou, na linguagem usada pelo autor espanhol, realidades “tradicionalmente abundantes” que, com o passar do tempo, passaram a se tornar escassos, servindo como exemplo o meio ambiente (SILVA SÁNCHEZ, 2013, p. 27).

A terceira grande causa para explicar a expansão penal diz respeito ao incremento de valor que determinados bens jurídicos ganharam em virtude da evolução histórica, social e cultural, podendo ser citado como exemplo o patrimônio histórico-artístico.

No Brasil, a realidade é diversa, talvez, em virtude do exagerado número de leis penais existentes. Aqui é possível visualizar a preocupação legislativa em duas categorias: bens públicos em sentido lato e patrimônio histórico e cultural.

Enquanto é possível extrair um exemplo de uma maior preocupação do legislador com o patrimônio, em sentido amplo, do Estado, trazida na lei nº 13.531, de 2017 (BRASIL, 2017) que alterou tanto o inciso III, do art. 163 e o §6º, do art. 180, ambos do Código Penal (BRASIL, 1940), manteve inalterado, exemplificativamente o delito previsto no art. 165 do CP (BRASIL, 1940).

O inciso III, do art. 163, do Código Penal (BRASIL, 1940), relativo ao crime de dano, passou a considerar qualificada a hipótese de dano praticado contra o o patrimônio da União, de Estado, do Distrito Federal, de Município ou de autarquia, fundação pública, empresa pública, sociedade de economia mista ou empresa concessionária de serviços públicos, alargando, portanto, as hipóteses de incidência anteriores<sup>28</sup>.

Já o §6º, do art. 180 do CP (BRASIL, 1940), dispositivo legal relativo ao crime de receptação, foi alterado gerando aumento das hipóteses de incidência da pena em dobro crimes praticados em detrimento de bens do Distrito Federal, de autarquia, fundação pública e empresa pública<sup>29</sup>.

---

<sup>27</sup> Sánchez (2013, p. 27) cita como exemplo as instituições econômicas de crédito. Dentro do contexto brasileiro no qual escrevo a presente tese, não apenas a existência das instituições econômicas de crédito mas, principalmente, o surgimento dos chamados “bancos digitais” tem se mostrado fenômeno que mudou por completo a interação dos indivíduos com as referidas empresas e, conseqüentemente, as correlações entre Direito Penal, tecnologia e sistema financeiro, por exemplo.

<sup>28</sup> O referido inciso era descrito da seguinte forma: III - contra o patrimônio da União, Estado, Município, empresa concessionária de serviços públicos ou sociedade de economia mista. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 28.11.2019.

<sup>29</sup> Atualmente, o art. 180, §6º, do CP está descrito da seguinte forma: § 6º Tratando-se de bens do patrimônio da União, de Estado, do Distrito Federal, de Município ou de autarquia, fundação pública, empresa pública, sociedade de economia mista ou empresa concessionária de serviços públicos, aplica-se em dobro a pena prevista no caput deste artigo. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 28.nov.2019.



Analisando o teor do art. 165, do CP, é possível visualizar que, além de não ter sido alterado pela lei nº 13.531, de 2017 (BRASIL, 2017), referida conduta, em que pese estar disciplinada como crime, não gera temor no que diz respeito a pena corporal, sendo essa de seis meses a dois anos de detenção.

O que mais pode preocupar eventual criminoso, nesse aspecto, seria a estipulação da pena de multa derivada do sistema alternativo previsto no art. 165, do CP (BRASIL, 1940), demonstrando, ao menos por amostragem, que, diferentemente de países da Europa, o Brasil não possui índice de evolução histórica, social e cultural nos mesmos patamares.

Encerrando o tópico, a partir de descrições trazidas por Robert Alexy (1994, 186-187), para o qual, “um bem é um bem coletivo de uma classe de indivíduos quando conceitualmente, fáctica ou juridicamente, é impossível dividi-lo em parte e outorga-las aos indivíduos”, ou seja, bens coletivos como bens não distributivos, Silva Sánchez (2013, p.28) destaca que existem espaços tanto para uma expansão razoável como, e principalmente, para uma expansão irrazoável do Direito Penal.

Para ilustrar a afirmação, o autor espanhol utiliza dois exemplos: no primeiro, relativo à entrada maciça de dinheiro oriundo do tráfico de entorpecentes em determinado setor do mercado (dinheiro ilícito<sup>30</sup>), referido ato ensejaria lesões penalmente relevantes para fins de punição por crimes contra o sistema financeiro.

No segundo exemplo, Silva Sánchez destaca a entrada de pequenas (ou médias) quantidades de dinheiro negro na aquisição de bens ou, ainda, na retribuição pela realização de serviços como fatos penalmente irrelevantes para a configuração, exemplificativamente, de crimes como os de lavagem de capitais.

Nesse ponto, cabe destacar que o *dataveillance*, alterando substancialmente o foco da persecução penal que sairia do bem jurídico em si, passando para os “rastros eletrônicos” de movimentações financeiras, mudaria por completo a lógica. Ou seja, não será mais a quantidade de dinheiro que deverá frear ou não a atuação estatal no atual período no qual vivemos e sim a qualificação dos metadados obtidos e, principalmente, se na obtenção dos dados foram respeitadas garantias como, no Brasil, inerentes a legalidade, ao devido processo legal e a ampla defesa.

---

<sup>30</sup> Tradução literal da expressão usada pelo referido autor (dinheiro negro) não foi usada no texto, tendo sido substituída por linguagem neutra e essencial à perspectivas anti-racistas, fundamentais para o desenvolvimento de toda a sociedade.

Sobre a correlação entre metadados, movimentações financeiras e a busca pelos chamados “rastros eletrônicos”, o seguinte exemplo: na apuração de delitos, por exemplo, de lavagem de dinheiro, metadados relacionados à periodicidade, horários e frequência de transações destinadas a um ou mais destinatários, bem como de contatos (ainda que não se tenha acesso ao teor em si) servirão para as autoridades terem mais lastro em relação ao que e, principalmente, como será realizada a apuração dos respectivos fatos.

Após destacar quais seriam os novos interesses, Jesús-María Silva Sánchez analisa se houve (ou não) qualquer relação desse fenômeno com o aparecimento de novos riscos. Antes, contudo, de esmiuçar o tópico, cumpre breves apontamentos a respeito da obra de Ulrich Beck (1986).

Beck realizou, em suas obras<sup>31</sup>, correlação entre a chamada sociedade pós-industrial na qual vivemos com a chamada “sociedade do risco” ou, ainda, “de riscos<sup>32</sup>, sendo essa caracterizada por variações no âmbito econômico e por avanços tecnológicos nunca antes vistos na história da humanidade.

Nesse ponto, o *dataveillance*, como técnica de vigilância (*surveillance*) representa um desses aspectos do avanço tecnológico, devendo ser analisado se, e até que ponto, a sua instituição servirá (ou não) como instrumento apto a garantir um incremento do bem-estar individual.

Nota-se, para além da segurança dos homens perante os riscos de origem natural<sup>33</sup>, a presente obra pretende desenvolver um panorama entre a instrumentalização do *dataveillance* e os riscos (potenciais e concretos) ao indivíduo em sua esfera individual de direitos e garantias asseguradas na Constituição Federal de 1988 e no microssistema penal e processual penal, representados pela privacidade na era digital e na vedação de produção de provas contra si mesmo.

Portanto, as consequências negativas do aprimoramento tecnológico é, sem sombra de dúvidas, um dos pilares da presente tese. No âmago do bem-estar individual, mais especificamente no que diz respeito ao risco de procedência humana como fenômeno social

---

<sup>31</sup> Existem textos emblemáticos sobre o tema e que foram escritos por Beck, senão vejamos: *Risikogesellschaft. Aufdem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt, 1986; *Gegengifte. Dieorganisierte Unverantwortlichkeit*, Frankfurt, 1988; *Politik inder Risikogesellschaft*, Frankfurt, 1991; *DieErfindung desPolitischen.ZueinerTheorie reflexiver Modernisierung*, Frankfurt, 1993.

<sup>32</sup> No texto originário, Ulrich Beck denomina a sociedade de risco como *Risikogesellschaft*.

<sup>33</sup> Sobre esse aspecto do risco, vide: cf. Kuhlen, *Zum Strafrecht der Risikogesellschaft*, GA, 1994, p. 347 e ss, 360; Schünemann, *Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft*, GA, 1995, p. 201 e ss, 211.

estrutural (CEREZO, LÓPEZ, 2000 p.24-15). Referida conformação dentro do direito penal, ou seja, do risco de procedência humana dentro do direito penal, sob um ponto de vista afeto aos países do Norte, foi feita por Pérez del Valle (1996, p. 43-44) e por López Barja de Quiroga (1997, p. 289).

A chamada sociedade tecnológica, caracterizada pela competitividade crescente entre os seus membros, descola para a marginalidade indivíduos (e não são poucos), que são percebidos pelos demais (aqueles que nela estão incluídos), como fonte de riscos pessoais e patrimoniais.

Neste ponto, até mesmo para que se possa refletir sobre a realidade brasileira, cabe traçar um paralelo entre a sociedade de risco, os mecanismos tecnológicos e as questões raciais aqui existentes.

O Relatório da Comissão Interamericana de Direitos Humanos – CIDH de 2019 recomendou que “os Estados devem adotar as medidas judiciais, legislativas, administrativas e de outra índole requeridas para corrigir a excessiva aplicação da prisão preventiva, garantindo que essa medida seja de caráter excepcional e se encontre limitada pelos princípios da legalidade, presunção de inocência, necessidade e proporcionalidade, evitando assim seu uso arbitrário, desnecessário e desproporcional. Esses princípios deverão guiar sempre a atuação das autoridades judiciais, com independência ao modelo de sistema penal adotado pelo Estado”.

O excessivo uso das prisões preventivas acima traz, apropriando-se do termo utilizado por Al Gore, uma verdade inconveniente contra negros e negras no Brasil, conforme estudos do INFOPEN (BRASIL, 2019), o qual concluiu que 61,7% dos presos são pretos ou pardos, chamou a atenção para o presente trabalho<sup>34</sup>.

Sobre o tema, importante destacar que o *dataveillance* tem conexão tanto com o número de prisões em si (como alternativa apta a gerar a sua diminuição) como na condição de ferramenta apta a melhorar os fluxos judiciários por todo o país.

A criminologia crítica, assim como outros ramos da ciência, possui diversos paradigmas a serem explorados pelos que nela se debruçam. Nesse aspecto, será feita uma correlação entre poder, racismo e direito no centro do debate da criminologia crítica brasileira.

---

<sup>34</sup> Para mais detalhes sobre o relatório, vide: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/noticias/sistema-carcerario-brasileiro-negros-e-pobres-na-prisao>. Acesso em: 03.dez.2019.

O impulso necessário para analisar a problemática envolvendo o racismo, poder e direito surgiu a partir da leitura do texto de Felipe da Silva Freitas (FREITAS, 2016).

Em seu texto, o autor teve por objetivo realizar uma análise sobre o punitivismo no Brasil, refletindo sobre racismo, produção do conhecimento criminológico e funcionamento do campo jurídico nacional.

Para isso, foi realizada, ao longo do texto, discussões objetivando responder como o pensamento criminológico vem se articulando com a agenda genocida contra o povo negro no Brasil.

Tal perspectiva é possível de obtenção a partir da análise dos discursos contemporâneos da criminologia crítica acerca da seletividade do sistema penal, com ênfase nas chamadas pelo autor de “principais rupturas e permanências” entre os discursos criminológicos críticos e as práticas políticas no campo jurídico penal.

A respeito do contexto histórico da criminologia no Brasil, a estruturação do campo criminológico no país, a partir de 1970, é caracterizada pela criação, articulação e o fortalecimento de grupos de pesquisa em criminologia em universidades, bem como com “o ingresso de criminólogos e criminológicas críticos como professores de cursos de graduação e pós-graduação (Sobretudo na área de direito)” (FREITAS, 2016, p. 489).

Tomando por base o trecho do livro “Racismo e sexismo na cultura brasileira”, de Lélia González (1983), a primeira reflexão que surge para o leitor é a seguinte: será que, das pessoas que ingressaram nos quadros das universidades ao longo da chamada estruturação do campo criminológico no país, como criminólogos críticos, quantas efetivamente seriam capazes de exercer, com a “independência militante” necessária os tais discursos insurgentes e ensejadores de rupturas?

Questionamento possível a partir da leitura do texto, em especial, quando o autor realiza a análise dos textos representativos do pensamento negro que, por muito tempo, não encontrou “espaço nem na faixa da direita, nem na faixa da esquerda” (FREITAS, 2016, p. 492).

É justamente a partir desse cenário, caracterizado pelo aumento da produção científica em todo o país, que o autor propõe a produção, crítica e a proposição de criminologias “críticas e insurgentes” (FREITAS, 2016, p. 489).

A proposta de produção crítica pretende, aqui, ampliar as áreas passíveis de debates envolvendo o racismo, não desconsiderando (pelo contrário, devendo ser ressaltada, a importância como primeiros passos históricos), as discussões propostas por Sueli Carneiro, Jurema Werneck, Luiza Bairros, Vilma Reis e Edson Cardoso (CARNEIRO, 2005; WERNECK, 2003; CARDOSO, 2015; REIS, 2005; BAIROS, 2016).

Diante de tal desafio, o autor pretendeu alcançar o seu resultado dividindo o estudo em três partes, a saber:

A primeira enfatiza a análise das formas de ocultação da temática racial vigente no debate criminológico nacional; a segunda, sublinha as divergências, rupturas e insurgências verificadas na trajetória do pensamento criminológico brasileiro, e, por fim, uma sessão referente ao levantamento de hipóteses explicativas para o “silêncio criminológico” quanto ao genocídio com ênfase nas teorias sobre branquitude e hierarquias epistemológicas (2016, p. 490).

A respeito da primeira parte, ganha destaque a evolução existente na criminologia ao longo dos anos no Brasil. No início, a criminologia brasileira foi organizada a partir de um “criticismo”, do problema da seletividade do sistema penal e da necessidade de uma política criminal alternativa.

Sobre o tema, Martins (2014, p. 120) assim se posiciona:

Verifica-se que Baratta se consolida como um grande símbolo do pensamento crítico-criminológico de vertente europeia e sua obra alcança significativamente o Brasil e a América Latina. Na América Latina, o processo de ingresso do paradigma da reação social e da criminologia crítica constituiu um fenômeno de emancipação metodológica de alguns setores, visto que diante da tradução desse paradigma se fomentou o reconhecimento dos sujeitos latino-americanos como pesquisadores com os seus próprios olhares no tocante às pesquisas criminológicas e políticas criminais. Assim, através da perspectiva de se apropriar de teorias estrangeiras e levá-las às raízes locais em seu tempo, espaço e método, inaugura-se na América Latina a percepção de uma tradução da criminologia.

Nesse período, portanto, é possível visualizar o enfoque na denúncia materialista da injustiça social, fenômeno intimamente ligado com a estrutura econômica. O enfoque de referidas denúncias, importante consignar, seria, de acordo com o autor, marxista.

Em síntese, a criminologia estava ocupada tão somente com os efeitos do racismo e não com a análise do fenômeno como parte (não) integrante da estrutura e da própria lógica de funcionamento do sistema penal. A partir dessa escolha de enfoque, temas como o genocídio foram rechaçados e substituídos pela busca por caminhos “menos radicais” de aproximação

da temática racial.

O racismo, portanto, estava tão somente sendo tratado de forma periférica e insuficiente para compreensão do fenômeno, suas causas, efeitos e consequências, portanto, como um todo.

É possível visualizar que essa característica da criminologia brasileira gerou diversos problemas, em especial, quanto a permeabilidade do pensamento criminológico crítico, senão vejamos:

Assim como em outros campos do conhecimento, o saber criminológico (crítico) brasileiro manteve-se pouco permeável às contribuições do pensamento negro, do pensamento feminista ou de outros grupos sociais subalternizados e seguiu trabalhando com a ideia de classe como macro categoria explicativa dos fenômenos no âmbito da justiça criminal, dos processos de criminalização e das dinâmicas de seleção do sistema punitivo (FREITAS, 2016, p. 492).

No decorrer do texto e as reflexões a ele inerentes, realizando o diálogo necessário com a obra de Ana Flauzina (2014), verifica-se que a criminologia que não se preocupe com as relações raciais não estaria apta na missão de compreender o sistema penal.

Nesse aspecto, o autor destaca que o racismo seria o “eixo estruturador” (p.493) das desigualdades. Nesse ponto, creio que o racismo, em verdade, é uma das dimensões, devendo ser destacadas outras como, por exemplo, a condição econômica, índices de violência, acesso à educação e aspectos culturais.

Sobre os aspectos culturais, por exemplo, em um país como o Brasil, de dimensões continentais, é importante que a criminologia análise, para além dos aspectos relativos à raça, questões econômicas e culturais afetas, por exemplo, às regiões do país.

A partir da relação da criminologia e a “manutenção dos privilégios da branquitude”, o autor destaca ponto crucial para a evolução da criminologia qual seja: “O que está em jogo é que a crítica brasileira não chegou às últimas consequências” (FREITAS, 2016, p. 494).

Neste ponto, o Autor traz um paralelo importante em relação à pergunta feita linhas acima, *in verbis*:

Trata-se de considerar como as posições (raciais, de classe e de gênero) dos(as) pesquisadores(as) têm influenciado para que a categoria raça ou gênero sigam ausentes das escolhas teóricas e metodológicas da criminologia crítica. É diante do risco de que a denúncia do racismo importe em perda dos próprios privilégios que os críticos param de avançar.

Aqui existe uma reflexão importante a respeito da criminologia crítica brasileira no sentido de que o risco dos efeitos das denúncias em relação às perdas dos próprios privilégios acaba freando o trabalho crítico.

Sobre a problemática envolvendo a não concepção do negro como pessoa humana, o autor aponta como uma das soluções para o referido enfrentamento a “presença negra em espaços de formulação política e teórica” (FREITAS, 2016, p. 496).

Em síntese (e portanto), além de ouvir os negros e negras, é necessário possibilitar a construção das narrativas por essas vozes, sob pena de o Brasil refletir, na prática ( e infelizmente) o trecho do livro de González (1983) descrito no início do artigo, no qual os negros seriam bem vindos na casa dos brancos, tão somente e enquanto, não se prestassem a usar dos espaços de discurso e manifestar-se criticamente.

O tratamento adequado às questões raciais no Brasil é o ponto que merece destaque para reflexões, feitas a seguir, a partir do advento de novas tecnologias, em especial o *dataveillance* na arena criminológica crítica, bem como os reflexos que tal ferramenta poderá gerar em relação às reformas neoliberais pelas quais o Brasil vem passando nos últimos anos.

Retornando a obra de Jesús-María Silva Sánchez, finalizando o tópico relativo ao efetivo aparecimento de novos riscos, o progresso técnico reformula a delinquência dolosa tradicional, ou seja, aquela cometida com dolo direto ou de primeiro grau, permitindo a utilização de novas técnicas como instrumento que lhe permite produzir resultados especialmente lesivos.

Nesse ponto, e aqui reforçando o ineditismo do presente estudo, o enfoque do autor espanhol é o de analisar as alterações relativas ao cometimento do crime em si, enquanto a presente obra pretende abordar, diante da evolução natural dos meios tecnológicos, como se dá a persecução penal na era digital, tendo o *dataveillance* como ferramenta de teste.

Ao abordar, dentro do primeiro capítulo, a institucionalização da insegurança, Silva Sánchez (2013, p.30) destaca que as sociedades pós-industriais, caracterizadas por fenômenos como o emprego de meios técnicos, a utilização de substâncias cujos efeitos nocivos são ainda desconhecidos ou, ainda, a comercialização de produtos com tais características, geram constante incerteza na vida social.

Para além de não sabermos quem está nos matando, a evolução da tecnologia e,

principalmente, a sua utilização por governos e empresas permite-nos chegar a mais uma preocupação, essa sim um dos pontos centrais para reflexão e fazendo uma paródia ao exemplo destacado por Silva Sánchez<sup>35</sup>: estão nos investigando, mas não conseguimos ainda saber com certeza nem quem, nem como, nem a que ritmo”.

Nessa toada, o problema reside, não nas decisões humanas que geram riscos inerentes às investigações (Estatais ou privadas) e sim na distribuição dessas decisões, o que gera reflexos dos mais diversos entre os grupos sociais<sup>36</sup>.

A complexidade social, nesse panorama, é incontroversa. Referido fenômeno tem uma série de implicações (social, econômica, política etc.), dentre as quais, chama a atenção os seus reflexos no direito penal (ROXIN, 1998, p.435), mais especificamente, no campo da persecução penal do Estado.

Sociedades caracterizadas com diversas complexidades, em especial a tecnológica, permitem uma interação individual nunca vista, gerando um incremento quanto a possibilidade de que alguns desses contatos virtuais gere a produção de consequências lesivas.

Nesse ponto, dois exemplos podem (e, por que não?) devem ser destacados para realçar o passo que se pretende dar na presente obra em relação a teorização de Silva Sánchez. O primeiro diz respeito à João, residente em São Paulo - SP que, diante do término de seu relacionamento com Maria e, diante da relativa facilidade de acesso a aplicativos disponíveis na rede, produz as chamadas *deepfakes*<sup>37</sup> e *shallowfakes*<sup>38</sup> contra a ex-companheira contendo cenas, textos e gestos jamais praticados pela vítima.

O segundo exemplo diz respeito ao procedimento que a Polícia Civil de São Paulo e a Polícia Federal devem tomar, não apenas para reprimir os vídeos em circulação pela *web* mas,

---

<sup>35</sup> “O cidadão anônimo diz: "estão nos 'matando', mas não conseguimos ainda saber com certeza nem quem nem como, nem a que ritmo" (SILVA SÁNCHEZ, 2013, p.2013).

<sup>36</sup> Cf. López Cerezo/Luján López, *Ciência y política*, p. 173 e ss.

<sup>37</sup> Trata-se de uma siglominização de “deep learning”, consistindo em um mecanismo que é capaz de sintetizar imagens ou sons humanos baseada em técnicas de inteligência artificial. Dentre as possibilidades de criação de vídeos falsos, a chamada Rede Generativa Adversarial é o mecanismo mais difundido. Vide, sobre o tema: BRANDON, John. Terrifying high-tech porn: Creepy “deepfake” videos are on the rise”. Fox News. Consultado em 03 de dezembro de 2019. SCHWARTZ, Oscar. You thought fake News was bad? Deep fakes are where truth goes to die. The Guardian. ISSN 0261-3077. Acesso em: 03.dez.2019.

<sup>38</sup> No contexto dos vídeos falsos, trata-se de uma falsidade superficial, grosseira, que não demanda, para fins de elucidação, o uso da inteligência artificial para manipulação de imagem e som, ou seja, existe basicamente a descontextualização do vídeo, gerando a desinformação do cidadão. SILVA, Evelyn Melo. Você já ouviu falar em deepfake e em shallowfakes e como eles podem afetar a eleição de 2020? Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI315545,101048Voce+ja+ouviu+falar+em+deepfake+e+em+shallowfake+e+como+eles+podem>. Acesso em: 03.dez.2019.



e principalmente, quais técnicas poderiam ter sido usadas para evitar referida circulação de vídeo.

É possível visualizar, a partir da leitura do primeiro exemplo e da primeira parte do segundo (caráter repressivo da investigação), que ambos estão acobertados pela teoria de Silva Sánchez como reflexos das chamadas complexidades sociais.

Entretanto, tanto nesse ponto como, mais a frente ao tratar das velocidades em si do direito penal, referido teórico não esmiúça questões relativas ao caráter preventivo que investigações de metadados podem gerar.

Tornando (propositadamente) mais complexo o caráter preventivo da investigação presente no segundo exemplo, surge a seguinte pergunta: será que o Estado Brasileiro seria o ente mais capacitado tecnicamente para proceder às investigações preliminares envolvendo metadados?

Caso admitamos que não, como ficaria a questão da soberania nacional frente ao acesso e utilização de dados, através de técnicas de vigilância digital, por entes, além de privados, estrangeiros como *google*, *Microsoft*, ou ainda, por pessoas físicas (nacionais ou estrangeiras)?

Essas configuram parte das complexidades que, até o momento, não foram respondidas. Voltando a segunda parte do exemplo, relativa à investigação prévia que possibilitasse a não divulgação dos vídeos produzidos por João contra Maria, surge mecanismos de *surveillance*, dentre os quais, o *dataveillance*, objeto desta obra.

Sobre a sociedade pós-industrial europeia e a crise do modelo do Estado do bem-estar retratada por Silva Sánchez (2013, p; 32), algo próximo da realidade brasileira conforme visto anteriormente, o autor destaca como cenário a competitividade somada a bolsões de desemprego ou marginalidade que, no Brasil, são facilmente verificadas, em especial, quando o assunto é a raça do indivíduo.

Dúvidas não restam de que a marginalização de determinados grupos está intimamente ligada ao aumento da violência, fenômeno que tem por ponto de ligação a convivência entre os grupos incluídos e os marginalizados.

A doutrina da “criminalidade de massas”<sup>39</sup> destaca que o “outro”, ou seja, aquele

---

<sup>39</sup> Kindhäuser, Universitas 3/1992, p. 229: “primärer Risikofaktor ist der Mensch slbst”.

pertencente a grupo diverso do “eu”, deve ser considerado um risco, mais especificamente, no tocante ao tecido social, faceta, portanto, não tecnológica da questão.

Saindo da ótica objetiva do problema (institucionalização da insegurança), Silva Sánchez passa a analisar, por considerar mais importante, a dimensão subjetiva desse modelo de configuração social.

Nesse aspecto, traçando um paralelo entre a chamada sensação de insegurança e a sociedade da era pós-industrial, Silva Sánchez (2013, p.33) pontua que essa é caracterizada pela chamada “insegurança sentida”, ou, ainda denominada como sociedade do medo, tendo por traço principal a sensação geral de insegurança.

Em síntese, a sensação geral de insegurança consiste em dizer que, cada vez mais os indivíduos de determinada sociedade tendem a confiar cada vez menos e, pior, em circunstâncias cada vez mais excepcionais.

Para além do crescimento da desconfiança em relação ao outro, referido sentimento é visto de forma positiva<sup>40</sup>.

Com o intuito de ilustrar a configuração da sensação de insegurança, o autor espanhol cita três exemplos. No primeiro, afirmou que as pessoas enfrentam uma dificuldade, crescente ao longo do tempo, de adaptação a sociedades em contínua aceleração.

Nesse sentido, a atual revolução das comunicações daria lugar a uma complexidade relacionada à falta de domínio da sequência dos acontecimentos, o que aumentaria significativamente a sensação de insegurança.

Sobre o tema, TOFFLER (2000, p. 10-11), refletindo sobre a aceleração do ritmo de vida pela revolução das comunicações, pontua que o problema central consiste em combinar a “crescente complexidade” com prazos cada vez mais escassos para tomada de decisões, decisões essas muitas vezes desacompanhadas da reflexão devida, o que certamente coloca em risco, não apenas as estruturas políticas vigentes como, e sobretudo, as próprias estruturas sociais.

Nessa perspectiva, instrumentos tecnológicos como o *dataveillance* surgem como aspectos importantes para auxiliar na descoberta do encadeamento de fatos. A grande problemática é, ao menos nos idos de 2019, ano no qual a obra começou a ser desenvolvida,

---

<sup>40</sup> Sobre o tema, vide: Wirklichkeit durch Kriminalität und Strafe, Baden-Baden, 1997, p. 134 e ss, 139.

equilibrar, para fins de tomadas de decisão cada vez mais rápidas e eficientes, o uso da ferramenta com garantias tão caras ao Estado Democrático de Direito consistentes, por exemplo, no direito ao silêncio e de não produzir provas contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*).

O segundo exemplo apto a configuração da sensação de insegurança, de acordo com Silva Sánchez, diz respeito, ante a avalanche de informações (LLEDÓ, 1998, p. 19 ess, 22), da obtenção de informações fidedignas.

A quantidade de informações gera contradições que, quando existentes, geram dificuldades na sua integração com algum contexto ou, pior, com a certeza necessária para fins de condenação penal.

Aqui surge um ponto de reflexão e que, mais uma vez, demonstra o ineditismo da presente tese: alguns autores espanhóis (MARINA, 2000. p.100,108) focaram na grande quantidade de dados, consistindo no que podemos aqui chamar de “primeira fase” do problema.

Atualmente, estamos diante do que denomino “segunda fase” do problema caracterizada, não por dados tão somente, e sim por metadados, esses compreendidos como dados sobre outros dados.

Para tornar mais fácil a visualização do conceito de metadados, esses devendo ser entendidos como dados descritivos de um documento, físico ou digital (RILEY, Jenn. 2017), é possível citar como exemplo os elementos relativos ao autor, a data de criação, ao local de criação, conteúdo, forma, dimensões e outras informações de um determinado arquivo.

Diante dessa nova perspectiva, aqui denominada de “segunda fase” do problema, surge a seguinte pergunta, a saber: como trabalhar com a grande quantidade de metadados disponível por toda a rede, em especial, garantindo a sua manipulação lícita para, dentre outras finalidades, promover a persecução penal?

Essa e outras perguntas serão respondidas ao longo do texto. Finalizando os aspectos aptos a configuração da sensação de insegurança, a aceleração não deve ser vista tão somente sob o ponto de vista técnico e sim, mais precisamente, no tocante ao próprio estilo de vida dos indivíduos da sociedade pós-industrial.

Em resumo, a competição mercadológica exige cada vez mais indivíduos sozinhos e disponíveis, o que gera uma instabilidade emocional-familiar e, conseqüentemente, uma perplexidade adicional no âmbito das próprias relações humanas, dentre as quais (e por que

não?) a criminalidade (MARINA, 2000, p. 108).

Sobre perplexidades e com base no que foi dito por João Paulo II<sup>41</sup> ao abordar a pós-modernidade, “o tempo das certezas ficou para trás irremediavelmente”, ou seja, a provisoriidade e fugacidade caracterizariam uma perspectiva de carência tal (e total) de sentido, contexto esse no qual o ser humano deveria então aprender a viver.

A essa perplexidade Silva Sánchez dá o nome de perplexidade do “relativismo”, pontuando que se trata de uma “dimensão filosófica e ética, pela perda de referências valorativas objetivas”, sem as quais os indivíduos vivem sem “referências *auctoritas* ou de princípios generalizáveis” (2013, p. 34).

Nesse aspecto, além da dificuldade inerente a própria exploração da tecnologia, a ausência de princípios generalizáveis nesse campo poderá repercutir na utilização de instrumentos tecnológicos como o *dataveillance* e outros mecanismos de *surveillance* na persecução penal.

É dizer, garantias do indivíduo como cidadão/acusado, dos países como estados soberanos e da sociedade como telespectadora/vítima nunca mais serão as mesmas.

Essa faceta da insegurança, caracterizada pela ausência de premissas materiais das quais se possa buscar o consenso, surge diante do advento do uso da força como marco impositivo da direção de determinada discussão ou assunto, servindo como “argumento mais poderoso”.

Mais do que nunca é necessário buscar valores, aqui compreendidos minimamente como critérios, pois, caso contrário, "se não existem valores, a liberdade do ditador é tão válida como a do cidadão, embora mais forte" (MARINA, p.48).

No aspecto subjetivo, de acordo com SILVA SÁNCHEZ (2013, p. 35), é algo que chama a atenção, em especial gerando o aumento da insegurança, o “paradoxo de que o incremento da interdependência social tenha lugar no contexto de uma sociedade massas na qual se experimenta uma "dessolidarização" estrutural”, chamando a atenção para o “individualismo de massas”, momento no qual a sociedade já não representa, estruturalmente, uma comunidade e sim um conglomerado de indivíduos isolados e narcisisticamente propensos a uma satisfação prioritária dos próprios desejos e/ou interesses<sup>42</sup>.

---

<sup>41</sup> Fides etRatio, Capítulo VIÍ, n. marg. 91.

<sup>42</sup> Um aspecto interessante do tema é a chamada monetarização das relações, fenômeno no qual as relações de reconhecimento recíproco dão lugar a relações de “indiferença” recíprocas. Cf. Barcellona, Postmodernity

Sobre esse contexto, em especial a sensação de insegurança diante do delito e a atuação dos meios de comunicação, a utilização do *dataveillance* como técnica de vigilância sugere (e é o que se pretende investigar nessa obra) um novo estágio, não apenas no direito penal mas em sentido amplo, das mídias de massa e a sua relação com a sensação de segurança urbana, para além do que escreveu Barata<sup>43</sup> e Laguía, por exemplo.

A respeito da tecnologia, fazendo uma analogia com o que disse Garapon (1997, p. 94) sobre meios de comunicação, o uso das ferramentas tecnológicas pode “acelerar a invasão da democracia pela emoção, propagar uma sensação de medo e de vitimização e introduzir de novo no coração do individualismo moderno o mecanismo do bode expiatório que se acreditava reservado aos tempos revoltos.

Para além desse aspecto, ainda que não seja a regra, problemas graves podem surgir da manipulação “parcial” da tecnologia pelas instituições públicas de repressão da criminalidade<sup>44</sup>, ensejando não apenas investigações como processamentos e, principalmente, condenações que refletem imagens oblíquas da realidade, contribuindo sobremaneira com a propagação da sensação de insegurança.

Basta pegar o exemplo utilizado por Silva Sánchez (2013, p. 39) para se chegar à gravidade, ainda que abstrata, dessa afirmativa. No referido momento da obra, o autor espanhol cita a forma, sabidamente generalizada (HOUGH/ROBERTS, 1999, p.11), como são apresentadas as estatísticas de delitos cometidos por jovens imigrantes na República Federal da Alemanha.

Imaginemos, dentro do contexto brasileiro, não apenas as estatísticas envolvendo delitos praticados por jovens negros, mas, e principalmente, como tais dados poderiam servir de fonte para a adoção de políticas públicas invasivas tecnologicamente como o *dataveillance*.

Algo preocupante de se imaginar tanto em abstrato como concretamente, principalmente, pela falta de critérios objetivos que parece viciar o sistema normativo brasileiro.

Ainda que as causas da insegurança muitas vezes não sejam perceptíveis, gerando

---

comunidad. El retorno de la vinculación social (trad. Silveira/Estévez/Capella), Madrid, 1992, p. 112, 121, 123 etc.

<sup>43</sup> BARATA, Francesco. Las nuevas fábricas del miedo. Los “mass media” y la inseguridad ciudadana, Muñagorri Laguía (Ed.), La protección de la seguridad ciudadana, Oñati Proceedings 18, Oñate, 1995, p.83 e ss.

<sup>44</sup> Sobre a transmissão de imagens oblíquas da realidade por instituições públicas de repressão à criminalidade, vide: BAER/CHAMBLISS, Generating fear: The politics of crime reporting, em Crime, Law & Social Change. 27/1997, p.87 ess.; FREHSEE, Fehlfunktionen des Strafrechts und der Verfall rechtsstaatlichen Wirklichkeit durch Kriminalität und Strafe, Baden-Baden, 1997, p.29.

uma “metáfora da insegurança vital generalizada”<sup>45</sup>, surge, de todo modo, a pretensão social à segurança, pretensão essa que em tese deve ser suportada/providenciada pelo Estado através do Direito Penal.

Mesmo diante da afirmação de que homens e mulheres nunca viveram tão bem e tão seguros como agora, Prittwitz e Franz Xaver Kaufmann, destaca que, mesmo nesse cenário hipotético, “o medo e a insegurança se converteram no tema do século XX”. (1993, p. 73).

A sensação de medo e insegurança aumentou no século XX, provavelmente, diante da constatação de que a chamada sociedade do bem-estar, cada vez mais, é caracterizada como uma sociedade “de classes passivas”<sup>46</sup>(SILVA SÁNCHEZ, 2013, p. 41).

Nesse tipo de sociedade, pessoas que, dadas as circunstâncias, ostentam uma posição passiva em termos de produção intelectual ou empresarial, acabando desempenhando, como cidadãos, direitos de voto, gerando reflexos interessantes, por exemplo, quanto a fiscalização daqueles que foram escolhidos para governar.

Além do reflexo eleitoral desse tipo de cidadão, e aqui se deve realizar o decote para o presente estudo, referida classe de pessoas é caracterizada por sua passividade em relação aos efeitos nocivos do desenvolvimento como por exemplo o meio ambiente.

No campo tecnológico, a passividade dessa classe de pessoas, cada vez maior, pode gerar graves consequências no tocante ao exercício de direitos dele derivado como direito do consumidor, direito civil e, principalmente, direito penal.

A respeito da comparação entre o modelo da pós-industrialização e a sociedade do desenvolvimento industrial do século XIX e, provavelmente, da primeira metade do século XX, de acordo com Silva Sánchez (2013, p. 42), houve a diminuição na utilização de conceitos, inerentes a dogmática penal, como o do risco permitido.

Em síntese, enquanto na sociedade do desenvolvimento industrial do século XIX a coletividade deveria pagar o preço do desenvolvimento (não adoção das máximas medidas de segurança pela empresa, por exemplo), na sociedade pós-industrial é possível notar o retrocesso quanto a incidência da figura do risco permitido tendo por base a premissa de que poucos navegam, ou seja, apostam decididamente pelo desenvolvimento, sendo priorizado outro prisma

---

<sup>45</sup> Expressão utilizada por Silva Sánchez ao longo do capítulo (2013, p. 42).

<sup>46</sup> De acordo com o autor espanhol, essa classe passiva de cidadãos, típica do estado de bem-estar, seria caracterizada por “Pensionistas, desempregados, destinatários de serviços públicos educacionais, sanitários etc, pessoas ou entidades subvencionadas (beneficiários, enfim, da transferência de riqueza, mais que criadores dos excedentes objetos de transferência) se convertem nos cidadãos, os eleitores por excelência”.

consistente na prioridade da necessidade de “viver”<sup>47</sup> (CASTANÓN, 1995, p. 483).

Essa mudança de paradigma ocorre com base na alternância de valores nas quais determinada sociedade se plasme (JAKOBS, 1996, p. 119-120).

Em outra perspectiva, a liberdade de ação cede ante a liberdade de não-padecer diante da nova ponderação possível entre o risco permitido e o risco desaprovado (SWAANINGEN, 1997, p. 174).

Para além da ideia em si, a descrição de parte do raciocínio de Van Swaaningen na obra afeta ao cenário europeu tem um propósito alcançável pela seguinte indagação: será que esse cenário, de crescimento das classes passivas, além de ser aplicável, está ocorrendo no Brasil?

Ante de iniciar a reflexão a respeito dessa pergunta, cumpre aclarar o caminho metodológico proposto nesta tese. Não se desconhece que a construção de leis na Europa foi (e, até hoje é) diverso do que ocorre no Brasil sendo o primeiro caracterizado pela pressão popular, fixando a agenda, o que não necessariamente ocorreu em relação ao segundo.

Especificamente sobre os empreendedores brasileiros, até por dizer respeito ao objetivo do presente trabalho, uma pesquisa *Global Entrepreneurship Monitor (GEM) 2017*<sup>48</sup>, do Sebrae, mostrou que o percentual de pessoas entre 18 e 34 anos que têm negócios em fase inicial, durante o ano de 2017, atingiu o patamar de 57%, representando mais de 15 milhões de jovens.

Além disso, a taxa de empreendedorismo total atingiu a marca de 36,4%, representando quase 50 milhões de indivíduos. Já no GEM 2018<sup>49</sup>, é possível observar que essa tendência se manteve.

Nesse último estudo, no tocante as Taxas de Empreendedores Estabelecidos (TEE) dos países participantes do GEM agrupados segundo a renda do país, o Brasil está na 2ª colocação no grupo dos 11 países classificados com “média renda” e na 3ª colocação geral dos 49 países participantes da pesquisa, cenário diverso do narrado por Silva Sánchez e Swaaningen

---

<sup>47</sup> Outra obra, do mesmo autor, sobre o tema: El limite entre imprudência y riesgo permitido en derecho penai, ¿es posible deierminarlo con critérios utilitários?, APDCP, 1996, III (2000), p. 909 e ss.

<sup>48</sup> Empreendedorismo no Brasil. Relatório Executivo 2017. Disponível em: [https://m.sebrae.com.br/Sebrae/Portal%20Sebrae/Anexos/Relat%C3%B3rio%20Executivo%20BRASIL\\_web.pdf](https://m.sebrae.com.br/Sebrae/Portal%20Sebrae/Anexos/Relat%C3%B3rio%20Executivo%20BRASIL_web.pdf). Acesso em: 12.dez.2019.

<sup>49</sup> Empreendedorismo no Brasil. Relatório Executivo 2018. Disponível em: <https://datasebrae.com.br/wp-content/uploads/2019/02/GEM-2018-Apresenta%C3%A7%C3%A3o-SEBRAE-Final-slide.pdf>. Acesso em: 12.dez.2019.

a partir do ponto de vista estritamente europeu.

A diferença desses cenários, somado ao crescimento do empreendedorismo digital permite, para além da quantificação de cidadãos passivos e ativos por si mesmos, compreender os riscos envolvidos na utilização de ferramentas de vigilância eletrônica por pessoas físicas e jurídicas que não o próprio Estado, ultrapassando muitas vezes os limites da soberania tradicional.

Retomando à sensação de insegurança descrita por Sánchez, no modelo social por ele descrito, a vítima “não assume a possibilidade de que o fato que sofreu derive de uma culpa sua ou que, simplesmente, corresponda ao azar” (SILVA SÁNCHEZ, 2013, p. 46).

Ou seja, diante da negação de culpa concorrente ou, ainda, própria, bem como do azar, há uma virada no ponto de partida em termos de persecução penal, qual seja: o grande objetivo do Estado ao realizar a persecução penal passa a consistir na busca por um (a) terceiro (a) responsável a quem deverá ser imputado, não apenas o fato, como ( e principalmente) as consequências penais do mesmo.

A essa expansão da imputação de responsabilidade, símbolo cultural da sociedade contemporânea, dá-se o nome de “Expansão de atribuição”<sup>50</sup>.

Dentre outros efeitos, a chamada expansão da atribuição, além de gerar processos de despersonalização e de amoralização na imputação gera, de acordo com Silva Sánchez ao citar Garapon (1997, p. 104), a possibilidade de se afirmar que “fazem falta não somente responsáveis, mas também culpáveis”.

Atualmente, para além dessas questões sobre a expansão da atribuição propriamente dita, mostra-se importante refletir sobre a imputação de responsabilidade, em especial à penal, a algoritmos e outros mecanismos tecnológicos por resultados que, porventura, violem bens jurídicos tutelados pela norma penal.

Trata-se, portanto, de um dos pontos centrais para se perceber em que momentos estamos e se a teoria desenvolvida por Silva Sánchez, nos idos de 2020, responde a esses questionamentos e se adequa à realidade da América do Sul.

Seguindo adiante, Silva Sánchez traça, a partir da imputação de responsabilidade,

---

<sup>50</sup> Lübbe, ao abordar originariamente a questão, usa o termo “Zurechnungs expansion”. LÜBBE. W. Handeln und Verursachen: Grenzen der Zurechnungsexpansion, in W. LÜBBE (Hrsg). Kausalität und Zurechnung. P. 223 e ss. 223.



importante paralelo com a opinião pública, mais especificamente, destacando que a maioria das pessoas se identifica com a vítima do delito.

Nessa linha, à luz da obra de Garapon (1997, p. 96, 98), a opinião pública “se inclina hoje a identificar-se mais com a vítima que com o árbitro, com o governado mais que com o governante, com o contrapoder mais que com o poder, com o justiceiro mais que com o legislador”.

De acordo com Silva Sánchez, a chamada identificação da maioria com a vítima do delito ocorre por conta da configuração de uma sociedade “majoritariamente de classes passivas” (2013, p. 50), servindo como exemplos os pensionistas, desempregados consumidores e aposentados, ou, na perspectiva trazida por González Seara, “sujeitos do bem-estar<sup>51</sup>” (1997, p. 26).

A partir desse cenário e da crise do Estado Providencial a ele relacionado, o autor espanhol destaca que, em síntese, o cidadão que agora não apenas vive no Estado senão também do Estado acaba enxergando de forma diversa (e, por que não, perversa) o acusado no processo penal.

Referida conjuntura, e aqui entra um dos pontos que garantem o ineditismo da presente tese, é a potencialização da ligação com a vítima que ocorre a partir do incremento das ferramentas tecnológicas, em especial, a utilização de metadados<sup>52</sup>.

Em síntese, não apenas a manipulação como a difusão e propagação de dados e metadados geram uma verdadeira progressão geométrica (PG) em termos de danos à reputação e imagem do acusado, fenômeno que ocorre, em sua maioria, antes mesmo de qualquer sentença condenatória.

Nesse sentido, ferramentas como o *dataveillance* servem como nova “espada da sociedade contra a delinquência”, não apenas dos poderosos como também de pessoas de qualquer classe social.

Sobre o tema, Silva Sánchez (2013, p.54) cita a mudança ocorrida no debate social envolvendo a criminalidade. Em síntese, enquanto a criminalidade dos despossuídos (leitmotiv)

---

<sup>51</sup> Em sua obra, Sartori (1997, p. 118 e ss.) utiliza a expressão “sociedade das expectativas” para tratar do fenômeno.

<sup>52</sup> A influência que a manipulação de metadados pode gerar na vida das pessoas é facilmente percebida, exemplificativamente, no documentário “Privacidade Hackeada”, da netflix, o qual retrata o caso Cambridge Analytica. Em síntese, foram descobertos vazamentos de dados do Facebook a uma companhia, a Cambridge Analytica, responsável, dentre outros, pela eleição do Presidente dos Estados Unidos, Donald Trump.

norteava a doutrina penal durante o século XIX, por completo, e por boa parte do século XX, a partir do final de referido período, ganhou destaque a chamada criminalidade dos poderosos (*crimes of the powerful – corporate and business crime*).

Silva Sánchez (2013, p.54) faz um importante alerta no sentido de que a criminalidade dos poderosos tem chamado a atenção da mídia e da sociedade, o que não significa dizer que referida modalidade criminosa esteja ocorrendo em maior quantidade do que aquela praticada pelos grupos menos favorecidos da sociedade.

Neste ponto, ferramentas tecnológicas como o *dataveillance* surgem, ao mesmo tempo, tanto como mecanismo preventivo de cometimento de crimes dos poderosos como das classes mais desfavorecidas.

A conclusão preliminar acima pode ser atestada pelo seguinte: o uso de aparelhos eletrônicos no mundo e, principalmente, no Brasil, tem aumentado a cada ano. Diante desse cenário, ainda que potencialmente, a probabilidade de cometimento de crimes eletrônicos igualmente aumenta.

De acordo com a 30ª Pesquisa Anual de Administração e Uso de Tecnologia da Informação nas Empresas, realizada ao longo do ano de 2018 pela Fundação Getúlio Vargas de São Paulo (FGV-SP)<sup>53</sup>, no Brasil há uma média de dois dispositivos digitais por habitante.

Em termos numéricos, no ano de 2019, a pesquisa concluiu que o país teria 420 milhões de aparelhos digitais ativos, tendo sido constatado à época que existem 230 milhões de celulares ativos no Brasil.

Retornando ao estudo do expansionismo penal, Silva Sánchez (2013, p.58) passa a se debruçar sobre o que chama de descrédito de outras instâncias de proteção. Em síntese, o expansionismo penal não se deu, nessa perspectiva, tão somente em virtude da maior utilização de mecanismos de proteção não jurídicos por exemplo e sim diante da inexistência e/ou insuficiência de mecanismos outrora geradores da pacificação social, quais sejam: ética social, Direito Civil e Direito Administrativo.

No tocante a ética social, Silva Sánchez (2013, p.58) pontua que os critérios tradicionais de avaliação do bom e do mau, nas sociedades modernas, foram demolidos, não parecendo funcionar “como instâncias autônomas de moralização, de criação de uma ética

---

<sup>53</sup> Disponível em: [https://eaesp.fgv.br/sites/eaesp.fgv.br/files/noticias2019fgvcia\\_2019.pdf](https://eaesp.fgv.br/sites/eaesp.fgv.br/files/noticias2019fgvcia_2019.pdf). Acesso em: 06.01.2020.

social que redunde na proteção dos bens jurídicos”.

Diante desse contexto, conforme destaca Díez Ripollés (1998, p.48-49), as opiniões sociais têm equiparado os conteúdos “do Direito Penal aos dessa moral social pouco definida, e que em consequência exijam da política criminal que se pronuncie sobre aspectos conflitivos éticos que não são propriamente de sua competência”.

Ortega e Gasset, no ano de 1930, na obra “A rebelião das massas”, concluindo igualmente pela ausência de moral na Europa, que “o homem-massa simplesmente carece de moral, que é sempre, por essência, sentimento de submissão a algo, consciência de serviço e obrigação” (p.200), ou seja, referida pessoa crê ser um sujeito de ilimitados direitos.

Ampliando o debate acerca da queda da moral, Rosenfeld (1997), na chamada “teoria institucional de anomia” ressalta que um dos fatores que ensejou o aumento da criminalidade, ou seja, o aumento da delinquência, diz respeito, de um lado, à predominância da economia e, do outro, a fragilização das instituições não econômicas, citando como exemplos a família, a estrutura educacional e a religião.

No tocante à inexistência e/ou insuficiência do Direito Civil como mecanismo apto a gerar a pacificação social e, conseqüentemente, evitar a expansão do Direito Penal, Silva Sánchez (2013, p. 60) destaca que referido ramo não está desempenhando sua função político-jurídica a contento em dois aspectos.

Por um lado, se o dano está segurado, característica inerente ao que o autor espanhol chama de “modelo de seguro”, é possível concluir que os níveis de diligência do agente estão paulatinamente diminuindo, em especial, porque é a seguradora que arcará com o montante da indenização, valor esse que poderá ser maior ou menor a depender da repercussão social da conduta individual apenas.

Em outros termos, o modelo de seguro<sup>54</sup> atualmente vigente no Direito Civil gera o decréscimo da eficácia<sup>55</sup> preventiva “que o direito de responsabilidade civil por danos poderia ter em relação a condutas individuais danosas (SILVA SÁNCHEZ, 2013, p.60)

Nesse ponto, importante notar que o *dataveillance*, como técnica de vigilância de metadados, não se resume à seara penal, podendo (e, muitas vezes sendo) utilizada na área

---

<sup>54</sup> Sobre o papel distributivo do seguro na doutrina estrangeira, com destaque para a atribuição, ao mesmo tempo, de reprovação e responsabilidade, vide J. Simon, *The emergence of a risk Society: insurance, law, and the State*, *Socialist Review*, 95 (1987), p.61 ess.

<sup>55</sup> Termo usado por Silva Sánchez em sua obra.

cível/consumerista, em especial, para monitorar, a partir do tráfego da internet de determinado usuário, as suas preferências e/ou necessidades por determinados produtos.

Em resumo, até por não ser estritamente o objeto da presente tese, ainda que não tenha sido implementada na área securitária, é provável que, através do monitoramento de metadados do usuário a partir da utilização da técnica do *dataveillance*, seja possível se chegar à algumas conclusões preliminares e que podem auxiliar às autoridades de trânsito, por exemplo, a evitar possíveis acidentes, algo visualizável a partir do seguinte exemplo.

Digamos que Valentin, cidadão residente na cidade do Rio de Janeiro, tire fotos enquanto dirige o seu veículo e as poste em suas redes sociais com legendas e/ou marcação de sua localização indicando que irá a um determinado bar ou evento recreativo (boate, discoteca, festival musical etc.).

No decorrer da noite, Valentin continua postando novas fotos, no local, com bebidas alcóolicas e outras substâncias que não sejam recomendáveis de se misturar com o ato de dirigir veículo automotor.

Nesse caso (em tese, obviamente), mediante a criação de algoritmos e, desde que respeitados limites impostos na Constituição Federal de 1988 e legislação infraconstitucional, as autoridades de trânsito, bem como as seguradoras poderiam tomar medidas a evitar que, no caso concreto, Valentin, dirigisse enquanto estivesse sob o efeito de tais substâncias, o que certamente teria um efeito preventivo mais significativo do que as “blitz” que ocorrem, por exemplo.

Retornando ao escopo do presente trabalho, Silva Sánchez (2013, p. 61) não está desempenhando sua função político-jurídica a contento, por outro lado, em virtude da constatação de que, no modelo do seguro, existe uma tendência em se gerar montantes padronizados de indenização o que gera, cada vez mais, o afastamento do objetivo inerente ao próprio Direito Civil que é o de garantir aos “sujeitos passivos compensação, se não integral (cuja própria possibilidade prática é questionável), ao menos minimamente próxima disso”.

Conforme dito alhures, o expansionismo penal não se deu tão somente em virtude da maior utilização de mecanismos de proteção não jurídicos por exemplo e sim diante da inexistência e/ou insuficiência de mecanismos outrora geradores da pacificação social, quais sejam: ética social, Direito Civil e Direito Administrativo.

No tocante ao Direito Administrativo, Silva Sánchez (2013, p. 61) aponta como

fatores que redundam na inexistência e/ou insuficiência de pacificação social os seguintes: 1) busca pelo princípio de oportunidade, 2) burocratização, 3) corrupção e 4) descrédito em relação aos instrumentos de proteção, sejam preventivos, sejam repressivos, específicos desse ramo<sup>56</sup>.

Em relação aos fatores apontados por Silva Sánchez, oportuno retomar o pano de fundo que envolve o combate à corrupção no Brasil.

A prática de crimes, especialmente aqueles relativos à corrupção caracterizada pelo suborno de agentes públicos, passou a receber maior atenção de governos, empresas e organizações nas últimas três décadas. Houve avanços na legislação de Países e na difusão das ações coletivas de monitoramento e combate à corrupção promovidas por entidades não governamentais como a Organização das Nações Unidas (ONU), a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) e a Organização Não Governamental *Transparency International*<sup>57</sup>.

No Brasil, as Leis n<sup>os</sup> 12.529/11 (BRASIL, 2011), 12.846/13 (BRASIL, 2013) e 13.303/16 (BRASIL, 2016) são exemplos desse novo contexto. Já no Reino Unido, o *Bribery Act* de 2010 (REINO UNIDO, 2010) e, nos Estados Unidos, o *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) de 1977 (EUA, 1977) configuram os exemplos mais expressivos no âmbito internacional.

A respeito da distância temporal existente entre a legislação norte-americana e a dos demais Países, a liderança econômica e tecnológica dos americanos os levou a se depararem com o problema da corrupção antes dos demais Estados soberanos.

Voltando ao cenário nacional, o ano de 2013 é lembrado, no plano governamental, pela reivindicação feita pela população brasileira na qual foi cobrada ética, moral e integridade por parte dos governantes.

Somente após referidos protestos o Projeto de Lei n<sup>o</sup>. 6.826/2010 (BRASIL, 2010), proposto pela Controladoria Geral da União (CGU) em 18 de fevereiro 2010, com objetivo de assegurar garantias de lisura aos eventos internacionais a serem realizados no Brasil, e aprovado na Câmara dos Deputados em maio de 2011, obteve regime de tramitação prioritária, gerando, ao final do processo legislativo respectivo, a Lei Ordinária n<sup>o</sup> 12.846/2013 (BRASIL, 2013), publicada em 02 de agosto de 2013 (Lei Anticorrupção).

Dentre as inovações trazidas pela Lei n<sup>o</sup>. 12.846/2013 (BRASIL, 2013) estão a responsabilidade objetiva de pessoas jurídicas, o *compliance*, o acordo de leniência, o

---

<sup>56</sup> Sobre o tema, vide Marinucci, Giorgio; Dolcini, Emilio. RIDPP, 1999, p. 804.

<sup>57</sup> ONG Transparency International website. <https://www.transparency.org/>. Acesso em: 07.jan.2019.

Cadastro Nacional de Empresas Punidas (CNEP), bem como a rigidez das sanções.

O noticiário brasileiro traz, diariamente, novos casos de corrupção praticados por agentes públicos. Neste aspecto, as punições previstas no aparato legislativo posteriormente aos fatos não se mostram como únicas (e mais eficientes) opções de combate à corrupção. Em suma, “a forma mais eficaz de combate à corrupção é atuar na raiz do problema e evitar que malfeitos sejam cometidos”<sup>58</sup>.

Nesta toada, conforme estudo feito sobre o papel da CGU, foi possível concluir que, a partir do momento em que passou a acumular as atribuições preventiva e corretiva no combate à corrupção, houve um crescimento das responsabilizações administrativas<sup>59</sup>. Deste estudo é possível extrair que o êxito do controle preventivo da corrupção, por obstar as etapas seguintes, gera economia aos cofres públicos.

No Brasil, o combate à corrupção tem sido uma das (se não a principal) bandeiras do governo empossado na época em que a presente tese é escrita. Uma das demonstrações mais claras disso diz respeito à sanção, em 24/12/2019, da Lei nº 13.964 (BRASIL, 2019), popularmente conhecida como “Pacote Anticrime”.

Em síntese, trata-se de lei responsável por diversas alterações na legislação penal e processual penal brasileira<sup>60</sup>.

De acordo com Silva Sánchez (2013, p.61), portanto, o Direito Penal, em virtude da

---

<sup>58</sup> Combate à corrupção deve ser preventivo, diz presidente da Anafe. Jornal O POVO. Disponível em: <https://www20.opovo.com.br/app/opovo/politica/2016/11/16/noticiasjornalpolitica,3669655/combate-a-corrupcao-deve-ser-preventivo-diz-presidente-da-anafe.shtml>. Acesso em: 07.jan.2019.

<sup>59</sup> Sobre o tema, Bruno Rico (2019) destaca que “O órgão responsável pela prevenção da corrupção e pela promoção da transparência na CGU é a Secretaria de Prevenção da Corrupção e Informações Estratégicas (SPCI). É a SPCI que realiza o monitoramento dos gastos públicos, por intermédio do Observatório da Despesa Pública (ODP), que subsidia decisões sobre onde realizar auditorias e fiscalizações bem como sobre possíveis ações corretivas”.

<sup>60</sup> Em síntese, os seguintes diplomas normativos foram alterados: Decreto-Lei nº 2.848, de 1940 (Código Penal Brasileiro), no Decreto-Lei nº 3.689, de 1941 (Código de Processo Penal), Lei nº 8.072, de 1990 (Dispõe sobre os chamados crimes hediondos), na Lei nº 8.429, de 1992 (Lei que dispõe sobre os atos de Improbidade Administrativa), na Lei nº 9.296, de 1996 (Lei que regulamenta as interceptações telefônicas), na Lei nº 9.613, de 1998 (Lei que dispõe sobre os crimes de lavagem de capitais e revogada pela lei nº 12.683, de 2012), na Lei nº 10.826, de 2003 (Dispõe sobre o registro, posse e comercialização de armas), na Lei nº 11.343, de 2006 (Lei que institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas e disciplina os crimes envolvendo entorpecentes), na Lei nº 11.671, de 2008 (Dispõe sobre a transferência e inclusão de presos em estabelecimentos penais federais de segurança máxima e dá outras providências), na Lei nº 12.037, de 2009 (Dispõe sobre identificação criminal do civilmente identificado), na Lei nº 12.694, de 2012 (Dispõe sobre o processo e o julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por organizações criminosas), na Lei nº 12.850, de 2013 (Dispõe sobre o conceito de organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal), na Lei nº 13.608, de 2018 (Dispõe sobre o serviço telefônico de recebimento de denúncias e sobre recompensas por informações que auxiliam as investigações policiais), na Lei nº 8.038 de 1990 (Institui normas procedimentais para os processos em trâmite no STF e no STJ), na Lei nº 13.756, de 2018 (Dispõe sobre o Fundo Nacional de Segurança Pública (FNSP) ) e no Decreto-Lei nº 1.002, de 1969 (Código de Processo Penal Militar) As leis destacadas nesse parágrafo estão disponíveis no seguinte link: <http://www4.planalto.gov.br/legislacao/>. Acesso em: 07.jan.2020.

ineficiência da moral, do Direito Civil e do Direito Administrativo, passando a funcionar como único instrumento eficaz de “pedagogia político-social”<sup>61</sup>, acaba sendo expandido, ainda que devesse ser considerada a última razão (*ultima ratio*) de atuação estatal na vida dos cidadãos.

A transferência de encargos para o Direito Penal faz com que ele carregue um “fardo que não consegue carregar” (SILVA SÁNCHEZ, 2013, P.61). A perspectiva trazida pelo autor espanhol, passados mais de dez anos desde o advento de sua obra, pode ser observada no Brasil.

É notório, no Brasil, o chamado inchaço legislativo, caracterizado pela vigência do Código Penal há quase oito décadas, a disseminação de legislações penais/processuais penais esparsas e a criação de microssistemas penais (PONTE, AOKI, 2018, p.100).

O próprio “Pacote Anticrime” citado linhas acima serve de exemplo da expansão do Direito Penal sobre a esfera do Direito Civil, bem como, de maneira reflexa, no Direito Administrativo quando disciplina, no art. 6º, que o art. 17, §1º, da Lei nº 8.429, de 1992 (Lei de Improbidade Administrativa) (BRASIL, 1992), autoriza que nas ações de que trata aquele artigo, ou seja, as de improbidade, a celebração de acordo de não persecução cível.

Nesse ponto, é possível a seguinte reflexão: para além da expansão em si do Direito Penal trazida por Jesús María Silva Sánchez e se já estamos diante de um colapso normativo-penal, como referido ramo deve ser executado em face de pessoas físicas e jurídicas a partir do advento de ferramentas tecnológicas como a do *Dataveillance*?

Questionamentos como esses são importantes para se evitar a implementação/manutenção da chamada “sociedade sem freios” de Ralf Gustav Dahrendorf (1987, p.95-104), consistente em um conjunto de pessoas que, organizadas em sociedade, encontram-se diante do dilema entre anomia ou o poder frio, consistindo ambas as alternativas em componentes que se alimentam reciprocamente.

Na sequência, Silva Sánchez aponta, quando analisa a relação entre Direito Penal e os macroproblemas, o debate existente sobre a atribuição do Direito Penal, destacando como exemplo a proteção que referido ramo do Direito deve conferir aos chamados por si de “interesses fundamentais” (SILVA SÁNCHEZ, 2013, p. 62) das gerações futuras sobre a Terra.

No Brasil, dois exemplos servem para retratar a preocupação nacional com a proteção, através do Direito Penal, de bens coletivos *lato sensu*. O primeiro diz respeito aos

---

<sup>61</sup> Expressão utilizada por Silva Sánchez (2013, p.61).

crimes contra a economia popular previstos na Lei nº 1.521, de 26 de dezembro de 1951 (BRASIL, 1951). O segundo exemplo diz respeito à Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998 (BRASIL, 1998), a qual dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente.

Silva Sánchez finaliza o tópico afirmando que não é viável imputar ao Direito Penal o dever de resolver grandes questões de funcionamento da comunidade como tal, questões essas que, “em última análise, nem as instituições políticas nem os grupos sociais são capazes de resolver”

As duas leis destacadas acima demonstram que, ainda que não seja aconselhável, o Direito Penal brasileiro está, de fato, tutelando interesses difusos. Portanto, a grande discussão que se propõe é como executar de maneira mais eficiente o Direito Penal e, ao mesmo tempo, assegurar as garantias constitucionais dos cidadãos e pessoas jurídicas na era da informação.

Na sequência do capítulo, Silva Sánchez (2013, p.62) analisa o que seriam os gestores “atípicos” da moral (“atypische Moralunternehmer”), destacando que a chamada por ele de criminologia de esquerda deixou de visualizar como componentes de uma certa aliança a delinquência e o proletariado e passou a compreender que os sujeitos pertencentes aos níveis inferiores da sociedade também são titulares reais de bens jurídicos.

A referida conclusão derivou da concordância do autor espanhol com CARDARELLI e HICKS (1993, p.502 e ss, 519) a respeito do fenômeno da luta de classes como fonte de todo o delito nas sociedades capitalistas e com VAN SWAANINGEN e TAYLOR (1994) no que diz respeito a crise da denominada “criminologia crítica desde os fins dos anos 80.

Na obra “Aproximação ao direito penal”, Silva Sánchez (1992, p.23 e ss) destaca como exemplo uma frase do criminólogo britânico Young que, em tradução livre, pode ser resumida do seguinte modo: Vá e diga a um operário que teve o seu salário da semana furtado ou a uma mulher que acaba de ter sido estuprada que os respectivos crimes não existem<sup>62</sup>!”

Sobre essa questão de mudança de paradigma, é possível visualizar que, ainda que não seja integralmente, o acesso à tecnologia tem sido ofertado às mais diversas classes sociais. A título de exemplo, a pesquisa TIC Domicílios<sup>63</sup>, cujo escopo foi descobrir o número de pessoas que usaram regularmente a rede no ano de 2018, concluiu que, no Brasil, 126,9

---

<sup>62</sup> Frase traduzida: Go and tell a worker robbed of his weeks wages or a raped woman that crime does not exist!”.

<sup>63</sup> Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2019/08/28/uso-da-internet-no-brasil-cresce-e-70percent-da-populacao-esta-conectada.ghtml>. Acesso em: 21.jan.2020.



milhões de pessoas passaram a usufruir de tal realidade, o que representa um aumento de 70% (Setenta por cento) da população à época.

Em relação às classes sociais, enquanto que 42% da camada mais pobre estava conectada à internet em 2017, 48% das classes D e E estiveram conectadas no ano de 2018. Logo, o maior acesso à internet gera um potencial aumento de vítimas de práticas delitivas propriamente virtuais ou, ainda, que se utilizem da internet e outros meios tecnológicos para o cometimento de crimes.

Para além da classe social em si, a referida pesquisa obteve conclusões interessantes quanto ao binômio zona urbana e zona rural. Na zona rural, 49% da população está conectada à *internet*.

Algo que deve ser destacado, refletindo ainda mais, ao menos, na atualização das pesquisas propostas por Silva Sánchez a respeito das velocidades do Direito Penal, diz respeito a confirmação da premissa relativa ao aumento dos usuários de *internet* entre os anos de 2008 e 2018.

Enquanto no ano de 2008 havia 34 milhões de brasileiros conectados, o ano de 2018 trouxe o impressionante número de 70 milhões de usuários (as) no Brasil, algo que, para além de modificar as relações sociais em si, gera impactos significativos na criminalidade e nos respectivos procedimentos preventivos e repressivos.

Silva Sánchez (2013, p.63), na sequência, destacando, a partir das reflexões<sup>64</sup> de SCHEERER (1985), que os gestores atípicos da moral, antigamente concentrados em estamentos burgueses-conservadores, demonstra através dos seguintes exemplos a mudança de paradigma e que pode ser conceituada como “atypische Moralunternehmer”: associações ecológicas, feministas, de consumidores, de vizinhos, pacifistas (contra a propagação de ideologias violentas), as organizações não governamentais em geral (ONG’s) e outros<sup>65</sup>.

Todos esses agentes, na visão de Silva Sánchez, encabeçam a tendência de uma “progressiva ampliação do Direito Penal no sentido de uma crescente proteção de seus respectivos interesses” (2013, p. 63)

No tocante a ampliação do Direito Penal e a crescente proteção de interesses, o autor espanhol cita o que denomina de “reviravolta” na criminologia crítica no sentido de que

<sup>64</sup> As críticas elaboradas pelos nomes da Criminologia Crítica caracterizam o realismo crítico de esquerda valendo, portanto, nominá-lo ainda que como campo ou escola criminológica, pois relevantes na temática envolvendo a Penologia.

<sup>65</sup> Sobre o tema, vide: Hess. Kriininologen ais Moralunterneh mer, em Bollinger/Autmann(Hrsg.), Vom Gulcn. das nochstets das Bösc schafft. Kriminalwissenschaftliche Essays zu Ehren von Herbrct Jiiger. Frankfurt. 1993. p. 329e ss.

aqueles que antigamente repudiavam o Direito Penal como instrumento armado das classes poderosas contra as mais desfavorecidas passam a defender uma maior participação do Direito Penal contra as classes poderosas, gerando o fenômeno da “fascinação” de diversas organizações sociais pelo Direito Penal, situação na qual a intervenção das estruturas está em primeiro plano, e não a negativa à elas (2013, p. 63).

Em outras palavras, utilizando o raciocínio aqui de Lüderssen, a utilização do Direito Penal serve, para os mesmos grupos políticos, para o atingimento de seus interesses em que pese a afirmação geral pela inutilidade desse ramo do Direito. (1987, p.161/165).

Mais adiante, ao analisar a mudança de atitude da chamada esquerda política, Silva Sánchez destaca que, ao contrário da tendência natural, no sentido de que, dentro do modelo preexistente caracterizado pelo debate da ideologia de lei e ordem, os partidos e grupos qualificados como “de direita” assumissem as teses do incremento da segurança por meio de uma maior pressão punitiva enquanto aqueles “de esquerda” defendessem a diminuição da pressão punitiva, o que é chamado de política criminal social-democrata na Europa, através de exemplos ocorridos na Espanha e na Inglaterra, demonstram que, em certo grau, o discurso punitivo foi igualmente utilizado pelo segundo grupo político (2013, p.67).

Ou seja, tanto grupos de direita como de esquerda, ao fim e ao cabo, defendiam incremento da segurança por meio de uma maior pressão punitiva, mudando tão somente o foco do respectivo incremento (SILVA SÁNCHEZ, 2013, p.67).

Ao final do tópico, destacando os reflexos que a expansão do Direito Penal tem para o clássico Estado Democrático de Direito, Silva Sánchez aponta os principais aspectos dessa mega ameaça, a saber: intervenção do Estado sem a produção de lesões de direitos, a responsabilização coletiva ao invés da individual, a inversão do ônus da prova, delitos de mera suspeita e a sua difícil correlação com o princípio da presunção de inocência, a dotação das instituições de persecução penal de competências análogas a dos serviços secretos cujo controle somente se dá por autoridades judiciais e de modo limitado.

No Brasil, exemplos podem ser citados no tocante aos fatores apontados por Silva Sánchez como essenciais para a compreensão do real significado da expansão do Direito Penal. No tocante à intervenção do Estado sem a produção de lesões de direitos

Sobre a responsabilização coletiva ao invés da individual, em especial após os escândalos da Lava-Jato e de outras “megaoperações”, é possível visualizar cada vez mais o interesse dos órgãos responsáveis pela persecução penal o interesse, não apenas em determinado indivíduo, como em toda a cadeia produtiva de determinada pessoa jurídica (diretores, gestores, empregados) e, por que não, da própria pessoa jurídica.

Referido aspecto tornou-se possível graças às medidas legislativas surgidas a partir de 2013 como a Lei nº 12.850/2013 (BRASIL, 2013), responsável por traçar diretrizes a respeito das organizações criminosas.

No tocante aos delitos de mera suspeita, além de conceituá-lo, há um interessante ponto de reflexão quando o assunto é a análise de situações legislativas e judiciais vivenciadas no Brasil.

A denominada infração penal de mera suspeita diz respeito a tipo penal no qual mesmo o agente não praticando qualquer conduta de relevância penal, é punido porque o modo como atua faz com que se suspeite que possa vir a delinquir.

No Brasil, havia a previsão do art. 25 do Decreto-lei nº 3.688/41 (BRASIL, 1941). Referida norma disciplinava a conduta consistente em “ter alguém em seu poder, depois de condenado, por crime de furto ou roubo, ou enquanto sujeito à liberdade vigiada ou quando conhecido como vadio ou mendigo, gazuas, chaves falsas ou alteradas ou instrumentos empregados usualmente na prática de crime de furto, desde que não prove destinação legítima”.

Ou seja, a imputação criminal parte do pressuposto de que determinado sujeito possa cometer alguma infração penal. A respeito do tema, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 583.523 (BRASIL, 2013), decidiu que referido dispositivo é inconstitucional por violar, dentre outros, o princípio da exteriorização ou materialização do fato.

Em relação a dotação das instituições de persecução penal de competências analogias a dos serviços secretos cujo controle somente se dá por autoridades judiciais e de modo limitado, uma série de exemplos pode ser citada no Brasil, em especial, quando o assunto é as chamadas Técnicas Especiais de Investigação (LEMOS; QUINTIERE, 2017), mecanismos próprios usados para a investigação e persecução penal relacionada a criminalidade organizada.

Antes de analisar o primeiro exemplo acerca do tema, cumpre destacar que o fenômeno da expansão do Direito Penal não se confunde com os chamados instrumentos repressivos de enfrentamento da criminalidade organizada.

Além disso, o que ora se estuda (*dataveillance* e seus impactos nas velocidades do Direito Penal), não desnatura as observações de Baratta em relação à despenalização de crimes praticados por classes menos favorecidos e, ao mesmo tempo, resposta penal mais rigorosa em face da chamada classes dos poderosos.

O *criminal dataveillance*, usando a perspectiva de Baratta por base, ao mesmo

tempo serve tanto como um dos mecanismos de despenalização de crimes praticados por classes menos favorecidas como nos delitos de menor potencial ofensivo e, mais, auxiliará na repressão aos delitos das classes dominantes.

Feito esse breve (mais importantíssimo) esclarecimento, o primeiro exemplo que surge em mente analisando as técnicas especiais de investigação mais populares no Brasil diz respeito à Colaboração Premiada. A colaboração premiada<sup>66</sup> é considerada, ou seja, possui natureza jurídica de "meio de obtenção de prova", nos moldes do que disciplina o art. 3º, I, da Lei nº 12.850/2013 (BRASIL, 2013).

Antes de analisar a jurisprudência do STF sobre o pena, importante, até mesmo para o esclarecimento da questão, que a colaboração premiada representa uma das espécies do chamado direito premial<sup>67</sup>. Neste momento, cautela deve existir por parte do intérprete no sentido de que, acompanhando o raciocínio exposto por pelo Supremo Tribunal Federal<sup>68</sup>, a colaboração premiada não é um meio de prova propriamente dito, não provando nada e sim um meio, uma técnica, um instrumento para se obter as provas.

A diferenciação exposta acima se mostra relevante uma vez que “enquanto os meios de prova são aptos a servir, diretamente, ao convencimento do juiz sobre a veracidade ou não de uma afirmação fática (p. ex., o depoimento de uma testemunha, ou o teor de uma escritura pública), os meios de obtenção de provas (p. ex.: uma busca e apreensão) são instrumentos para a colheita de elementos ou fontes de provas, estes sim, aptos a convencer o julgador (p. ex.: um extrato bancário [documento] encontrado em uma busca e apreensão domiciliar). Ou seja, enquanto o meio de prova se presta ao convencimento direto do julgador, os meios de obtenção de provas somente indiretamente, e dependendo do resultado de sua realização, poderão servir à reconstrução da história dos fatos”<sup>69</sup>.

No que diz respeito à previsão legislativa, é possível vislumbrar indícios do instituto em uma série de diplomas normativos esparsos, senão vejamos:

---

<sup>66</sup> Sobre o tema, Nucci (2017, p. 55), *in verbis*: “Colaborar significa prestar auxílio, cooperar, contribuir, associando-se ao termo premiada, que representa vantagem ou recompensa, extrai-se o significado processual penal para o investigado ou acusado que dela se vale: admitindo a prática criminosa, como autor ou partícipe, revela a concorrência de outros (s), permitindo ao Estado ampliar o conhecimento acerca da infração penal, no tocante à materialidade ou à autoria”.

<sup>67</sup> Para aprofundamento desse tópico, recomenda-se a leitura dos seguintes autores: Masson e Marçal (2017) e Pereira (2016).

<sup>68</sup> BRASIL. STF. Plenário. HC 127.483, Relatoria Ministro Dias Toffoli, , Dje 04/02/2016:Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 20.abr. 2016.

<sup>69</sup> BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal*. Rio de Janeiro. Campus: Elsevier. 2012, p. 270.

QUADRO 1 – INDÍCIOS DO INSTITUTO EM DIPLOMAS NORMATIVOS ESPARSOS

<b>Diploma normativo:</b>	<b>Rol de artigos:</b>
Código Penal	Arts. 15, 16, 65, III, 159, § 4º.
Crimes contra o Sistema Financeiro – Lei 7.492/86.	Art. 25, § 2º.
Crimes contra a Ordem Tributária – Lei 8.137/90.	Art. 16, parágrafo único.
Lei dos Crimes Hediondos – Lei 8.072/90.	Art. 8º, parágrafo único.
Convenção de Palermo – Decreto 5.015/2004.	Art. 26.
Lei de Lavagem de Dinheiro – Lei 9.613/98.	Art. 1º, § 5º
Lei de Proteção às Testemunhas – Lei 9.807/99.	Arts. 13 a 15
Lei de Drogas – Lei 11.343/2006.	Art. 41
Lei Antitruste – Lei 12.529/2011	Art. 87, parágrafo único.

Fonte: elaborado pelo autor.

Em que pese à presença indiciária nos regramentos acima expostos, a colaboração premiada veio a ser normatizada com mais detalhes pela Lei nº 12.850/2013 (Lei do Crime Organizado) (BRASIL, 2013), em seus arts. 4º a 7º.

Outro exemplo, dentro das Técnicas Especiais de Investigação, diz respeito a ação controlada. Referida técnica, também denominada de flagrante prorrogado, retardado ou diferido (nomenclaturas), consiste em técnica especial de investigação (natureza jurídica) através da qual a autoridade (policial ou administrativa), mesmo diante da existência de indícios do cometimento de ato ilícito em urso, posterga a intervenção a priori devida para momento diverso tendo por objetivo a coleta de novas provas, a descoberta de outras pessoas envolvidas (seja na condição de coautores, seja na condição de partícipes), a recuperação do produto da infração ou o resgate adequado de eventuais vítimas.

Antes de partirmos para a previsão normativa do referido instituto, oportuno se faz a seguinte indagação: ação controlada seria sinônimo do termo entrega vigiada?

O termo “entrega vigiada” é espécie de ação controlada (gênero) prevista na Convenção de Palermo na qual as autoridades (policiais ou administrativas) autorizam “remessas ilícitas ou suspeitas saíam do território de um ou mais Estados, os atravessem ou neles entrem, com o conhecimento e sob o controle das suas autoridades competentes, com a finalidade de investigar infrações e identificar as pessoas envolvidas na sua prática” (art. 2º, "i")<sup>70</sup>.

<sup>70</sup> Vide Decreto nº 5.015/2004, disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5015.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5015.htm). Acesso: 06.jan.2017.

Explicado este ponto, importante destacar o quadro a seguir o qual contém, respectivamente, a lei e o dispositivo em que é possível observar a existência do gênero ação controlada, senão vejamos:

**QUADRO 2 – EXISTÊNCIA DO GÊNERO AÇÃO CONTROLADA EM LEIS E DISPOSITIVOS**

<b>Legislação:</b>	<b>Íntegra do dispositivo legal</b>
Lei nº 11.343/2006 (Lei de Drogas) (BRASIL, 2006).	Art. 53. Em qualquer fase da persecução criminal relativa aos crimes previstos nesta Lei, são permitidos, além dos previstos em lei, mediante autorização judicial e ouvido o Ministério Público, os seguintes procedimentos investigatórios: (...) II - a não-atuação policial sobre os portadores de drogas, seus precursores químicos ou outros produtos utilizados em sua produção, que se encontrem no território brasileiro, com a finalidade de identificar e responsabilizar maior número de integrantes de operações de tráfico e distribuição, sem prejuízo da ação penal cabível. Parágrafo único. Na hipótese do inciso II deste artigo, a autorização será concedida desde que sejam conhecidos o itinerário provável e a identificação dos agentes do delito ou de colaboradores.
Lei nº 9.613/98 (Lei de Lavagem de Capitais) (BRASIL, 1998).	Art. 4º-B. A ordem de prisão de pessoas ou as medidas assecuratórias de bens, direitos ou valores poderão ser suspensas pelo juiz, ouvido o Ministério Público, quando a sua execução imediata puder comprometer as investigações. (Incluído pela Lei nº 12.683/2012)
Lei nº 12.850 (Lei do Crime Organizado) (BRASIL, 2013).	Art. 8º Consiste a ação controlada em retardar a intervenção policial ou administrativa relativa à ação praticada por organização criminosa ou a ela vinculada, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz à formação de provas e obtenção de informações.

Fonte: elaborado pelo autor.

O terceiro exemplo que pode ser destacado nesse momento diz respeito ao agente infiltrado. Antes da análise específica do conceito propriamente dito, importante destacar alguns conceitos que não podem ser confundidos com o objetivo do presente tópico.

Neste sentido, o estudo deve ser iniciado a partir do conceito de agente provocador para então se chegar ao conceito de agente infiltrado.

Agente provocador, partindo inicialmente do conceito da pesquisa realizada por Jorge Antônio de Jesus Cardoso, é aquele que faz surgir em outro indivíduo a decisão de praticar concretamente um fato ilícito, que antes não existia. Ou seja, sem essa ação, por parte do agente provocador, a realização do crime não seria possível (2017).

Já o termo agente infiltrado, tendo por base ensinamentos doutrinários, diz respeito a técnica especial de investigação baseada na possibilidade de agentes de polícia ou terceiros, sob sua direção, entrarem em contato diretamente com a organização criminosa objeto de investigação, por exemplo, agindo de forma a reunir provas que permitam a efetiva condenação de todo o grupo (CARDOSO, 2017).

Nesse ponto, oportuno trazer o conceito de infiltração trazido por Denílson Feitoza no sentido de que essa consiste na “introdução de agente público, dissimuladamente quanto à finalidade investigativa (provas e informações) e/ou operacional (“dado negado” ou de difícil acesso) em quadrilha, bando, organização criminosa ou associação criminosa ou, ainda, em determinadas hipóteses (como crimes de drogas), no âmbito social, profissional ou criminoso do suposto autor de crime, a fim de obter provas que possibilitem, eficazmente, prevenir, detectar, reprimir ou, enfim, combater a atividade criminosa deles” (2009, p. 820).

A respeito do agente infiltrado, importante destacar que o Brasil, no caminho de poucos países, em sua legislação penal, em especial na lei nº 9.034/95 (RBASIL, 1995), alterada pela lei nº 10.217/01 (BRASIL, 2001), possibilita que as infiltrações possam ser realizadas tanto por agentes policiais como por agentes de inteligência, *in casu*, aqueles oriundos da Agência Brasileira de Inteligência (ABIN).

Sobre esse ponto, Flávio Cardoso Pereira está correto quando diz que “conforme já tivemos oportunidade de manifestar sobre o assunto, em outro trabalho, ousamos discordar do legislador pátrio, ao permitir que agentes de inteligência possam infiltrar-se em organizações criminosas, para os fins previstos na Lei n. 10.217/01 (BRASIL, 2001), uma vez que estaria sendo desvirtuado o labor daqueles, cujo objetivo precípua é buscar informações tendentes à manutenção da ordem e da segurança nacional, e não informações e provas que serão úteis à eventual persecução penal. Não se pode confundir inteligência de Estado com inteligência criminal, vez que os objetivos desses métodos de obtenção de dados e informações são diametralmente opostos” (2008).

Fora isso, observação importante realizada por referido autor diz respeito ao fato de que a ocultação da identidade, da condição de policial, e/ou das intenções do infiltrado, como ponto de partida para estabelecer a relação de confiança com os criminosos investigados é condição essencial do referido instituto (CARMONA SALGADO, 2003, p. 181-182).

Nesse aspecto, após destacados três exemplos de técnicas especiais de investigação em vigor no Brasil, oportuno destacar, e aqui, conseqüentemente, destacar o ineditismo do presente trabalho, é possível visualizar que nenhum deles aborda propriamente a atuação do Estado no tocante a metadados, seja em caráter preventivo, seja em caráter repressivo.

Portanto, compreender mais à frente todas as características do *dataveillance* é fundamental para compreender se as três primeiras velocidades do Direito Penal desenvolvidas por Silva Sánchez e a quarta desenvolvida por Pastor conseguem explicar o fenômeno ora em discussão, bem como se é possível a comprovação da existência de uma quinta velocidade do Direito Penal, em especial quando cotejada com garantias próprias do Estado Democrático de Direito como o brocardo do *nemo tenetur se detegere*.

Retomando a obra de Jesús-María Silva Sánchez, ao abordar o fator colateral denominado “gerencialismo”, o autor espanhol inicia o seu raciocínio afirmando que a coletividade se autocompreende como vítima do delito.

Nesse sentido, elementos que caracterizam o Direito Penal clássico como o trato com valores (verdade e justiça, por exemplo) e os procedimentos formais como mecanismos aptos a dar o devido encaminhamento a esse trato são vistos como obstáculos, opondo-se a uma gestão eficiente das questões de segurança (SILVA SÁNCHEZ, 2013, p. 69).

Sobre o tema, enquanto Silva Sánchez destacou a existência desse conflito em si, passados mais de 05 anos desde que escreveu a obra aqui analisada, é possível concluir que uma nova etapa está ocorrendo: a utilização da tecnologia para captação de dados e metadados da população para os mais variados fins.

Retornando ao capítulo analisado, fenômenos como pactos de imunidade das promotorias com certas pessoas até as diversas formas de mediação simbolizam exemplos de modelos de justiça negociada, modelo no qual os vetores da verdade e da justiça são deixados em um segundo plano (SILVA SÁNCHEZ, 2013, p. 69).

Abordando conceitos como o da chamada “justiça doce”<sup>71</sup>, Sánchez cita um ponto de convergência importante, qual seja: “Crítica-se o Direito Penal Público e sua aplicação processual-jurisdicional ao modo clássico como excessivamente suave ou, aqui,

---

<sup>71</sup> Sobre o tema, vide: BONAFÉ- Schmitt, La médiation: une justice douce, Paris, 1992.



excessivamente severo: em todo caso, ineficiente” (SILVA SÁNCHEZ, 2013, p.70).

O ponto de partida, sem sombra de dúvida, é a ineficiência do Direito Penal. A nova questão que se coloca, entretanto, diz respeito aos limites da intervenção estatal, mais especificamente quando utiliza mecanismos tecnológicos, na persecução penal, independentemente da natureza dos crimes (mais ou menos graves).

Como se não bastasse, na atual conjuntura mundial, contexto no qual existem empresas de grande porte na área de tecnologia, como ficará a exclusividade da persecução penal em virtude dos mecanismos de obtenção de dados e metadados? Questões complexas como essas nortearão os operadores do direito nos próximos anos, sem dúvidas.

Mais do que isso, a vinculação cada vez maior das pessoas ao redor do mundo, em especial no Brasil conforme números acima, demonstra que o domínio e execução das técnicas de apreensão e/ou monitoramento de dados e metadados mudará por completo a sensação atual de ineficiência do Direito Penal, servindo certamente como importante filtro.

Nota-se que o atual cenário é uma decorrência lógica (e, por que não, inevitável), da própria privatização e da desformalização como consequências da expansão penal. Importante consignar aqui, que o recorte que se pretende no presente trabalho é justamente analisar o atual estágio da expansão penal e onde o *dataveillance*, técnica utilizada para fins de recorte metodológico, serve como exemplo do que se pretende.

Sobre o tema e utilizando a obra de Popitz (1968) como exemplo, Silva Sánchez sublinha que a eficácia preventiva do Direito Penal se assenta no desconhecimento por parte da sociedade “dos concretos mecanismos por meio dos quais o Estado reage contra o delito” (SILVA SÁNCHEZ, 2013, p.72).

Sobre a compreensão acima, longe de esgotar toda a extensão do conceito de eficácia preventiva do Direito Penal, o que por si só já demandaria uma tese autônoma, é importante ressaltar, através de uma observação, um aspecto da obra de Popitz: a época na qual a obra foi publicada.

A utilização da tecnologia nas relações tanto cotidianas como naquelas envolvendo o Estado no exercício do poder de império é diferente quando analisamos os idos de 1968 (ano no qual a obra de Popitz foi publicada) com o que ocorre cinquenta anos depois, nos idos de 2020.

Para se ter uma dimensão do que existe atualmente, mais de 4 bilhões de pessoas estavam usando a internet nos idos de 2018 de acordo com os serviços online Hootsuite e We

Are Social<sup>72</sup>, o que representava à época 53% da população mundial.

Além desse dado estatístico, enquanto que atualmente bilhões de pessoas interagem socialmente e criminalmente através das redes, em época contemporânea aos estudos de Popitz, mais especificamente em 29 de outubro de 1969, o primeiro e-mail da história estava sendo usado<sup>73</sup>.

Nota-se, portanto, que a questão não está mais em simplesmente garantir a eficiência preventiva do Direito Penal ao garantir que a população em geral desconheça como o Estado seleciona o que perseguir criminalmente, as limitações do processo ou o modo de execução da pena.

O desafio é outro, em especial, pois a ascensão da internet implica em uma consequência que, naturalmente, desconstrói o que está dito acima, qual seja: a informação nunca foi tão facilmente difundida ao longo da história.

Diante desse contexto, os Estados devem se preocupar em verdade, se antecipando a prática de delitos e não desrespeitando garantias legais, garantias essas as quais, na grande maioria dos países ainda não estão atualizadas, evitar o cometimento do delito em si, independentemente dos cidadãos terem acesso às informações relativas a como o Estado seleciona o que perseguir criminalmente, as limitações do processo ou o modo de execução da pena.

Dando sequência, Silva Sánchez destaca que o fato da comunicação no processo ser formal, caracterizando a sala de audiência como um “espaço vazio”, distanciando o sujeito da comunidade política deve ser visto como algo positivo, ou seja, “quanto mais de perto o crime afeta a ordem simbólica, mais essencial será esse pronunciamento” (2013, p. 73). Cumpre ponderar, nesse aspecto, que a sociedade a nível mundial nos idos da produção dessa tese, graças à internet, sofreu significativas mudanças em relação à comunicação.

No segundo capítulo do livro, cujo objetivo é compreender a globalização econômica e a integração supranacional como fatores multiplicadores da expansão criminal, o autor espanhol analisou 1) o fenômeno da globalização econômica, a sua relação com a integração supranacional e a delinquência e 2) a política criminal diante da delinquência da globalização, momento no qual são destacadas as vias de configuração de um Direito Penal da globalização, a dogmática diante da referida delinquência e os princípios político-criminais dessa espécie de Direito Penal.

---

<sup>72</sup> Digital in 2018: World's internet users pass the 4 billion mark. Disponível em: <https://wearesocial.com/blog/2018/01/global-digital-report-2018>. Acesso em: 22.jan.2020.

<sup>73</sup> Diário Digital. «Primeira mensagem de correio electrónico enviada há 40 anos». Consultado em 22.jan.2020.

O fenômeno da globalização econômica, a sua relação com a integração supranacional e a delinquência são apontados por Silva Sánchez como fenômenos que ensejam verdadeiro impulso a todos os tópicos descritos no primeiro capítulo.

Em outras palavras, a globalização econômica e a integração supranacional aumentam exponencialmente os novos interesses, o efetivo aparecimento de novos riscos, a institucionalização (e, via de consequência, a sensação social) da insegurança, a configuração de uma sociedade de “sujeitos passivos” (SILVA SÁNCHEZ, 2013, p. 41), a identificação da maioria com a vítima do delito, o descrédito de outras instâncias de proteção, os gestores atípicos da moral, as atitudes da esquerda política no tocante à política criminal social-democrata na Europa e o gerencialismo.

Esse contexto, presentes não só na Europa como no ordenamento brasileiro, é responsável por “demolir”<sup>74</sup> o bloco conceitual da teoria do delito. Não apenas a teoria do delito sofre reflexos, mas (e principalmente), as garantias formais e materiais do Direito Penal como também do Processo Penal.

Nesse ponto, enquanto a teoria de Silva Sánchez descrevia o que estava começando a ocorrer, passados quase dez anos de seu texto, a sociedade mundial encontra-se, cada qual a sua maneira e de acordo com suas peculiaridades de ordem política, jurídica e estrutural, diante do robusto acesso e utilização da internet e de se saber se estaríamos diante da derrubada efetiva das garantias materiais e processuais em matéria Penal ou, tão somente, da necessária atualização conceitual afeta à teoria do Delito.

Nesse aspecto, Silva Sánchez está correto ao afirmar, por exemplo que, enquanto as garantias diminuirão, ocorrerá a integração supranacional das legislações nacionais em matéria penal, cumprindo ressaltar, entretanto, que fatores, por exemplo, como a saída do Reino Unido da União Europeia, conhecido como *Brexit*<sup>75</sup>, e o mapa da democracia na América Latina são fatores que certamente dificultam a efetivação dessa unificação supranacional.

No tocante ao Brexit, o Reino Unido ativou o Artigo 50 do Tratado de Lisboa<sup>76</sup> em

---

<sup>74</sup> Expressão utilizada pelo Autor (SILVA SÁNCHEZ, 2013, p. 75).

<sup>75</sup> *Brexit* é uma abreviação das palavras inglesas *britain* (Bretanha) e *exit* (saída).

<sup>76</sup> A saída de qualquer um dos países membros da União Europeia tem como pressuposto a chamada ativação do Artigo 50, do Tratado de Lisboa. O referido dispositivo legal foi ratificado por todos os países-membros da União Europeia em dezembro de 2007 e estipulou os procedimentos necessários para conduzir as negociações caso algum país deseje sair do bloco econômico. Nesse sentido, o país interessado em deixar a União Europeia deve formalizar o pedido informando a sua intenção ao Conselho Europeu, órgão “responsável por assumir as negociações com o país interessado em deixar o bloco”. Para mais informações sobre o brexit, vide: Brexit: a saída do Reino Unido da União Europeia. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/historiag/brexit-ou-saida->

29 de março de 2017 não tendo, até o momento em que a tese é escrita, sido finalizado o respectivo procedimento.

Vale destacar que a saída do Reino Unido, além de enfraquecer a União Europeia, poderá desencadear a saída em cascata de outros membros o que, para além dos acordos comerciais, poderá gerar crises substanciais na efetivação de dispositivos legais de índole criminal.

A respeito do Mapa da América Latina, um estudo feito pela *Economist Intelligence Unit* (EUI) consistente no Índice da Democracia 2017<sup>77</sup> o qual classifica os países em “Democracia defeituosa”, “Democracia total”, “Regime híbrido” e “Regime Autoritário” demonstrou, de um lado, que o Equador deixou de ser um regime híbrido passando a ser visto como uma “democracia defeituosa” e, do outro, que a crise na Venezuela levou o país ao caminho oposto, ou seja, deixando de ser considerado como um “regime híbrido” e passando a um “regime autoritário”.

Algo que chama a atenção no referido estudo é que, de todos os países da América Latina, apenas o Uruguai foi considerado como uma “democracia total”. Além disso, a maior parte dos países foi considerada como sendo uma Democracia Defeituosa.

Vale o destaque de que referido estudo foi baseado em cinco categorias para que seja possível uma das classificações acima, a saber: processo eleitoral e pluralismo, liberdades civis, funcionamento do governo, participação política e cultura política.

É possível visualizar que referidos critérios são importantes, ao menos, para nortear as políticas criminais dos países, não parecendo uma tarefa fácil a integração supranacional no tocante a legislação criminal, em especial em termos de efetivação de medidas de cooperação, condenação e efetivação de prisões entre os países da América Latina.

Retomando à globalização econômica e a integração supranacional, fatores apontados por Silva Sánchez como responsáveis por alavancar o expansionismo penal, ganha destaque a constatação de que o Direito Penal da Globalização servirá tão somente para acentuar a tendência que já é percebida nas legislações nacionais.

A hipótese está lastreada em algumas constatações. A primeira consiste na afirmativa de que a globalização gera no Direito Penal demandas fundadas na prática pela eficácia na

---

inglaterra-uniao-europeia.htm. Acesso em: 23.jan.2020.

<sup>77</sup> Disponível em: [https://www.eiu.com/public/topical\\_report.aspx?campaignid=DemocracyIndex2017](https://www.eiu.com/public/topical_report.aspx?campaignid=DemocracyIndex2017). Acesso em: 23.01.2020.

diminuição à criminalidade, ou seja, responder às exigências do poder político ou, ainda, “das instâncias de aplicação judicial do Direito Penal” (SILVA SÁNCHEZ, 2013, p. 76).

A segunda premissa consiste no fato de que a delinquência da globalização é econômica<sup>78</sup> em sentido amplo, ou seja, “lucrativa”. Nessa perspectiva, o (a) delinquente cometeria delitos ainda que haja risco de vulneração de outros bens jurídicos.

Silva Sánchez, nesse ponto (2013, p. 77), destaca que a reflexão jurídico-penal de outrora (paradigma clássico) deixa de ser a bússola do intérprete, passando os crimes a serem criminologicamente qualificados como “crimes dos poderosos”.<sup>79</sup>

Sobre esse aspecto, o autor espanhol destaca um ponto que, passados quase uma década desde a sua teoria, é importante contrapor ao cenário, em especial, latino americano. De acordo com Silva Sánchez, delitos envolvendo a criminalidade dos poderosos não estariam suficientes contemplados na seara dogmática. Concordando com o panorama outrora trazido, cumpre mencionar que referidos delitos, entretanto, no Brasil, passaram a ser o objeto, não apenas da legislação, como da dogmática e da jurisprudência pelos respectivos operadores do Direito. Portanto, a dogmática, ainda que com ressalvas e vários pontos de divergência, está sendo desenvolvida.

Retornando às premissas que sustentam, de acordo com Sánchez, a função do Direito Penal da Globalização como a de servir tão somente para acentuar a tendência que já é percebida nas legislações nacionais, a terceira premissa consiste em afirmar que a exigência de responder à globalização e a respectiva delinquência consiste em termos punitivistas.

Nesse ponto, Sánchez destaca que o objetivo aqui consistiria em evitar lacunas e reequipar a estrutura punitiva do Estado diante de novos modelos de delinquência que criam uma sensação de insegurança geral (tanto nos indivíduos, como nos Estados), destacando que a seletividade do direito penal seria compensada com o aumento dos mecanismos simbólicos de sanção (2013, p. 77).

Nesse aspecto igualmente é possível destacar um problema típico da era da informação. O acesso e manuseio das ferramentas ligadas à tecnologia, ao menos entre indivíduos, não está associada necessariamente à sua condição de “criminoso poderoso”.

---

<sup>78</sup> Sobre a expansão do Direito Penal da unificação na Europa, mais especificamente, sobre outros aspectos da globalização e a delinquência relacionada aos fluxos migratórios, vide: HESS, Die Zukunft des Verbrechens, KritJ, 1998, p. 145 e ss.

<sup>79</sup> Aqui houve a tradução literal da expressão utilizada pelo Autor espanhol “crime of the powerless” (SILVA SÁNCHEZ, 2013, p. 77).

Em outras palavras, com a evolução da sociedade e o não acompanhamento adequado em termos de abrangência da punição permitirá verdadeira lacuna punitiva, bem como a não observância de que, no mundo digital, as dimensões de dano são diversas daquilo que ocorre no mundo “real”, seja em termo de extensão (muito maior, atingindo uma dezena de países em segundos), seja no aspecto temporal (não tendo data, hora e minuto de duração certos, desde que o conteúdo continue a trafegar pela rede mundial de computadores).

Finalizando esse aspecto, a quarta premissa levantada por Sánchez na defesa de que o Direito Penal da Globalização servirá tão somente para acentuar a tendência que já é percebida nas legislações nacionais consiste em afirmar que, “na resposta à delinquência transnacional não parece possível que o Direito Penal da globalização prescindida da tradição jurídico-penal anglo saxã (da *Common Law*), significativamente distinta da continental europeia (SÁNCHEZ, 2013, p.78)<sup>80</sup>.

Mais adiante, ao abordar a política criminal diante da delinquência da globalização, momento no qual são destacadas as vias de configuração de um Direito Penal da globalização, a dogmática diante da referida delinquência e os princípios político-criminais dessa espécie de Direito Penal, Sánchez inicia o raciocínio com uma constatação importante: os fenômenos da globalização econômica e a integração supranacional têm um duplo efeito sobre a delinquência (2013, p. 79).

Inicialmente, a globalização econômica e a integração supranacional servem para que determinadas condutas consideradas, sob o ponto de vista tradicional, como delitivas deixem de sê-lo por uma questão puramente econômica, qual seja: a manutenção de determinadas condutas como delitivas serviriam de obstáculo para a globalização e a própria integração supranacional, tendo sido citado como exemplo o caso envolvendo a legislação penal espanhola em matéria de transações econômicas julgado pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias no ano de 1995<sup>81</sup>.

O outro lado da moeda diz respeito à conformação de novas modalidades delitivas clássicas, bem como à aparição de novas formas pelas quais os delitos clássicos são cometidos. Nesse aspecto, fraudes orçamentárias e a criminalidade alfandegária servem de exemplo do que

---

<sup>80</sup> Especificamente sobre as divergências entre os referidos modelos jurídicos, vide: Ashworth, Grunderfordernisse des Allgemeinen Teils für ein europäisches Sanktionenrecht. Landesbericht, England, ZStW 110 (1998), p;461 e ss, 472.

<sup>81</sup> Jesús-Maria Silva Sánchez destaca dois casos, a saber: sentenças de 23 de fevereiro (o qual diz respeito ao caso Bordessa) e de 14 de dezembro de 1995 (relativo ao caso Sanz de Lera).

é considerada delinquência contra os interesses financeiros da comunidade<sup>82</sup>.

Além disso, novas concepções de objeto do delito surgem como aqueles relativos à organização, transnacionalidade e poder econômico. No tocante a chamada criminalidade da globalização, Silva Sánchez aponta duas características do ponto de vista estrutural: 1) sentido amplo, e 2) ponto de vista material.

Em sentido amplo, a criminalidade da globalização é caracterizada pela organização, ou seja, grupos de pessoas estruturadas hierarquicamente, gerando dissociação significativa entre a execução material do ato e a responsabilidade no que diz respeito aos sujeitos mais relevantes dentro do binômio espaço/tempo.

Sob o ponto de vista material, essa modalidade de criminalidade é realizada por sujeitos poderosos, em especial diante da magnitude de seus efeitos (normalmente econômicos). Aqui deve-se levar em conta a capacidade que tais atos possuem de desestabilizar mercados e estruturas governamentais.

A delinquência da globalização gera consequências, não apenas para a sociedade, mas, sobretudo, para a própria formulação, implementação e extinção de políticas criminais. Nesse aspecto, Silva Sánchez (2013, p. 80) pondera que há, em regra, desconformidade entre o fenômeno da globalização, em geral de índole punitivista, com os ordenamentos jurídicos nacionais, destacando fatores que geram tal consequência como a origem do sistema jurídico e a cultura de cada um dos Estados.

Ao abordar sobre as vias de configuração de um Direito Penal da globalização, a ideia parte da premissa de que o Direito Penal da globalização possui, como objetivo fundamental, o de ser prático, ou seja, proporcionar uma resposta uniforme à delinquência transnacional, impedindo o que Silva Sánchez chama de “paraísos jurídico-penais”.

Evitar o surgimento de tais paraísos, entretanto, não é tarefa fácil, igualmente não sendo possível alcançá-la, pura e simplesmente, por meio de importações e exportações de conceitos.

No cenário Brasileiro, um exemplo das inúmeras tentativas de importação de institutos presentes nas legislações alienígenas diz respeito a versão inicial do chamado Pacote

---

<sup>82</sup> Sobre as conexões relativas a criminalidade global, vide: Cf. Pearce/Woodin (ed). *Global crim connections. Dynamics and control*, houndmills etc. 1993; Ryan/Rush (ed). *Understanding organized crime in global perspective. A reader*, Thousand Oaks/London/New Delhi, 1997.

Anticrime e o “*plea bargain*”<sup>83</sup>, instituto previsto de origem norte-americana.

Retomando a obra de Silva Sánchez (2013, p.82), é importante homogeneizar as regras legais da Parte Geral afetas a legislação supranacional, bem como construir um modelo supranacional homogêneo de aplicabilidade e eficácia de normas de direito penal e processo penal.

Sobre o tema, ainda que seja possível homogeneizar as legislações, a uniformidade de respostas não é possível. O cenário piora ainda mais quando se está diante de uma progressão geométrica<sup>84</sup> diária dos mecanismos tecnológicos em comparação a, no máximo, a uma progressão aritmética<sup>85</sup> da dogmática penal e da legislação a respeito dos aspectos criminais envolvendo a utilização de mecanismos informáticos.

Ou seja, de acordo com o autor espanhol (SILVA SÁNCHEZ, 2013, p.82), “a atribuição do *ius puniendi*, tanto em sua dimensão legislativa como jurisdicional, a instâncias supranacionais tropeça ao menos de momento com os déficits democráticos das instituições surgidas dos processos de integração, quanto mais se se trata de outro tipo de instâncias supranacionais”.

O quadro é ainda mais grave quando se constata que a maioria das punições atualmente dizem respeito a penas privativas de liberdade. Ou seja, atribuir a órgãos de instituições supranacionais o exercício do *ius puniendi* contra a delinquência da globalização é algo inviável.

Nessa perspectiva, o papel preventivo do Direito Penal, associado ao uso das

---

<sup>83</sup> Sobre a introdução do instituto no Direito Norte-Americano e questões complexas, vide o seguinte trecho do artigo escrito por Sérgio Rodas ao site jurídico Conjur, *in verbis*: “Os EUA, que se tornaram independentes dos ingleses em 1776, assistiram a uma enxurrada de *plea bargains* ao fim da Guerra Civil (1861-1865). A princípio, os tribunais proibiram o oferecimento de benefícios em troca de confissões. Dessa maneira, os magistrados permitiam que réus retirassem suas declarações. Entretanto, essas decisões não impediram que compromissos de colaboração continuassem a ser celebrados por baixo do pano.

Logo a medida virou uma forma de corrupção de promotores. Há relatos de que, em 1914, em Nova York, um advogado de defesa vendia sentenças da seguinte forma: US\$ 150 por 30 dias de prisão; US\$ 200 por 20; ou US\$ 300 por 10 dias de encarceramento”. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-19/eua-plea-bargain-foi-instituido-desafogar-tribunais>. Acesso em: 04.fev.2020.

<sup>84</sup> Progressão geométrica devendo ser compreendida como sendo toda sequência numérica em que cada termo, a partir do segundo, é igual ao produto do termo anterior por uma constante  $q$ . O número  $q$  é chamado de razão da progressão geométrica. Aqui, cada termo pode ser considerado uma nova ferramenta tecnológica, cuja razão da progressão geométrica é o algoritmo que se desenvolve organicamente em busca da captura, análise e execução de novos dados e/ou metadados.

<sup>85</sup> Progressão aritmética aqui entendida como sendo uma sequência numérica em que cada termo, a partir do segundo, é igual à soma do termo anterior com uma constante. Nesse aspecto, na sequência de leis existentes em países como o Brasil, novos dispositivos legais, em especial os de natureza incriminadora, é igual à soma histórica das características legais passados.



tecnologias, ao invés de simplesmente determinar prisões (o que seria utópico) poderá, em síntese, servir como importante instrumento de evitar o próprio cometimento do delito, possibilitando as autoridades nacionais o regular desenvolvimento do processo e respeito às garantias penais e processuais a ele inerentes.

Ao tratar da dogmática diante da delinquência da globalização, Silva Sánchez parte da premissa de que o Direito Penal da globalização não é todo e qualquer Direito Penal e sim a delinquência econômica (2013, p.84).

Referida constatação, entretanto, não está totalmente correta quando analisamos outra premissa: a utilização da *internet* tem possibilitado não apenas o cometimento de crimes econômicos como de crimes contra a vida, saúde pública, respeito aos mortos, etc.

Portanto, a *internet* consiste em meio apto a propagar os efeitos mais diversos da criminalidade como um todo, não sendo suficiente atualmente afirmar que o direito penal da globalização estaria adstrito a apenas uma modalidade de delito (o econômico).

Um exemplo que servirá para ilustrar a premissa é o seguinte: Clarissa, ativista residente no Brasil, através de servidores localizados nos Estados Unidos, Irlanda e Japão, propaga ondas de fake News com o objetivo de retirar a credibilidade do governo exercido por Kim na Coreia do Norte. Trata-se de típico exemplo de crime político que transcendeu as barreiras do país no qual Clarissa reside.

Retomando a obra de Jesús-Maria Silva Sánchez, a partir da constatação relativa ao Direito Penal da globalização, o autor espanhol cita que dois caminhos são possíveis, a saber: o primeiro deles consistiria na setorialização da Parte Geral do Direito Penal ou na assunção que, “devido à poderosa força atrativa da nova criminalidade, também as modalidades clássicas de delinquência devam refletir a modificação das regras pelas quais vêm sendo regidas” (SILVA SÁNCHEZ, 2013, p.84).

Entre as duas opções, o autor espanhol destaca a adoção, com ressalvas, da primeira opção, gerando a renúncia à teoria do delito como teoria geral e uniforme do tipo penal, o que chama de “Direito Penal de duas velocidades” (SILVA SÁNCHEZ, 2013, p.84).

Na sequência, Sánchez destaca sua visão no sentido de vislumbrar o Direito Penal como ramo do Direito supranacional, diante de sua vinculação com estruturas lógico-objetivas (ação, culpabilidade e autoria, por exemplo), daí surgindo o sistema dogmático penal.

Sobre o tema, contextualizando para a realidade que nos cerca, a *internet*, em que

pese ser montada, codificada e executada através de algoritmos e binômios, possui em seu âmago as mais diversas manifestações culturais por todo o mundo.

Aqui, o que se defende é que tenha chegado o momento de equilibrar o estudo da dogmática jurídica penal aos elementos culturais humanos. Trata-se do grande desafio, na área penal, desse século responder a indagações do tipo: como regulamentar de forma uníssona o tráfego da *internet* nos países ao longo do mundo e, principalmente, utilizar a tecnologia como mecanismo apto a evitar o cometimento de delitos com respeito às garantias e direitos fundamentais descritos em constituições que, não raro, são heterônomas?

Em outro prisma, independentemente da discussão doutrinária a respeito do caráter (não) transnacional do Direito Penal, o fato é que as ferramentas tecnológicas alteraram por completo a noção física de barreiras existente para o bem (livre comércio, educação, saúde, esporte, etc) e para o mal (cometimento de crimes dos mais diversos).

Nota-se que, enquanto a homogeneização valorativa do Direito Penal é tarefa praticamente impossível na visão de Silva Sánchez (2013, p.86), talvez o caminho seja unificar os critérios técnicos no âmbito nacional e internacional para acesso e implementação do caráter preventivo do Direito Penal, ou seja, construir estruturas lógico-objetivos gerais de aplicação.

Nesse aspecto, mostra-se viável construir o concreto sistema de proposições (de soluções aos problemas) no qual “se expressam os conteúdos últimos da dogmática como disciplina prática” (SILVA SÁNCHEZ, 2013, p.85), sem a necessidade de mover-se em um contexto valorativo determinado.

Na sequência do texto, Silva Sánchez (2013, p.90) destaca como sendo as características do Direito Penal da globalização a suficiência das relações de probabilidade em face da imputação objetiva, a responsabilidade em comissão por omissão ao invés da aplicação restritiva, a assimilação de figuras como a da *vicarious liability*<sup>86</sup> anglo-saxã ou a *responsabilité du fait d'autrui* francesa, o desaparecimento da distinção clássica entre dolo eventual e culpa

---

<sup>86</sup> Instituto presente no Direito Inglês e norte-americano que simboliza a responsabilidade criminal por ato praticado por outrem (terceiro). Para aprofundamento sobre o tema, vide: 175 Pacific Reporter, Second Series, 832; South Eastern Reporter, Second Series, 701, etc).

consciente dando lugar a figura da *recklessness*<sup>87</sup> e a não distinção entre autoria e participação<sup>88</sup>.

Sobre o ônus da prova no processamento de delitos envolvendo o Direito Penal da Globalização, Silva Sánchez pondera que na França, Inglaterra e na Espanha existem precedentes no sentido de que “as causas de exclusão da antijuridicidade e da culpabilidade se concebiam como elementos que não somente devem ser razoavelmente alegados, senão inclusive provados pelo imputado”, devendo a acusação tão somente demonstrar a tipicidade do delito (SILVA SÁNCHEZ, 2013, p.93).

Sobre esse aspecto (ônus probatório), o advento das técnicas de fluxo de dados gera uma nova realidade tanto para o cidadão comum como, e principalmente, para o Estado na função de titular da persecução penal quando levamos em conta o chamado fluxo de metadados possível por todo o mundo a todo o tempo.

Diferentemente dos dados, os metadados nada mais são do que dados sobre outros dados, servindo para facilitar a compreensão dos relacionamentos e a utilidade das informações dos dados existentes.

É possível concluir preliminarmente que “os dados descritivos de um documento, físico ou digital, sobre autor, data de criação, local de criação, conteúdo, forma, dimensões e outras informações são metadados”. Informações disponíveis sobre um livro no catálogo de uma biblioteca (RILEY, 2017), os dados técnicos extraídos de uma fotografia digital, ou seja, a data de criação da fotografia, a câmera utilizada, formato, esquema da cor, etc, o que acaba possibilitando a descrição, identificação, gerenciamento, localização, compreensão e preservação de documentos digitais (CORRÊA, 2010), além de facilitar a interoperabilidade de repositórios, informações úteis quando se está diante de área da ciência humana que lida com narrativas que é a do Direito Penal.

Analisadas as características penais do Direito Penal da globalização, Silva Sánchez passa a análise do que fundamenta referido ramo do direito através do estudo dos princípios políticos-criminais.

---

<sup>87</sup> O instituto do *recklessness* está dividido em dois aspectos: o *subjective recklessness* e o *objective recklessness*. A primeira diz respeito ao limite da diferenciação entre dolo eventual e culpa consciente. A segunda perspectiva remonta ainda ao contexto da culpa inconsciente, atuando como forma qualificada da mesma, envolvendo um estado mental reprovável enquanto a negligência envolve um fracasso "puramente objetivo" em atuar de acordo com um determinado padrão de conduta.

<sup>88</sup> Sobre o tema, Muñoz Conde cita como exemplo o crime de lavagem de capitais, delito no qual não se diferencia, para fins de punição, partícipes e autores. Sobre o tema, vide: Cf. Hassemmer/Munoz Conde, La responsabilidad por el producto em derecho penal Valcncia, 1995, p. 35.

Enquanto no Direito Penal clássico o paradigma consiste no homicídio praticado por um indivíduo, a bússola do Direito Penal da globalização é o delito econômico, seja na modalidade empresarial convencional, seja na chamada microcriminalidade como, por exemplo, ocorre nos crimes de “terrorismo, narcotráfico ou criminalidade organizada (tráfico de armas, mulheres, ou crianças)” (SÀNCHEZ, 2013, P. 93).

A mudança de paradigma acima permite concluir que, no Direito Penal da globalização o número de garantias diminui em função da menor gravidade das sanções. Nesse momento do texto, Silva Sánchez destaca os seguintes exemplos para destrinchar e, por conseguinte, apontar as diferenças existentes em relação ao Direito Penal clássico, a saber: princípios da legalidade, culpabilidade e proporcionalidade (SILVA SÀNCHEZ, 2013, P. 94).

No que diz respeito ao primeiro princípio, o Direito Penal da globalização abandona a concepção de mandato de determinação nos tipos, no plano processual, tende a conferir maior deferência aos princípios da oportunidade, a possibilidade de acordos em face da legalidade processual e da busca (ainda que tendencial) da verdade material por conta da utilização desse ramo jurídico como (tentativa de) resposta a exigências da política.

Sobre o princípio da culpabilidade, no plano internacional, o Direito Penal da Globalização admite a importância do erro de proibição, a responsabilização de pessoas jurídicas e a aceitação de figuras que implicam em uma presunção de culpabilidade como a *strict liability* ou, ainda, as *infracion matérielles*<sup>89</sup>.

A respeito do princípio da proporcionalidade, o Direito Penal da globalização, dando outro significado ao postulado, permite a punição de condutas meramente imprudentes em relação aos bens jurídicos coletivos.

Após explanar as conjecturas relativas aos princípios da legalidade, culpabilidade e proporcionalidade, Silva Sánchez (2013, p.96) conclui que categorias e princípios antes rígidos acabam sendo relativizados, possibilitando a tendência geral de expansão do referido ramo jurídico.

No terceiro capítulo, Silva Sánchez (2013, p. 97) analisa a política criminal a luz da

---

<sup>89</sup> Na 67ª nota de rodapé de seu trabalho, Sánchez destaca, in verbis: “Tiedemann, Lenckner-FS, p. 428-429. Mas é evidente que isso desnaturaliza nossa concepção substantivo-processual do princípio de culpabilidade, da mesma forma que se poderia afirmar a propósito da responsabilidade por fato de outrem etc. Sem querer alongar-me em instituições que estimamos violadoras do princípio de culpabilidade na doutrina continental atual, às-já mencionadas se pode acrescentar a *constructive liability* (equivalente ao *versari in re illicita*):-Ashworúí, *Principles of Criminal Law*, 2. ed., Oxford, 1995, p. 85-86, embora concebendo-a como restrita a delitos dolosos contra a vida ou a integridade física.” (2013, p. 95).

teoria do direito Penal, especificamente, com o intuito de compreender os aspectos socioculturais e políticos da globalização. Para alcançar esse objetivo, 1) questionamentos são feitos, 2) é feita a correlação entre as modificações na estrutura social trazidas pela globalização e 3) a globalização política e cultural e os seus reflexos no Direito Penal.

Enquanto no segundo capítulo o objetivo de Silva Sánchez foi o de analisar a incidência da globalização econômica sobre o Direito Penal, ao iniciar o terceiro capítulo o autor espanhol deixa claro que analisará outros aspectos importantes e inerentes aos processos de concentração e integração próprios da globalização.

Ao tratar das modificações da estrutura social, Silva Sánchez (2013, p. 99) destaca que a globalização vista como fenômeno econômico igualmente impactou a chamada microcriminalidade, gerando camadas novas de “subproletariado”, fenômeno que poderia, em sua visão, justificar o cometimento de crimes patrimoniais de pequena e média gravidade.

Com o intuito de analisar a conclusão preliminar exposta, Silva Sánchez faz uma retrospectiva do contexto europeu desde o século XIX. No referido período, na Europa, o fenômeno da industrialização gerou um movimento de emigração de grandes proporções do campo para as cidades.

Nesse aspecto, a falta de estrutura das indústrias e das próprias cidades provocou a perda em relação aos camponeses de parte crucial dos elementos de integração e inibição de condutas delitivas (socialização, identificação com o meio e religião) que possuíam em seu lugar de procedência (SILVA SÁNCHEZ, 2013, p.98).

Diante desse cenário, a concepção clássica da pena desassociada dos fins e norteadas, exclusivamente, na retribuição da culpabilidade inerente ao ato se revelou insuficiente, gerando a concepção da chamada “pena funcional” no que tange ao aspecto preventivo-especial da reprimenda penal.

Em síntese, a “pena funcional” é dotada de três características, a saber: 1) meio de intimidação individual, o que era suficiente para o delinquente ocasional; 2) instrumento de ressocialização, ao delinquente habitual corrigível e 3) mecanismo de neutralização ao delinquente incorrigível.

Alinhado a esses aspectos, surgem as chamadas medidas de segurança, aspecto esse voltado não a culpabilidade mas a periculosidade do agente.

Décadas depois, diante do contexto próprio da Segunda Guerra Mundial, da teoria da

prevenção especial construída no século XIX restou tão somente a ideia da orientação ressocializadora da execução das penas e as medidas de segurança, citando Sánchez o texto da Constituição espanhola da época (2013, p. 99).

Nesse contexto, surge novo fluxo migratório de pessoas pertencentes à países extracomunitários, ou seja, não enquadrados na União Europeia, o que gera reflexos na criminalidade, em especial, diante das diferenças culturais.

No momento no qual foi escrita a tese de Sánchez, esse afirma que “o fenômeno da criminalidade (em geral, patrimonial) de sujeitos extracomunitários, que operam de modo mais ou menos estruturado, em geral em grupos ou bandos, começa a ser comum às diversas nações europeias (SILVA SÁNCHEZ, 2013, p. 99). Referida situação mostra-se ainda mais grave quando se está diante da crise, na Europa, do “Estado do bem-estar”.

Comparando o contexto histórico da Europa nos séculos XIX e durante a segunda guerra mundial, narrados por Silva Sánchez, com o Brasil, é possível vislumbrar, quanto ao primeiro marco temporal, que esse foi um período de grandes transformações para a população brasileira (FURTADO, 1987).

Uma das mudanças disse respeito à recepção do monarca português em território nacional, tendo sido estabelecida como capital do país a cidade do Rio de Janeiro, fato esse que alterou o cenário político local, em especial, no reforço das relações comerciais e sociais em colônia que, até então, não se via como uma unidade autônoma. Outros dois aspectos importante são os seguintes: liberação do território do pacto colonial e a abertura dos portos que acabariam conferindo à Inglaterra o controle econômico sobre o país, episódio que vai de encontro ao que normalmente ocorreu em países que obtiveram a sua independência como os Estados Unidos.

Além disso, outro ponto de tensão e peculiar de *terrae brasilis* no referido período diz respeito à, de um lado, a independência sob um regime monárquico, consistindo enredo diferente dos demais países localizados no continente americano e, do outro, a adoção da República como sistema de governo, mecanismo esse que permanece até os dias atuais.

No plano econômico, existiam basicamente naquela época dois polos principais: o do açúcar e do ouro. A pecuária existia como acessório ao núcleo açucareiro ocupando-se, no Nordeste, em seu interior, e, no Sudeste, estendendo-se do Rio Grande do Sul até São Paulo.

No que tange ao Direito Penal Brasileiro da época, cabendo o destaque para a análise

aqui do Código Penal da República, de 1890<sup>90</sup> cuja textura social remonta as relações de comércio escravista, é possível concluir preliminarmente que, ao contrário de um Estado constitucional e representativo por excelência, caracterizado por um “estatuto jurídico igualitário dos sujeitos; a concentração na autoridade pública da capacidade de dizer a lei, o monopólio, pela burocracia estatal, dos procedimentos penais e suas práticas punitivas e de produção da verdade”, o sistema jurídico-penal da época consistia na sobreposição das formas jurídicas constitucionais às instituições e práticas de poder da sociedade escravista (AUFDERHEIDE, 1976).

O desequilíbrio no tocante a concessão de direitos entre senhores e escravos era tamanho que o art. 14, § 6.º, do Código Criminal considerava como não puníveis na seara criminal, ou seja, como crimes, "o castigo moderado, que os Pais derem a seus filhos, os senhores a seus escravos, e os mestres a seus discípulos" (KOERNER, 2006).

As denúncias propostas por alguma pessoa contra seus próprios familiares ou as de escravo contra seu senhor não seriam aceitas pelas autoridades públicas (art. 75 do Código de Processo Criminal). Entre as circunstâncias agravantes da pena estava a hipótese de que o ofendido pelo crime tivesse a "qualidade de ascendente, mestre ou superior do delinqüente", ou tivesse com o ofensor qualquer relação na qual este devesse respeito filial ao ofendido", o que incluía os escravos ou libertos, que eram juridicamente classificados como órfãos, sob a tutela de seus senhores (art. 16, § 7.º, do Código Criminal). Além disso, o art. 60 do mesmo código, já referido, estabelecia a comutação em açoites das condenações dos escravos por crimes que não fossem punidos com a morte ou galés (KOERNER, 2006).

O contexto evidenciado, exemplificativamente, nos dispositivos de lei acima demonstra que a preocupação "humanitária" dos juristas, se é que pudesse ser assim nomeada, era concentrada apenas nos homens livres, possibilitando a conclusão preliminar das severas diferenças existentes entre países da Europa e Brasil, ao menos, no século XIX.

Sobre o segundo marco temporal utilizado por Silva Sánchez, consistente na Segunda Guerra Mundial, a primeira observação que deve ser feita consiste na importante participação do Brasil no auxílio às forças aliadas, tendo sido enviados, a partir de 1942, cerca de “25 mil homens da Força Expedicionária Brasileira (FEB), 42 pilotos e 400 homens de apoio da Força

---

<sup>90</sup> Durante o século XIX, além do Código Penal de 11 de outubro de 1890, sessenta anos antes, foi sancionado o Código Criminal do Império do Brasil. Por ter diretrizes mais próximas ao regime europeu, o trabalho focará tão somente, nesse momento, na análise do Código Penal de 1890.

Aérea Brasileira (FAB)”<sup>91</sup>.

Dúvidas não restam, no plano internacional, de que a Segunda Guerra Mundial serviu como marco temporal a possibilitar uma maior preocupação a respeito dos direitos fundamentais e garantias aos povos.

Exemplo disso foi a criação, pelo Tratado de Roma de 1998, do Tribunal Penal Internacional (TPI), caracterizado “por ser jurisdição permanente e universal, competente, em complementaridade com as jurisdições internas dos Estados, para julgar pessoas físicas por crimes graves: crimes de guerra, crimes contra a humanidade e genocídio”, o surgimento do Tribunal Internacional do Mar e o Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul (RODAS, 2015).

No plano nacional, o Brasil acabara de promulgar, especificamente em 7 de dezembro de 1940, o Decreto-lei nº 2.848, o até hoje vigente Código Penal Brasileiro. Outra constatação que cabe fazer, até mesmo por ser mais “jovem” como civilização, é que o Brasil teve muito menos dispositivos criminais ao longo de sua história, ainda que sejam considerados dispositivos importados de Portugal na época do Brasil Colônia, senão vejamos:

### QUADRO 3 – DISPOSITIVOS CRIMINAIS NA HISTÓRIA BRASILEIRA

<b>Marco temporal:</b>	<b>Nome do código/codificação:</b>
Até o ano de 1512	Ordenações Afonsinas
Até o ano de 1569	Ordenações Manuelinas
Até o ano de 1603	Código de D. Sebastião
1603	Livro V das Ordenações do Rei Filipe II, chamado de Código Filipino.
1830	Código Criminal do Império do Brasil
1890	Código Penal da República
1932	Consolidação de Piragibe
1940	Código Penal (Decreto-lei nº 2.848)

Fonte: elaborado pelo autor.

Em relação, por fim, aos fluxos migratórios que ocorrem na Europa, cujas pessoas

<sup>91</sup> Para aprofundamento em relação ao tópico, vide o seguinte: Como foi a participação do Brasil na Segunda Guerra Mundial? O primeiro grupo de militares brasileiros chegou à Itália em julho de 1944 Disponível em: <https://novaescola.org.br/conteudo/319/como-foi-a-participacao-do-brasil-na-segunda-guerra-mundial>. Acesso em: 11.fev.2020.



saem de países extracomunitários e o que ocorre no Brasil, é possível vislumbrar certa semelhança no que concerne a figuração do país como polo de atração de imigrantes.

Entre os anos de 2010 e 2018, foi registrada no Relatório Anual do Observatório das Migrações Internacionais a entrada de 774, 2 mil imigrantes, com destaque, em termos de quantidade, de Haitianos, Bolivianos, Venezuelanos, Colombianos, Argentinos, Chineses, Portugueses e Peruanos<sup>92</sup>.

É possível vislumbrar que o Brasil recebe pessoas tanto de outros países da América Latina como também da Europa e Ásia.

Fazendo um paralelo entre os fluxos migratórios existentes atualmente na Europa e no Brasil, sociedades pós-industriais caracterizadas por um processo de integração no plano supranacional e atomização em seu plano interior, é possível concluir, de acordo com Silva Sánchez, que a criminalidade aqui analisada não se diferencia substancialmente daquela tradicional, entretanto, “sua intensidade e sua extensão se vêm incrementadas pela marginalidade a que estão relegados aqueles que, dentro das sociedades pós-industriais, vivem à margem de relações laborativas estáveis” (SILVA SÁNCHEZ, 2013, p.100).

Algo interessante de se notar é que a tensão afirmada por Silva Sánchez (2013, p.100) entre integração e atomização, homogeneização e diversidade ou multiculturalidade responsável não apenas gera violência como, através da internet e fluxos de metadados, as antecipa e propaga.

Nesse aspecto, a possibilidade de antecipar, através do *dataveillance*, a produção e/ou difusão da violência, é um dos pontos centrais do Direito Penal contemporâneo, seja no plano internacional, seja no plano nacional.

Sob o ponto de vista conjectural, o estrangeiro não precisa estar localizado dentro do país aleatório para, contra si, praticar delitos através do uso da internet, questão complexa e que ainda não tinha sido descrita nos estudos de Silva Sánchez, em especial, diante da época na qual foi escrito.

Retomando ao texto de Silva Sánchez, existiria uma tendência de tolerância zero por parte das políticas criminais dos Estados no que diz respeito aos crimes cometidos por estrangeiros em seus respectivos territórios.

---

<sup>92</sup> Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1566502830.29>. Acesso em: 11.fev.2020.

Em outras palavras, de acordo com Silva Sánchez, “o Direito Penal das sociedades multiculturais não somente tenderá a ser mais repressivo para suprir os déficits de assentimento social, mas também, provavelmente, se mostrará contrário a excluir a concorrência dos pressupostos de imputação da culpabilidade por razões de índole cultural” (2013, p.102).

Outra problemática que surge do advento da tecnologia é o de que os Estados não dominam as ferramentas usadas em seu território, em especial, no que diz respeito ao ideal de fiscalização constante de dados e, principalmente, de metadados.

Além disso, muitos Estados ao redor do mundo não possuem tecnologia e possibilidades político-financeiras de lidar, sequer, com as grandes empresas do setor de tecnologia como a Google, o Facebook, Amazon, empresas responsáveis por armazenar e gerenciar inúmeros fluxos de metadados ao longo de todo o planeta, palcos virtuais nos quais, não apenas interações sociais ou econômicas são travadas mas, em especial, diálogos e movimentações de índole criminosa.

Atualizando a indagação de Silva Sánchez feita (2013, p.101)<sup>93</sup>, deve-se refletir se o Direito Penal pode proceder, ao tratar os delitos praticados, direta ou indiretamente, pelas redes sociais, nos quais se expressa a que convém aqui chamar de criminalidade tecnológica, com os postulados e diretrizes próprios da teoria das normas e do delito.

Mais adiante, ao tratar sobre a globalização política e cultural e a suas respectivas relações com o Direito Penal, Silva Sánchez (2013, p. 103) destaca que, diante de tais fenômenos, especificamente sobre a globalização política, essa tem se manifestado (e, por que não, gerado) a aplicação extraterritorial de leis estatais, objetivando desconstruir ou, simplesmente, a não aplicação de dispositivos de isenção ou extinção de responsabilidade penal emanadas dos Estados em cujo território se cometeu o delito.

A partir da leitura do capítulo 3 da obra de Silva Sánchez, é possível visualizar que a *internet* e seus respectivos mecanismos não só influenciam como (e, principalmente,) alteram a percepção do fenômeno criminal<sup>94</sup> tanto no âmbito do Estado membro como no âmago da relação entre Estados soberanos.

Dando sequência a análise do raciocínio de Jesús-María Silva Sánchez, no quarto

---

<sup>93</sup> Nesse momento da obra, Silva Sánchez indaga o seguinte, em tradução livre, se o Direito Penal pode proceder, ao tratar os delitos nos quais se expressa a criminalidade dos imigrantes, com a sutileza que é própria da teoria das normas e do delito.

<sup>94</sup> Me refiro, como fenômeno criminal, ao arcabouço fático, legislativo e, principalmente, processual a ser usado pelo Estado na busca pelo esclarecimento dos fatos ao longo do respectivo processo penal.

capítulo, o autor espanhol destaca que, ainda que o Direito Penal seja utilizado pelos poderes públicos para fazer frente a problemas sociais de grande envergadura, problemas esses que não podem ou não se deseja resolver de outro modo, a conclusão de que a expansão do Direito Penal se dá exclusivamente por conta de uma espécie de perversidade estatal está equivocada (2013, p. 105).

Os elementos trazidos ao longo do trabalho demonstrariam que o Direito Penal está situado em uma posição singular. De um lado, deve corresponder a ramo do Direito que, ao ser aplicado aos casos concretos, deve possibilitar respostas funcionais, ou seja, conclusões que não prejudiquem o funcionamento da sociedade como esta se autocompreende.

Jesús María Silva Sánchez, sobre o tema, pontua que o ponto central consiste em evitar que o Direito Penal gere estalidos disfuncionais. Saindo da análise feita por Sánchez, em virtude da importância que tal contorno ganhará mais à frente, Günther Jakobs, sobre o tema, manifesta-se no sentido de que “o funcionalismo jurídico-penal está em perfeitas condições para distinguir entre normas funcionais e normas intervencionistas” (2003, p.44).

Retomando as perspectivas possíveis do Direito Penal quando compreendido como ramo jurídico disposto em posição singular, referido ramo do Direito não deve converter-se no que Silva Sánchez denomina de “porta-bandeira”, ou seja, mecanismo de implementação das demandas sociais mais “conjunturais, superficiais, ou meramente verbalizadas” (SILVA SÁNCHEZ, 2013, p. 105). Os dois pontos característicos do Direito Penal não se anulam e sim, pelo contrário, se complementam.

Na sequência, com base na premissa de que ao Direito Penal não competiria transformar princípios de organização da sociedade, chega-se a conclusão de que deve ser igualmente rechaçada a função, implementada por alguns, de um direito penal promocional, problema esse existente, pois, o Direito Penal nada mais é do que um reflexo da ordem social, ou seja, a sua legitimação deriva da legitimidade das normas cuja vigência assegura (SILVA SÁNCHEZ, 2013, p.108).

Dando continuidade, o autor espanhol destaca que tudo aquilo que não for disfuncional ao Direito Penal, até para que seja evitado o desaparecimento em si do próprio sistema jurídico-penal, deve ser introduzido com “elementos de racionalidade”, algo semelhante ao que Meliá, Ramos e González tratam na obra “consideraciones sobre la teoria de la imputación de Günther Jakobs”.

A análise da (dis) funcionalidade do Direito Penal, principalmente dos elementos de

racionalidade ganham maior destaque quando se está diante, nos idos de 2020, de novas e constantes interações humanas através da *internet*.

Sobre o novo desenho social, que a cada dia ganha mais uma cor, talvez tenha chegado o momento de rediscutir a própria persecução penal por parte dos Estados-Membros, o que, sem dúvidas, reflete no estudo da clássica dogmática penal.

Em síntese, acrescentar a realidade trazida pelo *dataveillance* e outros mecanismos de captura de metadados ao Direito Penal, assegurando/remodelando as garantias clássicas existentes com elementos de racionalidade, ou seja, critérios cientificamente auferíveis para que não ocorram violações, por exemplo, à vedação da autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*). Referido cenário torna-se ainda mais controverso quando se está diante do funcionalismo, doutrina na qual, para Silva Sánchez (2013 p. 108), “não se aprofundou tanto quanto seria preciso”.

No tocante a perspectiva do delito como lesão da vigência da norma, concordando com Silva Sánchez (2013, p. 109), isso é materialmente satisfatório e, ademais, concorda com o dado formal-prático de que, nos sistemas do constitucionalismo moderno, somente podem impugnar-se preceitos penais quando resultam inconstitucionais por defeito ou por excesso”.

Sobre o que pertence ao núcleo da identidade normativa de uma sociedade, o que resultaria nas respectivas bases do Direito Penal, Silva Sánchez destaca a dificuldade que referido procedimento gera, pois, a identidade normativa da sociedade não pode ser considerada como algo estático, pacífico ou único, senão dinâmico, controvertido e plural (SILVA SÁNCHEZ, 2013, p.110).

Ou seja, independentemente do contexto, o debate ocorrerá a respeito de se analisar se a resposta escolhida pelo legislador – a do Direito Penal – é correta ou não sob o ponto de vista da estabilização da demanda.

O ideal, nesse sentido, seria buscar uma concepção universalista-ontológica acerca do bem jurídico penal e daquilo que, ao contrário, de nenhum modo poderia constituir objeto de proteção penal.

Sobre o tema, cumpre destacar que a *internet* e as respectivas interações culturais, sociais, econômicas, bem como as de origem criminal, tornaram ainda mais fluidas e velozes as bases estruturais das sociedades contemporâneas, o que reforça ainda mais a necessidade de se retomar a buscar proteger as garantias jurídico-penais relativas aos direitos fundamentais da

pessoa, evitando-se o processo já existente consistente na “reelaboração assentada exclusivamente sobre os interesses da economia” (SILVA SÁNCHEZ, 2013, p. 111).

Silva Sánchez, no quinto capítulo, aborda as mudanças de perspectiva no Direito Penal trazendo à baila a chamada por ele de “administrativização do Direito Penal”. Para se chegar a esse fenômeno, o autor traz 1) o paradigma dos chamados delitos de acumulação (*Kumulationsdoikte*), 2) a proteção penal existente no chamado “Estado de prevenção” e 3) a gestão dos riscos de origem pessoal e a neutralização no Direito Penal atual.

Correlacionando os capítulos anteriores ao que ora é analisado, Silva Sánchez pondera que o conjunto de fenômenos jurídicos, políticos e sociais têm gerado, no Direito Penal, a sua expansão. Dentro do universo de características da expansão do Direito Penal, a flexibilização dos princípios político-criminais ou das regras de imputação, em especial, com reflexo no incremento e ampliação das sanções.

No que diz respeito ao incremento de punições, derivado da criação de novos tipos penais, Silva Sánchez aponta que tanto a modificação da estrutura normativa, como a do conteúdo servem como expressão de referido expansionismo, ocorrendo a transição do chamado modelo “delito de lesão de bens individuais” ao modelo “delito de perigo (presumido), cujo enfoque são os bens supra individuais (SILVA SÁNCHEZ, 2013, p.113).

Referido destaque trazido pelo autor espanhol tem influência dos estudos de Schönemann ao tratar da conjuntura existente na década de 90 no que tange a própria ciência jurídico-penal alemã (1996, p.28).

No tocante a expansão legislativa do Direito Penal, Silva Sánchez cita que, ao lado dos “delitos clássicos, aparecem outros muitos, no âmbito socioeconômico de modo singular, que recordam muito pouco aqueles” (SILVA SÁNCHEZ, 2013, p.113).

Passados mais de uma década desde a obra do referido autor, a atual problemática não reside, em definitivo, na quantidade de leis criadas (muitas, por sinal) e sim na eficiência do aparato normativo que já existe.

Como indagação específica, nesse ponto, será que não estaríamos diante de um momento, como civilização, no qual o próprio trinômio relativo à teoria tridimensional do direito de Miguel Reale não seria essencialmente seguido em virtude do próprio advento da *internet*?

Perguntas como essas se fazem pertinentes diante de situações envolvendo crimes

nas quais, antes mesmo do oferecimento da denúncia, dado o caráter exponencial no que diz respeito a propagação da informação, pessoas já ostentam o título, não de simples acusadas, como de condenadas em definitivo, gerando muitas vezes a reação instantânea e volumosa dos chamados “*haters*”<sup>95</sup> que, em questão de minutos, invadem e denigrem ainda mais qualquer resquício de honra (subjetiva e, principalmente, objetiva) da pessoa-alvo, exemplo que demonstra, ao menos na realidade virtual, como o princípio da presunção de inocência encontra-se diante de situações totalmente distintas daquelas previstas na antiguidade, merecendo análise própria mais a frente.

Feita a observação, na sequência dos estudos de Silva Sánchez, destaca que não deve o Direito Penal atuar na vanguarda de bens coletivos, ou seja, na tarefa de gestor de referido bens, tendo sido citado o exemplo do Direito Ambiental. Referida conclusão baseia-se na premissa de que o Direito Penal, inclusive a partir das ideias de Seelmann, parte da responsabilização individual (SILVA SÁNCHEZ, 2013, p.114).

Jesús María Silva Sánchez, na sequência, aponta que o Direito Penal, ramo jurídico que tão somente reagia a *posteriori* contra determinado fato lesivo e individualmente delimitado passou a atuar como verdadeiro direito de gestão envolvendo riscos gerais sendo, portanto, considerado “administrativizado” (SILVA SÁNCHEZ, 2013, p.114).

Nesse aspecto, aprimorando o raciocínio do referido autor espanhol e propondo (por que não?) a chamada quinta velocidade do Direito Penal, é possível concluir preliminarmente que a internet, para além de possibilitar/facilitar o papel de gestor do Direito Penal, serve como verdadeiro instrumento de atuação preventiva, simbolizando um rompimento com a estrutura exclusivista clássica.

A administrativização do Direito Penal, para Silva Sánchez, diz respeito à proximidade entre os ramos de Direito Penal e Direito Administrativo, ou seja, passando desde as teses clássicas que os distinguiam, passando por Welzel<sup>96</sup>, e chegando nas teses que diferenciam as áreas, tão somente, em virtude do injusto respectivo.

---

<sup>95</sup> Ao traduzir para o português, os “odadores” nada mais são do que pessoas que produzem manifestações (comentários, envio de vídeos, memes e etc) de ódio ou de crítica sem muito critério. Referidos indivíduos utilizam fóruns e redes sociais para a concretização das ofensas, sendo possível caracterizá-los como cyberbullying ou assédio virtual, a depender da agressividade do conteúdo postado (WILLIAMS, 2012).

<sup>96</sup> Para o referido autor, a “partir do âmbito nuclear do criminal defluiu uma linha contínua de injusto material que certamente vai diminuindo, mas que nunca chega a desaparecer por completo, é que alcança até os mais distantes ilícitos de bagatela, e inclusive as infrações administrativas (Ordnungswidrigkeiten) estão a (...) ela vinculados”. Welzel, Der Verbotsirrtum im Nebenstrafrecht. *JZ*, 1956, p. 238 e ss, 240. Cf. cm•nossa jurisprudência recente a STS 3.a.secc. 5.a.de 09.04.1996 (**LuLey**6926).

Sobre a série de critérios existentes, após criticar a diferenciação quantitativa dos referidos ramos, Silva Sánchez defende a proeminência do critério teleológico, ou seja, qual a finalidade que cada um dos ramos persegue, destacando que enquanto o Direito Penal protege bens concretos em casos concretos, utilizando-se para tal de critérios de lesividade ou periculosidade concreta e de imputação individual, o segundo objetiva proteção do ordenamento de modo geral, de setores da atividade, ou seja, reforçar o caráter punitivo da norma em face de determinados mecanismos de gestão.

O mundo digital, nesse aspecto, traz uma nova perspectiva para o Direito Penal em relação a análise da conduta: não apenas condutas concretas podem (e devem) ser analisadas e julgadas criminalmente através de mecanismos informáticos como fluxos de dados anteriores à próprias condutas são capazes de serem monitorados o que resulta, no mínimo, na ampliação dos atos puníveis dentro do *iter criminis*.

Sobre o tema, enquanto a administrativização do Direito Penal seria possível, na visão de Silva Sánchez, “sob perspectivas de gestão de um determinado setor, seja este o do tráfico de veículos, o da posse de armas de fogo ou do despejo de resíduos”, não o sendo em relação às condutas praticadas por determinado sujeito (SILVA SÁNCHEZ, 2013, p.117), a *internet* e todo o maquinário a ela inerente acaba sendo perfeitamente aplicável tanto para aferir condutas individuais como aquelas associadas aos problemas afetos à macro criminalidade, o que resulta em verdadeira mudança de paradigma e, conseqüentemente, da velocidade com a qual o Estado, através de referidos mecanismos, conseguirá obter a prevenção/punição dos delitos.

Garantir, portanto, o equilíbrio entre eficiência na persecução penal tanto na prevenção como na repressão de delitos e as garantias penais e processuais do (a) acusado (a) é o desafio do século, algo que transcende, dado o caráter universal da *internet*, a análise do alcance dos bens jurídicos.

Retomando a administrativização do Direito Penal, fenômeno no qual o referido ramo passa a impor sanções a partir de cada vez mais semelhantes características do próprio Direito Administrativo, Silva Sánchez destaca (2013, p. 118/120) os seguintes exemplos: 1) limite de 0,5mg de álcool por litro de sangue em relação aos delitos que envolvam veículos automotores, 2) fraudes tributárias e o seu efeito acumulativo, tendo sido citado a realidade espanhola, 3) proteção do meio-ambiente, 4) casos que envolvem baixas quantidades de entorpecentes para fins de configuração do crime de tráfico de drogas e 5) lavagem de

dinheiro<sup>97</sup>.

Com tais exemplos, Silva Sánchez destaca que o fator decisivo para a aparição do Direito Penal começa a ser o das grandes cifras ao invés da dimensão de lesividade do comportamento individual. Essa conclusão, no mínimo, tende a ser aplicada diante do fenômeno da internet, em especial, se levarmos em conta a quantidade infinita de dados que são produzidos em todo o mundo a cada segundo, o que impossibilita, pelo menos enquanto escrevo a presente tese, que os aparatos estatais e privados contratados para atividades de apoio possam se utilizar de técnicas sofisticadas de monitoramento de dados para evitar/reprimir todos os crimes ao redor do território, quiçá do globo terrestre.

O paradigma da administrativização do direito, o qual resulta na possibilidade de sancionar criminalmente uma conduta individual ainda que essa não seja lesiva ao bem jurídico quando isoladamente considerada, leva Silva Sánchez a destrinchar os chamados “delitos cumulativos”<sup>98</sup>, raciocínio válido a partir de indagação que difere, ao menos aparentemente, dos doutrinadores clássicos quando indaga: e se todo mundo fizesse isso?<sup>99</sup>

A pergunta acima demonstra um pressuposto que, enquanto existente nos delitos cumulativos, inexistente na teoria clássica do delito. Nesse sentido, nos delitos acumulativos o objetivo é a proteção em abstrato de determinado bem jurídico, ou seja, caso a conduta individual seja reiterada por mais pessoas, é possível, aí sim e concretamente, sofrer efetiva lesão.

Nesse ponto, cumpre destacar que a teoria ora proposta vai além da análise a respeito da utilização da *internet* para configuração dos delitos acumulativos objetivando, em verdade, analisar o próprio papel do Estado na persecução penal preventiva através da utilização dos meios tecnológicos, em especial, do fluxo de metadados.

Em outras palavras, trata-se de reflexão que pretende teorizar sobre a análise e, principalmente, sobre a persecução penal afeta a todas as espécies de crime, sejam aqueles inerentes e próprios da teoria clássica do delito, sejam aqueles próprios de teorias contemporâneas como a da própria administrativização do Direito Penal.

Dando continuidade, ao abordar a proteção penal no chamado “Estado da prevenção”, Sánchez aborda que a mentalidade administrativizada do Direito Penal aparece em

---

<sup>97</sup> Sobre o tema e a chamada *policys analysis*, vide VASCONCELOS (2015).

<sup>98</sup> Kumulationsdoikte, expressão usada por Silva Sánchez (2013, p.121).

<sup>99</sup> Tradução literal da pergunta feita por Silva Sánchez às fls. 121: “What if everybody did it?” (2013, p.121)



outros âmbitos, destacando o que a cada dia mais passa a ocorrer, por exemplo, na proteção da atividade administrativa em si mesma.

Nesse aspecto, o Estado estaria, na visão de Sánchez, intimamente ligado ao que Ortega denomina de “Estado Vigilante”, ponderando que, a partir do século XXI, “a função inspetora do Estado e seu poder de vigilância se potencializam, devido ao crescimento do Estado que estimula os avanços tecnológicos e os cada vez maiores níveis de risco e complexidade do sistema” (2000, p.25).

Nos idos de 2020, 20 anos após a obra de Ortega, é possível constatar que, de fato, a função inspetora do Estado e o seu poder de vigilância aumentaram, cabendo aos respectivos Estados espalhados pelo globo a árdua missão de estabelecer limites e regular a utilização de dados e, especialmente, de metadados.

No que diz respeito ao Direito Penal, mais especificamente o Brasileiro, a busca por soluções alternativas à pena privativa de liberdade mostra-se, aliada a crise econômica e política que assola o país nos últimos 10 anos, como a grande questão, inquietação essa que pode ter, conforme se pretende mais a frente, reflexos importantes sob o ponto de vista econômico, financeiro, político e social na persecução prévia e repressiva do delito.

Nota-se, com base no experimento citado relativo ao *dataveillance*<sup>100</sup>, que as possibilidades alcançáveis, em termos de persecução penal, pelo Estado são muito maiores do que focar simplesmente na prevenção comunicativa (SÁNCHEZ, 2013, p. 127), podendo ir além do início de condutas concretas que, por exemplo, obstaculizem procedimentos regulares de inspeção ou de licenciamento administrativos.

Dentro do fenômeno da administrativização do Direito Penal, Silva Sánchez destaca o que seria o chamado redescobrimto da neutralização, ponderando que na medida em que o Direito Penal incorpora mecanismos de asseguramento cognitivo cujo objetivo é o de neutralizar faticamente o fenômeno delitivo, a administrativização do referido ramo jurídico ganha destaque (2013, p. 130).

Sob essa perspectiva, a análise dos custos e benefícios econômicos tem feito com que

---

<sup>100</sup> O experimento do *Center for Internet and Society*, realizado no âmbito da Escola de Direito da Universidade de Stanford, auxilia na visualização do que seria uma pesquisa envolvendo *dataveillance*:

Usuários que desejassem participar e que possuíssem *smartphones* com a plataforma *Android* instalaram, voluntariamente, um aplicativo em seus celulares. O programa envia para os pesquisadores as seguintes informações: número de destino da chamada, duração da ligação e data e hora em que ela foi feita. Os números de destino eram comparados com bases de dados públicas de telefones; assim, em vez de, simplesmente, terem um número, os pesquisadores poderiam ter o nome do destinatário da chamada telefônica.

surjam argumentos favoráveis a ideia de neutralização de determinados grupos de delinquentes, tendência essa que, de acordo com Silva Sánchez, estaria descrita em dois fenômenos: um, de índole legislativa, consistente na produção das chamadas leis das três chances<sup>101</sup> e, do lado doutrinário, a propagação das chamadas teorias da neutralização seletiva (*selective incapacitation*) (2013, p.131).

As leis “*three strikes*” nos Estados Unidos, como o próprio nome sugere, indicam conhecida regra de *baseball* consistente na expressão “três strikes e você está fora”.<sup>102</sup> Dado o objetivo do presente trabalho, oportuno destacar, em síntese, a premissa maior sobre a qual repousa a teoria da neutralização seletiva<sup>103</sup>, cujo foco de análise mudou radicalmente ao longo dos anos<sup>104</sup>.

Nela, os adeptos defendem que é possível identificar um número relativamente pequeno de delinquentes, chamados de *high risk offenders*, ou seja, aqueles indivíduos responsáveis pela maior parte dos fatos delitivos, sendo possível prever, com base em critérios estatísticos, que seguirão fazendo o mesmo.

Elucidando a teoria em números, “segregar 2 anos 5 delinquentes cuja taxa previsível de delinquência é de 4 delitos por ano, gera uma “economia” para a sociedade de 40 delitos e lhe custam 10 anos de prisão. Em contra partida, se esse mesmo custo de 10anos de prisão se emprega para segregar 5 anos 2 delinquentes, cuja taxa prevista de delinquência é de 20 delitos por ano, a “economia” social é de 200 delitos; e assim sucessivamente” (SÁNCHEZ, 2013, p.131).

Ou seja, ao corrigir o *modus operandi* dos *high risk offenders*, vantagens econômicas ocorreriam em relação àquela indiscriminada, ou seja, a chamada *geral incapacitation*.

Em relação ao tema, importante destacar que, para além do escopo da teoria da neutralização seletiva, a utilização de ferramentas que tornam possível a vigilância tanto de

<sup>101</sup> “three strikes”, expressão utilizada por Silva Sánchez em sua obra (2013, p. 131).

<sup>102</sup> Em inglês: “three strikes and you’re out”. Sobre o tema, vide: Rotman, El conceplo de prevención dei delito, **AP**, 43/1998, p.839e ss,854e ss; Grasbrger, Threestrikes and you are out. **Zu neuen Strafzumessungsansätzen bei Wiederholungstatern**, ZStW, 110 (1998), p. 796 ess.

<sup>103</sup> Silva Sánchez (2013, p. 131), na nota de rodapé nº 50 destaca as seguintes fontes para aprofundamento, servindo-as como sugestões ainda atuais sobre o tema: Cf. Greenwood/Abrahamse, **Selective incapacitation**, Santa Mônica, 1982; um resumos critérios de Greenwood podeseer encontradoem Von Hirsch/Ashworth (ed.), **Principled sentencing**, Boston, 1992, p. 163, nota 5.

<sup>104</sup> Sobre a evolução dos paradigmas objetos de análise por parte das teorias da neutralização, vide o seguinte: Cf. Pratt, Dangerousness, risk and technologies of power, **Australian and New Zealand Journal of Criminology**, 28, 1995, p. 3 e ss; o mesmo, Governing the dangerous: anhistorical overview ofdangerous offender legislation, **Social&Legal Studies**, 5 (1996), p. 21 e ss.

dados como de metadados das pessoas na *internet*, dentre as quais o *dataveillance*, objeto do presente estudo, permitirá, muito provavelmente em virtude da íntima correlação que o Direito e a economia tem ganhado a cada dia, em especial aquela relativa ao Direito Penal, não apenas a análise de fluxos estatísticos pró-futuro mas sim, e principalmente, a análise prévia derivada do que chamaremos aqui de “comportamento digital do indivíduo”, evitando com que o primeiro crime ocorra.

Evitar com que o primeiro delito ocorra, independentemente da quantidade de crimes que potencialmente determinado indivíduo poderia cometer, gerará uma economia ainda maior para os cofres públicos, maior eficiência da persecução penal e evitará, certamente, fenômenos reflexos de implicações direta em toda a sociedade como, no Brasil, o encarceramento em massa, o excesso de prisões provisórias, dentre outros.

Outro ponto que merece reflexão e que será desenvolvido ao longo do trabalho diz respeito a possibilidade cada vez maior, e aqui o *dataveillance* parece inicialmente nos levar a esse caminho, de utilizar critérios de natureza atuarial ao invés da tradicional acepção psicológica individual relativa à responsabilização individual em relação ao agente que pratica (ou praticará) delitos (2013, p. 132).

O “retorno” da neutralização, de acordo com Sánchez, está associado a diversos fatores como, por exemplo, o crescente desencanto (independentemente de sua racionalidade) com as possibilidades do Estado intervir no sentido de ressocializar o delinquente. Além disso, a elevada sensibilidade ao risco somada à obsessão pela segurança serve como elementos aptos da base ideológica, associada a conseqüente política criminal, das proposições neutralizantes.

Assim como ocorre no Direito Alemão<sup>105</sup> e na legislação norte-americana sobre as conseqüências jurídicas aplicáveis aos delinquentes sexuais violentos e perigosos, as quais podem chegar a durar por toda a vida do condenado, o constante e grande fluxo de dados e

---

<sup>105</sup> Na nota de rodapé nº 57 da obra, Silva Sánchez (2013, p. 134) faz uma correlação importante com outra de suas obras, senão vejamos: “Silva Sánchez, Libro-Homenaje ai Prof. Barbero Santos, p. 683 e ss. Na Espanha o debate sobre essa questão começa a ser discutido principalmente no âmbito da delinqüência do terrorismo. Desse modo, o presidente do Conselho Geral do Poder Judicial [NT: O Conselho Geral do Poder Judiciário é o órgão máximode governo do Poder Judiciário espanhol - art. 122da Constituição espanhola de 1978- que, ao contrário do Judiciário brasileiro; é formado por um corpo único, federal, assim como o Ministério Público; o Conselho é formado pelo Presidente do Tribunal Supremo e por vinte membros nomeados pelo Rei para um mandato de cinco anos, dos quais doze devem ser juizes "de todas las categorias judiciales, en los términos que establezca Ia ley orgânica", quatro indicados pela Câmara dos Deputados e quatro indicados pelo Senado - em ambos os casos eleitos por maioria de três quintos dos membros de cada casa legislativa - entre advogados e juristas, "todos ellos de reconocida competencia y con más de quince anos de ejercicio en su profesión" - art. 122, apartado 3] se mostrava partidário da im posição de medidasde segurança posteriores ao cumprimento da pena para os terroristas que se acredite que não estão reinseridos (El Mundo', 15.11.2000)”.

metadados nos meios eletrônicos (*internet*, aplicativos e sites de busca, redes sociais e etc), analisados sob a perspectiva de uma condenação já cumprida, podem gerar, tanto no imaginário da comunidade como, e principalmente, na do indivíduo, a sensação de que se está diante de punição perpétua, impossibilitando muitas vezes o direito ao esquecimento, reflexão essa que mereceria um trabalho próprio, o que não se coaduna com o foco do que aqui está a se discutir.

Diante da complexidade inerente a “virada” dada pelo Direito Penal, Jesús-María Silva Sánchez destaca, no sexto capítulo, a impossibilidade de “voltar” ao classificado por ele como “velho e bom” direito penal liberal (“gutes, altes liberales Strafrecht”) realizando, para tal, 1) uma série de questionamentos, 2) realizando apontamentos contrários a um Direito Penal moderno uno e destacando a possibilidade de se considerar 3) o Direito Penal como ramo do direito que, até então, poderia ser compreendido em duas velocidades realizando, para tal, um paralelo entre a manutenção de garantias qualificadas em caso de cominação de penas privativas de liberdade.

Diante de toda a conjuntura apresentada ao longo dos cinco capítulos, Silva Sánchez elenca o objetivo de parte da doutrina em apontar, como resposta à essa série de fatos sociais que culminam no que chama de expansão do Direito Penal, o retorno ao Direito Penal liberal, ou seja, caracterizado pela proteção dos bens essencialmente personalistas e do patrimônio, característica que igualmente permitira a conclusão pela vinculação do referido ramo jurídico aos princípios de garantia (SÁNCHEZ, 2013, 136).

Nesse contexto, o autor espanhol destaca as dificuldades que tal posição gera, em especial, pois, 1) naquele Estado existia uma estrutura rígida de proteção e de princípios relativos à própria organização social e 2) a rigidez das garantias estava contraposta ao extraordinário rigor das sanções impositivas à época, premissas que, em sua visão, não ocorreriam atualmente (SÁNCHEZ, 2013, p. 135).

Diante do cenário, objetivando trazer um Direito Penal com vocação racional, Sánchez inicia o seu raciocínio afirmando que há uma relação direta entre as garantias de determinado sistema com a gravidade das sanções que resultam de sua aplicação (SÁNCHEZ, 2013, p.137).

No que diz respeito à expansão do Direito Penal, Sánchez chama a atenção de que o problema não consistiria tanto na expansão em geral do referido ramo jurídico e sim na expansão do Direito Penal da pena privativa de liberdade, devendo essa última ser contida.

Nesse ponto, o presente estudo objetiva, passados mais de 10 anos desde a referida

teoria e, somando-se a rápida (e constante) evolução tecnológica, demonstrar que, caso não haja a atualização do conceito e, especialmente, da extensão das garantias inerentes à privacidade e a vedação de produção de prova contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*), a tecnologia sendo utilizada na prevenção de crimes poderá, a um só tempo, vulnerar como nunca antes visto a situação existencial do acusado, bem como impossibilitar a evolução da persecução penal em prol da estabilização das relações sociais, fim primeiro (e, por que não, último) do próprio Direito.

Sobre a reflexão aqui trazida, para além da relativização da dogmática no Direito Penal contemporâneo, um fenômeno que carece de aprofundamento (o que ora se pretende, portanto) diz respeito ao maior diálogo entre o Direito Penal, o Direito Constitucional e o Direito Digital gerando, conseqüentemente, ainda mais questões complexas em relação ao próprio conceito e extensão de garantias tão caras ao próprio Estado Democrático de Direito.

Após o estudo da relação direta entre as garantias de determinado sistema com a gravidade das sanções que resultam de sua aplicação, Silva Sánchez apresenta inicialmente duas velocidades do Direito Penal (2013, p. 148).

A primeira delas, chamada pelo autor espanhol de Direito Penal “da prisão” consiste na manutenção da higidez das garantias e da higidez dos princípios de índole político-criminal, as regras de imputação e os princípios processuais.

Já a segunda velocidade consiste nos casos em que, por não haver punição para determinados delitos consistentes na prisão, e sim de penas que privam o indivíduo de outros direitos ou, ainda, de espécie pecuniária, os princípios e garantias rígidos na primeira velocidade poderiam “experimentar uma flexibilização proporcional” à intensidade da sanção (SÁNCHEZ, 2013, p. 148).

Sobre o tema, cumpre esclarecer ao leitor que o direito penal de segunda velocidade, direito esse chamado por Figueiredo Dias de Direito Penal periférico, trabalha, para alcançar seus fins, com equivalentes penais e respostas alternativas à restrição da liberdade através da prisão. Nesse sentido, é igualmente relevante ponderar que a expansão, em si, do controle penal não deve ser confundida com a expansão do uso da pena de privação e liberdade. A partir dessa confusão, importante destacar, surge a terceira velocidade.

No capítulo 7, Sánchez desenvolve a ideia do que consistiria para si no Direito Penal de terceira velocidade. Em síntese, na referida espécie, o Direito Penal socioeconômico, distante da teoria clássica, focaria não apenas no fato delitivo e sim nos indivíduos que o pratica.

Em síntese, na referida velocidade, garantias e princípios são flexibilizados mesmo que diante de condutas graves praticadas pelo indivíduo, tratando-o como inimigo, expressão cunhada por *Günther Jakobs*<sup>106</sup> no que denominou de “Direito Penal do Inimigo”, do Estado. Tal tratamento, para além da persecução penal que leve à condenação, tem reflexos significativos no tocante à execução da pena sendo possível concluir que, na terceira velocidade, há a mistura entre aspectos inerentes às outras duas velocidades do Direito Penal.

No Brasil, um dos exemplos mais corriqueiros da terceira velocidade do Direito Penal abordada por Silva Sánchez em sua obra diz respeito à lei nº 8.072, de 1990 responsável por trazer os chamados crimes hediondos.

No referido diploma normativo, após as alterações trazidas pela lei nº 13.964/2019, para um acusado que tenha cometido crime hediondo com resultado morte, benefícios criminais como o livramento condicional são vedados.

Em relação à progressão de regime para condenados por crimes hediondos que resultem morte, apenas o condenado primário terá direito, após cumprir 2/3 da reprimenda, à referida progressão.

### **1.3 Velocidades no Direito Penal pós Silva Sánchez: 4ª e 5ª velocidades?**

A análise do tópico anterior permite algumas conclusões preliminares quanto às três primeiras velocidades do Direito Penal desenvolvidas por Jesús-María Silva Sánchez.

No que diz respeito à primeira velocidade, essa consistiria na afirmativa de que o Direito Penal nesse momento cumpre com os ditames clássicos do devido processo legal, sendo aplicado à luz do garantismo, o que gera um procedimento mais longo, entretanto (e em tese), mais seguro ao acusado. Referido procedimento seria, na visão do autor espanhol, utilizado para elucidar casos que envolvessem infrações penais mais graves gerando, caso constatado o binômio autoria/materialidade, uma punição desde que dentro das garantias processuais e penais como as da legalidade, devido processo legal, etc.

Já a segunda velocidade do Direito Penal tem espaço nos chamados crimes de menor potencial ofensivo permitindo com que as penas de prisão sejam substituídas por aquelas que restrinjam direitos, gerando a flexibilização das medidas punitivas estatais, de um lado, bem

---

<sup>106</sup> A nota de rodapé presente às fls. 149 da obra de Jesús-María Silva Sánchez.

como a celeridade procedimental, por outro.

A terceira velocidade do Direito Penal passa a mesclar as duas primeiras velocidades, tornando possível que garantias penais e processuais clássicas sejam relativizadas independentemente da gravidade do delito.

Aqui, a punição torna-se mais célere, fenômeno muitas vezes inversamente proporcional à qualidade da prestação jurisdicional fornecida pelo Estado aos cidadãos, o que dá ensejo, inclusive, a equiparação dessa velocidade com a teoria do Direito Penal do Inimigo, de Günther Jakobs.

Revisados referidos pontos de partida, Daniel Pastor, desde a obra *“Recodificación penal y principio de reserva de código”* (2005), passando pelo artigo no qual trabalha com a deriva neopunitivista de organizações como causa da atual perda de prestígio dos direitos humanos (2005, p. 73-114), ao escrever sobre o que chamou de “neopunitivismo”, fenômeno derivado da própria expansão penal (CANCIÓ MELLÍÁ, p. 151) e tomando por base o raciocínio de Zaffaroni (2004) sobre os ciclos punitivos, destaca que o Direito Penal, na quarta velocidade, passa a restringir e suprimir garantias penais e processuais penais de acusados que, no passado, possuíam a função de chefes de estado e, no desempenho de tais funções, acabaram transgredindo tratados internacionais que protegem direitos humanos.

O neopunitivismo, que se manifesta na chamada expansão penal, é a questão central das reflexões político-criminais dos últimos anos, razão pela qual se deve supor que o direito penal atual (ou "moderno", como costuma ser chamado) constitui um novo direito criminal, contra-ilustrado, cujas características devem ser estudadas sob a designação do neopunitivismo, enquanto a característica distintiva desse estilo de direito penal, que abrange todos os seus componentes, é sua desumanização e uma crescente explosão de sanções (DEMETRIO CRESPO, 2004, p. 37).

Além desse aspecto, a quarta velocidade do Direito Penal tem por foco a punição de altas autoridades em virtude do cometimento de crimes contra a humanidade. Como exemplos do Direito Penal de quarta velocidade, é possível citar aqueles praticados durante a Segunda Guerra Mundial e julgados por Tribunais Penais Internacionais como o Julgamento de Nuremberg e o Tribunal de Jerusalém.

Uma observação necessária diz respeito ao efeito da menção à Pastor para o desenrolar da presente tese. Além das características próprias da quarta velocidade, o seu texto remonta ao debate entre, de um lado, a obra “A esquerda punitiva” trabalhada por Maria Lúcia

Karam (1996) e, do outro, o papel simbólico do Direito Penal.

Sobre essa questão, diferentemente do que poderia se concluir preliminarmente, o uso do *dataveillance* tanto incrementa o controle como poderá gerar impactos no uso das penas existentes no nosso sistema o que, por exemplo, poderia enquadrá-lo, através do respectivo dispositivo legal, em pena restritiva de direito. Trata-se, aqui, do caráter bifronte do instituto do *criminal dataveillance*.

A respeito da quinta velocidade do Direito Penal, aspecto sobre o qual a presente tese pretende se debruçar, algumas afirmações surgem no sentido de que nela, o Estado, nesse momento, contaria com a presença maciça de policiais na rua<sup>107</sup>, ou, ainda, o Direito Penal teria, em síntese, como objetivo o de responsabilizar os autores, diante da agressividade presente nas sociedades nas quais estamos inseridos, caracterizadas por relações complexas e, muitas vezes, (in) compreensíveis.

As ilações feitas acima permitem, no máximo, compreender parcialmente o pano de fundo inerente ao Direito Penal de Quinta Velocidade sem que seja possível, entretanto, compreender a espinha dorsal e consequentes reflexos dessa nova faceta, objetivos pretendidos nos próximos capítulos.

#### **1.4 Críticas feitas ao expansionismo penal de Jesús-María Silva Sánchez: Uma leitura constitucional**

A utilização da tese de Jesús-María Silva Sánchez torna necessária a elucidação a respeito das críticas levantadas em relação ao respectivo raciocínio, providência essa que difere, por exemplo, de leituras sistematizadas feitas, exemplificativamente, por Spencer Toth Sydow ao destacar as 10 expansões existentes, a saber: 1) Expansão Legislativa; 2) Expansão Consumativa; 3) Expansão Imputativa; 4) Expansão do Medo; 5) Expansão Vitimal; 6) Expansão Interpretativa; 7) Expansão Política; 8) Expansão de Fusão Público-Privada; 9) Expansão Punitiva, e; 10) Expansão Pedagógica.

Antes de apontar as críticas existentes, cumpre esclarecer ao leitor que o objetivo da presente obra é o de observar o implemento (e incremento) da tecnologia na persecução penal

---

<sup>107</sup> Informação amplamente divulgada conforme link a seguir o qual se referiu sobre a palestra “Temas polêmicos sobre o Processo Penal”, proferida por Cleber Masson no Encontro Nacional de Direito Processual 2016, promovido pelo Grupo Notorium nos dias 20 e 21 de maio de 2016, em João Pessoa: <http://grupocienciascriminais.blogspot.com/2016/06/coluna-temas-polemicos-sobre-o-processo.html>. Acesso em: 09.mar.2020.



e os seus efeitos para a sociedade contemporânea.

Um dos debates envolvendo a dogmática penal contemporânea diz respeito à possibilidade (ou não) de alterações de cunho legislativo e dogmático propostas pela tendência expansionista, críticas essas representadas na chamada Escola de Frankfurt. A intervenção própria do Direito Penal, para a referida escola, deve ocorrer de forma limitada, ou seja, incidindo suas normas apenas sobre condutas que violem, de forma contundente, os bens indispensáveis para a vida em comum como, por exemplo, a vida, a saúde e a propriedade.

De um lado, está a defesa de uma teoria do bem jurídico estritamente individualista, construção teórica a qual defende que o Direito Penal deve proteger de forma subsidiária e repressiva os bens jurídicos. Do outro, existem propostas de flexibilização dos instrumentos dogmáticos e das regras de atribuições de responsabilidades, tudo isso a possibilitar não apenas a proteção a bens jurídicos individuais como, e especialmente, aos bens jurídicos supra-individuais, circunstância essencial a fazer com que o Direito Penal acompanhe os novos fenômenos do risco.

O primeiro teórico que pode ser citado como crítico ao Direito Penal do Risco, é Hassemer (1997), o qual defende que o Direito Penal não deveria servir para minimizar a insegurança oriunda de uma sociedade de riscos, muito menos para conduzir processos e relações causais complexas, pois, tais usos implicariam na alteração indevida dos conceitos dogmáticos, afastando-se de sua missão original de salvaguardar valores indispensáveis a vida social. O Direito Penal, para o autor, não serve para controlar grandes problemas da sociedade atual, como a proteção do meio ambiente.

Especificamente sobre a não incidência do Direito Penal na tutela ambiental, Hassemer (1997) aponta quatro justificativas: 1) acessoriedade administrativa, ou seja, o Direito Penal tornar-se-ia dependente do Direito Administrativo; 2) imputação da responsabilidade criminal, ou seja, a partir da restrição de liberdade como uma das sanções penais possíveis, não poderia o Direito Penal abrir mão de critérios estritos de imputação de responsabilidades individuais, característica essencial do Direito Penal clássico, não sendo possível, portanto, a imputação de crime, como seria comum nos crimes ambientais, a partir de responsabilidade coletiva do agente, 3) reconhecimento de que a finalidade das penas não é atingível nos delitos ambientais, com base na premissa de que a prevenção geral positiva seria ilusória, e 4) o direito penal do meio ambiente seria algo simbólico, não servindo para a proteção de bens jurídicos.

Além de Hassemer, Pritwitz (2001), Herzog (2003), Tuckfeld (2007) pontuam, assim

como Marta Machado (2005) que os grandes problemas do Direito Penal para as demandas da sociedade de risco são a desformalização e a flexibilização que, em última análise, produzem uma erosão do Direito Penal garantista do Estado de Direito, além de deslocá-lo de seu tradicional posto de atuação que é o da *ultima ratio*.

Além da Escola de *Frankfurt* e as suas críticas, o chamado discurso da resistência, pretende demonstrar que o expansionismo penal dá azo às construções teóricas contrárias à ideia clássica do campo dogmático, como o Direito Penal do Inimigo, de Jakobs.

Em defesa da expansão penal, ou seja, reconhecendo que o referido fenômeno é algo indissociável da realidade das sociedades contemporâneas, Luis Gracia Martín (2003), Bernd Schunemann e Lothar Kuhlen defendem uma mudança de paradigma quanto a fundamentação filosófica e novas metodologias, possibilitando o avanço para o outro lado do discurso jurídico penal.

Para Martín, deve ser construído um novo discurso baseado, em síntese, na crítica filosófica, objetivando a interpretação dos conceitos e princípios jurídico-penais no contexto do materialismo da História, constatação essa que gerou o fenômeno, por si descrito, de “perspectiva histórico-material” (2003, p. 199).

Com base na ideia de que exista harmonia entre o momento histórico da sociedade e o Direito, em especial o Direito Penal, a sua modernização acaba sendo, em verdade, imposta pela própria história, ou seja, a transformação social, seja no plano material, seja no intelectual, obriga que se busque a modernização com vistas à preservação do que essa corrente doutrinária chama de verdadeira racionalidade do discurso jurídico-penal.

Além de destacar os principais argumentos favoráveis à expansão do Direito Penal, cumpre destacar o último, mas não menos importante, e que tem íntima conexão com a teoria dos direitos fundamentais.

Ao longo da história humana, os direitos fundamentais foram surgindo e, a partir do momento de seu reconhecimento, foram ganhando destaque nas prateleiras dos regimes democráticos por todo o mundo.

Desde os direitos fundamentais de primeira geração, os quais serviram como “limites para a atuação dos governantes, em prol da liberdade dos governados” (DIÓGENES JÚNIOR, 2014, p.6), passando pelos direitos de segunda geração, os quais podem ser considerados como um aperfeiçoamento do princípio da justiça social, simbolizando as reivindicações das classes

oprimidas (SARLET, 2012, p. 50), os de terceira geração, responsáveis por tutelar bens transindividuais (FARIAS, 2005, p.180), os de quarta geração (BOBBIO, 1992; BONAVIDES, 2006) e os de quinta geração (SAMPAIO, 2002; HONESKO, 2008), dentre os quais ganha destaque o direito a sistemas informatizados por parte de toda a população.

Nota-se, a partir da análise da evolução dos direitos fundamentais à luz da perspectiva histórico-material de Luís Gracia Martín (2003), que a sociedade contemporânea, cuja complexidade aumenta a cada dia, se vê diante de novas configurações e direitos fundamentais. Diante desse fenômeno, o Direito Penal não pode se ver adstrito a tutela de bens jurídicos, cujos direitos fundamentais digam respeito tão somente à primeira geração como liberdade e propriedade privada.

Pelo contrário, e aqui refutando os argumentos contrários ao Expansionismo Penal, o Direito Penal, como ramo jurídico que é, independentemente de suas peculiaridades, deve evoluir e se adequar às demandas sociais relacionadas à proteção de Direitos. Nota-se, portanto, que a complexidade que se mostra e que deve ser enfrentada pela academia diz respeito, não a se o Direito Penal deve tutelar bens jurídicos transindividuais e, sim, como o referido ramo jurídico deve ser estabelecido de forma, a um só tempo, garantir 1) a eficiência persecutória do Estado, 2) a sua legitimidade perante a sociedade, 3) sua legitimidade perante as vítimas e 4) assegurar que, na sociedade do risco, direitos dos acusados não sejam atropelados sem respaldo técnico e legal.

## 2 A PROTEÇÃO DE DADOS E O *DATAVEILLANCE* NO DIREITO BRASILEIRO

Analisado o conceito, evolução e críticas envolvendo o expansionismo penal de Jesús-María Silva Sánchez, oportuno, até para que se responda à pergunta objeto da presente tese e, eventualmente, seja desenvolvida dali novas perspectivas, destrinchar o contexto envolvendo a proteção de dados, com destaque para os metadados, tanto na legislação estrangeira como, e principalmente, no Brasil.

### 2.1 Considerações preliminares

A prática de crimes, especialmente aqueles relativos à corrupção caracterizada pelo suborno de agentes pbchúblicos, passou a receber maior atenção de governos, empresas e organizações nas últimas três décadas.

Houve avanços na legislação de Países e na difusão das ações coletivas de monitoramento e combate à corrupção promovidas por entidades não governamentais como a Organização das Nações Unidas (ONU), a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) e a Organização Não Governamental *Transparency International*<sup>108</sup>.

No Brasil, as Leis n<sup>os</sup> 12.529/11 (BRASIL, 2011), 12.846/13 (BRASIL, 2013) e 13.303/16 (BRASIL, 2016) são exemplos desse novo contexto. Já no Reino Unido, o *Bribery Act* de 2010 (REINO UNIDO, 2010) e, nos Estados Unidos, o *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) de 1977 (EUA, 1977) configuram os exemplos mais expressivos no âmbito internacional.

A respeito da distância temporal existente entre a legislação norte-americana e a dos demais Países, a liderança econômica e tecnológica dos americanos os levou a se depararem com o problema da corrupção antes dos demais Estados soberanos.

Voltando ao cenário nacional, o ano de 2013 é lembrado, no plano governamental, pela reivindicação feita pela população brasileira na qual foi cobrada ética, moral e integridade por parte dos governantes.

Somente após referidos protestos o Projeto de Lei n<sup>o</sup>. 6.826/2010 (BRASIL, 2010),

---

<sup>108</sup> ONG Transparency International website. <https://www.transparency.org/>. Acesso em: 07.jan.2019.

proposto pela Controladoria Geral da União (CGU) em 18 de fevereiro 2010, com objetivo de assegurar garantias de lisura aos eventos internacionais a serem realizados no Brasil, e aprovado na Câmara dos Deputados em maio de 2011, obteve regime de tramitação prioritária, gerando, ao final do processo legislativo respectivo, a Lei Ordinária nº 12.846/2013 (BRASIL, 2013), publicada em 02 de agosto de 2013 (Lei Anticorrupção).

Dentre as inovações trazidas pela Lei nº. 12.846/2013 estão a responsabilidade objetiva de pessoas jurídicas, o *compliance*, o acordo de leniência, o Cadastro Nacional de Empresas Punidas (CNEP), bem como a rigidez das sanções.

O noticiário brasileiro traz, diariamente, novos casos de corrupção praticados por agentes públicos. Neste aspecto, as punições previstas no aparato legislativo posteriormente aos fatos não se mostram como únicas (e mais eficientes) opções de combate à corrupção. Em suma, “a forma mais eficaz de combate à corrupção é atuar na raiz do problema e evitar que malfeitos sejam cometidos”<sup>109</sup>.

Nesta toada, conforme estudo feito sobre o papel da CGU, foi possível concluir que, a partir do momento em que passou a acumular as atribuições preventiva e corretiva no combate à corrupção, houve um crescimento das responsabilizações administrativas<sup>110</sup>. Deste estudo é possível extrair que o êxito do controle preventivo da corrupção, por obstar as etapas seguintes, gera economia aos cofres públicos.

Explicado o pano de fundo inerente à Lei nº 12.846/2013 (BRASIL, 2013), com destaque para a importância do combate preventivo à corrupção, passa-se à contextualização do surgimento da Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 (Lei Geral de Proteção de Dados) (BRASIL, 2018), responsável pela proteção de dados pessoais, bem como pela alteração da Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da *Internet*) (BRASIL, 2014). A primeira tem como objetivo, ou seja, como âmbito de proteção, dispor sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural. A segunda tem

---

<sup>109</sup> Combate à corrupção deve ser preventivo, diz presidente da Anafe. Jornal O POVO. Disponível em: <https://www20.opovo.com.br/app/opovo/politica/2016/11/16/noticiasjornalpolitica,3669655/combate-a-corrupcao-deve-ser-preventivo-diz-presidente-da-anafe.shtml>. Acesso em: 07.jan.2019.

<sup>110</sup> Sobre o tema, Bruno Rico (2019) destaca que “O órgão responsável pela prevenção da corrupção e pela promoção da transparência na CGU é a Secretaria de Prevenção da Corrupção e Informações Estratégicas (SPCI). É a SPCI que realiza o monitoramento dos gastos públicos, por intermédio do Observatório da Despesa Pública (ODP), que subsidia decisões sobre onde realizar auditorias e fiscalizações bem como sobre possíveis ações corretivas”.

por objetivo estabelecer princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil e determina as diretrizes para atuação da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios em relação à matéria.

A respeito da aplicação das referidas normas na seara penal, enquanto a LGPD expressamente não se aplica conforme disposição presente no art. 4, III, “d”, o Marco Civil da *Internet*, em seus arts. 22 e 23 dispõem que a parte interessada poderá, com o propósito de formar conjunto probatório em processo judicial cível ou penal, em caráter incidental ou autônomo, requerer ao juiz que ordene ao responsável pela guarda o fornecimento de registros de conexão ou de registros de acesso a aplicações de *internet* destacando, ainda que, sem prejuízo dos demais requisitos legais, o requerimento deverá conter, sob pena de inadmissibilidade os fundados indícios da ocorrência do ilícito, a justificativa motivada da utilidade dos registros solicitados para fins de investigação ou instrução probatória e o período ao qual se referem os registros.

Sobre a atuação estatal a respeito do requerimento formulado pela parte interessada, o art. 23 da referida norma dispõe que cabe ao juiz tomar as providências necessárias à garantia do sigilo das informações recebidas e à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem do usuário, podendo determinar segredo de justiça, inclusive quanto aos pedidos de guarda de registro.

Sobre o Marco Civil da *Internet*, a disposição mais próxima da ferramenta do *dataveillance* consiste naquela prevista no art. 13 e seguintes da referida lei, relativa a guarda de registros de conexão.

O art. 13, *caput*, disciplina que na provisão de conexão à *internet*, cabe ao administrador de sistema autônomo respectivo o dever de manter os registros de conexão, sob sigilo, em ambiente controlado e de segurança, pelo prazo de 1 (um) ano, nos termos do regulamento.

Já os § 1º e 2º, dispõem que a responsabilidade pela manutenção dos registros de conexão não poderá ser transferida a terceiros e que a autoridade policial ou administrativa ou o Ministério Público poderá requerer cautelarmente que os registros de conexão sejam guardados por prazo superior ao previsto no *caput*.

O § 3º, por sua vez, disciplina que na hipótese do § 2º, a autoridade requerente terá o prazo de 60 (sessenta) dias, contados a partir do requerimento, para ingressar com o pedido de autorização judicial de acesso aos registros previstos no *caput*.

Dando sequência, o § 4º disciplina que o provedor responsável pela guarda dos registros deverá manter sigilo em relação ao requerimento previsto no § 2º, que perderá sua eficácia caso o pedido de autorização judicial seja indeferido ou não tenha sido protocolado no prazo previsto no § 3º.

Diante dessa constatação, o § 5º dispõe que, em qualquer hipótese, a disponibilização ao requerente dos registros de que trata este artigo deverá ser precedida de autorização judicial.

Na aplicação de sanções pelo descumprimento ao disposto no referido artigo de acordo com o § 6º, do art. 13 da do Marco Civil da *Internet*, serão considerados a natureza e a gravidade da infração, os danos dela resultantes, eventual vantagem auferida pelo infrator, as circunstâncias agravantes, os antecedentes do infrator e a reincidência.

Na subseção II, da lei, ao tratar sobre a guarda de registros de acesso a aplicações de internet na provisão de conexão, dispõe, através do art. 14, que na provisão de conexão, onerosa ou gratuita, é vedado guardar os registros de acesso a aplicações de internet.

Já a subseção III, ao abordar a guarda de registros de acesso a aplicações de internet na provisão de aplicações, o art. 15 disciplina que o provedor de aplicações de internet constituído na forma de pessoa jurídica e que exerça essa atividade de forma organizada, profissionalmente e com fins econômicos deverá manter os respectivos registros de acesso a aplicações de *internet*, sob sigilo, em ambiente controlado e de segurança, pelo prazo de 6 (seis) meses, nos termos do regulamento.

O § 1º, do art. 15, disciplina que a ordem judicial poderá obrigar, por tempo certo, os provedores de aplicações de internet que não estão sujeitos ao disposto no *caput* a guardarem registros de acesso a aplicações de internet, desde que se trate de registros relativos a fatos específicos em período determinado.

Já o § 2º, do referido dispositivo, a autoridade policial ou administrativa e o Ministério Público poderão requerer cautelarmente a qualquer provedor de aplicações de

internet que os registros de acesso a aplicações de internet sejam guardados, inclusive por prazo superior ao previsto no *caput*, observado o disposto nos §§ 3º e 4º do art. 13.

Em qualquer hipótese, de acordo com o § 3º, a disponibilização ao requerente dos registros de que trata este artigo deverá ser precedida de autorização judicial, conforme disposto nas demais disposições do capítulo.

Na aplicação de sanções pelo descumprimento ao disposto neste artigo, nos moldes do que dispõe o § 4º, serão considerados a natureza e a gravidade da infração, os danos dela resultantes, eventual vantagem auferida pelo infrator, as circunstâncias agravantes, os antecedentes do infrator e a reincidência.

Na provisão de aplicações de *internet*, conforme prevê o art. 16, do Marco Civil da Internet, seja onerosa, seja gratuita, é vedada a guarda dos registros de acesso a outras aplicações de internet sem que o titular dos dados tenha consentido previamente, respeitado o disposto no art. 7º, ou, ainda, de dados pessoais que sejam excessivos em relação à finalidade para a qual foi dado consentimento pelo seu titular.

Encerrando a análise do Marco Civil da *Internet*, naquilo que interessa para a pesquisa, o art. 17 dispõe que ressalvadas as hipóteses previstas na Lei, a opção por não guardar os registros de acesso a aplicações de *internet* não implica responsabilidade sobre danos decorrentes do uso desses serviços por terceiros.

A proteção de dados tem relevo não apenas com a edição da referida norma, como também em outros Países. Na Europa, foi editado o *General Data Protection Regulation* (GDPR) (EUROPA, 2018), o qual passou a ser obrigatório em 25 de maio de 2018 e aplicável a todos os Países da União Europeia (UE). Já em solo norte-americano, foi editado o *California Consumer Privacy Act of 2018* (CCPA), aprovado em 28 de junho de 2018 (AB 375) (EUA, 2018).

O contexto no qual o projeto de lei sobre a proteção de dados foi aprovado pelo Poder Legislativo brasileiro foi decisivo para a respectiva tramitação célere.

Como se não bastasse a aglutinação de outras propostas que há muito tempo vinham tramitando paralelamente sobre o tema (cuja atualidade é discutível), escândalos mundialmente famosos envolvendo a segurança de dados como o ocorrido na mídia social



*Facebook (BURT, 2019)*<sup>111</sup> também trouxeram visibilidade para o assunto.

Diante das novidades legislativas resumidamente colocadas e presentes em todo o mundo, principalmente no que diz respeito ao combate à corrupção e a proteção de dados, o presente capítulo tem por objetivo, a partir do estudo da proteção de dados na União Europeia e nos Estados Unidos, possibilitar não apenas a análise quanto a técnica do *dataveillance* como também, e principalmente, o contexto no qual está inserida a proteção de dados, mais especificamente a de metadados, no Brasil.

## 2.2 Proteção de dados no Exterior

Em relação aos marcos territoriais de comparação, foram escolhidas as realidades existentes na União Europeia e nos Estados Unidos da América.

### 2.2.1 União Europeia

Não é de hoje que o respeito pela vida privada dos indivíduos, bem como a proteção dos respectivos dados pessoais são considerados como direitos fundamentais estruturantes da dinâmica social cada vez mais cercada de mecanismos e dispositivos tecnológicos.

Nesse sentido, o presente tópico esmiuçará as legislações existentes sobre o tema tomando por base as fichas técnicas sobre a União Europeia elaboradas pelo Parlamento Europeu referentes ao ano de 2020<sup>112</sup>.

Diante desse cenário, o Parlamento Europeu busca o equilíbrio, por mais complexo e, até mesmo que possa parecer em um primeiro olhar, entre a melhoria da segurança e a preservação dos direitos humanos, incluindo a privacidade e proteção de dados.

Em maio de 2018 entraram em vigor novas regras da União Europeia em matéria de proteção de dados as quais, de acordo com a doutrina, reforçam os direitos dos cidadãos e, ao mesmo tempo, simplificam as regras para as empresas na era digital.

---

<sup>111</sup> Sobre o tema, Andrew Burt descreve o episódio da seguinte forma “News of Facebook’s exposure of tens of millions of user accounts to data firm Cambridge Analytica broke in March — a scandal that was only compounded by recent news that the tech giant shared even more private data through hidden agreements with other companies”.

<sup>112</sup> Disponível em: Fichas técnicas sobre a União Europeia – 2020. Acesso em: 11.mar.2020.

Nesse sentido, a análise do histórico legislativo da União Europeia sobre o tema é fundamental para compreender, exatamente, não apenas o que existe atualmente no tocante à proteção de dados e direito penal, mas também, e essencialmente, as perspectivas geradas por essa relação, em especial, no desenvolver da quinta velocidade do Direito Penal.

Historicamente, antes da entrada em vigor do Tratado de Lisboa, a proteção de dados nas esferas de liberdade e justiça previstas na legislação (ELSJ), estava presente em dois, dos três pilares gerais. O primeiro deles consistia na proteção de dados com intuito privado e comercial, merecendo destaque a utilização do método comunitário.

O segundo pilar que previa a proteção de dados na esfera de liberdade dizia respeito, consistente no terceiro pilar geral da lei, dizia respeito à proteção de dados objetivando o domínio da aplicação da lei, mais especificamente, ao nível intergovernamental.

Referida estrutura, caracterizada por pilares, desapareceu com o Tratado de Lisboa, mecanismo internacional que fornece, na visão da doutrina, uma visão mais estável, representada por uma base sólida, visando o desenvolvimento de um sistema de proteção de dados cada vez mais eficaz, prevendo simultaneamente novas prerrogativas para o Parlamento.

No tocante ao espaço destinado à proteção da liberdade, segurança e justiça, para além dos programas desenvolvidos a partir de Tampere, ocorrido no mês de outubro de 1999, e de Haia, ocorrido em novembro de 2004, o Conselho Europeu aprovou, em dezembro de 2009, o programa plurianual no ELSJ para o ciclo 2010-2014, programa esse que é popularmente conhecido como Programa de Estocolmo.

De acordo com as fichas técnicas emitidas pelo Parlamento Europeu, o “Conselho Europeu definiu as orientações estratégicas para o planeamento legislativo e operacional para os próximos anos no quadro do ELSJ, em conformidade com o artigo 68.º do TFUE”.

Sobre os referidos objetivos, um dos principais consiste no aprimoramento da proteção dos dados pessoais no âmbito da União Europeia, partindo-se de uma visão conectada do bloco como um todo.

Sobre os instrumentos legislativos em matéria de proteção de dados, oportuno destacar a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia que, nos artigos 7.º e 8.º reconhecem expressamente o respeito pela vida privada bem como a proteção dos dados pessoais não apenas como diretrizes, mas sim, e principalmente, como direitos fundamentais estreitamente relacionados, em que pese, logicamente, o caráter único de cada um, o que não

permite qualquer confusão em termos de significado.

Sobre a proteção de dados na Europa, em 1981, foi editada a Convenção 108 do Conselho da Europa (EUROPA, 1981) objetivando a proteção das pessoas singulares, especificamente, no que tange ao tratamento automatizado de dados pessoais, ou seja, dados manuseados por máquinas ao invés de humanos.

Referida Convenção, datada de 28 de janeiro de 1981, foi, na visão dos especialistas, não o primeiro instrumento internacional em si, mas sim aquele que possuiu pela primeira vez caráter jurídico vinculante no âmbito da proteção de dados.

A respeito da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH) e sua correlação com a privacidade, o artigo 8.º da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, de 4 de novembro de 1950 (EUROPA, 1950), ao dispor que “todas as pessoas têm direito ao respeito pela sua vida privada e familiar, pelo seu domicílio e pela sua correspondência”, consagra o direito ao respeito pela vida privada e familiar.

Feito um breve retrospecto sobre a importância do direito à privacidade na legislação aplicável à União Europeia é possível iniciar a análise a respeito dos atuais ordenamentos.

Inicialmente, no que concerne especificamente sobre a “proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados”, o Regulamento (UE) nº 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, produzido em 27 de abril de 2016 (EUROPA, 2016), revogou a então vigente Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados), tendo entrado em vigor no mês de maio de 2018 (EUROPA, 2018).

As regras recém implementadas, cumpre destacar, são destinadas a todos os cidadãos da União Europeia e possuem como objetivo evitar/reprender violações da privacidade e dos dados em uma sociedade, assim como visto a partir da obra de Silva Sánchez, cada vez mais baseada em dados.

Uma observação que deve ser feita é no sentido de que o Regulamento (UE) nº 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho focou, sobretudo, na proteção de dados vocacionada às relações cívicas, consumeristas e empresariais, deixando de lado aspectos importantes como a possibilidade, limites e execução de metadados no âmbito de investigações criminais.

Retomando à descrição legislativa, os direitos dos cidadãos, dentro de uma perspectiva privada de proteção de dados, incluem o consentimento claro e positivo do

tratamento dos seus dados bem como o direito de receber informações claras e compreensíveis sobre o mesmo; o direito a ser esquecido<sup>113</sup>; o direito a transferir os dados para outro prestador de serviços (por exemplo, a mudança de uma rede social para outra); e o direito de saber se os seus dados foram pirateados.

Questão interessante que deve ser destacada, tendo correlação com a análise mais à frente das velocidades do Direito Penal, diz respeito ao fato de que referidas regras são aplicadas às empresas que operam suas atividades no âmbito territorial da União Europeia, independentemente da localização de sua sede.

Nesse contexto, uma empresa de apostas *online* com operação de mercado na França e sede no Brasil, por exemplo, encontra-se tão sujeita às regras previstas no Regulamento (UE) nº 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho como outra que tenha tanto a sede como respectiva operação empresarial virtual na França.

Como se não bastasse referida característica afeta à extraterritorialidade e vários desdobramentos possíveis e que não são o objeto em si do presente estudo, a nova diretriz trouxe a possibilidade de impor medidas corretivas — tais como advertências e ordens — às empresas que violem as regras.

Ainda na retrospectiva histórica da legislação de proteção de dados no âmbito da União Europeia cumpre destacar a Diretiva (UE) 2016/680 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016 (EUROPA, 2016).

A Diretiva diz respeito à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais pelas autoridades competentes “para efeitos de prevenção, investigação, detecção ou repressão de crimes ou execução de sanções penais e à livre circulação desses dados”, tendo sido revogada a Decisão-Quadro 2008/977/JAI do Conselho, entrando em vigor em maio de 2018 (EUROPA, 2018).

Além da disposição expressa sobre aspectos criminais envolvendo a proteção de dados, a diretiva protege o direito fundamental dos cidadãos à proteção desses dados quando forem utilizados pelas autoridades responsáveis pela aplicação da lei.

Ou seja, a Diretiva garante que os dados pessoais de vítimas, testemunhas e suspeitos de crimes sejam devidamente protegidos, facilitando, ao menos no plano normativo, a

---

<sup>113</sup> Referido paradigma permite que um cidadão possa solicitar que os seus dados sejam suprimidos de bancos de dados das empresas com as quais não mantém vínculos, por exemplo.

cooperação transfronteiriça na luta contra a criminalidade e o terrorismo.

No tocante à privacidade e às comunicações eletrônicas, a Diretiva 2002/58/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de julho de 2002 (EUROPA, 2002), especifica sobre o tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no setor das comunicações eletrônicas (diretiva relativa à privacidade e às comunicações eletrônicas) foi alterada pela Diretiva 2009/136 de 25 de novembro de 2009 (EUROPA, 2009).

Cumprir destacar, entretanto, que a nova proposta de regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo ao respeito pela vida privada e à proteção dos dados pessoais nas comunicações eletrônicas, um dos pontos centrais da presente tese e que, facilmente, está igualmente relacionado ao tratamento penal dado à proteção de dados na seara processual penal, e que revoga a Diretiva 2002/58/CE (Regulamento relativo à privacidade e às comunicações eletrônicas) foi assinada em 2002 (EUROPA, 2002) pelo Parlamento Europeu gerando, ao longo dos anos, estudos a respeito de seus efeitos.

No âmbito dos organismos e órgãos da União Europeia relativo ao tratamento de dados pessoais, o Regulamento (UE) n.º 2018/1725 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de outubro de 2018 (EUROPA, 2018), relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais pelas instituições e pelos órgãos e organismos da União e à livre circulação desses dados, e que revoga o Regulamento (CE) n.º 45/2001 e a Decisão n.º 1247/2002/CE, entrou em vigor em 11 de dezembro de 2018 (EUROPA, 2018).

Além de destacar as diretrizes e legislações previstas no âmbito da União Europeia sobre a proteção de dados, cumpre o destaque para os dispositivos legais existentes nos atos legislativos setoriais

Para além dos principais atos legislativos em matéria de proteção de dados acima referidos, as disposições específicas em matéria de proteção de dados também estão estabelecidas em atos legislativos setoriais como o art. 13.º que trata sobre a proteção dos dados pessoais da Diretiva (UE) 2016/681 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016 (EUROPA, 2016), relativa à utilização dos dados dos registos de identificação dos passageiros (PNR) para efeitos de prevenção, deteção, investigação e repressão das infrações terroristas e da criminalidade grave.

No âmbito da proteção de dados na seara penal/processual penal há, no âmbito da União Europeia, o capítulo VI, o qual dispõe sobre salvaguardas em matéria de proteção de dados, do Regulamento (UE) n.º 2016/794, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de

maio de 2016 (EUROPA, 2016).

Além da referida disposição, o texto normativo ora analisado criou a Agência da União Europeia para a Cooperação Policial (Europol). Dentre outros aspectos, o capítulo VI, o qual dispõe sobre proteção de dados, do Regulamento (UE) 2017/1939 do Conselho, de 12 de outubro de 2017 (EUROPA, 2017), surgiu como importante mecanismo de execução, bem como possibilitou, ainda que em linhas iniciais, ao menos a perspectiva de uma cooperação reforçada para a instituição da Procuradoria Europeia.

No tocante às principais disposições internacionais da UE em matéria de transferência de dados, importante destacar que, no que tange aos dados comerciais, nos termos do artigo 45.º do RGPD, a Comissão tem o poder de determinar se um país estrangeiro aos quadros da União Europeia oferece um nível adequado de proteção de dados.

O nível de proteção de dados é visto sob duas perspectivas: 1) legislação interna ou 2) nos compromissos internacionais que assumiu.

O Parlamento, nesse sentido, aprovou várias resoluções que suscitam preocupações quanto aos fluxos de dados transatlânticos, sendo considerados como os principais, os seguintes: 1) Acordo-quadro UE-EUA; 2) Acordos entre a UE e os EUA, a Austrália e o Canadá sobre os registos de identificação dos passageiros (PNR); 3) Programa UE-EUA de Detecção do Financiamento do Terrorismo.

Em relação ao Acordo-quadro UE-EUA, o Parlamento Europeu participou na aprovação do acordo entre os Estados Unidos da América e a União Europeia sobre a proteção de dados pessoais relacionados com a prevenção, investigação, deteção e repressão de infrações penais, também conhecido como acordo global.

O objetivo deste acordo consiste em assegurar um elevado nível de proteção das informações pessoais transferidas no quadro da cooperação transatlântica no domínio da aplicação da lei, em especial, no combate ao terrorismo e à criminalidade organizada.

No tocante aos acordos entre a União Europeia e os Estados Unidos da América, a Austrália e o Canadá sobre os registos de identificação dos passageiros (PNR), tratam-se de acordos bilaterais sobre os registos de identificação dos passageiros (PNR) com os EUA, a Austrália e o Canadá.

Os referidos dados incluem as informações fornecidas pelos passageiros no momento da reserva dos voos e os dados recolhidos pelas transportadoras aéreas para os seus próprios

fins comerciais. Os dados PNR podem ser utilizados pelas autoridades responsáveis pela aplicação da lei para combater a criminalidade grave e o terrorismo.

A partir da lógica inerente aos acordos celebrados entre União Europeia e os Estados Unidos da América, a Austrália e o Canadá sobre os registos de identificação dos passageiros (PNR) é possível igualmente concluir que, em tese, é possível que os dados PNR evitem não apenas a criminalidade grave e o terrorismo em curso mas, e principalmente, os atos preparatórios de tais crimes, evitando-se resultados danosos nos países signatários, o que serve de exemplo prático da quinta ( e nova) velocidade do Direito Penal.

Dando continuidade aos acordos internacionais no que diz respeito aos fluxos de dados transatlânticos, o Programa UE-EUA de Detecção do Financiamento do Terrorismo, consistente em um acordo bilateral com os EUA sobre o tratamento e transferência de dados relativos a mensagens de pagamentos da UE para os EUA para efeitos do Programa de Detecção do Financiamento do Terrorismo serve igualmente como exemplo da quinta velocidade do Direito Penal.

Além de compreender os principais acordos internacionais sobre a proteção de dados, o estudo sobre a quinta velocidade do Direito Penal perpassa pela análise das Autoridades de controle da proteção de dados da União Europeia.

A Autoridade Europeia para a Proteção de Dados (AEPD) é uma entidade supervisora independente que assegura que as instituições e órgãos da União Europeia respeitem as suas obrigações no que respeita à proteção de dados. Os deveres principais da AEPD são a supervisão, a consulta e a cooperação.

Já o Comité Europeu para a Proteção de Dados (CEPD), anteriormente chamado de Grupo de Trabalho é equiparado a um organismo da União Europeia dotado de personalidade jurídica e possui um secretariado independente.

O CEPD é responsável pela reunião das autoridades de controle nacionais da União Europeia, a AEPD e a Comissão. No que tange às prerrogativas, o CEPD dispõe de vastos poderes para decidir os litígios entre as autoridades de controle nacionais e prestar aconselhamento e orientação sobre os principais conceitos do RGPD e a Diretiva sobre a proteção de dados na aplicação da lei, servindo como um dos principais intérpretes da legislação europeia sobre proteção de dados.

Compreendido o organograma Europeu quanto a proteção de dados, outro ponto que

merece atenção para o desenvolvimento da tese é o papel desempenhado pelo Poder Legislativo Europeu, representado pela figura do Parlamento.

O Parlamento Europeu desempenhou um papel fundamental na elaboração da legislação da União Europeia na área de proteção de dados pessoais, tornando a proteção da privacidade uma prioridade política.

Além disso, o Parlamento tem buscado a reforma da proteção de dados em pé de igualdade com o Conselho. Quer através do processo de aprovação ou de relatórios de iniciativa, o Parlamento Europeu tomou medidas para fazer ouvir a sua voz nos debates que dizem respeito à proteção de dados. Sobre o papel proativo do Parlamento e sua importância na implementação da lógica legislativa inerente ao tema, antes da votação do Acordo UE-Canadá sobre os dados PNR, aquele órgão decidiu solicitar um parecer ao Tribunal de Justiça — nos termos do artigo 218.º, n.º 1, do TFUE — numa resolução de 25 de novembro de 2014 (EU, 2014).

No referido parecer, emitido em 26 de julho de 2017, o Tribunal considerou que o acordo PNR não podia ser concluído na sua forma existente, uma vez que várias das suas disposições eram incompatíveis com o direito fundamental à proteção dos dados pessoais.

Nesse sentido, e após as devidas alterações de índole qualitativa, assegurando que as regras da União Europeia em matéria de proteção de dados fossem corretamente aplicadas, o mais provável é que o Parlamento irá passar a centrar-se no acompanhamento da aplicação da legislação, papel igualmente importante para fins de conformação das regras à realidade que, cada vez mais, é atualizada.

### 2.2.2 Estados Unidos da América

No âmbito dos Estados Unidos da América existe uma série de leis que envolvem, de um lado, a segurança e, de outro, a privacidade de dados e informações.

A Lei de Proteção à Privacidade do Motorista (*Driver's Privacy Protection Act* (DPPA)<sup>114</sup>) foi aprovada em 1994 e introduzida pelo deputado democrata Jim Moran, da Virgínia, em 1992, após um aumento de alguns opositores ao aborto usando bancos de dados

---

<sup>114</sup> EUA. *Driver's Privacy Protection Act*. Disponível em: <https://dmv.ny.gov/forms/mv15dppa.pdf>. Acesso em: 17.mar.2020.



públicos de carteiras de habilitação para rastrear e assediar prestadores e pacientes de aborto. Entre esses casos, destacou-se a médica Susan Wicklund, que enfrentou protestos e assédio, incluindo sua casa, por um mês (MILLER, 1992). A lei está atualmente codificada no capítulo 123, do título 18 do Código dos Estados Unidos.

Além disso, a DPPA define uma série de regras e cuidados que departamentos estaduais de veículos a motor devem ter ao lidar com informações pessoais, como nome e telefone.

Já a Lei de Proteção à Privacidade Online das Crianças (COPPA)<sup>115</sup>, que entrou em vigor a partir do dia em 21 de abril de 2000, aplica-se à coleta on-line de informações pessoais por pessoas ou entidades sob jurisdição dos Estados Unidos da América (EUA) sobre crianças menores de 13 anos de idade, incluindo-se no âmbito de proteção aquelas que vivam fora dos EUA, desde que a empresa esteja sediada nos EUA. (FTC, 2019).

A COPPA detalha ainda o que um operador de site deve incluir em uma política de privacidade, quando e como buscar consentimento verificável de um dos pais ou responsável e quais responsabilidades um operador tem para proteger a privacidade e a segurança das crianças on-line, incluindo restrições à comercialização de menores de 13 anos.

Dando continuidade à análise da proteção de dados nos Estados Unidos, o Fair Credit Reporting Act (FCRA)<sup>116</sup> diz respeito a proteção de dados coletados por agências de informações ao consumidor, como empresas de informações médicas e agências de crédito. Por exemplo, ela define cuidados especiais ao lidar com informações confidenciais de terceiros.

---

<sup>115</sup> EUA. Children's Online Privacy Protection Act (COPPA). Disponível em: <https://www.ftc.gov/enforcement/rules/rulemaking-regulatory-reform-proceedings/childrens-online-privacy-protection-rule>. Acesso em: 17.mar.2020.

<sup>116</sup> EUA. Fair Credit Reporting Act (FCRA). Disponível em: [https://www.ffiec.gov/exam/InfoBase/documents/02-con-fair\\_credit\\_reporting\\_act-000799.pdf](https://www.ffiec.gov/exam/InfoBase/documents/02-con-fair_credit_reporting_act-000799.pdf). Acesso em: 17.mar.2020.

As chamadas *Telemarketing Sales Rules (TSR)*<sup>117</sup> estabelecem normas e restrições de telemarketing, envolvendo principalmente a questão da privacidade proibindo, por exemplo, as chamadas para quem já se manifestou no sentido de não querer receber mais ligações, bem como estabelecendo limite de horário para as chamadas.

O *Controlling the Assault of Non-Solicited Pornography and Marketing Act (CAN-SPAM)*<sup>118</sup> impõe regras para empresas que enviam e-mails comerciais não solicitados. Um dos principais pontos desta regulamentação diz respeito ao destinatário das mensagens. O referido diploma permite ao destinatário optar por não receber mensagens.

A Lei de Portabilidade e Responsabilidade do Seguro de Saúde de 1996<sup>119</sup> (HIPAA ou Lei Kennedy-Kassebaum) foi promulgada pelo 104º Congresso dos Estados Unidos<sup>120</sup> e assinada pelo Presidente Bill Clinton em 1996.

A diretiva acima foi criada principalmente para modernizar o fluxo de informações sobre assistência médica, estipular como as Informações Pessoais Identificáveis mantidas pelos setores de assistência médica e de saúde devem ser protegidas contra fraude e roubo, bem como abordar limitações na cobertura de seguro de saúde (ATCHINSON, 1997).

A referida lei exige ainda que informações de pacientes sejam protegidas, garantindo a privacidade e a segurança de dados pessoais das referidas pessoas.

---

<sup>117</sup> EUA. *Telemarketing Sales Rules (TSR)*. Disponível em :<https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/reports/federal-trade-commission-report-congress/dnciareportappenda.pdf>. Acesso em: 17.mar.2020.

<sup>118</sup> EUA. *Controlling the Assault of Non-Solicited Pornography and Marketing Act (CAN-SPAM)* Disponível em: <https://www.federalregister.gov/documents/2019/04/04/2019-06562/controlling-the-assault-of-non-solicited-pornography-and-marketing-rule>. Acesso em: 17.mar.2020.

<sup>119</sup> Tradução livre feita do termo Health Insurance Portability and Accountability Act (HIPAA).

<sup>120</sup> 104th Congress, 1st Session, S.1028" (PDF).

A lei que dispõe sobre Direitos e Privacidade da Educação Familiar – FERPA (*Family Educational Rights and Privacy*), de 1974, foi responsável por garantir a proteção das informações de estudantes. Referida legislação proíbe, por exemplo, a divulgação de dados pessoais e de registros estudantis sem a permissão ou o consentimento do aluno ou responsável (MENDELSON, 2012).

Além da legislação federal norte-americana, leis estaduais de proteção de dados ganham destaque. No âmbito estadual norte-americano há exigências relacionadas à coleta e ao uso de diversos tipos de dados e informações.

Em muitos casos, em que pese ser possível afirmar que as regulamentações dos estados são prolongamentos ou complementos das leis federais, há pontos e, respectivas diferenças, em relação a legislação de alguns estados gerando, não apenas ponderações peculiares mas, também, geram graus diferentes de rigidez.

No âmbito estadual, em que pese todos os 50 estados norte-americanos possuírem leis de notificação de violação de dados, há diferenças entre elas, em especial (o que acaba sendo preocupante), no que diz respeito a definição do que é considerado como uma violação de dados e o que são considerados dados pessoais e confidenciais.

Nesse panorama, alguns estados como Califórnia, Nova York, Massachusetts e Minnesota, são conhecidos por terem leis mais rígidas de privacidade e proteção de dados, garantindo mais direitos para os seus residentes.

Com o intuito de, ao mesmo trazer o panorama completo do que ocorre atualmente nos estados norte-americanos, bem como a preocupação de alguns estados com os direitos e a privacidade de seus residentes, serão esmiuçadas duas leis estaduais que entram em vigor no ano de 2020, a saber: o *California Consumer Privacy Act (CCPA)* e o *New York Stop Hacks and Improve Electronic Data Security Act (NY SHIELD)*.

O estado da Califórnia, em relação à privacidade e proteção de dados, é uma referência não só para os Estados Unidos como para o mundo. O Estado promulgou a CCPA, que entrou em vigor em janeiro de 2020. A diretiva afeta um grupo de empresas, criando novos direitos do consumidor, que passam a ter mais controle sobre as suas próprias informações.

Já o *New York Stop Hacks and Improve Electronic Data Security Act (NY SHIELD)* que igualmente entrou em vigor no ano de 2020 (EUA, 2020), de modo semelhante à CCPA, nada mais é do que algo que expande a lei de notificação de violação de dados existente no estado de Nova York, exigindo de determinadas empresas tenham maior transparência e adotem medidas de precaução ao lidar com dados pessoais.

Analisado o panorama legislativo tanto no âmbito federal como estadual, oportuno destacar o rol de autoridades responsáveis pela proteção e privacidade de dados nos EUA. Lá, ao contrário do que se pretende implementar no Brasil, não há uma autoridade central de proteção de dados nos EUA. Em âmbito federal, a autoridade federal responsável por resolver questões de proteção e segurança de dados, apesar de ter jurisdição limitada, chama-se *Federal Trade Commission (FTC)*.

As metas da FTC consistem em proteger as informações pessoais dos consumidores e garantir que os consumidores tenham confiança para tirar proveito dos muitos benefícios dos produtos oferecidos no mercado.

Além da FTC, existem no solo norte-americano outras agências e autoridades importantes que regulam a proteção e a privacidade de dados. Cumpre destacar que a coexistência dessas agências não permite concluir que todas atuem no mesmo ramo dentro do gênero proteção de dados.

Nesse sentido, e como exemplo, podem ser citadas a *Federal Communications Commission (FCC)*, o *Department of Health and Human Services (HHS)*, o *Consumer Financial Protection Bureau (CFPB)* e a *Securities and Exchange Commission (SEC)*.

Sobre o cenário norte-americano, além das agências, os procuradores desempenham, no âmbito dos estados, papel fundamental no tocante à aplicação das leis de proteção de dados.

Compreendido o cenário de proteção de dados em outros países, oportuno destacar, dentro dos mecanismos de proteção de dados e metadados, o conceito de *dataveillance*.

### **2.3 Mecanismos de proteção de metadados e o conceito de *dataveillance***

O capítulo que ora se inicia foi baseado nas reflexões publicadas, em forma de artigo, na Revista da Escola Superior da Magistratura Tocantinense (QUINTIERE, 2019).

No estudo da vigilância propriamente dita, palavra intimamente ligada à proteção de dados e ao fenômeno da *dataveillance*, as análises de Jeremy Bentham (1843) e Michel Foucault (1999)<sup>121</sup> serviram de modelo inicial, entretanto, insuficiente para a atual conjuntura.

O *surveillance* e sua relação com a sociedade, em especial, diante de sua utilização como instrumento de controle<sup>122</sup> biopolítico tem ganhado ênfase quando o assunto é sistema penal e as tecnologias dispostas nas práticas de segurança.

A partir dessa constatação, Augusto Jobim do Amaral e Felipe da Veiga Dias concluem que “o modelo de controle atual baseado em “riscos e algoritmos emprega o *surveillance* (e suas “novas” tecnologias) em uma atuação securitária seletiva, adotando o discurso “científico/tecnológico” como escusa para manutenção discriminatória de uma biopolítica da atuação penal voltada para morte de sujeitos e grupos sociais específicos” (JOBIM, VEIGA, 2019, p.1).

O surgimento de novas tecnologias e as consequências quanto ao armazenamento e ao processamento de dados serviu de mola propulsora para o aumento exponencial de estudos tanto sobre metadados como sobre a *surveillance*. Nessa perspectiva, será apresentado, até para os um dos fins da tese que é o de servir como banco de dados para os interessados no tema, as publicações realizadas por todo o mundo compreendendo as várias perspectivas do *surveillance* entre os anos de 1992 a 2016.

A primeira fonte analisada, a publicação *Crime, Law and Social Change*, de 1992, teve por objetivo levantar questões e teorias sobre o policiamento secreto. Nessa perspectiva, foram trabalhados temas como dilemas no controle do policiamento disfarçado desde à moral à prática (J. WACHTEL, 1992), questões relativas ao agente infiltrado (G. T. MARX, 1992), os efeitos das tecnologias eletrônicas nas sociedades de segurança máxima (D. LYON, 1992), as mudanças envolvendo o interrogatório policial na América (R.A Leo, 1992), os aspectos obscuros envolvendo operações encobertas a partir de estudos criminológicos de J. Edgar Hoover (G. GEIS; C. GOFF, 1992), os aspectos invisíveis do controle social (M. DEFLEM,

---

<sup>121</sup> Como bem apontado por (NETO, MORAIS e BEZERRA, 2017), “diversos aspectos da *surveillance* não foram capturados nem por Foucault, especialmente no que diz respeito à constante análise dos dados dos indivíduos e a falta de transparência sobre como essas informações são processadas”.

<sup>122</sup> Sobre o tema, Deleuze (1992) destaca que “Controle” é o nome que Burroughs propõe para designar o novo monstro, e que Foucault reconhece como nosso futuro próximo. Paul Virillo também analisa sem parar as formas ultra rápidas de controle ao ar livre, que substituem as antigas disciplinas que operavam na duração de um sistema fechado”.

1992), os aspectos controversos, no Canadá, a respeito do agente infiltrado (J-P. BRODEUR, 1992) e as operações secretas de inteligência do IRS (A. A. BLOCK, 1992).

A segunda publicação, consistente no volume n. 68, da Revista *Social Research*, proveniente da *John Hopkins University*, ocorrida em 2001, trouxe temas importantes não apenas para o estudo do *dataveillance* como para os direitos fundamentais envolvidos.

Nesse sentido, podem ser destacados questões envolvendo a sexualidade e privacidade na era digital (YEAZELL, 2001), documentários sobre privacidade (WISEMAN, 2001), a construção legal da privacidade (SCHAUER, 2001), a liberdade de expressão e a construção social da privacidade (SCHAUER, 2001), os segredos das vendas a partir da pesquisa social (SCARF, 2001), privacidade na antiguidade (RYKWERT, 2001), os propósitos da privacidade (ROSEN, 2001), as complexidades da privacidade e o eu existencial (MENAND, 2001), complexidades envolvendo a privacidade (NESSON, 2001), a (im) possibilidade de efetivação da privacidade (MCGOVERN, 2001; MARGALIT, 2001) no século XXI (BERMAN; BRUENING, 2001), sua correlação com regimes totalitários (LUBONJA, 2001), os desafios do mundo contemporâneo a luz da vigilância (KATEB, 2001), a linguagem da privacidade (HOLLANDER, 2001), a privacidade na Constituição dos Estados Unidos (GARROW, 2001), a necessidade (ou não) da privacidade (ALLEN, 2001) na nova era (COHEN, 2001) e as esferas do indivíduo, entre esfera pública e privada (BROMWICH, 2001).

Dando sequência, a revista *The Sociological Quarterly*, de 2002, da *Midwest Sociological Society*, foi fruto de interessantes trabalhos envolvendo comentários e reflexões a respeito da tecnologia, vigilância e gênero, com destaque para questões envolvendo o *surveillance*, a sociedade e o papel do indivíduo (WILLIS; SILBEY, 2002) e a correlação entre tecnologia e gênero (MARX, 2002).

Anos depois, em 2003, foi publicado o *Journal of Contingencies and Crisis Management*, periódico multidisciplinar que abrange todos os aspectos teóricos e práticos relacionados ao gerenciamento de crises, sendo a principal revista sobre o tema. No referido exemplar, podem ser destacados os contornos da privacidade na Sociedade da Informação (VAN HARTEN; VAN EST, 2003), a problemática envolvendo a privacidade após o atentado de 11 de setembro de 2001 (STEINHARDT, 2003), o uso comercial dos dados pessoais por pessoas jurídicas e suas respectivas complexidades (REGAN, 2003), a relação desonesta entre a utilização do *surveillance* e a justificativa da segurança (PEISSEL, 2003) e algumas falácias da era da informação (MARX, 2003).

Ainda sobre o ano de 2003, o *Journal of Social Issues*, periódico acadêmico trimestral publicado por Wiley-Blackwell em nome da Sociedade para o Estudo Psicológico de Questões Sociais, trouxe importantes reflexões sobre as dimensões sociais da privacidade (WESTIN, 2003), os procedimentos de seleção de pessoal e possíveis invasões à privacidade (ROMERO; STONE, 2003), reflexões sobre se os dados transfronteiriços consistiriam em portos seguros ou fronteiras livres de acesso (REGAN, 2003), reflexões sobre a nova vigilância e as possibilidades de resistência (MARX, 2003), a privacidade como questão social e seu conceito comportamental (MAGUILIS, 2003), a contribuição das teorias da privacidade de Westin e Altman (MAGUILIS, 2003), os efeitos da utilização da tecnologia nas pesquisas de opinião pública (GANDY, 2003) e a dinâmica verbal e não-verbal da privacidade (DEPAULO, et all, 2003).

Na sequência, no periódico *Knowledge, Technology & Policy*, publicado em 2004, questões polêmicas como a invasão do corpo em prol da segurança nacional (WADE, 2004), o que, de fato, haveria de novo nas novas técnicas de vigilâncias (MARX, 2004), questões teóricas e políticas envolvendo a privacidade online (HINDUJA, 2004) e a mudança social relacionada a concepção de privacidade diante das mudanças sociais constantes (HILLYARD, et all, 2004) foram trazidas à tona.

Na sequência, em 2005, a revista *Social Text*, periódico cultural publicado pela Duke University Press, trouxe importantes contribuições sobre *surveillance*, em especial, sobre as correlações entre mitos envolvendo o trabalho de vigilância (MAXWELL, 2005), uma bem humorada<sup>123</sup> e profunda reflexão sobre o papel da mídia envolvendo casos de vigilância (SHAPIRO, 2005), a biometria como “technostalgia” do episódio de 9 de setembro de 2001 (GATES, 2005), vigilância no espaço social descolonizado a partir da análise do caso dos trabalhadores do sexo em Bengal (GHOSH, 2005), como resistir ao fenômeno da vigilância na era digital (GILLIOM, 2005), a correlação entre a cidadania global e os poderes locais a partir da vigilância exercida na Turquia (TOPAL, 2005), o contexto da identidade e poder em ambientes de computação (PHILLIPS, 2005) e interessante analogia feita entre o filme Kill Bill e o fenômeno da vigilância (PANG, 2005).

No ano de 2007, a revista *American Behavioral Scientist* publicou conjunto de obras interessantes a respeito do *surveillance* e suas relações com o fluxo migratório. Dentre os trabalhos publicados, importante destacar questões relativas ao tráfico de seres humanos, as

---

<sup>123</sup> O título do texto faz alusão à música “every breath you take”, da banda The Police.

campanhas de informação e estratégias de controle de migração associadas à tecnologia (NIEUWENHUYS et all, 2007), a simulação do controle do crime e as mudanças no policiamento à luz da tecnologia (LINT et all, 2007), a luta contra políticas de identificação de migração ilegal e as contra estratégias de imigrantes, (BROEDERS, et all, 2007) e os debates envolvendo vigilância na era da segurança e seu impacto nos Estados Unidos de 2005 (BAJC, 2007).

A revista *Contemporary Sociology*, fruto dos trabalhos da *American Sociology Association*, também publicada em 2007, teve por objetivo realizar estudos sobre o fenômeno da vigilância, podendo ser destacada a evolução trazida por E. Zureik (2007) sobre a evolução do tema, de metáforas à subjetividade na aplicação do tema, passando pela regulamentação, os reflexos que o atentado às torres gêmeas, nos Estados Unidos, trouxe para a vigilância (TORPEY, 2007), a procura por estudos envolvendo vigilância em virtude da maior importância dada ao tema (MARX, et all, 2007), perspectivas sociológicas à luz dos estudos envolvendo vigilância (LYON, 2007) e as relações entre a vigilância e os movimentos sociais (CUNNINGHAM, 2007).

Na revista *Knowledge, Technology & Policy*, publicada em 2007, foi possível observar discussões importantes sobre a possibilidade de se esconder em virtude do advento da vigilância através da tecnologia (WOOD, 2007), a estratificação social e suas implicações na própria ideia de privacidade (MARX, 2007), a cybersegurança e as autenticações como mecanismos aptos a se repensar a própria ideia de anonimato própria das redes (CREWS JR, 2007) e os aspectos internacionais da identificação por radiofrequência Tags: diferentes abordagens para fazer a ponte entre a divisão de tecnologia e privacidade (ERICKSON, 2007).

No periódico *Proceedings of the IEEE*, divulgado em 2008, além da tecnologia e vigilância, termos como algoritmos marcaram presença. Nesse sentido, destacam-se os trabalhos de C.Wu (2008) sobre Estimativa de pose humana em tempo real: um estudo de caso em projeto de algoritmo para redes de câmeras inteligentes, as câmeras inteligentes e o direito à privacidade (WIDEN, 2008), segurança e privacidade nas câmeras inteligentes (SERPANOS et all, 2008), a detecção, rastreamento e reconhecimento através das câmeras inteligentes (SANKARANARAYANAN, 2008), a interface de passagem de sinal e sua aplicação na implementação incorporada de câmeras inteligentes (SAHA et all, 2008), estudos iniciais sobre câmeras inteligentes (RINNER, 2008), a interpretação macroscópica do comportamento humano usando sensores (LYMBERPOULOS et all, 2008), câmeras inteligentes baseadas em



sistemas de monitoramento e sua aplicação para pessoas que necessitam de assistência (FLECK, 2008), calibrações possíveis para as funcionalidades de câmeras inteligentes e a vigilância através de Redes de sensores multimídia sem fio com base em estudos de casos envolvendo aplicativos e os chamados bancos de ensaio.

A temática da vigilância, para além do enfrentamento ao crime, já era estudado, por exemplo, em relação aos megaeventos esportivos, podendo ser destacado como exemplo, os estudos feitos por WOOD (2011), TAYLOR (2011) e SCHIMMEL (2011) no periódico *Urban Studies*, de 2011. Dentre os trabalhos desenvolvidos, o de SAMATAS (2011) chamou a atenção ao comparar as estruturas de vigilância existentes nos jogos olímpicos de 2004 (Athenas, Grécia) e 2008 (Beijing, China).

Seguindo a sequência expositiva de estudos envolvendo a vigilância nos principais periódicos do mundo, a *Information Polity*, de 2011, teve por objetivo focar na revolução em termos de vigilância diante dos vídeos, tendo sido analisadas as realidades da Itália (FONIO, 2011), Suécia, (BJORKLUND, 2011) e Reino Unido (TAYLOR, 2011). Além dessas perspectivas, foi feito um olhar global sobre o fenômeno (CLAVELL, 2011) e os seus aspectos semânticos (MUSIK, 2011).

Ainda no ano de 2011, na revista *The Sociological Quarterly*, temas interessantes como a vigilância e sua relação com a proteção de dados (ZURAWSKI, 2011), práticas culturais (MONAHAN, 2011) e a biometria (ELLERBROK, 2011) vieram a tona.

No periódico, também de 2011, *Theoretical Criminology*, o qual teve por objetivo teorizar sobre a vigilância tecnológica e aspectos relacionados ao controle da criminalidade, trabalhos importantes como os de WELCH (2011), qual abordou críticas feitas a Foucault relacionadas à ótica que, em sua visão, estaria equivocada, a respeito da chamada contra vigilância.

Além desse aspecto, WALL (2011) realizou importante pesquisa envolvendo a política dos *drones* e dos limiares de segurança associados à chamada violência de longe e os seus respectivos impactos. Já MOORE (2011) construiu interessante raciocínio associando as técnicas de vigilância ao tratamento contra o vício em tóxicos. No mesmo exemplar da revista, HAGGERTY (2011) fez importantes considerações sobre a teorização da vigilância, em especial a eletrônica, no controle da criminalidade, trabalho que, dada a envergadura, serviu de base para parte da construção do raciocínio envolvendo o presente trabalho. Encerrando a

análise dos principais textos presentes no periódico, AAS (2011) destacou a problemática envolvendo a vigilância feita em relação aos imigrantes e as complexidades relacionadas a governança global.

O ano de 2011, além dos importantes trabalhos acima, serviu como marco para os estudos, publicados no *Journal of Location Based Services* e relacionados aos serviços de localização e sua correlação com a vigilância. No primeiro deles, Thurman (2011), fez um estudo a respeito da jurisprudência histórica dos Estados Unidos quanto à vigilância por GPS e o caso Maynard, apontando, desde aquela época, como o tema poderia evoluir até os dias atuais.

Além dos reflexos sociais das tecnologias envolvendo análise e monitoramento de localização (MICHAEL, 2011), experimentos relacionados ao movimento e ao áudio captado por dispositivos móveis como celular e a possibilidade de monitoramento serviram para dar um novo passo no estudo da vigilância como um todo (KETABDAR, et all, 2011).

Enquanto Evans (2011) analisou a transformação das experiências envolvendo o espaço através dos serviços de localização, Cuijpers (2011), naquela época, trouxe os problemas envolvendo a regulamentação dos serviços de localização e os consequentes desafios a serem enfrentados pela União Europeia.

Diante da nova realidade apresentada pelos serviços de localização, Clarke e Wigan (2011) apresentaram importantes implicações para a tão debatida privacidade na era digital. Encerrando a análise dos trabalhos da referida revista, mas não menos importante, Abbas (2011) analisou as implicações dos serviços de localização com base na perspectiva, não do sistema operacional ou das regulamentações existentes sobre o tema, mas sim através do olhar dos usuários.

Na sequência, em 2012, o periódico *Space and Culture* promoveu uma edição envolvendo a análise dos chamados espaços de terror e o risco a ele inerente. Na referida edição e, associado ao tema, Haggerty e Tokar (2012) buscaram significado para o termo segurança envolvendo sistemas de digitalização e identificação em casas de festas, Despard (2012) buscou analisar a utilização de plantas de segurança providas de tecnologia nas áreas urbanas, Barnard-Wills e Ashenden buscaram trabalhar com a guerra virtual e o mecanismo de terror cibernético e Aradau e Van Munster (2012) buscaram compreender a complexidade envolvendo o estudo do tempo e espaço para a prevenção de ataques terroristas através da tecnologia.

Também no ano de 2012, a revista *Information Polity*, publicou uma série de artigos

cujo o objetivo foi o de revisitar a vigilância a partir da revolução trazidas pelas câmeras de vídeo, com destaque para questões envolvendo governança e políticas públicas, os desafios globais das polícias para identificação de pessoas (WHITLEY; HOSEIN, 2012), a utilização do CCTV na Espanha como ferramenta de vigilância por vídeo na Espanha e nos países do sul da Europa (CLAVELL; ROMERO, 2012), os reflexos da tecnologia desde a prevenção de crimes passando para o desenvolvimento urbano (ZURAWSKI, 2012), o projeto de segurança de Estocolmo caracterizado pelo policiamento plural e seus reflexos na segurança e na própria vigilância (SVENONIUS, 2012), as transformações ocorridas em Londres sobre a vigilância (FUSSEY, 2012) e a denominada heterotopia de Wagennar e Boersma (2012) quando da análise dos operadores de CFTV no aeroporto de Schiphol como reflexo do Estado da vigilância.

Em julho de 2012, na revista *criminologia e justiça criminal*, Wells (2012) estudou os impactos da tecnologia, em especial da vigilância, na criminologia do dia-a-dia, Loftus e Goid (2012) analisaram a vigilância encoberta e os seus reflexos naquilo que denominaram de invisibilidade do policiamento, Haines e Wells (2012) abordaram os efeitos da vigilância, se uma forma de proteger ou, em verdade, de perseguir, nos sistemas rodoviários e Barnard-Wills (2012) sobre os impactos da educação sobre segurança eletrônica para jovens, bem como a responsabilidade das presentes gerações diante de tal fenômeno.

Em 2013, o periódico *Novatica*, publicado pela Federação Internacional de Processamento de Informações, tratou da problemática envolvendo a privacidade e suas relações com as tecnologias. Sobre o tema, Clavell e Hosein (2013) analisaram os efeitos das redes sociais, mais especificamente a mineração de dados e vigilância, na privacidade dos usuários. Na sequência, Fuster e Bellanova (2013) estudaram o papel da privacidade e respectivas críticas na lei de proteção de dados europeia, Vermeulen (2013), em importante estudo, destacou a gravidade que as interferências derivadas de mecanismos tecnológicos de detecção geram à privacidade, Palmer e Warren (2013) abordaram a relação da privacidade com as tecnologias de vigilância associadas ao controle territorial e C. Blasi Casagran e E. Blasi Casagran, a partir de um estudo de caso envolvendo o Google, analisaram regras envolvendo segurança da informação e os respectivos direitos, com especial foco na privacidade.

Além dos trabalhos estrangeiros, Costa Nascimento (et al 2013) realizou importante estudo, no âmbito brasileiro, sobre o rastreamento online de dados e metadados em sites populares no Brasil, demonstrando, dentre outros aspectos, que no país estamos testemunhando um fenômeno de ordem global.

Em interessante diálogo com Clavell e Hosein (2013), Ragnedda (2013) estudou a relação entre redes sociais e a maior ou menor proteção de dados pessoais, destacando que, em certas ocasiões, a privacidade dos usuários ou, até mesmo de terceiros, pode não ser percebida como direito.

Sobre os trabalhos desenvolvidos na referida revista, fenômeno que já era visto desde os anos 2000, Figueras Tugas analisou os reflexos dos *Body Scanners* na privacidade individual nos aeroportos dos Estados Unidos.

Dando continuidade à pesquisa bibliográfica relacionada ao tema, no periódico *European Journal of Law and Technology*, de 2013, a transformação da vigilância através da internet das coisas (WISMAN, 2013), as tendências reais na melhoria da segurança da área de risco usando métodos combinados para identificação biométrica de indivíduos (POSPISIL; SKROB, 2013), uma perspectiva da informática jurídica à luz do ciberespaço (NOVARIO, 2013), as tecnologias inteligentes de vigilância em fronteiras (KENK et all, 2013) e as mudanças relativas à presunção de inocência diante das novas tecnologias de monitoramento (GALETTA, 2013).

Em outubro de 2013 foi lançada a edição da revista *Geoforum* relacionada à vigilância e seus aspectos de política geográfica (KLAUSER, 2013), devendo ser destacados os trabalhos de Murakami (2013) sobre vigilância global, as políticas geográficas e a sua relação com a tecnologia, em especial no que diz respeito ao chamado *crowdsourcing*, que consiste em um modelo de produção e de estruturação de processos que utiliza a sabedoria e os aprendizados coletivos para a resolução de problemas ou desenvolvimento de uma solução (MONAHAN; MOKOS, 2013).

Em junho de 2013, na edição relacionada às novas oportunidades e respectivos desafios na utilização do *big data*, suas consequências foram trazidas por Wigan e Clarke (2013) e os possíveis aspectos envolvendo a governança corporativa do Big Data<sup>124</sup> foram trazidos por Tallon (2013), a percepção do Big Data como algo próprio da consciência coletiva (PITT et all, 2013).

Em julho do mesmo ano, no *Journal of Contemporary European Research*, complexidades envolvendo a aplicação da lei à luz de inteligência artificial (ZAVRSNIK,

---

<sup>124</sup> Cujo significado, a partir da leitura do texto, pode ser sintetizado como sendo um termo em Tecnologia da Informação (TI) que trata sobre grandes conjuntos de dados que precisam ser processados e armazenados, tendo sido iniciado a partir dos chamados 3 Vs, consistentes na velocidade, volume e variedade.

2013), análises de impacto da inteligência artificial na privacidade em países da Europa e América (WRIGH, et all 2013) e o cenário em desenvolvimento da aplicação europeia de direitos autorais on-line foram trazidos à tona (BRIGHT, AUGUSTINA, 2013).

Em 2014, foi publicado o *Journal of Law and Policy for the Information Society*, cuja temática foi a vigilância na Agência de Segurança Nacional (NSA), dos Estados Unidos, reunindo trabalhos sobre segurança, privacidade e liberdades civis dos cidadãos. Nessa perspectiva, o regime jurídico da vigilância de informações de estrangeiro pertencente à NSA (SHANE, 2014), suas controvérsias (YOO, 2014), as chamadas listas de membros, os metadados analisados e o requisito da especificidade para fins de liberdade de associação (STRANDBURG, 2014), as interceptações de comunicações e os termos da seção 702, da Lei de Vigilância de Inteligência Estrangeira (DONOHUE, 2014), os impactos das divulgações ilegais de informações sigilosas (YOUNG, 2014), questionamentos a respeito do programa de metadados da Agência de Segurança Nacional americana (MUELLER; STEWART, 2014) e a utilização de metadados como exemplo do *mass surveillance* a partir das realidades europeia e norte-americana (NEWELL, 2014).

Por último, não em termos temporais, até porque foi publicada em 2013, e sim em virtude da correlação com a realidade de América Latina e, especificamente, Brasil, representando interessante publicação da doutrina brasileira sobre temas envolvendo vigilância, temos o periódico *International Journal of E-Planning Research*.

No referido periódico, Lucas Melgaço (2013) analisou o paradigma da segurança e vigilância no Brasil a partir da globalização, Botello (2013) verificou os novos desafios para o planejamento eletrônico urbano a partir da regulamentação do tema na cidade do México, Rafael Castro e Rosa Maria Pedro (2013) analisaram o planejamento urbano eletrônico, no Rio de Janeiro, à luz das câmeras de segurança e Nelson Botelho, juntamente com Lucas Melgaço (2013), analisaram os aspectos envolvendo vigilância e segurança nas cidades eletronicamente planejadas.

Antes de analisar o estudo específico sobre *surveillance assemblages*, é importante analisar institutos que têm aparecido no Brasil, em especial, para que seja possível vislumbrar (caso seja possível) respostas atuariais para o fenômeno do *dataveillance*, a saber: Monitoração eletrônica, Banco de perfis genéticos, Policiamento preditivo e Georreferenciamento dos *hot spots*. Além desses itens, serão conceituadas as seguintes técnicas: 1) *StingRay* e 2) *Behavioral technology*.

Sobre a monitoração eletrônica, em que pese o projeto original da Lei n. 12.258, de 2010 (BRASIL, 2010) prever contornos mais amplos como a execução em regime aberto, penas restritivas de direito, livramento condicional e suspensão condicional da pena, a versão final, responsável por alterar o art. 122 a 125, cumulado com o art. 146-B, II, da LEP, previu apenas a possibilidade de sua aplicação no regime aberto nas saídas temporárias e nas prisões domiciliares, essa última hipótese à luz do art. 117 cumulado com o art. 146-B, do mesmo diploma normativo.

A partir de Juan José González Rus (1994), para o qual o desenvolvimento tecnológico permite a efetivação de formas de vigilância, seja extensiva, seja intensiva, até então desconhecidas, permitindo, dessa forma, “controles que podem ser exercidos sobre todas as pessoas de uma forma geral, ou, ainda, especificamente, sobre um determinado grupo” (GREGO, 2012).

Além de aspectos interessantes sobre a origem do mecanismo, Rogério Greco<sup>125</sup> (2012) destaca tratar-se de um sistema de monitoramento eletrônico é feito, no Brasil, através de um sinalizador *Global Positioning System* – GPS. O monitoramento, como técnica de vigilância, pode ser usado das seguintes formas: pulseira, tornozeleira, cinto e *microchip*.

Sobre o tema, cumpre destacar que referido sistema monitora os dados envolvendo a localização dos indivíduos, e não os metadados, distinção importante para fins de compreensão do *dataveillance*.

Em relação ao banco de perfis genéticos, oportuno destacar que sua presença na legislação brasileira ganhou força com a aprovação do chamado Pacote Anticrime. Sobre o tema, cumpre destacar que, conforme é possível depreender da própria leitura do parágrafo terceiro, do art. 4, da Lei de Execução Penal brasileira (BRASIL, 1984), quando dispõe sobre o acesso dos condenados aos bancos genéticos, dúvidas não restam de que tais bancos dizem respeito aos dados em si, o que igualmente não envolve o espectro de, aqui fazendo uma analogia com o campo da informática, aos “metadados genéticos”.

---

<sup>125</sup> Sobre a origem do tema, *in verbis*, Greco (2012): “Em que pese podermos atribuir as origens do monitoramento eletrônico aos irmãos Ralph e Robert Schwitzgebel, que realizaram as primeiras experiências no ano de 1964, nos EUA, com dezesseis jovens reincidentes, podemos apontar o Juiz Jack Love, do Estado do Novo México, como sendo o precursor da idéia que, atualmente, vem sendo utilizada em vários países. O mais interessante é que o Juiz Jack Love se inspirou numa edição de *Amazing Spider-Man* de 1977, onde o rei do crime havia prendido um bracelete ao homem-aranha, a fim de monitorar seus passos pelas ruas de Nova York”.

O Policiamento preditivo<sup>126</sup> (*predictive policing*) o qual consiste, em síntese, no exercício da segurança pública com base na indicação de futuras e prováveis cenas criminosas, sendo essas possíveis diante da análise de dados que são obtidos de diversas fontes, podendo ser usado como um dos marcos iniciais o algoritmo desenvolvido por George Mohler e aplicado pela primeira vez no Departamento Policial de Santa Cruz. Existe, aqui, uma correlação entre *dataveillance* e o policiamento preditivo alcançado através desse algoritmo, consistente na tentativa, em um aspecto, de prever delitos.

Sobre o tema, o policiamento preditivo é a soma de dois fatores: tecnologia usada a partir de insights policiais. A chamada Tecnologia de Polícia Preditiva consiste na utilização de um algoritmo desenvolvido a partir de matemática de alto nível, análise sociológica e estatística da criminalidade. Este algoritmo leva em consideração dados históricos de crimes do departamento de polícia e produz previsões sobre onde e quando um crime é mais provável de ocorrer.

No que diz respeito à ascensão do policiamento preditivo e a prevenção de crimes com base na tecnologia, o raciocínio de Andrew Ferguson (2017, p.03) é paradigmático para a compreensão da questão, senão vejamos:

Este livro ilumina os 'dados pretos' resultantes do policiamento que utiliza 'big data': 'pretos' no sentido de opacos, porque os dados existem extensivamente escondidos dentro de algoritmos complexos; 'pretos' no sentido de codificados racialmente, porque os dados impactam diretamente comunidades não brancas; 'pretos' no sentido da próxima novidade, dada a legitimidade e proeminência decorrentes da percepção de que qualquer coisa orientada por dados é legal, bem recebida — em termos tecnológicos — e futurista; e, finalmente, 'pretos' no sentido de deturpadores, criando sombras legais e lacunas constitucionais em áreas nas quais a lei costumava enxergar nitidamente. Dados pretos importam porque têm impactos no mundo real"

A respeito dos chamados *insights* de policiais e analistas de crime e a sua correlação com a técnica especial de investigação, de acordo com o Instituto Nacional de Justiça dos Estados Unidos, a abordagem do policiamento preditivo não substitui o policiamento tradicional servindo, em verdade, para aprimorar as abordagens existentes, como policiamento orientado para o problema, policiamento comunitário, policiamento baseado em inteligência e

---

<sup>126</sup> Sobre o tema, Elisa Mombelli (2015), *in verbis*: “O experimento funcionou e atualmente zonas de risco em grandes cidades americanas são mapeadas. Potenciais criminosos chegam a ser previamente abordados pela polícia, ainda que não tenham cometido nenhum crime. A polícia de Chicago tem uma unidade inteira destinada à predição de crimes. Policiais elaboram listas (*heat lists*) de possíveis infratores, e chegam a bater em suas residências para advertir diretamente: “If you commit any crimes, there will be major consequences. We’re watching you” (Se você cometer alguma crime, haverá consequências. Nos estamos de olho em você”.

policciamento de *hot spot*. Nota-se, a partir desse raciocínio que a técnica de hot spot é uma das modalidades pelas quais o policiamento preditivo poderá ocorrer.

Entretanto, é importante chamar a atenção do leitor para duas considerações: a primeira delas é a de que o policiamento preditivo diz respeito ao mapeamento tanto de dados como de metadados através da vigilância enquanto que o *dataveillance* diz respeito ao fluxo discreto dos mesmos, e; o *dataveillance*, em tese, pode ser utilizado para a repressão de delitos, torando-a uma ferramenta bivalente, ao contrário do referido algoritmo que possui características univalentes.

Na linha do que existe no policiamento preditivo, spywares como o Pegasus<sup>127</sup> ganham destaque e geram uma infinidade de discussões, em especial, sobre os limites da privacidade nas sociedades contemporâneas<sup>128</sup>.

O chamado georreferenciamento dos *hot spots*<sup>129</sup>, técnica de policiamento preditivo, em que pese, em tese, poder ser usado tanto em caráter preventivo como repressivo, assim como ocorre com o policiamento preditivo, abrange dados, não apenas metadados como ocorre no *dataveillance*.

Na sequência de estudos sobre instrumentos de vigilância, o *StingRay* (VALENTINO-DEVRIES, 2011) nada mais é do que *IMSI-catcher*, ou seja, um dispositivo de vigilância de telefone celular, fabricado pela *Harris Corporation*, cujo uso foi desenvolvido para atender, inicialmente, estruturas militares e de inteligência. Em que pese o plano inicial, a utilização do *StingRay* e dispositivos semelhantes tem sido difundida por agências policiais locais e estaduais em todo o Canadá, nos Estados Unidos e no Reino Unido.

O *StingRay* possui recursos passivos (analisador digital) e ativos (simulador de local de célula). Ao operar no modo ativo, o dispositivo imita uma torre de celular da operadora sem

---

<sup>127</sup> Trata-se de um Spyware desenvolvido pela empresa israelita NSO Group, que pode ser instalado secretamente em telemóveis (e outros dispositivos) (BOOT, 2018). O Pegasus não só permite a monitorização das teclas de todas as comunicações de um telefone (textos, e-mails, pesquisas na web), mas também permite o seguimento de chamadas telefônicas e localização, ao mesmo tempo que permite ao Grupo NSO sequestrar tanto o microfone do telemóvel como a câmara, transformando-o assim num dispositivo de vigilância constante (BURROUGH, 2016).

<sup>128</sup> Exemplificativamente, vide o podcast do canal de notícias Jota constante no link a seguir: O celular nos vigia: o sistema Pegasus e o fim da privacidade | JOTA Info. Acesso em: 03.ago.2021.

<sup>129</sup> Sobre o tema, mais especificamente sobre como essa técnica pode ser usada, Flávio Rodrigues Ferraz (2017), assim destaca, *in verbis*: "Na cidade de Recife, capital do Estado de Pernambuco, Brasil, Monteiro (2012) propõe algo novo ao estudar a criminalidade noturna no bairro de Boa Viagem, A metodologia propõe o uso de ferramental de estatística multidimensional (SSA- Smallest Structure Analysis). As ocorrências foram georreferenciadas em software de GIS e agregados em hotspots pela densidade de Kernel. Foram então identificados os 20 locais mais inseguros e mais seguros, ou seja, os dois extremos. Então foram definidos cinco atributos espaciais para análise:".



fio para forçar todos os telefones celulares próximos e outros dispositivos de dados celulares a se conectarem a ela. A gama de dispositivos StingRay pode ser montada em veículos, em aviões, helicópteros e veículos aéreos não tripulados, facilitando o desenvolvimento do monitoramento (VALENTINO-DEVRIES, 2011).

Ao utilizar os recursos ativos, o operador consegue a extração de dados armazenados, como números de identidade do assinante móvel internacional ("IMSI") e número de série eletrônico ("ESN"), gravação de metadados de protocolo celular no armazenamento interno e interceptação de dados ou metadados. Já a utilização de recursos passivos permite a condução de pesquisas de estação base, que é o processo de usar sinais remotos para identificar locais legítimos de celular e mapear com precisão suas áreas de cobertura.

Já as chamadas *Behavioral technologys* (tecnologias do comportamento) consistem em instrumentos que, com o intuito de analisar comportamentos e definir tendências de ações, tem ido além do simples reconhecimento facial. Estudos feitos ao longo do ano de 2019 nos Estados Unidos, por exemplo, demonstram avanço significativo em relação à possibilidade de monitoramento através da frequência cardíaca e do microbioma através de lasers.

Sobre a polêmica existente em relação ao tema tecnologias comportamentais e a sua utilização, nos Estados Unidos, Estado de San Francisco, Somerville e Oakland baniram recentemente o uso de reconhecimento facial por agências governamentais e policiais, enquanto Portland está falando sobre proibir totalmente o uso de reconhecimento facial, inclusive por empresas privadas (THOMAS, 2019).

Nesse aspecto, uma coalizão de 30 organizações da sociedade civil, representando mais de 15 milhões de membros combinados, está pedindo a proibição em âmbito federal do uso de reconhecimento facial pelas autoridades americanas (THOMAS, 2019).

Ainda no âmbito dos Estados Unidos, o projeto de lei do Senado norte-americano intitulado *Facial Recognition Technology Warrant Act of 2019* limita o uso da tecnologia de reconhecimento facial por agências federais, entretanto, permite que referida diligência ocorra independentemente de decisão judicial prévia (PRADO, 2020).

No âmbito estadual, especificamente em Washington, foi aprovada em 2020 lei responsável por regular o uso da tecnologia por agências governamentais estaduais tratando, de forma específica, sobre a necessidade da chamada "revisão humana" no caso risco para direitos fundamentais especificados no caso concreto o que, de acordo com Geraldo Prado (2020), serve de exemplo de dissonância entre legislações (âmbito federal e estadual) sobre o tema.

No âmbito europeu, enquanto no Reino Unido foi proferida decisão proibitiva relacionada ao uso do reconhecimento facial com base no art. 8, da Convenção Europeia de Direitos Humanos, na Alemanha, o Primeiro Senado do Tribunal restringiu o acesso das autoridades policiais por meio de interpretação da lei de regência da matéria ao declarar inconstitucional o §113 da Lei de Telecomunicações (PRADO, 2020).

Outro exemplo de como referido gênero tem sido ampliado, a polícia chinesa tem usado a tecnologia da empresa Watrix, baseando-se no uso de imagens de videovigilância para analisar os movimentos de uma pessoa enquanto ela caminha. Nesse sentido, a Watrix descreve que usa uma rede neural convolucional profunda para treinar um sistema de IA capaz de analisar milhares de pontos de dados sobre uma pessoa conforme ela se move, desde o comprimento de sua passada até o ângulo de seus braços, usando isso para reconhecer indivíduos com base em seu 'registro de marcha', alcançando até 94% de precisão diante do que afirma ser o maior banco de dados de registros de marcha do mundo (THOMAS, 2019).

No Brasil, a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, nos autos do *Habeas Corpus* nº 598.886, concedeu a ordem pleiteada, gerando a absolvição do paciente que havia sido condenado por um crime de roubo com base em reconhecimento pessoal feito mediante, e exclusivamente a apresentação da fotografia<sup>130</sup> do acusado mostrada para as vítimas.

O julgado, em que pese não dizer respeito ao reconhecimento facial mediante a utilização da tecnologia, traz consigo conclusão importantíssima sobre o que infelizmente ocorreu no caso concreto envolvendo o desrespeito às formalidades legais.

Nesse sentido, o Ministro Relator do caso, Rogério Schietti Cruz, destacou que “a não observância das formalidades legais para o reconhecimento — garantias mínimas para o suspeito da prática de um crime — leva à nulidade do ato, sendo urgente a adoção de uma nova compreensão dos tribunais sobre o ato de reconhecimento de pessoas” (STJ, HC n.598.886) tendo sido destacado, nesse sentido, que a interpretação do art. 226, do CPP, não deve servir como uma espécie, e tão somente, de “recomendação do legislador”, devendo ser reconhecido ao referido dispositivo caráter cogente.

Explicado o ponto central do julgado, não apenas o aprimoramento legislativo como, e principalmente, a interpretação por parte do Poder Judiciário são providências

---

<sup>130</sup> Sobre os equívocos praticados no clássico reconhecimento fotográfico, e o alerta para a realidade digital, a Condege, entidade que reúne defensores públicos de todo país, mostra que os negros são, de longe, as maiores vítimas desse erro de identificação, resultando na prisão de pessoas inocentes. Disponível em: <http://www.condege.org.br/>. Acesso em: 22.fev.2021.

fundamentais quando se está a tratar, aqui sim, do reconhecimento facial realizado por instrumentos tecnológicos.

Nesse aspecto, conforme pontua Paolo Ferrua, a decisão dita “justa” possui como uma de suas condições no que diz respeito ao processo penal a “observância concreta das formas e regras processuais estabelecidas pela lei” (2012, p. 16).

Outro ponto que merece reflexão diz respeito ao problema da memória existente no reconhecimento facial clássico e, aqui, ampliado para a conjuntura tecnológica. Daniel Schacter, da Universidade de Harvard e Elizabeth Loftus, da Universidade da Califórnia, “alertam para o fato de que a memória humana não funciona como um vídeo gravado, o qual basta ser repetido para reproduzir acuradamente o evento anteriormente testemunhado” (2013, p. 119).

Nesse aspecto, assim como a memória humana, a “memória” eletrônica, aqui compreendida como banco de dados e metadados, deve, além de ser desenvolvida, contar com previsões legislativas que deem suporte para o seu aprimoramento afim de garantir o respeito às garantias penais e processuais penais.

Até mesmo porque, conforme bem destacado por Rômulo de Andrade Moreira (2020), ao fazer alusão à Fernando Pessoa, “o carácter secreto do crime contribui para o que dele, ou à roda dele, se observe, seja imperfeitamente observado, e o seu carácter interessante tende a produzir testemunhos de natureza involuntariamente conjetural, e os elementos emotivos, que sugere, a evocar testemunhos de carácter preconceitual” (2010, p. 39/40).

Nesse sentido, em relação ao âmbito normativo brasileiro, o Conselho Nacional de Justiça (2020) editou a Resolução nº 332, a qual dispõe sobre a ética, a transparência e a governança na produção e no uso de Inteligência Artificial no Poder Judiciário.

Diante desse contexto inicial, é possível concordar com Velasco Nuñez (2016, p. 22) no sentido de que o que antes era inimaginável em termos de utilização de tecnologia para vigilância no chamado Estado Policial passa, hoje, a ser algo viável.

Dentro do estudo sobre vigilância e das ferramentas possíveis, o modelo da *surveillance assemblages*, proposto por Richard Ericson e Kevin Haggerty (2000), dá ênfase aos fluxos discretos de dados, ou seja, “ao aspecto do *surveillance* que se convencionou chamar de *dataveillance*” (NETO, MORAIS e BEZERRA, 2017).

A jurisprudência brasileira, representada pelos Tribunais Superiores, tem se debruçado sobre o acesso a dados e uso da tecnologia como instrumento de efetivação da tutela

jurisdicional penal<sup>131</sup>.

No que tange à proteção (e produção) dos dados, passando pela *cyber* segurança e à privacidade, Andrew Burt (2019) menciona, conforme tradução literal feita abaixo, além da convergência que está diariamente ocorrendo entre referidas palavras-chave, o seguinte:

E era um mundo em que a privacidade e a segurança eram, em grande parte, funções separadas, em que a privacidade ficava em segundo plano em relação às preocupações mais tangíveis sobre a segurança. Hoje, no entanto, o maior risco à nossa privacidade e à nossa segurança tornou-se a ameaça de inferências não intencionais, a partir do poder de técnicas de aprendizado cada vez mais generalizadas. Uma vez que se adotam dados, qualquer atividade em pequena escala pode ser uma ameaça, trazendo novos perigos à sua privacidade e à sua segurança.

Analisando o ordenamento jurídico brasileiro, desde a Constituição Federal, de 1988, passando pelos principais diplomas normativos infraconstitucionais (Código Penal, Código de Processo Penal e lei nº 9.296, de 1998), é possível concluir que referida norma é a que mais se aproxima do tema, ao abordar interceptação de comunicações telefônicas.

As informações coletadas neste capítulo tornam possível conceituar o *dataveillance* como mecanismo de coleta de metadados destinada a qualquer fim, tornando possível, a partir dessa coleta, a respectiva vigilância.

## 2.4 Proteção de metadados na legislação brasileira

Antes de analisar a ferramenta propriamente dita do *dataveillance*, oportuno trazer a evolução legislativa da proteção de dados no Brasil, com especial destaque para os seguintes diplomas normativos: Lei de interceptação telefônica, Lei Geral de Proteção de Dados, Política Nacional de Segurança da Informação, a Estratégia Nacional de Segurança Cibernética e a Lei que disciplina as organizações criminosas (Lei n. 12.850/2013).

---

<sup>131</sup>Na seara do direito penal, no Informativo nº 583, o STJ definiu que “sem prévia autorização judicial, são nulas as provas obtidas pela polícia por meio da extração de dados e de conversas registradas no aplicativo *whatsapp* presentes no celular do suposto autor de fato delituoso, ainda que o aparelho celular tenha sido apreendido no momento da prisão em flagrante. BRASIL. STJ. 6ª Turma. RHC 51.531-RO, Rel. Min. Nefi Cordeiro, julgado em 19/4/2016 (Informativo nº 583 do STJ). Disponível em: <https://www.stj.jus.br>. Acesso em: 26. out. 2019.

#### 2.4.1 Considerações preliminares a respeito do panorama legislativo existente no Brasil

A Lei Brasileira que trata da chamada interceptação telefônica (BRASIL, 1996), em seu art. 1, a compreende como toda aquela relativa comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, dependendo de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigilo de justiça.

O parágrafo único do referido dispositivo disciplina que a Lei é aplicável ao chamado “fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática” sem que, contudo, seja especificada a extensão de referido conceito, muito menos se por fluxo de comunicação os metadados estariam (ou não incluídos).

Dando continuidade na análise do texto legal, o art. 2º estabelece que não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas caso não exista indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal, a prova puder ser feita por outros meios disponíveis ou o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção.

Já o parágrafo único do referido dispositivo legal destaca que em qualquer hipótese deve ser descrita com clareza a situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada.

A Lei Geral de Proteção de Dados foi responsável pela proteção de dados pessoais, bem como pela alteração da Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, Marco Civil da *Internet* (BRASIL, 2014).

A respeito de sua entrada em vigor, cumpre destacar que foi aprovado no Senado o PL 1179/2020 (BRASIL, 2020) que, entre outras alterações, dispôs que a LGPD teria sua data de entrada em vigor alterada para 1º de janeiro de 2021. A aplicação de sanções somente poderia ocorrer a partir de 1º de agosto de 2021. Enquanto a tese é desenvolvida, a matéria segue para revisão da Câmara dos Deputados.

Além desse episódio, cumpre destacar a edição da Medida Provisória n. 959, de 2020, a qual dispôs que a Lei Geral de Proteção de Dados entraria em vigor em 03.05.2021, ou seja, em período posterior ao delimitado pelo PL 1179/2020.

Sobre a entrada em vigor da LGPD, a emenda proposta pelo Deputado Evair Vieira de Melo (PP-ES), aprovada pela Câmara, à Medida Provisória 959/20, foi aprovada naquele

órgão repercutindo, dentre outros pontos, no respectivo tema, pois, alterou a entrada em vigor para o dia 31.12.2020.

Nas idas e vindas relacionadas à LGPD nas casas legislativas, cumpre destacar que, em 27.07.2020, o Senado transformou a Medida Provisória (MP) nº 959/2020 – que, entre outros pontos, tratava justamente sobre o prazo de vigência da LGPD -, no Projeto de Lei de Conversão (PLV) 34/2020. Diante de sua aprovação pelo Senado, o Projeto de Lei de Conversão seguiu para sanção presidencial, sendo importante destacar que, em relação ao art. 4 do texto originário, ou seja, aquele que prorrogava a vigência da lei para 2021, o Senador Davi Alcolumbre, presidente à época do Senado Federal, considerou referido dispositivo prejudicado.

Diante dessa “prejudicialidade”, e não simplesmente de rejeição. Enquanto não haja sanção presidencial, o artigo da MP continua valendo, ou seja, o adiamento da LGPD para o início do ano está mantido. Entretanto, partindo-se do pressuposto de que a prorrogação não faz mais parte do texto encaminhado ao presidente da república, independentemente da decisão tomada pelo representante do poder executivo nacional, o adiamento em si deixou de existir, pois, ao Presidente da República é possível vetar, tão somente, o texto disciplinado no respectivo PLV.

Nesse sentido, o presidente da república tem até 15 dias para apreciar o PLV. Diante da referida decisão, seja pelo veto, seja pela sanção, a MP perde validade imediatamente, resultando na prevalência do texto original da LGPD, que previa a entrada em vigor da lei no dia 14 de agosto passado, tendo entrado oficialmente em vigor no dia 18/09/2020, fenômeno esse que gerará, no campo da proteção de dados, insegurança jurídica sem precedentes para os setores ali envolvidos, bem como ao Poder Público.

Além desse aspecto, no âmbito do Poder Judiciário, o Conselho Nacional de Justiça editou a Recomendação n. 73, de 20 de agosto de 2020, responsável por recomendar aos órgãos do Poder Judiciário, com exceção ao Supremo Tribunal Federal, a adoção de medidas preparatórias e ações iniciais para adequação às disposições contidas na Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD.

A proteção de dados tem relevo não apenas com a edição da referida norma, como também em outros Países. Na Europa, foi editado o *General Data Protection Regulation* (GDPR), o qual passou a ser obrigatório em 25 de maio de 2018 e aplicável na União Europeia (UE). Em solo norte-americano, foi editado o *California Consumer Privacy Act of 2018*

(CCPA), aprovado em 28 de junho de 2018 (AB 375).

Sobre o tema, é possível verificar que “a LGPD se inspira, em primeiro lugar, no conceito que ficou conhecido como o modelo europeu de proteção de dados, amparado na Convenção do Conselho da Europa 108 de 1981, na Diretiva 46/95/CE e no Regulamento Geral de Proteção de Dados (Regulamento 2016/679)” (DONEDA, SCHERTEL, 2019).

O contexto no qual o projeto de lei sobre a proteção de dados foi aprovado pelo Poder Legislativo brasileiro foi decisivo para a respectiva tramitação célere. Como se não bastasse a aglutinação de outras propostas que há muito tempo vinham tramitando paralelamente sobre o tema (cuja atualidade é discutível), escândalos mundialmente famosos envolvendo a segurança de dados como o ocorrido na mídia social *Facebook*<sup>132</sup> também trouxeram visibilidade para o assunto.

De acordo com Danilo Doneda, é possível “identificar cinco eixos principais da Lei Geral de Proteção de Dados em torno dos quais a proteção do titular de dados se articula: i) unidade e generalidade da aplicação da Lei; ii) legitimação para o tratamento de dados (hipóteses autorizativas); iii) princípios e direitos do titular; iv) obrigações dos agentes de tratamento de dados; v) responsabilização dos agentes” (DONEDA, SCHERTEL, 2019).

É possível visualizar, a partir desse rol, inicialmente, que a Lei Geral de Proteção de Dados seria aplicável à jurisdição penal no que diz respeito a unidade e generalidade de sua aplicação, ou seja, a Lei Geral de Proteção de Dados possui características de uma Lei Geral<sup>133</sup>.

Essa aplicabilidade potencial, entretanto, não é concretizada quando da análise do art. 4 que expressamente dispõe não ser aplicável o diploma normativo em análise nas atividades de investigação e repressão de infrações penais. Confirmando a referida premissa, o

---

<sup>132</sup>Em resumo, o Facebook exibiu milhões de contas à empresa de dados Cambridge Analytic, um escândalo que só foi confirmado por recentes notícias, trazendo a informação de que gigantes da tecnologia compartilhavam ainda mais dados confidenciais. BURT, Andrew. Privacyandcybersecurity Are Converging. Here’sWhyThatMatters for People and for Companies. Disponível em Harvard Business School: <https://hbr.org/2019/01/privacy-and-cybersecurity-are-converging-heres-why-that-matters-for-people-and-for-companies>. Acesso em: 7 jan. 2019.

<sup>133</sup>Sobre o tema, Doneda: “O primeiro eixo diz respeito ao âmbito de aplicação material da Lei, caracterizado pela generalidade e unidade: a Lei concentra-se na proteção dos dados do cidadão, independentemente de quem realiza o seu tratamento, aplicando-se, assim, tanto aos setores privado e público, sem distinção da modalidade de tratamento de dados (art. 3o). O seu âmbito de aplicação abrange também o tratamento de dados realizado na Internet, seja por sua concepção de Lei geral, seja por disposição expressa de seu art. 1o. Essas são características fundamentais em uma Lei geral, que permitem a segurança do cidadão quanto aos seus direitos independentemente da modalidade de tratamento de dados e quem o realize, bem como proporciona isonomia entre os diversos entes que tratam dados, o que facilita o seu fluxo e utilização legítimos”.

próprio parágrafo primeiro do aludido dispositivo determina que o tratamento de dados pessoais previsto no inciso III, dentro do qual uma das hipóteses consiste na utilização para fins penais, será regido por legislação específica, que deverá prever medidas proporcionais e estritamente necessárias ao atendimento do interesse público, observados o devido processo legal, os princípios gerais de proteção e os direitos do titular previstos nesta Lei.

Um dos grandes problemas da norma começa quando, além do art. 4, o intérprete passa a analisar o art. 33, III, que dispõe que a transferência internacional de dados pessoais somente é permitida quando a transferência for necessária para a cooperação jurídica internacional entre órgãos públicos de inteligência, de investigação e de persecução, de acordo com os instrumentos de direito internacional.

Ou seja, ao mesmo tempo em que a lei não é aplicável no âmbito das investigações criminais nacionais, discorre sobre eventual cooperação internacional entre autoridades estrangeiras e a brasileira.

Como justificativa para a não aplicação, em matéria penal e em matérias que envolvam a atuação da Administração Pública, da Lei Geral de Proteção de Dados, o argumento principal<sup>134</sup> para essa realidade consiste no papel desempenhado pela Administração Pública.

Ou seja, a não aplicabilidade da LGPD em matéria criminal estaria legitimada no fato da Administração Pública ser responsável por deter a posse e controlar todos os dados do sistema prisional, por exemplo, bem como por ser sua atribuição investigar qualquer ação que coloque em risco a segurança pública ou do próprio Estado.

Sobre a aplicabilidade da LGPD na seara penal, a referida lei traz em seu bojo algumas exigências para que sua aplicação seja afastada. Nesse sentido, é possível concluir que o tratamento dos dados nos casos enumerados no art. 4º, III exige legislação específica, a qual, além de existir no mundo jurídico, deve respeitar todos os princípios constitucionais atinentes.

No tocante a natureza jurídica das pessoas jurídicas aptas a lidar com dados pessoais de indivíduos em situações relacionadas à segurança pública, a redação original do §2º, do art. 4º da LGPD vedava que o tratamento nas circunstâncias enumeradas no inciso

---

<sup>134</sup> Vide, por exemplo, artigo publicado no canal de notícias Migalhas: ROSSO, Angela Maria. LGPD e o setor público: aspectos gerais e desafios. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/300585/lgpd-e-setor-publico-aspectos-gerais-e-desafios>. Acesso em: 23.mar.2020.



III do mesmo artigo fosse realizado por pessoa de direito privado.

Além disso, quando referido tratamento ocorresse sob a tutela de pessoa jurídica de direito público, havia a necessidade de comunicar a autoridade nacional de proteção de dados. Em que pese a diretriz originária prevista na LGPD, ao longo do tempo, entretanto, foi editada a Medida Provisória nº 869 de 2018 alterando a prescrição do §2º, o que resultou na retirada da obrigatoriedade da comunicação a autoridade.

O §3º do mesmo dispositivo também foi alterado estruturalmente, fazendo com que pessoas jurídicas de direito privado, desde que controladas pelo Poder Público, pudessem realizar o tratamento dos dados de segurança pública ou do Estado, defesa nacional ou atividades de investigação e repressão de infrações penais.

Além das referidas alterações, a MP nº 869, de 27 de dezembro de 2018 (BRASIL, 2018) ainda revogou o §4º que no texto original da LGPD proibia que bancos de dados com esse tipo de informação fossem tratados em sua totalidade por pessoa jurídica de direito privado, flexibilizando assim a norma.

Na sequência de alterações relativas a esse ponto (art. 4º, da LGPD), cumpre destacar que a Medida Provisória nº 869, ao longo da tramitação legislativa, acabou sendo convertida na lei nº 13.853, de 2019 (BRASIL, 2019).

Referida lei deu nova redação ao art. 4º da LGPD. Em relação ao §2º, do art. 4º, restou consignado que é vedado o tratamento dos dados a que se refere o inciso III do *caput* deste artigo por pessoa de direito privado, exceto em procedimentos sob tutela de pessoa jurídica de direito público, que serão objeto de informe específico à autoridade nacional e que deverão observar a limitação imposta no § 4º deste artigo.

Em relação ao §3º, restou como versão final a disposição que a autoridade nacional emitirá opiniões técnicas ou recomendações referentes às exceções previstas no inciso III do *caput* deste artigo e deverá solicitar aos responsáveis relatórios de impacto à proteção de dados pessoais.

No tocante, por fim, ao teor do §4º, do art. 4º, da LGPD, a lei nº 13.853, de 2019 (BRASIL, 2019) passou a dispor que em nenhum caso a totalidade dos dados pessoais de banco de dados de que trata o inciso III do *caput* deste artigo poderá ser tratada por pessoa de direito privado, salvo por aquela que possua capital integralmente constituído pelo poder público.

Encerrado o exame a respeito da Lei Geral de Proteção de Dados, outro dispositivo merecedor de maior detalhamento, em especial para que seja possível a correlação entre as velocidades do Direito Penal de Jesús María Silva Sánchez e a tecnologia a partir do ambiente normativo brasileiro diz respeito à Política Nacional de Segurança da Informação - PNSI.

A Política Nacional de Segurança da Informação, instituída através do Decreto nº 9.637/2018 (BRASIL, 2018), foi responsável por revogar o Decreto nº 8.135/2013 (BRASIL, 2013), estabelece não apenas as bases, coordenada pelo Gabinete de Segurança Institucional, como também foi responsável por gerar mudanças de maior impacto consistente na revogação integral do Decreto 8.135/2013 (BRASIL, 2013).

O Decreto nº 8.135/2013 (BRASIL, 2013) estabelecia as condições de contratação de infraestrutura de comunicação de dados pelo governo, e em um dos seus dispositivos, possibilitava às empresas públicas e sociedades de economia mista (incluindo a Telebrás) a prerrogativa de fornecer estrutura de comunicação ao próprio governo sem a necessidade de licitação.

Para que se tenha uma dimensão das alterações promovidas pelo Decreto nº 9.637/2018 (BRASIL, 2018), o disposto no decreto revogado possibilitou à Telebrás, na época, a celebração de uma série de contratos com órgãos públicos.

No tocante à política de segurança em si (PNSI), o Decreto nº 9.637/2018 (BRASIL, 2018) dispõe que essa tem por objetivo principal "assegurar a disponibilidade, a integridade, a confidencialidade e a autenticidade da informação a nível nacional" para os órgãos da administração pública federal no que se refere à a segurança cibernética; a defesa cibernética; a segurança física e a proteção de dados organizacionais; e "ações destinadas a assegurar a disponibilidade, a integridade, a confidencialidade e a autenticidade da informação".

No tocante aos princípios da PNSI, cumpre destacar que esses estão desde a soberania nacional e o "respeito e promoção dos direitos humanos e das garantias fundamentais, em especial a liberdade de expressão, a proteção de dados pessoais, a proteção da privacidade e o acesso à informação" até o "dever dos órgãos, das entidades e dos agentes públicos de garantir o sigilo das informações imprescindíveis à segurança da sociedade e do Estado e a inviolabilidade da intimidade da vida privada, da honra e da imagem das pessoas". Como princípios, o decreto também estabelece o conceito de "need to know" para o acesso à

informação sigilosa, o "consentimento do proprietário da informação sigilosa recebida de outros países, nos casos dos acordos internacionais" entre outros.

Outro ponto que merece destaque é aquele relacionado à execução da política nacional de segurança da informação. Com o intuito de possibilitá-la, foi criado o Comitê Gestor de Segurança da Informação, órgão composto por todos os ministérios e secretarias especiais do governo.

No desenrolar cotidiano do referido decreto, o Comitê Gestor de Segurança da Informação é o responsável por assessorar o Gabinete de Segurança Institucional. Já ao GSI cabe "estabelecer norma sobre a definição dos requisitos metodológicos para a implementação da gestão de risco dos ativos da informação pelos órgãos e pelas entidades da administração pública federal"; "aprovar diretrizes, estratégias, normas e recomendações"; "elaborar e publicar a Estratégia Nacional de Segurança da Informação, em articulação com o Comitê Interministerial para a Transformação Digital, criado pelo Decreto nº 9.319, de 21 de março de 2018"; "propor a edição dos atos normativos necessários à execução da PNSI" e; "estabelecer os requisitos mínimos de segurança para o uso dos produtos que incorporem recursos de segurança da informação, de modo a assegurar a disponibilidade, a integridade, a confidencialidade e a autenticidade da informação e garantir a interoperabilidade entre os sistemas de segurança da informação, ressalvadas as competências específicas de outros órgãos". A implementação da Política Nacional de Segurança da Informação caberá a cada órgão da administração, notadamente da Defesa no caso de segurança Nacional.

Dando sequência a exploração das legislações existentes no Brasil e que tratem, desde a proteção de dados a aspectos relativos à Segurança Cibernética, oportuno destacar os principais pontos da Estratégia Nacional de Segurança Cibernética.

A Estratégia Nacional de Segurança Cibernética (ENSC) foi trazida ao ordenamento através do Decreto nº 10.222, de 06 de fevereiro de 2020 (BRASIL, 2020). Antes de analisar as disposições legislativas pertinentes, cumpre destacar o contexto que existia quando de sua elaboração. De acordo com o diagnóstico feito e presente no próprio texto introdutório, o Brasil ocupa o 66º lugar no ranking da Organização das Nações Unidas - ONU de tecnologia da informação e comunicação apenas 11% (onze por cento) dos órgãos federais possuem bom nível em governança de TI; o Brasil ocupa o 70º lugar no *Global Security Index*, da UIT, 74,9%

dos domicílios, o que corresponde a 116 milhões de pessoas, possuem acesso à internet, 98% (noventa e oito por cento) das empresas utilizam a *internet*, todos os órgãos federais e estaduais utilizam a internet, em 2017, foram setenta milhões e quatrocentas mil vítimas de crimes cibernéticos, em 2018, 89% (oitenta e nove por cento) dos executivos foram vítimas de fraudes cibernéticas, as questões de segurança desestimulam o comércio eletrônico, em 2017, os crimes cibernéticos resultaram em US\$ 22.500.000.000,00 (vinte e dois bilhões e quinhentos milhões de dólares) de prejuízo, e o Brasil é o 2º país com maior prejuízo com ataques cibernéticos.

O Decreto, que entrou em vigor na data de sua publicação, estabelece as medidas de cibersegurança a serem adotadas por todos os órgãos e entidades da administração pública federal, conforme estava previsto no inciso I do art. 6º do Decreto nº 9.637/2018 (BRASIL, 2018), Decreto responsável pela criação da Política Nacional de Segurança da Informação.

A estratégia relativa à execução da Política Nacional de Segurança da Informação, denominada E-Ciber, tem por meta a implantação de diretrizes de caráter macro que servirão como a base a possibilitar que tanto o setor público, o setor produtivo e a sociedade possam usufruir de um espaço cibernético “resiliente, confiável, inclusivo e seguro”.

A partir da estruturação desse ambiente, a ENSC visa "tornar o Brasil mais próspero e confiável no ambiente digital; aumentar a resiliência brasileira às ameaças cibernéticas; e fortalecer a atuação brasileira em segurança cibernética no cenário internacional".

Para que a implementação da estratégia seja possível, foram criados os eixos temáticos relativos à proteção e à segurança, à governança da segurança aquela relativa à cibernética nacional, o universo conectado e seguro e a proteção estratégica.

Todo esse conjunto de eixos temáticos possui, como diretriz estruturante, a análise dos elementos considerados "transformadores", como a dimensão normativa, a P&D&I, a dimensão internacional e parcerias estratégicas e a educação.

Com o intuito de garantir a implementação e execução de um modelo centralizado, no âmbito nacional, foi criado o conselho nacional de segurança cibernética. Outro ponto importante diz respeito à função de coordenação da cibersegurança em âmbito nacional, ficando

essa a cargo do Gabinete de Segurança Institucional (GSI), da Presidência da República, alinhado a ações do Ministério da Defesa.

No tocante ao ambiente de interação dos agentes interessados/responsáveis por auxiliar na implementação da cibersegurança, a ENSC adota como diretriz um ambiente participativo, colaborativo, confiável e seguro entre setor público, privado e sociedade.

No tocante ao nível de proteção do governo e das infraestruturas críticas, além da pretensão de elevação, a ENSC, considerando o uso de dispositivos seguros e *endpoints* nas organizações públicas; tomou por objetivo aprimorar o arcabouço legal sobre o tema; incentivar soluções inovadoras; ampliar a cooperação internacional e a parceria entre setor público, privado, academia e sociedade; e elevar o nível de maturidade da sociedade, tudo isso através de campanhas de conscientização e capacitação.

Vale notar que o decreto cita em sua abordagem de governança os centros estatais e privados de tratamento e resposta aos incidentes cibernéticos, como o CERT.br, de responsabilidade nacional; e o CINTR/Dataprev, GRA/Serpro (ambas na lista de privatizações) e CSIRT/Prodesp como centros de infraestrutura de telecomunicações. Do poder público, cita o CTIR Gov do Executivo, GRIS-CD do Legislativo, e GATI, CLRI e TRF-3 do Judiciário. O texto coloca que o CTIR Gov, como órgão central do governo que deve ser "fortalecido" e outorgado com atuação em âmbito nacional.

Nesse sentido, vale destacar que a plataforma E-Ciber já havia sido colocada em consulta pública em setembro do ano de 2019, constituindo no primeiro módulo da Estratégia Nacional de Segurança da Informação (ENSI), prevista na Política Nacional de Segurança da Informação (PSNI) instituída no Decreto de 2018, o que demonstra, em uma primeira leitura, que referida estratégia tem, e muito, a avançar.

Por fim, a lei 12.850/2013, dentre outras técnicas especiais de investigação, passou a disciplinar, diante das reformas trazidas pela Lei n. 13.964/2019, a infiltração de agentes virtual no art. 10-A.

A infiltração de agentes virtual será, de acordo com o referido dispositivo, admitida e consistirá na ação de agentes de polícia infiltrados, obedecidos os requisitos do *caput* do art.

10, na *internet*, com o fim de investigar os crimes previstos na aludida Lei e a eles conexos, praticados por organizações criminosas, desde que demonstrada sua necessidade e indicados o alcance das tarefas dos policiais, os nomes ou apelidos das pessoas investigadas e, quando possível, os dados de conexão ou cadastrais que permitam a identificação dessas pessoas.

Na sequência, o § 1º dispõe sobre o que deve ser compreendido por dados de conexão e dados cadastrais, devendo os primeiros serem considerados como sendo, a partir da leitura do inciso I, informações referentes a hora, data, início, término, duração, endereço de Protocolo de Internet (IP) utilizado e terminal de origem da conexão. Já os dados cadastrais, conforme descrito no inciso II do mesmo dispositivo, são as informações referentes a nome e endereço de assinante ou de usuário registrado ou autenticado para a conexão a quem endereço de IP, identificação de usuário ou código de acesso tenha sido atribuído no momento da conexão.

Na sequência, o § 2º disciplina que na hipótese de representação do delegado de polícia, o juiz competente, antes de decidir, ouvirá o Ministério Público sendo admitida a infiltração, de acordo com o § 3º se houver indícios de infração penal de que trata o art. 1º desta Lei e se as provas não puderem ser produzidas por outros meios disponíveis.

O § 4º, por sua vez, destaca que a infiltração será autorizada pelo prazo de até 6 (seis) meses, sem prejuízo de eventuais renovações, mediante ordem judicial fundamentada e desde que o total não exceda a 720 (setecentos e vinte) dias e seja comprovada sua necessidade.

Dando continuidade, o § 5º traz a ideia de que, findo o prazo previsto no § 4º deste artigo, o relatório circunstanciado, juntamente com todos os atos eletrônicos praticados durante a operação, deverá ser registrado, gravado, armazenado e apresentado ao juiz competente, que imediatamente cientificará o Ministério Público.

Sobre o relatório da atividade de infiltração, o § 6º disciplina que, no curso do inquérito policial, o delegado de polícia poderá determinar aos seus agentes, e o Ministério Público e o juiz competente poderão requisitar, a qualquer tempo, relatório da atividade de infiltração.

Por fim, o § 7º disciplina que é nula a prova obtida sem a observância do disposto neste artigo.

#### 2.4.2 O *dataveillance* na Legislação brasileira: análise crítica

Em relação à Lei Geral de Proteção de Dados foi visto no tópico anterior que trata-se de legislação responsável pela proteção de dados pessoais, bem como pela alteração da Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, Marco Civil da *Internet* (BRASIL, 2014)<sup>135</sup>.

Além disso, foi possível concluir que a proteção de dados tem relevo não apenas com a edição da referida norma, como também em outros Países. Na Europa, foi editado o *General Data Protection Regulation* (GDPR), o qual passou a ser obrigatório em 25 de maio de 2018 (EUROPA, 2018) e aplicável na União Europeia (UE). Em solo norte-americano, foi editado o *California Consumer Privacy Act of 2018* (CCPA), aprovado em 28 de junho de 2018 (AB 375) (EUA, 2018).

Como se não bastasse, a partir da doutrina, foi destacado que “a LGPD se inspira, em primeiro lugar, no conceito que ficou conhecido como o modelo europeu de proteção de dados, amparado na Convenção do Conselho da Europa 108 de 1981, na Diretiva 46/95/CE e no Regulamento Geral de Proteção de Dados (Regulamento 2016/679)” (DONEDA, SCHERTEL, 2019).

Nesse ponto, o contexto no qual o projeto de lei sobre a proteção de dados foi aprovado pelo Poder Legislativo brasileiro foi decisivo para a respectiva tramitação célere. Como se não bastasse a aglutinação de outras propostas que há muito tempo vinham tramitando paralelamente sobre o tema (cuja atualidade é discutível), escândalos mundialmente famosos envolvendo a segurança de dados como o ocorrido na mídia social *Facebook*<sup>136</sup> também trouxeram visibilidade para o assunto.

De acordo com Danilo Doneda, foi possível “identificar cinco eixos principais da Lei Geral de Proteção de Dados em torno dos quais a proteção do titular de dados se articula: i) unidade e generalidade da aplicação da Lei; ii) legitimação para o tratamento de dados (hipóteses autorizativas); iii) princípios e direitos do titular; iv) obrigações dos agentes de tratamento de dados e v) responsabilização dos agentes” (DONEDA, SCHERTEL, 2019).

---

<sup>135</sup> Enquanto escrevia a presente tese, em 03.08.2020, foi encaminhado pelo Presidente do Brasil comunicação ao Congresso Nacional a respeito da Convenção de Budapeste, documento que trata da adesão do país a um modelo internacional de combate ao crime cibernético, para ratificação.

<sup>136</sup> Em resumo, o Facebook exibiu milhões de contas à empresa de dados Cambridge Analytic, um escândalo que só foi confirmado por recentes notícias, trazendo a informação de que gigantes da tecnologia compartilhavam ainda mais dados confidenciais (BURT, 2019).

Foi possível, ainda, a partir desse rol, inicialmente, que a Lei Geral de Proteção de Dados seria aplicável à jurisdição penal no que diz respeito a unidade e generalidade de sua aplicação, ou seja, a Lei Geral de Proteção de Dados possui características de uma Lei Geral<sup>137</sup>. Essa aplicabilidade potencial, entretanto, não foi concretizada quando da análise do art. 4 que expressamente dispõe não ser aplicável o diploma normativo em análise nas atividades de investigação e repressão de infrações penais.

Além da sua não aplicabilidade ao Direito Penal e Processo Penal, a Lei Geral de Proteção de Dados nada menciona sobre *dataveillance*, ainda que em sentido amplo, ou seja, como técnica de monitoramento de metadados aplicável aos outros ramos do Direito como Direito Civil, Empresarial, Consumidor, Eleitoral, etc.

No tocante à Política Nacional de Segurança da Informação, instituída pelo Decreto nº 9.637, de 2018 (BRASIL, 2018), foi possível concluir que, a partir da leitura de seu art. 2º, referida política tem abarcado no conceito de segurança da informação a 1) segurança cibernética, 2) a defesa cibernética, 3) a segurança física e a proteção de dados organizacionais e 4) as ações destinadas a disponibilidade, a integridade, a confidencialidade e a autenticidade da informação, o que poderia fazer com que o *dataveillance* estivesse ali inserido. Além disso, a partir da leitura do art. 3º, II e X, do Decreto nº 9.637/2018 (BRASIL, 2018), foi possível destacar que consta como parte dos princípios da PNSI o 1) respeito e promoção dos direitos humanos e das garantias fundamentais, em especial a liberdade de expressão, a proteção de dados pessoais, a proteção da privacidade e o acesso à informação e a 2) articulação entre as ações de segurança cibernética, de defesa cibernética e de proteção de dados e ativos da informação.

No tocante aos objetivos, foi possível inferir que a segurança dos dados custodiados por entidades públicas deve ser orientada através de ações envolvendo todos as personagens da cadeia gestora dos dados e ali previstas, disposição presente no art. 4º, VI, “a”, da PNSI. Já o art. 6º, caput e V, dispõem, respectivamente, que a Estratégia Nacional de Segurança da Informação conterà as ações estratégicas e os objetivos relacionados à segurança da informação,

---

<sup>137</sup>Sobre o tema, Doneda: “O primeiro eixo diz respeito ao âmbito de aplicação material da Lei, caracterizado pela generalidade e unidade: a Lei concentra-se na proteção dos dados do cidadão, independentemente de quem realiza o seu tratamento, aplicando-se, assim, tanto aos setores privado e público, sem distinção da modalidade de tratamento de dados (art. 3o). O seu âmbito de aplicação abrange também o tratamento de dados realizado na Internet, seja por sua concepção de Lei geral, seja por disposição expressa de seu art. 1o. Essas são características fundamentais em uma Lei geral, que permitem a segurança do cidadão quanto aos seus direitos independentemente da modalidade de tratamento de dados e quem o realize, bem como proporciona isonomia entre os diversos entes que tratam dados, o que facilita o seu fluxo e utilização legítimos”.



em consonância com as políticas públicas e os programas do Governo federal, e será dividida nos seguintes módulos, entre outros, a serem definidos no momento de sua publicação sobre a proteção contra vazamento de dados.

Nessa assentada, o art. 17, IV, alíneas a, b, c e d, da PNSI, dispõe, respectivamente, que Compete à alta administração dos órgãos e das entidades da administração pública federal a governança da segurança da informação, e especialmente priorização da interoperabilidade de tecnologias, processos, informações e dados, com a promoção a integração e do compartilhamento dos ativos de informação do Governo federal ou daqueles sob sua custódia, da uniformização e da redução da fragmentação das bases de informação de interesse do Governo federal e da sociedade, da integração e do compartilhamento das redes de telecomunicações da administração pública federal direta, autárquica e fundacional; e; da padronização da comunicação entre sistemas. Entretanto, a leitura de toda a sua extensão demonstra, infelizmente, que nada foi expresso, especificamente sobre metadados, muito menos sobre o *dataveillance* aqui estudado.

Sobre a lei 12.850/2013 (BRASIL, 2013), foi destacado o instituto da infiltração de agentes virtual, acrescida pela Lei n. 13.964/2019 (BRASIL, 2019) e prevista no art. 10-A. A primeira observação que deve ser feita diz respeito ao escopo “alargado” da aplicação da norma, pois, de acordo com o caput, do art. 10-A, depreende-se que seria aplicável não apenas aos delitos de organização criminosa como aos correlatos.

Ora, a própria complexidade das organizações criminosas, diante da inexistência de filtros mais específicos sobre a extensão e compreensão do termo “correlatos” poderá gerar um poder de investigação para as agências punitivas nunca antes visto. Deveria o legislador, nesse ponto, portanto, ter descrito ao menos critérios ao invés de usar genericamente o termo “conexos” ou, no mínimo, fazer remissão expressa ao texto do Código de Processo Penal sobre o tema.

Além disso, a própria definição do que sejam considerados dados de conexão e dados cadastrais, previstas, respectivamente, nos incisos I e II, do § 1º, do art. 10-A, nos permite concluir que os chamados e conceituados metadados, como fluxo discreto e periférico de dados, não foi enfrentado. O receio aqui, para ser objetivo e claro, é o de que a análise dos fluxos de metadados seja feita com base em cláusulas genéricas como aquela prevista no art. 6, do CPP

algo que, igualmente, diante da dificuldade natural de fiscalização, poderá ensejar arbítrios no exercício da persecução penal, mais especificamente, nas tarefas investigativas.

As reflexões trazidas neste momento são importantes, pois, diante da utilização, em tese, de cláusulas abertas como aquela prevista no art. 6, do CPP (BRASIL, 1941), será praticamente impossível a aplicação prática da diretriz importante prevista no § 7º, do art. 10-A, dispositivo que considera nula a prova obtida sem a observância do disposto neste artigo. Quanto maior for o detalhamento e especificação dos critérios, mais atentos estarão os atores do processo penal para, justamente, evitar a defraudação de direitos fundamentais do (a) acusado (a).

Ainda que não esteja em vigor atualmente, importante refletir sobre o PL 2630/2020 (BRASIL, 2020), Projeto de Lei que tramita atualmente na Câmara dos Deputados e que cujo objetivo é o de instituir a Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na *Internet*.

Entre as normas, diretrizes e mecanismos de transparência para provedores de redes sociais e de serviços de mensageria privada, chama a atenção, para fins de estudo na presente tese, o art. 10. Referido dispositivo dispõe que os serviços de mensageria privada devem guardar os registros dos envios de mensagens veiculadas em encaminhamentos em massa, pelo prazo de 3 (três) meses, resguardada a privacidade do conteúdo das mensagens, ou seja, devem guardar metadados relacionados às respectivas mensagens.

O § 1º, por sua vez, considera como encaminhamento em massa o envio de uma mesma mensagem por mais de 5 (cinco) usuários, em intervalo de até 15 (quinze) dias, para grupos de conversas, listas de transmissão ou mecanismos similares de agrupamento de múltiplos destinatários.

Uma primeira problemática, aqui, diz respeito ao fato de que serão tomadas medidas invasivas (ainda que em menor grau, por envolver metadados), em desfavor de pessoas físicas que representem um conjunto superior à 5 indivíduos, não especificando a lei se tais indivíduos devam estar em conluio ou, ainda, se teriam conhecimento um dos outros. Ou seja, diante da atual redação, a lei permite o armazenamento indiscriminado de metadados relativos às mensagens e, de forma mais preocupante, à identificação dos indivíduos.

O § 2º, ao se referir sobre os registros de que trata o *caput*, dispõe que esses devem conter a indicação dos usuários que realizaram encaminhamentos em massa da mensagem, com data e horário do encaminhamento e o quantitativo total de usuários que receberam a mensagem.

Aqui, chama a atenção algo que não parece correto em um primeiro olhar: sob a égide do armazenamento de metadados, a lei gera um dever de armazenamento dos dados (identificação) dos emitentes das mensagens em massa. De um lado, serviços de mensageria privada certamente terão dificuldades de executar, com precisão tal ordem. Do outro, pessoas terão, independentemente do contexto, os metadados de suas mensagens, bem como sua identificação, registrados em bancos infundáveis de informações.

Na sequência, o § 3º disciplina que o acesso aos registros somente poderá ocorrer com o objetivo de responsabilização pelo encaminhamento em massa de conteúdo ilícito, para constituição de prova em investigação criminal e em instrução processual penal, mediante ordem judicial, nos termos da Seção IV do Capítulo III da Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (BRASIL, 2014). Em que pese melhorar, em parte, o problema destacado no parágrafo anterior, o armazenamento de ofício, bem como as possibilidades de vazamento, é preocupante.

Por fim, o § 4º destaca que a obrigatoriedade de guarda prevista neste artigo não se aplica às mensagens que alcançarem quantitativo total inferior a 1.000 (mil) usuários, devendo seus registros ser destruídos nos termos da Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 (BRASIL, 2018). Neste ponto, a lei poderia ter estabelecido, além do número de usuários, o lapso temporal envolvendo o percurso da mensagem, pois, não raras vezes, mensagens em massa antigas, retornam a depender do contexto e alcançam número superiores, usando como parâmetro o número disciplinado na lei, 1.000 usuários. No mínimo, o período de tempo disposto no *caput*, de 15 dias, não se mostra suficiente para tal finalidade.

### 3. A PERSECUÇÃO PENAL BRASILEIRA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Compreendida as bases do expansionismo penal, o seu desenvolvimento e críticas passando, na sequência, pelo panorama legislativo envolvendo a proteção de metadados, com destaque para o conceito que se pretende para o *dataveillance*, importante, a partir dessas informações partir para o exame do direito punitivo brasileiro à luz da Constituição Federal de 1988, com enfoque em dois direitos do acusado, a saber: 1) direito ao silêncio e 2) privacidade na era digital.

#### 3.1 Considerações preliminares

Até a análise que ora se pretende a respeito do direito punitivo brasileiro à luz da Constituição Federal de 1988, oportuno traçar um breve paralelo com os demais capítulos trabalhados até então<sup>138</sup>.

No primeiro capítulo, com o intuito de compreender a extensão, conceito e reflexos na realidade brasileira do Expansionismo penal, conceitos iniciais importantes como os da sociedade pós-industrial, a pós-modernidade e a modernidade tardia brasileira foram analisados.

A doutrina do expansionismo penal teve por base a tese desenvolvida por Jesús-María Silva Sánchez, estudo no qual as três primeiras velocidades foram explicadas.

Mais adiante, a partir dos estudos de Daniel Pastor, foi destacada, igualmente, a 4ª velocidade do Direito Penal. A presente tese, dentre outros objetivos, portanto, pretende demonstrar a chamada 5ª velocidade do Direito Penal.

A referida comprovação (da 5ª velocidade do Direito Penal) será testada a partir da correlação entre Direito Penal e tecnologia, ou seja, a partir de sua utilização e previsão legal no combate não apenas repressivo como, e principalmente, preventivo de delitos.

Na sequência do trabalho, no segundo capítulo, foi analisada a ferramenta conhecida por *dataveillance*, conceituada como mecanismo tecnológico apto a monitorar os chamados metadados do indivíduo.

A partir do conceito de *dataveillance* foi realizado estudo a respeito da proteção, seja

---

<sup>138</sup> Nesse ponto, importante esclarecer ao leitor que, em que pese concordar com a doutrina (BORGES, 2020) que separa as atividades de investigação daquelas de inteligência policial, referido debate não é o foco do presente capítulo.

de dados, seja, e principalmente, de metadados tanto no Direito Comparado como no Brasil.

Nesse aspecto, a legislação relativa ao tema e existente na União Europeia e Estados Unidos da América foram analisadas. No Brasil, a análise ocorreu em relação à Lei de Interceptação telefônica, a Lei Geral de Proteção de Dados, a Política Nacional de Segurança da Informação e a Estratégia Nacional de Segurança Cibernética, momento no qual foi possível extrair que não há a previsão expressa sobre esse mecanismo.

Mais do que isso, foi possível concluir que o foco de exame tanto das legislações estrangeiras como o da legislação brasileira diz respeito ao dado em si, ponto de partida diverso, portanto, dos metadados próprio da ferramenta do *dataveillance*.

### **3.2 Direitos Fundamentais aplicáveis ao exame da quinta velocidade do Direito Penal: intimidade na sociedade da informação vs direito ao silêncio (*nemo tenetur se detegere*)**

A análise da quinta velocidade do Direito Penal, nesse momento, perpassa, para além de uma íntima correlação com o Processo Penal, o exame do brocardo clássico da proibição de produção probatória contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*) e os seus reflexos na atual sociedade da informação, mais especificamente, no que diz respeito às possibilidades de persecução penal, o *dataveillance* e o direito à intimidade na sociedade da informação.

#### 3.2.1 Direitos fundamentais em perspectiva

Apesar da importância da *Virgínia Bill of Rights* (1776), da *Déclaration des Droits de l'Homme et Du Citoyen*, da *Magna Charta Libertatum* (1215) e dos demais documentos de franquia concedidos na Espanha, Portugal, Hungria, Polónia e Suécia compartilhamos a opinião de Paulo Farias (FARIAS, 2005, p.162) no sentido de que a “primeira realização concreta dos direitos humanos vem bem depois da Idade Antiga”.

Neste viés, tendo como ponto (incipiente) de partida o direito comunal europeu, fundado na liberdade e na igualdade, passando pela concepção jusnaturalista, pelas doutrinas contratualistas (de Hobbes, Locke e Rousseau), pelos direitos dos ingleses (*Petition of Rights*, *Habeas Corpus Act* em 1679 e *Bill of Rights* em 1688), pela Revolução Americana e pela Revolução Francesa com a consequente queda do absolutismo é possível vislumbrar um avanço social no sentido de serem garantidos aos cidadãos o direito à propriedade, a igualdade formal (perante a lei), a liberdade de religião, entre outros direitos onde Estado é obrigado a não intervir na vida privada das pessoas (FARIAS, 2005).

Nesse sentido, os direitos fundamentais de primeira geração, surgidos no final do século XVIII, representam, na perspectiva da doutrina, “limites para a atuação dos governantes, em prol da liberdade dos governados” (DIÓGENES JÚNIOR, 2014, p.6).

Nota-se, diante de reflexão realizada a partir dos pressupostos teóricos e históricos dos direitos fundamentais de primeira geração que existia, principalmente na Europa, corrente liberal que acabou virando sinônimo de individualismo. Tal característica serviu como mola propulsora de inúmeras e graves desigualdades sociais, pano de fundo ideal para a construção de uma nova geração de direitos fundamentais, qual seja: direitos fundamentais de segunda geração.

Neste aspecto, não era mais possível manter o individualismo na Europa, o qual gerou preocupantes desigualdades sociais sendo, de um lado, uma minoria detentora dos meios de produção e, do outro, vasta maioria explorada pela excessiva carga horária de trabalho, pelas péssimas condições em seu exercício, dentro diversos outros aspectos (FARIAS, 2005, p.178).

Conseqüentemente, diante deste contexto fático, oportuno destacar que os direitos de segunda geração podem ser considerados como um aperfeiçoamento do princípio da justiça social. Além disso, simbolizam as reivindicações das classes oprimidas, em uma espécie de compensação, devido à desigualdade extremada que caracterizava as relações com a classe dominante, no caso, a classe empregadora (SARLET, 2012, p. 50).

Com o passar dos anos a figura do homem-indivíduo fica em segundo plano sendo ressaltada, por derradeiro, a humanidade como algo a ser priorizado (humanidade simbolizando o homem visto como um todo). Vale aqui a ressalva de que a doutrina qualifica como direitos dos povos (FARIAS, 2005, p.180).

Os direitos de terceira geração, portanto, dizem respeito a direitos que tutelam não apenas um único indivíduo e sim um grupo ou determinado Estado. Nesta perspectiva revela-se a tutela ao meio ambiente, ao desenvolvimento, à autodeterminação, à participação no patrimônio da humanidade entre outros (FARIAS, 2005, p.180).

Na visão da doutrina, simbolizam direitos dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, direitos esses que, no fim do século XX, possuem como destinatário o gênero humano em si mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta (BONAVIDES, 2006, p. 569).

Dando continuidade ao tema, em que pese a divergência quanto ao conteúdo (enquanto Norberto Bobbio (BOBBIO, 1992) relaciona os Direitos Fundamentais de quarta geração àqueles relacionados à engenharia genética a academia, por exemplo, vislumbra os direitos de quarta geração como sendo aqueles relacionados à informação e ao pluralismo) boa

parte da Doutrina entende plausível a existência dos direitos de quarta geração, principalmente, em detrimento do fenômeno da globalização (BONAVIDES, 2006).

Encerrando a breve exposição das gerações dos direitos fundamentais existe posicionamento doutrinário defendendo (SAMPAIO, 2002) a existência da denominada quinta geração de direitos fundamentais ressaltando este último o direito à paz como o principal foco em face dos acontecimentos que vem perturbando o mundo (ex: atentado ocorrido em 11 de setembro de 2001 nos Estados Unidos (HONESKO, 2008)).

Acrescentando ao rol apontado acima de direitos fundamentais, vale o destaque, Paulo Farias menciona o direito a sistemas informatizados como sendo pertencente à quinta geração.

### 3.2.2 Direito à privacidade x direito à intimidade

Nesse ponto, importante diferenciar o direito à privacidade daquele relativo a intimidade, em especial, diante da análise posterior de suas conformações à sociedade de informação.

Sobre o segundo direito, vale destacar que apesar de ser quase sempre considerado como sinônimo do direito à privacidade tal constatação não pode ser utilizada para os fins do presente trabalho uma vez que nos termos da Constituição “o inciso X do art.5º separa intimidade de outras manifestações da privacidade: vida privada, honra e imagem das pessoas” (SILVA, 2009, p. 206).

Nesta perspectiva, destaca-se que a privacidade deve ser vista sob uma perspectiva ampla, uma vez que “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 planos futuros do indivíduo” (OLIVEIRA, 1980, p. 50).

Diante de tal cenário, a privacidade reflete “o conjunto de informação acerca do indivíduo que ele pode decidir manter sob seu exclusivo controle, ou comunicar, decidindo a quem, quando, onde e em que condições, sem a isso poder ser legalmente sujeito” (PEREIRA, 1980, p. 40).

Já a intimidade pode ser definida como sendo a “esfera secreta da vida do indivíduo na qual este tem o poder legal de evitar os demais” (DOTTI, 1980, p. 69).

Em caminho semelhante, tratando a intimidade como algo mais restrito dentro da

privacidade, Adriano de Cupis define a intimidade como o modo de ser da pessoa que consiste na exclusão do conhecimento de outrem de quanto se refira à pessoa mesma (CUPIS, 1969, p. 115).

### 3.2.3 Intimidade na sociedade da informação

Após a descrição das gerações dos direitos fundamentais e dos conceitos de direito à privacidade e intimidade, oportuno, ante o referido contexto, analisar a intimidade da pessoa humana na sociedade da informação, em especial, os principais contornos e aspectos controversos.

O presente tópico, tomando por base o estudo de Rafael Santos de Oliveira, Bruno de Barros e Marília Pereira (2017), pretende analisar quais são os limites para a proteção da vida privada na internet para, em seguida, correlaciona-lo com a garantia do *nemo tenetur se detegere*.

O ponto de partida do presente tópico, até para que seja possível correlaciona-lo, mais a frente, com o restante da tese, diz respeito ao surgimento das Tecnologias da Informação e Comunicação – TIC.

As TIC's surgiram no contexto da modernidade, como importante ferramenta de transformação da sociedade industrial para a sociedade informacional.

Sobre o tema, Castells (1996, p.46) destaca que o “emprego dos termos sociedade informacional e economia informacional tenta caracterização mais precisa das transformações atuais, além da sensata observação de que a informação e os conhecimentos são importantes para nossas sociedades”.

A sociedade informacional, em síntese, é caracterizada por uma nova morfologia social, ou seja, trata-se de uma sociedade em rede, tornando possível igualmente concluir que foi responsável por mudanças de índole econômica, social, política e cultural.

Outro termo importante para o tema e que não pode ser confundido com sociedade informacional diz respeito à revolução informacional. O segundo conceito diz respeito ao “poder econômico pelo domínio da informação, conjugado ao aprimoramento dos meios de comunicação, possibilitando o acesso coletivizado da informação” (2017, p. 565).

Sobre o aspecto cultural próprio das sociedades contemporâneas, Orth destaca que as



relações de vida, estudo, trabalho e capital estão mudando rápida e constantemente como nunca antes na história humana (2002, p.22).

Ney Jr. (2002) destaca algo que serve de ponto de partida para uma das reflexões da presente tese quando afirma que “a atual revolução da informação se baseia nos rápidos avanços tecnológicos do computador, das comunicações e do software, que por sua vez, conduziram a extraordinárias reduções no custo do processamento e da transmissão da informação”.

Ora, voltando aos questionamentos presentes no estudo que ora é proposto, os rápidos avanços tecnológicos serviriam, juridicamente falando, como ponto intransponível e que, ao mesmo tempo, sirva, para a redução das garantias do acusado ao longo do processo penal?

Não se discute que o trabalho, na sociedade informacional, parte do cérebro, sendo, aquele realizado anteriormente de maneira braçal, substituído por máquinas (DERTOUZOS, 1997), até mesmo porque, “a transferência para as máquinas de um novo tipo de funções cerebrais abstratas encontrasse no cerne da Revolução informacional” (LOJIKINE, p. 1995).

Dentro desse cenário, será que a produção probatória braçal, por parte do Estado, poderia, ao longo do tempo, deixar de ser braçal, passando a ser executada por máquinas? Garantias de imparcialidade na investigação ou mecanismo de autoritarismo digital?

Propositadamente, as questões colhidas ao longo da tese serão respondidas nas conclusões, em especial, para que seja verificada a unicidade do trabalho ora proposto.

Retornando ao estudo da intimidade na sociedade da informação, mais especificamente sobre a *internet* como o ápice da sociedade informacional, “os primeiros estágios do uso da internet, na década de 1980, foram anunciados como a chegada de uma nova era de comunicação livre e realização pessoal nas comunidades virtuais formadas em torno da comunicação mediada pelo computador” (CASTELLS, 2003, p. 100).

Correlacionando a falta de liberdade com o aprimoramento das tecnologias, Habermás (2006, p. 49) realiza importantes ponderações, *in verbis*:

Hoje, a dominação eterniza-se e amplia-se não só mediante a tecnologia, mas como a tecnologia; e esta proporciona a grande legitimação ao poder político expansivo, que assume em si todas as esferas da cultura. Neste Universo, a tecnologia proporciona igualmente a grande racionalização da falta de liberdade do homem e demonstra a impossibilidade “técnica” de ser autônoma, de determinar pessoalmente a sua vida. Com efeito, esta falta de liberdade não surge nem irracionalmente nem como política, mas antes como sujeição ao aparelho técnico que amplia a comodidade da vida e intensifica a produtividade do trabalho. A racionalidade tecnológica protege assim antes a legalidade da dominação em vez de a eliminar e o horizonte instrumentalista

da razão abre-se uma sociedade totalitária de base racional.

Um dos pontos centrais, a partir da reflexão feita por Habermás, diz respeito a aferir até que ponto a racionalidade tecnológica, em desacordo com o sistema de garantias processuais existentes no sistema jurídico brasileiro, servirá como mais um subterfúgio apto a legalizar a dominação do Estado, quando da realização da persecução penal, ao invés, justamente, de otimizar o procedimento e acabar com eventuais ilegalidades no campo jurídico, ou seja, como instrumento apto a reforçar uma “sociedade totalitária de base racional”.

Outro problema que deve ser colocado diz respeito à persecução penal do Estado realizada na internet, ambiente caracterizado por Gonçalves (2003, p. 138) como sendo algo invisível, intangível e intercomunicável.

O tema ganha contornos ainda mais graves quando, de um lado, “o processamento de informações pelo computador deu origem aos movimentos legislativos e judiciais de proteção de direitos sobre a informação e a regulação do acesso e uso”, entretanto, do outro, restringe cada vez mais garantias penais e processuais do acusado no Direito Brasileiro, conforme destacado acima, exemplificativamente, a partir do pacote anticrime, responsável por alterar diversos diplomas normativos.

Outro ponto importante a ser destacado diz respeito a classificação, em esferas pública e privada, da internet. Habermás, sobre a esfera pública, pondera que pode ser “descrita como uma rede adequada para a comunicação de conteúdo, tomada de decisões e opiniões; nela os fluxos comunicacionais são filtrados e sintetizados, a ponto de se condensarem em opiniões públicas enfeixadas em tempos específicos” (1997, p.92).

O próprio conceito traz consigo dificuldades como a de delimitar o que seriam os chamados por Habermás de “fluxos comunicacionais”, bem como os limites e abrangência dos filtros e mecanismos de síntese.

Isso tudo porque, de forma didática, os filtros dos fluxos comunicacionais são feitos, de modos diversos, por cada pessoa quando da utilização da *internet* e das mídias sociais. Não à toa, a comunicação na *internet* gera, diariamente, vários problemas nas mais diversas esferas do poder judiciário (cível, penal, etc).

Traçados os paralelos iniciais, importante destacar que, diferentemente de outros direitos fundamentais, o direito à privacidade passou a evoluir mais recentemente na história, devendo ser destacada a publicação na Harvard Law Review, em 1890 (OTERO, 2016, p. 481).

No âmbito da legislação brasileira, em que pese existirem menções aos termos “vida privada, intimidade, segredo, recato, reserva, intimidade da vida privada”, bem como expressões doutrinárias como “privatividade” ou “privaticidade”, o termo “privacidade” não possui previsão terminológica exata na Constituição Federal de 1988 (LEONARDI, 2012, p. 46).

O problema envolvendo a conceituação do termo privacidade é vista no âmbito internacional. Exemplificativamente, no âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos<sup>139</sup>, “até mesmo o Tribunal Europeu de Direitos Humanos afirmou não considerar possível, nem necessário, procurar uma definição exaustiva para a noção de vida privada.

A insegurança existente quanto a extensão do conceito da privacidade, sem maiores dúvidas, pode gerar impactos negativos nos direitos e garantias do acusado no Processo Penal.

Sobre o tema, Rodríguez, relacionando a possibilidade de tratamento automatizado de dados e a respectiva proteção, destaca que “se pretende proteger não é a intimidade e, sim, algo com maior profundidade que, no âmbito anglo-saxão, denomina-se *privacy* e que, em minha opinião, se “há castellanizado” como privacidade” (DAVARA RODRÍGUEZ, 1999, p. 26).

O grande desafio, concordando com Rodotà, consiste no fato de que “a novidade fundamental introduzida pelos computadores é justamente a transformação da informação: antes dispersa, tornasse organizada” (1973, p. 14).

Leonardi, ampliando o âmbito da discussão, ressalta que “grandes quantidades de informação sempre estiveram disponíveis de modo esparso, mas a possibilidade de análise e agregação de todos esses dados por qualquer pessoa, e não apenas por governos e por empresas, é algo inédito” (2012, p.71).

Sobre o tema, Bruce Schneier destaca, *in verbis*:

O “maremoto” de dados pessoais gerados nas relações do cotidiano representa a poluição da era da informação: assim como a produção industrial gera resíduos, computadores utilizados para processar informações produzem dados; se ignorados, esses dados permanecerão registrados para sempre, sendo necessário regular sua geração, seu uso e seu descarte.

Mesmo com a complexidade do tema, é possível conceituar dado pessoal como sendo

---

<sup>139</sup> UNIÃO EUROPEIA. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d0f130deaba4da0417794a31b057a34452aae007.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4ObxqOe0?text=&docid=153853&pageIndex=0&doClang=pt&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=111237>. Acesso em: 24 mai 2015.

o “dado relacionado a um indivíduo identificado ou identificável, independentemente do suporte em que se encontre registrado (escrita, imagem, som ou vídeo)” (CASTRO, 2005, p. 70-71).

Nota-se, a partir da análise feita acima, que não existem limites claros ou um conteúdo universal sobre privacidade na era digital. Portanto, diante dessa circunstância, o presente trabalho estabelecerá os parâmetros para que o Estado, como titular da persecução penal, ou o particular, no âmbito das ações penais privadas, possam buscar respostas punitivas eficientes, sem que haja violação ao núcleo essencial de qualquer direito fundamental do acusado e, como todo esse contexto, pode simbolizar um novo passo na teoria das velocidades do Direito Penal idealizada por Jesús-María Silva Sánchez.

### 3.2.4 Direito ao silêncio (*nemo tenetur se detegere*): passado, presente e perspectivas diante do aparelhamento tecnológico próprio das sociedades pós-industriais

A velocidade do Direito Penal que pretende ser analisada e, sendo possível, reconhecida, passa, obrigatoriamente, pela análise da seguinte questão: como a prova passará a ser produzida pelo Estado em um momento civilizatório no qual, cada dia mais, a quantidade de dados e metadados dos indivíduos estão disponíveis por toda a rede?

Mais especificamente, é possível indagar o seguinte: como o acusado poderá usar, de maneira plena, a garantia do *nemo tenetur se detegere* em virtude da difusão, cada dia maior, de dados e metadados na rede mundial de computadores?

Antes, contudo, de esmiuçar as principais questões envolvendo o brocardo objeto do presente tópico, importante retratar, com base na doutrina nacional e estrangeira, a correlação entre o direito de mentir e o *nemo tenetur se detegere* a partir da filosofia.

De acordo com Nara Miranda de Figueiredo, os filósofos Benjamim Constant, Immanuel Kant e Arthur Schopenhauer, têm cada um, opiniões diferentes sobre a extensão, quanto ao significado, de um suposto direito de mentir.

“Para Kant um indivíduo não deve mentir em hipótese alguma, pois a mentira pode induzir o ouvinte a praticar determinada ação que não corresponde à sua vontade e sim à vontade daquele que proferiu a sentença não verdadeira, privando o ouvinte de fazer uso da sua total liberdade de ação, isto é, violando o direito do ouvinte de saber a verdade (...) Para Constant, junto ao conceito de dever está o conceito de direito e onde não há direitos, também não pode haver deveres ... Por conseguinte, dizer a verdade é um dever, mas apenas em relação àquele que tem direito à verdade. Nenhum homem, porém, tem o

direito a uma verdade que prejudica outro (...) Para Schopenhauer há certas situações, nas quais, podemos fazer uso da mentira sem injustiça (...). Mas Schopenhauer atenta para o limite que devemos respeitar para não tornarmos a mentira um instrumento perigoso e abusivo. A possibilidade de fazermos uso da mentira está nos casos nobres e de autodefesa e apenas nestes”.

Sobre o tema, cumpre destacar o que diz José Barata-Moura, no sentido de que “o próprio Kant também assinala – demarcando-se embora do que considera ser a estreiteza deste enfoque – que, em sentido jurídico, apenas se entende por “mentira” (Lüge) aquela que cause prejuízo a outrem ou lese os direitos de outrem (falsiloquium dolosum)”. (MOURA, 2009, p. 224).

Sobre a temática, ao assumir posição contrária à mentira e, via de consequência, preconizando um dever à verdade, António Pedro Barbas Homem (2009, p. 158) assevera que:

a razão de Estado católica ou verdadeira assenta no primado da moral sobre a política e o direito”. Aduz que “Através da valoração moral procura-se assegurar-se o predomínio da consciência sobre as acções políticas, de modo a evitar que a utilidade do Estado permita aos políticos e aos cidadãos a prática de actos imorais ou desonestos.

Continuando a tratar dessa temática, António Pedro Barbas Homem, lembrando lição de António Soares Barbosa, acrescenta:

Em uma perspectiva de direito comparado, António Pedro Barbas Homem complementa (2009, p.158):

Também na obra de Pufendorf encontramos o mesmo tipo de conclusos. Existem deveres quanto ao uso da palavra, os quais se exprimem numa máxima inviolável de direito natural de “nunca enganar pessoa alguma pela palavra, nem por outro sinal estabelecido para exprimir os nossos pensamentos” (Samuel Pufendorf, *Lês Devoirs de l’Homme, et Du Citoyen, tels qu’ils lui sont prescrits par la Loi Naturelle*, trad. de Jean Barbeyrac, 4ª ed., 2 tomos, Amsterdam, Pierre de Coup, 1718, cap. IX, pp. 194 ss.). Deste modo, o uso das palavras foi estabelecido para proteção dos homens, daqui se seguindo a condenação da mentira.

Finalizando a abordagem a respeito da correlação entre a mentira e a filosofia, António Pedro Barbas Homem (2009, p. 158) destaca que “como denuncia Pedro Barbosa Homem, a mentira constitui um caso de consciência, pelo que nunca pode ser lícita e permitida, inclusive quando se diga respeito à consciência do príncipe. Nem a utilidade nem a necessidade podem sobrepor-se à honestidade”.

A partir da referida pergunta, surge o interesse da análise do postulado de processo criminal consistente no brocardo do *nemo tenetur se detegere*, ou seja, o princípio da não autoincriminação.

Trata-se de um postulado que não reflete tão somente, em termos de importância, os princípios aplicáveis no contexto da produção da prova no Estado Democrático de Direito, e sim desenvolve um papel “estruturante na construção de um sistema punitivo compatível com referido Estado (MAYUMI, 2013, p.2).

Do latim, o termo *nemo tenetur se detegere* significa que a nenhum acusado deverá ser imposto o dever de se descobrir (QUEIJO, 2003, p.4). Diante de um universo de possibilidades intrínsecas ao referido princípio, que vão desde a inexistência de dever, por parte do acusado, de auto incriminar ou ainda de produzir prova em seu desfavor, sem sombra de dúvidas o direito ao silêncio é a manifestação “mais tradicional” (QUEIJO, 2003, p. 1).

A partir das características tradicionais do brocardo em latim, dúvida que surge é a seguinte: seria possível falar em respeito às bases do *nemo tenetur se detegere* na era da tecnologia, era essa caracterizada pelo uso cada vez mais frequente de dados e metadados? A resposta à esse questionamento e aquele feito linhas acima torna necessária a análise histórica do princípio aqui analisado.

Não menosprezando as divergências técnica a respeito de sua origem, e tomando por base a obra de Jan Martin Rybnicek e Lisa Griffin, (PINTO, 2010, p. 100) destaca que o princípio do *nemo tenetur se ipsum accusare* “teve a sua origem no Reino Unido, no séc. XVII como reação às práticas inquisitoriais dos tribunais eclesiásticos”.

Assim como o surgimento do princípio aqui analisado está relacionado, independentemente de juízos de valor, a um dogma, qual seja, o religioso, talvez a tecnologia nada mais seja, nesse momento, um novo paradigma de superação ou (e aqui se crê) de adaptação através da remodelagem.

Retornando aos aspectos históricos do brocardo do *nemo tenetur se detegere*, QUEIJO (2003, p. 8) destaca que, enquanto o seu surgimento ocorreu no século XVII, a sua prospecção e respectiva estabilização conceitual (ainda que inicial) dentro da dogmática jurídica ocorreu com o iluminismo.

Além do marco temporal, que por si só é importante, igualmente relevante é analisar o papel do acusado diante da guinada iluminista. Aqui, o acusado deixou de ser visto exclusivamente como um objeto de prova, passando a figurar como sujeito dentro da relação processual existente com o Estado, revelando um salto quantitativo e qualitativo significativo em termos de equilíbrio e consequentes garantias processuais (DIAS E RAMOS, 2009, p.9).

A guinada própria do iluminismo na extensão do princípio do *nemo tenetur se detegere* permite concluir que esse passou a simbolizar a seguinte ideia: qualquer pessoa acusada da prática de um ilícito penal tem os direitos ao silêncio e a não produzir provas em seu desfavor.

Nota-se, desse contexto, que em que pese não simbolizarem o mesmo, os direitos ao silêncio e o de não produzir provas em seu desfavor estão intimamente ligados (DIAS, 2009, p.57).

Além de aspectos históricos, a análise do *nemo tenetur se detegere* à luz dos direitos fundamentais é igualmente útil. De acordo com QUEIJO (2003, p. 54-55), o referido princípio deve ser compreendido como direito fundamental<sup>140</sup>, em sua dimensão geral, ou seja, indo além de uma das facetas consistente no direito ao silêncio, por resguardar, assim como ocorre “nos direitos fundamentais, a dignidade humana, sendo que ganha relevo a esfera atinente às ingerências do Estado”.

Como se não bastasse essa ponderação, o objetivo do princípio ora analisado consiste em “proteger o indivíduo contra excessos cometidos pelo Estado, na persecução penal, incluindo-se nele o resguardo contra violências físicas e morais, empregadas para compelir o indivíduo a cooperar na investigação e apuração de delitos, bem como contra métodos proibidos no interrogatório, sugestões e dissimulações” (QUEIJO, 2003, p. 54-55).

Delimitadas questões conceituais, ponto que merece destaque e, respectivamente, gera algumas questões, diz respeito às resistências que existiram no passado em relação ao princípio do *nemo tenetur se detegere*, em síntese, simbolizadas por Jeremy Bentham, Bonneville Marsangy e Cesare Beccaria.

A partir de QUEIJO, infere-se que, para Bentham, “o *nemo tenetur se detegere* é um produto irracional, com o efeito inevitável de excluir a mais fidedigna prova da verdade, que é a confissão” (BENTHAM apud QUEIJO 2003, p. 10).

No tocante à crítica feita por Marsangy, referido autor “considerava o *nemo tenetur se detegere* verdadeira heresia”, muito embora tenha, posteriormente, passado “a admitir o

---

<sup>140</sup> Sobre o conceito e características dos Direitos Humanos Fundamentais, vide a seguinte bibliografia: CASTRO, J. L. Cascajo, LUÑO, Antonio-Enrique Pérez, CID, B. Castro, TORRES, C. Gomes. Los derechos humanos: significación, estatuto jurídico y sistema. Servilha : Universidad de Servilha, 1979, p. 43); TOBEÑAS, José Castan. Los derechos Del hombre. Madri : Reus, 1976, p. 13; NASCIMENTO, Tupinambá, Comentários à Constituição Federal. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1997, p. 211. SILVA, José Afonso. Curso de direito constitucional positivo. 13. Ed. São Paulo : Malheiros, 1997, p. 174 e 177. MORAES, Alexandre. Direitos humanos fundamentais. Atlas: São Paulo, 3ª edição, 2000, pp. 39/41).

direito ao silêncio, ressalvando, porém, que a negação da culpabilidade deveria ser causa de agravamento da pena” (MARSANGY apud QUEIJO, 2003, p.10).

Césare Beccaria, ao seu turno, diferentemente de sua opinião acerca da possibilidade de confissão por parte do acusado, não era favorável à aplicação do brocardo do *nemo tenetur se detegere* por considerar que, durante o interrogatório, aquele que não respondesse às perguntas feitas, insistindo em não responder, deveria ser submetido às penas mais graves da lei, tudo isso a possibilitar que os demais observassem e aprendessem sobre a importância de se colaborar com o procedimento, servindo referidas punições como verdadeiros exemplos ao público (BECCARIA, 1997, p.122).

Após esmiuçar o conceito, o histórico e sua relação com os direitos fundamentais (extensão, pensamentos favoráveis e desfavoráveis), oportuno passar a análise do princípio do *nemo tenetur se detegere* no plano do direito comparado, tendo sido encontrados os seguintes diplomas normativos: 1) Convenção Americana de Direitos Humanos, 2) Pacto Internacional de Direitos Civil e Políticos, 3) Portugal; 4) Espanha, 5) Argentina e 6) Estados Unidos da América.

A Convenção Americana de Direitos Humanos, popularmente conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, no art. 8º, 2, g, e incorporada no Brasil através do Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992 (BRASIL, 1992), não apenas contém a ideia do princípio do *nemo tenetur se detegere* como dispõe, expressamente, tratar-se de uma garantia mínima a ser observada em relação a todos os acusados e acusadas, independentemente do crime cometido, devendo, ainda, ser resguardado o direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, muito menos confessar-se culpada.

Já o Pacto Internacional de Direitos Civil e Políticos, internalizado no Brasil através do Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992 (BRASIL, 1992), dispõe, no art. 14º, 3, g, que toda a pessoa acusada de crime tem direito, a partir dessa perspectiva, “a não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada”.

Ponto relevante sobre o qual deve ocorrer uma ponderação diz respeito à explicação quanto à exclusão da Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Assembleia das Nações Unidas, em 1948 (ONU, 1948), do presente tópico.

Em síntese, em que pese ter disposições expressas, por exemplo, sobre a não-utilização da tortura e a presunção de inocência, referido diplomar normativo não menciona expressamente, seja o conceito, seja a dimensão de aplicabilidade do princípio do *nemo tenetur*



*se detegere*.

Nesse diapasão, antes de analisar as realidades de países propriamente ditos, oportuno tecer breves considerações sobre um caso peculiar na evolução do tema, qual seja: a Convenção que instituiu a Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH).

Em que pese, inicialmente, não ter previsão alguma do *nemo tenetur se detegere* no texto de sua convenção (PIOVESAN, 2008), no momento em que foi instituída constava, ao menos, previsão a respeito de garantir ao acusado “um julgamento justo e equitativo, conceito esse que remete ao devido processo legal” (BOTTINO, 2009, p. 76), inicialmente.

Com o passar dos anos e, principalmente, da complexidade e volume de questões que chegaram para serem julgadas na Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH), “a jurisprudência do TEDH, baseada no art. 6º, nº 1, CEDH, tem vindo a densificar consideravelmente o *nemo tenetur*” (MENDES, 2010, p. 129).

No tocante ao princípio do *nemo tenetur se detegere* e a sua previsão dentro do universo de normas constitucionais do respectivo país, oportuno destacar os seguintes: Brasil, Espanha, Argentina e Estados Unidos da América.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) consagra, expressamente, referido princípio no art. 5, LXIII, ao mencionar que “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”.

Já a Constituição da Espanha, em seu art. 17, 3, disciplina a matéria a partir da perspectiva de que “toda a pessoa detida deve ser informada de forma imediata, e de modo que lhe seja compreensível, dos seus direitos e das razões de sua detenção, não podendo ser obrigada a declarar. Garante-se a assistência de advogado ao detido nas diligências policiais e judiciais, nos termos que a lei estabeleça” (ESPANHA, 1978).

No tocante à Argentina, o art. 18 de sua Constituição (ARGENTINA, 1994) dispõe que nenhum cidadão pode ser punido por um processo anterior antes do fato do processo, nem julgado por comissões especiais, nem retirado dos juízes designados por lei antes do fato da causa.

Além da disposição genérica, o diploma em comento destaca, expressamente sobre o *nemo tenetur se detegere*, quando dispõe que “ninguém pode ser obrigado a testemunhar contra ele mesmo: não preso, mas em virtude de uma ordem escrita da autoridade competente”, bem como é “inviolável a defesa no julgamento da pessoa e direitos”.

Sobre o sistema legislativo português, ao contrário do que ocorre por exemplo na Argentina, o princípio do *nemo tenetur se detegere* não está previsto expressamente no texto constitucional daquele país.

Em que pese esse fato, Dias e Ramos (2009, p. 14-15), destacam que a “consagração expressa no princípio surge no Código de Processo Penal (BRASIL, 1941)), na vertente do direito ao silêncio (arts. 61º, nº 1, al. d), 132º, nº 2, 141º, nº 4, a), e 343º, n. 1, do CPP)”, ou seja, na legislação infraconstitucional.

Sobre a previsão infraconstitucional do princípio, oportuno, fazendo um paralelo com o que dispõe o sistema português, destacar que no Brasil, no Código de Processo Penal, há a sua previsão expressa, especificamente, no art. 186, parágrafo único, o qual dispõe que o “silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa” (BRASIL, 1941).

No âmbito dos Estados Unidos da América, de acordo com Bottino (2009, p.54), em que pese a resistência inicial da Suprema Corte Americana em aplicá-lo no início, a 5ª emenda à Constituição dos Estados Unidos da América (EUA), datada de 1791 (EUA, 1791) dispõe, dentre outras coisas, que “ninguém será compelido a testemunhar contra si próprio no curso de um processo criminal.”.

Analisado o contexto no qual surgiu o *nemo tenetur se detegere*, a realidade legislativa estrangeira e aquela presente no Brasil, oportuno trazer à baila importante discussão que, mais a frente, terá reflexo no desenvolvimento do presente trabalho, qual seja: os limites existentes em relação ao direito de mentir do acusado.

Sobre o direito de mentir sem restrições, podem ser citados como exemplos Moraes (2000, p.285) e Bittencourt (1973, p. 218). Em relação ao direito de mentir com restrições podem ser citados as obras de Antônio Assumpção, Guilherme Nucci e Luis Flavio Borges D’urso.

Dentro ainda da segunda posição, cumpre destacar o que diz Theodomiro Dias Neto (1997, p. 187) no sentido de que “a mentira é um direito do acusado desde que sua prática não resulte em crimes”.

Acerca da discussão, para que seja possível uma visão sistêmica do tema, cumpre destacar, pontualmente, como a controvérsia é tratada nos Direitos Português, Alemão, Italiano e Espanhol, respectivamente.

Em Portugal, cumpre destacar o posicionamento dos seguintes doutrinadores: Manuel Lopes Maia Gonçalves, Costa Andrade, Castanheira Neves, Jorge de Figueiredo Dias e Germano Marques da Silva (QUEIJO, 2003, p. 233).

Manuel Lopes Maia Gonçalves destaca que, por ser inexigível do acusado o dever de dizer a verdade, a questão não ganharia contornos práticos relevantes.

Costa Andrade, ao citar Castanheira Neves, *in verbis*, destaca: “O que ninguém exige, superadas que foram as atitudes degradantes do processo inquisitório (a recusar ao réu a qualidade de sujeito do processo e vê-lo apenas como meio e objecto de investigação), é o heroísmo de dizer a verdade auto-incriminadora. (QUEIJO, 2003, p. 233).

Jorge de Figueiredo Dias e Germano Marques da Silva compreendem que o direito de mentir inexistente, ou seja, apenas o dever de dizer a verdade é inexigível do acusado.

No Direito Alemão, Theodomiro Dias Neto<sup>141</sup>, ao citar Claus Roxin, destaca que o autor alemão, “em sintonia com a posição majoritária da doutrina, entende que a mentira não pode ser avaliada como indício de autoria e culpa nem tampouco como critério para aumento de pena. Num mesmo sentido, considera inadmissível a advertência judicial à verdade, enquanto que o incentivo à mentira pelo advogado deve ser permitido”.

Para Claus Roxin, a liberdade de declarações deve ser vista em sentido amplo, compreendendo tanto o direito de recusar-se a se manifestar como, igualmente, o de defender-se a partir de exposição de fatos falsos em prol de sua inocência (ROXIN, 1998, p.40).

No Direito Italiano, a partir da pesquisa feita por Maria Elizabeth Queito (2003, p. 233), concluir o seguinte dos pensamentos de Marco Boschi, Paola Felicioni, Olivieno Mazza. Paolo Tonini, Ramajoli, Maria Elisabetta Cataldo, Sergio Badellino e Orazio Campo.

Enquanto Marco Boschi, Paola Felicioni, Olivieno Mazza e Paolo Tonini defendem que não há direito à mentira por parte do acusado, em uma perspectiva diversa, Ramajoli reconhece que o *nemo tenetur se detegere* “decorre não somente o direito ao silêncio, como também o direito de mentir, sem qualquer discriminação, seja a mentira sutil ou não”, entendimento esse compartilhado por Maria Elisabetta Cataldo a qual, para Maria Elizabeth Queito, “que assinala que o acusado tem um verdadeiro e próprio direito de mentir, já que não presta juramento nem pode ser processado por falso testemunho”. (SANTOS, 2011, p. 26).

Em uma perspectiva diversa, Sergio Badellino afirma que “a possibilidade de mentir, pelo acusado, advém da ausência de previsão legal do dever de colaborar” enquanto Orazio Campo observa que “a discussão sobre a existência de um direito à mentira é irrelevante, na medida em que não podem ser impostas sanções ao acusado que mente”. (QUEIJO, 2003, p. 234).

---

<sup>141</sup> “O direito ao silêncio: tratamento nos direitos alemão e norte-americano. Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 19, São Paulo: RT, 1997, p. 187” (Apud Thiago Bottino. O direito ao silêncio na jurisprudência do STF. São Paulo: Campus Jurídico, 2008, p. 73).

Por fim, na doutrina espanhola, tomando-se por base José María Asencio Mellado, é possível concluir que há o “direito à mentira, na medida em que esse comportamento do acusado não pode ser sancionado ou dele se extraírem consequências prejudiciais”, aduzindo referido autor que o Tribunal poderá servir-se da mentira para averiguar a credibilidade geral das declarações do acusado” (QUEIJO, 2003, p. 234).

Sobre o tema, retornando a realidade brasileira, importante ainda destacar o tratamento dado pela jurisprudência brasileira.

Ate o momento foi visto que o principio do *nemo tenetur se detegere* esta previsto no art. 8º, inciso II, alínea “g”, do Pacto de San José da Costa Rica (CADH, 1969), no art. 5, LV e LXIII da Constituição Federal Brasileira de 1988 (BRASIL, 1988) e no art. 186, do CPP (BRASIL, 1941), cumprindo destacar a correlação do referido princípio com a ampla defesa.

No processo penal, em síntese, a ampla defesa está dividida em defesa técnica, ou seja, aquela realizada por advogado ou defensor público e a autodefesa, caracterizada pelo próprio réu. É dessa última faceta que estamos nos referido no presente tópico.

Dentro da autodefesa, duvidas não restam de que o (a) acusado (a) poderá ficar em silencio e que isso não será usado contra ele (a).

A grande questão, igualmente no plano jurisprudencial, diz respeito ao limite do direito de mentir. Tanto o STF como o STJ entendem que ao réu é dado o direito de mentir, como corolário da autodefesa e do *nemo tenetur se detegere*, quando a mentira estiver relacionada ao fato criminoso em si.

Por não constituir direito ilimitado, a autodefesa nao protegerá o acusado quando 1) a sua fala constituir crimes como, por exemplo, o de denúncia caluniosa (Art. 399, do CP), 2) quando apresentar documentos falsos de identificação, incidindo no crime do art. 304, do CP, e 3) quando atribuir-se falsa identidade, cometendo o crime do art. 307, do CP.

Nesse sentido, o STF, nos autos do RE n. 640.139 RG (BRASIL, 2011), destacou que “princípio constitucional da autodefesa (art. 5º, inciso LXIII, da CF/88) não alcança aquele que atribui falsa identidade perante autoridade policial com o intento de ocultar maus antecedentes, sendo, portanto, típica a conduta praticada pelo agente (art. 307 do CP)”.

Em outro julgado (BRASIL, 2011b), a Corte Constitucional Brasileira consagrou o entendimento de que “comete o delito tipificado no art. 307 do Código Penal aquele que, conduzido perante a autoridade policial, atribui a si falsa identidade com o intuito de ocultar seus antecedentes”.

No âmbito do STJ (BRASIL, 2013), responsável pela delimitação da jurisprudência no âmbito infraconstitucional, restou delimitado que é “típica a conduta do acusado que, no

momento da prisão em flagrante, atribui para si falsa identidade (art. 307 do CP), ainda que em alegada situação de autodefesa”.

Analisando a jurisprudência mais recente do Superior Tribunal de Justiça, com base no ano de 2016, no Informativo n. 580, relativo ao RHC n. 51.531-RO, foi analisado caso no qual se discutiu a nulidade (ou não) das provas obtidas pela polícia por meio de extração de dados e de conversas registradas no *Whatsapp* presentes no celular do suposto autor do delito sem prévia autorização judicial.

Em perspectiva semelhante, no RHC 67.379-RN, a 5ª Turma do STJ concluiu que “na ocorrência de autuação de crime em flagrante, ainda que seja dispensável ordem judicial para a apreensão de telefone celular, as mensagens armazenadas no aparelho estão protegidas pelo sigilo telefônico, que compreende igualmente a transmissão, recepção ou emissão de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens ou informações de qualquer natureza” (BRASIL, 2016).

Em ambos os casos, em síntese, juízes da primeira instância, bem como delegados de polícia, entendiam que não haveria que se falar em qualquer nulidade em virtude das disposições presentes no art. 6, do CPP.

Sobre o referido dispositivo de lei, foi invocado que ao Delegado de Polícia caberia, conforme os incisos II, III e VII, apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais, colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias e determinar, se for caso, que se proceda a exame de corpo de delito e a quaisquer outras perícias.

A defesa, contudo, alegou que tais elementos informativos são nulos. Segundo argumentou o advogado do réu, após a apreensão do celular, sem qualquer autorização, a polícia teria que ter requerido ao juízo autorização para consultar o conteúdo do aparelho. Diante disso, requereu que as "provas" colhidas fossem declaradas nulas e desentranhadas do processo.

Dentre outros aspectos relacionados às nulidades previstas no art. 564, do CPP, foi destacado que a devassa de dados pessoais, sem autorização judicial, violaria de igual modo o próprio brocardo do *nemo tenetur se detegere*, por dizerem respeito a dados virtuais de índole privada.

Sobre o caso, o STJ decidiu que a autorização judicial é essencial para a validade das provas obtidas através da extração de dados e de conversas registradas no *whatsapp* sob pena de nulidade.

Nessa perspectiva, cumpre ainda fazer breve comentário em relação a uma terceira hipótese que não deve ser confundida com aquelas julgadas nos informativos n. 583 e 593, do STJ.

Trata-se do Informativo n. 617 do STJ, o qual disse respeito ao RHC n. 86.076-MT, ocasião na qual a 6ª Turma do STJ decidiu que não há ilegalidade na perícia realizada no aparelho celular pela polícia, sem autorização judicial, quando a entrega se deu pela esposa da vítima falecida.

Construído o panorama filosófico e jurisprudencial envolvendo o *nemo tenetur se detegere*, objetivando responder às perguntas feitas no início deste tópico<sup>142</sup>, importante, a partir do texto de Gustavo Pedrina (2019), verificar em que medida a tecnologia já existente pode ser utilizada e em quais seriam aplicações viáveis ao processo penal, e quais as perspectivas futuras de sua aplicação para a matéria.

É possível vislumbrar, inicialmente, que o tratamento do tema passa por concepções importantes como a do conceito de inteligência artificial. Cunhando pela primeira vez pelo cientista da computação John McCarthy (1955), trata-se de uma projeção de uma rede computacional cujo o objetivo seja o de executar um conjunto definido de ações e aprender com a experiência.

Sobre o tema, Pedrina (2019) alerta para o fato de que programas de reconhecimento de rosto, de identificação de imagens, objetos e vozes, tradução simultânea, comuns no dia-a-dia, em que pese otimizar tarefas, não podem ser considerados como inteligência artificial. Para que seja considerada, propriamente, como realmente inteligente, a máquina deve aplicar noções de contexto, o que, apesar de possível, “apresenta um nível de desenvolvimento muito aquém do que o propagado” (PEDRINA, 2019, p. 1.592).

Nesse sentido, programas de reconhecimento, por exemplo, executam a chamada computação estática, algo próprio das teorias de aprendizado por máquinas (*machine learning*) mas que não diz respeito, especificamente, a algo inteligente, ou seja, dotado de capacidade cognitiva, pois, o computador, nessas situações, tão somente oferece de forma autônoma a melhor resposta estática para a questão posta sob análise.

Diante de tal constatação, mecanismos com tais características não conseguem, a contento, reproduzir características dinâmicas da espécie humana como a linguagem,

---

<sup>142</sup> No início do tópico foram feitas as seguintes perguntas: 1) como a prova passará a ser produzida pelo Estado em um momento civilizatório no qual, cada dia mais, a quantidade de dados e metadados dos indivíduos estão disponíveis por toda a rede?, e 2) como o acusado poderá usar, de maneira plena, a garantia do *nemo tenetur se detegere* em virtude da difusão, cada dia maior, de dados e metadados na rede mundial de computadores?

caracterizada por Berwick e Chomsky (2017), como sendo um sistema capaz de organizar pensamentos em forma de linguagem gráfica, o que é chamado pelos referidos autores de *merge*<sup>143</sup>.

Nesse aspecto, a mesma comparação feita por Winston (2011) entre a inteligência humana e a dos demais animais<sup>144</sup> serve de perspectiva para que seja possível, aferir, concretamente, o nível e, por que não, o preenchimento dos pressupostos da inteligência artificial.

Diante da linguagem e da percepção de contextos, ambos responsáveis pela formação do elemento cultural, ponto de partida para a compreensão das emoções humanas e sua variabilidade, é possível verificar que a entrega de respostas médias, descontextualizadas, por exemplo, não é fazer justiça. Portanto, “um sistema de inteligência artificial que não possa contextualizar os aspectos subjetivos do sujeito em análise entregará necessariamente uma resposta injusta” (PEDRINA 2019).

Se a percepção relacionada a justiça em sentido amplo já é complicada, concordando com Fenoli (2018, p. 36), os efeitos no processo penal são ainda mais delicados, pois, “o delito não é algo tão comum como um conflito civil”.

Nesse sentido, concordando com Pedrina (2019, p. 1.594), não é razoável “a aplicação de qualquer programa que não seja capaz de entender as reações humanas para aplicações que de qualquer maneira impliquem no cerceamento da liberdade, ao menos no estado-da-arte atual da tecnologia”.

No que diz respeito à computação estática e sua aplicação no processo penal, a partir do 1) exame do caso *Wisconsin vs. Loomis*<sup>145</sup>, 2) do *Correction Offender Management Profiling for Alternative Sanctions – COMPAS* e 3) da aplicação de algoritmos para o estabelecimento de condenações no estado da Virgínia, é possível verificar os seguintes riscos, os quais são incompatíveis com o sistema processual penal brasileiro, a saber: 1) em relação ao que ocorre no estado da Virgínia, foi demonstrado que sentenças produzidas por esses robôs algorítmicos,

---

<sup>143</sup> Sobre o tema, Pedrina (2019) destaca o seguinte: “Os autores chamam o processo de “Merge” que aqui traduzimos, por aproximação, como “fusão”, mas que é algo ainda mais complexo que propriamente uma fusão, tratando-se de característica inata ao ser humano, que o diferencia enquanto espécie: é uma operação que combina duas expressões para gerar uma nova expressão mais complexa, sem que se modifique ou descarte as duas expressões originais”.

<sup>144</sup> Winston (2011) afirma o seguinte: “os mecanismos que permitem aos humanos falarem, entenderem e recombinarem histórias separam a inteligência humana da de outros animais.”

<sup>145</sup> A defesa de Eric Loomis questionou o uso de um programa de inteligência artificial (o COMPAS – Correction Offender Management Profiling for Alternative Sanctions – produzido pela Equivant) por parte do Juízo para determinar a sua condenação a seis anos em regime fechado<sup>12</sup>. Loomis queria ter acesso aos critérios que levaram o robô algorítmico a recomendar sua pena – a Suprema Corte negou o recurso, assentando tratar-se de segredo industrial.

quando relacionadas a pessoas com ascendência africana, comumente são mais rígidas do que aquelas que contém nomes tradicionalmente europeus (MONAHAN, J; SKEEM, 2015), 2) as portas de entrada para o aperfeiçoamento das máquinas permitem resultados enviesados<sup>146</sup>, 3) ao envolver segredos industriais, acaba sendo impossível saber com precisão os itens levados em consideração pelos programas, as formas de combinação, bem como os respectivos pesos, circunstâncias que ensejam violações aos princípios do devido processo legal e da proporcionalidade, ambos importantes para a construção de um processo penal (ou que pretenda, no mínimo, ser) democrático.

Analisadas as dificuldades envolvendo o uso de tecnologia estática, por outro lado, a utilização da referida modalidade se mostra viável para atos processuais diversos à uma sentença penal, como para “1) a aplicação de teses em tribunais a partir da leitura automática de processos<sup>147</sup>, 2) o estabelecimento de standards probatórios<sup>148</sup>, 3) a busca por evidências nos autos<sup>149</sup> e 4) as formulações de perguntas<sup>150</sup> pelas máquinas” (PEDRINA, 2019, p. 1.598).

Em outra perspectiva, a chamada análise preditiva<sup>151</sup> ganha contornos interessantes a partir da pesquisa desenvolvida por Pedrina (2019). Por se tratar de sistemas baseados em *storytelling*, de acordo com Pedrina (2019, p. 1.602), os programas de inteligência baseados na “análise preditiva tomam em conta os aspectos subjetivos do sujeito, interpretando-os de acordo com o cenário apresentado”, circunstância que é capaz de oferecer “cenários preditivos com elevado grau de certeza que dão conta dos porquês de um sujeito haver tomado certa decisão”, por exemplo, “podendo afetar, num futuro distante, até mesmo a culpabilidade – na medida em

---

<sup>146</sup> Em síntese, se o dado for automatizado, as evoluções sociais serão absorvidas pelo algoritmo com atraso; se a programação for humana, ela dependerá das opiniões de seu programador.

<sup>147</sup> Sobre o OCR, do inglês Optical Character Recognition (Reconhecimento Óptico de Caracteres), trata-se de um método aplicado de maneira a permitir que o conteúdo escrito em um documento no formato de imagem seja reconhecido e transformado em um arquivo de texto editável. Utilizado pelo STF desde 2018, o robô-algorítmico apelidado de Victor interpreta os recursos e os separa por tema. De acordo com Pedrina (2019, p. 1.598), “nos 27 temas mais recorrentes – que representaram aproximadamente 60% das classes processuais em 2018 – o Victor é capaz de processar a devolução ao Tribunal de origem ante a aplicação de uma tese já aprovada pelo Supremo ou para sobrestá-lo até que decidida”.

<sup>148</sup> A análise em bloco de processos com a aplicação de AI pode indicar a quantidade média que costuma indicar a traficância, auxiliando na definição de parâmetros ainda abstratos na jurisprudência, por exemplo.

<sup>149</sup> é possível treinar a máquina para isolar as evidências nos autos de modo a fornecê-las a investigação e a tomada de depoimentos, auxiliando nos testemunhos e diminuindo a presença de falsas memórias nas narrativas.

<sup>150</sup> pode-se instruir a máquina para fornecer perguntas ao Juízo de modo a estabelecer parâmetros mais neutros para as inquirições. Além disso, a própria máquina, através de aplicativos como Alexa e Echo, podem auxiliar as autoridades públicas no esclarecimentos de circunstâncias armazenadas e relativas a um dado caso concreto, como o ocorrido nos casos envolvendo o assassinato de Victor Collins e da namorada de Alan Crespo. Para mais informações, vide o texto de João Ozório de Melo (2021).

<sup>151</sup> Winston (2011) e seu grupo de pesquisa elaboraram uma aplicação capaz de, a partir de histórias comuns à cultura americana (de Shakespeare aos irmãos Grimm), aprender o que leva a determinadas ocorrências, tendo a máquina sido capaz de desenvolver panoramas futuros e podendo, até mesmo, identificar conceitos como revanche em histórias que não mencionavam a palavra, ou seja, intenções muitas vezes não explícitas em casos concretos. Resultados semelhantes foram alcançados por RABINOWITZ ET AL. mediante a utilização do aplicativo ToMnet.



que pode entregar apreciação mais complexa da ação, vinculando a pessoa, de maneira individualizada, à conduta”.

Para que esse tipo de utilização da tecnologia seja viável, contudo, é necessário que ocorra o aprendizado da máquina acerca dos contextos em que cometido um delito e dos limites culturais envolvidos no caso concreto.

Nesse sentido, conforme alerta Pedrina (2019), “não há ainda uma AI nesse nível de desenvolvimento, e que mesmo quando houver não será capaz de substituir o ser humano, cremos, na elaboração de sentenças ou atos que impliquem o cerceamento da liberdade do indivíduo”.

Para além da preocupação de Pedrina, destaca-se a inexistência de lei que regule a utilização de inteligência artificial no Brasil para fins criminais, o que compromete ainda mais sua implementação no respectivo sistema processual.

Nesse sentido, após o estudo feito no presente tópico, é possível concluir preliminarmente que a prova, em um momento civilizatório no qual, cada dia mais, a quantidade de dados e metadados dos indivíduos estão disponíveis por toda a rede, passará (não exclusivamente, mas em sentido complementar, no mínimo) a ser produzida pelo Estado de forma eletrônica, podendo ser utilizadas tanto técnicas estáticas como preditivas (com as ressalvas relativas ao avanço tecnológico e o estágio normativo atuais) de coleta. Nesse contexto, é essencial o estabelecimento de critérios objetivos para que o acusado, de um lado, não seja tolhido de usar de forma concreta o seu direito ao silêncio, evitando-se a produção abusiva de indícios e prova.

### 3.2.5 Perspectivas jurisprudenciais do Direito ao silêncio e a sua (in) aplicabilidade para as pessoas jurídicas

Uma das principais questões que envolvem o brocardo do *nemo tenetur se detegere*, em especial diante da expansão do Direito Penal, diz respeito à sua (in) aplicabilidade quando se está diante de pessoas jurídicas no polo passivo de ações penais.

O presente tópico terá por objetivo, preliminar, responder à essa indagação, tomando por base a jurisprudência constitucional brasileira e estrangeira, tendo sido pesquisados precedentes<sup>152</sup> que digam respeito tanto ao direito ao silêncio em si como, e principalmente, em relação a sua aplicabilidade para pessoas jurídicas.

---

<sup>152</sup> A pesquisa foi realizada tomando por base bancos de dados dos tribunais constitucionais a seguir destacados cujo filtro consistiu na utilização dos seguintes termos: direito a não autoincriminação, direito ao silêncio, garantia

A respeito da jurisprudência estrangeira foram selecionados acórdãos dos seguintes tribunais: 1) Tribunal Constitucional da África do Sul, 2) Supremo Tribunal Federal, 3) Suprema Corte do Canadá, 4) Tribunal Constitucional do Chile, 5) Suprema Corte de Chipre, 6) Tribunal Constitucional da República da Croácia, 7) Corte Interamericana de Direitos Humanos, 8) Tribunal Constitucional da República da Eslovênia, 9) Tribunal Constitucional da Espanha, 10) Suprema Corte dos Estados Unidos, 11) Conselho Constitucional da França, 12) Irlanda, 13) Suprema Corte da Índia, 14) Suprema Corte do Japão, 15) Tribunal Constitucional de Portugal, 16) Tribunal Constitucional da República Tcheca e 17) Tribunal Europeu dos Direitos Humanos.

Em relação ao Tribunal Constitucional da África do Sul, o primeiro precedente relacionado ao direito ao silêncio diz respeito ao caso *Osman and Another v. The Attorney General, Transavaal* (1999).

Em síntese, os recorrentes foram encontrados na posse de vários pneus e não conseguiram explicar satisfatoriamente tal posse. O julgamento deles no Tribunal de Segunda instância foi suspenso para permitir a análise dos aspectos constitucionais perante a Corte Constitucional daquele país.

O relator do caso, o juiz Madala, proferiu voto acompanhado à unanimidade pelo Tribunal, tendo sido destacado que a disposição em questão, oriunda das chamadas leis de emenda, não obriga uma pessoa presa ou detida a fazer nada, nem aplica pressão sobre tais pessoas para fazer uma declaração, por exemplo.

Nesse sentido, o Relator enfatizou que essa pessoa tem uma escolha entre fornecer uma explicação para a posse dos bens, não sendo possível, portanto, concluir que uma pessoa presa ou detida não sofre preconceito apto a prejudicá-la quando do julgamento mérito em virtude da ausência de uma explicação.

A análise do caso permite concluir que 1) a Constituição da África do Sul garante o direito de toda pessoa por supostamente cometer um delito de não ser obrigada a fazer qualquer confissão ou admissão que possa posteriormente ser usada contra si, o 2) texto constitucional também consagra o direito à presunção de inocência, a permanecer em silêncio e a não autoincriminação como componentes integrantes do direito a um julgamento justo.

Em que pese referidas diretrizes, a Corte Constitucional Sul africana concluiu que a previsão legal de que comete infração legal aquele que é encontrado em posse de bens suspeitos

de terem sido roubados e não fornece explicação satisfatória de tal posse não viola as garantias constitucionais.

O segundo caso analisado tendo como lente de observação a jurisprudência constitucional da África do Sul disse respeito ao caso *Ferreira v. Levin and Others; Vryenhoek and Others v. Powell and Others* (1995).

Os recorrentes contestaram, em síntese e entre outras coisas, a Seção 417.2.b, da Lei das Sociedades, alegando que os dispositivos violavam seus direitos constitucionais. Em que pese obstáculos formais ao exame da matéria, o Tribunal Constitucional da África do Sul concluiu por conceder os direitos pleiteados.

Resumida a conclusão do referido Tribunal, importante esmiuçar a questão jurídica posta em discussão naquele julgamento. Nos termos da Seção 417 da Lei das Sociedades, qualquer pessoa com conhecimento dos assuntos de uma empresa pode ser convocada para comparecer a uma investigação. Essa pessoa pode, nos termos da Seção 417.2.b, ser obrigada a responder a todas as perguntas feitas a ela.

A seção também estabelece que todas as perguntas devem ser respondidas sob pena de pagamento de multa ou prisão, mesmo que as respostas dadas possam incriminar a pessoa examinada, e ainda que todas as respostas dadas possam ser usadas contra a pessoa examinada em processos criminais subsequentes.

O Tribunal considerou inconstitucional a parte da seção que permitia que respostas auto incriminadoras extraídas sob compulsão fossem usadas como prova contra a pessoa que testemunhou em processos criminais subsequentes. O efeito da exploração é que uma pessoa convocada para testemunhar pode ser obrigada a responder a todas as perguntas feitas, incluindo aquelas que podem ser autoincriminatórias.

No entanto, respostas auto incriminadoras dadas por essa pessoa não podem mais ser usadas em processos criminais subsequentes contra essa pessoa. O Tribunal excluiu o uso de respostas auto incriminadoras em processos criminais nos quais a pessoa examinada é acusada de crime de perjúrio.

Embora a maioria do Tribunal Constitucional da África do Sul, naquele julgamento, tenha concordado que o uso de depoimentos obrigatoriamente em processos criminais subsequentes violava um direito, houve discordância sobre qual direito foi violado.

A maioria (na opinião do juiz Chaskalson P) considerou que isso infringia o direito de uma pessoa contra a autoincriminação, que faz parte do direito a um julgamento justo. Processualmente, foi declarado que o interesse de uma pessoa em ter uma declaração de

inconstitucionalidade não era limitado pela Seção 7.4, mas restringido apenas pelo conceito de "interesse suficiente" a ser decidido pelo Tribunal Constitucional.

Neste caso, portanto, os recorrentes tinham interesse suficiente. A juíza O'Regan J concordou que a disposição infringia o direito à autoincriminação, mas discordou que os recorrentes no presente caso estavam de acordo com a Seção 7.4.bi, tendo opinado que, neste caso, os recorrentes poderiam se respaldar na Seção 7.4.bv (relativa ao interesse público) para lhes dar legitimidade (mesmo que não o fizessem explicitamente neste caso).

O Juiz Mokgoro destacou que a condição era uma violação do direito contra a autoincriminação, mas não concordou com os juízes Ackermann ou Chaskalson em suas definições de liberdade.

Como se não bastassem essas ponderações, os juízes Ackermann e Sachs JJ destacaram ainda que uma pessoa examinada em uma investigação da Seção 417 não poderia invocar os direitos de julgamento justo das pessoas acusadas antes de se tornar acusada.

Eles consideraram a Seção 417.2.b uma violação do direito à liberdade dos requerentes. O Ackermann foi além e ponderou que o direito à liberdade abrange o direito dos indivíduos de não terem obstáculos a possíveis escolhas e atividades colocadas em seu caminho pelo Estado.

A maioria do Tribunal discordou do amplo significado de liberdade defendido por Ackermann, valendo o destaque de que o juiz Sachs considerou que o direito à liberdade foi violado neste caso, entretanto, não no sentido amplo de liberdade. Por fim, o juiz Kriegler concordou com a decisão de que a condição não é uma violação da liberdade, mas também concordou com a decisão de que direitos de julgamento justos não surgem neste caso.

Dando continuidade, na pesquisa temática feita no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal, nenhum precedente daquela corte enfrenta, diretamente, a possibilidade da aplicação do *nemo tenetur se detegere* às Pessoas Jurídicas.

Sobre a garantia da não autoincriminação em sentido amplo, portanto, foram coletados três precedentes. O primeiro deles, consistente no Tema de Repercussão Geral n. 907, RE n. 971.959-RS (2016), o Supremo Tribunal Federal concluiu que possui repercussão geral a alegação de inconstitucionalidade do artigo 305 do Código de Trânsito Brasileiro (fuga do local do acidente), tendo 2 como parâmetro o artigo 5º, XLIII, da Constituição Federal, devendo ser avaliado se obrigar o condutor a permanecer no local do fato, e com isso fazer prova contra si, afrontaria ainda o disposto no artigo 8º, inciso II, alínea "g", do Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos), do qual o Brasil é signatário.

O segundo precedente, consistente na Tema n. 613 disse respeito à possibilidade ou não do acusado se ocultar para não receber citações por exemplo e se isso geraria reflexos, dentre outros, no seu direito a não autoincriminação.

No julgamento do RE n. 635145 (BRASIL, 2016), o STF definiu que é constitucional a citação por hora certa, prevista no art. 362, do Código de Processo Penal, tendo sido destacado que a ocultação do réu para ser citado infringe cláusulas constitucionais do devido processo legal e viola as garantias constitucionais do acesso à justiça e da razoável duração do processo.

Encerrando a análise dos precedentes da Corte Constitucional sobre o tema, no RE n. 640139 RG (BRASIL, 2011), conforme explicado no tópico anterior, o princípio constitucional da autodefesa (art. 5º, LXIII, da CF/88) não alcança aquele que atribui falsa identidade perante autoridade policial com o intento de ocultar maus antecedentes, sendo, portanto, típica a conduta praticada pelo agente (art. 307 do CP).

Dando continuidade à análise jurisprudencial no direito comparado, a Suprema Corte do Canadá analisou, no caso R.v. Fitzpatrick (1995), o caráter (não) absoluto do direito a não autoincriminação.

Sobre o caso concreto analisado, de acordo com a Seção 61, da Lei das Pescas do Canadá, todos os pescadores são obrigados a fornecer esses documentos, e a falha em fazê-lo constitui crime. Ao analisar o caso, a primeira instância excluiu os referidos documentos como elementos de prova, sob a alegação de que eram autoincriminatórias e que a sua admissão violaria os direitos do pescador amparados sob a Seção 7 da Carta Canadense de Direitos e Liberdades (CANADÁ, 1982), a qual dispõe sobre o direito de não se incriminar.

Após o regular trâmite do processo, a Suprema Corte do Canadá, por decisão unânime, asseverou que a proteção contra a autoincriminação não é absoluta, portanto, ou seja, não é apta a impedir que a Coroa se baseie em relatórios e registros de pesca em julgamento por captura excessiva de peixes.

Além desse aspecto, algo digno de nota e que esteve presente no julgado, disse respeito a conclusão daquela Corte no sentido de que ao aceitar a licença para exercício da atividade, presume-se que o pescador saiba, e tenha aceitado, os termos e condições associados a ela, bem como pressupõe-se que esteja ciente quanto à possibilidade de indiciamento daqueles que pescam além do limite permitido. Ou seja, o simples fato das informações contidas nesses registros poderem ser usadas em processo criminal posterior contra aquele que as redigiu, o que ocorre quando o Estado busca impor as restrições necessárias para cumprir seus objetivos

regulatórios, não significa dizer que o Estado seja culpado ou, ainda, tenha coagido o indivíduo a se incriminar, tampouco transforma os documentos apreendidos em testemunho forçado.

O paradigma para reflexão a respeito do direito a não autoincriminação em favor das pessoas jurídicas foi analisado pelo Tribunal Constitucional do Chile através da Sentencia n. Rol 2381, tendo sido concluído que o direito contra a autoincriminação não é concedido a pessoas jurídicas e não protege representantes legais quando estes testemunham sobre atos cometidos por uma empresa sob investigação.

Em 13 de dezembro de 2012, o ICR, na condição de representante legal das Empresas ASA, deduziu a inaplicabilidade por inconstitucionalidade em relação ao artigo 29 do Decreto-Lei nº 211, de 1973 (BRASIL, 1973)<sup>153</sup>, o qual disciplina sobre a Defesa da Livre Concorrência, uma vez que permite a aplicação do primeiro parágrafo do artigo 385 do Código de Processo Civil<sup>154</sup> (BRASIL, 1973) na pendência da administração judicial, bem como com relação ao mesmo artigo 385 mencionado, no caso submetido ao Tribunal de Defesa da Livre Concorrência.

Conforme indicado pelo ator e registrado nos registros, a gestão em que a solicitação afeta começou no Tribunal de Livre Concorrência, a pedido do Promotor Econômico Nacional contra a AAS, Empresas ASA, Agrícola Don Pollo Limitada e Associação de Produtores de Aves do Chile AG (APA), por violação da livre concorrência e violação do artigo 3º do Decreto-Lei nº 211, através de conluio e formação de cartel para limitar sua produção e alocar quotas de mercado, nas circunstâncias em que os três As empresas requeridas controlam mais de 92% da produção nacional de frango e mais de 93% de sua comercialização no país.

No âmbito da referida administração e de acordo com o artigo contestado 385, em 27 de novembro de 2012, o ICR requerente, na qualidade de representante legal das Empresas A., foi convocado para absolver posições, sob juramento, e deve-se ter em mente que, de acordo com o artigo 394 do mesmo Código de Processo Civil, além de multas e prisões, se não aparecer em segunda convocação, aciona a advertência para que ele seja confessado com relação aos fatos categoricamente afirmados na declaração de posições.

---

<sup>153</sup> Artigo 29 do Decreto-Lei nº 211 . - "As regras contidas nos Livros I e II do Código de Processo Civil serão aplicadas complementarmente ao procedimento mencionado nos artigos anteriores, em tudo que não for incompatível com ele".

<sup>154</sup> Artigo 385, primeiro parágrafo, do Código de Processo Civil . - "Fora dos casos expressamente previstos em lei, todos os litigantes são obrigados a declarar sob juramento, responderam que a demanda é, por fatos pertencentes ao mesmo julgamento, quando a disputa exigir ou for decretada pelo tribunal, de acordo com o artigo 159. "

Assim, os preceitos impugnados obrigariam o requerente a fazer uma declaração, sob juramento, e impedem-no de exercer seu direito de permanecer calado, acrescentando ao ator que, se os preceitos em questão não fossem declarados inaplicáveis, também produziriam efeitos em dois casos criminais seguidos anteriormente. o 4º Tribunal de Garantia de S. e o 34º Tribunal Penal da mesma cidade, apesar do artigo 93, letra g), do Código de Processo Penal garantir ao acusado o direito de permanecer calado ou, em caso de consentimento em dar declaração, não fazê-lo sob juramento.

Na sequência da pesquisa jurisprudencial, a Suprema Corte de Chipre, no ano de 2003, julgou o caso *Psyllas v. Republic of Cyprus*. Em síntese, duas residências foram invadidas, tendo sido encontrados vestígios de DNA. O suspeito, *Psyllas*, recusou-se a fornecer naquela ocasião amostra de sangue para fins de comparação com o material genético obtido. Conforme se depreende da leitura do relatório do acórdão, no dia em que se deu a recusa, o requerente foi levado ao escritório do interrogador, momento no qual foi-lhe oferecida uma bebida.

A autoridade, nesse momento, alertou o Recorrente de que o canudo utilizado por ele seria usado para fins de análise do material genético, não tendo o requerente se oposto a tal prática e, posteriormente, sido condenado em primeira instância pelos crimes de invasão de domicílio e furto.

Após o regular trâmite recursal, a questão foi apreciada pela Suprema Corte de Chipre que anulou a condenação. O acórdão destacou que o artigo 12.4, da Constituição salvaguarda a presunção de inocência e inclui o direito a não autoincriminação. Além disso, foi pontuado que a detenção de um suspeito para efeitos de interrogatório não pode ser utilizada para quaisquer outros fins, pois, seu objetivo é facilitar a inquirição e não usar o suspeito de maneira a obter provas contra si.

Nesse sentido, o requerente foi enganado pela polícia para fornecer indiretamente uma amostra de DNA contrária à sua vontade expressa e em violação do seu direito fundamental contra a autoincriminação.

A Corte assentou ainda que qualquer evidência obtida, direta ou indiretamente, em violação dos direitos humanos fundamentais do indivíduo – incluindo o de não se incriminar – não é admissível como prova. Uma vez que a prova genética constituía o elemento fundamental para sua condenação nas duas acusações, a absolvição do acusado era inevitável.

A respeito do Tribunal Constitucional da República da Croácia, no U-I-933/1998 (1999), aquela Corte concluiu que a previsão legal que ordena que o proprietário do automóvel

ou seu responsável revele, em procedimento oficial, a identidade do motorista que, sob sua autorização, conduziu o veículo e infringiu as regras de trânsito é constitucional, tendo sido pontuado, como justificativa, que não há violação ao princípio constitucional que desobriga o indivíduo a testemunhar contra si mesmo, tampouco afronta os princípios que se aplicam às testemunhas em processo penal (relacionados à autoincriminação e à incriminação de parentes próximos).

No que tange a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o caso *García Cruz y Sánchez Silvestre Vs. México* (MÉXICO, 2013) é emblemático sobre o tema. No ano de 1997, Juan García Cruz e Santiago Sánchez Silvestre, presos e sob a custódia estatal, foram torturados e forçados a confessar a prática de tais crimes, tendo sido, na sequência do processo em primeira instância, condenados a penas pecuniárias e privativas de liberdade.

Quase uma década depois, no ano de 2011, o Ministério Público Mexicano iniciou investigação cujo o objetivo foi averiguar o suposto crime de tortura sofrido pelos acusados. Finalizada a apuração, foi reconhecido que a sentença penal condenatória estava baseada em declarações obtidas sob coação, o que afronta os princípios constitucionais da não autoincriminação, presunção de inocência e julgamento justo. Nesse sentido, no ano de 2013, a condenação criminal então existente e obtida mediante provas ilícitas, foi revogada e os condenados foram absolvidos e libertados. Sobre o tema, cumpre destacar que a CIDH reconheceu ainda a responsabilidade do Estado pela tortura infligida aos acusados, o que gerou típico exemplo, infelizmente, de violação dos direitos à liberdade e integridade pessoais dos condenados.

Na sequência da pesquisa, o Tribunal Constitucional da República da Eslovênia, no *Up-134/97* (ESLOVÊNIA, 2002), a partir da leitura do direito de permanecer em silêncio, previsto no artigo 29.4 da Constituição, que prevê o direito de permanecer em silêncio, concluiu que deve ser permitido ao réu que esse decida intencionalmente, racionalmente e voluntariamente se colaborará com o processo criminal ou não.

No aludido caso, a vedação da autoincriminação foi relacionada ao dever do tribunal, como órgão, de julgar imparcialmente os acusados, não sendo permitido ao juiz tentar persuadir o réu a confessar a prática de um crime, prometendo qualquer tipo de recompensa, como uma sentença menor.

Dando continuidade, o Tribunal Constitucional da Espanha, *Sentencia 202/2000* (ESPANHA, 2000), restou decidido que recusa em explicar uma conduta questionável, como parte do exercício legítimo do direito de permanecer calado, pode ser usada por um tribunal como base para condenação desde que a acusação tenha trazido provas de culpa e que o réu



possa justificadamente dar uma explicação, isso porque o direito de permanecer em silêncio e abster-se de autoincriminação está intimamente ligado ao direito à presunção de inocência, configurando-se parte essencial do direito ao julgamento justo e do devido processo legal.

A respeito da temática, a Suprema Corte dos Estados Unidos, analisou questões interessantes em cinco casos, a saber: 1) *Twining v. New Jersey* (EUA, 1908); 2) *Malloy v. Hogan* (EUA, 1964); 3) *Miranda v. Arizona* (EUA, 1966); 4) *Bobby v. Dixon* (EUA, 2011), e; 5) *Kansas v. Cheever* (EUA, 2013).

Em *Twining v. New Jersey* (EUA, 1908), direito à proibição de autoincriminação compulsória, previsto na Quinta Emenda, não configura direito fundamental e não se estende a ações em trâmite nos tribunais estaduais, mas somente às cortes federais, ante a ausência de previsão na Constituição Federal, conclusão que apenas foi superada no caso *Malloy v. Hogan* (1964).

No julgado envolvendo *Malloy v. Hogan* (EUA, 1964), a Corte Constitucional Americana determinou que a Décima Quarta Emenda protege os réus contra a autoincriminação e obriga tanto as autoridades estaduais quanto as federais a estabelecerem a culpa por meio de provas livres e independentes das declarações de um suspeito ou de testemunhas tendo por base a análise das declarações, ou seja, se foram feitas livre e voluntariamente, sem qualquer influência direta ou implícita, prometida ou imprópria.

No caso *Miranda v. Arizona* (EUA, 1966), com base na Quinta Emenda, a Corte Constitucional Americana concluiu que as 6 declarações fornecidas por um suspeito em interrogatório não são evidências admissíveis, a menos que a acusação comprove que foram empregadas salvaguardas processuais eficazes para garantir o direito constitucional contra a autoincriminação.

Em relação ao caso *Bobby v. Dixon* (EUA, 2011), restou decidido que, em caso de um suspeito prestar depoimento à polícia antes de receber as orientações devidas sobre o direito a não autoincriminação e, em momento posterior, repetir a declaração após receber tais advertências, a segunda declaração será admissível como prova a menos que a primeira seja produto de coerção, ou seja, a existência de sucessivas advertências sobre o direito contra autoincriminação não é necessária se o indivíduo não estiver sob custódia policial, o que não impede que a polícia peça que um suspeito confesse

Encerrando a análise jurisprudencial no âmbito dos Estados Unidos, no caso *Kansas v. Cheever* (EUA, 2013), a Corte concluiu que a oitiva de perito indicado como testemunha pela promotoria para refutar o depoimento de especialista indicado pela defesa que atestou que o

acusado não possuía o estado mental necessário para cometer o suposto crime não fere a garantia de não incriminação.

No âmbito europeu, o Conselho Constitucional da França, na *Décision 2016-594 QPC* (EUROPA, 2016), concluiu que de acordo com disposição prevista no Código de Processo Penal, toda pessoa ouvida como testemunha via carta rogatória deve prestar juramento de que “dirá a verdade, toda a verdade e nada além da verdade”, tendo sido ressalvado, entretanto, que essa exigência pode induzir a testemunha a acreditar que não tem o direito constitucional de permanecer calada ou de contradizer as informações prestadas, gerando a declaração de inconstitucionalidade do referido dispositivo legal.

Em relação a jurisprudência existente na Irlanda, em *Heaney v. Ireland* (IRLÂNDIA, 1996), ainda que o direito constitucional ao silêncio e a não autoincriminação na fase pré-julgamento é corolário do direito à liberdade de expressão, nos termos do artigo 40 da Constituição da Irlanda, este direito não é absoluto e o Estado tem o direito de usurpá-lo no interesse de manter a paz e a ordem públicas, desde que usurpação seja proporcional ao objetivo da legislação.

Sobre a jurisprudência da Suprema Corte da Índia, *Smt. Selvi & Ors. v. State of Karnataka* (ÍNDIA, 2010), se chegou à conclusão de que violam o direito contra a autoincriminação, garantido pela Constituição da Índia utilização compulsória de certas técnicas científicas, como a narcoanálise, o exame de polígrafo e o teste do perfil mediante ativação cerebral elétrica.

Na Ásia, a Suprema Corte do Japão, no precedente 1993 (O) 1189 (JAPÃO, 1999), restou decidido que o artigo 39.1 do Código de Processo Penal Japonês não desrespeita o direito constitucional a proibição de autoincriminação compulsória, ou seja, é válida a disposição que permite que as agências investigadoras imponham restrições ex-parte à entrevista entre o suspeito detido e seu advogado de defesa, não havendo correlação, portanto, entre o direito do indivíduo mantido sob custódia de consultar e de se comunicar com seu defensor não e a autoincriminação.

Na sequência, o Tribunal Constitucional de Portugal, no Acórdão nº 418/2013 (PORTUGAL, 2013), restou decidido que a prática prevista no Regulamento de Fiscalização da Condução sob Influência do Álcool ou de Substâncias Psicotrópicas não implica violação do direito contra a autoincriminação, pois configura mera base para exame pericial, cujo resultado não é conhecido de antemão e não contém qualquer declaração ou comportamento ativo do examinando que sugira que ele se responsabilizou por quaisquer fatos, bem como, diante da constatação de que a amostra tampouco viola o direito à integridade física e moral, tanto porque

pouco afeta esses direitos quanto porque o legislador deve levar em conta a necessidade de preservar os direitos de terceiros.

O Tribunal Constitucional da República Checa, no I. ÚS 1849/08 (REPÚBLICA, TCHECA, 2010), se debruçou sobre caso envolvendo cidadão que, ao organizar reunião em estrada, colocou dois alto-falantes sem, contudo, atender a intimação do Supremo Tribunal Administrativo para prestar esclarecimentos, tendo sido, portanto, acusado de utilizar a estrada para propósito diferente daquele para o qual se destina, razão pela qual foi-lhe aplicada multa disciplinar.

Ao analisar a questão, a referida Corte Constitucional decidiu que a conduta do requerente não satisfazia os elementos jurídicos de uma infração, tendo em vista que a colocação de alto-falantes numa via faz parte do exercício do direito de reunião. Ademais, a imposição de multa disciplinar apenas por não apresentar explicações não é prevista como sanção administrativa, devido à necessidade da observação estrita da não autoincriminação (*nemo tenetur se ipsum accusare*), que decorre da interpretação do artigo 6.1 da Convenção Europeia de Direitos do Homem (CEDH).

Encerrando o exame jurisprudencial do *nemo tenetur se detegere*, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos analisou os seguintes casos, a saber: 1) *O'Halloran and Francis v. the United Kingdom* (TIDH, 2007) e 2) *Ibrahim and Others v. the United Kingdom* (TIDH, 2016).

Em *O'Halloran and Francis v. the United Kingdom* (2007), o TEDH decidiu que a obrigação legal que recai sobre o detentor de um veículo de fornecer informações sobre a identidade do motorista que conduziu seu automóvel quando houver suspeita de infração no trânsito não viola o direito de permanecer em silêncio nem a garantia de não autoincriminação.

No caso *Ibrahim and Others v. the United Kingdom* (TIDH, 2016) a Corte entendeu que o Governo não se desincumbiu do ônus de demonstrar, de forma convincente, as circunstâncias excepcionais e imperiosas que justificariam o prosseguimento da entrevista do suspeito depois que ele começou a incriminar-se, sem adverti-lo ou informá-lo do seu direito de permanecer em silêncio e de ter assistência jurídica. O caso, em síntese, disse respeito a um indivíduo inicialmente interrogado pela polícia como testemunha de bombardeios suicidas ocorridos em Londres tendo, no entanto, durante o seu testemunho, começado a se incriminar ao explicar seu encontro com um dos suspeitos dos ataques terroristas logo após o atentado e como lhe auxiliou, momento no qual nada foi lhe assegurado em relação a vedação da autoincriminação.

Analisados os precedentes das mais diversas Cortes Constitucionais de todo o mundo, importante, antes de responder ao questionamento posto no início do tópico, destacar a jurisprudência do STF sobre a chamada teoria da dupla imputação.

O STF, em 2013, no RE n. 548.181-PR (BRASIL, 2013c) decidiu que admissível a condenação de pessoa jurídica pela prática de crime ambiental, ainda que absolvidas as pessoas físicas ocupantes de cargo de presidência ou de direção do órgão responsável pela prática criminosa.

Partindo-se do pressuposto de que a condenação autônoma de pessoas jurídicas é possível, talvez tenha se chegado ao momento de pensar, concretamente, sobre as repercussões do *nemo tenetur se detegere* em seu favor.

Sobre o tema, Joel Tóvil (2008, p.89) destaca que "até mesmo a pessoa jurídica - que hoje pode ser sujeito ativo de crime ambiental (cf. arts. 225 da CF c/c artigo 3º da Lei nº 9.605/98 (BRASIL, 1998) - tem direito ao silêncio e de abrigar-se sob o manto do *nemo tenetur se detegere*".

Dentre outros argumentos, até por não constituir o núcleo da tese, "a recusa da proteção dos direitos fundamentais das pessoas coletivas empresariais, enquanto aglomerados de indivíduos sujeitos a um esquema funcional de cooperação econômica, conduz, por arrastamento, à violação dos direitos fundamentais dos indivíduos funcionalmente associados à empresa, na qualidade de administradores ou trabalhadores" (MACHADO, RAPOSO, 2009).

Em síntese, independentemente de seu *status* jurídico, é fato que a pessoa jurídica é representada, em atos delituosos, por pessoas físicas. Nesse sentido, deve ser garantido o direito ao silêncio, não apenas para o indivíduo em relação aos fatos que possam lhe prejudicar como pessoa física, e sim, igualmente, na condição de representante legal, cuja fala poderá prejudicar, e muito, o próprio desenvolvimento da defesa da pessoa jurídica.

Nesse sentido, tomando por base as balizas jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal, o representante legal pode, baseado no *nemo tenetur se detegere*, se negar a se manifestar sobre os fatos da denúncia imputados à pessoa jurídica não podendo, entretanto, mentir sobre os dados de identificação (CNPJ, inscrição estadual, nome empresarial, etc).

Observe-se, portanto, que algo que deve ser destacado é, em consonância com o atual estágio civilizatório, legislativo e jurisprudencial do Brasil, a possibilidade de visualização do *nemo tenetur se detegere* em duas perspectivas, a saber: 1) *nemo tenetur se detegere* de primeiro grau e 2) *nemo tenetur se detegere* de segundo grau.

O *nemo tenetur se detegere* de primeiro grau consiste no direito ao silêncio exercido, seja por pessoa física em processo penal contra si, seja por pessoa física na condição de representante legal da pessoa jurídica.

O *nemo tenetur se detegere* de segundo grau, por outro lado, diz respeito ao silêncio da pessoa física, na condição de representante legal, sobre fatos que possam gerar responsabilidade não da pessoa representada, e sim, a própria.

Diante de todos os elementos colhidos ao longo do presente capítulo será possível responder a indagação inicialmente proposta, qual seja: como fica a garantia da mentira sobre os fatos na era digital? Como ficam os limites estabelecidos para que o Estado, como titular da persecução penal, possa, ao mesmo tempo, realizar atos investigativos eficientes e, do outro, não violar o núcleo duro das garantias penais e processuais do acusado, em especial, a do *nemo tenetur se detegere*?

### 3.2.6 Análise da questão à luz do estudo de caso concreto: O que foi e quais são os efeitos do julgamento RMS 61.302/RJ perante o Superior Tribunal de Justiça

No dia 14/03/2018, a então Vereadora do Rio de Janeiro, Marielle Franco, foi assassinada. Diante de tal fato, foi instaurado inquérito policial. Durante as investigações, a autoridade policial requereu e o juízo competente deferiu pedido para que o Google fornecesse a identificação dos IPs ou Device Ids que tenham, através do aplicativo Google Maps e/ou Waze, entre os dias 10/03/2018 a 14/03/2018, realizado consultas relacionadas ao seguinte endereço: Rua do Inválidos, 122, ou Rua dos Inválidos.

Além disso, foi deferido, igualmente a pedido da autoridade policial, a identificação dos IPs ou Device Ids que tenham realizado no Google Busca pesquisas relacionadas ao referido endereço no período acima descrito, bem como se utilizando dos seguintes parâmetros de pesquisa “Vereadora Marielle Franco”; “Agenda Vereadora Marielle”, “Casa das Pretas”, “Rua dos Inválidos, 122”; ou “na Rua dos Inválidos, na Lapa”.

O pedido formulado pela autoridade policial baseou-se na seguinte hipótese investigativa: os autores do crime estariam seguindo a vítima desde esse local, de forma que sabiam, previamente, que ela estaria no evento.

Notificada para apresentar os elementos requeridos pela autoridade policial, o Google não cumpriu a medida alegando que 1) o pedido não encontra amparo no ordenamento jurídico brasileiro e que 2) o mesmo ordenamento jurídico não admite quebras de sigilo e interceptações genéricas, desprovidas de individualização razoável dos investigados.

Além disso, destacou que seria necessária a demonstração de indícios concretos de envolvimento de determinada pessoa ou, ainda, de grupo na prática de crimes, não existindo previsão legal para a quebra de sigilo com fundamento nas coordenadas geográficas das pessoas.

Por fim, o Google alegou, e aqui é um dos pontos centrais da questão, que as localizações geográficas indicadas pelo magistrado objeto da diligência criam o risco concreto de se afetar um número muito elevado de pessoas inocentes, ou seja, que simplesmente nada têm a ver com o fato objeto de investigação.

A questão chegou ao STJ através do RMS 61.302 (BRASIL, 2020) e a Corte concluiu que a decisão do juízo singular foi acertada, ou seja, que o Google deve cumprir o que foi requisitado. Inicialmente, as informações solicitadas foram compreendidas como sendo dados informáticos estatísticos, relacionados à identificação dos usuários que manusearam o google busca, o google maps e o waze em determinada área geográfica.

Nesse sentido, a decisão, desde que devidamente fundamentada, não seria ilícita. Dando continuidade, foi destacado que a quebra do sigilo de dados armazenados não obriga a autoridade judiciária a indicar previamente as pessoas que estão sendo investigadas, até porque o objetivo precípuo da medida seria o de justamente proporcionar a identificação do usuário do serviço ou do terminal utilizado.

Diante dessas considerações, a Corte concluiu que a ordem judicial que objetive a quebra do sigilo de registros, especificada por parâmetros de pesquisa em determinada região e por período de tempo certo, não seria desproporcional, pois, o Estado estaria diante de crimes gravíssimos e que, ao mesmo tempo, não colocariam em risco inaceitável a privacidade dos usuários possivelmente atingidos por tal diligência.

Sobre o destaque feito de que a determinação de quebra de dados informáticos estáticos, relativos a arquivos digitais de registros de conexão ou acesso a aplicações de *internet* e eventuais dados pessoais a eles vinculados, não se confunde com aquela que ocorre com as interceptações das comunicações, as quais dão acesso ao fluxo de comunicações de dados, usado como um dos fundamentos para a legitimação da decisão do juízo de primeira instância, importante chamar a atenção para o fato de que os metadados, ainda quando descritos em documentos digitais, não perdem a sua essência.

Nesse sentido, outro problema grave que existe é a equiparação entre metadados e o fluxo de dados, como se ambos simbolizassem as mesmas coisas e pudessem ser enquadrados nos ditames, por exemplo, do marco civil da *internet*.

Nesse sentido, a questão de fundo vai além da distinção conceitual entre a quebra de sigilo de dados armazenados e a interceptação do fluxo de comunicações, pois, repita-se, estamos diante de metadados buscados por centenas de pessoas no período compreendido e deferido pelo juízo de primeira instância.

Diante de tal constatação, o art. 5º, X, da CF/88, o qual garante a inviolabilidade da intimidade e da privacidade, inclusive quando os dados informáticos constarem de banco de dados ou de arquivos virtuais mais sensíveis, não é suficiente para resguardar a proteção relacionada aos metadados, não apenas diante da série infinita de narrativas que podem ser construídas como, e sobretudo, por conta do atingimento indevido de terceiros que jamais possuíram qualquer relação com a investigação e os atos ali analisados.

Concordando com a explicação de que o procedimento disciplinado pelo art. 2º da Lei nº 9.296/96 (Lei de Interceptação Telefônica) não se aplica quando se busca obter dados pessoais estáticos armazenados em sistemas informatizados de um provedor de serviços de internet, o mesmo deve ser dito em relação aos metadados.

A respeito da utilização do marco civil da *internet*, cumpre destacar que o art. 22, parágrafo único, da referida Lei, faz uma ressalva expressa de que o requerimento será deferido desde que observados os requisitos dispostos nos respectivos incisos “sem prejuízo dos demais requisitos legais”.

Na legislação processual penal, a cautelaridade das medidas de quebra de sigilo depende de requisitos que vão, e muito, além daqueles previstos no art. 22, do Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014).

Nesse aspecto, ainda que o art. 22, per si, não exija a indicação de elemento de individualização pessoal na decisão judicial, tal requisito mostra-se necessário quando se está diante de quebras de sigilo lato sensu, previstas no processo penal brasileiro.

Além da especificação do alvo, diante da leitura sistemática do ordenamento jurídico brasileiro, deve ser demonstrada a indispensabilidade da medida, ou seja, que a prova da infração não pode ser realizada por outros meios.

Nesse sentido, não por interpretação exclusiva e sim por uma análise global do fenômeno e suas consequências, deveria o STJ ter declarado que a quebra do sigilo de dados armazenados, na esfera criminal, obriga a autoridade judiciária a indicar previamente as pessoas que estão sendo investigadas, ainda que o objetivo precípuo dessa medida é justamente o de tentar identificar o usuário do serviço ou do terminal utilizado sendo, aí sim, suficientes indícios de autoria, algo próprio de medidas investigativas.

Assim, a ordem judicial para quebra do sigilo dos registros, além de ter que ser delimitada por parâmetros de pesquisa em determinada região e por período de tempo, se mostra medida desproporcional quando não respeitados os requisitos da legislação processual penal e, ainda não especifique, ao menos, alvos em potencial, não sendo suficiente a afirmação de que a apuração de gravíssimos crimes legitimaria tal medida.

Nesse diapasão, da mesma forma, medidas investigativas intentadas sem parâmetros claros quanto aos sujeitos envolvidos viola a privacidade tanto em primeiro grau (Acesso em si ao histórico de navegação de uma determinada pessoa) como em segundo grau (utilização das informações em diversas narrativas), não sendo possível que, a partir daqui, seja admitido o que chamo de Estado de Vigilância cibernética no Brasil, em especial, quando se está diante de consequências de índole criminal.

### **3.3 Análise crítica do cenário brasileiro a respeito da proteção de dados e sua aplicabilidade no enfrentamento ao crime**

Após considerações preliminares que conectassem o presente capítulo ao anterior, foram alçados a condição de premissas conceituais integrantes da quinta velocidade do direito penal os direitos fundamentais à privacidade na era informacional e ao silêncio (*nemo tenetur se detegere*).

Ambos os direitos foram escolhidos por serem essenciais para o acusado na efetivação de dois princípios básicos em matéria penal, quais sejam: princípio da ampla defesa e do contraditório.

Sobre os direitos fundamentais em espécie, foi traçado o paralelo que tornou possível



a complexidade horizontal e vertical de seus estudos nos dias de hoje.

A respeito do direito à privacidade e a intimidade, foram traçadas diferenças importantes para que seja possível compreender o escopo de proteção próprio do Estado Democrático de Direito.

Após a delimitação de cada um dos escopos, foi possível visualizar a origem do estudo, especificamente, da intimidade na sociedade da informação, chegando-se à conclusão, em certa medida, perturbadora, quanto à falta de delimitação exata de seu conceito, conseqüentemente, de seu alcance, algo que, em uma primeira análise, e que seria própria de outra pesquisa doutoral, ultrapassar os próprios subprincípios relacionados ao caráter estrito do princípio da legalidade.

Retomando ao roteiro estabelecido no terceiro capítulo, após destacar a problemática envolvendo o conceito da intimidade na sociedade da informação, foi analisado o histórico, conceito e limites jurisprudenciais impostos ao *nemo tenetur se detegere*.

Diante de todos os elementos colhidos ao longo do presente capítulo foi possível, no item anterior, fazer a seguinte indagação, qual seja: como fica a garantia da mentira sobre os fatos na era digital? Como ficam os limites estabelecidos para que o Estado, como titular da persecução penal, possa, ao mesmo tempo, realizar atos investigativos eficientes e, do outro, não violar o núcleo duro das garantias penais e processuais do acusado, em especial, a do *nemo tenetur se detegere*?

Sobre os direitos fundamentais em si, dúvidas não restam no sentido de que, em ambos os casos, a internet e a utilização de metadados geraram significativas mudanças, não sendo mais possível partir do ponto de vista vivido, por exemplo, na era pré-*internet*.

Sobre a intimidade na era da informação e no âmbito do direito penal, é possível defini-la, ainda que previamente, como o conjunto de dados e metadados que compõem a esfera digital íntima do usuário da rede, ou seja, dos elementos que são acessíveis apenas para a referida pessoa ou, no máximo, para um grupo reduzido de pessoas previamente escolhidas por aquela.

Já em relação ao *nemo tenetur se detegere*, uma primeira conclusão é a de que referido princípio, mesmo com a dispersão de dados e metadados na internet não deixou de existir, podendo o acusado, mesmo diante da apresentação, pelo Estado, de metadados, não apenas silenciar-se como mentir para se proteger.

Sobre o tema, assim como ocorre na jurisprudência do STJ, o (a) acusado (a) não poderá, entretanto, mentir sobre os dados e metadados que digam respeito à sua identidade, sob pena de cometimento de crime.

Realizados esses breves (até por não ser o objetivo central do presente trabalho) esclarecimentos sobre o mínimo conceitual que deve existir em relação ao princípio da intimidade na era da informação e do *nemo tenetur se detegere*, é possível passar a responder a pergunta proposta no item anterior.

O ponto central para a resposta diz respeito, inicialmente, 1) ao acesso, por parte do Estado, aos metadados dos indivíduos e 2) a utilização do *dataveillance* como medida de monitoramento de metadados dos indivíduos.

Nota-se que o próprio conteúdo da privacidade na era da informação não está bem delimitado, com contornos definidos. Portanto, sob pena de se violar, inconstitucionalmente, dados e metadados sensíveis dos indivíduos, qualquer diligência por parte do Estado deve (e aqui sim é possível definir) ocorrer por meio de autorização judicial.

Referida autorização judicial deverá delimitar o escopo, bancos de dados, tempo e dimensão das referidas coletas, devendo, ao final, todos os relatórios serem juntados aos autos da investigação em curso.

Outro grande problema, a partir da resposta inicial, diz respeito aos limites da decisão judicial, ou seja, de jurisdição que já estão sendo enfrentados por magistrados de todo o país e mundo por uma questão de fácil assimilação e grande impacto: nunca antes algum fenômeno dificultou tanto o exercício da soberania clássica como a *internet*.

Nesse sentido, refletindo sobre a perspectiva internacional, creio que está na hora de ser estabelecido como marco a fiscalização a nível global e cogente para todos os países do globo, bem como para as pessoas jurídicas de direito privado, tudo isso a possibilitar que ataques à privacidade informacional, principalmente no âmbito criminal, não sejam perpetradas por países ou pessoas jurídicas estrangeiras mal intencionadas.

Além do exame da questão sob a égide da legislação e jurisprudências internacional e nacional, o que foi feito até aqui, um dos pontos centrais do capítulo e, por que não, da presente tese, diz respeito aos reflexos que o monitoramento dos metadados tem para a prevenção de crimes, independentemente de sua gravidade ou extensão, algo que reflete (e, por que não modifica) no próprio papel desenvolvido pelo Estado quando no exercício da persecução penal.

Revisando a teoria do expansionismo penal de Jesús María-Silva Sánchez, no que diz respeito à primeira velocidade, essa consistiria na afirmativa de que o Direito Penal nesse momento cumpre com os ditames clássicos do devido processo legal, sendo aplicado à luz do garantismo, o que gera um procedimento mais longo, entretanto (e em tese), mais seguro ao acusado.

Referido procedimento seria, na visão do autor espanhol, utilizado para elucidar casos que envolvessem infrações penais mais graves gerando, caso constatado o binômio autoria/materialidade, uma punição desde que dentro das garantias processuais e penais como as da legalidade, devido processo legal, etc.

Já a segunda velocidade do Direito Penal tem espaço nos chamados crimes de menor potencial ofensivo permitindo com que as penas de prisão sejam substituídas por aquelas que restrinjam direitos, gerando a flexibilização das medidas punitivas estatais, de um lado, bem como a celeridade procedimental, por outro.

A terceira velocidade do Direito Penal passa a mesclar as duas primeiras velocidades, tornando possível que garantias penais e processuais clássicas sejam relativizadas independentemente da gravidade do delito.

Além desse aspecto, a quarta velocidade do Direito Penal tem por foco a punição de altas autoridades em virtude do cometimento de crimes contra a humanidade. Como exemplos do Direito Penal de quarta velocidade, é possível citar aqueles praticados durante a Segunda Guerra Mundial e julgados por Tribunais Penais Internacionais como o Julgamento de Nuremberg e o Tribunal de Jerusalém.

A respeito da quinta velocidade do Direito Penal, aspecto sobre o qual a presente tese ora se debruça, algumas afirmações surgem no sentido de que nela, o Estado, nesse momento, contaria com a presença maciça policiais na rua<sup>155</sup>, ou, ainda, o Direito Penal teria, em síntese, como objetivo o de responsabilizar os autores, diante da agressividade presente nas sociedades nas quais estamos inseridos, caracterizadas por relações complexas e, muitas vezes, (in) compreensíveis.

Nota-se, inicialmente, que a quinta velocidade do Direito Penal vai (e muito) além

---

<sup>155</sup> Informação amplamente divulgada conforme link a seguir o qual se referiu sobre a palestra “Temas polêmicos sobre o Processo Penal”, proferida por Cleber Masson no Encontro Nacional de Direito Processual 2016, promovido pelo Grupo Notorium nos dias 20 e 21 de maio de 2016, em João Pessoa.: <http://grupocienciascriminais.blogspot.com/2016/06/coluna-temas-polemicos-sobre-o-processo.html>. Acesso em: 09.mar.2020.

das digressões citadas no parágrafo anterior. Inicialmente, cumpre destacar que a quinta velocidade do Direito Penal tem por palavra-chave a *internet*.

A utilização de ferramentas de monitoramento não apenas de dados mas como, e principalmente, dos metadados dos indivíduos (pessoas físicas e jurídicas) representa uma nova forma de pensar tanto em relação aos 1) delitos graves e que exijam maiores garantias (primeira velocidade), 2) delitos não graves e que, portanto, prescindem do mesmo número de garantias previstas para os delitos da primeira velocidade (segunda velocidade), 3) delitos cujo o exame, em verdade, passa a priorizar a figura do autor e não o fato criminoso em si (Terceira velocidade), como 4) a punição de altas autoridades em virtude do cometimento de crimes contra a humanidade (quarta velocidade).

Ou seja, ao mesmo tempo em que pode ser utilizada para dismantelar grandes estruturas criminosas, com atuação em mais de um país, a vigilância de metadados permitirá uma nova perspectiva na própria investigação penal, independentemente da gravidade, natureza e circunstâncias do delito.

Muito provavelmente, em especial levando-se em conta a visão euroamericana que permeia o presente trabalho, nos países subdesenvolvidos certamente as técnicas de vigilância serão adotadas, inicialmente, para crimes cuja complexidade seja maior para, em seguida, alastrar-se para delitos de menor monta por razões simples, a saber: 1) custos com efetivo diminuirão, 2) risco à saúde e integridade dos agentes públicos também diminuirá, 3) eficiência na coleta e encerramento dos atos investigatórios.

Sobre a Quinta Velocidade do Direito Penal aqui proposta, cumpre salientar que a tendência é que o procedimento investigatório tenha sua velocidade aumentada consideravelmente, devendo, portanto, ocorrer, independentemente da gravidade do delito e, em contrapartida, o respectivo aumento das garantias penais e processuais do acusado ao longo da instrução penal, o que poderia ser aqui denominado de criminal *check and balances* (pesos e contra pesos criminais).

No tocante ao segundo ponto da pergunta posta no início desse tópico, cumpre destacar que a utilização do *dataveillance* como medida de monitoramento de metadados dos indivíduos deverá ocorrer 1) mediante apresentação de indícios de autoria e materialidade, 2) delimitação temporal, 3) especificação da natureza dos metadados a serem monitorados, 4) resguardo de todos os metadados colhidos, não sendo admitido o recorte ou, ainda, montagens de mosaicos de metadados aptos a configurarem a alteração dos próprios fatos investigados sob

pena de responsabilização administrativa, civil e penal dos agentes públicos responsáveis pela colheita.

## 4 REALIDADE E PERSPECTIVAS DO *DATAVEILLANCE* NO BRASIL

Após a análise das bases do expansionismo penal, o seu desenvolvimento e consequente críticas passando, na sequência, pelo panorama legislativo envolvendo a proteção de metadados, com destaque para o conceito que se pretende para o *dataveillance*, foi analisado o direito punitivo brasileiro à luz da Constituição Federal de 1988, com enfoque em dois direitos do acusado, a saber: 1) direito ao silêncio e 2) privacidade na era digital.

Como se não bastasse, o exame da realidade e perspectivas do *Dataveillance* no Brasil ganha ainda maior destaque quando se está diante de um mundo que ainda vive, enquanto escrevo, os efeitos da pandemia do Covid-19.

Tais efeitos, conforme alerta Yuval Nohah (2020), geram necessidades por parte de toda a comunidade internacional, tais como: 1) cooperação internacional no fluxo de dados e metadados, 2) estabelecimento de princípios éticos gerais a respeito do gerenciamento e fornecimento de dados e metadados, 3) monitoramento de dados e metadados das pessoas, em especial, os seus limites.

Diante desse percurso, é possível, no quarto capítulo, passar para o exame da realidade brasileira atual, bem como, para a análise a respeito dos efeitos e consequências da utilização do *dataveillance* no país, onde serão respondidas as seguintes questões: 1) efeitos indesejáveis da utilização do *dataveillance* levando-se em conta aspectos raciais, 2) a (in) aplicabilidade do *dataveillance* como mecanismo de combate preventivo aos crimes, e 3) proposta de regulamentação da referida técnica especial de coleta de metadados no Brasil.

### 4.1 Considerações preliminares

Até a análise que ora se pretende a respeito do direito punitivo brasileiro à luz da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), oportuno traçar um breve paralelo com os demais capítulos trabalhados até então.

No primeiro capítulo, com o intuito de compreender a extensão, conceito e reflexos na realidade brasileira do Expansionismo penal, conceitos iniciais importantes como os da sociedade pós-industrial, a pós-modernidade e a modernidade tardia brasileira foram analisados.

A doutrina do expansionismo penal teve por base a tese desenvolvida por Jesús-

María Silva Sánchez, estudo no qual as três primeiras velocidades foram explicadas.

Mais adiante, a partir dos estudos de Daniel Pastor, foi destacada, igualmente, a 4ª velocidade do Direito Penal. A presente tese, dentre outros objetivos, portanto, pretende demonstrar a chamada 5ª velocidade do Direito Penal.

A referida comprovação (da 5ª velocidade do Direito Penal) será testada a partir da correlação entre Direito Penal e tecnologia, ou seja, a partir de sua utilização e previsão legal no combate não apenas repressivo como, e principalmente, preventivo de delitos.

Na sequência do trabalho, no segundo capítulo, foi analisada a ferramenta conhecida por *dataveillance*, conceituada como mecanismo tecnológico apto a monitorar os chamados metadados do indivíduo.

Para que o leitor tenha a exata compreensão de como esse mecanismo funciona, ao expor um pedaço de papel perante uma plateia e perguntar do que se trata, no *dataveillance*, a informação principal não diz respeito as mensagens eventualmente existentes na referida folha de papel e sim nos dados próprios do papel como gramatura, tamanho da folha, fonte das letras usadas, etc.

A partir do conceito de *dataveillance* foi realizado estudo a respeito da proteção, seja de dados, seja, e principalmente, de metadados tanto no Direito Comparado como no Brasil.

Nesse aspecto, a legislação relativa ao tema e existente na União Europeia e Estados Unidos da América foram analisadas. No Brasil, a análise ocorreu em relação à Lei de Interceptação telefônica, a Lei Geral de Proteção de Dados, a Política Nacional de Segurança da Informação e a Estratégia Nacional de Segurança Cibernética, momento no qual foi possível extrair que não há a previsão expressa sobre esse mecanismo.

Mais do que isso, foi possível concluir que o foco de exame tanto das legislações estrangeiras como o da legislação brasileira diz respeito ao dado em si, ponto de partida diverso, portanto, do metadado próprio da ferramenta do *dataveillance*.

A análise da quinta velocidade do Direito Penal, para além de uma íntima correlação com o Processo Penal, o exame do brocardo clássico da proibição de produção probatória contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*) e os seus reflexos na atual sociedade da informação, mais especificamente, no que diz respeito às possibilidades de persecução penal, o *dataveillance* e o direito à intimidade na sociedade da informação, deve ir além, correspondendo a análise da efetivação do Direito Penal, pelo Estado, à luz da tecnologia e o consequente equilíbrio entre

referida aplicação e as garantias constitucionais da ampla defesa, contraditório, do *nemo tenetur se detegere* e a intimidade.

#### 4.2 Diálogo entre o *dataveillance* e o Direito Processual Penal

O *dataveillance*, mais especificamente o que se convencionou chamar na presente tese de *criminal dataveillance*, é um instituto multifacetário que, dada a sua natureza, permite o diálogo não apenas com o direito penal material como, e em especial, com o direito processual penal. O diálogo com esse ramo do direito é o objetivo central do presente tópico.

Caminhar, através do Processo Penal, pelo "mundo concreto" e pensar não apenas nele, mas, sobretudo, nas condições de possibilidade dos mundos alternativos futuros, como é o caso da tecnologia, “é essencial em virtude do reconhecimento do caráter complexo e dinâmico da própria realidade” (PRADO, 2020).

A realidade do processo penal, assim como atesta *Ludwig von Bertalanffy*, no sentido de que conceitos, caracterizados por aspectos fixos nos *Sistemas* não possibilitavam a explicação de uma “rede intrincada de relações, rede *indomável* por um ou por poucos princípios em tese hegemônicos” (PRADO, 2020).

Além desse aspecto, ou seja, da possibilidade de diálogo entre o direito penal, processual penal e tecnologia, especificamente sob a perspectiva instrumental, chegamos ao momento de evolução no qual novas teorias a respeito dos sujeitos processuais, bem como o reconhecimento de novos direitos fundamentais gerados em virtude da chamada por Geraldo Prado de “digitalização da vida”, são providências importantes para a manutenção das garantias processuais aos indivíduos.

A não concessão/atualização das garantias processuais à Defesa na era da digitalização pode gerar o agravamento, a partir da utilização da tecnologia, das seguintes circunstâncias trazidas por Antonio Vieira (2020, p. 56/57), senão vejamos: a) o uso massivo de prisão provisória, com extensão de sua duração; b) a utilização de técnicas de sobrecarga nas cobranças; c) grande número de buscas domiciliares a partir de dados coletados na rede mundial de computadores; d) utilização de condutas coercitivas para interrogatório mesmo contra investigados que poderiam, em teoria, invocar a garantia do *nemo tenetur se detegere*; e) bloqueio de bens e valores, para dificultar o pagamento da própria defesa, por exemplo; f) o



diálogo dos investigadores com a mídia - fazendo com que os temas da operação aparecessem no noticiário todos os dias (julgamento pela mídia), em uma estratégia publicitária opressora óbvia; g) pressão popular sobre as demais instâncias do Judiciário, que passaram em confirmar quase todas as decisões tomadas em primeira instância, tornando remota a perspectiva de liberação, nesses casos; h) a utilização das informações adquiridas com base nas primeiras delações celebradas, favorecendo a situação negocial do Ministério Público; i) deflagração de novas etapas da operação em curtos intervalos de tempo, a fim de incutir nos investigados a crença de que estavam para ser presos; e j) por fim, as penas muito altas impostas aos primeiros condenados, parâmetro esse que tende a se perpetuar ao longo dos primeiros quatro anos de operação (com média de cerca de dez anos de prisão em cada sentença).

Além desses aspectos, o diálogo entre as disciplinas acima descritas, com especial destaque para o processo penal e a tecnologia gera, caso não haja cuidado por partes dos atores processuais, impactos negativos quando nos deparamos com as dez regras da ética judicial<sup>156</sup> resultantes da natureza cognitiva da jurisdição apresentadas por Luigi Ferrajoli (2021), cujo o objetivo é o de reduzir o poder em prol do alargamento pelo conhecimento legítimo do que se apura.

Com o intuito de verificar o potencial desrespeito às regras de ética judicial apontadas acima, tomemos como exemplo a divulgação, no Brasil, através de mecanismos tecnológicos, da deflagração de operações policiais nas mais variadas mídias. O modo pelo qual tais informações são veiculadas (mais ou menos tendenciosas), somada a alta velocidade de propagação gera, sem maiores dificuldades, desrespeito à primeira das regras de ética judicial, consistente nas garantias do acusado, que se ve condenado previamente, sem sequer, em muitos dos casos, ter o mesmo espaço para responder a altura cada uma das “condenações antecipadas” que lhe são feitas. Veja, nesse ponto, a tecnologia pode, infelizmente, servir como ferramenta que potencializa a clássica desigualdade de poderes entre o Estado e o indivíduo.

No tocante à ética da dúvida, segunda regra apresentada por Ferrajoli (2021), mais uma vez, a disseminação de versões parciais (veiculadas pela acusação) e iniciais (sem que tenha ocorrido sequer a oportunização da ampla defesa e contraditório) gera impactos diretos

---

<sup>156</sup> De acordo com Ferrajoli (2021), as regras da deontologia que devem nortear os magistrados, visando reduzir o poder e alargar o conhecimento seriam as seguintes 1) respeito pelas garantias, 2) a ética da dúvida, 3) oitiva das razões opostas, 4) imparcialidade de julgamento, 5) rejeição do criacionismo judicial, 6) compreensão e avaliação equitativa da singularidade de cada caso, 7) julgamento sobre fatos e não sobre pessoas (*nolite indicare*), 8) o respeito por todas as partes do processo, 9) oponibilidade das decisões à “opinião pública” por si só e; 10) rejeição do carreirismo como regra de estilo.

negativos neste ponto. A disseminação, através da tecnologia, de informações iniciais dificulta, ainda mais, o trabalho defensivo no sentido de demonstrar que sobre a totalidade (ou parcialidade) do que foi apresentado existem equívocos ensejadores das mais diversas consequências jurídicas como a absolvição ou, ainda, a desclassificação do delito.

A enchurrada de informações típica da sociedade da informação, quando não filtrada, em especial no início de operações policiais, gera violação à quarta regra de ética judicial relativa à própria imparcialidade de julgamento. Sobre esse ponto, ainda que não determine, a disseminação do caso na imprensa coloca o magistrado, como ser humano, em posição desconfortável quanto à sua própria função jurisdicional, em especial, quando tende a absolver ou, de qualquer modo, ir de encontro ao que acaba sendo consolidado pelas mídias sociais.

Como aponta Ferrajoli (2021), “os espaços de discricionariedade interpretativa no exercício da jurisdição são enormes e crescentes, devido à inflação regulatória, à ruptura da linguagem jurídica e à estrutura multinível da legalidade”, características essas que são, novamente, potencializadas quando se tem, à disposição dos intérpretes, um oceano de informações que, quando não analisadas com prudência, podem gerar interpretações criacionistas<sup>157</sup> em total descompasso com o que foi originariamente pensado pelo criador de determinada tese, por exemplo<sup>158</sup>.

No tocante à compreensão e avaliação equitativa da singularidade de cada caso, a tecnologia, seja diante do atual estágio de evolução existente, seja em virtude de um uso indisciplinado dos mecanismos tecnológicos, pode acabar gerando as temidas decisões padrão, atos judiciais que desrespeitam o caráter dúplice do princípio da individualização da pena, por exemplo.

A respeito das demais regras aplicáveis ao presente estudo, dados discipados sem

---

<sup>157</sup> Ferrajoli (2021), sobre suas preocupações relacionadas ao tema, destaca ainda: “É justamente essa legitimação que hoje se presta à expansão extrajudicial do Poder Judiciário por meio de abordagens doutrinárias múltiplas e heterogêneas: das orientações kelseniana e pós-kelseniana do tipo positivista paleolegal às orientações principialistas de caráter neo-naturalista; das linhas da hermenêutica jurídica àquelas dos neopandetistas, passando pelas várias correntes do realismo jurídico, tudo em prol do desenvolvimento de um direito jurisprudencial desvinculado do direito legislativo.”

<sup>158</sup> Nesse sentido, pode ser citado o caso recente envolvendo o jurista alemão Claus Roxin e a má aplicação da teoria do domínio do fato narrados durante o Congresso Internacional de Direito Penal ocorrido na Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie e amplamente divulgado nos sites especializados. De acordo com o professor alemão, a real proposta da referida teoria consistiria em punir os responsáveis pelas ordens e as pessoas que as executam em uma estrutura hierarquizada que atue fora da lei, circunstância que não poderia ser confundida com a simplória conclusão de que tal teoria objetivaria “tornar mais severas as penas das pessoas que comandam as estruturas políticas”, aspecto que foi utilizado na Ação Penal 470, julgada pelo Supremo Tribunal Federal. A íntegra do texto pode ser acessada através do seguinte link: <https://www.conjur.com.br/2014-set-01/clus-roxin-critica-aplicacao-atual-teoria-dominio-fato>.

controle, filtro ou, pior, sem qualquer possibilidade de resposta por parte de quem se defende ou, ainda, de seus representantes, gera incálculáveis prejuízos sobre julgamentos relacionados às pessoas e não aos fatos, à própria noção deontológica de respeito às partes e à independência entre conclusão jurídica e opinião pública como forma de mecanismo contra-majoritário.

Após breves e importantes ponderações sobre as contribuições de Ferrajoli (2021) sobre as regras de ética judicial, sobre a manutenção das garantias processuais aos indivíduos no cenário de “digitalização da vida”, compreender e regulamentar o uso da tecnologia, em sentido lato, no processo penal é fundamental para que possamos, minimamente, combater fenômenos como a condenação imediata de pessoas físicas e jurídicas por delitos, típica de dados e metadados lançados na internet no início de investigações que ganhem as capas de tablóides, por exemplo.

Nesse sentido, o primeiro objetivo específico neste momento é discorrer sobre as diferenças existentes entre o domínio informacional e o uso dessa informação como prova e, com base nessa perspectiva, traçar os paralelos possíveis com o *criminal dataveillance*.

Com o intuito de tornar isso possível, será analisado o fenômeno do *mass surveillance* na jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos. Nesse ponto, é importante esclarecer ao leitor que referida Corte foi escolhida, em detrimento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos – CIDH, pois, as discussões existentes na América Latina dizem respeito à institucionalidade menos complexa, por assim dizer, do continente quando em comparação com o nível de discussão existente na Corte Europeia de Direitos Humanos.

Além, portanto, da descrição do fenômeno do *mass surveillance*, sua correlação com o *criminal dataveillance*, a pedra de torque do tópico dirá respeito à tradução, justamente, do primeiro fenômeno para o Brasil, mais especificamente, para o direito processual penal. Realizada essa etapa, serão aferidos, no contexto brasileiro,

Antes de passar a análise de cada um dos precedentes sobre o tema, é importante a compreensão a respeito do termo *mass surveillance*. A vigilância em massa consiste em técnica de vigilância associada a uma fração inteira ou substancial de uma população, cujo objetivo é o de monitorar esse grupo de cidadãos.

Referida técnica de vigilância geralmente é realizada por governos locais e federais ou organizações governamentais, como organizações como, nos Estados Unidos, a Agência de

Segurança Nacional<sup>159</sup> e o *Federal Bureau of Investigation - FBI*, podendo, entretanto (e igualmente), ser realizado por pessoas jurídicas de direito privado, seja em nome dos governos, seja por sua própria iniciativa.

A extensão da vigilância em massa, bem como sua legalidade e permissão para uso, dependem das leis e sistemas judiciais de cada país. É justamente a extensão desse mecanismo que traduz a característica distintiva mais indicativa dos regimes totalitários, por exemplo. Encerrando a análise conceitual do termo *mass surveillance*, importante consignar que essa não se confunde com técnicas de vigilância direcionada.

A análise a respeito do *mass surveillance* será feita a partir de dois pontos: 1) base legislativa da questão e 2) precedentes da Corte Europeia de Direitos Humanos.

A discussão envolvendo o fenômeno do *mass surveillance* parte de interpretações feitas sobre o art. 8, da Convenção Europeia de Direitos Humanos (1950). Referido dispositivo legal, em síntese, preceitua que toda e qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência, não pode ocorrer ingerência da autoridade pública no exercício deste direito como regra geral. Excepcionalmente, referida ingerência poderá ocorrer quando prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem, aqui devendo ser compreendido como para o bem estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros.

Explicado o panorama legislativo presente na CEDH, daqui surgindo conclusão preliminar de que, nos casos concretos, deverá ser analisado o conjunto normativo do país cujo litígio teve origem, é possível seguir para a análise dos casos que envolveram o tema, ou seja, o *mass surveillance*, ou seja, nos casos a seguir esmiuçados será aferido se a interferência das autoridades era necessária para a proteção da vida privada ou da correspondência em uma sociedade democrática, bem como se a interferência a ser examinada estava de acordo com a lei.

Em *Klass and Others v. Alemanha*, julgado em 1978, os recorrentes, cinco advogados alemães, queixaram-se em particular da legislação alemã que, à época, autorizava as autoridades a monitorar sua correspondência, bem como suas comunicações telefônicas sem

---

<sup>159</sup> National Security Agency – NSA.

obrigar as autoridades a informá-las posteriormente das medidas tomadas contra eles.

Ao analisar o caso, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos considerou que não houve violação do Artigo 8, da Convenção Européia de Direitos Humanos por parte da Alemanha, tendo sido destacado que a intervenção, legalmente autorizada, era necessária em uma sociedade democrática no interesse da segurança nacional e para a prevenção de desordens ou crimes.

O Tribunal observou em particular que os poderes de vigilância secreta dos cidadãos, o que, em tese, diria respeito à medida feita em estados policiais, são toleráveis pela Convenção somente se estritamente necessários para salvaguardar as instituições democráticas.

Foi observado, no entanto, que as sociedades democráticas se vêem ameaçadas por sistemas altamente sofisticados de espionagem e pelo fenômeno do terrorismo, circunstâncias que permitem ao Estado, no intuito de neutralizar referidas ameaças, de realizar a vigilância secreta de

pessoas consideradas “subversivas” que operam dentro de sua jurisdição. Ou seja, circunstâncias excepcionais como o terrorismo somada a existência de lei nesse sentido permitiria ao Estado poderes de vigilância secreta pelo correio, telecomunicações.

Sobre o caso *Weber and Saraiva v. Alemanha*, julgado em 2006, em 1994 (ALEMANHA, 1994), a Lei de 13 de agosto de 1968 sobre Restrições ao sigilo de correspondência, correio e telecomunicações<sup>160</sup>, também chamada de “Lei G 10” foi alterada para possibilitar o chamado monitoramento estratégico das telecomunicações, ou seja, seria permitido ao Estado coletar informações interceptando as telecomunicações, a fim de identificar e evitar prejuízos para a República Federal da Alemanha, como, por exemplo, um ataque armado ao seu território ou o cometimento de ataques terroristas internacionais e algumas outras ofensas graves.

As mudanças disseram respeito principalmente à extensão dos poderes do Serviço Federal de Inteligência<sup>161</sup> no que diz respeito ao registro de telecomunicações no curso do monitoramento estratégico, bem como ao uso de dados pessoais assim obtidos e sua transmissão a outras autoridades.

---

<sup>160</sup> *Gesetz zur Beschränkung des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses.*

<sup>161</sup> *Bundesnachrichtendienst.*

O requerente, cidadão alemão, era jornalista *freelancer*; o segundo candidato, um cidadão uruguaio. Em 1995, os requerentes apresentaram uma queixa constitucional ao Tribunal Constitucional Federal contestando as novas emendas. Em um julgamento de 14 de julho de 1999, o Tribunal Constitucional Federal declarou que o segundo requerente não possuía legitimidade jurídica, mas confirmou parcialmente a queixa do primeiro requerente. Inconformados com esse cenário, a Corte Europeia de Direitos Humanos foi acionada.

A Corte Europeia de Direitos Humanos, ao analisar o caso, declarou inadmissível a denúncia do requerente tratando-a, juridicamente, como manifestamente inadmissível. Referida conclusão foi baseada tendo em conta que todas as disposições impugnadas da Lei G 10, alteradas em contexto legislativo diverso e posterior, tornou possível a conclusão pela existência de garantias adequadas e efetivas contra abusos dos poderes estratégicos de monitoramento do Estado.

O Tribunal, portanto, considerou que a Alemanha, dentro de sua ampla margem de apreciação nessa esfera, estava correta ao considerar que as interferências no sigilo das telecomunicações resultantes dos dispositivos impugnados sejam necessárias em uma sociedade democrática no interesses da segurança nacional e para a prevenção do crime.

Em *Liberty and Others v. The United Kingdom (TIDH, 2008)* os recorrentes, uma organização de liberdades civis britânica e duas irlandesas, alegaram que, entre os anos de 1990 e 1997, suas comunicações telefônicas, fac-símile, e-mail e dados, incluindo informações legalmente privilegiadas e confidenciais, foram interceptadas por um Teste Eletrônico operado pelo Ministério da Defesa britânico.

Os recorrentes, diante desse cenário, apresentaram queixas junto ao Tribunal de Comunicações, o Diretor de Ministério Público e o Tribunal de Poderes de Investigação para contestar a legalidade da suposta interceptação de suas comunicações, não tendo sido obtido, entretanto, sucesso.

Ao analisar o caso, o Tribunal Europeu concluiu que houve violação ao art. 8, da Convenção Europeia de Direitos Humanos, pois, não houve, na legislação do Reino Unido, indicação com clareza suficiente, de modo a fornecer proteção adequada contra abuso de poder, ou, ainda, a possibilitar o exercício da ampla discricção conferida às autoridades para interceptar e examinar comunicações externas.

O precedente *Kennedy v. the United Kingdom*, cujo julgamento ocorreu em 2010 (TIDH, 2010), teve início na suspeita, por parte do Requerente, de que a polícia estaria

interceptando suas comunicações telefônicas após ter iniciado um pequeno negócio. Diante desse contexto, houve um pedido de providências perante o Tribunal de Poderes Investigatórios<sup>162</sup> o qual restou infrutífero.

Após os devidos trâmites, a Corte Europeia concluiu que não houve violação do artigo 8 da Convenção, considerando que a lei britânica sobre interceptação de comunicações internas, juntamente com os esclarecimentos trazidos pela publicação de um Código de Prática indicam com clareza suficiente os procedimentos para a autorização e processamento de mandados de interceptação, bem como processamento, comunicação e destruição dos dados coletados. Além disso, não houve evidência de deficiências significativas na aplicação e operação do regime de vigilância.

Em *Roman Zakharov v. Rússia*<sup>163</sup>, julgado em 2015 (TIDH, 2015), o objeto de análise disse respeito ao sistema de interceptação secreta de telefones móveis e demais comunicações existentes na Rússia.

O requerente, editor-chefe de uma editora, alegou que constituiria violação, em particular, que os operadores de redes móveis na Rússia fossem obrigados por lei a instalar equipamentos que permitissem às agências policiais realizar buscas operacionais e demais atividades o que, sem disposição expressas de garantias suficientes de acordo com a lei russa, isso permitia interceptação geral de comunicações, ou seja, sem limitação necessária.

A Corte, nesse caso, considerou que houve uma violação do artigo 8 da Convenção, considerando que as disposições legais russas que regem a interceptação de comunicações não fornecem garantias adequadas e eficazes contra arbitrariedade e risco de abuso inerentes a qualquer sistema de vigilância secreta o que, em um sistema como o da Rússia, onde os serviços secretos e a polícia tinham acesso direto às informações, geraria grandes prejuízos aos cidadãos e a seus respectivos direitos.

Sobre o tema, o Tribunal encontrou deficiências no quadro jurídico envolvendo o sistema russo nas seguintes áreas: 1) as circunstâncias em quais autoridades públicas na Rússia estão habilitadas a recorrer à vigilância secreta; 2) a duração de tais medidas, nomeadamente as circunstâncias em que devem ser descontinuadas; 3) os procedimentos para autorizar a

---

<sup>162</sup> *Investigatory Powers Tribunal*.

<sup>163</sup> Sobre casos envolvendo a vigilância secreta (secret surveillance) e respectivos desdobramentos jurídicos na Rússia, vide: *Akhlyustin v. Russia, Zubkov and Others v. Russia, Moskalev v. Russia and Konstantin Moskalev v. Russia*, julgados em 07 de novembro 2017.

intercepção, bem como para armazenar e destruir os dados interceptados, e 4) a supervisão da interceptação.

Além desses aspectos, a eficácia dos remédios disponíveis para contestar a interceptação de comunicações, argumento levantado pelo governo Russo, foi afastada em virtude do fato de estarem disponíveis apenas para pessoas capazes de apresentar prova de interceptação, circunstância essa que se tornava impossível na prática em virtude da inexistência de qualquer sistema de notificação ou possibilidade de acesso a informações sobre interceptação.

Em *Szabó and Vissy v. Hungria*, julgado em 2016 (TIDH, 2016), o objeto de análise foi a legislação húngara sobre vigilância antiterrorista secreta editada em 2011. As recorrentes queixaram-se, em particular, de que poderiam ser potencialmente sujeitas as medidas injustificadas e desproporcionadamente intrusivas no quadro jurídico húngaro, em especial, no que diz respeito à estrutura de vigilância secreta para fins de segurança nacional.

Os requerentes alegaram, nesse sentido, que essa estrutura legal era propensa a abusos, principalmente por falta de controle judicial. Ao analisar esse caso, o Tribunal considerou que houve uma violação do artigo 8 da Convenção.

O Tribunal, no início de sua fundamentação, aceitou que fosse uma consequência natural das formas adotadas pelo terrorismo atual que os governos recorressem a tecnologias de ponta, incluindo monitoramento maciço das comunicações, impedindo incidentes iminentes.

Entretanto, a legislação em questão não previa salvaguardas para evitar abusos. Além disso, a ordenação húngara relacionada a tais medidas ocorria inteiramente no âmbito do Poder Executivo, não sendo possível avaliar se a interceptação de comunicações teria sido estritamente necessária e sem quaisquer medidas corretivas eficazes, muito menos judiciais, que poderiam ter sido aplicadas em seu lugar.

Em *Centrum För Rättvisa v. Sweden* (TIDH, 2018), cujo julgamento se iniciou em 2018, houve uma denúncia apresentada por um escritório de advocacia considerado de interesse público, alegando que a legislação que permite a interceptação em massa de sinais eletrônicos na Suécia para fins de inteligência violaria os seus direitos de privacidade.

Em um primeiro julgamento perante a Câmara, ocorrido em 19 de junho de 2018, o Tribunal declarou, por unanimidade, que não houve violação do artigo 8 da Convenção. No referido julgamento, a Câmara considerou que a legislação pertinente equivalia a um sistema



de vigilância secreta que potencialmente afetava todos os usuários de telefones móveis e da *Internet*, sem que sejam notificados.

Lá também, importante consignar, não havia remédio doméstico que fornecesse motivos detalhados em resposta a um reclamante que suspeitava que suas comunicações haviam sido interceptadas. Com base nesse raciocínio, o Tribunal de Justiça achou justificado examinar a legislação em resumo, tendo destacado que o escritório de advocacia poderia reivindicar ser vítima de uma violação da Convenção, embora não tenha trazido nenhum procedimentos ou alegações concretas de que suas comunicações foram efetivamente interceptadas.

Ou seja, a mera existência da legislação constituía em si mesma uma interferência com seus direitos nos termos do artigo 8º. A Câmara, nesse sentido, continuou o seu raciocínio afirmando que, embora houvessem algumas áreas a melhorar, em geral, o sistema sueco de interceptação em massa forneceu garantias adequadas e suficientes contra a arbitrariedade e o risco de abuso.

Chegando a essa conclusão, a Câmara levou em consideração as condições discricionárias do Estado, ou seja, o desempenho dos poderes na proteção da segurança nacional, especialmente devido às ameaças atuais das terrorismo e crimes transfronteiriços graves.

Após os devidos trâmites do processo, em 4 de fevereiro de 2019, o Painel da Grande Câmara aceitou o pedido do requerente de que o caso fosse encaminhado à Grande Câmara, tendo sido realizada por aquele órgão, em 10 de julho de 2019, uma audiência sobre o caso.

O caso *Big Brother Watch and Others v. the United Kingdom*, consistiu em pedidos que foram apresentados após revelações de Edward Snowden (ex-contratado da Agência de Segurança Nacional dos EUA) sobre programas de vigilância e inteligência compartilhada entre os EUA e o Reino Unido.

O caso, em síntese, refere-se às reclamações de jornalistas, indivíduos e organizações de direitos humanos sobre três diferentes perspectivas: (1) a interceptação em massa de comunicações; (2) compartilhamento de inteligência com governos estrangeiros; e (3) a obtenção de dados de comunicações de prestadores de serviços de comunicação.

A Câmara, no julgamento ocorrido em 13 de setembro de 2018, decidiu, por cinco votos a dois, que o regime de interceptação em massa violou o artigo 8 da Convenção, pois havia supervisão insuficiente tanto da seleção de portadores de Internet para interceptação

quanto filtragem, pesquisa e seleção de comunicações interceptadas para exame e as salvaguardas que regem a seleção de “dados de comunicações relacionadas” para exame eram inadequados. Ao chegar a essa conclusão, a Câmara constatou que o funcionamento de um regime de interceptação em massa não viola por si só a Convenção, mas observou que esse regime tinha de respeitar os critérios estabelecidos na sua jurisprudência.

Além disso, a Câmara também concluiu, por seis votos a um, que o regime de obtenção de dados de comunicações de prestadores de serviços de comunicações viola o artigo 8, por não estar em conformidade com e que tanto o regime de interceptação em massa quanto o regime para obter dados de comunicações de provedores de serviços de comunicações violaram o Artigo 10, o qual trata da liberdade de expressão, da Convenção, pois não havia salvaguardas suficientes a respeito do material jornalístico confidencial.

Foi constatado, ainda, que o regime de compartilhamento de inteligência com governos estrangeiros não violou o artigo 8 ou o artigo 10. Nesse sentido, a Câmara rejeitou por unanimidade as reclamações feitas pelo terceiro conjunto de requerentes, nos termos do artigo 6 (direito a um julgamento justo) da Convenção, sobre o procedimento doméstico para contestar medidas de vigilância secreta e nos termos do artigo 14 (proibição de discriminação) da Convenção. Em 4 de fevereiro de 2019, o Painel da Grande Câmara aceitou o pedido dos candidatos de que o caso seja encaminhado à Grande Câmara, tendo ocorrido, por esse órgão, em 10 de julho de 2019, uma audiência sobre o caso.

Em *Tretter and Others v. Austria (TIDH, 2008)*, o objeto de análise consiste nas emendas à Lei de Poderes Policiais, que entrou em vigor em janeiro de 2008 e ampliou os poderes das autoridades policiais austríacas para coletar e processar dados pessoais.

O Tribunal notificou o Governo austríaco e colocou questões às partes nos termos dos artigos 8.º (direito ao respeito pela vida privada e correspondência), 10 (liberdade de expressão) e 34 (direito de petição individual) da Convenção devendo destacar que pedido semelhante está pendente de análise, consistente no caso *Ringler v. Áustria* (nº 2309/10), cuja comunicação ao Governo austríaco ocorreu em 6 de maio de 2013.

No caso *Associação Fraternal da Imprensa Judicial v. France e outras 11 pessoas*<sup>164</sup> os pedidos foram comunicados ao Governo francês em 26 de abril de 2017, tendo referidos pedidos, em síntese, sido apresentados por advogados e jornalistas, bem como por pessoas

---

<sup>164</sup> *Association confraternelle de la presse judiciaire v. France et 11 autres requêtes.*

jurídicas ligadas a essas profissões e disseram respeito à Lei de Inteligência Francesa de, 24 de julho de 2015.

O Tribunal notificou o Governo francês e colocou questões para as partes nos termos dos artigos 8.º (direito ao respeito pela vida privada e correspondência), 10 (liberdade de expressão) e 13 (direito a um recurso efetivo) da Convenção. Sobre o tema, existem pedidos semelhantes pendentes como o do caso *Follorou v. França* (nº 30635/17) e *Johannes v. França* (nº 30636/17), cuja comunicação ao Governo francês ocorreu em 4 de julho de 2017.

O caso *Privacy International e o. Contra Reino Unido (TIDH, 2018)* consiste em pedido comunicado ao governo do Reino Unido em 19 de novembro de 2018. Em síntese, os candidatos - uma ONG registrada em Londres, um provedor de serviços de Internet registrado em Londres, uma associação de “hacktivistas” registrada na Alemanha, duas empresas registradas nos Estados Unidos, fornecendo serviços de Internet e serviços de comunicação respectivamente, e um provedor de serviços de Internet registrado na Coreia do Sul - acreditam que seu equipamento foi sujeito a interferências conhecidas como Rede de Computadores Exploração ou Interferência de Equipamento, coloquialmente conhecido como "hacking", durante um período indefinido pela Sede das Comunicações do Governo do Reino Unido e / ou o Serviço de Inteligência Secreta.

Eles reclamam que o poder exercido com base na seção 7 da Lei dos Serviços de Inteligência não está de acordo com a lei, mais especificamente, com a Convenção Europeia de Direitos Humanos, por não conter como requisito a necessidade de autorização judicial, que não haja informações de domínio público sobre como ele pode ser usado para autorizar a interferência do equipamento e que por não prever como requisito de filtragem a exclusão de material irrelevante. No decorrer do pedido foi acrescentado o Tribunal responsável pelo julgamento no âmbito nacional não forneceu um remédio eficaz, pois não se pronunciou sobre a Seção 7 regime no contencioso doméstico.

O Tribunal Europeu notificou o Governo do Reino Unido e colocou perguntas para que as partes respondam nos termos dos artigos 8 (direito ao respeito pela vida privada e correspondência), 10 (liberdade de expressão) e 13 (direito a um recurso efetivo) da Convenção.

Os precedentes analisados permitem conclusões, ainda que preliminares, interessantes sobre o papel da tecnologia, em sentido amplo, no desenrolar de perseguições penais. A vigilância em massa tem sido frequentemente citada como necessária para combater

o terrorismo, prevenir crimes e distúrbios sociais, proteger a segurança nacional e controlar a população.

Por outro lado, a vigilância em massa tem sido igualmente criticada por violar direitos de privacidade, limitar direitos e liberdades civis e políticas e ser ilegal sob alguns sistemas legais ou constitucionais. Outra crítica relacionada a técnica de investigação é a de que o aumento da vigilância em massa pode levar ao desenvolvimento de um estado de vigilância ou de um estado policial eletrônico em que as liberdades civis sejam violadas ou a dissidência política seja prejudicada por programas semelhantes ao COINTELPRO<sup>165</sup>, simbolizando uma nova roupagem para estados totalitários.

A primeira das conclusões, diante do panorama acima, é a de que a tecnologia tem sido usada ao longo dos anos tanto para reprimir como para prevenir condutas delitivas. A segunda conclusão é a de que o *mass surveillance*, por excelência, diz respeito à vigilância de dados propriamente ditos.

O *criminal dataveillance*, em outro sentido, em que pese poder se usado tanto para grupos de pessoas como, e principalmente, individualmente, tem por objetivo o fluxo discreto de dados, ou seja, os metadados próprios relacionados a determinado fenômeno, ou seja, enquanto no *mass surveillance* o foco consiste na captação de dados que possam indicar o cometimento de delitos, no *criminal dataveillance* o foco diz respeito à constância das comunicações, horários, dias e outros elementos periféricos ao dado em si, ou seja, que rodeiam o conteúdo em si. Essa distinção é importante e tem conexão com outra conclusão possível a partir da leitura dos precedentes analisados no presente tópico, qual seja: a aferição da utilização da técnicas de *dataveillance* tende a ser mais difícil do que àquela relativa ao *mass surveillance*.

Independentemente das diferenças entre ambos os institutos, a leitura e análise das questões trabalhadas no âmbito europeu nos permitem concluir que a vigilância, seja por meio de fluxo de dados, seja através do fluxo de metadados (Dados discretos) depende de alguns

---

<sup>165</sup> A sigla remete a uma série de projetos secretos e ilegais (WOLF, 2001) conduzidos pelo FBI (Federal Bureau of Investigation) dos Estados Unidos com o objetivo de investigar, infiltrar-se, desacreditar e interromper as organizações políticas americanas (JALON, 2006). Os registros do FBI mostram que os recursos da COINTELPRO visavam grupos e indivíduos que o FBI julgava subversivos (JEFFREYS-JONES, 2006), incluindo organizações feministas, o Partido Comunista dos EUA, organizadores da guerra contra o Vietnã, ativistas do movimento pelos direitos civis ou do movimento Black Power (por exemplo, Martin Luther King Jr., Nação do Islã e Partido dos Panteras Negras), organizações ambientalistas e de direitos dos animais, Movimento dos Índios Americanos (AIM), movimentos de independência (como grupos de independência de Porto Rico como os Jovens Lordes) e uma variedade de organizações que faziam parte da Nova Esquerda mais ampla. O programa também teve como alvo o Ku Klux Klan em 1964.

fatores para ser considerada, juridicamente, válida, a saber: 1) legislação pré-existente e específica, responsável por delimitar não apenas o procedimento mas garantir ao jurisdicionado salvaguardas quanto aos seus direitos fundamentais e 2) de preferência, sejam as diligências objeto de deliberação prévia e a *posteriori* filtradas pelo Poder Judiciário.

### **4.3 Os efeitos da tecnologia na persecução penal e no Estado Democrático de Direito Brasileiro: *dataveillance racial***

A transversalidade do mundo digital não está adstrita ao processo penal em si, podendo (e, por que não, devendo) ser analisada em conjunto com a criminologia. Nesse sentido, o emaranhado da segurança cada vez maior torna possível constatar, inicialmente, que questões típicas da criminologia<sup>166</sup> (PRADO, 2020), possam ficar pelo caminho, não sendo, portanto, possível equilibrá-la com o fato de que a chamada estética digital produza o efeito ilusório de fazer com que as pessoas suponham uma homogeneidade social através da *internet* incompatível com a heterogeneidade real, ou seja, quanto mais incentivada a demanda por segurança, maior o sentimento difuso de insegurança.

Além desse aspecto introdutório, a própria concepção de que tanto os dados digitais como os metadados digitais convertem-se, ainda que temporariamente, de *mercadorias* em *artefatos* empregados em uma disputa política “que no rastro da globalização limita significativamente o poder de interferência do próprio Estado sem com isso impedir que em reação à restrição "territorial" seja concentrada e incrementada a violência física e simbólica por agentes estatais”, o fenômeno do *dataveillance* deve ser avaliado, não apenas quanto à extensão mas, sobretudo, no que diz respeito ao equilíbrio quanto a sua aplicação (OWEN, 2015, p. 21).

O chamado “poder digital” (PRADO, 2020), caso usado sem controle e transparência, poderá subverter a lógica democrática existente no Brasil, concentrando o poder não no interesse comunitário, e sim em um corpo social que “transcende as fronteiras dos Estados nacionais” em proveito próprio (PRADO, 2020).

O presente tópico, diante desse contexto, pretende aferir efeitos possíveis, no Brasil, do uso da tecnologia em geral, em especial o uso do *dataveillance*, como mecanismo que

---

<sup>166</sup> In verbis: Algumas das perguntas clássicas da criminologia crítica (*segurança* em favor de *quem*? Exercida por *quem*? Em *que* condições e *sob* quais critérios?) (PRADO, 2020).

amente o fenômeno da seletividade penal, onde pretende-se, portanto, aferir se há a influência democrática na aplicação da lei penal, bem como eventual distância entre teoria e prática na aplicação da lei penal (GUIMARÃES, MARIZ, 2016) o que, sem sombra de dúvidas, influencia igualmente no exame acerca da aplicação de mecanismos tecnológicos como o *dataveillance* no Brasil como reflexo da quinta velocidade do Direito Penal.

Nessa perspectiva, além de sua correlação com a tese, importante consignar que a quinta velocidade do Direito Penal, onde existe a correlação entre Direito Penal e tecnologia, atinge não apenas aos crimes de colarinho branco (SUTHERLAND, 1940) como a criminalidade de indivíduos, historicamente, prejudicados pelo Estado.

Sobre as características democrática e de direito do Estado Brasileiro, Streck e Morais (2001, p.98), compreendem os seguintes princípios:

Constitucionalidade: vinculação do Estado Democrático de Direito a uma Constituição como instrumento básico de garantia jurídica; organização democrática da sociedade; sistema de direitos fundamentais e coletivos, seja como Estado de distância, porque os direitos fundamentais asseguram ao homem uma autonomia perante os poderes públicos, seja como um Estado antropológicamente amigo, pois respeita a dignidade da pessoa humana e empenha-se na defesa e garantia da liberdade, da justiça e da solidariedade; justiça social como mecanismos corretivos das desigualdades; igualdade não apenas como possibilidade formal, mas, também como articulação de uma sociedade justa; divisão de poderes ou de funções; legalidade que aparece como medida do direito, isto é, através de um meio de ordenação racional, vinculativamente prescritivo, de regras, formas e procedimentos que excluem o arbítrio e a prepotência; segurança e certeza jurídicas.

Outro ponto que é crucial para a presente análise diz respeito aos fundamentos constitucionais que permitem ao Estado buscar a punição de indivíduos. Em síntese, a persecução penal no Estado Brasileiro encontra guarida nos princípios da legalidade e igualdade.

Nesse ponto, a partir de referidos postulados, o Estado, ao exercer a persecução penal contra pessoas físicas e jurídicas, deverá aplicar penas justas e igualitárias, proporcionando homogeneidade e inviabilidade das decisões judiciais (ASWORTH, 2009).

Nota-se, nesse contexto, que deve a motivação dos atos estatais relacionados a persecução penal ser procedentes aos olhos “dos membros da sociedade”, circunstância essa que, caso ocorra, resultará, ainda que inicialmente, na respectiva legitimidade da persecução penal.

Além do princípio da legalidade e do princípio da igualdade, sob o enfoque daquele

(a) que sofre as mazelas de uma persecução penal, o princípio constitucional da dignidade humana serve igualmente de norte ao operador do Direito quando da materialização da persecução penal titularizada pelo Estado.

Sobre a constatação de que a dignidade da pessoa humana não se perde ou se ganha, acompanhando o indivíduo ao longo da vida, Rabenhorst (2001, p. 14), ao destacar que o termo dignidade é originário do termo latim *dignitas*, menciona que referido postulado diz respeito “a tudo aquilo que merece respeito, consideração, mérito ou estima”.

A respeito da aplicação do princípio da legalidade e sua correlação necessária com os valores axiológicos que fundamentam o regime democrático de governo, Ferrajoli (2002), conclui que tal diálogo é fundamental para que haja, de fato, a legitimação do poder de punir por parte do Estado.

A lei responsável por nortear a aplicação de sanções penais ou, simplesmente, de representar a persecução penal estatal, deve expressar os anseios de todos os cidadãos no gozo de seus direitos e, ao mesmo tempo, garantir o mínimo existencial àqueles que serão alvos de tais medidas (BOBBIO, 1992, p.83).

Nesse sentido, a chamada concretude democrática serve (ou, ao menos, deveria) para a elaboração e conseqüente aplicação de leis penais coerentes, justas, seguras e igualitárias, resultando em reduções significativas nas diferenças sociais existentes nos dias atuais.

Não se discorda (e é importante deixar isso expresso no corpo do texto) que o termo democracia compreende vários significados, dentre os quais, aquele no sentido de, inclusive, possibilitar a subordinação da própria criminologia e a semântica à legitimação de várias ideologias (PASUKANIS, 1989), fato esse que por si só geraria um trabalho autônomo. Nesse sentido, algumas concepções serão destacadas, em especial, diante de seu caráter periférico dentro da análise que se pretende das velocidades do Direito Penal de Silva Sánchez.

O primeiro deles, cunhado por Kelsen e consistente no conceito clássico, a democracia é vista, no plano das ideias, como “uma forma de Estado e de sociedade em que a vontade geral, ou, sem tantas metáforas, a ordem social, é realizada por quem está submetido a essa ordem, isto é, pelo povo” (2000, p.35).

Ou seja, a partir da palavra-chave identidade, é possível vislumbrar que na democracia existiria, para Kelsen, identidade entre governantes e governados ou, ainda, “entre sujeito e objeto do poder”, constituindo “governo do povo sobre o povo” (2000, p. 35).

Sob uma ótica formal, democracia poderia ser conceituada como “forma de governo em que o povo participa decisivamente da escolha de seus governantes através do processo eletivo, sendo todos os seus integrantes iguais quanto ao peso de seu voto e à elegibilidade, ou seja, é um governo por meio de representantes que o povo elege a fim de resolver seus interesses” (GUIMARÃES, MARIZ, 2016, p. 05).

No tocante a correlação entre democracia e avanços sociais, por exemplo, Heller (1968) destaca que democracia consistiria, não apenas no aspecto eleitoral, e sim nos avanços sociais aptos a gerar a possibilidade concreta dos membros da sociedade a exercerem com plenitude a sua cidadania.

Ou seja, é possível dividir, em síntese, dois grandes grupos associados ao conceito de democracia: 1) aqueles que defendem a democracia formal<sup>167</sup> e 2) aqueles que defendem a democracia substancial<sup>168</sup>.

Saindo das classificações existentes, Guimarães e Mariz (2016, p. 05) destacam que a democracia “deve ser direcionada no caminho de construção de uma base social igualitária, em que os princípios constitucionais que fundamentam o sistema democrático passem a ter reais possibilidades de se concretizar, afastando-se, assim, do âmbito das ficções criadas para legitimar formas de dominação espoliantes”.

Em que pese o objetivo da democracia ser facilmente visualizável na teoria, de outro lado, na prática, diversas distorções que cercam ideais democráticos podem ser citadas, dentre as quais, pode ser destacada aquelas que dizem respeito à defesa de interesses particulares.

Ou seja, antinomias entre o discurso que se pretende (Democrático) em comparação com aquele que, responsável por punir pessoas que tenham cometido crimes (discurso punitivo), muitas vezes está associado, conforme visto no primeiro capítulo, ao crescimento da utilização do Direito Penal como forma de administrar a permanente instabilidade social (ANDRADE, 2016).

Nesse sentido, a implementação de políticas públicas inclusivas, com destaque para matérias criminais, ganha relevância para que seja possível combater a chamada violência cruzada entre incluídos e excluídos, fato que acaba gerando a exacerbação da repressão penal em patamares democraticamente inaceitáveis (CUNHA, 1995).

---

<sup>167</sup> Müller (1998), por exemplo.

<sup>168</sup> A título exemplificativo: Chomsky (2000) e Guimarães (2010).



A partir dessa preocupação é que surgiu o interesse, dentro do desenvolvimento da quinta velocidade do Direito Penal, da correlação entre tecnologia, sua utilização para fins de persecução penal e a histórica desigualdade racial existente não apenas no Brasil como em toda a América Latina.

A associação entre criminologia e questões raciais é importante para que se entenda onde estamos e para onde devemos evoluir. A Criminologia Positivista, em que pese ter contribuído para a construção Questão Racial, tornou possível a constatação, conforme destaca Guerreiro Ramos (1995, p.215), de um falso problema, destacando que a problemática do negro-tema não se confunda com a do negro-vida<sup>169</sup>.

Sobre o aspecto histórico, a Escola Positiva Italiana, de 1870, vinculava as teorias da raça que defendiam a tese da inferioridade de negros e indígenas e as teorias da criminalidade que se ocupavam de definir suas causas a partir da análise dos indivíduos ou grupos selecionados pelo sistema penal. Ou seja, a criminalidade de negros e indígenas estaria calcada na inferioridade racial, configurando exemplo nítido de racismo (DUARTE, 2002).

No Brasil, mais especificamente ao final da escravidão, ideias científicas que defendiam a incapacidade do negro para o exercício da própria cidadania foram desenvolvidas, infelizmente, em centros acadêmicos.

A crítica culturalista dos anos 1920/1930 de Gilberto Freyre (2004) e a crítica da Escola Paulista de Sociologia, de base weberiana e marxista, especialmente os trabalhos de Florestan Fernandes (2008), deslocaram, apenas aparentemente, o tema da criminalidade diferencial.

Sobre a temática e evolução no Brasil, Nelson Hungria (1956, p. 283) em suas razões sintetizou o contexto existente na época<sup>170</sup>, ou seja, de que “a questão racial se transmutou em questão social, ou seja, falar sobre a questão racial era tratar da pobreza, da classe social, dos excluídos, sem considerar o impacto do racismo na reprodução dos lugares sociais de

---

<sup>169</sup> O autor utiliza o seguinte raciocínio, *in verbis*: Há o tema do negro e há a vida do negro. Como tema, o negro tem sido, entre nós, objeto de escarpelação perpetrada por literatos e pelos chamados “antropólogos” e “sociólogos”. Como vida, ou realidade efetiva, o negro vem assumindo o seu destino, vem se fazendo a si próprio, segundo lhe têm permitido as condições particulares da sociedade brasileira. Mas uma coisa é o negro-tema; outra, o negro-vida (RAMOS, 1995, p. 215).

<sup>170</sup> o “[...] fato que determinava a propulsão da delinquência” entre os “homens de cor” era o desamparo no qual estes se viram após a abolição da escravatura, bem como sua “ineducação” e as condições miseráveis de vida em que se encontraram. Daí a necessidade de defesa de uma “pedagogia corretiva” e do uso de “medida de segurança tutelar” como métodos para reverter essa situação. Enfim: “O parcial desajustamento” dos “negros e mulatos” estaria “[...] ligado, não a fatores raciais, hereditários ou orgânicos, mas exclusivamente culturais, ambientais ou sociais.” Hungria (1956, p. 283).

subalternidade econômica, política e social e, sobretudo, sem reconhecer o papel decisivo do sistema de justiça criminal na produção de uma marginalização diferencial” (CALAZANS, “et al”, 2016).

Desde a ideologia da democracia racial e o seu mau uso destrinchado por Kabengele Munanga<sup>171</sup> (2004), passando pela aceitação cíclica, no Brasil, de teses sobre, de um lado, a inferioridade racial e, do outro, tese da democracia racial (BERTÚLIO, 1989), a seletividade penal (ANDRADE, 2003; BARATTA, 1999), o etiquetamento (ZAFFARONI, 1991), é possível verificar que a seletividade demonstra um caráter desigual em termos de aplicação do sistema de justiça criminal, ou, ainda, conforme Leonardo Ortegá (2016), certo “silêncio” sobre a análise do racismo.

Nessa perspectiva, assim como afirma Duarte (2017), o objeto de estudo envolvendo *dataveillance* e a criminologia deve ser o racismo, “ao invés da raça, ou seja, de que o estudo dos comportamentos dos grupos raciais (essencializados em suas identidades) deve dar lugar ao estudo do sistema de poder que exclui determinados grupos sociais”. Nessa perspectiva, o *dataveillance* será analisado, para além do aspecto racial, como forma de, se não estabilizada premissas e, principalmente, sua aplicação, de mecanismo apto a aprofundar ainda mais a seletividade penal e a desigualdade existente no país.

Sobre o desequilíbrio derivado da violência cruzada, Baratta (1999, p. 196) assim já se manifestava, senão vejamos:

Esta estratégia conduz, de fato, a uma ‘democracia autoritária’, a uma sociedade em que se torna sempre mais alta a barreira que divide a população garantida da zona sempre mais vasta da população marginalizada da dinâmica do mercado oficial do trabalho. Nessa situação, o ‘desvio’ deixa de ser uma ocasião – difusa em todo o tecido social – para recrutar uma restrita população criminosa, como indica Foucault, para transformar-se, ao contrário, no status habitual de pessoas não garantidas, ou seja, daqueles que não são sujeitos, mas somente objetos do novo ‘pacto social’.

Destacada a problemática envolvendo, em sentido amplo, problemas iniciais

---

<sup>171</sup> Sobre o tema, o Autor destaca, *in verbis*: O mito de democracia racial, baseado na dupla mestiçagem biológica e cultural entre as três raças originárias, tem uma penetração muito profunda na sociedade brasileira: exalta a ideia de convivência harmoniosa entre os indivíduos de todas as camadas sócias e grupos étnicos, permitindo às elites dominantes dissimular as desigualdades e impedindo os membros das comunidades não-brancas de terem consciência dos sutis mecanismos de exclusão dos quais são vítimas na sociedade. Ou seja, encobre os conflitos raciais, possibilitando a todos se reconhecerem como brasileiros e afastando das comunidades subalternas a tomada de consciência de suas características culturais que teriam contribuído para a construção e expressão de uma identidade própria. Essas características são ‘expropriadas’, ‘dominadas’ e ‘convertidas’ em símbolos nacionais pelas elites dirigentes. (MUNANGA, 2004, p. 89).

envolvendo a implementação das leis penais na democracia, em especial o Brasil, oportuno fazer a necessária conexão desse primeiro ponto com o conceito de *dataveillance* racial. Para isso, será utilizado estudo feito e apresentado perante o VI Fórum da Universidade de Lisboa, ocorrido em junho de 2020 (QUINTIERE, 2020).

O Relatório da Comissão Interamericana de Direitos Humanos - CIDH recomendou que “os Estados devem adotar as medidas judiciais, legislativas, administrativas e de outra índole requeridas para corrigir a excessiva aplicação da prisão preventiva, garantindo que essa medida seja de caráter excepcional e se encontre limitada pelos princípios da legalidade, presunção de inocência, necessidade e proporcionalidade, evitando assim seu uso arbitrário, desnecessário e desproporcional. Esses princípios deverão guiar sempre a atuação das autoridades judiciais, com independência ao modelo de sistema penal adotado pelo Estado” (2019).

O excessivo uso das prisões preventivas acima traz, conforme foi dito no início do trabalho, apropriando-se do termo utilizado por Al Gore, uma verdade inconveniente contra negros e negras no Brasil, conforme estudos do INFOPEN, o qual concluiu que 61,7% dos presos são pretos ou pardos, chamou a atenção para a presente tese (INFOPEN, 2018).

Como se não bastasse, após o desenvolvimento do expansionismo penal, das características da persecução penal brasileira e as perspectivas que surgem a partir do *dataveillance*, é possível, cumprindo uma das promessas iniciais do trabalho, concluir que a referida técnica associada à captação de metadados possui conexão tanto com o número de prisões em si (como alternativa apta a gerar a sua diminuição) como na condição de ferramenta apta a melhorar os fluxos judiciais por todo o país.

A criminologia crítica, assim como outros ramos da ciência, possui diversos paradigmas a serem explorados pelos que nela se debruçam. A tese trabalhará as relações entre poder, racismo e direito no centro do debate da criminologia crítica brasileira.

Sobre a correlação entre poder, racismo e o direito no centro do debate da criminologia crítica brasileira, impulso necessário para analisar da problemática surgiu a partir da leitura do texto de Felipe da Silva Freitas (FREITAS, 2016).

Em seu texto, o autor teve por objetivo realizar uma análise sobre o punitivismo no Brasil, refletindo sobre racismo, produção do conhecimento criminológico e funcionamento do campo jurídico nacional.

Para isso, foi realizada, ao longo do texto, discussões objetivando responder como o pensamento criminológico vem se articulando com a agenda genocida contra o povo negro no Brasil.

Tal perspectiva é possível de obtenção a partir da análise dos discursos contemporâneos da criminologia crítica acerca da seletividade do sistema penal, com ênfase nas chamadas pelo autor de “principais rupturas e permanências” entre os discursos criminológicos críticos e as práticas políticas no campo jurídico penal.

A respeito do contexto histórico da criminologia no Brasil, a estruturação do campo criminológico no país, a partir de 1970, é caracterizada pela criação, articulação e o fortalecimento de grupos de pesquisa em criminologia em universidades, bem como com “o ingresso de criminólogos e criminológicas críticos como professores de cursos de graduação e pós-graduação (Sobretudo na área de direito)” (FREITAS, 2016, p. 489).

Tomando por base o trecho do livro “Racismo e sexismo na cultura brasileira”, de Lélia González (1983), a primeira reflexão que surge para o leitor é a seguinte: será que, das pessoas que ingressaram nos quadros das universidades ao longo da chamada estruturação do campo criminológico no país, como criminólogos críticos, quantas efetivamente seriam capazes de exercer, com a “independência militante” necessária os tais discursos insurgentes e ensejadores de rupturas?

Questionamento possível a partir da leitura do texto, em especial, quando o autor realiza a análise dos textos representativos do pensamento negro que, por muito tempo, não encontrou “espaço nem na faixa da direita, nem na faixa da esquerda” (FREITAS, 2016, p. 492).

É justamente a partir desse cenário, caracterizado pelo aumento da produção científica em todo o país, que o autor propõe a produção, crítica e a proposição de criminologias “críticas e insurgentes” (FREITAS, 2016, p. 489).

A proposta de produção crítica pretende, aqui, ampliar as áreas passíveis de debates envolvendo o racismo, não desconsiderando (pelo contrário, devendo ser ressaltada, a importância como primeiros passos históricos), as discussões propostas por Sueli Carneiro, Jurema Werneck, Luiza Bairros, Vilma Reis e Edson Cardoso (CARNEIRO, 2005; WERNECK, 2003; CARDOSO, 2015; REIS, 2005; BAIRROS, 2016).

Diante de tal desafio, o autor pretendeu alcançar o seu resultado dividindo o estudo em três partes, a saber:

A primeira enfatiza a análise das formas de ocultação da temática racial vigente no debate criminológico nacional; a segunda, sublinha as divergências, rupturas e insurgências verificadas na trajetória do pensamento criminológico brasileiro, e, por fim, uma sessão referente ao levantamento de hipóteses explicativas para o “silêncio criminológico” quanto ao genocídio com ênfase nas teorias sobre branquitude e hierarquias epistemológicas (2016, p. 490).

A respeito da primeira parte, ganha destaque a evolução existente na criminologia ao longo dos anos no Brasil. No início, a criminologia brasileira foi organizada a partir de um “criticismo”, do problema da seletividade do sistema penal e da necessidade de uma política criminal alternativa.

Sobre o tema, Martins (2014, p. 120) assim se posiciona:

Verifica-se que Baratta se consolida como um grande símbolo do pensamento crítico-criminológico de vertente europeia e sua obra alcança significamente o Brasil e a América Latina. Na América Latina, o processo de ingresso do paradigma da reação social e da criminologia crítica constituiu um fenômeno de emancipação metodológica de alguns setores, visto que diante da tradução desse paradigma se fomentou o reconhecimento dos sujeitos latino-americanos como pesquisadores com os seus próprios olhares no tocante às pesquisas criminológicas e políticas criminais. Assim, através da perspectiva de se apropriar de teorias estrangeiras e levá-las às raízes locais em seu tempo, espaço e método, inaugura-se na América Latina a percepção de uma tradução da criminologia.

Nesse período, portanto, é possível visualizar o enfoque na denúncia materialista da injustiça social, fenômeno intimamente ligado com a estrutura econômica. O enfoque de referidas denúncias, importante consignar, seria, de acordo com o autor, marxista.

Em síntese, a criminologia estava ocupada tão somente com os efeitos do racismo e não com a análise do fenômeno como parte (não) integrante da estrutura e da própria lógica de funcionamento do sistema penal. A partir dessa escolha de enfoque, temas como o genocídio foram rechaçados e substituídos pela busca por caminhos “menos radicais” de aproximação da temática racial.

O racismo, portanto, estava tão somente sendo tratado de forma periférica e insuficiente para compreensão do fenômeno, suas causas, efeitos e consequências, portanto, como um todo.

É possível visualizar que essa característica da criminologia brasileira gerou diversos

problemas, em especial, quanto a permeabilidade do pensamento criminológico crítico, senão vejamos:

Assim como em outros campos do conhecimento, o saber criminológico (crítico) brasileiro manteve-se pouco permeável às contribuições do pensamento negro, do pensamento feminista ou de outros grupos sociais subalternizados e seguiu trabalhando com a ideia de classe como macro categoria explicativa dos fenômenos no âmbito da justiça criminal, dos processos de criminalização e das dinâmicas de seleção do sistema punitivo (FREITAS, 2016, p. 492).

No decorrer do texto e as reflexões a ele inerentes, realizando o diálogo necessário com a obra de Ana Flauzina (2014), verifica-se que a criminologia que não se preocupe com as relações raciais não estaria apta na missão de compreender o sistema penal.

Nesse aspecto, o autor destaca que o racismo seria o “eixo estruturador” (p.493) das desigualdades. Nesse ponto, creio que o racismo, em verdade, é uma das dimensões, devendo ser destacadas outras como, por exemplo, a condição econômica, índices de violência, acesso à educação e aspectos culturais.

Sobre os aspectos culturais, por exemplo, em um país como o Brasil, de dimensões continentais, é importante que a criminologia analise, para além dos aspectos relativos à raça, questões econômicas e culturais afetas, por exemplo, às regiões do país.

A partir da relação da criminologia e a “manutenção dos privilégios da branquitude”, o autor destaca ponto crucial para a evolução da criminologia qual seja: “O que está em jogo é que a crítica brasileira não chegou às últimas consequências” (p. 494).

Neste ponto, o Autor traz um paralelo importante em relação à pergunta feita linhas acima, *in verbis*:

Trata-se de considerar como as posições (raciais, de classe e de gênero) dos(as) pesquisadores(as) têm influenciado para que a categoria raça ou gênero sigam ausentes das escolhas teóricas e metodológicas da criminologia crítica. É diante do risco de que a denúncia do racismo importe em perda dos próprios privilégios que os críticos param de avançar.

Aqui existe uma reflexão importante a respeito da criminologia crítica brasileira no sentido de que o risco dos efeitos das denúncias em relação às perdas dos próprios privilégios acaba freando o trabalho crítico.

Sobre a problemática envolvendo a não concepção do negro como pessoa humana, o autor aponta como uma das soluções para o referido enfrentamento a “presença negra em

espaços de formulação política e teórica” (FREITAS, 2016, p. 496).

Em síntese (e, portanto), além de ouvir os negros e negras, é necessário possibilitar a construção das narrativas por essas vozes, sob pena de o Brasil refletir, na prática (e infelizmente) o trecho do livro de González (1983) descrito no início da tese, no qual os negros seriam bem vindos na casa dos brancos, tão somente e enquanto, não se prestassem a usar dos espaços de discurso e manifestar-se criticamente.

O tratamento adequado às questões raciais no Brasil é o ponto que merece destaque para reflexões, feitas a seguir, a partir do advento de novas tecnologias, em especial o *dataveillance* na arena criminológica crítica, bem como os reflexos que tal ferramenta poderá gerar em relação às reformas neoliberais pelas quais o Brasil vem passando nos últimos anos.

O estudo e consequente correlação entre a criminologia crítica a partir das novas tecnologias e o denominado *dataveillance* racial que ora se inicia foi baseado nas reflexões publicadas, em forma de artigo, na Revista da Escola Superior da Magistratura Tocantinense (QUINTIERE, 2019).

A Lei Geral de Proteção de Dados foi responsável pela proteção de dados pessoais, bem como pela alteração da Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet).

A proteção de dados tem relevo não apenas com a edição da referida norma, como também em outros Países. Na Europa, foi editado o *General Data Protection Regulation* (GDPR), o qual passou a ser obrigatório em 25 de maio de 2018 e aplicável na União Europeia (UE)<sup>172</sup>. Em solo norte-americano, foi editado o *California Consumer Privacy Act of 2018* (CCPA), aprovado em 28 de junho de 2018 (AB 375).

Sobre o tema, é possível verificar que “a LGPD se inspira, em primeiro lugar, no conceito que ficou conhecido como o modelo europeu de proteção de dados, amparado na Convenção do Conselho da Europa 108 de 1981, na Diretiva 46/95/CE e no Regulamento Geral de Proteção de Dados (Regulamento 2016/679)” (DONEDA, SCHERTEL, 2019).

O contexto no qual o projeto de lei sobre a proteção de dados foi aprovado pelo Poder Legislativo brasileiro foi decisivo para a respectiva tramitação célere. Como se não bastasse a aglutinação de outras propostas que há muito tempo vinham tramitando paralelamente sobre o

---

<sup>172</sup>Comissão Européia. Proteção de dados. Disponível em: [https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection\\_pt](https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection_pt). Acesso em: 26. out. 2019.

tema (cuja atualidade é discutível), escândalos mundialmente famosos envolvendo a segurança de dados como o ocorrido na mídia social *Facebook*<sup>173</sup> também trouxeram visibilidade para o assunto.

De acordo com Danilo Doneda, é possível “identificar cinco eixos principais da Lei Geral de Proteção de Dados em torno dos quais a proteção do titular de dados se articula: i) unidade e generalidade da aplicação da Lei; ii) legitimação para o tratamento de dados (hipóteses autorizativas); iii) princípios e direitos do titular; iv) obrigações dos agentes de tratamento de dados; v) responsabilização dos agentes” (DONEDA, SCHERTEL, 2019).

É possível visualizar, a partir desse rol, inicialmente, que a Lei Geral de Proteção de Dados seria aplicável à jurisdição penal no que diz respeito a unidade e generalidade de sua aplicação, ou seja, a Lei Geral de Proteção de Dados possui características de uma Lei Geral<sup>174</sup>.

Essa aplicabilidade potencial, entretanto, não é concretizada quando da análise do art. 4 que expressamente dispõe não ser aplicável o diploma normativo em análise nas atividades de investigação e repressão de infrações penais.

Um dos grandes problemas da norma começa quando, além do art. 4, o intérprete passa a analisar o art. 33, III, que dispõe que a transferência internacional de dados pessoais somente é permitida quando a transferência for necessária para a cooperação jurídica internacional entre órgãos públicos de inteligência, de investigação e de persecução, de acordo com os instrumentos de direito internacional, ou seja, quando a transferência seja necessária para o cumprimento de cartas rogatórias, auxílio direto e protocolos de colaboração jurídica.

Nesse aspecto, a legislação pareceu permitir tanto que o Brasil requeira tal providência como seja responsável por dar cumprimento aos pedidos estrangeiros devendo ser

---

<sup>173</sup>Em resumo, o Facebook exibiu milhões de contas à empresa de dados Cambridge Analytic, um escândalo que só foi confirmado por recentes notícias, trazendo a informação de que gigantes da tecnologia compartilhavam ainda mais dados confidenciais. BURT, Andrew. *Privacy and cybersecurity Are Converging. Here's Why That Matters for People and for Companies*. Disponível em Harvard Business School: <https://hbr.org/2019/01/privacy-and-cybersecurity-are-converging-heres-why-that-matters-for-people-and-for-companies>. Acesso em: 7 jan. 2019.

<sup>174</sup>Sobre o tema, Doneda: “O primeiro eixo diz respeito ao âmbito de aplicação material da Lei, caracterizado pela generalidade e unidade: a Lei concentra-se na proteção dos dados do cidadão, independentemente de quem realiza o seu tratamento, aplicando-se, assim, tanto aos setores privado e público, sem distinção da modalidade de tratamento de dados (art. 3o). O seu âmbito de aplicação abrange também o tratamento de dados realizado na Internet, seja por sua concepção de Lei geral, seja por disposição expressa de seu art. 1o. Essas são características fundamentais em uma Lei geral, que permitem a segurança do cidadão quanto aos seus direitos independentemente da modalidade de tratamento de dados e quem o realize, bem como proporciona isonomia entre os diversos entes que tratam dados, o que facilita o seu fluxo e utilização legítimos”.



lembrado, ainda, que se as cartas estrangeiras rogam o juízo de *exequatur* (delibação), o Superior Tribunal de Justiça será originariamente competente, em virtude da disposição presente no artigo 105, I, i, da Constituição Federal de 1988. Se, entretanto, o Estado estrangeiro requer o juízo de revisão, a competência originária é dos juízes federais, à luz do artigo 109, inciso I, da Constituição Federal de 1988.

Ou seja, ao mesmo tempo que a lei não é aplicável no âmbito das investigações criminais nacionais, discorre sobre eventual cooperação internacional entre autoridades alienígenas com a brasileira.

Após o estudo de uma das palavras-chave do presente estudo (proteção de dados), será possível responder se, ao dispor sobre a matéria dessa forma, teria a Lei Geral de Proteção de Dados agido corretamente ou foi perdida uma importante oportunidade de regulamentação do tema.

No estudo da vigilância propriamente dita, palavra intimamente ligada à proteção de dados e ao fenômeno da *dataveillance*, as análises de Jeremy Bentham (1843) e Michel Foucault (1999)<sup>175</sup> serviram de modelo inicial, entretanto, insuficiente para a atual conjuntura.

O *surveillance* como instrumento de utilização como instrumento de controle biopolítico tem ganhado ênfase quando o assunto é sistema penal e as tecnologias dispostas nas práticas de segurança.

A partir dessa constatação, Augusto Jobim do Amaral e Felipe da Veiga Dias concluem que “o modelo de controle atual baseado em “riscos e algoritmos emprega o *surveillance* (e suas “novas” tecnologias) em uma atuação securitária seletiva, adotando o discurso “científico/tecnológico” como escusa para manutenção discriminatória de uma biopolítica da atuação penal voltada para morte de sujeitos e grupos sociais específicos” (JOBIM, VEIGA, 2019, p.1).

Sobre a temática envolvendo a utilização das tecnologias de previsão digital no sistema judiciário, com destaque para as implicações de uma agenda "neutra em relação à raça", Pamela Ugwudike (2020) demonstra como a dinâmica de criação das tecnologias de previsão de risco e sua dinâmica estrutural subjacente pode provocar a racialização digital do risco.

---

<sup>175</sup> Como bem apontado por (NETO, MORAIS e BEZERRA, 2017), “diversos aspectos da *surveillance* não foram capturados nem por Foucault, especialmente no que diz respeito à constante análise dos dados dos indivíduos e a falta de transparência sobre como essas informações são processadas”.

Este resultado se manifesta como a amplificação dos riscos de reincidência associados a pessoas racializadas, o que por sua vez exacerba sua vulnerabilidade à intervenção injustificada da justiça criminal. Referidos instrumentos tecnológicos, de acordo com a autora, têm o potencial de reproduzir ideologias raciais que retratam os grupos racializados como perigosos e arriscados.

Usando *insights* de duas tradições sociológicas, o artigo foi além da visão da estrutura neutra de raça, para desvendar estruturas infraestruturais e constitucionais de desvantagem, criando o desequilíbrio de poder que sustenta a racialização digital do risco.

O artigo também é importante, pois, foi além da lógica de padronização para descobrir os elementos menos visíveis das tecnologias de previsão comumente usadas, particularmente as escolhas criativas feitas durante a seleção de dados, seleção de preditor e construção de reincidência.

Ao fazer isso, Pamela Ugwudike (2020) demonstrou como a dinâmica estrutural se cruza com esses processos de criação para produzir efeitos racializantes. Pode-se argumentar que os preditores de risco tendenciosos não são apenas raciais, eles podem ser classificados por gênero e classificação. No entanto, o potencial de preditores neutros de raça para operar como indicadores codificados por cores e reproduzir preconceitos raciais questiona o valor da neutralidade atribuído às tecnologias e merece atenção.

Isso não quer dizer que os criadores de tecnologias de previsão digital projetem intencionalmente ferramentas discriminatórias raciais. Longe disso. Na verdade, não há nada que mostre que os criadores não estão comprometidos com o objetivo altruísta de cumprir as leis antidiscriminação e evitar resultados preconceituosos raciais.

Nota-se, ainda, que o foco do estudo desenvolvido por Pamela Ugwudike (2020) foi o de desvendar as condições estruturais adversas que permitem a criação de tais ferramentas, ao lado da ideologia liberal e lógicas de padronização obscurecendo essas condições estruturais, legitimando as tecnologias e, conseqüentemente, fomentando a racialização digital do risco.

Este resultado nos lembra que, embora a desigualdade e discriminação racial possam ser retratadas por liberais ou progressistas, como relíquias de uma era passada que não têm lugar em um mundo "pós-racial", elas ainda permeiam áreas-chave da vida social, incluindo a dispensa de justiça. Nesse aspecto, Pamela Ugwudike (2020) afirma que, dado seu potencial para reproduzir preconceitos raciais, as previsões de tecnologias de previsão digital

padronizadas não devem informar a incapacitação seletiva ou outras intervenções que privam as pessoas de sua liberdade.

Em que pese a importância dessa constatação, o foco do presente estudo será, especificamente, a utilização (ainda que potencial) de metadados na manutenção discriminatória a servir de lastro para atuações penais que, se mal utilizadas, podem causar a morte de sujeitos e grupos sociais específicos.

O surgimento de novas tecnologias e as conseqüências quanto ao armazenamento e ao processamento de dados serviu de mola propulsora para o aumento exponencial de estudos tanto sobre metadados como sobre a *surveillance*.

Dentro do estudo sobre vigilância, o modelo da *surveillance assemblages*, proposto por Richard Ericson e Kevin Haggerty (2000), dá ênfase aos fluxos discretos de dados, ou seja, “ao aspecto do *surveillance* que se convencionou chamar de *dataveillance*” (NETO, MORAIS e BEZERRA, 2017).

Além do experimento do *Center for Internet and Society*, realizado no âmbito da Escola de Direito da Universidade de *Stanford* (MAYER, MUTCHER, 2014), a jurisprudência brasileira, representada pelos Tribunais Superiores, tem se debruçado sobre o acesso a dados e uso da tecnologia como instrumento de efetivação da tutela jurisdicional penal.

No que tange à proteção (e produção) dos dados, passando pela *cyber* segurança e à privacidade, Andrew Burt (2019) menciona, conforme tradução literal feita abaixo, além da convergência que está diariamente ocorrendo entre referidas palavras-chave, o seguinte:

E era um mundo em que a privacidade e a segurança eram, em grande parte, funções separadas, em que a privacidade ficava em segundo plano em relação às preocupações mais tangíveis sobre a segurança. Hoje, no entanto, o maior risco à nossa privacidade e à nossa segurança tornou-se a ameaça de inferências não intencionais, a partir do poder de técnicas de aprendizado cada vez mais generalizadas. Uma vez que se adotam dados, qualquer atividade em pequena escala pode ser uma ameaça, trazendo novos perigos à sua privacidade e à sua segurança.

Analisando o ordenamento jurídico brasileiro, desde a Constituição Federal, de 1988 (BRASIL, 1988), passando pelos principais diplomas normativos infraconstitucionais (Código Penal, Código de Processo Penal e lei nº 9.296, de 1998), é possível concluir que referida norma é a que mais se aproxima do tema, ao abordar interceptação de comunicações telefônicas.

As informações coletadas neste capítulo tornam possível conceituar o *dataveillance*

como mecanismo de coleta de metadados destinada a qualquer fim, tornando possível, a partir dessa coleta, a respectiva vigilância.

O aqui batizado *dataveillance* racial diz respeito a coleta de metadados destinada a apuração sobre raça ou relativas a determinados grupos e que possa, dentro de uma perspectiva tanto preventiva (evitar crimes em potencial) como repressiva (servindo, a título propositivo, como medida cautelar de monitoramento diversa da prisão), servir como mecanismo de proteção aos grupos sociais.

Evidentemente, se não existir equilíbrio quanto a disseminação do conhecimento relativo aos metadados, invariavelmente, grupos historicamente prejudicados como os dos negros e negras, continuarão em grave desvantagem.

Por outro lado, com o implemento de políticas públicas destinadas a profusão do conhecimento relativo ao mundo digital e a forma de utilização dos metadados, a apuração de focos de criminalidade possa ocorrer com mais eficiência, principalmente, quanto ao aspecto preventivo da criminalidade.

Além disso, sob o ponto de vista carcerário, cujas falhas estruturais ganharam destaque na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF 347, em virtude da isonomia digital, focar em aspectos que permitam aos negros e negras independência digital, possibilitará ao Estado, ao invés de manter a estrutura carcerária convencional, adotar o *dataveillance* como mecanismo específico de monitoramento do fluxo de metadados ou, em outra linguagem, dos “dados discretos” desses indivíduos, possibilitando, no mínimo, um desafogamento das penitenciárias de todo o país.

Explicado o conceito de *dataveillance*, sua aplicabilidade na seara penal e sua importância para o desenvolvimento da criminologia crítica brasileira, oportuno responder aos questionamentos feitos no início do presente trabalho, em especial, aqueles afetos a (im) possibilidade da utilização do método de *dataveillance* racial como instrumento de pesquisa para aprimorar a proteção aos negros e negras no estudo da criminologia crítica brasileira.

Conforme descrito no início desse estudo, a criminologia crítica, assim como outros ramos da ciência, possui diversos paradigmas a serem explorados pelos que nela se debruçam.

O presente estudo pretendeu, a partir da utilização da metodologia atinente à criminologia crítica, a realidade vivenciada no Brasil e, utilizando o que aqui se convencionou

chamar de *dataveillance* racial, aferir até que ponto o advento do *dataveillance* racial, como instrumento tecnológico, mostra-se viável para o aprimoramento do estudo da criminologia crítica associada aos negros e negras no Brasil, mais especificamente, como instrumento apto a ensejar a redução do “genocídio virtual” do referido grupo.

*John Braithwaite*, ao abordar práticas tradicionais e locais de justiça, identificou sinais que permitem a construção da paz e da democracia.

De acordo com o referido autor, “os criminólogos precisam fazer parte de um debate sobre o caminho para a democracia que começa na periferia de uma sociedade, e não no centro” (BRAITHWAITE, 2013, p. 209).

Daqui nasce a importância do estudo aprofundado sobre o *dataveillance* racial, em especial, para possibilitar que, por analogia, a criminologia seja debatida a partir da periferia de uma sociedade e suas características, e não do centro.

Dúvidas não restam de que o “neoliberalismo foi promovido na América do Sul durante os anos 1970, 1980 e 1990, em diferentes épocas e contextos e por diferentes reformas econômicas e sociais do governo” (CARRINGTON, HOGG, SOZZO, 2016, p. 1953).

As reformas neoliberais ocorreram sob governos ditatoriais e democráticos, que seguiram a liderança de agências internacionais como o Banco Mundial e o Fundo Monetário Internacional. Simultaneamente às reformas neoliberais, tanto sob a rubrica de governos ditatoriais como democráticos, tendo ambos os governos seguido a liderança de agências internacionais como o Fundo Monetário Internacional e o Banco Mundial, é possível verificar que também houve uma virada punitiva, “medida pelas taxas de encarceramento (um indicador imperfeito, mas o único disponível), como ocorrido na Colômbia e no Brasil” (CARRINGTON, HOGG, SOZZO, 2016, p. 1953).

Ao abordar a nova criminologia latino americana (natureza, conteúdo, objeto e métodos) visando o desenvolvimento da disciplina no próximo milênio, Lola Aniyar Castro chama a atenção para o fenômeno da unipolaridade

Para a autora, a unipolaridade é hoje uma nova forma de domínio internacional uma vez que as guerras são caracterizadas por um distanciamento vertical, ou seja, há vítimas apenas de um lado, o mais fraco, aquele ainda (e infelizmente) ocupado por negros e negras no Brasil.

Diante da unipolaridade e perspectivas para o futuro, Lola Aniyar Castro destaca que

a globalização, em que pese benefícios nas mais diversas áreas, gerará dominadores em campos simbólicos ou cibernéticos.

Aqui nasce a preocupação com o que, se mal utilizado, poderá dar ensejo a utilização do dataveillance racial justamente como mecanismo de dominação de raças, algo peculiarmente complexo no Brasil se formos aprofundar a composição da população atual e as mais diversas miscigenações ocorridas ao longo dos séculos.

A partir dessa mudança de paradigma e respectivas formas de dominação, preocupações concretas devem existir com a utilização do dataveillance racial como símbolo de um “Direito Penal do terror”, expressão cunhada por Lola Aniyar Castro e caracterizado por “sanções informais para conter uma crescente população menos favorecida, sem emprego e sem recursos básicos de subsistência concedidos pelo Estado”, muito menos o mínimo acesso e/ou conhecimento a respeito das confluências e implicações do uso de metadados.

Concordando com Lola Aniyar Castro, duas verdades de Lewis Carroll permanecerão imutáveis no cenário criminal dominado pelo advento de novas tecnologias:

- 1) Que, para saber quanto são dois e dois, primeiro você deve saber quem está no comando, e
- 2) Que devemos evitar o que a rainha disse a Alice (no País das Maravilhas):
  - “Sinto falta do seu mundo, no qual você precisa correr muito para chegar a outro lugar. Na minha, no entanto, é preciso correr muito para sempre ficar no mesmo lugar!

Como diz Lola Aniyar de Castro nas aulas de criminologia, “Que isso não aconteça conosco!”, em especial, diante das peculiaridades e complexidades vivenciadas no Brasil.

Para isso, a criminologia, como nunca antes visto, terá que, além de promover críticas teóricas a respeito dos fenômenos, agir e propor (ou, por que não, se precaver de) leis e/ou políticas públicas para evitar um verdadeiro “genocídio virtual” das populações negras no Brasil, providência ensaiada no apêndice do aludido artigo científico que serviu de base para o tópico da tese aqui formulada.

Nota-se que, a partir da anormalidade que o Direito Penal vem percorrendo, as novas gerações de pesquisadores e operadores tem a obrigação (ao menos moral, é verdade) de buscar incessantemente por critérios mínimos que, de um lado, possibilitem a evolução natural, própria e desejável da tecnologia e, do outro, o respeito as garantias e direitos fundamentais do acusado (a), independentemente de sua classe, cor, religião ou condição socioeconômica.

Feita a correlação entre o Estado Democrático de Direito, o jus puniendi, a democracia e o *dataveillance* racial, tendo sido apontadas especialmente as preocupações em torno do tema, é possível seguir, dentro do que foi proposto, para o exame a respeito da (in) aplicabilidade do *dataveillance* como mecanismo de combate preventivo aos crimes, ponto que possui peculiar importância para o próprio desenvolvimento da quinta velocidade do Direito Penal aqui proposta.

#### **4.4 (In) aplicabilidade do *dataveillance* como mecanismo preventivo de diminuição de crimes**

No estudo da vigilância propriamente dita, feito nos capítulos anteriores, palavra intimamente ligada à proteção de dados e ao fenômeno da *dataveillance*, as análises de Jeremy Bentham (1843) e Michel Foucault (1999) serviram de modelo inicial.

A partir da constatação de que o *Surveillance* poderia ser usado com instrumento de controle biopolítico, Augusto Jobim do Amaral e Felipe da Veiga Dias concluem que “o modelo de controle atual baseado em “riscos e algoritmos emprega o *surveillance* (e suas “novas” tecnologias) em uma atuação securitária seletiva, adotando o discurso “científico/tecnológico” como escusa para manutenção discriminatória de uma biopolítica da atuação penal voltada para morte de sujeitos e grupos sociais específicos” (JOBIM, VEIGA, 2019, p.1).

O surgimento de novas tecnologias e as conseqüências quanto ao armazenamento e ao processamento de dados serviu de mola propulsora para o aumento exponencial de estudos tanto sobre metadados<sup>176</sup> como sobre a *surveillance*<sup>177</sup>.

Dentro do estudo sobre vigilância, o modelo da *surveillance assemblages*, proposto por Richard Ericson e Kevin Haggerty (2000), dá ênfase aos fluxos discretos de dados, ou seja, “ao aspecto do *surveillance* que se convencionou chamar de *dataveillance*” (NETO, MORAIS

---

<sup>176</sup>Sobre o tema, Neto, Morais e Bezerra exemplificam o que seria um metadado: “De modo simplificado, é possível utilizar a metáfora de uma carta ordinária. Assim, enquanto os dados seriam o conteúdo da correspondência, os metadados seriam informações sobre aquela carta: o tipo do papel utilizado, o tamanho do envelope, os dados do remetente e destinatário, a data e o local de postagem, os traços de DNA e impressões digitais encontrados na carta, o tipo e a cor da tinta utilizada para escrever a carta, o tamanho e o peso da correspondência, o número de letras e palavras, os traços de substâncias impregnadas no papel, as informações sobre quaisquer outras correspondências similares no sistema postal, nome do carteiro que fez a entrega etc”. (NETO, MORAIS e BEZERRA, 2017).

<sup>177</sup>Vigilância, ao traduzirmos literalmente o termo.

e BEZERRA, 2017).

O seguinte experimento do *Center for Internet and Society*, realizado no âmbito da Escola de Direito da Universidade de *Stanford*, auxilia na visualização do que seria uma pesquisa envolvendo *dataveillance* (MAYER, MUTCHER, 2014):

Usuários que desejassem participar e que possuíssem *smartphones* com a plataforma *Android* instalaram, voluntariamente, um aplicativo em seus celulares. O programa envia para os pesquisadores as seguintes informações: número de destino da chamada, duração da ligação e data e hora em que ela foi feita. Os números de destino eram comparados com bases de dados públicas de telefones; assim, em vez de, simplesmente, terem um número, os pesquisadores poderiam ter o nome do destinatário da chamada telefônica.

Para que o leitor tenha a exata compreensão de como esse mecanismo funciona, ao expor um pedaço de papel perante uma plateia e perguntar do que se trata, no *dataveillance*, a informação principal não diz respeito as mensagens eventualmente existentes na referida folha de papel e sim nos dados próprios do papel como gramatura, tamanho da folha, fonte das letras usadas, etc.

A partir do conceito de *dataveillance* foi realizado estudo a respeito da proteção, seja de dados, seja, e principalmente, de metadados tanto no Direito Comparado como no Brasil, chegando-se a uma conclusão preliminar interessante: não há a previsão expressa desse mecanismo, independentemente da área jurídica, muito menos como instrumento apto a possibilitar a prevenção de delitos.

Nota-se, diante das facetas conceituais existentes, que o *dataveillance* não se enquadra (nem poderia) na legislação que trata das interceptações telefônicas. Referida conclusão deriva de uma premissa simples e, ao mesmo tempo, complexa em termos metodológicos que devem estar associados à própria legalidade: o *dataveillance* tem por objetivo o exame de metadados enquanto a lei de interceptação telefônica trabalha com o conceito de “dados de qualquer natureza”.

Nesse sentido, antes de responder ao questionamento do presente tópico, ou seja, se o *dataveillance* poderia servir como instrumento de combate preventivo (e, por que não, repressivo) ao crime, importante consignar que há a necessidade, por incrível que pareça e, principalmente, da análise feita não apenas da legislação brasileira como a nível mundial, de se



legislar detalhadamente sobre o tema.

Ou seja, o avanço que ferramentas responsáveis pela captação de metadados poderá gerar para a persecução penal, inicialmente em relação aos crimes macroeconômicos, nacionais e transnacionais e, em seguida, para os delitos do dia a dia, não pode vir desacompanhado de regras claras e específicas para os atores do processo penal, compreendido como tais os aqui chamados endoprocessuais (magistrados (as) federais ou estaduais, membros (as) do ministério público (federal ou estadual), advogados (as), defensores (as) públicos (as) estaduais ou federais e acusados (as), como extraprocessuais (mídia, instituições da sociedade civil e cidadãos (ãs) interessados (as), juridicamente evidentemente, no desfecho do caso.

Referida preocupação reside, igualmente, em uma premissa facilmente perceptível: os metadados de indivíduos submetidos ao processo penal, sem o devido resguardo de seu tratamento, processamento e utilização para eventuais condenações ou absolvições garantidos por lei, poderá gerar incontáveis prejuízos à reputação não apenas do acusado como, a partir de mosaicos possíveis mediante combinações ilícitas de metadados, de todos os agentes envolvidos na questão.

Antes, contudo, de responder à pergunta central desse tópico, ou seja, se o *dataveillance* e outros mecanismos de vigilância de metadados poderia ser utilizado para a prevenção de crimes, cumpre-nos responder à pergunta central do presente trabalho: afinal, é possível afirmarmos que existe uma quinta velocidade do Direito Penal em curso? Em caso afirmativo, quais seriam as principais características desse momento e suas consequências para todo o sistema?

Nesse ponto, cumpre (re)estabelecer a conexão desse tópico com o primeiro capítulo da obra, em especial, para que seja possível a retrospectiva sobre as velocidades do Direito Penal a partir dos estudos de Jesús-María Silva Sánchez.

No que diz respeito à primeira velocidade, essa consistiria, de acordo com o autor espanhol, na afirmativa de que o Direito Penal nesse momento cumpre com os ditames clássicos do devido processo legal, sendo aplicado à luz do garantismo, o que gera um procedimento mais longo, entretanto (e em tese), mais seguro ao acusado.

Referido procedimento seria, na visão do autor espanhol, utilizado para elucidar casos que envolvessem infrações penais mais graves gerando, caso constatado o binômio

autoria/materialidade, uma punição desde que dentro das garantias processuais e penais como as da legalidade, devido processo legal, etc.

Já a segunda velocidade do Direito Penal tem espaço nos chamados crimes de menor potencial ofensivo permitindo com que as penas de prisão sejam substituídas por aquelas que restrinjam direitos, gerando a flexibilização das medidas punitivas estatais, de um lado, bem como a celeridade procedimental, por outro.

A terceira velocidade do Direito Penal passa a mesclar as duas primeiras velocidades, tornando possível que garantias penais e processuais clássicas sejam relativizadas independentemente da gravidade do delito.

Além desse aspecto, a quarta velocidade do Direito Penal tem por foco a punição de altas autoridades em virtude do cometimento de crimes contra a humanidade. Como exemplos do Direito Penal de quarta velocidade, é possível citar aqueles praticados durante a Segunda Guerra Mundial e julgados por Tribunais Penais Internacionais como o Julgamento de Nuremberg e o Tribunal de Jerusalém.

A respeito da quinta velocidade do Direito Penal, aspecto sobre o qual a presente tese pretende se debruçar, algumas afirmações surgem no sentido de que nela, o Estado, nesse momento, contaria com a presença maciça policiais na rua<sup>178</sup>, ou, ainda, o Direito Penal teria, em síntese, como objetivo o de responsabilizar os autores, diante da agressividade presente nas sociedades nas quais estamos inseridos, caracterizadas por relações complexas e, muitas vezes, (in) compreensíveis.

Ao longo do trabalho, vale aqui destacar inicialmente, que a quinta velocidade do Direito Penal existe, mas não se resume a presença maciça de policiais na rua ou apenas no objetivo de responsabilizar os autores diante da agressividade presente nas sociedades complexas nas quais estamos inseridos.

Pelo contrário, foi demonstrado que o Direito Penal de Quinta Velocidade, para além desses dois fatores (periféricos) está estruturado a partir da influência da tecnologia no Direito Penal, em especial, como importante mecanismo de prevenção de delitos, independentemente da gravidade, classe social ou características daquele (a) que pretende infringir as normas.

---

<sup>178</sup> Informação amplamente divulgada conforme link a seguir o qual se referiu sobre a palestra “Temas polêmicos sobre o Processo Penal”, proferida por Cleber Masson no Encontro Nacional de Direito Processual 2016, promovido pelo Grupo Notorium nos dias 20 e 21 de maio de 2016, em João Pessoa.: <http://grupocienciascriminais.blogspot.com/2016/06/coluna-temas-polemicos-sobre-o-processo.html>. Acesso em: 09.mar.2020.

Somando-se ao advento da tecnologia, como poucas vezes na história da humanidade, o Direito encontra-se sob um momento de ruptura, pois, a dogmática clássica, responsável pelo exame eminentemente repressivo a ser dado ao fato criminoso, não previa em suas disposições sequer a possibilidade de atuação do referido ramo jurídico na prevenção de delitos.

A eclosão da tecnologia, juntamente com o surgimento de mecanismos de vigilância de metadados, tais quais o *dataveillance*, além de não comportar medida invasiva tal como aquelas que rastreiam os dados em si, encontra-se cercado de um cenário legislativo, no mínimo, arriscado em toda a pesquisa realizada no terceiro capítulo, qual seja: ausência de legislação expressa sobre o conceito, limites e procedimentos adequados.

Ou seja, de um lado, temos a tecnologia dando passos cada vez mais largos de maneira instantânea em todo o mundo. Do outro, os países como um todo, dentre os quais, especialmente, a sociedade brasileira, encontra-se cada dia mais sufocada pelo crescente número de leis, crescimento esse quantitativo que, não raro, não simboliza avanços qualitativos em termos de legislação.

Esse ponto de reflexão comportaria, ainda que brevemente, fazer com que seja possível outra conclusão preliminar a respeito da teoria da tridimensionalidade do Direito proposta por Miguel Reale (1994) a respeito dos fatos, valores e normas.

Na atual conjuntura na qual estamos inseridos, provavelmente, a tecnologia apareceria como quarto elemento, uma espécie de fator coringa, ou seja, estaria presente tanto como componente de cada um dos demais três elementos e, da mesma forma, como elemento autônomo, apto a gerar a produção legislativa. Assunto esse que comportaria, certamente, uma tese doutoral específica.

Retomando às correntezas que devem ser enfrentadas na presente tese, em especial do caminho sem volta imposto pela tecnologia, a utilização do *dataveillance* no processo penal brasileiro é possível nas duas vertentes, seja preventivamente, seja repressivamente.

Sobre a perspectiva preventiva, a utilização do *dataveillance* para fins de monitoramento de metadados enfrenta obstáculos consideráveis, tais como: 1) entrada em vigor tardia da Lei Geral de Proteção de Dados e sem disposições expressas de aplicação para as investigações penais, 2) ausência de estruturas governamentais aptas (Qualitativamente e quantitativamente) de realizar a vigilância de todo o tráfego de metadados utilizados por Brasileiros (as) e que possam ter correlação com crimes que aqui devam ser julgados, 3)

complexidades, derivadas da circunstância descrita no item 1, envolvendo parcerias público privadas com as gigantes da *internet* diante de conceitos rígidos (e, por que não desatualizados) como soberania.

Enfrentados esses obstáculos, a utilização do *dataveillance* como ferramenta permanente de monitoramento de metadados não gerará, ao menos no médio prazo, violação ao núcleo sensível de direitos fundamentais de qualquer pessoa, em especial, diante de constituir ferramenta apta ao monitoramento de metadados e não de dados, bem como, e de igual modo, da evolução humana em relação a utilização das redes e respectiva exposição de informações.

Nessa perspectiva, o brocardo do *nemo tenetur se detegere* necessita, talvez como poucas vezes ao longo de sua utilização, de reconfiguração, pois, sem sombra de dúvidas, a era tecnológica muda por completo o próprio fluxo de informações entre os indivíduos.

Sobre esse ponto, o *nemo tenetur se detegere* deverá ser interpretado da seguinte forma: o silêncio do (a) acusado diante da colheita prévia de metadados pelo Estado, dentro de limites estabelecidos em lei, limites esses que serão aprofundados quando da análise do possível caráter repressivo do *dataveillance*, não poderá lhe prejudicar em eventual demanda penal a ser oferecida pelo Estado.

Mais do que isso, antes mesmo de se manifestar, ao contrário do que infelizmente acaba ocorrendo em investigações por todo o país, ao acusado (a) deverá ser garantido acesso prévio a todo o conjunto de metadados colhido pela autoridade pública, sob pena de violação grave não apenas ao *nemo tenetur se detegere*, mas também aos postulados do devido processo legal, ampla defesa e contraditório.

No aspecto repressivo, o *dataveillance* deverá ser aplicado desde que 1) haja legislação específica sobre o tema, cuja proposta inicial consiste no desafio traçado no próximo tópico; 2) seja autorizado mediante decisão judicial que deverá especificar 2.1) os limites de metadados a serem monitorados, 2.2) o envolvimento de eventuais metadados de terceiros e a 2.3) duração no tempo da referida medida, e; 3) seja assegurado ao acusado o acesso integral a toda a colheita de metadados realizada pelas autoridades públicas sob pena de violação, dentre outros aspectos, à Súmula Vinculante n. 14, editada pelo Supremo Tribunal Federal.

Sobre o brocardo do *nemo tenetur se detegere*, diante da impossibilidade (ao menos no atual estágio tecnológico) de assegurar o silêncio do acusado de maneira prévia no mundo digital, referido brocardo deverá ser assegurado do seguinte modo: o silêncio do (a) acusado (a)

ao responder indagações relativas à colheita de metadados não poderá ensejar prejuízos à sua defesa, não servindo, de igual modo, como confissão ou qualquer interpretação prejudicial à sua situação processual.

Evidentemente, assim como ocorre atualmente, a nenhum (a) acusado (a) é permitido mentir sobre metadados que digam respeito à sua identificação sendo, entretanto e apenas, possível mentir sobre metadados que digam respeito ao fato analisado pelo Estado ao longo da persecução penal.

Nota-se, portanto, que a quinta velocidade do direito penal aqui defendida está calcada nas seguintes premissas: 1) utilização da tecnologia apta a possibilitar o combate preventivo e repressivo aos crimes, fenômeno que deverá ocorrer, como sugestão ao Estado, em relação aos crimes de maior impacto econômico devendo, na sequência, ser estruturado de forma a possibilitar sua ampliação para os crimes do dia a dia, ou seja, tanto em relação aos crimes de médio potencial ofensivo como em relação aos crimes de menor potencial ofensivo; 2) aumento da produção de indícios de autoria e materialidade por parte do Estado o que, no longo prazo, repercutirá nos próprio funcionamento da estrutura investigativa e nos gastos públicos existentes com funcionários (tendência de diminuição paulatina) por exemplo; 3) atualização do conceito do *nemo tenetur se detegere* o qual, conforme explicado acima, continuará não apenas existindo como, e principalmente, deverá ser respeitado pelas autoridades públicas; 4) manutenção da ideia da privacidade digital, em especial, no direito penal, devendo qualquer 4.1) incursão do Estado ser autorizada previamente por decisão judicial fundamentada com base no caso sob exame, 4.2) não podendo, entretanto, a privacidade na era digital ser comparada com os conceitos clássicos descritos no relato histórico feito nos capítulos anteriores e 5) mudança de paradigma relacionado ao tempo e quantidade de garantias fornecidas ao acusado diante do advento da tecnologia como verdadeiro elemento coringa capaz de otimizar referidos elementos, independentemente da gravidade do crime.

Sobre o item n. 05, algo que chama a atenção desde o Direito Penal do Inimigo de Gunther Jakobs, diz respeito à utilização da tecnologia para anular, de forma mais célere e, talvez, mais efetiva, os “inimigos” do Estado, algo que, no regime constitucional brasileiro é inadmissível, devendo as instituições estarem atentas à esse tipo de tentativas.

#### 4.5 Proposta de regulamentação do *dataveillance*

Diante da possibilidade de implementação do que aqui convém denominar de *criminal dataveillance* e de outras técnicas de monitoramento de metadados no combate preventivo e repressivo à criminalidade, fator esse que é um dos pilares da quinta velocidade do Direito Penal, o presente tópico tem por objetivo estabelecer o *modus operandi* do referido ato, mais especificamente, no campo legislativo em virtude, como foi visto ao longo da pesquisa, de disposições expressas sobre o tema, mais especificamente, o item 2.3.6, da Estratégia Nacional de Segurança Cibernética, o qual incentiva a implementação de dispositivos legais nesse sentido.

Nesse sentido, em respeito ao art. 22, I, da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), deverá ser editada lei ordinária cujo o objetivo seja o de 1) incluir o *dataveillance* na Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018 (BRASIL, 2018) (Lei Geral de Proteção de Dados), bem como 2) no inciso X, do art. 319, do Decreto-Lei 3.689, de 1941 (BRASIL, 1941) (Código de Processo Penal).

A respeito da atual Lei Geral de Proteção de Dados, essa inclusão deverá ocorrer nas disposições gerais, devendo ocorrer a inclusão do art. 66 (BRASIL, 2019).

No referido dispositivo legal, deverá ser conceituado o *criminal dataveillance*, como técnica de investigação de fluxo de dados discretos, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigilo de justiça, sob pena de responsabilização administrativa e criminal dos agentes responsáveis.

Além disso, o art. 67 que deverá ser igualmente acrescido na LGPD, deverá expor limites claros à sua utilização, não sendo admitida a investigação de fluxo de dados discretos 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 máximo, com pena de detenção.
- IV – o fato investigado constituir contravenção penal.

Como forma de delimitar o tema, o parágrafo único do dispositivo legal deverá dispor que em qualquer hipótese deve ser descrita com clareza a situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada.

Na sequência da referida lei, o art. 68 deverá dispor que na investigação de fluxo de dados discretos poderá ser determinada pelo juiz, excepcionalmente de ofício mediante fundamentação específica, sob pena de responsabilidade funcional ou a requerimento: I - da autoridade policial, na investigação criminal; II - do representante do Ministério Público, na investigação criminal e na instrução processual penal.

Já o art. 69 deve dispor que o pedido de investigação de fluxo de dados discretos conterà a demonstração de que a sua realização é necessária à apuração de infração penal, com indicação dos meios a serem empregados.

Como sugestão para os parágrafos componentes do art. 69 da LGPD, deve ser descrito que: 1) excepcionalmente, o juiz poderá admitir que o pedido seja formulado verbalmente, desde que estejam presentes os pressupostos que autorizem a investigação, caso em que a concessão será condicionada à sua redução a termo, e; 2) o juiz, no prazo máximo de setenta e duas horas, decidirá sobre o pedido.

Sobre o dever de fundamentação, sugere-se, sob a rubrica de art. 70, que a decisão será fundamentada, sob pena de nulidade, indicando também a forma de execução da diligência, que não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova.

Sobre o aspecto procedimental, o art. 71 deverá dispor que, deferido o pedido, a autoridade policial conduzirá os procedimentos de investigação de fluxo de dados discretos, dando ciência ao Ministério Público, que poderá acompanhar a sua realização.

Com o intuito de resguardar o procedimento inerente ao dataveillance, sugere-se, como parágrafos relacionados ao art. 71, as seguintes diretrizes: 1) no caso de a diligência possibilitar a gravação do fluxo de dados discretos, será determinada a sua transcrição; 2) cumprida a diligência, a autoridade policial encaminhará o resultado da interceptação ao juiz, acompanhado de auto circunstanciado, que deverá conter o resumo das operações realizadas, e; 3) recebidos esses elementos, o juiz determinará a providência do art. 8º, ciente o Ministério

Público.

Ainda sobre o procedimento relacionado a investigação de fluxo de dados discreto, sugere-se como redação do art.72, que a autoridade policial poderá requisitar serviços e técnicos especializados às concessionárias de serviço público, tudo isso a possibilitar investigações eficientes enquanto o aparato policial, em especial diante da realidade de muitos estados, não esteja compatível com a realidade tecnológica imposta pela sociedade pós-industrial.

O art. 73 deverá trazer a ideia de que a investigação de fluxo de dados discretos, de qualquer natureza, ocorrerá em autos apartados, apensados aos autos do inquérito policial ou do processo criminal, preservando-se o sigilo das diligências, gravações e transcrições respectivas devendo, ainda, e a título de parágrafo único, por exemplo, destacar que a apensação somente poderá ser realizada imediatamente antes do relatório da autoridade, quando se tratar de inquérito policial (Código de Processo Penal, art.10, § 1º) ou na conclusão do processo ao juiz para o despacho decorrente do disposto nos arts. 407, 502 ou 538 do Código de Processo Penal.

Na sequência, o art. 74 deverá tratar sobre aquilo que não interesse à investigação criminal, devendo dispor que a gravação de metadados que não interessar à prova deve ser inutilizada por decisão judicial, durante o inquérito, a instrução processual ou após esta, em virtude de requerimento do Ministério Público ou da parte interessada.

Sobre o incidente de inutilização, sugere-se que o parágrafo único do referido dispositivo legal disponha que será assistido pelo Ministério Público, sendo facultada a presença do acusado ou de seu representante legal.

Dando continuidade, o art. 75, cujo objetivo será o de tratar da responsabilidade criminal dos servidores responsáveis pelas diligências afetas à investigação dos fluxos discretos de dados, em especial para reforçar a possibilidade de responsabilização dos agentes públicos no sistema constitucional brasileiro, deverá dispor que constitui crime realizar investigação de fluxo de dados discretos, ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei. Dada a relevância da informação, aspecto do qual os metadados, obviamente, fazem parte, bem como o potencial de dano existente a partir de conduções ilícitas de investigações que levem à cabo o fluxo discreto de dados, ou seja, de metadados, sugere-se como punição a pena de reclusão, de quatro a dez anos e multa.

Saindo das alterações necessárias à Lei Geral de Proteção de Dados e passando ao



exame do processo penal, cujo objetivo é o de operacionalizar a utilização da referida ferramenta, sugere-se que o art. 319 do Código de Processo Penal passe a conter o inciso X, consistente no monitoramento, cujo limite deve ser discriminado pelo juízo responsável pelo julgamento da ação penal sob pena de responsabilização funcional, de metadados a partir da técnica do *dataveillance*, compreendida como técnica de investigação de fluxo de dados discretos.

## CONCLUSÕES

Além das vidas perdidas e demais prejuízos em todo o mundo, a pandemia do COVID-19 serve como marco de atenção para os operadores do Direito, em especial – objeto da presente tese – os do Direito Penal.

Muitas medidas emergenciais de curto prazo, conforme destaca Yuval Noah (2020), se tornarão parte da nossa vida, ou seja, acelerarão processos históricos. Nesse sentido, decisões que em tempos normais demandariam anos de deliberação são aprovadas em questão de horas. Dentro desse contexto, tecnologias incipientes e até perigosas são ativadas, devendo, não apenas o Brasil, como os demais países do Mundo priorizar o empoderamento do cidadão ao invés da vigilância totalitária.

Dois episódios ocorridos em 2020 e narrados por Yuval Noah (2020) servem para ilustrar a preocupação quanto ao tema. Inicialmente, na China, foi iniciado o monitoramento de *smartphones* da população, somado a utilização de centenas de câmeras de reconhecimento facial e submissão dos cidadãos a verificações constantes de temperatura e seu quadro clínico.

No segundo exemplo, em Israel, o Primeiro Ministro Benjamin Netanyahu buscava implementar a autorização para que a Agência de Segurança Israelense empregasse tecnologias de vigilância geralmente reservadas ao combate ao terrorismo para monitorar casos de pacientes com coronavírus. Mesmo diante da irrisignação por parte do subcomitê parlamentar, o Primeiro Ministro implementou a medida através de um decreto emergencial (NOAH, 2020).

Estamos vivenciando uma janela única de evolução da vigilância em larga escala, saindo do clássico monitoramento “sobre a pele” para um monitoramento “sob a pele”. Foco na temperatura do dedo, na pressão arterial sob a sua pele entre outros elementos, caso mal direcionados, poderão ser utilizados como mecanismos de controle político, social e econômico.

O estudo feito sobre o expansionismo penal, suas críticas e desdobramentos, a proteção de dados, a evolução das discussões por todo o mundo envolvendo a vigilância, reflexões presentes no Brasil, em especial, a concepção do que seria o *dataveillance*, suas

peculiaridades em relação aos demais mecanismos existentes de rastreamento e vigilância, o estudo da legislação de proteção de dados e metadados no Brasil e no exterior, as características e detalhes envolvendo a pretensão punitiva do Estado na Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), a análise dos direitos fundamentais envolvidos na persecução penal própria das sociedades do risco e a seletividade do sistema penal brasileiro nos permitem, ainda que de forma inicial, traçar as perspectivas não apenas para o Direito Processual Penal como, também, para o próprio Direito Penal material e para a própria criminologia no Brasil.

Tal conjuntura deve ser vista ainda com mais cautela quando, somando-se aos contextos existentes durante a pandemia do Covid-19, mecanismos de vigilância, seja de metadados como o que aqui se convencionou chamar de *Criminal Dataveillance*, seja de dados como o Pegasus, podem expandir a ideia de colonialismo digital<sup>179</sup> (COULDRY, MEJIAS, 2019) para a esfera penal, colocando todos os indivíduos em uma posição de vulnerabilidade nunca antes vista na história da humanidade.

Não se desconhece que a prática de crimes, dentre os quais se destaca, no Brasil, a corrupção caracterizada pelo suborno de agentes públicos, passou a receber maior atenção de governos, empresas e organizações nas últimas três décadas. A preocupação com a referida criminalidade trouxe avanços para a legislação de Países e a difusão das ações coletivas de monitoramento e combate à corrupção promovidas por entidades não governamentais.

No Brasil, as Leis nºs 12.529/11, 12.846/13 (BRASIL, 2013) e 13.303/16 (BRASIL, 2016) são exemplos desse novo contexto. Já no Reino Unido, o *Bribery Act* de 2010 (REINO UNIDO, 2010) e, nos Estados Unidos, o *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) de 1977 (EUA, 1977) configuram os exemplos mais expressivos no âmbito internacional.

A respeito da distância temporal existente entre a legislação norte-americana e a dos demais Países, a liderança econômica e tecnológica dos americanos os levou a se depararem

---

<sup>179</sup> Quase todas as necessidades sociais agora têm a oportunidade de se conectar por meios digitais. Mas essa conveniência não é gratuita - ele é comprado com grandes quantidades de dados pessoais transferidos por meio de backchannels obscuros para empresas que os usam para gerar lucro. The Costs of Connection revela este processo, este colonialismo de dados e seus projetos para controlar nossas vidas - nossas maneiras de saber; nossos meios de produção; nossa participação política. O colonialismo pode parecer uma coisa do passado, mas este livro mostra que a apropriação histórica da terra, dos corpos e dos recursos naturais é espelhada hoje nesta nova era de 'datafication' generalizada. Aplicativos, plataformas e objetos inteligentes capturam e traduzem nossas vidas em dados e, em seguida, extraem informações que são alimentadas em empresas capitalistas e vendidas de volta para nós. Os autores argumentam que esse desenvolvimento prenuncia a criação de uma nova ordem social emergente globalmente - e deve ser desafiado. Diante do alarmante grau de vigilância já tolerado, eles oferecem um apelo estimulante para descolonizar a internet e emancipar nosso desejo de conexão.

com o problema da corrupção antes dos demais Estados soberanos.

Voltando ao cenário nacional, conforme visto na introdução da tese, o ano de 2013 é lembrado, não apenas como marco social, mas, sobretudo, no plano governamental, pela reivindicação feita pela população brasileira na qual foi cobrada ética, moral e integridade por parte dos governantes.

Somente após referidos protestos o Projeto de Lei nº. 6.826/2010 (BRASIL, 2010), proposto pela Controladoria Geral da União (CGU) em 18 de fevereiro 2010, com objetivo de assegurar garantias de lisura aos eventos internacionais a serem realizados no Brasil, e aprovado na Câmara dos Deputados em maio de 2011, obteve regime de tramitação prioritária, gerando, ao final do processo legislativo respectivo, a Lei Ordinária nº 12.846/2013 (BRASIL, 2013), publicada em 02 de agosto de 2013 (Lei Anticorrupção).

Dentre as inovações trazidas pela Lei nº. 12.846/2013 (BRASIL, 2013) estão a responsabilidade objetiva de pessoas jurídicas, o *compliance*, o acordo de leniência, o Cadastro Nacional de Empresas Punidas (CNEP), bem como a rigidez das sanções.

Explicado o pano de fundo inerente à Lei nº 12.846/2013, com destaque para a importância do combate preventivo à corrupção, passou-se à contextualização do surgimento da Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 (Lei Geral de Proteção de Dados) (BRASIL, 2018), responsável pela proteção de dados pessoais, bem como pela alteração da Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet) (BRASIL, 2014), bem como a respeito de legislações posteriores como a Política Nacional de Segurança da Informação e a Estratégia Nacional de Segurança Cibernética.

A proteção de dados, aspecto fundamental para se chegar ao núcleo, digamos, tecnológico, da presente tese, que são os metadados, tem relevo não apenas com a edição das referidas normas, como também em outros Países. Nesse sentido, ao longo do texto, a partir do continente europeu foram estudados o *General Data Protection Regulation* (GDPR), o qual passou a ser obrigatório em 25 de maio de 2018 e aplicável a todos os Países da União Europeia (UE). Já em solo norte-americano, foi estudado o *California Consumer Privacy Act of 2018* (CCPA), aprovado em 28 de junho de 2018 (AB 375).

Indo além dos textos normativos, o contexto no qual o projeto de lei sobre a proteção de dados foi aprovado pelo Poder Legislativo brasileiro foi decisivo para a respectiva

tramitação célere. Como se não bastasse a aglutinação de outras propostas que há muito tempo vinham tramitando paralelamente sobre o tema (cuja atualidade é discutível), escândalos mundialmente famosos envolvendo a segurança de dados como o ocorrido na mídia social *Facebook* também trouxeram visibilidade para o assunto.

Dentro do exame tecnológico da questão, após descrição dos trabalhos envolvendo o tema vigilância ao longo dos últimos 28 (vinte oito) anos, foi possível explicitar qual a faceta específica que se pretendeu analisar na presente tese para ilustrar, não o único, mas um dos exemplos do que se convencionou chamar de quinta velocidade do Direito Penal.

Nesse sentido, no estudo da vigilância propriamente dita, palavra intimamente ligada à proteção de dados e o fenômeno da *dataveillance*, as análises de Jeremy Bentham (1843) e Michel Foucault (1999), em que pese a sua importância histórica, não servem, por completo, para explicar o fenômeno atual da vigilância, principalmente quando o foco da mesma são os chamados metadados.

Esclarecido esse ponto, foi possível constatar que o surgimento de novas tecnologias e as consequências quanto ao armazenamento e ao processamento de dados serviu de mola propulsora para o aumento exponencial de estudos tanto sobre metadados como sobre a *surveillance*.

Dentro do estudo sobre vigilância, após a coleta e análise de artigos, não apenas jurídicos, como de outras áreas das ciências sociais, o modelo da *surveillance assemblages*, proposto por Richard Ericson e Kevin Haggerty (2000), o qual dá ênfase aos fluxos discretos de dados, ou seja, “ao aspecto do *surveillance* que se convencionou chamar de *dataveillance*” (NETO, MORAIS e BEZERRA, 2017, p. 185) chamou a atenção para fins de demonstração da quinta velocidade do Direito Penal.

Para além dos aspectos teóricos e metodológicos, a relevância do estudo da utilização do *dataveillance* no direito penal à luz da Lei Anticorrupção, da Lei de Proteção de Dados (LGPD), a Política Nacional de Segurança da Informação e da Constituição Federal de 1988, pôde ser entendida, portanto, a partir dos aspectos econômico, jurídico, político e social. No que tange à proteção (e produção) dos dados, à *cyber* segurança e à privacidade, a partir do que Andrew Burt (2019) destaca como sendo o papel de cada uma dessas palavras-chave, foi possível, então se chegar aos problemas de pesquisa, senão vejamos:

E era um mundo em que privacidade e segurança eram funções amplamente separadas, em que a privacidade recuava para as preocupações mais tangíveis sobre segurança.

Hoje, no entanto, o maior risco para nossa privacidade e segurança se tornou a ameaça de inferências não intencionais, devido ao poder de técnicas de aprendizado de máquina cada vez mais difundidas. Depois que geramos dados, qualquer pessoa que possua o suficiente pode ser uma ameaça, colocando novos perigos à nossa privacidade e segurança.

Nesta perspectiva, saber se (e em que medida) o conjunto de instrumentos e normas existentes no Brasil, em especial aquele relativo à proteção de dados, garante ao Estado Brasileiro, mais especificamente na condição de titular da persecução penal, eficiência no combate preventivo aos crimes através da utilização de *dataveillance*, se, em que medida, o sistema normativo, além de solucionar (ou não) o problema, deve (ou não) ser aprimorado, e, se as velocidades do Direito Penal respondem à atual utilização da tecnologia na persecução penal, contribuirá, de maneira inédita, para o aprimoramento das discussões envolvendo proteção tanto de dados como, e principalmente, de metadados e a efetivação da persecução penal.

A hipótese da presente tese, portanto, foi a seguinte: se (e em que medida) a tese das velocidades do Direito Penal, proposta por Jesús Maria Silva Sánchez, bem como o conjunto de instrumentos e normas existentes no Brasil, com foco na proteção de dados, garantem ao Estado, na condição de titular do Poder-Dever de Punir, eficiência no combate preventivo às infrações penais, através da utilização de *dataveillance* e, em que medida, o sistema normativo, além de solucionar (ou não) o problema, deve (ou não) ser aprimorado a partir da análise dos direitos ao silêncio (QUEIJO, 2012) e seu (potencial) conflito com o direito à intimidade nas sociedades pós-industriais.

A respeito da relevância do que ora se discute no aspecto jurídico, enquanto a tese vinha sendo desenvolvida nos idos de 2020, a Corte Constitucional Alemã (2020) julgou processo que representa os riscos que se busca evitar na sociedade da informação.

O Tribunal Constitucional alemão declarou inconstitucional o acesso irrestrito pelas autoridades aos dados pessoais dos usuários de telefones celulares e da *Internet* com base em argumentos genéricos como o “combate ao crime comum” ou, ainda, “contra o terrorismo”.

Em uma decisão divulgada em 17 de julho de 2020, a Corte Constitucional Alemã indica que os investigadores têm desfrutado de muito acesso a dados pessoais na *Internet* e nos telefones celulares dos suspeitos de cometer crimes. A decisão proferida foi consequência de duas reclamações apresentadas em 2013 pela filial alemã do Partido Pirata, cuja defesa de dados pessoais é uma de suas principais preocupações.

O Tribunal decidiu que a transmissão de dados de contato, endereços IP ou códigos PIN por operadores, como a Deutsche Telekom, a investigadores era inconstitucional e que

seu uso pela polícia ou pelos serviços de inteligência violava o "segredo". de telecomunicações".

A decisão do tribunal constitucional alemão obrigará os legisladores a reformarem uma disposição legal que permanecerá em vigor até o próximo ano. Vale destacar que no referido julgado, entretanto, o Tribunal Constitucional, ponderou que as autoridades poderiam continuar a usar as medidas em vigor "para prevenir um perigo específico" ou também "em relação aos serviços de inteligência para fins de investigação de uma ação ou grupo específico que exija a observação de inteligência.

Para além dos limites relativos à intromissão do Estado, através da persecução penal, nos dados e metadados dos indivíduos, outro ponto fundamental e que foi observado, justamente, quando da análise da decisão proferida pela Corte Constitucional Alemã, diz respeito ao verdadeiro "giro" hermenêutico em termos do que fundamentaria diligências de vigilância, em especial, quando nos recordarmos da bibliografia analisada sobre *surveillance*, na qual foi possível visualizar que termos genéricos como segurança nacional e combate ao terrorismo eram, mais do que simples expressões, servindo de pilares para o início de sua utilização, em especial, após o atentado às torres gêmeas, nos Estados Unidos.

Vivemos, portanto, em uma segunda fase quanto a utilização da tecnologia na persecução penal, ou seja, o desafio agora consiste na imposição de balizas legais, hermenêuticas e estruturantes para a sua aplicação, não podendo, portanto, expressões genéricas servirem para se apurar e invadir dados e metadados dos indivíduos.

No primeiro capítulo, o objetivo específico consistiu em, compreendendo as sociedades pós-industriais, analisar o Expansionismo penal proposto por Silva Sánchez e as velocidades do Direito Penal. A partir desse contexto teórico somado à edificação do Estado Democrático de Direito e suas peculiaridades, passados 32 anos desde o advento da Constituição Federal de 1988, será que as promessas ali contidas foram satisfatoriamente cumpridas?

A pergunta acima permitiu, para a sua resposta, a abordagem de institutos como o da Modernidade Tardia de Morin (2000). Nesse sentido, em que pese a dificuldade inicial, até para que fosse possível associar esse fenômeno ao *dataveillance* e as velocidades do direito penal, a modernidade tardia pôde ser considerada como um conjunto de utopias/entropias, contradições, distopias, afirmações ou, ainda "promessas descumpridas da democracia e da modernidade" (Bobbio, 1986), podendo ainda ser definida tanto como "uma fase de retomada

quanto de negação, de afirmação e de interrogações”, pertencendo ao “mundo real/virtual” (MARTINEZ, 2012), circunstâncias presentes em *terrae brasilis*.

Dando sequência aos principais pontos do primeiro capítulo da obra, cujo objetivo foi o de destacar as causas da expansão do direito penal, foi descrito o roteiro pelo qual o professor Jesús-María Silva Sánchez trafegou quando da criação de sua tese relativa ao expansionismo do Direito Penal, momento no qual foram trabalhados os chamados “novos interesses”, o efetivo aparecimento de novos riscos, a institucionalização da insegurança, a sensação social de insegurança, a configuração da maioria com a vítima do delito, o descrédito de outras instâncias de proteção, os gestores “atípicos” da moral (*atypische Moralunternehmer*), a atitude da esquerda política como símbolo da chamada política criminal social-democrata na Europa e o fator colateral denominado “gerencialismo”.

Encerrando a análise do tópico relativo ao efetivo aparecimento de novos riscos, a partir de descrições trazidas por Robert Alexy (1994, 186-187) e outros autores fundamentais para a obra de Silva Sánchez (2013), para o qual, “um bem é um bem coletivo de uma classe de indivíduos quando conceitualmente, fáctica ou juridicamente, é impossível dividi-lo em parte e outorga-las aos indivíduos”, foi possível concluir, através do paralelo feito por Jesús María Silva Sánchez, que os bens coletivos podem ser vistos como bens não distributivos, valendo o destaque que existem espaços tanto para uma expansão razoável como, e principalmente, para uma expansão irrazoável do Direito Penal (Silva Sánchez, 2013, p.28).

É justamente para garantir o ponto de equilíbrio da expansão do Direito Penal envolvendo a tecnologia que a presente obra se preocupou, para além dos aspectos teóricos, em desenvolver uma proposta de solução no campo legislativo, a resguardar não apenas as expectativas da sociedade, como as da vítima e do acusado.

Retomando à sequência do primeiro capítulo, para ilustrar a afirmação, o autor espanhol utilizou dois exemplos: no primeiro, relativo à entrada maciça de dinheiro oriundo do tráfico de entorpecentes em determinado setor do mercado (dinheiro negro), referido ato ensejaria lesões penalmente relevantes para fins de punição por crimes contra o sistema financeiro.

No segundo exemplo, Sánchez (2013) destacou a entrada de pequenas (ou médias) quantidades de dinheiro negro na aquisição de bens ou, ainda, na retribuição pela realização de serviços como fatos penalmente irrelevantes para a configuração, exemplificativamente, de crimes como os de lavagem de capitais.



Nesse ponto, coube destacar que o *dataveillance*, alterando substancialmente o foco da persecução penal que sairia do bem jurídico em si, passando para os “rastros eletrônicos” de movimentações financeiras, muda por completo a lógica da própria dogmática penal.

Ou seja, não será mais a quantidade de dinheiro que deverá frear ou não a atuação estatal no atual período no qual vivemos e sim a quantificação e a qualificação dos dados e metadados obtidos, possibilitando responder se, na obtenção especificamente dos metadados, foram respeitadas garantias como, no Brasil, inerentes a legalidade, ao devido processo legal e a ampla defesa.

O próprio “Pacote Anticrime” citado linhas acima serviu de exemplo da expansão do Direito Penal sobre a esfera do Direito Civil, bem como, de maneira reflexa, no Direito Administrativo quando disciplina, em seu art. 6º, que o art. 17, §1º, da Lei nº 8.429, de 1992 (Lei de Improbidade Administrativa), passa a autorizar que nas ações de que trata aquele artigo, ou seja, as de improbidade, a celebração de acordo de não persecução cível.

Nesse ponto, foi possível concluir que, além da expansão em si do Direito Penal trazida por Jesús María Silva Sánchez, é provável que estejamos, em especial no Brasil, diante de um colapso normativo-penal, fenômeno esse que pode ser ao menos minorado através da utilização de ferramentas tecnológicas como a do *dataveillance*, tudo isso a possibilitar a sua execução em face de pessoas físicas e jurídicas, tornando a persecução penal algo mais eficiente.

Questionamentos e respostas como essas foram importantes para se evitar a implementação/manutenção da chamada “sociedade sem freios” de Ralf Gustav Dahrendorf (1987, p.95-104), consistente em um conjunto de pessoas que, organizadas em sociedade, encontram-se diante do dilema entre anomia ou o poder frio, consistindo ambas as alternativas em componentes que se alimentam reciprocamente.

Saindo do que se busca evitar, tendo sido citado como exemplo a sociedade sem freios, ao tratar da dogmática diante da delinquência da globalização, Silva Sánchez partiu da premissa de que o Direito Penal da globalização não é todo e qualquer Direito Penal e sim a delinquência econômica (2013, p.84).

Referida constatação, entretanto, conforme foi analisado no início da obra, não está totalmente correta quando analisamos outra premissa, qual seja: o advento e a utilização da *internet* têm possibilitado não apenas o cometimento de crimes econômicos como de crimes contra a vida, saúde pública, de respeito aos mortos, etc.

Portanto, a *internet* consiste em meio apto a propagar os efeitos mais diversos da criminalidade como um todo, não sendo suficiente atualmente afirmar que o direito penal da globalização estaria adstrito a apenas uma modalidade de delito (o econômico).

Ou seja, a *internet*, para além de aproximar indivíduos, serve para acelerar as suas interações sociais, independentemente do local onde residam, dos costumes e outros fatores, servindo como verdadeiro propulsor, por outro lado, e infelizmente, para o aumento exponencial de crimes.

Um exemplo que serviu para ilustrar a premissa foi o seguinte: Clarissa, ativista residente no Brasil, através de servidores localizados nos Estados Unidos, Irlanda e Japão, propaga ondas de *Fake News* com o objetivo de retirar a credibilidade do governo exercido por Kim na Coreia do Norte. Trata-se de típico exemplo de crime político que transcendeu as barreiras do país no qual Clarissa reside.

Sobre o tema, contextualizando para a realidade que nos cerca, a *internet*, em que pese ser montada, codificada e executada através de algoritmos e binômios, possui em seu âmago as mais diversas manifestações culturais por todo o mundo.

Aqui, o que se defende é que tenha chegado o momento de equilibrar o estudo da dogmática jurídica penal aos elementos culturais humanos. Trata-se do grande desafio, na área penal, desse século, responder a indagações do tipo: como regulamentar de forma uníssona o tráfego da *internet* nos países por todo o mundo e, principalmente, utilizar a tecnologia como mecanismo apto a evitar o cometimento de delitos com respeito às garantias e direitos fundamentais descritos em constituições que, não raro, são heterônomas?

Nesse sentido, foi possível verificar que a dogmática clássica já não serve para responder todo o problema, devendo o processo legislativo penal ser analisado à luz dos chamados processos estruturais, conforme será visto mais à frente.

Tal ferramenta, a utilização dos processos estruturais, possibilitará com que o tráfego da *internet* nos países por todo o mundo e, principalmente, utilizem a tecnologia como mecanismo apto a evitar o cometimento de delitos com respeito às garantias e direitos fundamentais descritos em constituições heterônomas.

Ao longo do estudo foi possível vislumbrar, dentro da complexidade daquilo que compõe as sociedades pós-industriais, que o Brasil recebe pessoas tanto de outros países da América Latina como também da Europa e Ásia.

Fazendo um paralelo entre os fluxos migratórios existentes atualmente na Europa e no Brasil, sociedades pós-industriais caracterizadas por um processo de integração no plano supranacional e atomização em seu plano interior, foi possível concluir, de acordo com Jesús María Silva Sánchez, que a criminalidade aqui analisada não se diferencia substancialmente daquela tradicional, entretanto, “sua intensidade e sua extensão se vêem incrementadas pela marginalidade a que estão relegados aqueles que, dentro das sociedades pós-industriais, vivem à margem de relações laborativas estáveis” (2013, p.100).

Algo interessante de se notar foi que a tensão afirmada por Silva Sánchez (2013, p.100) entre integração e atomização, homogeneização e diversidade ou multiculturalidade responsável não apenas gera violência como, através da *internet* e fluxos de metadados, as antecipa e propaga.

Nesse aspecto, a possibilidade de antecipar, através do *dataveillance*, a produção e/ou difusão da violência, é um dos pontos centrais do Direito Penal contemporâneo, seja no plano internacional, seja no plano nacional.

Sob o ponto de vista conjectural, o estrangeiro não precisa estar localizado dentro do país aleatório para, contra si, praticar delitos através do uso da *internet*, questão complexa e que ainda não tinha sido descrita nos estudos de Silva Sánchez, em especial, diante da época na qual foi escrito.

Dando continuidade à análise da obra de Silva Sánchez, no quinto capítulo, foram abordadas as mudanças de perspectiva no Direito Penal trazendo à baila a chamada por ele de “administrativização do Direito Penal”.

Para se chegar a esse fenômeno, o autor trouxe, evidentemente que à luz das pesquisas feitas sobre trabalhos passados, o paradigma dos chamados delitos de acumulação (*Kumulationsdoikte*), a proteção penal existente no chamado “Estado de prevenção” e a gestão dos riscos de origem pessoal e a neutralização no Direito Penal atual.

Silva Sánchez, na sequência, apontou que o Direito Penal, ramo jurídico que tão somente reagia a *posteriori* contra determinado fato lesivo e individualmente delimitado passou a atuar como verdadeiro direito de gestão envolvendo riscos gerais sendo, portanto, considerado “administrativizado” (SÁNCHEZ, 2013, p.114).

Nesse aspecto, aprimorando o raciocínio do referido autor espanhol e propondo (por que não?) a chamada quinta velocidade do Direito Penal, foi possível concluir preliminarmente

que a *internet*, para além de possibilitar/facilitar o papel de gestor do Direito Penal, serve como verdadeiro instrumento de atuação preventiva, simbolizando um rompimento com a estrutura exclusivista clássica.

O mundo digital, nesse aspecto, trouxe uma nova perspectiva para o Direito Penal em relação a análise da conduta: não apenas condutas concretas podem (e devem) ser analisadas e julgadas criminalmente através de mecanismos informáticos como fluxos de dados anteriores às próprias condutas são capazes de serem monitorados o que resulta, no mínimo, na ampliação dos atos puníveis dentro do *iter criminis* ou, *quiçá*, a necessidade de reestruturá-lo.

Outro ponto que mereceu destaque, nesse ponto da obra, foi a análise das leis “*three strikes*” nos Estados Unidos (ROTMAN, 1998, p. 858). Dado o objetivo do presente trabalho, foi destacada, em síntese, a premissa maior sobre a qual repousa a teoria da neutralização seletiva, cujo foco de análise mudou radicalmente ao longo dos anos.

Nela, os adeptos defendem que é possível identificar um número relativamente pequeno de delinquentes, chamados de *high risk offenders*, ou seja, aqueles indivíduos responsáveis pela maior parte dos fatos delitivos, sendo possível prever, com base em critérios estatísticos, que seguirão fazendo o mesmo.

Elucidando a teoria em números, “segregar 2 anos 5 delinquentes cuja taxa previsível de delinquência é de 4 delitos por ano, gera uma “economia” para a sociedade de 40 delitos e lhe custam 10 anos de prisão. Em contra partida, se esse mesmo custo de 10anos de prisão se emprega para segregar 5 anos 2 delinquentes, cuja taxa prevista de delinquência é de 20 delitos por ano, a “economia” social é de 200 delitos; e assim sucessivamente” (SÁNCHEZ, 2013, p.131).

Ou seja, ao corrigir o *modus operandi* dos *high risk offenders*, vantagens econômicas ocorreriam em relação àquela indiscriminada, ou seja, a chamada *geral incapacitation*.

Em relação ao tema, importante destacar que, para além do escopo da teoria da neutralização seletiva, a utilização de ferramentas que tornam possível a vigilância tanto de dados como, e principalmente, de metadados das pessoas na *internet*, dentre as quais o *dataveillance*, objeto do presente estudo, permitirá, muito provavelmente em virtude da íntima correlação que o Direito e a economia tem ganhado a cada dia, em especial aquela relativa ao Direito Penal, não apenas a análise de fluxos estatísticos pró-futuro mas sim, e principalmente, a análise prévia derivada do que chamaremos aqui de “comportamento digital do indivíduo”, evitando com que o primeiro crime ocorra.

Evitar com que o primeiro delito ocorra, independentemente da quantidade de crimes que potencialmente determinado indivíduo poderia cometer, gerará uma economia ainda maior para os cofres públicos, maior eficiência da persecução penal e evitará, certamente, fenômenos reflexos de implicações direta em toda a sociedade como, no Brasil, o encarceramento em massa, o excesso de prisões provisórias, dentre outros.

Cumprir aqui destacar que a reformulação da persecução penal proposta, em momento algum, deverá ignorar ou desobedecer as garantias penais e processuais dos acusados. Trata-se, em verdade, de avanço civilizatório derivado da evolução tecnológica.

No que diz respeito à expansão do Direito Penal, foi possível vislumbrar que Silva Sánchez chama a atenção de que o problema não consistiria tanto na expansão em geral do referido ramo jurídico e sim na expansão do Direito Penal da pena privativa de liberdade, devendo essa última ser contida.

Nesse ponto, o presente estudo objetivou, passados mais de 10 anos desde a referida teoria e, somando-se a rápida (e constante) evolução tecnológica, demonstrar que, caso não haja a atualização do conceito e, especialmente, da extensão das garantias inerentes à privacidade e a vedação de produção de prova contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*), a tecnologia sendo utilizada na prevenção de crimes poderá, a um só tempo, vulnerar como nunca antes visto a situação existencial do acusado, bem como impossibilitar a evolução da persecução penal em prol da estabilização das relações sociais, fim primeiro (e, por que não, principal) do próprio Direito.

Sobre a reflexão aqui trazida, para além da relativização da dogmática no Direito Penal contemporâneo, um fenômeno que carece de aprofundamento (o que ora se pretendeu, portanto) diz respeito ao maior diálogo entre o Direito Penal, o Direito Constitucional e o Direito Digital gerando, conseqüentemente, ainda mais questões complexas em relação ao próprio conceito e extensão de garantias tão caras ao próprio Estado Democrático de Direito.

Após o estudo das bases do raciocínio de Jesús María Silva Sánchez, foi possível analisar as respectivas velocidades do Direito Penal. No que diz respeito à primeira velocidade, foi destacado que essa consistiria na afirmativa de que o Direito Penal nesse momento cumpre com os ditames clássicos do devido processo legal, sendo aplicado à luz do garantismo, o que gera um procedimento mais longo, entretanto (e em tese), mais seguro ao acusado. Referido procedimento seria, na visão do autor espanhol, utilizado para elucidar casos que envolvessem infrações penais mais graves gerando, caso constatado o binômio autoria/materialidade, uma

punição desde que dentro das garantias processuais e penais como as da legalidade, devido processo legal, etc.

Já a segunda velocidade do Direito Penal teria espaço nos chamados crimes de menor potencial ofensivo permitindo com que as penas de prisão sejam substituídas por aquelas que restrinjam direitos, gerando a flexibilização das medidas punitivas estatais, de um lado, bem como a celeridade procedimental, por outro.

A terceira velocidade do Direito Penal passa a mesclar as duas primeiras velocidades, tornando possível que garantias penais e processuais clássicas sejam relativizadas independentemente da gravidade do delito.

Além desse aspecto, foram vistas as discussões relativas à quarta e quinta velocidades. No tocante a quarta velocidade do Direito Penal foi visto que essa tem por foco a punição de altas autoridades em virtude do cometimento de crimes contra a humanidade.

Como exemplos do Direito Penal de quarta velocidade, foi possível citar aqueles praticados durante a Segunda Guerra Mundial e julgados por Tribunais Penais Internacionais como o Julgamento de Nuremberg e o Tribunal de Jerusalém.

A respeito da quinta velocidade do Direito Penal, aspecto sobre o qual a presente tese pretende se debruçar e reconstruir, algumas afirmações surgiram no sentido de que nela, o Estado, nesse momento, contaria com a presença maciça de policiais na rua, ou, ainda, o Direito Penal teria, em síntese, como objetivo o de responsabilizar os autores, diante da agressividade presente nas sociedades nas quais estamos inseridos, caracterizadas por relações complexas e, muitas vezes, (in) compreensíveis.

Ao longo do trabalho, vale aqui destacar que a quinta velocidade do Direito Penal existe mas não se resume a presença maciça de policiais na rua ou apenas no objetivo de responsabilizar os autores diante da agressividade presente nas sociedades complexas nas quais estamos inseridos.

Pelo contrário, foi demonstrado que o Direito Penal de Quinta Velocidade, para além desses dois fatores (periféricos) está estruturado a partir da influência da tecnologia como um todo no Direito Penal, em especial, como importante mecanismo de prevenção de delitos, independentemente da gravidade, classe social ou características daquele (a) que pretenda infringir as normas. Nesse sentido, novamente, cumpre esclarecer ao leitor que o desenvolvimento do *dataveillance* serve como um dos exemplos do fenômeno da quinta

velocidade do Direito Penal.

Em verdade, conforme foi comprovado ao final do trabalho, a quinta velocidade do Direito Penal tem premissas de ordem material, processual penal, criminológica e tecnológica que vão, e muito, além dos aspectos correntemente destacados pela doutrina.

No segundo capítulo foi analisado o nível de avanço da legislação brasileira no controle preventivo dos crimes, Com especial destaque para as recém editadas Lei Geral de Proteção de Dados, o Decreto nº 9.637, de 36 de dezembro de 2018 (Instituiu a Política Nacional de Segurança da Informação), o Decreto nº 10.222, de 05 de fevereiro de 2020 e as normas estrangeiras, com destaque para a União Europeia, Estados Unidos da América, Austrália e Canadá foi aferido, utilizando-se o modelo da *surveillance assemblages*, proposto por Richard Ericson e Kevin Haggerty (2000), se, além de útil, o mecanismo de *dataveillance* está regulamentado no País.

Além desses aspectos, dando continuidade aos acordos internacionais no que diz respeito aos fluxos de dados transatlânticos, o Programa UE-EUA de Detecção do Financiamento do Terrorismo, consistente em um acordo bilateral com os EUA sobre o tratamento e transferência de dados relativos a mensagens de pagamentos da UE para os EUA para efeitos do Programa de Detecção do Financiamento do Terrorismo serviu igualmente como exemplo da quinta velocidade do Direito Penal.

No item 2.3 dessa obra, foi possível conceituar o *dataveillance* como mecanismo de coleta de metadados destinado a qualquer fim, tornando possível, a partir dessa coleta, a respectiva vigilância, seja preventiva, seja repressiva, o que o caracteriza como instrumento ambivalente de fiscalização.

Nesse sentido, ao longo do segundo capítulo, a leitura de toda a legislação estrangeira e brasileira demonstrou, infelizmente, que nada foi expresso, especificamente, sobre metadados, muito menos sobre o *dataveillance* aqui estudado o que, juntamente com a entrada em vigor tardia da própria LGPD, causa preocupação.

Mais adiante, no terceiro capítulo, o objetivo foi, além de analisar as reflexões atuais sobre os direitos fundamentais, em especial o da privacidade na era digital e o direito ao silêncio, momento no qual foi possível concluir, a partir do estudo da jurisprudência norteamericana representada pelo posicionamento do juiz da Suprema Corte Louis Brandeis, como “o direito de ser deixado em paz”, a privacidade agora é melhor descrita como a capacidade de controlar dados que não podemos parar de gerar, dando origem a inferências que não podemos

prever. Diante desse contexto foi possível, igualmente, verificar se a utilização do *dataveillance* está de acordo com os valores, princípios e direitos assegurados no sistema jurídico brasileiro.

Nesse aspecto, voltando aos questionamentos presentes no estudo ora proposto, os rápidos avanços tecnológicos serviriam, juridicamente falando, como ponto intransponível e que, ao mesmo tempo, reduzirão as garantias do acusado ao longo do processo penal?

Inicialmente, cumpre destacar que, diante do atual cenário, caracterizado pela ausência de legislação específica sobre ferramentas de monitoramento de fluxos de dados discretos, ou seja, de metadados, a tecnologia infelizmente poderá (se é que já não está) sendo utilizada para reduzir, diariamente, as garantias penais e processuais dos acusados, bem como para prejudicar vítimas, dentre as quais destaco para problemas da seletividade existente no Brasil e, por que não, incrementar as sensações de insegurança da população frente ao Direito Penal aplicado pelo Estado.

Diante desse cenário, é possível vislumbrar que o equilíbrio entre o avanço tecnológico e a manutenção das garantias processuais passa pelo advento de legislação que permita atualizar a persecução penal do Estado Brasileiro.

Sobre esse equilíbrio, não se discute que o trabalho, na sociedade informacional, parte do cérebro, sendo, aquele realizado anteriormente de maneira braçal, substituído por máquinas (DERTOUZOS, 1997), até mesmo porque, “a transferência para as máquinas de um novo tipo de funções cerebrais abstratas encontrasse no cerne da Revolução informacional” (LOJIKINE, p. 1995).

Dentro desse cenário, será que a produção probatória braçal, por parte do Estado, poderia, ao longo do tempo, deixar de ser (pelo menos tão) braçal, passando a ser executada por máquinas, gerando garantias de imparcialidade na investigação ou mecanismo de autoritarismo digital?

Ainda que a resposta à essa pergunta não seja o ponto central da presente obra, a tecnologia poderá ser usada como instrumento complementar à atividade humana, possibilitando maior eficiência à persecução penal. Não vemos como possível, entretanto e com base nas limitações de visão próprias da época na qual escrevo o texto, a atuação exclusiva de máquinas nas atividades estatais relacionadas ao combate (preventivo ou repressivo) ao crime.

Nesse sentido, um dos pontos centrais, tomando por base a reflexão feita por Habermás, diz respeito a aferir até que ponto a racionalidade tecnológica, em desacordo com o



sistema de garantias processuais existentes no sistema jurídico brasileiro, servirá como mais um subterfúgio apto a legalizar a dominação do Estado, quando da realização da persecução penal, ao invés, justamente, de otimizar o procedimento e acabar com eventuais ilegalidades no campo jurídico, ou seja, como instrumento apto a reforçar uma “sociedade totalitária de base racional”.

A velocidade do Direito Penal que pretende ser analisada e, sendo possível, reconhecida, passa, obrigatoriamente, pela análise da seguinte questão: como a prova passará a ser produzida pelo Estado em um momento civilizatório no qual, cada dia mais, a os dados e metadados dos indivíduos estão disponíveis por toda a rede?

Mais especificamente, é possível indagar o seguinte: como o acusado poderá usar, de maneira plena, a garantia do *nemo tenetur se detegere* em virtude da difusão, cada dia maior, de dados e metadados na rede mundial de computadores?

Sobre o *nemo tenetur se detegere*, a partir das características tradicionais do brocardo em latim, dúvida que surgiu foi a seguinte: seria possível falar em respeito às bases do *nemo tenetur se detegere* na era da tecnologia, era essa caracterizada pelo uso cada vez mais frequente de dados e metadados? A resposta à esse questionamento e aquele feito linhas acima tornou necessária a análise histórica do princípio da privacidade e do *nemo tenetur se detegere*.

O estudo sobre a velocidade do Direito Penal que pretende ser analisada, a quinta, e, ao final, reconhecida, concluiu que a tecnologia deverá ser usada a favor da sociedade, ou seja, vítima, criminoso e população em geral, mais especificamente aquela relativa ao *dataveillance*, desde que haja lei em sentido explícito e o respeito às garantias penais e processuais do acusado.

Ou seja, a explicitação do conceito, procedimento e limites do *dataveillance* em lei permitirá ao acusado usar, de maneira plena (mas atualizada), a garantia do *nemo tenetur se detegere* em virtude da difusão, cada dia maior, de dados e metadados na rede mundial de computadores.

Além dessas questões, no referido tópico, tomando por base o estudo de Rafael Santos de Oliveira, Bruno de Barros e Marília Pereira (2017), pretendeu analisar quais são os limites para a proteção da vida privada na *internet* para, em seguida, correlaciona-lo com a garantia do *nemo tenetur se detegere*.

Isso tudo porque, de forma didática, os filtros dos fluxos comunicacionais são feitos, de modos diversos, por cada pessoa quando da utilização da *internet* e das mídias sociais. Não à toa, a comunicação na *internet* gera, diariamente, vários problemas nas mais diversas esferas

do poder judiciário (cível, penal, etc).

Além disso, sobre a privacidade digital, o problema envolvendo a conceituação do termo privacidade foi vista no âmbito internacional. Exemplificativamente, no âmbito internacional, “até mesmo o Tribunal Europeu de Direitos Humanos afirmou não considerar possível, nem necessário, procurar uma definição exaustiva para a noção de vida privada (OLIVEIRA, et all, 2017).

A insegurança existente quanto a extensão do conceito da privacidade, sem maiores dúvidas, pode gerar impactos negativos nos direitos e garantias do acusado no Processo Penal.

Sobre o tema, Rodríguez, relacionando a possibilidade de tratamento automatizado de dados e a respectiva proteção, destacou que “se pretende proteger não é a intimidade e, sim, algo com maior profundidade que, no âmbito anglo-saxão, denomina-se *privacy* e que, em minha opinião, se “há castellanizado” como privacidade” (DAVARA RODRÍGUEZ, 1999, p. 26).

O grande desafio, concordando com Rodotà, consiste no fato de que “a novidade fundamental introduzida pelos computadores é justamente a transformação da informação: antes dispersa, tornasse organizada” (1973, p. 14).

Leonardi, ampliando o âmbito da discussão, ressaltou que “grandes quantidades de informação sempre estiveram disponíveis de modo esparso, mas a possibilidade de análise e agregação de todos esses dados por qualquer pessoa, e não apenas por governos e por empresas, é algo inédito” (2012, p.71).

Nota-se, a partir da análise feita acima, que não existem limites claros ou um conteúdo universal sobre privacidade na era digital. Portanto, diante dessa circunstância, o presente trabalho buscou estabelecer os parâmetros para que o Estado, como responsável pela persecução penal ou o particular, no âmbito das ações penais privadas, possa buscar respostas punitivas eficientes, sem que haja violação ao núcleo essencial de qualquer direito fundamental do acusado e, como todo esse contexto, pode simbolizar um novo passo na teoria das velocidades do Direito Penal idealizada por Jesús-María Silva Sánchez.

Após considerações preliminares que conectassem o presente capítulo ao anterior, foram alçados a condição de premissas conceituais integrantes da quinta velocidade do direito penal os direitos fundamentais à privacidade na era informacional e ao silêncio (*nemo tenetur se detegere*).

Ambos os direitos foram escolhidos por serem essenciais para o acusado na efetivação de dois princípios básicos em matéria penal, quais sejam: princípio da ampla defesa e do contraditório.

Sobre os direitos fundamentais em espécie, foi traçado o paralelo que tornou possível a complexidade horizontal e vertical de seus estudos nos dias de hoje.

A respeito do direito à privacidade e a intimidade, foram traçadas diferenças importantes para que seja possível compreender o escopo de proteção próprio do Estado Democrático de Direito.

Após a delimitação de cada um dos escopos, foi possível visualizar a origem do estudo, especificamente, da intimidade na sociedade da informação, chegando-se à conclusão, em certa medida, perturbadora, quanto à falta de delimitação exata de seu conceito, conseqüentemente, de seu alcance, algo que, em uma primeira análise, e que seria própria de outra pesquisa doutoral, ultrapassar os próprios subprincípios relacionados ao caráter estrito do princípio da legalidade.

Retomando ao roteiro estabelecido no terceiro capítulo, após destacar a problemática envolvendo o conceito da intimidade na sociedade da informação, foi analisado o histórico, conceito e limites jurisprudenciais impostos ao *nemo tenetur se detegere*.

Diante de todos os elementos colhidos ao longo do presente capítulo foi possível, no item anterior, fazer a seguinte indagação, qual seja: como fica a garantia da mentira sobre os fatos na era digital? Como ficam os limites estabelecidos para que o Estado, como titular da persecução penal, possa, ao mesmo tempo, realizar atos investigativos eficientes e, do outro, não violar o núcleo duro das garantias penais e processuais do acusado, em especial, a do *nemo tenetur se detegere*?

A respeito dos direitos fundamentais em si, dúvidas não restam no sentido de que, em ambos os casos, a *internet* e a utilização de metadados geraram significativas mudanças, não sendo mais possível partir do ponto de vista vivido, por exemplo, na era pré-*internet*.

Sobre a intimidade na era da informação e no âmbito do direito penal, é possível defini-la, ainda que previamente, como o conjunto de dados e metadados que compõem a esfera digital íntima do usuário da rede, ou seja, dos elementos que são acessíveis apenas para a referida pessoa ou, no máximo, para um grupo reduzido de pessoas previamente escolhidas por aquela.

Nesse sentido, após o apanhado de informações e discussões doutrinárias, seja a

partir da evolução dos direitos fundamentais, seja diante das doutrinas nacional e estrangeira, foi possível pensar que o primeiro parâmetro para a proteção da privacidade na era digital, tomando por base o regular desenvolvimento da persecução penal, é a necessidade de decisão judicial apta a autorizar a sua coleta.

Além de autorizar (ou não) a coleta que seja buscada, o ato jurisdicional deverá analisar a 1) pertinência dos dados e metadados com os fatos objeto de apuração, 2) a possibilidade de produção de indícios por outros meios menos graves e 3) se o requerimento cumpre os demais requisitos e o procedimento legal.

O segundo filtro que vejo como fundamental é a impossibilidade de metadados, isoladamente, servirem para a condenação de quem quer que seja, em especial, em virtude das múltiplas combinações possíveis e respectivas interpretações. O que quero dizer, nesse ponto, é que a dúvida na interpretação tanto de dados como de metadados deve ser favorável ao acusado.

Já em relação ao *nemo tenetur se detegere*, uma primeira conclusão é a de que referido princípio, mesmo com a dispersão de dados e metadados na *internet* não deixou de existir, podendo o acusado, mesmo diante da apresentação, pelo Estado, de metadados, não apenas silenciar-se como mentir para se proteger.

Sobre o tema, assim como ocorre na jurisprudência do STJ, o (a) acusado (a) não poderá, entretanto, mentir sobre os dados e metadados que digam respeito à sua identidade, sob pena de cometimento de crime de falsa identidade.

Realizados esses breves (até por não ser o objetivo central do presente trabalho) esclarecimentos sobre o mínimo conceitual que deve existir em relação ao princípio da intimidade na era da informação e do *nemo tenetur se detegere*, é possível passar a responder a pergunta proposta no item anterior.

O ponto central para a resposta diz respeito, inicialmente, 1) ao acesso, por parte do Estado, aos metadados dos indivíduos e 2) a utilização do *dataveillance* como medida de monitoramento de metadados dos indivíduos.

Nota-se que o próprio conteúdo da privacidade na era da informação não está bem delimitado, com contornos definidos. Portanto, sob pena de se violar, inconstitucionalmente, dados e metadados sensíveis dos indivíduos, qualquer diligência por parte do Estado deve (e aqui sim é possível definir) ocorrer por meio de autorização judicial.

Referida autorização judicial deverá delimitar o escopo, bancos de dados, tempo e dimensão das referidas coletas, devendo, ao final, todos os relatórios serem juntados aos autos da investigação em curso.

Outro grande problema, a partir da resposta inicial, diz respeito aos limites da decisão judicial, ou seja, de jurisdição que já estão sendo enfrentados por magistrados de todo o país e mundo por uma questão de fácil assimilação e grande impacto: nunca antes algum fenômeno dificultou tanto o exercício da soberania clássica como a *internet*.

Nesse sentido, refletindo sobre a perspectiva internacional, creio que está na hora de ser estabelecido como marco a fiscalização a nível global e cogente para todos os países do globo, bem como para as pessoas jurídicas de direito privado, tudo isso a possibilitar que ataques à privacidade informacional, principalmente no âmbito criminal, não sejam perpetradas por países ou pessoas jurídicas estrangeiras mal intencionadas.

Além do exame da questão sob a égide da legislação e jurisprudências internacional e nacional, o que foi feito até aqui, um dos pontos centrais do capítulo e, por que não, da presente tese, diz respeito aos reflexos que o monitoramento dos metadados tem para a prevenção de crimes, independentemente de sua gravidade ou extensão, algo que reflete (e, por que não modifica) o próprio papel desenvolvido pelo Estado quando no exercício da persecução penal.

Nota-se, a partir da análise feita das quatro velocidades do direito penal aceitas no âmbito da academia e, inicialmente, que a quinta velocidade do Direito Penal vai (e muito) além das digressões citadas no parágrafo anterior. Inicialmente, cumpre destacar que a quinta velocidade do Direito Penal tem por palavra-chave a *internet*.

Além disso, a utilização de ferramentas de monitoramento não apenas de dados mas como, e principalmente, dos metadados dos indivíduos (pessoas físicas e jurídicas) representa uma nova forma de pensar tanto em relação aos 1) delitos graves e que exijam maiores garantias (primeira velocidade), 2) delitos não graves e que, portanto, prescindem do mesmo número de garantias previstas para os delitos da primeira velocidade (segunda velocidade, 3) delitos cujo o exame, em verdade, passa a priorizar a figura do autor e não o fato criminoso em si (Terceira velocidade), como 4) a punição de altas autoridades em virtude do cometimento de crimes contra a humanidade (quarta velocidade).

Ou seja, ao mesmo tempo em que pode ser utilizada para dismantelar grandes estruturas criminosas, com atuação em mais de um país, a vigilância de metadados permitirá uma nova perspectiva na própria investigação penal, independentemente da gravidade, natureza e circunstâncias do delito.

Muito provavelmente, em especial levando-se em conta a visão euroamericana que permeia o presente trabalho, nos países subdesenvolvidos certamente as técnicas de vigilância serão adotadas, inicialmente, para crimes cuja complexidade seja maior para, em seguida, alastrar-se para delitos de menor monta por razões simples, a saber: 1) custos com efetivo diminuirão, 2) risco à saúde e integridade dos agentes públicos também diminuirá, 3) eficiência na coleta e encerramento dos atos investigatórios.

Sobre a Quinta Velocidade do Direito Penal aqui proposta, cumpre salientar que a tendência é que o procedimento investigatório tenha sua velocidade aumentada consideravelmente, devendo, portanto, ocorrer, independentemente da gravidade do delito e, em contrapartida, o respectivo aumento das garantias penais e processuais do acusado ao longo da instrução penal, o que poderia ser aqui denominado de criminal *check and balances* (pesos e contra pesos criminais).

No tocante ao segundo ponto da pergunta posta no início desse tópico, cumpre destacar que a utilização do *dataveillance* como medida de monitoramento de metadados dos indivíduos deverá ocorrer 1) mediante apresentação de indícios de autoria e materialidade, 2) delimitação temporal, 3) especificação da natureza dos metadados a serem monitorados, 4) resguardo de todos os metadados colhidos, não sendo admitido o recorte ou, ainda, montagens de mosaicos de metadados aptos a configurarem a alteração dos próprios fatos investigados sob pena de responsabilização administrativa, civil e penal dos agentes públicos responsáveis pela colheita.

No quarto capítulo, aprofundando as conclusões preliminares dos capítulos anteriores, foi possível verificar se as velocidades do Direito Penal propostas por Jesús María Silva Sánchez compreendem a utilização de *dataveillance* no combate preventivo às infrações penais e a compatibilidade com o sistema jurídico brasileiro.

Nesse momento do trabalho, a respeito da quinta velocidade do Direito Penal, aspecto sobre o qual a presente tese pretende se debruçar, algumas afirmações surgem no sentido de que nela, o Estado, nesse momento, contaria com a presença maciça policiais na rua<sup>180</sup>, ou, ainda, o Direito Penal teria, em síntese, como objetivo o de responsabilizar os autores, diante da agressividade presente nas sociedades nas quais estamos inseridos, caracterizadas por

---

<sup>180</sup> Informação amplamente divulgada conforme link a seguir o qual se referiu sobre a palestra “Temas polêmicos sobre o Processo Penal”, proferida por Cleber Masson no Encontro Nacional de Direito Processual 2016, promovido pelo Grupo Notorium nos dias 20 e 21 de maio de 2016, em João Pessoa. : <http://grupocienciascriminais.blogspot.com/2016/06/coluna-temas-polemicos-sobre-o-processo.html>. Acesso em: 09.mar.2020.

relações complexas e, muitas vezes, (in) compreensíveis.

Ao longo do trabalho, vale aqui destacar inicialmente, que a quinta velocidade do Direito Penal existe mas não se resume a presença maciça de policiais na rua ou apenas no objetivo de responsabilizar os autores diante da agressividade presente nas sociedades complexas nas quais estamos inseridos.

Pelo contrário, foi demonstrado que o Direito Penal de Quinta Velocidade, para além desses dois fatores (periféricos) está estruturado a partir da influência da tecnologia no Direito Penal, em especial, como importante mecanismo de prevenção de delitos, independentemente da gravidade, classe social ou características daquele (a) que pretende infringir as normas.

Somando-se ao advento da tecnologia, como poucas vezes na história da humanidade, o Direito encontra-se sob um momento de ruptura, pois, a dogmática clássica, responsável pelo exame eminentemente repressivo a ser dado ao fato criminoso, não previa em suas disposições sequer a possibilidade de atuação do referido ramo jurídico na prevenção de delitos.

Nesse aspecto, relacionando especificamente o Direito Penal e a tecnologia, Geraldo Prado (2020) destaca as condições existentes atualmente e que possibilitam a concretização do fenômeno da hipervigilância, como 1) a disseminação de tecnologias sofisticadas, 2) a implementação de sistemas opacos em constante modificação, 3) a implementação de sistemas que pertencem e estão sob domínio de poucas corporações privadas economicamente poderosas e 4) a ascensão de governos interessados em concentrar estas informações, delas fazendo uso em detrimento de parcela da população. Nesse aspecto, em concordância com o que dito pelo referido Autor, é possível concluir que o somatório de tais circunstâncias e características “representa risco real à democracia que emergiu na sequência da Segunda Guerra Mundial e, na América Latina, com o fim das ditaduras, entre os anos 80 e 90 do século passado” (PRADO, 2020).

A eclosão da tecnologia, juntamente com o surgimento de mecanismos de vigilância de metadados, tais quais o *dataveillance*, além de não comportar medida invasiva tal como aquelas que rastreiam os dados em si, encontra-se cercado de um cenário legislativo, no mínimo, arriscado em toda a pesquisa realizada no terceiro capítulo, qual seja: ausência de legislação expressa sobre o conceito, limites e procedimentos adequados.

Ou seja, de um lado, temos a tecnologia dando passos cada vez mais largos de maneira instantânea em todo o mundo. Do outro, os países como um todo, dentre os quais,

especialmente, a sociedade brasileira, encontra-se cada dia mais sufocada pelo crescente número de leis, crescimento esse quantitativo que, não raro, não simboliza avanços qualitativos em termos de legislação.

Esse ponto de reflexão comportaria, ainda que brevemente, fazer com que seja possível outra conclusão preliminar a respeito da teoria da tridimensionalidade do Direito proposta por Miguel Reale (1994) a respeito dos fatos, valores e normas.

Na atual conjuntura na qual estamos inseridos, provavelmente, a tecnologia apareceria como quarto elemento, uma espécie de fator coringa, ou seja, estaria presente tanto como componente de cada um dos demais três elementos e, da mesma forma, como elemento autônomo, apto a gerar a produção legislativa. Assunto esse que comportaria, certamente, uma tese doutoral específica.

Retomando às correntezas que devem ser enfrentadas na presente tese, em especial do caminho sem volta imposto pela tecnologia, a utilização do *dataveillance* no processo penal brasileiro é possível nas duas vertentes, seja preventivamente, seja repressivamente.

Enfrentados esses obstáculos, a utilização do *dataveillance* como ferramenta permanente de monitoramento de metadados não gerará, ao menos no médio prazo, violação ao núcleo sensível de direitos fundamentais de qualquer pessoa, em especial, diante de constituir ferramenta apta ao monitoramento de metadados e não de dados, bem como, e de igual modo, da evolução humana em relação a utilização das redes e respectiva exposição de informações.

Nessa perspectiva, o brocardo do *nemo tenetur se detegere* necessita, talvez como poucas vezes ao longo de sua utilização, de reconfiguração, pois, sem sombra de dúvidas, a era tecnológica muda por completo o próprio fluxo de informações entre os indivíduos.

Sobre esse ponto, o *nemo tenetur se detegere* deverá ser interpretado da seguinte forma: o silêncio do (a) acusado diante da colheita prévia de metadados pelo Estado, dentro de limites estabelecidos em lei, limites esses que serão aprofundados quando da análise do possível caráter repressivo do *dataveillance*, não poderá lhe prejudicar em eventual demanda penal a ser oferecida pelo Estado.

Mais do que isso, antes mesmo de se manifestar, ao contrário do que infelizmente acaba ocorrendo em investigações por todo o país, ao acusado (a) deverá ser garantido acesso prévio a todo o conjunto de metadados colhido pela autoridade pública, sob pena de violação



grave não apenas ao *nemo tenetur se detegere*, mas também aos postulados do devido processo legal, ampla defesa e contraditório.

No aspecto repressivo, o *dataveillance* deverá ser aplicado desde que 1) haja legislação específica sobre o tema, cuja proposta inicial consiste no desafio traçado no próximo tópico; 2) seja autorizado mediante decisão judicial que deverá especificar 2.1) os limites de metadados a serem monitorados, 2.2) o envolvimento de eventuais metadados de terceiros e a 2.3) duração no tempo da referida medida, e; 3) seja assegurado ao acusado o acesso integral a toda a colheita de metadados realizada pelas autoridades públicas sob pena de violação, dentre outros aspectos, à Súmula Vinculante n. 14, editada pelo Supremo Tribunal Federal.

Sobre o brocardo do *nemo tenetur se detegere*, diante da impossibilidade de assegurar o silêncio do acusado de maneira prévia, referido brocardo deverá ser assegurado do seguinte modo: o silêncio do (a) acusado (a) ao responder indagações relativas à colheita de metadados não poderá ensejar prejuízos à sua defesa, não servindo, de igual modo, como confissão ou qualquer interpretação prejudicial à sua situação processual.

Evidentemente, assim como ocorre atualmente, a nenhum (a) acusado (a) é permitido mentir sobre metadados que digam respeito à sua identificação sendo, entretanto e apenas, possível mentir sobre metadados que digam respeito ao fato analisado pelo Estado ao longo da persecução penal.

A respeito do contexto da persecução penal existente no Brasil pós Operação Lava Jato, somado ao incremento da era da digitalização própria de um sistema de justiça que tenta caminhar em tempos de pandemia (a qual dura mais de um ano no momento em que escrevo a presente tese) pode gerar o agravamento, a partir da utilização da tecnologia, das seguintes circunstâncias trazidas por Antonio Vieira (2020, p. 56/57), senão vejamos: a) o uso massivo de prisão provisória, com extensão de sua duração; b) a utilização de técnicas de sobrecarga nas cobranças; c) grande número de buscas domiciliares a partir de dados coletados na rede mundial de computadores; d) utilização de condutas coercitivas para interrogatório mesmo contra investigados que poderiam, em teoria, invocar a garantia do *nemo tenetur se detegere*; e) bloqueio de bens e valores, para dificultar o pagamento da própria defesa, por exemplo; f) o diálogo dos investigadores com a mídia - fazendo com que os temas da operação aparecessem no noticiário todos os dias (julgamento pela mídia), em uma estratégia publicitária opressora óbvia; g) pressão popular sobre as demais instâncias do Judiciário, que passaram em confirmar quase todas as decisões tomadas em primeira instância, tornando remota a perspectiva de liberação, nesses casos; h) a utilização das informações adquiridas com base nas primeiras

delações celebradas, favorecendo a situação negocial do Ministério Público; i) deflagração de novas etapas da operação em curtos intervalos de tempo, a fim de incutir nos investigados a crença de que estavam para ser presos; e j) por fim, as penas muito altas impostas aos primeiros condenados, parâmetro esse que tende a se perpetuar ao longo dos primeiros quatro anos de operação (com média de cerca de dez anos de prisão em cada sentença).

Como se não bastasse esse panorama, especificamente em relação a utilização de inteligência artificial no direito penal, tema abordado no capítulo 3 da tese, foi possível alcançar as seguintes conclusões: 1) No ponto atual de desenvolvimento, a inteligência artificial não é comparável ao nível de desenvolvimento das redes neurais humanas, não sendo, portanto, capaz de substituir um julgador humano na determinação de atos que impliquem cerceamento da liberdade do indivíduo; 2) os sujeitos do processo não devem ser tratados de acordo com dados atuariais-objetivos, sob pena de aumentar a desigualdade social, conforme demonstrado a partir de estudos de caso norte-americanos, 3) É indispensável o estabelecimento de algoritmos claros e em acordo com preceitos constitucionais e de direitos humanos, 4) a inteligência artificial na atual conjuntura poderá ser usada 4.1) na aplicação de teses em tribunais a partir da leitura automática de processos, 4.2) no estabelecimento de *standards* probatórios, 4.3) na busca por evidências nos autos e 4.4) nas formulações de perguntas pelas máquinas, 5) a técnica deve ser empregada sob o ponto de vista de garantia do indivíduo frente ao estado-juiz, nunca como elemento de prova pré-constituída de sua culpa, e 6) A análise preditiva é um caminho válido para o futuro da aplicação da inteligência artificial ao direito, estabelecendo cenários delituosos a partir de pontos de vista neutros que indiquem ao juízo um melhor nível de individualização da conduta.

Nota-se, portanto, que a quinta velocidade do direito penal aqui defendida está calcada nas seguintes premissas: 1) utilização da tecnologia apta a possibilitar o combate preventivo e repressivo aos crimes, fenômeno que deverá ocorrer, como sugestão ao Estado, em relação aos crimes de maior impacto econômico devendo, na sequência, ser estruturado de forma a possibilitar sua ampliação para os crimes do dia a dia, ou seja, tanto em relação aos crimes de médio potencial ofensivo como em relação aos crimes de menor potencial ofensivo; 2) aumento da produção de indícios de autoria e materialidade por parte do Estado o que, no longo prazo, repercutirá no próprio funcionamento da estrutura investigativa e nos gastos públicos existentes com funcionários (tendência de diminuição paulatina) por exemplo; 3) atualização do conceito do *nemo tenetur se detegere* o qual, conforme explicado acima,

continuará não apenas existindo como, e principalmente, deverá ser respeitado pelas autoridades públicas; 4) manutenção da ideia da privacidade digital, em especial, no direito penal, devendo qualquer 4.1) incursão do Estado ser autorizada previamente por decisão judicial fundamentada com base no caso sob exame, 4.2) não podendo, entretanto, a privacidade na era digital ser comparada com os conceitos clássicos descritos no relato histórico feito nos capítulos anteriores e 5) mudança de paradigma relacionado ao tempo e quantidade de garantias fornecidas ao acusado diante do advento da tecnologia como verdadeiro elemento coringa capaz de otimizar referidos elementos, independentemente da gravidade do crime.

Sobre o item n. 05, algo que chama a atenção desde o Direito Penal do Inimigo de Gunther Jakobs, diz respeito à utilização da tecnologia para anular, de forma mais célere e, talvez, mas efetiva, os “inimigos” do Estado, algo que, no regime constitucional brasileiro é inadmissível, devendo as instituições estarem atentas a esse tipo de tentativas.

Nota-se, assim como ocorre com a própria teoria tridimensional de Miguel Reale, que a tecnologia serve para o Direito Penal como fator coringa, possibilitando de maneira legítima e legal, desde que respeitadas as premissas aqui estabelecidas, tanto a atuação estatal preventiva como repressiva o que, sem dúvidas, resultará nos mais variados benefícios para toda a sociedade, independentemente do crime cometido, classe social ou cor dos autores (ainda que em potencial) dos delitos.

Nesse sentido, a legislação sobre o tema vigilância de metadados e a sua utilização no processo penal brasileiro, dentro até mesmo da ideia de efetivar um processo penal estrutural<sup>181</sup>, servirá como norte para essa evolução. O que não se pode admitir (e espero que não se admita) é que essa ferramenta que ganha cada dia mais espaço nos fóruns jurídicos e aplicação prática, não seja acompanhada da essencial regulamentação sob pena, infelizmente, de notória involução da dogmática penal brasileira.

É necessário, portanto, à luz das importantes trazidas pela Resolução nº332, do Conselho Nacional de Justiça (2020), que o uso da tecnologia em termos de persecução penal ocorra de forma de forma ética, transparente, devendo a agilidade própria dos mecanismos tecnológicos ser equilibrada com a coerência sistêmica do Poder Judiciário.

Além disso, deve ocorrer a compatibilização entre os Direitos Fundamentais previstos no ordenamento nacional e internacional e o uso da inteligência artificial, o

---

<sup>181</sup> Expressão que deriva da ideia de processo estrutural trazida por Fredie Didier (DIDIER JUNIOR; ZANETTI JUNIOR; OLIVEIRA, 2017).

estabelecimento de critérios éticos de transparência, previsibilidade, possibilidade de auditoria, a garantia de imparcialidade, a não discriminação<sup>182</sup> e a justiça substancial em todas as etapas próprias do direito penal, evitando-se, com isso, o aumento do abismo racial e econômico existente atualmente no país.

---

<sup>182</sup> Nesse sentido, o art. 7º, da Resolução nº 332, de 21 de agosto de 2020, do CNJ (2020), estabelece: As decisões judiciais apoiadas em ferramentas de Inteligência Artificial devem preservar a igualdade, a não discriminação, a pluralidade e a solidariedade, auxiliando no julgamento justo, com criação de condições que visem eliminar ou minimizar a opressão, a marginalização do ser humano e os erros de julgamento decorrentes de preconceitos. § 1º Antes de ser colocado em produção, o modelo de Inteligência Artificial deverá ser homologado de forma a identificar se preconceitos ou generalizações influenciaram seu desenvolvimento, acarretando tendências discriminatórias no seu funcionamento. § 2º Verificado viés discriminatório de qualquer natureza ou incompatibilidade do modelo de Inteligência Artificial com os princípios previstos nesta Resolução, deverão ser adotadas medidas corretivas. § 3º A impossibilidade de eliminação do viés discriminatório do modelo de Inteligência Artificial implicará na descontinuidade de sua utilização, com o consequente registro de seu projeto e as razões que levaram a tal decisão.

## REFERÊNCIAS

- AAS, Katja. Franko. **‘Crimmigrant’ bodies and bona fide travelers: Surveillance, citizenship and global governance**, *Theoretical Criminology*, vol. 15, no. 3, pp. 331–346, Aug. 2011. Disponível em: <http://tcr.sagepub.com/content/15/3.toc>. Acesso em: 15.jul.2020.
- ABBAS, Roba. **The social implications of location-based services: an observational study of users**, *Journal of Location Based Services*, vol. 5, no. 3–4, pp. 156–181, 2011. Disponível em: <http://www.tandfonline.com/toc/tlbs20/5/3-4> . Acesso em: 15.jul.2020.
- ABRAMO, Cláudio W.; SPECK, Bruno W (2001). **National Integrity systems. Country Study Reform. Brazil** . Disponível em: [http://www.transparency.org/policy\\_research/nis/nis\\_reports\\_by\\_country](http://www.transparency.org/policy_research/nis/nis_reports_by_country).
- AKYLDIZ, Ian. F; MELODIA, Tommaso; CHOWDHURY, Kaushik. R. **Wireless Multimedia Sensor Networks: Applications and Testbeds**, *Proceedings of the IEEE*, vol. 96, no. 10, pp. 1588–1605, 2008. Disponível em: <http://ieeexplore.ieee.org/xpl/tocresult.jsp?isnumber=4663199> . Acesso em: 15.jul.2020.
- ALLEN, A. L. **Is Privacy Now Possible? A Brief History of an Obsession**, *Social Research*, vol. 68, no. 1, pp. 301–306, Apr. 2001. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/i40043713>. Acesso em: 14.jul.2020.
- ALEXY, Robert. **Derechos individuales y bienes colectivos, em sua obra El concepto y la validez dei derecho (trad. J.M. Sena)**, Barcelona, 1994, p. 179 e ss, 186-187.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Porque a criminologia (e qual criminologia) é importante no ensino jurídico?** 18. mar.2008. *Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas*. Disponível em: [http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/por-que-a-criminologia-e-qual-criminologia-e-importante-no-ensino-juridico/1168#:~:text=A%20Criminologia%20t%C3%AAAm%2C%20portanto%2C%20uma,%2C%20etc\)%2C%20do%20poder%2D](http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/por-que-a-criminologia-e-qual-criminologia-e-importante-no-ensino-juridico/1168#:~:text=A%20Criminologia%20t%C3%AAAm%2C%20portanto%2C%20uma,%2C%20etc)%2C%20do%20poder%2D). Acesso em 20.abr.2016.
- AOKI, Luiz Gustavo de Oliveira Santos; PONTE, Luiz Gustavo de Oliveira. Apontamentos sobre os movimentos de recodificação e de consolidação do direito penal brasileiro. *Revista Multidisciplinar Faculdade do Noroeste de Minas (FINOM): Humanidades e Tecnologia*. ISSN 1809-1628. Disponível em: <https://www.finom.edu.br/assets/site/paginas/files/downloads/20181127121139.pdf#page=99>. Acesso em: 08.jan.2020.
- ARADAU, Claudia; VAN MUNSTER, Rens., **The Time/Space of Preparedness Anticipating the ‘Next Terrorist Attack,’** *Space and Culture*, vol. 15, no. 2, pp. 98–109, May 2012.
- ARMSTRONG, Gary. HOBBS, Dick; LINDSAY, Iain. **Calling the Shots The Pre-2012 London Olympic Contest**, *Urban Stud*, vol. 48, no. 15, pp. 3169–3184, Nov. 2011.

ASHWORTH, Andrew. **Principles of Criminal Law**. 6 edition. London: Oxford University Press, 2009.

ASSUMPÇÃO, Antônio. **O direito de mentir x o direito ao silêncio sob a ótica do direito internacional comparado**. Disponível em: [http://www.abdir.com.br/doutrina/ver.asp?art\\_id=247&categoria=Internacional](http://www.abdir.com.br/doutrina/ver.asp?art_id=247&categoria=Internacional) Acesso em: 20.dez.2019.

ATCHINSON, Brian K.; Fox, Daniel M. (May–June 1997). The Politics Of The Health Insurance Portability And Accountability Act (PDF). **Health Affairs**. **16** (3): 146–150. doi:10.1377/hlthaff.16.3.146. PMID 9141331

AUFDERHEIDE, Patrícia. **Order and violence. social deviance and social control in Brazil – 1780-1840**. Tese de Doutorado em História. Universidade de Minnesota, EUA, 1976.

BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal**. Rio de Janeiro. Campus: Elsevier. 2012, p. 270.

BAER/CHAMBLISS, **Generating fear: The politics of crime reporting**, em *Crime, Law & Social Change*. 27/1997, p.87

BAIROS, Luiza. O enfrentamento ao racismo foi inserido no planejamento governamental. SANTOS, Katia R. da Costa; SOUZA, Edileuza P. **SEPPIR Promovendo a igualdade racial: para um Brasil sem racismo**. SEPPIR: Brasília, 2016, p. 82 – 88.

BAJC, V. **Introduction: Debating Surveillance in the Age of Security**, *American Behavioral Scientist*, vol. 50, no. 12, pp. 1567–1591, Aug. 2007. Disponível em: <http://abs.sagepub.com/content/50/12.toc>. Acesso em: 15.jul.2020.

BAJC, V. **Surveillance in Public Rituals Security Meta-ritual and the 2005 U.S. Presidential Inauguration**, *American Behavioral Scientist*, vol. 50, no. 12, pp. 1648–1673, Aug. 2007. Disponível em: <http://abs.sagepub.com/content/50/12.toc>. Acesso em: 15.jul.2020.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do Direito Penal**. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 2ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

BARATA, Francesco. Las nuevas fábricas del miedo. Los mass media y la inseguridad ciudadana, Muñagorri Laguía (Ed.), **La protección de la seguridad ciudadana**, Oñati Proceedings 18, Oñate, 1995, p.83

BARNARD-WILLS, D. **E-safety education: Young people, surveillance and responsibility**, *Criminology and Criminal Justice*, vol. 12, no. 3, pp. 239–255, Jul. 2012. Disponível em: <http://crj.sagepub.com/content/12/3.toc>. Acesso em: 16.jul.2020.

BARNARD-WILLS, D; ASHENDEN, D. **Securing Virtual Space Cyber War, Cyber Terror, and Risk**, *Space and Culture*, vol. 15, no. 2, pp. 110–123, May 2012.

BARNARD-WILLS, D; WELLS, H. **Surveillance, technology and the everyday**, *Criminology and Criminal Justice*, vol. 12, no. 3, pp. 227–237, Jul. 2012. Disponível em: <http://crj.sagepub.com/content/12/3.toc>. Acesso em: 16.jul.2020.

- BECK, Ulrich. **Risikogesellschaft. Aufdem Weg in eine andere Moderne**, Frankfurt, 1986.
- BECK, Ulrich **Gegengifte**. Dieorganisierte Unverantwortlichkeit, Frankfurt, 1988.
- BECK, Ulrich. **Politik inder Risikogesellschaft**, Frankfart, 1991.
- BECK, Ulrich. **DieErfindung desPolitischen.ZueinerTheorie reflexiver Modernisierung**, Frankfurt, 1993.
- BELL, D. **O Advento da Sociedade Pós-Industrial**. São Paulo: Cultrix. 1974.
- BENNETT, C. FRENCH, M. **The State of Privacy in the Canadian State: Fallout from 9/11**, Journal of Contingencies and Crisis Management, vol. 11, no. 1, pp. 2–11, 2003. Disponível em: <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/jccm.2003.11.issue-1/issuetoc>. Acesso em: 14.jul.2020.
- BENTHAM, Jeremy. The Works of Jeremy Bentham. Edinburgh: William Tait, 1843. v. 4.
- BERTALANFFY, Ludwig von. **Teoria Geral dos Sistemas**: fundamentos, desenvolvimento e aplicações. Tradução de Francisco M. Guimarães. Petrópolis: Vozes, 7ª edição, 2013. p. 14 e 16.
- BERTERO, Jose Flavio. **Sobre a Sociedade Pós-Industrial**. Disponível em: <https://www.unicamp.br/cemarx/ANAIS%20IV%20COLOQUIO/comunica%E7%F5es/GT3/gt3m2c4.pdf>. Acesso em: 23.nov.2019.
- BERMAN, J. BRUENING, P. **Is Privacy Still Possible in the Twenty-first Century?**, Social Research, vol. 68, no. 1, pp. 306–318, Apr. 2001. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/i40043713>. Acesso em: 14.jul.2020.
- BERWICK, Robert C., CHOMSKY, Noam, **Why only us: language and evolution**. Cambridge: MIT Press, 2017. P.102.
- BERTÚLIO, Dora Lucia de Lima. **Direito e relações raciais: uma introdução crítica ao racismo. 1989**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1989.
- BITTENCOURT, Edgar de Moura. **Crime**. São Paulo: Editora Universitária de Direito, 1973.
- BJORKLUND, F. **Pure flour in your bag: Governmental rationalities of camera surveillance in Sweden**, Information Polity, vol. 16, no. 4, pp. 355–368, Jan. 2011.
- BLASI CASAGRAN, C. BLASI CASAGRAN, E. **Google: Navigating Security, Rights to Information and Privacy**, International Federation for Information Processing, p. 32. Disponível em: <http://www.ati.es/novatica/2013/ASA/nvS2013sum.html>. Acesso em: 16.jul.2020.
- BLOCK, A. A. **IRS intelligence operations under the Alexander regime: A commentary on undercover operations**, Crime Law Soc Change, vol. 18, no. 1–2, pp. 61–89, Sep. 1992.
- BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*, Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAFÉ- Schimitt, **La médiation**: une justice douce, Paris, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19ª Edição, São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

BORGES, Ademar. **O relatório de inteligência financeira como meio de obtenção de prova no processo penal**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 176, ano 29, p. 69-105. São Paulo: Ed. RT, fevereiro/2021.

BOTELLO, Nelson Arteaga. **Surveillance Regulation in Mexico City - Cameras and Urban Segregation: New Challenges for Urban E-Planning**, International Journal of E-Planning Research (IJEPR) Vol 2 (2013) Issue 4, pp. 27-41. Disponível em: <http://www.igi-global.com/journal-contents/international-journal-planning-research-ijepr/44994>. Acesso em: 16.jul.2020.

BOTTINO, Thiago. **O direito ao silêncio na jurisprudência do STF**. São Paulo: Campus Jurídico, 2009.

BOOT, Max. **An Israeli tech firm is selling spy software to dictators, betraying the country's ideals**. Disponível em: <  
<https://www.washingtonpost.com/opinions/2018/12/05/israel-is-selling-spy-software-dictators-betraying-its-own-ideals/>>. Acesso em: 03.agosto de 2021.

BOYLE, P; HAGGERTY, K. D. **Civil Cities and Urban Governance Regulating Disorder for the Vancouver Winter Olympics**, Urban Stud, vol. 48, no. 15, pp. 3185–3201, Nov. 2011.

BRANDON, John. **Terrifying high-tech porn**: Creepy deepfake vídeos are on the rise. Fox News. Acesso 03.dez.2019.

BRAITHWAITE, J. TRUTH, reconciliation and peacebuilding. In: R. King, V. MacGill & Roger Wescombe (eds.) **Peace in Action: Practices, perspectives and policies that make a difference**. King MacGill Wescombe Publications, 2013.

BRIGHT, J; AUGUSTINA, J. R. **Mediating Surveillance: The Developing Landscape of European Online Copyright Enforcement**, Journal of Contemporary European Research, vol. 9, no. 1, pp. p120–137, Jul. 2013. Disponível em: <http://www.jcer.net/index.php/jcer/issue/view/28>. Acesso em: 16.jul.2020.

BRODEUR, J.-P. **Undercover policing in Canada: Wanting what is wrong**, Crime Law Soc Change, vol. 18, no. 1–2, pp. 105–136, Sep. 1992.

BROEDERS D; ENGBERSEN, G. **The Fight Against Illegal Migration Identification Policies and Immigrants' Counterstrategies**, American Behavioral Scientist, vol. 50, no. 12, pp. 1592–1609, Aug. 2007. Disponível em: <http://abs.sagepub.com/content/50/12.toc>. Acesso em: 15.jul.2020.

BROMWICH, D. **Introduction: Private and Public**, Social Research, vol. 68, no. 1, p. 3, Apr. 2001. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/i40043713>. Acesso em: 14.jul.2020.



BRUNO, F. G; DA COSTA NASCIMENTO, L; JOSÉ FIRMINO, R. KANASHIRO, M. M. EVANGELISTA, R. **Human Traces on the Internet: Privacy and Online Tracking in Popular Websites in Brazil**, International Federation for Information Processing, p. 37. Disponível em: <http://www.ati.es/novatica/2013/ASA/nvS2013sum.html>. Acesso em: 16.jul.2020.

BURROUGH Bryan. **How a Grad Student Found Spyware That Could Control Anybody's iPhone from Anywhere in the World**». Disponível em:< <https://www.vanityfair.com/news/2016/11/how-bill-marczak-spyware-can-control-the-iphone>>. *Acessado em:* em 25 de maio de 2021.

BURT, Andrew. **Privacy and cybersecurity Are Converging**. Here's Why That Matters for People and for Companies. Disponível em Harvard Business School: <https://hbr.org/2019/01/privacy-and-cybersecurity-are-converging-heres-why-that-matters-for-people-and-for-companies>. Acesso em: 26.out. 2019.

CALAZNS, Márcia Esteves de; PIZA, Evandro; PRANDO, Camila e CAPPI, Ricardo. **Criminologia crítica e questão racial**. Cadernos do CEAS, Salvador, n. 238, p. 450-463, 2016.

CAMARGO, Rodrigo Oliveira. **Compliance Empresarial e Investigação Preliminar**. In: Ciências Criminais em Debate: perspectivas interdisciplinares. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

GALVÃO DE CARVALHO, Paulo Roberto. **Legislação Anticorrupção no Mundo: análise comparativa entre a Lei Anticorrupção Brasileira, o ForeignCorruptPracticesAct Norte-Americano e o BriberyAct do Reino Unido**. In: MUNHOS SOUZA, Jorge; PINHEIRO DE QUEIROZ, Ronaldo. [Org.]. Lei Anticorrupção. 1 ed. Salvador: JusPODIVM, 2015. p. 35-62.

CAMP, J. T. **Incarcerating the Crisis: Freedom Struggles and the Rise of the Neoliberal State**. Oakland, CA: University of California Press, 2016.

CANCIO MELIÁ; PEÑARANDA RAMOS; SUAREZ GONZÁLEZ. **Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs**, em: JAKOBS, Estudios, p. 17 1998.

CANCIO MELIÁ, **Derecho penal del enemigo y delitos de terrorismo**, en Revista Peruana de Ciencias Jurídicas, nº 13, p. 151. 2006.

CARDARELLI/HICKS, **Radicalism in Law and Criminology: a retrospective View of Critical Legal Studies and Radical Criminology**, em The Journal of Criminal Law & Criminology, 84, n. 3, 1993, p. 502 e ss, 519.

CARDOSO, Edson. **Depoimento à Comissão Parlamentar de Inquérito da Câmara dos Deputados para apurar a violência contra jovens negros e pobres**. In: BRASIL. Câmara dos Deputados. Notas Taquigráficas: CPI da Violência contra jovens negros e pobres. Reunião Ordinária n. 0539/15, 12 mai. 2015.

CARDOSO, Jorge Antônio de Jesus. **Agente Encoberto – Apoio à atividade de investigação criminal**. Disponível em: <https://www.linkedin.com/pulse/agente-encoberto-apoio-%C3%A0-atividade-de-investigac%C3%A7%C3%A3o-jesus-cardoso>. Acesso em: 06.jan. 2017.

CARMONA SALGADO, C. La circulación y entrega vigilada de drogas y el agente encubierto en el marco de la criminalidad organizada sobre narcotráfico. MORILLAS CUEVA, L. (Coord.). **Estudios jurídico-penales y político-criminales sobre tráfico de drogas y figuras afines**. Madrid: Dykinson, 2003. p. 181-182. GASCÓNINCHAUSTI, F. Infiltración policial y agente encubierto.

CARNEIRO, Suely. **A construção do outro como não-ser como fundamento do ser**. São Paulo: Universidade de São Paulo, tese de doutorado, 2005.

CASTANÓN, José Manuel Paredes. **El riesgo permitido em derecho penal**, Madrid. 1995.

CASTANÓN, José Manuel Paredes. **El limite entre imprudência y riesgo permitido en derecho penai, es posible determinarlo con critérios utilitários?**, APDCP, 1996, III, 2000.

CASTELLS, Manuel. **Fim de milênio: a era da informação: economia, sociedade e cultura**. Trad. Klaus Brandini Gerhardt e Roneide Venancio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 1999. v. 3.

CASTELLS, Manuel. **A galáxia da Internet: reflexões sobre a Internet, negócios e a sociedade**. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2003.

CASTRO, J. L. Cascajo, LUÑO, Antonio-Enrique Pérez, CID, B. Castro, TORRES, C. Gomes. **Los derechos humanos: significación, estatuto jurídico y sistema**. Servilha: Universidad de Servilha, 1979, p. 43.

CASTRO, Lola Aniyar de. **El triunfo de Lewis Carrol**. 2000.

CASTRO, Rafael Barreto de; PEDRO, Rosa Maria Leite Ribeiro. **Security Dispositifs and Urban E-Planning: Government Performances Articulated to Surveillance Cameras in Rio de Janeiro**, International Journal of E-Planning Research (IJEPR) Vol 2 (2013) Issue 4, pp. 42-58. Disponível em: <http://www.igi-global.com/journal-contents/international-journal-planning-research-ijepr/44994>. Acesso em: 16.jul.2020.

CEREJO, LÓPEZ/ LÓPEZ, LUJÁN, **vpolítica dei riesgo**, Madrid, 2000, passim, p. 24-25.

CHOMSKY, Noam. **Democracia e mercados na nova ordem mundial**. In: GENTILI, Pablo (Org.) **Globalização excludente: Desigualdade, exclusão e democracia na nova ordem mundial**. Petrópolis: Vozes, 2000.

CLARKE, Roger, WIGAN, Marcus. **You are where you've been: the privacy implications of location and tracking technologies**, Journal of Location Based Services, vol. 5, no. 3-4, pp. 138-155, 2011. Disponível em: <http://www.tandfonline.com/toc/tlbs20/5/3-4> . Acesso em: 15.jul.2020.

CLAVELL, Gemma. Galdon. **Local surveillance in a global world: Zooming in on the proliferation of CCTV in Catalonia**, Information Polity, vol. 16, no. 4, pp. 319-338, Jan. 2011.

CLAVELL, Gemma. Galdon; HOSEIN, Gus. **Presentation. Privacy, Technology and**

**Policy: Social Networks, Data Mining and Surveillance**, International Federation for Information Processing, p.4, 2013. Disponível em: <http://www.ati.es/novatica/2013/ASA/nvS2013sum.html>. Acesso em: 16.jul.2020.

CLAYTON, Mona. Entendendo os desafios de Compliance no Brasil: um olhar estrangeiro sobre a evolução do Compliance anticorrupção em um país emergente. In: DEL DEBBIO, Alessandra; MAEDA, Bruno Carneiro e AYRES, Carlos Henrique da Silva. **Temas de Anticorrupção e Compliance**. Rio de Janeiro. Elsevier, 2013.

COAFFEE, Jon; FUSSEY, Pete; MOORE, Cerwyn. **Laminated Security for London 2012 Enhancing Security Infrastructures to Defend Mega Sporting Events**, Urban Stud, vol. 48, no. 15, pp. 3311–3327, Nov. 2011.

COHEN, Jean. L. **The Necessity of Privacy, Social Research**, vol. 68, no. 1, pp. 318–327, Apr. 2001. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/i40043713>. Acesso em: 14.jul.2020.

COHEN, Jean. L. **Introduction, Social Research**, vol. 68, no. 1, pp. 235–236, Apr. 2001. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/i40043713>. Acesso em: 14.jul.2020.

COMISSÃO DE DIREITOS HUMANOS E MINORIAS. **Sistema carcerário brasileiro: negros e pobres na prisão**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/noticias/sistema-carcerario-brasileiro-negros-e-pobres-na-prisao>. Acesso em: 26.out.2019

COMISSÃO EUROPEIA. **Proteção de dados**. Disponível em: [https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection\\_pt](https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection_pt). Acesso em: 07.jan. 2019.

CORNELISSEN, Scarlett. **Mega Event Securitisation in a Third World Setting Glocal Processes and Ramifications during the 2010 FIFA World Cup**, Urban Stud, vol. 48, no. 15, pp. 3221–3240, Nov. 2011.

CORRÊA, Amarílis Montagnolli Gomes. **Preservação digital: autenticidade e integridade de documentos em bibliotecas digitais de teses e dissertações**. São Paulo. doi:10.11606/d.27.2010.tde-05112010-105831. 9 set. 2010.

COSTA, Valeriano Mendes Ferreira. **Vertentes democráticas em Gilberto Freyre e Sérgio Buarque**. In: Lua Nova: Revista de Cultura e Política, no. 26, São Paulo, Aug. 1992. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-64451992000200008](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451992000200008). Acesso em: v18.dez.2019.

COULDRY, Nick; MEJIAS, Ulises. **The Costs of Connection: How Data Is Colonizing Human Life and Appropriating It for Capitalism**. Stanford University Press; 1ª edição. ISBN-10 : 1503603660. ISBN-13 : 978-1503603660.

CREWS JR, Clyde. Wayne., **Cybersecurity and Authentication: The Marketplace Role in Rethinking Anonymity – Before Regulators Intervene**, Know Techn Pol, vol. 20, no. 2, pp. 97–105, Jul. 2007. Disponível em: <http://link.springer.com/journal/12130/20/2/page/1> . Acesso em: 16.jul.2020.

CUIJPERS, Colette. PEKÁREK, Martin. **The regulation of location-based services:**

**challenges to the European Union data protection regime**, *Journal of Location Based Services*, vol. 5, no. 3–4, pp. 223–241, 2011. Disponível em: <http://www.tandfonline.com/toc/tlbs20/5/3-4> . Acesso em: 15.jul.2020.

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. **Constituição e crime**. Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização. Porto: Universidade Católica Portuguesa Editora, 1995.

CUNNINGHAM, David. **Surveillance and Social Movements: Lenses on the Repression-Mobilization Nexus**, *Contemporary Sociology*, vol. 36, no. 2, pp. 120–125, Mar. 2007.  
CUPIS, Adriano de. *Riservatezza e segreto (Diritto a)*. *Novissimo Digesto Italiano*. Torino. UTET. 1969.

DAHRENDORF, Ralf. **A lei e a ordem**. Trad. de Tamara D. Barile. Brasília: Fundação Tancredo Neves, 1987.

DEFLEM, Mathieu. **The invisibilities of social control**, *Crime Law Soc Change*, vol. 18, no. 1–2, pp. 177–192, Sep. 1992.

DELUEZE, Giles. Post-scriptum:sobre as sociedades de controle. In: DELEUZE, Gilles. o **Conversações**. Rio de Janeiro: Ed. 34, 1992.

DEMETRIO CRESPO, **Del derecho penal liberal al derecho penal del enemigo, en Nueva Doctrina Penal**, 2004/A, p. 51; RAGUÉS I VALLÈS/GONZÁLEZ FRANCO, Comentario a la enésima reforma del Código Penal, en *Iuris*, nº 80, p. 37.

DE GIORGI, Alessandro. **Estruturas Sociais e Reformas Penais: Críticas Marxistas à Punição no Capitalismo Tardio**. RDU, Porto Alegre, Volume 16, n. 89, 2019, 29-57, set-out 2019.

DEPAULO, Bella. M; WETZEL, Chris; WEYLIN STERNGLANZ, R; WILSON, Molly. J. WALKER. **Verbal and Nonverbal Dynamics of Privacy, Secrecy, and Deceit**, *Journal of Social Issues*, vol. 59, no. 2, pp. 391–410, 2003. Disponível em: <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/josi.2003.59.issue-2/issuetoc> . Acesso em: 14.jul.2020.

DERTOUZOS, Michael. **O Que será** – Como o novo Mundo da Informação transformará nossas vidas. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

DESPARD, Erin. **Cultivating Security Plants in the Urban Landscape**, *Space and Culture*, vol. 15, no. 2, pp. 151–163, May 2012. D. Barnard-Wills, C. Moore, and J. McKim, Introduction Spaces of Terror and Risk, *Space and Culture*, vol. 15, no. 2, pp. 92–97, May 2012. Disponível em: <http://sac.sagepub.com/content/15/2.toc>. Acesso em: 15.jul.2020.

DEVARAJAN, Dhanya, CHENG, Zhaolin; RADKE, Richard. J. **Calibrating Distributed Camera Networks**, *Proceedings of the IEEE*, vol. 96, no. 10, pp. 1625–1639, 2008. Disponível em: <http://ieeexplore.ieee.org/xpl/tocresult.jsp?isnumber=4663199> . Acesso em: 15.jul.2020.

DIAS, Augusto Silva. RAMOS, Vânia Costa. **O direito à não auto-inculpação** (Nemo

Tenetur Se Ipsum Accusare) no processo penal e contra-ordenacional português. Lisboa: Coimbra Editora, 2009.

DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Notas sobre as decisões estruturantes**. Civil Procedure Review, [S.l.], v. 8, n. 1, p. 46-64, jan./abr. 2017. Disponível em: [https://classactionsargentina.files.wordpress.com/2017/08/zaneti-didier-cpr-2017\\_notas-sobre-ad-decisoes-estruturantes.pdf](https://classactionsargentina.files.wordpress.com/2017/08/zaneti-didier-cpr-2017_notas-sobre-ad-decisoes-estruturantes.pdf) Acesso em: 8 dez. 2017.

DIÉZ RIPOLLÉS, **Exigencias sociales y política criminal**, em Claves de Razón Práctica, 85, setembro de 1998, p.48-49.

DIÓGENES JUNIOR, Jorge Eliaci Nogueira. **Gerações ou Dimensões dos Direitos Fundamentais?** Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11750](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11750). Acesso em: 05 jan.2014.

DONEDA, Danilo; SCHERTEL, Laura Mendes. Um perfil da nova Lei Geral de Proteção de Dados brasileira. In: BELLI, Luca; DOTTI, René Ariel. **Proteção da vida privada e liberdade de informação**. São Paulo: Ed. RT. 2019.

DONOHUE, Laura. **PRISM and the Interception of Communications Under Section 702 of the Foreign Intelligence Surveillance Act**, I/S: A Journal of Law and Policy for the Information Society, Volume 9, Issue 3, 2014. Disponível em: <http://moritzlaw.osu.edu/students/groups/is/online-nsa-symposium/> . Acesso em: 16.jul.2020.

DOTTI, René Ariel. **Proteção da vida privada e liberdade de informação**, São Paulo. Ed.RT. 1980.

DUARTE, Evandro C. Piza. **Ensaio sobre a hipótese colonial: racismo e formação do sistema penal no Brasil**. Brasília, DF: Saraiva, 2017.

D'URSO, Luis Flávio Borges. **O acusado tem direito de mentir?** Disponível em <http://www.ambitojuridico.com.br>. Acessado em 25/11/2009.

ELLERBROK, Ariane., **PLAYFUL BIOMETRICS: Controversial Technology through the Lens of Play**, The Sociological Quarterly, vol. 52, no. 4, pp. 528–547, 2011.

EICK, V. **Lack of Legacy? Shadows of Surveillance after the 2006 FIFA World Cup in Germany**, Urban Stud, vol. 48, no. 15, pp. 3329–3345, Nov. 2011.

EMPREENDEDORISMO NO BRASIL. **RELATÓRIO EXECUTIVO 2017**. Disponível em: [https://m.sebrae.com.br/Sebrae/Portal%20Sebrae/Anexos/Relat%C3%B3rio%20Executivo%20BRASIL\\_web.pdf](https://m.sebrae.com.br/Sebrae/Portal%20Sebrae/Anexos/Relat%C3%B3rio%20Executivo%20BRASIL_web.pdf). Acesso em: 12.dez.2019.

EMPREENDEDORISMO NO BRASIL. **RELATÓRIO EXECUTIVO 2018**. Disponível em: <https://datasebrae.com.br/wp-content/uploads/2019/02/GEM-2018-Apresenta%C3%A7%C3%A3o-SEBRAE-Final-slide.pdf>. Acesso em: 12.dez.2019.

EPSTEIN, David. **Por que os generalistas vencem em um mundo de especialistas**. Editora

Globo Livros. 2020. 369 p.

ERICSON, Richard; HAGGERTY, Kevin. **The surveillant assemblage**. *British Journal of Sociology*, London, v. 51, n. 4, p. 605-622, dez. 2000.

ERICKSON, S. Renée Marlin-Bennett, **Knowledge Power: Intellectual Property, Information, and Privacy**, *Know Techn Pol*, vol. 20, no. 2, pp. 127–128, Jul. 2007. Disponível em: <http://link.springer.com/journal/12130/20/2/page/1> . Acesso em: 16.jul.2020.

ERICKSON, G. Scott; KELLY, Eileen. P. **International Aspects of Radio Frequency Identification Tags: Different Approaches to Bridging the Technology/Privacy Divide**, *Know Techn Pol*, vol. 20, no. 2, pp. 107–114, Jul. 2007. Disponível em: <http://link.springer.com/journal/12130/20/2/page/1> . Acesso em: 16.jul.2020.

EVANS, L. **Location-based services: transformation of the experience of space**, *Journal of Location Based Services*, vol. 5, no. 3–4, pp. 242–260, 2011. Disponível em: <http://www.tandfonline.com/toc/tlbs20/5/3-4> . Acesso em: 15.jul.2020.

FARIAS, Paulo. **Água: bem jurídico econômico ou ecológico?** Editora Brasília Jurídica. Brasília. 2005.

FAY, S. Brigg. **Bismarck's Welfare State**. *Current History*. XVIII: 1–7, 1950.

FEITOZA, Denilson. **Direito processual penal: teoria, crítica e práxis**. 6ª. ed. rev., ampl. e atual. Niterói: Impetus, 2009, p. 820.

FELDENS, Luciano. Lei nº 12.846/2013: **lei de improbidade empresarial**. *Revista Síntese de Direito Administrativo*. São Paulo, ano VIII, n.93, p.9/10. set. 2013.

FENOLL, Jordi Nieva, **Inteligencia artificial y proceso penal**. Madrid: Marcial Pons, 2018. p. 36.

FERGUSON, Andrew Guthrie. **The Rise of Big Data Policing: Surveillance, Race, and the future of Law Enforcement**. Nova Iorque: New York University Press, 2017. p. 3.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. Teoria do Garantismo Penal. Tradução de Ana Paula Zomer et al. São Paulo: RT, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **As 10 regras da ética judicial resultantes da natureza cognitiva da jurisdição**. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2021-abr-24/ferrajoli-10-regras-etica-judicial-resultantes-natureza-jurisdiacao> >. Acesso em: 07. maio.2021.

FERRAJOLI, Luigi. **As 10 regras da ética judicial resultantes da natureza cognitiva – Parte 2**. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2021-abr-24/ferrajoli-10-regras-etica-judicial-parte> >. Acesso em: 07. maio.2021.

FERRAZ, Flávio Rodrigues. **RELAÇÕES ENTRE DESENHO URBANO E OCORRÊNCIAS CRIMINAIS – O CASO DO DISTRITO FEDERAL**. Disponível em: [www.unb.edu.br](http://www.unb.edu.br). Acesso em: 17.jul.2020.

FERRU, Paolo. **La Prova nel Processo Penale, Volume I, Struttura e Procedimento**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2012, p. 16.

FGV EAESP. Centro de Tecnologia de Informação Aplicada. **30ª Pesquisa Anual do FGVcia da FGV/EAESP**, 2019. Disponível em: [https://eaesp.fgv.br/sites/eaesp.fgv.br/files/noticias2019fgvcia\\_2019.pdf](https://eaesp.fgv.br/sites/eaesp.fgv.br/files/noticias2019fgvcia_2019.pdf). Acesso em: 06.jan.2020.

FIGUERAS TUGAS, J. **Privacy and Body Scanners at EU Airports**, International Federation for Information Processing, p.49. Disponível em: <http://www.ati.es/novatica/2013/ASA/nvS2013sum.html>. Acesso em: 16.jul.2020.

FIGUEIREDO, Nara Miranda de. **Sobre um suposto direito de mentir**: um paralelo entre Kant, Shopenhauer e Constant, e alguns conceitos schopenhauerianos. Disponível em <http://urutagua.uem.br//007/07figueiredo.htm>. Acesso em: 14.abr.2020.

FILHO, Roberto Freitas; LIMA, Thalita Moraes. Metodologia de Análise de Decisões – MAD. Univ. JUS, Brasília, n. 21, p. 1-17, jul./dez. 2010.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. **As fronteiras raciais do genocídio**. Direito Unb, janeiro-junho de 2014, vol.1, n.1.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. **Corpo negro caído no chão: sistema penal e o projeto genocida do estado brasileiro**. Dissertação (Mestrado) – Pós-Graduação em Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2006.

FLECK, S; STRASSER, SMART, W. **Camera Based Monitoring System and Its Application to Assisted Living**, Proceedings of the IEEE, vol. 96, no. 10, pp. 1698–1714, 2008. Disponível em: <http://ieeexplore.ieee.org/xpl/tocresult.jsp?isnumber=4663199> . Acesso em: 15.jul.2020.

FONIO, C. Fonio, **The silent growth of video surveillance in Italy**, Information Polity, vol. 16, no. 4, pp. 379–388, Jan. 2011. E. Heilmann, Video surveillance and security policy in France: From regulation to widespread acceptance, Information Polity, vol. 16, no. 4, pp. 369–377, Jan. 2011.

**FOREIGN CORRUPT PRACTICES ACT**. The United States Department of Justice. Disponível em: <https://www.justice.gov/criminal-fraud/foreign-corrupt-practices-act>. Acesso em: 07. Jan. 2019.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: história da violência nas prisões**. 20. ed. Petrópolis: Vozes, 1999. 262 p.

FRASER, Steve; Gerstle, Gary, eds. (1989). **The rise and fall of the New Deal order, 1930-1980**. Princeton: Princeton University Press

FREHSEE, **Fehlfunktionen des Strafrechts umd der Verfall rechtsstaatlichen Wirklichkeit durch Kriminalität und Strafe**, Baden-Baden, 1997, p.29.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia da Indignação: cartas pedagógicas e outros escritos**. São

Paulo: Editora UNESP, 2000.

FREITAS, Felipe da Silva. **Novas perguntas para a criminologia brasileira: poder, racismo e direito no centro da roda.** Cadernos do CEAS, Salvador, n. 238, p. 488-499, 2016.

FURTADO, Celso. **Formação Econômica do Brasil.** 22. ed. São Paulo: Editora Nacional, 1987. Disponível em <http://estudosdiplomaticos.blogspot.com/2009/08/economia-brasileira-no-seculo-xix-1.html> . Acesso em 11/02/2020.

FUSTER, G. G; BELLANOVA, R. **European Data Protection and the Haunting Presence of Privacy**, International Federation for Information Processing, p.17. Disponível em: <http://www.ati.es/novatica/2013/ASA/nvS2013sum.html>. Acesso em: 16.jul.2020.

FUSSEY, P. **Eastern promise? East London transformations and the state of surveillance**, Information Polity, vol. 17, no. 1, pp. 21–34, Jan. 2012.

GALDON CLAVELL, G; LOJO, L. Z; ROMERO, A. **CCTV in Spain: An empirical account of the deployment of video-surveillance in a Southern-European country**, Information Polity, vol. 17, no. 1, pp. 57–68, Jan. 2012.

GALETTA, A. **The changing nature of the presumption of innocence in today's surveillance societies: rewrite human rights or regulate the use of surveillance technologies?**, European Journal of Law and Technology, vol. 4, no. 2, Oct. 2013. Disponível em: <http://ejlt.org//issue/view/18>. Acesso em: 16.jul.2020.

GANDY, O. H. **Public Opinion Surveys and the Formation of Privacy Policy**, Journal of Social Issues, vol. 59, no. 2, pp. 283–299, 2003. Disponível em: <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/josi.2003.59.issue-2/issuetoc> . Acesso em: 14.jul.2020.

GARAPON, **Juez y democracia**, Barcelona, 1997, p.94.

GATES, K. A. **Biometrics and Post-9/11 Technostalgia**, Social Text, vol. 23, no. 2 83, pp. 35–53, Jun. 2005. Disponível em: [http://socialtext.dukejournals.org/content/23/2\\_83.toc](http://socialtext.dukejournals.org/content/23/2_83.toc) 5/16 R. Acesso em: 14.jul.2020.

GEIS, Gilbert. GOFF, Colin. **Lifting the cover from undercover operations: J. Edgar Hoover and some of the other criminologists**, Crime Law Soc Change, vol. 18, no. 1–2, pp. 91–104, Sep. 1992.

GHOSH, Swati. **Surveillance in Decolonized Social Space: THE CASE OF SEX WORKERS IN BENGAL**, Social Text, vol. 23, no. 2 83, pp. 55–69, Jun. 2005. Disponível em: [http://socialtext.dukejournals.org/content/23/2\\_83.toc](http://socialtext.dukejournals.org/content/23/2_83.toc) 5/16 R. Acesso em: 14.jul.2020.

GONÇALVES, Maria Eduarda. **Direito da informação: novos direitos e formas de regulação na sociedade da informação.** Coimbra: Almedina, 2003.

GONZALEZ, Lélia. **Racismo e sexismo na cultura brasileira.** São Paulo, ANPOCS, Ciências Sociais Hoje, 2. ANPOCS, 1983, p. 223-244.



GONZÁLEZ RUS, Juan José. **Control electrónico y sistema penitenciario**. Sevilla: VIII Jornadas penitenciarias Andaluzas, Junta de Andalucía, Consejería de Gobernación, 1994.

GONZÁLEZ SEARA. **Los sujetos del bienestar**, no diário ABC, segunda-feira, 29.12.1997, p. 26.

GIDDENS, Anthony. **As conseqüências da modernidade**. São Paulo : Editora da Universidade Estadual Paulista, 1991.

GILLIOM, J. **Resisting Surveillance**, Social Text, vol. 23, no. 2 83, pp. 71–83, Jun. 2005. Disponível em: [http://socialtext.dukejournals.org/content/23/2\\_83.toc](http://socialtext.dukejournals.org/content/23/2_83.toc) 5/16 R. Acesso em: 14.jul.2020.

Grasbrger, Threestrikes and you are out. **Zu neuen Strafzumessungsansätzen bei Wiederholungstatern**, ZStW, 110 (1998).

GUERRA, Sidney. **Os direitos humanos na ordem jurídica internacional**. Disponível em: <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:rg32FceJjWgJ:https://periodicos.uni.br/rpen/article/download/830/1573+&cd=3&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br> Acesso em: 26.nov.2019.

GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. **Constituição, Ministério Público e Direito Penal: A defesa do Estado Democrático no âmbito punitivo**. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. MARIZ, Ester Avelar dos Santos Rios. **Direito Penal e Estado Democrático de Direito: a aplicação da Lei Penal a serviço da Democracia**. Revista CEUMA Perspectivas. v. 28, n. 2, 2016. DOI: <https://doi.org/10.24863/rccp.v28i2.48>. Acesso em: 15.abr.2020.

GIULIANOTTI, Richard; KLAUSER, Francisco. **Introduction Security and Surveillance at Sport Mega Events**, Urban Stud, vol. 48, no. 15, pp. 3157–3168, Nov. 2011.

GIULIANOTTI, Richard. **Sport Mega Events, Urban Football Carnivals and Securitised Commodification The Case of the English Premier League**, Urban Stud, vol. 48, no. 15, pp. 3293–3310, Nov. 2011.

GRACIA MARTÍN, Luis. **Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistência**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, p. 218. Apresentação de Bernd Schunemann.

GREGO, Rogério. **Monitoramento eletrônico**. 2012. Disponível em: <https://rogeriogreco.jusbrasil.com.br/artigos/121819870/monitoramento-eletronico>. Acesso em: 17.jul.2020.

GULLETE, M. Margaret. **Suppressing Grief: the politics of ‘McCarthy’-era testimonies**, Social Text, vol. 23, no. 2 83, pp. 109–131, Jun. 2005.

GULLETE, M. Margaret. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**, vol. I/ Jürgen Habermas. Trad. Flávio Beno Siebeneicher. Rio de Janeiro: Ed. Tempo Brasileiro, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Técnica e Ciência como 'ideologia'**. Lisboa: 70, 2006.

HAGGERTY, Kevin. D; WILSON, Dean; SMITH, Gavin. J. D. **Theorizing surveillance in crime control**, *Theoretical Criminology*, vol. 15, no. 3, pp. 231–237, Aug. 2011. Disponível em: <http://tcr.sagepub.com/content/15/3.toc>. Acesso em: 15.jul.2020.

HAGGERTY, Kevin. D; TOKAR, Camille. **Signifying Security On the Institutional Appeals of Nightclub ID Scanning Systems**, *Space and Culture*, vol. 15, no. 2, pp. 124–134, May 2012. Disponível em: <http://sac.sagepub.com/content/15/2.toc>. Acesso em: 15.jul.2020.

HAINES, Alina; WELLS, Helen. **Persecution or protection? Understanding the differential public response to two road-based surveillance systems**, *Criminology and Criminal Justice*, vol. 12, no. 3, pp. 257–273, Jul. 2012. Disponível em: <http://crj.sagepub.com/content/12/3.toc>. Acesso em: 16.jul.2020.

HALEY, Sarah. **No Mercy Here: Gender, Punishment, and the Making of Jim Crow Modernity**. Chapel Hill, NC: The University of North Carolina Press, 2016.

HALL, Stuart.; CLARKE, J.; CRITCHER, Chas.; JEFFERSON, Tony.; ROBERTS, Brian. **Policing the Crisis: Mugging, Law and Order and the State**. London: MacMillan, 1978.

HARGAVES, Ian. Controversies of Information Discovery, *Know Techn Pol*, vol. 20, no. 2, pp. 83–90, Jul. 2007. A. Etzioni, **Are New Technologies the Enemy of Privacy?**, *Know Techn Pol*, vol. 20, no. 2, pp. 115–119, Jul. 2007. Disponível em: <http://link.springer.com/journal/12130/20/2/page/1> . Acesso em: 16.jul.2020.

HASSEMER/MUNOZ CONDE, **La responsabilidad por el producto em derecho penal Valencia**, 1995, p. 35.

HASSEMER, Winfried. **A preservação do ambiente por meio do direito penal** . Conferência ministrada na Universidade Lusíada – Porto, no âmbito do I Congresso Internacional de direito do Ambiente, com tradução simultânea do alemão por Carlos Eduardo Vasconcelos, adaptada para publicação por Paulo de Sousa Mendes. In *Notícias do Direito Brasileiro*. Nova Série. UNB, n° 4 – 2° Semestre de 1997. (Biblioteca IBCCRIM). p. 92.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Phenomenology of Spirit**. Translated by A. V. Miller. Oxford: Clarendon Press, 1977.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Elements of the Philosophy of Right**. Translated by H. B. Nisbet. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Tradução de Lycurgo Gomes da Mota. São Paulo: Mestre Jou, 1968.

HERZOG, Felix. **Sociedad del riesgo, derecho penal del riesgo, regulación del riesgo. Perspectivas más allá del Derecho Penal Crítica y Justificación del derecho penal en el cambio del siglo**. ARROYO ZAPATERO, Luiz. NEUMANN, Ulfrid, MARTÍN, Adan Nieto, (coord.). Colección estudios. Edición de la Universidad de Castilla- la Mancha, Cuenca, 2003. P. 249 a 259.

HESS. Kriiminologen als Moralunternehmer, em Bollinger/Autmann(Hrsg.), Vom Gulcn. **das  
nochstets das Böse schafft. Kriminalwissenschaftliche Essays zu Ehren von Herbert  
Jäger.** Frankfurt. 2020.

HILLYARD, Daniel. P; KNIGHT, Sarah. M. **Privacy, technology, and social change**, Know Techn Pol, vol. 17, no. 1, pp. 81–101, Mar. 2004. Disponível em: <http://link.springer.com/journal/12130/17/1>. Acesso em: 14.jul.2020.

HINDUJA, Sameer. **Theory and policy in online privacy**, Know Techn Pol, vol. 17, no. 1, pp. 38–58, Mar. 2004. Disponível em: <http://link.springer.com/journal/12130/17/1>. Acesso em: 14.jul.2020.

HOLLANDER, John. **The Language of Privacy**, Social Research, vol. 68, no. 1, pp. 5–28, Apr. 2001. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/i40043713>. Acesso em: 14.jul.2020.

HOMEM, António Pedro Barbas. **História das relações internacionais. O direito e as concepções políticas na idade moderna.** Lisboa: Almedina, Reimpressão, Abril/2009, p. 158.

HONESKO, Raquel Schlommer. **Discussão Histórico-Jurídica sobre as Gerações de Direitos Fundamentais: a Paz como Direito Fundamental de Quinta Geração.** In Direitos Fundamentais e Cidadania. FACHIN, Zulmar (coordenador). São Paulo : Método, 2008.

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais.** São Paulo : Ed. 34, 2003.

HOUGH/ROBERTS, **Sentencing Trends in Britain. Public Knowledge and Public Opinion**, em Punishment & Society, 1999, n. 1, p. 11 e ss.

HULLYARD, Daniel; GUAEN, Mark. **Issues Around the Protection or Revelation of Personal Information**, Know Techn Pol, vol. 20, no. 2, pp. 121–124, Jul. 2007. Disponível em: <http://link.springer.com/journal/12130/20/2/page/1> . Acesso em: 16.jul.2020.

ÍNDICE DE PERCEPÇÃO DA CORRUPÇÃO. 2018. **Transparency International.** Disponível: <https://s3-sa-east-1.amazonaws.com/tibr-downloads/CPI-2018.pdf>. Acesso em: 22.nov.2019.

JAKOBS, Gunther. **La imputación objetiva en derecho penal** (trad. Cancio Meliá), Madrid, 1996.

JAKOBS, Gunther. **Sociedade, norma e pessoa.** Editora Manole. Edição 1. 70 p. 2003. ISBN-13: 978-8520418468.

JALON, Allan M. **A break-in to end all break-ins.** *Los Angeles Times.* Disponível em: <https://www.latimes.com/archives/la-xpm-2006-mar-08-oe-jalon8-story.html>. Acesso em: 14.jul.2020.

JEFFREYS-JONES, Rhodri. **The FBI: A History**. New Haven, CT: Yale University Press. 2006. p. 189.

JOBIM, Augusto do Amaral. VEIGA, Felipe Dias. **Surveillance e as novas tecnologias de controle biopolítico**. Revista Meritas. Porto Alegre.

KARAM, Maria Lúcia. **A esquerda punitiva. Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade**. Rio de Janeiro: Relume Dumará/ICC. Ano 1, volume 1, p. 79-92, 1º semestre/1996.

KATEB, George. **On Being Watched and Known**, Social Research, vol. 68, no. 1, pp. 269–295, Apr. 2001. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/i40043713>. Acesso em: 14.jul.2020.

KATEB, George. **Introduction: Invasions of Privacy**, Social Research, vol. 68, no. 1, pp. 203–207, Apr. 2001. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/i40043713>. Acesso em: 14.jul.2020.

KELSEN, Hans. **A democracia. Tradução de Vera Barkow**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KETABDAR, Hamed. QUERISH, Jalaluddin; HUI, Pan. **Motion and audio analysis in mobile devices for remote monitoring of physical activities and user authentication**, Journal of Location Based Services, vol. 5, no. 3–4, pp. 182–200, 2011. Disponível em: <http://www.tandfonline.com/toc/tlbs20/5/3-4> . Acesso em: 15.jul.2020.

KENK, Vldana Sulic; KRIZAJ, Janez; ŠTRUC, Vitomir; DOBRISEK, Simon. **Smart Surveillance Technologies in Border Control**, European Journal of Law and Technology, vol. 4, no. 2, Oct. 2013. Disponível em: <http://ejlt.org//issue/view/18>. Acesso em: 16.jul.2020.

KLAUSER, Francisco. **The Exemplification of ‘Fan Zones’ Mediating Mechanisms in the Reproduction of Best Practices for Security and Branding at Euro 2008**, Urban Stud, vol. 48, no. 15, pp. 3203–3219, Nov. 2011.

KLAUSER, Francisco. R. **Political geographies of surveillance**, Geoforum, vol. 49, pp. 275–278, Oct. 2013.

KOERNER, Andrei. **Punição, disciplina e pensamento penal no Brasil do século XIX**. Lua Nova no.68 São Paulo 2006. ISSN 1807-0175. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-64452006000300008](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452006000300008). Acesso em: 11.fev.2020.

KOSKELA, Hille. **Hijackers and humble servants: Individuals as camwitnesses in contemporary controlwork**, Theoretical Criminology, vol. 15, no. 3, pp. 269–282, Aug. 2011. Disponível em: <http://tcr.sagepub.com/content/15/3.toc>. Acesso em: 15.jul.2020.

KUHLEN, ZUM. **Strafrecht der Risikogesellschaft**, GA, 1994, p. 347 e ss.

LE MOS, Bruno Espiñeira; QUINTIERE, Víctor Minervino. **Técnicas Especiais de Investigação no Processo Penal**. Belo Horizonte: Editora D´Placido, 2017.

LEO, Richard. A. **From coercion to deception: the changing nature of police interrogation in America**, *Crime Law Soc Change*, vol. 18, no. 1–2, pp. 35–59, Sep. 1992.

LINT, Willem. ; VIRTÀ, Sirpa; DEUKMEDJIAN, John. Edward. **The Simulation of Crime Control A Shift in Policing?**, *American Behavioral Scientist*, vol. 50, no. 12, pp. 1631–1647, Aug. 2007. Disponível em: <http://abs.sagepub.com/content/50/12.toc>. Acesso em: 15.jul.2020.

LLEDÓ Real, **La inseguretat com a causa del racisme i la xenofòbia**, *RCSP2*, abril 1998, p. 19 e ss, 22.

LOFTUS, Bethan; GOOLD, Benjamin. **Covert surveillance and the invisibilities of policing**, *Criminology and Criminal Justice*, vol. 12, no. 3, pp. 275–288, Jul. 2012. Disponível em: <http://crj.sagepub.com/content/12/3.toc>. Acesso em: 16.jul.2020.

LOFTUS, Elizabeth F. e SCHACTER, Daniel L. Memory and law: what can cognitive neuroscience contribute?. In: **Nature Neuroscience**, Vol. 16, no. 02, 2013, pag. 119 (apud, PINHEIRO, Rogério Neiva e BURATTO, Luciano G. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jun-10/avancos-neurociencia-podem-contribuir-direito-processual>. Acesso em 10 de junho de 2015.

LOJKINE, Jean. **A Revolução Informacional**. São Paulo: Cortez Editora, 1995.

LÜBBE. W. **Handeln und Verursachen: Grenzen der Zurechnungsexpansion**, in W. LÜBBE (Hrsg.). *Kausalität und Zurechnung*. 2008.

LÜBBE. W. **Moralismus oder fingierte Handlungssubjektivität in komplexen historischen Prozessen**,. 2006.

LUBONJA, Fatos. **Privacy in a Totalitarian Regime**, *Social Research*, vol. 68, no. 1, pp. 237–254, Apr. 2001. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/i40043713>. Acesso em: 14.jul.2020.

LÜDERSSEN, Neuere **Tendenzen der deutschen Kriminalpolitik**, em Esse/Cornils. (Hrsg.), *Neure Tendenzen der Kriminalpolitik*, Freiburg, 1987, p.161 e ss, 165.

LYMBEROPOULOS, Dimitrios. TEIXEIRA, Thiago.; SAVVIDES, Andreas. **Macroscopic Human Behavior Interpretation Using Distributed Imager and Other Sensors**, *Proceedings of the IEEE*, vol. 96, no. 10, pp. 1657–1677, 2008. Disponível em: <http://ieeexplore.ieee.org/xpl/tocresult.jsp?isnumber=4663199> . Acesso em: 15.jul.2020.

LYON, David. **The new surveillance: Electronic technologies and the maximum security society**, *Crime Law Soc Change*, vol. 18, no. 1–2, pp. 159–175, Sep. 1992.

LYON, David. **Sociological Perspectives and Surveillance Studies: ‘Slow Journalism’ and the Critique of Social Sorting**, *Contemporary Sociology*, vol. 36, no. 2, pp. 107–111, Mar. 2007.

MACHADO, Jónatas E. M. e RAPOSO, Vera L. C. O Direito à não Auto-Incriminação e as pessoas colectivas empresariais. In: **Direitos Fundamentais & Justiça** nº 8 - jul./set. 2009.

Disponível em: [http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF\\_Livre/08\\_Artigo\\_1.pdf](http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/08_Artigo_1.pdf). Acesso em 12 de jul. de 2013.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis Machado. **Sociedade do Risco e Direito Penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais**. Prefácio José Eduardo Faria. – São Paulo: IBCCRIM, 2005 (Monografias/IBCCRIM; 34).

MAEDA, Bruno. Programas de Compliance Anticorrupção: importância e elementos essenciais. In: Del Debbio, A., Carneiro Maeda, B. e da Silva Ayres, C. (coord.), **Temas de Anticorrupção & Compliances**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

MAGUILIS, Stephen. T. **Privacy as a Social Issue and Behavioral Concept**, Journal of Social Issues, vol. 59, no. 2, pp. 243–261, 2003. Disponível em: <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/josi.2003.59.issue-2/issuetoc> . Acesso em: 14.jul.2020.

MAGUILIS, Stephen. T. **On the Status and Contribution of Westin’s and Altman’s Theories of Privacy**, Journal of Social Issues, vol. 59, no. 2, pp. 411–429, 2003. Disponível em: <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/josi.2003.59.issue-2/issuetoc> . Acesso em: 14.jul.2020.

MARGALIT, A. **Privacy in the Decent Society**, Social Research, vol. 68, no. 1, pp. 255–268, Apr. 2001. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/i40043713>. Acesso em: 14.jul.2020.

MARTINEZ, Vinício. Modernidade tardia e/ou tempos modernos. Direito ou negação, autonomia ou excipio?. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 14, n. 2012, 3 jan. 2009. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/12145>. Acesso em: 26 nov. 2019.

MARTINS, Fernanda. **A sustentação de um discurso criminológico na Revista de Direito penal e criminologia (1973 – 1983)**. Revista Direito e Práxis, vol. 5, n. 9, 2014, pp. 118-149.

MARX, Gary. T. **Some reflections on Undercover: recent developments and enduring issues**, Crime Law Soc Change, vol. 18, no. 1–2, pp. 193–217, Sep. 1992.

MARX, Gary. **Some Information Age Techno-Fallacies**, Journal of Contingencies and Crisis Management, vol. 11, no. 1, pp. 25–31, 2003. Disponível em: <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/jccm.2003.11.issue-1/issuetoc>. Acesso em: 14.jul.2020.

MARX, Gary. T. **Technology and gender: Thomas I. Voire and the Case of the Peeping Tom**, The Sociological Quarterly, vol. 43, no. 3, pp. 409–433, 2002. Disponível em: <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/tsq.2002.43.issue-3/issuetoc>. Acesso em: 14.jul.2020.

MARX, Gary. T. **A Tack in the Shoe: Neutralizing and Resisting the New Surveillance**, Journal of Social Issues, vol. 59, no. 2, pp. 369–390, 2003. Disponível em: <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/josi.2003.59.issue-2/issuetoc> . Acesso em: 14.jul.2020.

MARX, Gary. T. **Privacy and Social Stratification**, Know Techn Pol, vol. 20, no. 2, pp. 91–95, Jul. 2007. Disponível em: <http://link.springer.com/journal/12130/20/2/page/1> . Acesso em: 16.jul.2020.

MARX, Gary. T. **What's new about the 'new surveillance'?: Classifying for change and continuity**, Know Techn Pol, vol. 17, no. 1, pp. 18–37, Mar. 2004. Disponível em: <http://link.springer.com/journal/12130/17/1>. Acesso em: 14.jul.2020.

MARX, Gary. T; SIMMEL, G. **Desperately Seeking Surveillance Studies: Players in Search of a Field**, Contemporary Sociology, vol. 36, no. 2, pp. 125–130, Mar. 2007.

MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinicius. **Crime Organizado**. 3. Ed. Rev., ampl. E atualizada. Rio de Janeiro. Forense; São Paulo; Método, 2017. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/user/signin> . Acesso em: 09.jul.2020.

MAXWELL, R. **Surveillance: Work, Myth, and Policy**, Social Text, vol. 23, no. 2 83, pp. 1–19, Jun. 2005. Disponível em: [http://socialtext.dukejournals.org/content/23/2\\_83.toc](http://socialtext.dukejournals.org/content/23/2_83.toc) 5/16 R. Acesso em: 14.jul.2020.

MAYER, Jonathan.; MUTCHER, Patrick. MetaPhone: **The Sensitivity of Telephone Metadata**. *Web Policy*, [S.l.], 12 mar. 2014.

MAYUMI, Mariana. **O princípio da não autoincriminação no processo penal brasileiro**. Teses e Dissertações da USP. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-08122016-114209/pt-br.php>. Acesso em: 01.04.2020.

MCCARTHY, John. STANFORD UNIVERSITY. **AI**. Disponível em <https://www-cs.stanford.edu/memoriain/professor-john-mccarthy> Acesso em 06.04.2021.

MCDONOUGH, Terence.; KOTZ, David. M. (Ed.). **Contemporary Capitalism and Its Crises: Social Structure of Accumulation Theory for the 21st Century**. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

MCGOVERN, T.M. **Is Privacy Now Possible?** Social Research, vol. 68, no. 1, pp. 327–333, Apr. 2001. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/i40043713>. Acesso em: 14.jul.2020.

MELAMED, Jodi. **Represent and Destroy: Rationalizing Violence in the New Racial Capitalism**. Minneapolis, MN: University of Minnesota Press, 2011.

MELGAÇO, Lucas. **Security and Surveillance in Times of Globalization: An Appraisal of Milton Santos' Theory**, International Journal of E-Planning Research (IJEPR) Vol 2 (2013) Issue 4, pp. 1-12. Disponível em: <http://www.igi-global.com/journal-contents/international-journal-planning-research-ijepr/44994>. Acesso em: 16.jul.2020.

MELGAÇO, Lucas; BOTELHO, Nelson Arteaga. **A Short Comment on Surveillance and Security in the E-Planned City**, International Journal of E-Planning Research (IJEPR) Vol 2 (2013) Issue 4, pp.75-78. Disponível em: <http://www.igi-global.com/journal-contents/international-journal-planning-research-ijepr/44994>. Acesso em: 16.jul.2020.

MELO, João Ozório de. **Ainda há dúvidas sobre o uso do Alexa como prova em julgamentos nos EUA.** Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2021-abr-03/ainda-duvidas-uso-alexa-prova-julgamentos>>. Acesso em: 06.abril.2021.

MENAND, L. **Introduction: Privacy and the Self**, Social Research, vol. 68, no. 1, p. 117, Apr. 2001. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/i40043713>. Acesso em: 14.jul.2020.

MENDELSON, Stephen A. (2 January 2012). U.S. Department of Education Amends its FERPA Regulations to Allow for Certain Additional Student Disclosures. **The National Law Review**. Retrieved 9 March 2014.

MENDES, Paulo de Sousa. As garantias de defesa no processo sancionatório especial por práticas restritivas da concorrência confrontadas com a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Lisboa: Almedina, **Revista de Concorrência e Regulação – Ano I – Número 1 – Janeiro-Março 2010**.

MESSNER/ROSENFELD, **Crime and the American dream**, 2. Ed., 1997.

MICHAEL, Katina; MICHAEL, M. G., **The social and behavioural implications of location-based services**, Journal of Location Based Services, vol. 5, no. 3–4, pp. 121–137, 2011. Disponível em: <http://www.tandfonline.com/toc/tlbs20/5/3-4> . Acesso em: 15.jul.2020.

MICHALOWSKI, Raymond. J.; CARLSON, Susan. M. **Unemployment, Imprisonment, and Social Structures of Accumulation: Historical Contingency** in the Rusche/Kirchheimer Hypothesis. *Criminology*, 37(2): 217-250, 1999.

MOMBELLI, Elisa. **O big data e o policiamento preditivo.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/36752/o-big-data-e-o-policiamento-preditivo>. Acesso em: 17.jul.2020.

MONAHAN, John; SKEEM, Jennifer. **Risk Assessment in Criminal Sentencing**. Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper, n. 53. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2662082](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2662082). Acesso em 19.12.2020.

MONAHAN, Torin; MOKOS, Jennifer. T. **Crowdsourcing urban surveillance: The development of homeland security markets for environmental sensor networks**, Geoforum, vol. 49, pp. 279–288, Oct. 2013.

MONAHAN, Torin. **Surveillance as Cultural Practice**, The Sociological Quarterly, vol. 52, no. 4, pp. 495–508, 2011.

MORAES, Alexandre. **Direitos humanos fundamentais**. Atlas: São Paulo, 3ª edição, 2000, pp. 39/41).

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **O reconhecimento pessoal e o seu valor probatório: a nova posição do STJ.** Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2020-nov-03/moreira-reconhecimento-pessoal-valor-probatorio#\\_ftn17](https://www.conjur.com.br/2020-nov-03/moreira-reconhecimento-pessoal-valor-probatorio#_ftn17). Acesso em: 04.nov.2020.

MORIN, Edgar. **Os sete saberes necessários à educação do futuro**. São Paulo : Cortez; Brasília, DF : UNESCO, 2000.

MOORE, Dawn. **The benevolent watch: Therapeutic surveillance in drug treatment**



**court**, *Theoretical Criminology*, vol. 15, no. 3, pp. 255–268, Aug. 2011. Disponível em: <http://tcr.sagepub.com/content/15/3.toc>. Acesso em: 15.jul.2020.

MOURA, José Barata. **Que fazer com a mentira ?**. O perfil do juiz na tradição ocidental. Lisboa: Almedina, 2009, p.224 (Seminário Internacional. Coordenação: António Pedro Barbas Homem, Eduardo Vera-Cruz Pinto, Paula Costa e Silva, Susana Videira, Pedro Freitas).

MUELLER, John. Mueller; STEWART, Mark. G. **Secret without Reason and Costly without Accomplishment: Questioning the NSA’s Metadata Program**, *I/S: A Journal of Law and Policy for the Information Society*, Volume 9, Issue 3, 2014. Disponível em: <http://moritzlaw.osu.edu/students/groups/is/online-nsa-symposium/> . Acesso em: 16.jul.2020.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo? A questão fundamental da democracia**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

MULLER-TUCKFELD, Jean Christian. **Ensayo para la abolición del derecho penal del medio ambiente**. In *La insostenible situación del derecho penal*. Ed. Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt. Ed. Española: Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra. 2007. p. 507 a 549.

MUNANGA, Kabengele. **Rediscutindo a mestiçagem no Brasil**. Belo Horizonte: Autêntica, 2004.

MUSIK, Christoph. **The thinking eye is only half the story: High-level semantic video surveillance**, *Information Polity*, vol. 16, no. 4, pp. 339–353, Jan. 2011.

NATIONAL INFORMATION STANDARDS ORGANIZATION. **Understanding Metadata**. Bethesda: NISO Press, 2004. 17 p.

NASCIMENTO, Tupinambá, **Comentários à Constituição Federal**. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1997, p. 211.

NESSON, C. **Threats to Privacy**, *Social Research*, vol. 68, no. 1, pp. 105–113, Apr. 2001. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/i40043713>. Acesso em: 14.jul.2020.

NETO, Elias Jacob de Menezes; MORAIS, José Luis Bolzan de; BEZERRA, Tiago José de Souza Lima. **O projeto de lei de proteção de dados pessoais (PL 5276/2016) no mundo do big data: o fenômeno da dataveillance em relação à utilização de metadados e seu impacto nos direitos humanos**. *Rev. Bras. Polít. Públicas*, Brasília, v.7, n° 3, 2017, p. 184-198.

NEVES, António Castanheira. **O funcionalismo jurídico. Caracterização fundamental e consideração crítica no contexto actual do sentido da juridicidade**. In: NEVES, António Castanheira. *Digesta. Escritos acerca do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra, v. 3, 2008. p. 204.

NEWELL, Bryce. Clayton. **The Massive Metadata Machine: Liberty, Power, and Secret Mass Surveillance in the U.S. and Europe**, *I/S: A Journal of Law and Policy for the Information Society*, Volume 9, Issue 3, 2014. Disponível em: <http://moritzlaw.osu.edu/students/groups/is/online-nsa-symposium/> . Acesso em: 16.jul.2020.

NEY JR, Joseph. **O Paradoxo do poder Americano**: por que a única potência do mundo não pode seguir isolada. São Paulo: Unesp, 2002.

NIETZSCHE, Friedrich. *Sämtliche Werke, Kritische Studienausgabe. Herausgegeben von Giorgio Colli und Mazzino Montinari* (Berlin: De Gruyter, 1967-1977).

OCDE. **Bribery and Corruption Awareness Handbook for Tax Examiners and Tax Auditors**. 2009. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/crime/37131825.pdf>. Acesso em 18 set. 2017.

OCDE. **Bribery and corruption awareness handbook for tax examiners and tax auditors**. 2013. Disponível em: <http://www.oecd.org/tax/bribery-corruptionawarenesshandbook.htm>. Acesso em 10 out. 2017.

**Legislation.gov.uk**. Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/contents>. Acesso em: 07.jan.2019.

NIEUWENHUYS Celine; PÉCOUD, Aatonie. **Human Trafficking, Information Campaigns, and Strategies of Migration Control**, *American Behavioral Scientist*, vol. 50, no. 12, pp. 1674–1695, Aug. 2007. Disponível em: <http://abs.sagepub.com/content/50/12.toc>. Acesso em: 15.jul.2020.

NOAH, Yuval. **Notas sobre a pandemia e breves lições para o mundo pós-coronavírus** (Artigos e entrevistas). Editora: Companhia das Letras. 2020.

NOVARIO, Filippo. **Cyberspace, Surveillance and Law: a legal informatics perspective**, *European Journal of Law and Technology*, vol. 4, no. 2, Oct. 2013. Disponível em: <http://ejlt.org//issue/view/18>. Acesso em: 16.jul.2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização Criminosa**. 3. Ed. rev., atual. E ampl. Rio de Janeiro: Impetus, 2017.

OLIVEIRA, Moacyr de. **Intimidade**. Enciclopédia Saraiva do Direito. São Paulo. Saraiva, 1980.

OLIVEIRA, Rafael Santos de. BARROS, Bruno Mello Correa; PEREIRA, Marília do Nascimento. **O Direito à privacidade na Internet: desafios para a proteção da vida privada e o Direito ao esquecimento**. *Rev. Fac. Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 70, pp. 561 - 594, jan./jun. 2017. DOI: 10.12818/P.0304-2340.2017v70p561 Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1863..> Acesso em: 17.abril.2020.

ORTEGA Y GASSET. **La rebelión de las masas**, em *Obras Completas*, Madrid, P. Garagorri, 1988.

ORTEGAL, Leonardo. **Raça, criminologia e sociologia da violência: contribuições a um debate necessário**. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.25247/2447-861X.2016.n238.p527-542>. Acesso em: 09.jul.2020.

ORTH, Miguel Alfredo. **Experiências teóricas e práticas de formação e capacitação de professores em Informática da Educação**. Porto Alegre: UFRGS, 2002. Tese (Doutorado em Educação) – Programa de Pós-Graduação em Educação, Faculdade de Educação, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2002.

OWEN, Taylor. Chapter one: **Losing Control**. In: *Disruptive Power: The Crisis of the State in the Digital Age*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2015. p. 1-21.

PAL SINGH, Nikhil. **Race and America's Long War**. Oakland, CA: University of California Press, 2017.

PALMER, Darren; WARREN, Ian. **Surveillance Technology and Territorial Controls: Governance and the 'Lite Touch' of Privacy**, International Federation for Information Processing, p 26. Disponível em: <http://www.ati.es/novatica/2013/ASA/nvS2013sum.html>. Acesso em: 16.jul.2020.

PANG, L. **Copying Kill Bill**, Social Text, vol. 23, no. 2 83, pp. 133–153, Jun. 2005.

PASTOR, Daniel. **La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos**, in Nueva Doctrina Penal. Buenos Aires: 2005/A, pp. 73-114.

PASTOR, Daniel. **Recodificación penal y principio de reserva de código**, Buenos Aires, 2005, § 1. Puntos de partida: Neopunitivismo, descodificación y caos jurídico penal.

PASUKANIS, Eugene B. **A Teoria Geral do Direito e o Marxismo**. Tradução de Paulo Bessa. Rio de Janeiro: Renovar, 1989, 173 p.

PEDRINA, Gustavo Mascarenhas Lacerda. **Consequências e perspectivas da aplicação de inteligência artificial a casos penais**. Rev. Bras. de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 5, n. 3, p. 1589-1606, set.-dez. 2019.

PEISSL, Walter. **Surveillance and Security: A Dodgy Relationship**<sup>1</sup>, Journal of Contingencies and Crisis Management, vol. 11, no. 1, pp. 19–24, 2003. Disponível em: <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/jccm.2003.11.issue-1/issuetoc>. Acesso em: 14.jul.2020.

PEREIRA, Flavio Cardoso. Meios extraordinários de investigação criminal: infiltrações policiais e entregas vigiadas (controladas). **Revista do Ministério Público de Goiás** - , n.16 (outubro/dezembro 2008) - . - Goiânia: ESMP-GO,1996 - ISSN 1809-5917. Disponível e: [http://www.mpggo.mp.br/portalweb/hp/10/docs/revista\\_do\\_mp\\_n\\_16.pdf#page=14](http://www.mpggo.mp.br/portalweb/hp/10/docs/revista_do_mp_n_16.pdf#page=14). Acesso em: 06.jan.2020.

PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação Premiada: Legitimidade e Procedimento**. 3. ed.rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2016.

PEREIRA, J. Matos. **Direito de Informação**. Lisboa. Associação Portuguesa de Informática, edição do autor, 1980.

PÉREZ DEL VALLE. **Sociedad de riesgos y derecho penal**, PJ 1996, n. 43-44., p. 61 e ss;

PESSOA, Fernando. **Novelas Policiárias — Uma Antologia**. Porto: Porto Editora, 2006, páginas 39 e 40.

PFAFFENZELLER, Bruna. **No rastro da corrupção praticada por pessoas jurídicas: da lei 12.846/2013 ao Projeto de Novo Código Penal**. In: VITORELLI, Edilson (Org.). Temas atuais do Ministério Público Federal. Salvador: Juspodivm, 2015.

PHILLIPS, D. J. **From Privacy to Visibility: CONTEXT, IDENTITY, AND POWER IN UBIQUITOUS COMPUTING ENVIRONMENTS**, Social Text, vol. 23, no. 2 83, pp. 95–108, Jun. 2005.

PINTO, Lara Sofia. **Privilégio Contra a Auto-Incriminação Versus Colaboração do Argüido**. Prova criminal e direito de defesa – estudos sobre teoria da prova e garantias de defesa em processo penal. Org: Teresa Pizarro Beleza e Frederico de Lacerda da Costa Pinto. Lisboa: Almedina, 2010.

PIOVESAN, Flávia. **A Constituição de 1988 e os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos**. EOS — Revista Jurídica da Faculdade de Direito/Faculdade Dom Bosco. Núcleo de Pesquisa do Curso de Direito. v. 2, n. 1 (jan./jun. 2008). Curitiba: Dom Bosco, 2008, p. 20-33.

PIOVESAN, Flávia. **Reforma do Judiciário e Direitos Humanos. Caderno de Direito Constitucional**. Módulo V. Porto Alegre: EMAGIS, 2006, p. 27-43.

PITT, J; BOURAZERI, A; NOWAK, A, ROSZCZYNSKA-KURASINKA, M, RYCHWALSKA, A; SANTIAGO, I. R; SANCHEZ, M. L; FLOREA, M; SANDULEAC, M. **Transforming Big Data into Collective Awareness**, Computer, vol. 46, no. 6, pp. 40–45, 2013.

PONTE, A. C. **Crimes eleitorais**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 152.

POPITZ, **Überdie Präventivwirkung des Nichtwissens**. Dunkelziffer, NormundStrafe, Tübingen, 1968 Prittwitz, Strafrecht und Risiko. Untersuchungen zur Krise vonStrafrecht. Und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft, Frankfurt, 1993, p. 73.

POSPISIL, Radek; SKROB, Milan. **Actual Trends in Improvement of risk area security using combined methods for biometrical identification of subjects**, European Journal of Law and Technology, vol. 4, no. 2, Oct. 2013. Disponível em: <http://ejlt.org//issue/view/18>. Acesso em: 16.jul.2020.

PRADO, Geraldo. **Notas sobre proteção de dados, prova digital e o devido processo penal - parte I**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-ago-18/geraldo-prado-protecao-dados-prova-digital-devido-processo-penal>. Acesso em: 27.08.2020.

PRITTWITZ, Cornelius. **Strafrecht und Risiko. Apud in MENDOZA BUERGO, Blanca. El derecho penal en la sociedad del riesgo**. Prólogo de Gonzalo Rodríguez Mourullo. – Madrid: Editora Civitas, 2001. (colección monografías Civitas).

QUEIJO, Maria Elizabeth; GRINOVER, Ada Pellegrini. **O princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal**. 2002. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal**. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

QUINTANA, Fernando. **La ONU y la exégesis de los derechos humanos**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1999.

QUINTIERE, Víctor Minervino. **Questões controversas envolvendo a tutela jurisdicional penal e as novas tecnologias à luz da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) brasileira: dataveillance**. Revista ESMAT. Ano 11 - nº 17 Pág. 175 - 188 | Jan. à Jun. 2019. Disponível em: [http://esmat.tjto.jus.br/publicacoes/index.php/revista\\_esmat/article/view/290](http://esmat.tjto.jus.br/publicacoes/index.php/revista_esmat/article/view/290). Acesso em: 23.mar.2020.

QUIROGA, LÓPEZ BARJA DE. **El moderno derecho penal para una sociedad de riesgos**, PJ, 1997, n. 48, p. 289

RABENHORST, Eduardo R. **Dignidade humana e moralidade democrática**. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.

RABOWITZ, N. C., PEBERT, F., SONG, H.F., ZHANG, C., ESLAMI, S.M.A., BOTVINIK, M., **Machine Theory of Mind**. Disponível em <https://arxiv.org/abs/1802.07740> Acesso em 20.mar.2021.

RAGNEDDA, Massimo. **Social Networks and the Protection of Personal Information. When Privacy is Not Perceived As a Right**, International Federation for Information Processing, p.44. Disponível em: <http://www.ati.es/novatica/2013/ASA/nvS2013sum.html>. Acesso em: 16.jul.2020.

RAMOS, Alberto Guerreiro. A patologia social do ‘branco’ brasileiro. In: RAMOS, Alberto Guerreiro, **Introdução crítica à sociologia brasileira**. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 1995. DUARTE, Evandro C. Piza. **Criminologia & racismo**. Curitiba: Juruá, 2002.

REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional Do Direito** 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994. pp. 200.

REGAN, Priscilla. **Privacy and Commercial Use of Personal Data: Policy Developments in the United States**, Journal of Contingencies and Crisis Management, vol. 11, no. 1, pp. 12–18, 2003. Disponível em: <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/jccm.2003.11.issue-1/issuetoc>. Acesso em: 14.jul.2020.

REGAN, Priscilla. M. **Safe Harbors or Free Frontiers? Privacy and Transborder Data Flows**, Journal of Social Issues, vol. 59, no. 2, pp. 263–282, 2003. Disponível em: <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/josi.2003.59.issue-2/issuetoc> . Acesso em: 14.jul.2020.

REIS, Vilma. Atucaiados pelo Estado. **As políticas de segurança pública implementadas nos bairros populares de Salvador e suas representações 1991-2001**. Dissertação de mestrado: UFBA, 2005.

RICO, Bruno. **O papel da GCU no combate à corrupção: dez anos de atividade.** Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/pontoevirgula/article/viewFile/12886/12315>. Acesso em: 07.jan.2019.

RILEY, JENN **Understanding metadata : what is metadata, and what is it for?.** Baltimore, MD: [s.n.] ISBN 978-1-937522-72-8. OCLC 1016879519 Disponível em: <https://www.worldcat.org/title/understanding-metadata-what-is-metadata-and-what-is-it-for/oclc/1016879519>. Acesso em: 07.fev.2020.

RINNER, Bernhard. WOLF, Wayne. **An Introduction to Distributed Smart Cameras,** Proceedings of the IEEE, vol. 96, no. 10, pp. 1565–1575, 2008. F. Qureshi and D. Terzopoulos, Smart Camera Networks in Virtual Reality, Proceedings of the IEEE, vol. 96, no. 10, pp. 1640–1656, 2008. Disponível em: <http://ieeexplore.ieee.org/xpl/tocresult.jsp?isnumber=4663199> . Acesso em: 15.jul.2020.

RODAS, João Grandino. **A Segunda Guerra Mundial transformou o Direito Internacional.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-ago-27/olhar-economico-segunda-guerra-mundial-transformou-direito-internacional>. Acesso em: 11.fev.2020.

RODOTÀ, Stefano. **Elaboratori elettronici e controllo sociale.** Bologna: Il Mulino, 1973.

RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje.** Organização Maria Celina Bodin de Moraes. Trad. Danilo Doneda e Luciano Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ROUANET, Sérgio Paulo. **Democracia mundial.** IN : Novaes, Adauto (org.). *O avesso da liberdade.* São Paulo : Companhia das Letras, 2002.

ROSEN, J. **Out of Context: The Purposes of Privacy,** Social Research, vol. 68, no. 1, pp. 209–220, Apr. 2001. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/i40043713>. Acesso em: 14.jul.2020.

ROTMAN, El conceplo de prevención dei delito, **AP**, 43/1998.

ROXIN, Claus. **El desarrollo del derecho penal e el siguiente siglo, Dogmática penal y política criminal**(trad. Abanto Vásquez), Uma, 1998, p. 435 e ss, 448-449.

RYKWERT, Joseph. **Privacy in Antiquity,** Social Research, vol. 68, no. 1, pp. 29–40, Apr. 2001. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/i40043713>. Acesso em: 14.jul.2020.

SAHA, Sankalita. PUTHENPURAYIL Sebastian, SCHLESSMAN, Jason; BHATTACHARYYA, Shuvra. S; WOLF, Wayne., **The Signal Passing Interface and Its Application to Embedded Implementation of Smart Camera Applications,** Proceedings of the IEEE, vol. 96, no. 10, pp. 1576–1587, 2008. Disponível em: <http://ieeexplore.ieee.org/xpl/tocresult.jsp?isnumber=4663199> . Acesso em: 15.jul.2020.

SAMATAS, Minas. **Surveillance in Athens 2004 and Beijing 2008 A Comparison of the Olympic Surveillance Modalities and Legacies in Two Different Olympic Host Regimes,** Urban Stud, vol. 48, no. 15, pp. 3347–3366, Nov. 2011.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **A constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva., **Aproximación al derecho penal contemporâneo**, Barcelona, 1992.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva, **A Expansão do Direito Penal - Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. 3a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SANKARANARAYANAN, Aswin. C; VEERARAGHAVAN, Ashok; CHELLAPPA, Rama., **Object Detection, Tracking and Recognition for Multiple Smart Cameras**, Proceedings of the IEEE, vol. 96, no. 10, pp. 1606–1624, 2008. Disponível em: <http://ieeexplore.ieee.org/xpl/tocresult.jsp?isnumber=4663199> . Acesso em: 15.jul.2020.

SANTOS, Katia R. da Costa; SOUZA, Edileuza P. **SEPPIR Promovendo a igualdade racial: para um Brasil sem racismo**. SEPPIR: Brasília, 2016, p. 82 – 88.

SANTOS, Marcus Renan Palácio de M.C.dos. **Princípio nemo tenetur se detegere e os limites a um suposto direito de mentir**. Disponível em:<http://tmp.mpce.mp.br/esmp/publicacoes/ed12010/artigos/3Prncipiopionemotenetur.pdf>. Acesso em: 22.jul.2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Livraria do advogado editora. 2012.

SARTORI. **La democracia después del comunismo**. Madrid. 1993.

SCARF, Maggie. **Secrets for Sale**, Social Research, vol. 68, no. 1, pp. 333–338, Apr. 2001. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/i40043713>. Acesso em: 14.jul.2020.

SCHAUER, Frederick. **Introduction: The Legal Construction of Privacy**, Social Research, vol. 68, no. 1, pp. 51–53, Apr. 2001. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/i40043713>. Acesso em: 14.jul.2020.

SCHEERER, Sébastien. **L’entrepreneur moral atypique**. *Déviance et société*, v. 9, n. 3, p. 267–289, 1985. Disponível em: [https://www.persee.fr/doc/ds\\_0378-7931\\_1985\\_num\\_9\\_3\\_1450](https://www.persee.fr/doc/ds_0378-7931_1985_num_9_3_1450). Acesso em: 07.jul.2020.

SCHIMMEL, Kimberly. S. From ‘**Violence-complacent**’ to ‘**Terrorist-ready**’ Post-9/11 Framing of the US Super Bowl, *Urban Stud*, vol. 48, no. 15, pp. 3277–3291, Nov. 2011.

SCHNEIER, Bruce. **The future of privacy**, in Schneier on security. Disponível em: [http://www.schneier.com/blog/archives/2006/03/the\\_future\\_of\\_p.html](http://www.schneier.com/blog/archives/2006/03/the_future_of_p.html). Acesso em: 02 Jun. 2015. OTERO, 2016, p. 481.

SCHNEIER, Bruce. **On people, the death of privy, and data pollution**. *EDUCAUSE Review*, mar./abr. De 2008. Disponível em: <http://www.schneier.com/news-055.html>. Acesso em: 02 Jun. 2015.

SCHNEIER, Bruce. **Data and Goliath: the Hidden Battles to Collect Your Data and Control Your World.** New York: W. W. Norton & Company, 2015. 398 p.

SCHUMPETER, Joseph E. **On the Concept of Social Value.** In: Quarterly Journal of Economics, volume 23, 1908-9. Pp. 213-232»

SCHÜNRMANN. **Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft,** GA, 1995, p. 201 e ss, 211

SCHÜNEMANN. **Consideraciones criticassobre Ia situación espiritual de Ia ciência jurídico-penal alemana** (trad. Cancio Meliá). Bogotá, 1996, p. 28 e ss.

SCHWARTZ, Oscar. You thought fake News was bad? Deep fakes are where truth goes to die. The Guardian. ISSN 0261-3077. Acesso em: 03.dez.2019.

SERPANOS, Dimitrios; PAPALAMBROU, Aandreas. **Security and Privacy in Distributed Smart Cameras,** Proceedings of the IEEE, vol. 96, no. 10, pp. 1678–1687, 2008. Disponível em: <http://ieeexplore.ieee.org/xpl/tocresult.jsp?isnumber=4663199> . Acesso em: 15.jul.2020.

SEVCENKO, Nicolau. **O enigma pós-moderno.** IN : Oliveira, Roberto Cardoso de (org.). *Pós-modernidade.* Campinas-SP : Editora da UNICAMP, 1987.

SHANE, Peter. M., Foreword: **The NSA and the Legal Regime for Foreign Intelligence Surveillance ,I/S:** A Journal of Law and Policy for the Information Society, Volume 9, Issue 3, 2014. Disponível em: <http://moritzlaw.osu.edu/students/groups/is/online-nsa-symposium/> . Acesso em: 16.jul.2020.

SHAPIRO, Michael. J. **Every Move You Make: Bodies, Surveillance, and Media,** Social Text, vol. 23, no. 2 83, pp. 21–34, Jun. 2005. Disponível em: [http://socialtext.dukejournals.org/content/23/2\\_83.toc](http://socialtext.dukejournals.org/content/23/2_83.toc) 5/16 R. Acesso em: 14.jul.2020.

SHAPIRO, Michael. J **Free Speech and the Social Construction of Privacy,** Social Research, vol. 68, no. 1, pp. 221–232, Apr. 2001. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/i40043713>. Acesso em: 14.jul.2020.

SIMON, Jonathan. **The emergence of a risk Society: insurance, law, and the State,** *Socialist Review*, 95 (1987), p.61 ess.

STEINHARDT, Barry. **Does Privacy Have a Future after 9/11?,** Journal of Contingencies and Crisis Management, vol. 11, no. 1, pp. 32–36, 2003. Disponível em: <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/jccm.2003.11.issue-1/issuetoc>. Acesso em: 14.jul.2020.

STRANDBURG, Katherine. **Membership Lists, Metadata, and Freedom of Association’s Specificity Requirement,** I/S: A Journal of Law and Policy for the Information Society, Volume 9, Issue 3, 2014. Disponível em: <http://moritzlaw.osu.edu/students/groups/is/online-nsa-symposium/> . Acesso em: 16.jul.2020.

STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado.** 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.



STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 6a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.

SILVA, Evelyn Melo. **Você já ouviu falar em deepfake e em shallowfakes e como eles podem afetar a eleição de 2020?** Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI315545,101048Voce+ja+ouviu+falar+em+deepfake+e+em+shallowfake+e+como+eles+podem>. Acesso em: 03.dez.2019.

SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação defensiva é direito decorrente das regras do ordenamento jurídico**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-19/tribuna-defensoria-investigacao-defensiva-direito-decorrente-ordenamento-juridico#:~:text=Investiga%C3%A7%C3%A3o%20defensiva%20%C3%A9%20direito%20decorrente%20das%20regras%20do%20ordenamento%20jur%C3%ADdico&text=Recentemente%20a%20Ordem%20dos%20Advogados,a%20ser%20desenvolvida%20por%20advogado..> Acesso em: 22.jul.2020.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 13. Ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 174 e 177.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. Malheiros Editores. 32ª edição. 2009. São Paulo.

STONE – ROMERO, Eugene. F. STONE, Diana. L; HYATT, David. **Personnel Selection Procedures and Invasion of Privacy**, Journal of Social Issues, vol. 59, no. 2, pp. 343–368, 2003. Disponível em: <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/josi.2003.59.issue-2/issuetoc>. Acesso em: 14.jul.2020.

SUTHERLAND, Edwin H. **White-Collar Criminality**. In: American Sociological Review, Vol. 5, No. 1 (Feb., 1940), pp. 1-12. Disponível em: [https://is.muni.cz/el/1423/podzim2015/BSS166/um/Sutherland.\\_1940.\\_White-collar\\_Criminality.pdf](https://is.muni.cz/el/1423/podzim2015/BSS166/um/Sutherland._1940._White-collar_Criminality.pdf). Acesso em: 19.mar.2020.

SVENONIUS, Ola. **The Stockholm Security Project: Plural policing, security and surveillance**, Information Polity, vol. 17, no. 1, pp. 35–43, Jan. 2012.

SWAANINGEN, Van, **Critical criminology**. Visions from Europe, London, 1997.

SYDOW, Spencer Toth. **As 10 expansões de Jesús-María Silva Sánchez**. Disponível em: [www.academia.edu.br](http://www.academia.edu.br). Acesso em: 17.jul.2020.

TALLON, P. P. **Corporate Governance of Big Data: Perspectives on Value, Risk, and Cost**, Computer, vol. 46, no. 6, pp. 32–38, 2013. Disponível em: <http://ieeexplore.ieee.org/xpl/tocresult.jsp?isnumber=6527234>. Acesso em: 16.jul.2020.

TAYLOR, Emmeline. **Awareness, understanding and experiences of CCTV amongst teachers and pupils in three UK schools**, Information Polity, vol. 16, no. 4, pp. 303–318, Jan. 2011.

TAYLOR, Emmeline. **Revisiting the surveillance camera revolution: Issues of**

**governance and public policy. Introduction to part one of the Special Issue**, Information Polity, vol. 16, no. 4, pp. 297–301, Jan. 2011.

TAYLOR, Tracy; TOOHEY, Kristine. **Ensuring Safety at Australian Sport Event Precincts Creating Securitised, Sanitised and Stifling Spaces?**, Urban Stud, vol. 48, no. 15, pp. 3259–3275, Nov. 2011.

THOMAS, ELISE. **New surveillance tech means you'll never be anonymous again**. Disponível em: <https://www.wired.co.uk/article/surveillance-technology-biometrics>. Acesso em: 11.ago.2020.

THURMAN, James. M. **US courts confront GPS surveillance: is Maynard a harbinger of change or an anomaly?**, Journal of Location Based Services, vol. 5, no. 3–4, pp. 201–222, 2011. Disponível em: <http://www.tandfonline.com/toc/tlbs20/5/3-4> . Acesso em: 15.jul.2020.

TOBEÑAS, José Castan. **Los derechos Del hombre**. Madri : Reus, 1976.

TOFFLER, Crisis de la democracia de masas em EEUU, no diário **El Mundo**, de 12.12.2000.

TOVIL, Joel. **A proteção contra a Auto-Acusação Compulsória Aplicada à Persecução Penal**. In: Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal. Volume 4, n. 22, fev/mar. 2008.

TOPAL, Cagatay. **Global Citizens and Local Powers: surveillance in Turkey**, Social Text, vol. 23, no. 2 83, pp. 85–93, Jun. 2005. Disponível em: [http://socialtext.dukejournals.org/content/23/2\\_83.toc](http://socialtext.dukejournals.org/content/23/2_83.toc) 5/16 R. Acesso em: 14.jul.2020.

TORPEY, John. **Through Thick and Thin: Surveillance after 9/11**, Contemporary Sociology, vol. 36, no. 2, pp. 116–119, Mar. 2007.

UGWUDIKE, Pamela. **Digital prediction technologies in the justice system: The implications of a ‘race-neutral’ agenda**. In: Theoretical Criminology Journal. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/full/10.1177/1362480619896006>. Acesso em: 12.11.2020

VAN HARTEN, Dirk; VAN EST, Riniee. **Privacy in an Information Society**, Journal of Contingencies and Crisis Management, vol. 11, no. 1, pp. 1–1, 2003. Disponível em: <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/jccm.2003.11.issue-1/issuetoc>. Acesso em: 14.jul.2020.

VAN SWAANINGEN/TAYLOR, **Rethinking criticai criminology**. A panel discussion, em Crime, Law & Social Change, 21, 1994.

VASCONCELOS, Douglas Borges de. **Policy analysis: A política pública brasileira de combate à Lavagem de Dinheiro**. Disponível em [www.ufrj.br](http://www.ufrj.br). Acesso em: 20.jul.2020.

VELASCO NÚÑEZ, Eloy. **Límites a las investigaciones y a la prueba en el proceso penal**. In: *Delitos tecnológicos: definición, investigación y prueba en el proceso penal*. Madrid: Editorial Jurídica Sepín, 2016. p. 22.

VERMEULEN, Mathias. **Secrecy Trumps Location: A Short Paper on Establishing the Gravity of Privacy Interferences Posed by Detection Technologies**, International Federation for Information Processing, p.23. Disponível em: <http://www.ati.es/novatica/2013/ASA/nvS2013sum.html>. Acesso em: 16.jul.2020.

VIANNA, Maria Lúcia T. Werneck & SILVA, Beatriz Azeredo da. **Interpretação e avaliação da política social no Brasil: unia bibliografia comentada**. In: MPAS/CEPAL. A Economia e a política em tempo de crise, articulação institucional e descentralização. v.3, Brasília, 1 989.

VIERIA, Antonio. **Riesgos y Controles Epistémicos em la delación premiada: aportaciones a partir de la experiência em Brasil**. Fls. 56/57, Marcial Pons, 2020, Barcelona.

WACQUANT, Loïc. **Urban Outcasts: A Comparative Sociology of Advanced Marginality**. Cambridge: Polity, 2008.

WACHTEL, Julius. **From morals to practice: Dilemmas of control in undercover policing**, Crime Law Soc Change, vol. 18, no. 1–2, pp. 137–158, Sep. 1992.

WADE, Lindsey. **Facing the threat: Invading the body for national security**, Know Techn Pol, vol. 17, no. 1, pp. 74–80, Mar. 2004. Disponível em: <http://link.springer.com/journal/12130/17/1>. Acesso em: 14.jul.2020.

WAGENNAR, Pieter; BOERSMA, Kees. **Zooming in on ‘heterotopia’: CCTV-operator practices at Schiphol Airport**, Information Polity, vol. 17, no. 1, pp. 7–20, Jan. 2012.

WALL, Tyler; MONAHAN, Torin. **Surveillance and violence from afar: The politics of drones and liminal security-scapes**, Theoretical Criminology, vol. 15, no. 3, pp. 239–254, Aug. 2011. Disponível em: <http://tcr.sagepub.com/content/15/3.toc>. Acesso em: 15.jul.2020.

WEDY, Miguel Tedesco. **A eficiência em Direito Penal**. Revista de Estudos Criminais 49. Abril a junho de 2013. Disponível em: <http://www.bdr.sintese.com/AnexosPDF/REC%2049%20-%20doutrina%20nacional.pdf>. Acesso em: 07.jul.2020.

WEFFORT, Francisco. **O populismo na política brasileira**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1980.

WELCH, Michael. **Counterveillance: How Foucault and the Groupe d’Information sur les Prisons reversed the optics**, Theoretical Criminology, vol. 15, no. 3, pp. 301–313, Aug. 2011. Disponível em: <http://tcr.sagepub.com/content/15/3.toc>. Acesso em: 15.jul.2020.

WERNECK, Jurema. **A era da inocência já acabou, já foi tarde**. In: Ashoka-Empreendedores Sociais; Takano. (Org.). **Racismos Contemporâneos**. 1ed.Rio de Janeiro: Takano Editora, 2003, v. , p. 39-48.

WESTIN, Alan. F. **Social and Political Dimensions of Privacy**, Journal of Social Issues, vol. 59, no. 2, pp. 431–453, 2003. Disponível em: <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/josi.2003.59.issue-2/issuetoc> . Acesso em:

14.jul.2020.

WIDEN, William. H. **Smart Cameras and the Right to Privacy**, Proceedings of the IEEE, vol. 96, no. 10, pp. 1688–1697, 2008. Disponível em: <http://ieeexplore.ieee.org/xpl/tocresult.jsp?isnumber=4663199> . Acesso em: 15.jul.2020.

WIGAN, Marcus. R; CLARKE, Roger. **Big Data’s Big Unintended Consequences**, Computer, vol. 46, no. 6, pp. 46–53, 2013. Disponível em: <http://ieeexplore.ieee.org/xpl/tocresult.jsp?isnumber=6527234>. Acesso em: 16.jul.2020.

WINSTON, Patrick. **The Strong Story Hypothesis and the Directed Perception Hypothesis**. digital. Disponível em <https://dspace.mit.edu/bitstream/handle/1721.1/67693/Submitted.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Acesso em 06.04.2021. P. 2.

WISMAN, T. **Purpose creep by design: Transforming the face of surveillance through the Internet of Things**, European Journal of Law and Technology, vol. 4, no. 2, Oct. 2013. Disponível em: <http://ejlt.org//issue/view/18>. Acesso em: 16.jul.2020.

WHITLEY, A; HOSEIN, G. **Global Challenges for Identity Policies**. Information Polity, vol. 17, no. 1, pp. 69–71, Jan. 2012.

WILLIAMS, Zoe. **What is in the internet troll?** Disponível em: <http://www.theguardian.com/technology/2012/jun/12/what-is-an-internet-troll>. Acesso em: 20.fev.2020.

WILLIS, James.; SILBEY; Susan. **Self, Surveillance, and Society**, The Sociological Quarterly, vol. 43, no. 3, pp. 439–445, 2002. Disponível em: <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/tsq.2002.43.issue-3/issuetoc>. Acesso em: 14.jul.2020.

WISEMAN, Frederick. **Privacy and Documentary Filmmaking**, Social Research, vol. 68, no. 1, pp. 41–47, Apr. 2001. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/i40043713>. Acesso em: 14.jul.2020.

WOLF, Paul. **COINTELPRO: The Untold American Story**. World Conference Against Racism. Durbin, South Africa. 2001. p. 11. Disponível em: <https://archive.org/details/CointelproTheUntoldAmericanStory>. Acesso em: 14.jul.2020.

WOOD, David. Murakami; ABE, Kiyoshi. **The Aesthetics of Control Mega Events and Transformations in Japanese Urban Order**, Urban Stud, vol. 48, no. 15, pp. 3241–3257, Nov. 2011. Disponível em: <http://usj.sagepub.com/content/48/15.toc>. Acesso em: 15.jul.2020.

WOOD, D. M. Robert O’Harrow, Jr., **No Place to Hide**, Know Techn Pol, vol. 20, no. 2, pp. 125–126, Jul. 2007. Disponível em: <http://link.springer.com/journal/12130/20/2/page/1> . Acesso em: 16.jul.2020.

WRIGHT, David; FINN, Rachel; RODRIGUES, Rowena. **A Comparative Analysis of Privacy Impact Assessment in Six Countries**, Journal of Contemporary European Research, vol. 9, no. 1, pp. p160–180, Jul. 2013. Disponível em:

<http://www.jcer.net/index.php/jcer/issue/view/28>. Acesso em: 16.jul.2020.

WU, Chen; AGHAJAN, Hamid. **Real-Time Human Pose Estimation: A Case Study in Algorithm Design for Smart Camera Networks**, Proceedings of the IEEE, vol. 96, no. 10, pp. 1715–1732, 2008. Disponível em:

<http://ieeexplore.ieee.org/xpl/tocresult.jsp?isnumber=4663199> . Acesso em: 15.jul.2020.

YEAZELL, R.B **Sexuality, Shame, and Privacy in the English Novel, Social Research**, vol. 68, no. 1, pp. 119–144, Apr. 2001. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/i40043713>. Acesso em: 14.jul.2020.

YOO, J. **Foreword: The NSA and the Legal Regime for Foreign Intelligence Surveillance**, I/S: A Journal of Law and Policy for the Information Society, Volume 9, Issue 3, 2014. Disponível em: <http://moritzlaw.osu.edu/students/groups/is/online-nsa-symposium/> . Acesso em: 16.jul.2020.

YOUNG, M. D. **National Insecurity: The Impacts of Illegal Disclosures of Classified Information**, I/S: A Journal of Law and Policy for the Information Society, Volume 9, Issue 3, 2014. Disponível em: <http://moritzlaw.osu.edu/students/groups/is/online-nsa-symposium/> . Acesso em: 16.jul.2020.

ZAFFARONI, Eugênio. **El derecho penal liberal y sus enemigos**, manuscrito de su intervención con motivo de recibir el título de doctor honoris causae de la Universidad de Castilla-La Mancha, Toledo, janeiro de 2004.

ZAMORANO, Claudia; CAPRON, Guénola. **Privatization of Security and the Production of Space in Mexico City: Challenges for Urban Planning**, International Journal of E-Planning Research (IJEPR) Vol 2 (2013) Issue 4, pp. 59-74. Disponível em: <http://www.igi-global.com/journal-contents/international-journal-planning-research-ijepr/44994>. Acesso em: 16.jul.2020.

ZAVRSNIK, A. **Blurring the Line between Law Enforcement and Intelligence: Sharpening the Gaze of Surveillance?**, Journal of Contemporary European Research, vol. 9, no. 1, pp. p181–202, Jul. 2013. Disponível em: <http://www.jcer.net/index.php/jcer/issue/view/28>. Acesso em: 16.jul.2020.

ZURAWSKI, N. **From crime prevention to urban development**, Information Polity, vol. 17, no. 1, pp. 45–55, Jan. 2012.

ZURAWSKI, N. **LOCAL PRACTICE AND GLOBAL DATA: Loyalty Cards, Social Practices, and Consumer Surveillance**, The Sociological Quarterly, vol. 52, no. 4, pp. 509–527, 2011.

ZUREIK, E. **Surveillance Studies: From Metaphors to Regulation to Subjectivity**, Contemporary Sociology, vol. 36, no. 2, pp. 112–115, Mar. 2007. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/i20443698>. Acesso em: 15.jul.2020.

## REFERENCIAS JURISPRUDENCIAIS

ÁFRICA DO SUL. Tribunal Constitucional da África do Sul. **Osman and Another v Attorney-General for the Transvaal (CCT37/97) [1998] ZACC 14; 1998 (4) SA 1224; 1998 (11) BCLR 1362 (23 September 1998)**. Disponível em: <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/1998/14.html>. Acesso em: 08.jul.2020.

ÁFRICA DO SUL. Tribunal Constitucional da África do Sul. **Ferreira v. Levin and Others; Vryenhoek and Others v. Powell and Others (1995)**. Disponível em: <https://www.venice.coe.int/webforms/events/>. Acesso em: 08.jul.2020.

ALEMANHA. BUNDESVERFASSUNGSGERICHT. **Legal provisions on providing and obtaining information on subscriber data are unconstitutional**. Press Release n°. 61/2020 of 17 July 2020. Order of 27 May 2020 - 1 BvR 1873/13, 1 BvR 2618/13 (Subscriber data II). Disponível em: [https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2020/bvg20-061.html;jsessionid=9D6938DE8FA454B102EABACB21C5293B.1\\_cid383](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2020/bvg20-061.html;jsessionid=9D6938DE8FA454B102EABACB21C5293B.1_cid383). Acesso em: 21 de jul. 2020.

BRASIL. CNJ. **Resolução n° 332, de 21 de agosto de 2020**. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/files/original191707202008255f4563b35f8e8.pdf>>. Acesso em: 01.set.2021.

BRASIL. STF. 1ª Turma. **RE 548181/PR**, rel. Min. Rosa Weber, julgado em 6/8/2013 (Info 714). Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em: 08.jul.2020.

BRASIL. STF. 2ª Turma. **HC 92763**, Rel. Min. Eros Grau, julgado em 12/02/2008. Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em: 27.ago.2020.

BRASIL. STF. 2ª Turma. **RE 648223 AgR**, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 18/10/2011. Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em: 13.abr.2020.

BRASIL. STF. Plenário. **HC 127.483**, Relatoria Ministro Dias Toffoli, Dje 04/02/2016:Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 07.jul.2020.

BRASIL. STF. Plenário. **RE 640139 RG**, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 22/09/2011. Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em: 13.abr.2020.

BRASIL. STF. Plenário. **RE 971959 RG**, rel. Min. Luiz Fux, P, j. 05-08-2016, DJE de 10-11-2016, Tema 907. Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em: 08.jul.2020.

BRASIL. STF. Plenário. **RE 635145**, rel. min. Marco Aurélio, red. p/ acórdão min. Luiz Fux, P, j. 1º-08-2016, DJE de 13-09- 2017, Tema 613. Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em: 08.jul.2020.

BRASIL. STJ. 3ª Seção. **REsp 1.362.524-MG**, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 23/10/2013. Disponível em: [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br). Acesso em: 13.abr.2020.

BRASIL. STJ. 3ª Seção. **RMS 61.302/RJ**, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 26/08/2020 (Info 678). Disponível em: [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br). Acesso em: 09.fev.2021.

BRASIL. STJ. 5ª Turma. **RHC n. 67.379-RN**, Rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 20.10.2016 (Info 593). Disponível em: [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br). Acesso em: 20.abr.2020.

BRASIL. STJ. 6ª Turma. **RHC n. 51.531-RO**. Disponível em: [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br). Acesso em: 20.abr.2020.

BRASIL. STJ. 6ª Turma. **RHC n. 86-076 – MT**. Disponível em: [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br). Acesso em: 20.abr.2020.

CANADÁ. Suprema Corte do Canadá. **R.v. Fitzpatrick (1995)**. Disponível em: <http://www.codices.coe.int/NXT/gateway.dll?f=templates&fn=default.htm>. Acesso em: 08. Jul.2020.

CIDH. **García Cruz y Sánchez Silvestre Vs. México (2013)**. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_273\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_273_esp.pdf). Acesso em: 08.jul.2020.

CHILE. Tribunal Constitucional do Chile. **Sentencia n. Rol 2381 (2013)**. Disponível em: <https://jurisprudencia.vlex.cl/vid/-456315042>. Acesso em: 08.jul.2020.

CHIPRE. Suprema Corte de Chipre. **Psyllas v. Republic of Cyprus (2003)**. Disponível em: [http://www.codices.coe.int/NXT/gateway.dll/CODICES/precis/eng/eur/cyp/cyp-2003-2-001?f=templates\\$fn=document-frameset.htm\\$q=%5Bfield,IDEcross%3A%5Bborderedprox,0%3Aconst-eng-cyp-a-012%5D%5D%20\\$x=server\\$3.0#LPHit1](http://www.codices.coe.int/NXT/gateway.dll/CODICES/precis/eng/eur/cyp/cyp-2003-2-001?f=templates$fn=document-frameset.htm$q=%5Bfield,IDEcross%3A%5Bborderedprox,0%3Aconst-eng-cyp-a-012%5D%5D%20$x=server$3.0#LPHit1). Acesso em: 08.jul.2020.

CROÁCIA. Tribunal Constitucional da República da Croácia. **U-I-933/1998 (1999)**. Disponível em: [https://narodne-novine.nn.hr/clanci/sluzbeni/full/1999\\_10\\_108\\_1780.html](https://narodne-novine.nn.hr/clanci/sluzbeni/full/1999_10_108_1780.html). Acesso em: 08.jul.2020.

ESLOVÊNIA. Tribunal Constitucional da República da Eslovênia. **Up-134/97 (2002)**. Disponível em: <http://odlocitve.us-rs.si/documents/8e/1f/up-134-972.pdf>. Acesso em: 08.jul.2020.

ESPANHA. Tribunal Constitucional da Espanha. **Sentencia 202/2000 (2000)**. Disponível em: <http://hj.tribunalconstitucional.es/docs/BOE/BOE-T-2000-15925.pdf>. Acesso em: 08.jul.2020.

EUA. **Children's Online Privacy Protection Act (COPPA)**. Disponível em: <https://www.ftc.gov/enforcement/rules/rulemaking-regulatory-reform-proceedings/childrens-online-privacy-protection-rule>. Acesso em: 17.mar.2020.

EUA. **Controlling the Assault of Non-Solicited Pornography and Marketing Act (CAN-SPAM)** Disponível em: <https://www.federalregister.gov/documents/2019/04/04/2019-06562/controlling-the-assault-of-non-solicited-pornography-and-marketing-rule>. Acesso em: 17.mar.2020.

EUA. **Driver's Privacy Protection Act**. Disponível em: <https://dmv.ny.gov/forms/mv15dppa.pdf>. Acesso em: 17.mar.2020.

- EUA. **Fair Credit Reporting Act (FCRA)**. Disponível em: [https://www.ffc.gov/exam/InfoBase/documents/02-con-fair\\_credit\\_reporting\\_act-000799.pdf](https://www.ffc.gov/exam/InfoBase/documents/02-con-fair_credit_reporting_act-000799.pdf). Acesso em: 17.mar.2020.
- EUA. Suprema Corte dos Estados Unidos. **Twining v. New Jersey (1908)**. Disponível em: <https://www.oyez.org/cases/1900-1940/211us78>. Acesso em: 08.jul.2020.
- EUA. Suprema Corte dos Estados Unidos. **Malloy v. Hogan (1964)**. Disponível em: <https://www.oyez.org/cases/1963/110>. Acesso em: 08.jul.2020.
- EUA. Suprema Corte dos Estados Unidos. **Miranda v. Arizona (1966)**. Disponível em: <https://www.uscourts.gov/educational-resources/educational-activities/facts-and-case-summary-miranda-v-arizona>. Acesso em: 08.jul.2020.
- EUA. Suprema Corte dos Estados Unidos. **Bobby v. Dixon (2011)**. Disponível em: <http://www.codices.coe.int/NXT/gateway.dll/CODICES/precis/fra/ame/usa/usa-2011-3-008>. Acesso em: 08.jul.2020.
- EUA. Suprema Corte dos Estados Unidos. **Kansas v. Cheever (2013)**. Disponível em: <http://www.codices.coe.int/NXT/gateway.dll/CODICES/precis/fra/ame/usa/usa-2013-3-009>. Acesso em: 08.jul.2020.
- EUA. Suprema Corte Norte Americana. **Wisconsin vs. Loomis**. Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/Search.aspx?FileName=/docketfiles/16-6387.htm>. Acesso em 19.07.2020.
- EUA. **Telemarketing Sales Rules (TSR)**. Disponível em: <https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/reports/federal-trade-commission-report-congress/dnciareportappenda.pdf>. Acesso em: 17.mar.2020.
- EUROPA. Corte Europeia de Direitos Humanos. **Privacy International e o. Contra Reino Unido (no. 46259/16)**. Disponível em: [https://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Mass\\_surveillance\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Mass_surveillance_ENG.pdf). Acesso em: 13.jul.2020.
- EUROPA. Corte Europeia de Direitos Humanos. **Follorou v. França (nº 30635/17)**. Disponível em: [https://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Mass\\_surveillance\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Mass_surveillance_ENG.pdf). Acesso em: 13.jul.2020.
- EUROPA. Corte Europeia de Direitos Humanos. **Johannes v. França (nº 30636/17)**. Disponível em: [https://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Mass\\_surveillance\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Mass_surveillance_ENG.pdf). Acesso em: 13.jul.2020.
- EUROPA. Corte Europeia de Direitos Humanos. **Associação Fraternal da Imprensa Judicial c. França e outras 11 pessoas**. Disponível em: [https://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Mass\\_surveillance\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Mass_surveillance_ENG.pdf). Acesso em: 13.jul.2020.
- EUROPA. Corte Europeia de Direitos Humanos. **Tretter and Others v. Austria (no. 3599/10)**. Disponível em:



[https://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Mass\\_surveillance\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Mass_surveillance_ENG.pdf). Acesso em: 13.jul.2020.

EUROPA. Corte Europeia de Direitos Humanos. **Ringler v. Áustria (n° 2309/10)**. Disponível em: [https://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Mass\\_surveillance\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Mass_surveillance_ENG.pdf). Acesso em: 13.jul.2020. Ringler v. Áustria (n° 2309/10),

EUROPA. Corte Europeia de Direitos Humanos. **Big Brother Watch and Others v. the United Kingdom**. Disponível em: [https://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Mass\\_surveillance\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Mass_surveillance_ENG.pdf). Acesso em: 13.jul.2020.

EUROPA. Corte Europeia de Direitos Humanos. **Centrum För Rättvisa v. Suécia**. Disponível em: [https://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Mass\\_surveillance\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Mass_surveillance_ENG.pdf). Acesso em: 13.jul.2020.

EUROPA. Corte Europeia de Direitos Humanos. **Szabó and Vissy v. Hungria**. Disponível em: [https://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Mass\\_surveillance\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Mass_surveillance_ENG.pdf). Acesso em: 13.jul.2020.

EUROPA. Corte Europeia de Direitos Humanos. **Roman Zakharov v. Russia**. Disponível em: [https://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Mass\\_surveillance\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Mass_surveillance_ENG.pdf). Acesso em: 13.jul.2020.

EUROPA. Corte Europeia de Direitos Humanos. **Zubkov and Others v. Russia**. Disponível em: [https://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Mass\\_surveillance\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Mass_surveillance_ENG.pdf). Acesso em: 13.jul.2020.

EUROPA. Corte Europeia de Direitos Humanos. **Akhlyustin v. Russia**. Disponível em: [https://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Mass\\_surveillance\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Mass_surveillance_ENG.pdf). Acesso em: 13.jul.2020.

EUROPA. Corte Europeia de Direitos Humanos. **Moskalev v. Russia**. Disponível em: [https://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Mass\\_surveillance\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Mass_surveillance_ENG.pdf). Acesso em: 13.jul.2020.

EUROPA. Corte Europeia de Direitos Humanos. **Moskalev v. Russia**. Disponível em: [https://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Mass\\_surveillance\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Mass_surveillance_ENG.pdf). Acesso em: 13.jul.2020.

EUROPA. Corte Europeia de Direitos Humanos. **Kennedy v. the United Kingdom**. Disponível em: [https://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Mass\\_surveillance\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Mass_surveillance_ENG.pdf). Acesso em: 13.jul.2020.

EUROPA. Corte Europeia de Direitos Humanos. **Liberty and Others v. The United Kingdom (2008)**. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=003-2408879-2603113>. Acesso em: 13.jul.2020.

EUROPA. Corte Europeia de Direitos Humanos. **Klass and Others v. Alemanha. Application no. 5029/71** Disponível em:

[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22dmdocnumber%22:\[%22695387%22\],%22itemid%22:\[%22001-57510%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22dmdocnumber%22:[%22695387%22],%22itemid%22:[%22001-57510%22]}). Acesso em: 13.jul.2020.

EUROPA. Corte Europeia de Direitos Humanos. **Weber and Saraiva v. Alemanha**. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22002-3235%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22002-3235%22]}). Acesso em: 13.jul.2020.

FRANÇA. Conselho Constitucional. **Décision 2016-594 QPC (2016)**. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000033342574&categorieLien=id>. Acesso em: 08. Jul.2020.

ÍNDIA. Suprema Corte da Índia. **Smt. Selvi & Ors. v. State of Karnataka (2010)**. Disponível em: [https://indiankanoon.org/doc/338008/?\\_\\_cf\\_chl\\_jschl\\_tk\\_\\_=a3567fbabd0395245703a9aeba6422a1e192301a-1594244615-0-AUTYOkwK9uFxxhLyIB01iwV5xN8o\\_YpKnmhTHg7IIX30tzDzVJoTb4LtRjedPt3avwmcsABB-cV2qBncMIQyVhb5KLF56XjiXPX87Iz0T1f9okPyRcX6VOacaPAruNHliKAu58-tlWEJNpdDJ2wegFJ7KZB6mN8UBBzeUXsSxf\\_Nr2tY4hUbHN48WuhPxNO\\_AKWZPeJa-6SjiBE2TO1j\\_mo9BYCQMH07IxxqfrlILlqbHBXj0wE-g1VspIz3D\\_MjH2ydl9JJZ62j5IOCCe5iT0OGOdOUQIWozIPE1BsKJfLVR2OA8AmrCMje0S4YKqqC1T3dYxeYD67G2YO7pGvSThuLQowXN5-jz\\_7jk3e8VvI0](https://indiankanoon.org/doc/338008/?__cf_chl_jschl_tk__=a3567fbabd0395245703a9aeba6422a1e192301a-1594244615-0-AUTYOkwK9uFxxhLyIB01iwV5xN8o_YpKnmhTHg7IIX30tzDzVJoTb4LtRjedPt3avwmcsABB-cV2qBncMIQyVhb5KLF56XjiXPX87Iz0T1f9okPyRcX6VOacaPAruNHliKAu58-tlWEJNpdDJ2wegFJ7KZB6mN8UBBzeUXsSxf_Nr2tY4hUbHN48WuhPxNO_AKWZPeJa-6SjiBE2TO1j_mo9BYCQMH07IxxqfrlILlqbHBXj0wE-g1VspIz3D_MjH2ydl9JJZ62j5IOCCe5iT0OGOdOUQIWozIPE1BsKJfLVR2OA8AmrCMje0S4YKqqC1T3dYxeYD67G2YO7pGvSThuLQowXN5-jz_7jk3e8VvI0). Acesso em: 08.jul.2020.

IRLANDA. **Heaney v. Ireland (1996)**. Disponível em: [http://www.codices.coe.int/NXT/gateway.dll/CODICES/precis/eng/eur/irl/irl-1996-2-004?f=templates\\$fn=document-frameset.htm\\$q=%5Bfield,E\\_Alphabetical%20Index%3A%5Bborderedprox,0%3AConstitutional%20review%5D%5D%20\\$x=server\\$3.0#LPHit1](http://www.codices.coe.int/NXT/gateway.dll/CODICES/precis/eng/eur/irl/irl-1996-2-004?f=templates$fn=document-frameset.htm$q=%5Bfield,E_Alphabetical%20Index%3A%5Bborderedprox,0%3AConstitutional%20review%5D%5D%20$x=server$3.0#LPHit1). Acesso em: 08.jul.2020.

JAPÃO. Suprema Corte do Japão. **1993 (O) 1189 (1999)**. Disponível em: [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_en/detail?id=433](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_en/detail?id=433). Acesso em: 08.jul.2020.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional de Portugal. **Acórdão n° 418/2013 (2013)**. Disponível em: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/2774133/details/maximized>. Acesso em: 08.jul.2020.

REINO UNIDO. Divisão Civil da Corte de Apelação do Reino Unido. R (Bridges) v. CC South Wales & others. [2020] EWCA Civ 1058. Caso n°. C1/2019/2670. Data do julgamento: 11 de agosto de 2020. Decisão disponível em: <https://www.judiciary.uk/judgments/r-bridges-v-cc-south-wales/>. Acesso em: 27 de agosto de 2020.

REPÚBLICA CHECA. Tribunal Constitucional da República Checa. I. **ÚS 1849/08 (2010)**. Disponível em: [http://www.codices.coe.int/NXT/gateway.dll/CODICES/precis/eng/eur/cze/cze-2010-1-002?f=templates\\$fn=documentframeset.htm\\$q=%5Bfield,E\\_Thesaurus%3A05.03.28\\*%5D%20\\$x=server\\$3.0#LPHit1](http://www.codices.coe.int/NXT/gateway.dll/CODICES/precis/eng/eur/cze/cze-2010-1-002?f=templates$fn=documentframeset.htm$q=%5Bfield,E_Thesaurus%3A05.03.28*%5D%20$x=server$3.0#LPHit1). Acesso em: 08.jul.2020.

TEDH. *O'Halloran and Francis v. the United Kingdom (2007)*, Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22O'Halloran%22%5D,%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-81359%22%5D%7D>. Acesso em: 08.jul.2020.

TEDH. **Ibrahim and Others v. the United Kingdom (2016)**. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22ibrahim%22%5D,%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-166680%22%5D%7D>. Acesso em: 08.jul.2020.

UNIÃO EUROPEIA. CVRIA SITE. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d0f130deaba4da0417794a31b057a34452aae007.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4ObxqOe0?text=&docid=153853&pageIndex=0&doclang=pt&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=111237>. Acesso em: 24 mai 2019.

## REFERÊNCIAS LEGISLATIVAS

ARGENTINA. **Constituição Nacional**. Disponível em: <https://pdba.georgetown.edu/Parties/Argentina/Leyes/constitucion.pdf>. Acesso em: 02.abril.2020.

BRASIL. **Decreto nº 10.222/2020**. Dispõe sobre a Estratégia Nacional de Segurança Cibernética. Disponível em: <https://teletime.com.br/wp-content/uploads/2020/02/DECRETO-N%C2%BA-10.222.pdf>. Acesso em: 06.fev.2020.

BRASIL. **Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992**. Internaliza o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm) Acesso em: 02.abril.2020.

BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm) Acesso em: 02.abril.2020.

BRASIL. **Decreto nº 8.135/2013**. Dispõe sobre as comunicações de dados da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, e sobre a dispensa de licitação nas contratações que possam comprometer a segurança nacional. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2013/Decreto/D8135.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Decreto/D8135.htm). Acesso em: 23.mar.2020.

BRASIL. **Decreto nº 9.637**, de 26 de dezembro de 2018. Institui a Política Nacional de Segurança da Informação, dispõe sobre a governança da segurança da informação, e altera o Decreto nº 2.295, de 4 de agosto de 1997, que regulamenta o disposto no art. 24, caput, inciso IX, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e dispõe sobre a dispensa de licitação nos casos que possam comprometer a segurança nacional. Disponível em: [http://www.in.gov.br/materia/-/asset\\_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/56970098](http://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/56970098).

Acesso em: 23.mar.2020.

BRASIL. **Decreto-lei nº 1.002**. Código de Processo Militar. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del1002.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del1002.htm); . Acesso em: 07.jan.2020.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848**. Código Penal Brasileiro. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm), . Acesso em: 07.jan.2020.

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.688/41**. Lei das contravenções penais. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/norma/528775>. Acesso em: 21.jan.2020.

BRASIL. **Lei nº 1.521/51**. Dispõe sobre os crimes contra a economia popular. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L1521.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L1521.htm). Acesso em: 08.jan.2020.

BRASIL. **Lei nº 10.217/01**. Altera os arts. 1º e 2º da Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995, que dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/LEIS\\_2001/L10217.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LEIS_2001/L10217.htm). Acesso em: 21.jan.2020.

BRASIL. **Lei nº 10.826/03**. Dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – Sinarm, define crimes e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2003/L10.826.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.826.htm) . Acesso em: 07.jan.2020.

BRASIL. **Lei nº 11.343/06**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm); . Acesso em: 07.jan.2020.

BRASIL. **Lei nº 11.671/08**. Dispõe sobre a transferência e inclusão de presos em estabelecimentos penais federais de segurança máxima e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2008/Lei/L11671.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11671.htm); . Acesso em: 07.jan.2020.

BRASIL. **Lei nº 12.037/09**. Dispõe sobre a identificação criminal do civilmente identificado, regulamentando o art. 5º, inciso LVIII, da Constituição Federal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Lei/L12037.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12037.htm), . Acesso em: 07.jan.2020.

BRASIL. **Lei nº 12.694/12**. Dispõe sobre o processo e o julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por organizações criminosas; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e as Leis nºs 9.503, de 23

de setembro de 1997 - Código de Trânsito Brasileiro, e 10.826, de 22 de dezembro de 2003; e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12694.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12694.htm); . Acesso em: 07.jan.2020.

BRASIL. **Lei nº 12.850/13**. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm); . Acesso em: 07.jan.2020.

BRASIL. **Lei nº 13.531/2017**, de 7 de dezembro de 2017. Dá nova redação ao inciso III do parágrafo único do art. 163 e ao § 6º do art. 180 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2017/Lei/L13531.htm#art2](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13531.htm#art2). Acesso em: 28.nov.2019.

BRASIL. **Lei nº 13.608/2018**. Dispõe sobre o serviço telefônico de recebimento de denúncias e sobre recompensa por informações que auxiliem nas investigações policiais; e altera o art. 4º da Lei nº 10.201, de 14 de fevereiro de 2001, para prover recursos do Fundo Nacional de Segurança Pública para esses fins. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2018/Lei/L13608.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13608.htm); . Acesso em: 07.jan.2020.

BRASIL. **Lei nº 13.689/19**. Dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade; altera a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, e a Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994; e revoga a Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965, e dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm); . Acesso em: 07.jan.2020.

BRASIL. **Lei nº 13.709/2018**. Lei Geral de Proteção de Dados. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm) . Acesso em: 26 out. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.756/2019**. Dispõe sobre o Fundo Nacional de Segurança Pública (FNSP), sobre a destinação do produto da arrecadação das loterias e sobre a promoção comercial e a modalidade lotérica denominada apostas de quota fixa e outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2018/Lei/L13756.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13756.htm); . Acesso em: 07.jan.2020.

BRASIL. **Lei nº 13.964/2019**. Pacote anticrime. de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm). Acesso em: 07.jan.2020.

BRASIL. **Lei nº 8.038/90**. Institui normas procedimentais para os processos que

específica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8038.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8038.htm); . Acesso em: 07.jan.2020.

BRASIL. **Lei nº 8.072/90**. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8072.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8072.htm) . Acesso em: 07.jan.2020.

BRASIL. **Lei nº 8.429/92**. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8429.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8429.htm); . Acesso em: 07.jan.2020.

BRASIL. **Lei nº 9.296/96**. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9296.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9296.htm); . Acesso em: 07.jan.2020.

BRASIL. **Lei nº 9.605/98**. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19605.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm). Acesso em: 08.jan.2020.

BRASIL. **Lei nº 9.613/98**. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9613.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9613.htm); . Acesso em: 07.jan.2020.

BRASIL. **Lei nº 13.853/19**. Altera a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, para dispor sobre a proteção de dados pessoais e para criar a Autoridade Nacional de Proteção de Dados; e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2019/Lei/L13853.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13853.htm). Acesso em: 23.mar.2020.

BRASIL. **MP nº 869**, de 27 de dezembro de 2018. Altera a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, para dispor sobre a proteção de dados pessoais e para criar a Autoridade Nacional de Proteção de Dados, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/Mpv/mpv869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Mpv/mpv869.htm). Acesso em: 23.03.2020.

BRASIL. **PL nº 2630/2020**. Institui a Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet. [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=no de08ysc9wm3z6d9sd3nnqvp2v62666661.node0?codteor=1909983&filename=PL+2630/2020](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=no de08ysc9wm3z6d9sd3nnqvp2v62666661.node0?codteor=1909983&filename=PL+2630/2020). Acesso em: 18.dez.2020.

BRASIL. STF. Plenário. **RE nº 583.523**. Julgado em 03/10/2013. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/pauta/verTema.asp?id=69269>. Acesso em: 21.jan.2020.

EUA. SENADO DO 116º CONGRESSO DOS ESTADOS UNIDOS. S. 2878 – **Facial**

**Recognition Technology Warrant Act of 2019. Projeto de lei.** Apresentado em 14 de novembro de 2019. Disponível em: <https://www.congress.gov/bill/116th-congress/senate-bill/2878/text>. Acesso em: 17 de jun. 2020.

EUA. SENADO DO ESTADO DE WASHINGTON. **Facial Recognition – State and Local Government. SB 6280 – 2019-20 Concerning the use of facial recognition services.** Aprovada em 31 de maio de 2020. Disponível em: <http://lawfilesexternal.wa.gov/biennium/2019-20/Pdf/Bills/Session%20Laws/Senate/6280-S.SL.pdf?q=20200617151732>. Acesso em: 17 de junho de 2020.

EUROPA. **Convenção Europeia de Direitos Humanos. CEDH** – Disponível em: [https://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf). Acesso em: 13.jul.2020.

ESPANHA. **Constituição Federal.** Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/normativa/Normativa/CEportugu%C3%A9s.pdf>. Acesso em: 02.abril.2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção de Mérida.** México, 2003. Disponível em: [https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics\\_corruption/Publicacoes/2007\\_UNCAC\\_Port.pdf](https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics_corruption/Publicacoes/2007_UNCAC_Port.pdf). Acesso em: 06.jul.2020.

## APÊNDICE A

A proposta de regulamentação do tema, no bojo da LGPD e no Código de Processo Penal é a seguinte:

### PROJETO DE LEI Nº           , DE 2021

(Do Sr. DEPUTADO)

Define e regula a técnica do *dataveillance* na Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 (Lei Geral de Proteção de Dados), e inclui o monitoramento de metadados entre as espécies de medidas cautelares diferentes da prisão previstas no art. 319 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal):

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º Esta Lei define e regula a técnica do *dataveillance* na Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 (Lei Geral de Proteção de Dados), e inclui o monitoramento de metadados entre as espécies de medidas cautelares diferentes da prisão previstas no art. 319 no Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal).

Art. 2º A Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, passa a vigorar com os seguintes artigos alterados ou acrescidos:

“Art. 5º .....

.....

XX - fluxo de dados discretos: tudo aquilo que diga respeito à constância das comunicações, horários, dias e outros elementos periféricos ao dado em si, ou seja, que rodeiam o conteúdo de determinada comunicação podendo, para fins de aplicação desta lei, ser conceituado como metadado.



XXI – *dataveillance*: técnica de investigação que envolve o exame de fluxo de dados discretos, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal.” (NR)

## “CAPÍTULO X

### DISPOSIÇÕES FINAIS E TRANSITÓRIAS

Art. 64-A. A utilização do *dataveillance* observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigilo de justiça, sob pena de responsabilização administrativa e criminal dos agentes responsáveis.”

“Art. 64-B. Não será admitida a investigação de fluxo de dados discretos 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 máximo, com pena de detenção.

IV – o fato investigado constituir contravenção penal.

Parágrafo único. Em qualquer hipótese deve ser descrita com clareza a situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada.”

“Art. 64-C. A investigação de fluxo de dados discretos poderá ser determinada pelo juiz, excepcionalmente de ofício mediante fundamentação específica sob pena de responsabilidade funcional ou a requerimento:

I - da autoridade policial, na investigação criminal;”

II - do representante do Ministério Público, na investigação criminal e na instrução processual penal.”

“Art. 64-D. O pedido de investigação de fluxo de dados discretos conterá a demonstração de que a sua realização é necessária à apuração de infração penal, com indicação dos meios a serem empregados.

§ 1º Excepcionalmente, o juiz poderá admitir que o pedido seja formulado verbalmente, desde que estejam presentes os pressupostos que autorizem a investigação, caso em que a concessão será condicionada à sua redução a termo.

§ 2º O juiz, no prazo máximo de setenta e duas horas, decidirá sobre o pedido.”

“Art. 64-E. A decisão será fundamentada, sob pena de nulidade, indicando também a forma de execução da diligência, que não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova.”

“Art. 64-F. Deferido o pedido, a autoridade policial conduzirá os procedimentos de investigação de fluxo de dados discretos, dando ciência ao Ministério Público, que poderá acompanhar a sua realização.

§ 1º No caso de a diligência possibilitar a gravação do fluxo de dados discretos, será determinada a sua transcrição.

§ 2º Cumprida a diligência, a autoridade policial encaminhará o resultado da interceptação ao juiz, acompanhado de auto circunstanciado, que deverá conter o resumo das operações realizadas.

§ 3º Recebidos esses elementos, o juiz determinará a providência do art. 8º, ciente o Ministério Público.”

“Art. 64-G. Para os procedimentos de investigação de fluxo de dados discretos de que trata esta Lei, a autoridade policial poderá requisitar serviços e técnicos especializados às concessionárias de serviço público.”

“Art. 64-H. A investigação de fluxo de dados discretos, de qualquer natureza, ocorrerá em autos apartados, apensados aos autos do inquérito policial ou do processo criminal, preservando-se o sigilo das diligências, gravações e transcrições respectivas.

Parágrafo único. A apensação somente poderá ser realizada imediatamente antes do relatório da autoridade, quando se tratar de inquérito policial (Código de Processo Penal, art.10, § 1º) ou na conclusão do processo ao juiz para o despacho decorrente do disposto nos arts. 407, 502 ou 538 do Código de Processo Penal.”

“Art. 64-I. A gravação que não interessar à prova será inutilizada por decisão judicial, durante o inquérito, a instrução processual ou após esta, em virtude de requerimento do Ministério Público ou da parte interessada.

Parágrafo único. O incidente de inutilização será assistido pelo Ministério Público, sendo facultada a presença do acusado ou de seu representante legal.”

“Art. 64-J. Constitui crime realizar investigação de fluxo de dados discretos, ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei.

Pena: reclusão, de quatro a dez anos, e multa.”

Art. 3º O art. 319 do Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941, passa a vigorar com a seguinte alteração:

“Art. 319 .....

.....

X - monitoramento de metadados a partir da técnica do *dataveillance*, definida nos arts. 64-A a 65-J da Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 (Lei Geral de Proteção de Dados), nos limites fixados pelo juízo responsável pelo julgamento da ação penal, sob pena de responsabilização funcional.

.....” (NR)

Art. 4º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.