

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

Jamilla Monteiro Sarkis

NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO:
uma (re)leitura constitucional na era da *cyber-surveillance*

Belo Horizonte
2024

Jamilla Monteiro Sarkis

NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO:
uma (re)leitura constitucional na era da *cyber-surveillance*

Tese de doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de doutora em Direito.

Orientadora: Professora Doutora Flaviane de Magalhães Barros Bolzan de Moraes

Belo Horizonte
2024

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

S245n

Sarkis, Jamilla Monteiro

Não autoincriminação: uma (re)leitura constitucional na era da *cyber-surveillance* / Jamilla Monteiro Sarkis. Belo Horizonte, 2024.
259 f.: il.

Orientadora: Flaviane de Magalhães Barros Bolzan de Morais

Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito

1. Autoincriminação. 2. Prova digital. 3. Produção de prova. 4. Cibercrime - Aspectos jurídicos. 5. Prova (direito) - Aplicação de computador - Brasil. 6. Processo penal - Aspectos constitucionais. 7. Devido processo legal. I. Morais, Flaviane de Magalhães Barros Bolzan de. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

SIB PUC MINAS

CDU: 343.14

Jamilla Monteiro Sarkis

NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO:
uma (re)leitura constitucional na era da *cyber-surveillance*

Tese de doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de doutora em Direito.

Professora Doutora Flaviane de Magalhães Barros Bolzan de Moraes – PUC Minas
(Orientadora)

Professor Doutor Dierle José Coelho Nunes – PUC Minas
(Banca Examinadora)

Professor Doutor Vinicius Diniz Monteiro de Barros – PUC Minas
(Banca Examinadora)

Professora Doutora Marta Cristina Cury Saad Gimenes - USP
(Banca Examinadora)

Professora Doutora Victoria-Amalia de Barros Carvalho Gozdawa de Sulocki - PUC Rio
(Banca Examinadora)

Professor Doutor Júlio César Faria Zini - UFMG
(Suplente)

Professora Doutora Manuela Abath Valença - UFPE
(Suplente)

Belo Horizonte, 22 de março de 2024.

*Para minha mãe, por tudo.
Para Diogo, por ser para mim.*

AGRADECIMENTOS

*I want to be defined by the things that I love. Not the things I hate.
Not the things I'm afraid of. Not the things that haunt me in the middle of the night.*

Taylor Swift em Daylight (2019)

Os caminhos da Pós-Graduação não são fáceis. Muitas vezes, a escolha acadêmica gera questionamentos e inseguranças. Eu poderia escrever aqui sobre renúncias, sobre dores, sobre solidão, sobre culpa – afinal, esses sentimentos fizeram (e muito) parte da minha trajetória.

Mas definir estes anos apenas com base nas experiências ruins e amedrontadoras não seria honesto ou justo, porque o meu percurso foi cheio de amor. Muito amor.

A Pós-Graduação – desde o Mestrado até o Doutorado – me deu amigos incríveis. Sou grata pelos momentos que dividimos, pelo incentivo constante e pelos segredos que compartilhamos – aqueles que só sabe quem viveu. Para Aléxia Alvim, Rafael Barros, Yollanda Farnezes (e Helena!), Gabriela Machado e Paola Dumont, todo meu carinho e afeto. Aos companheiros da linha de pesquisa “O Processo na Construção do Estado Democrático de Direito” – em especial Igor Soares, Aurélio Viana, Marcus Vinícius Pimenta, Hugo Malone e Camilla Paolinelli – agradeço por compartilharem comigo aulas, textos, exames, seminários, lágrimas e sorrisos.

Foi, ainda, na Pós que pude estreitar laços com meus grandes Mestres – Professoras e Professores que me inspiram a seguir apaixonada pelo magistério. À minha orientadora Flaviane Barros – que desgosta de elogios na mesma proporção que os merece –, agradeço pelas oportunidades, pelas conversas, pelas posturas, pela liderança e pelo exemplo feminino e profissional. Em sua pessoa, aproveito para agradecer à Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior pelo apoio financeiro imprescindível para a realização desta pesquisa.

Aos Professores da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais: Dierle Nunes, Vinícius Diniz Monteiro de Barros, José Adércio Leite Sampaio, Vicente de Paula Maciel Júnior e Vitor Salino de Moura Eça, agradeço pelos ensinamentos que, hoje, compõem esta tese de doutorado – trabalho que é, integralmente, fruto do que aprendi com os senhores. Estendo, além disso, minhas homenagens aos Professores Marciano Seabra de Godoi e Lucas de Alvarenga Gontijo, com quem tive o prazer de participar, na condição de representante discente, do Comitê de Gestão PROEX.

Ao Professor Leonardo Marinho, agradeço por, literalmente, tudo. O que sou e o que sei é graças a ele. Obrigada pela oportunidade de vivenciar diariamente sua generosidade e genialidade.

Àqueles que foram fundamentais em apoio, amizade e colo, também rendo minhas homenagens. À Bárbara Lage, pelo suporte profissional, pela paciência sublime e pelas risadas e figurinhas compartilhadas, obrigada. A Richard Amaral e Julia Damasceno, por não deixarem o tempo e a distância diminuírem nossa cumplicidade: *I love you (ain't that the worst thing you ever heard?)*. Ao Leonardo Vilela, pelas consultorias em tecnologia (ou *tech for dummies*). À Lília Finelli, minha revisora e mentora, obrigada pela parceria duradoura, pela escuta empática e por todos os conselhos preciosos.

Devo, igualmente, registrar meus agradecimentos às bibliotecas do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, do Senado Federal e da Advocacia-Geral da União, pelo acesso e disponibilização virtual de partes do seu valioso acervo bibliográfico que foram fundamentais para o desenvolvimento deste trabalho. E o faço, por todos, em nome do atencioso e gentil Anderson Fernandes, do IBCCrim.

À minha mãe, disse – ainda na formatura da Graduação em Direito – que tudo é por ela e para ela. Assim foi, assim é e assim será, para sempre. Obrigada pela criação, pela dedicação, pelo amor incondicional, pelo exemplo de força e superação, por alimentar minha fé e me lembrar de que, para Deus, nada é impossível.

Finalmente, ao meu amor e meu porto seguro, Diogo, agradeço por sempre fazer de mim uma pessoa melhor e por saber a hora certa de me abraçar, de me alimentar e de fazer piada para me distrair. Obrigada por dividir comigo a vida, por me amparar quando o peso parece maior do que consigo carregar e por me ensinar a ser feliz: *I've loved you six summers now, honey, but I want them all*.

RESUMO

Este trabalho busca promover uma (re)leitura do princípio da não autoincriminação, a partir do marco teórico do modelo constitucional de processo, com o objetivo de contextualizá-lo na virada tecnológica processual e inseri-lo na era da *cyber-surveillance* e de proporcionar, às pessoas imputadas, o pleno e soberano exercício do direito de não produzir provas em seu desfavor no ambiente virtual por meio de técnicas antiforenses. Em seu desenvolvimento, analisa os fatores que levaram à consagração da *cyber-surveillance* como aliada ao Processo Penal de emergência no combate à criminalidade, principalmente a organizada e que se utiliza da tecnologia para sofisticar suas operações de pornografia infantil, terrorismo, lavagem de dinheiro e comércio de certas drogas. Em seguida, define a não autoincriminação como principal contramedida às práticas emergenciais, inclusive aquelas desempenhadas a partir da *cyber-surveillance*. Para tanto, evidencia como a construção do referido princípio, desde suas inspirações iluministas até sua consolidação no direito anglo-saxão e posituação no ordenamento jurídico brasileiro, acabou por lançá-lo a uma constante tensão entre os modelos de Estado Liberal e Social. Tal conflito, porém, não se soluciona pela mera ponderação entre os direitos individuais das pessoas envolvidas em fatos penais e os coletivos da segurança pública, sendo imprescindível o aperfeiçoamento da não autoincriminação à Constituição de 1988. O modelo constitucional de processo, nesse sentido, se apresenta como solução para, a partir de uma base principiológica uníssona, expandir, especializar e aperfeiçoar o ordenamento jurídico pela adesão aos direitos fundamentais constitucionalmente definidos. Nessa perspectiva, a fim de que possa ser exercida no âmbito virtual, a presente tese doutoral alinha, interdisciplinarmente, o direito à não autoincriminação às técnicas antiforenses, que possibilitam à pessoa imputada a exclusão, a alteração e o anonimato de provas digitais que poderiam ser utilizadas em seu desfavor. Atribui, ainda, legitimidade às práticas antiforenses ao refutar críticas no tocante ao seu conteúdo processual e constitucional, propondo ao final soluções a três casos concretos formulados a partir de pesquisa empírica, com base em uma leitura democraticamente processualizada do direito à não autoincriminação exercido pelas diferentes técnicas antiforenses.

Palavras-chave: Não autoincriminação. *Cyber-surveillance*. Modelo constitucional de processo. Técnicas antiforenses. Provas digitais.

ABSTRACT

This work seeks to promote a (re)reading of the principle of non-self-incrimination, based on the theoretical framework of the constitutional model of procedure, with the aim of contextualize it in the procedural technological shift and inserting it into the era of cyber-surveillance and providing those accused with a full and sovereign exercise of their right not to produce evidence against them in the virtual environment by means of anti-forensic techniques. In its development, it analyzes the factors that led to cyber-surveillance becoming an ally of emergency criminal proceedings in the fight against crime, especially organized crime, which uses technology to sophisticate its operations in child pornography, terrorism, money laundering and the trade in certain drugs. It then defines non-self-incrimination as the main countermeasure to emergency practices, including those carried out through cyber-surveillance. To this end, it shows how the construction of this principle, from its Enlightenment inspirations to its consolidation in Anglo-Saxon law and positivization in the Brazilian legal system, ended up throwing it into constant tension between the Liberal and Social State models. This conflict, however, cannot be resolved simply by weighing up the individual rights of the person charged against the collective right to public security. The constitutional model of procedure, in this sense, presents itself as a solution to expand, specialize and perfect the legal system by adhering to constitutionally defined fundamental rights. From this perspective, in order for it to be exercised in the virtual environment, this doctoral thesis interdisciplinarily aligns the right to non-self-incrimination with anti-forensic techniques, which allow the accused person to exclude, alter and anonymize digital evidence that could be used against them. It also attributes legitimacy to anti-forensic practices by refuting criticisms regarding their procedural and constitutional content, finally proposing solutions to three concrete cases formulated from empirical research, based on a democratically proceduralized reading of the right to non-self-incrimination exercised by the different anti-forensic techniques.

Keywords: Non-self-incrimination. Cyber-surveillance. Constitutional model of process. Anti-forensic techniques. Digital evidence.

RIASSUNTO

Questo lavoro ha come scopo promuovere una (ri)lettura del principio della non autoincriminazione, a partire dalle referenze teoriche del modello costituzionale di processo, con l'obiettivo di contestualizzarlo nella svolta tecnologica procedurale e di inserirlo nell'era della cyber-surveillance e di fornire alle persone imputate il pieno e sovrano esercizio del diritto di non produrre prove a proprio sfavore nell'ambiente virtuale attraverso tecniche anti-forensi. Nel suo sviluppo, analizza i fattori che hanno portato alla consacrazione della cyber-surveillance come alleata al Processo Penale di emergenza nel combattimento alla criminalità, soprattutto quella organizzata e quella che si avvale della tecnologia per sofisticare le sue operazioni di pornografia infantile, terrorismo, riciclaggio di denaro e commercio di certe droghe. In seguito, definisce la non autoincriminazione come principale contromisura alle pratiche emergenziali, comprese quelle svolte a partire dalla cyber-surveillance. A tal fine, evidenzia come la costruzione del suddetto principio, dalle sue ispirazioni illuministe alla sua consolidazione nel diritto anglosassone e positivazione nell'ordinamento giuridico brasiliano, abbia finito per lanciarlo a una costante tensione tra i modelli di Stato Liberale e Sociale. Tale conflitto, tuttavia, non si risolve con la mera ponderazione tra gli interessi individuali della persona imputata e quegli interessi collettivi della persecuzione penale, essendo imprescindibile il perfezionamento della non autoincriminazione alla Costituzione brasiliana del 1988. Il modello costituzionale di processo, in questo senso, si presenta come soluzione per, a partire da una base principiologica unisona, espandere, variare e perfettibilizzare l'ordinamento giuridico a partire dall'adesione ai diritti fondamentali costituzionalmente definiti. In questa prospettiva, affinché possa essere esercitata nell'ambito virtuale, la presente tesi dottorale allinea, interdisciplinarmente, il diritto alla non autoincriminazione alle tecniche anti-forensi, che consentono alla persona imputata l'esclusione, la modifica e l'anonimato delle prove digitali che potrebbero essere utilizzate a suo sfavore. Attribuisce, inoltre, legittimità alle pratiche anti-forensi nel momento in cui rifiuta critiche riguardo al loro contenuto processuale e costituzionale, proponendo alla fine soluzioni a tre casi concreti formulati a partire da una ricerca empirica, basata su una lettura democraticamente processualizzata del diritto alla non autoincriminazione esercitato dalle diverse tecniche anti-forensi.

Parole chiave: Non autoincriminazione. *Cyber*-sorveglianza. Modello costituzionale di processo. Tecniche anti-forensi. Prove digitali.

LISTA DE FIGURAS E QUADROS

Figura 1 – Ccelebrite UFED	181
Figura 2 – Alteração de imagem pela técnica da esteganografia	189
Figura 3 – Conexão de internet regular	193
Figura 4 – Conexão de internet com VPN	193
Figura 5 – Conexão de internet com VPN pelo aplicativo TunnelBear	194
Figura 6 – Conexão de internet com Tor.....	195
Figura 7 – Divisão da internet em camadas	197
Figura 8 – Progressão temporal dos emojis de arma em diferentes dispositivos.....	202
Figura 9 – Função <i>hash</i>	203
Figura 10 – Charge de Peter Steiner, publicada no The New Yorker em 1993	210
Figura 11 – Página da <i>dark web</i> que comercializa cartões de créditos obtidos ilicitamente .	213
Quadro 1 – Comparativo de obras utilizadas, por premissas indicadas	123
Quadro 2 – Definições prévias do termo “antiforense”	168
Quadro 3 – Categorias das técnicas antiforenses	171

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

4G	4th-Generation Wireless (4ª geração de rede móvel)
ABNT	Associação Brasileira de Normas Técnicas
AGU	Advocacia-Geral da União
BVerfG	Bundesgerichtshof (Tribunal de Justiça Federal da Alemanha)
CAPES	Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior
CDH-ONU	Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas
CIA	Central Intelligence Agency (Agência Central de Inteligência norte-americana)
CIPAV	<i>Computer and Internet Protocol Address Verifier</i> (Verificador de Endereço de Protocolo de Computador e Internet)
CPLP	Comunidade dos Países de Língua Portuguesa
CR/1988	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CTB	Código de Trânsito Brasileiro
DEA	Drug Enforcement Administration
DNA	<i>Deoxyribonucleic acid</i> (Ácido desoxirribonucleico)
DPI	<i>Deep Packet Inspection</i>
EFF	Electronic Frontier Foundation
Embrapa	Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária
EMCDDA	European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction (Centro de Monitoramento Europeu para Drogas e Toxicodependência)
ERBs	Estações Rádio Base
EUA	Estados Unidos da América
FBE	<i>File Based Encryption</i> (Criptografia baseada em arquivo)
FISC	Foreign Intelligence Surveillance Court
GPS	Global Positioning System (Sistema de Posicionamento Global)
IA	Inteligência Artificial
IBCCrim	Instituto Brasileiro de Ciências Criminais
IBM	International Business Machines Corporation
IEC	International Electrotechnical Commission
IEDO	International Emergency Drone Organization
IP	<i>Internet Protocol</i>
ISSO	International Organization for Standardization
MPF	Ministério Público Federal

NAACP	National Association for the Advancement of Colored People
NBR	Norma Brasileira
NSA	National Security Agency (Agência de Segurança Nacional norte-americana)
OCDE	Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico
OEA	Organização dos Estados Americanos
ONU	Organização das Nações Unidas
P2P	<i>peer-to-peer</i> (ponto a ponto)
PUC Minas	Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais
RPTC	Redes públicas de telefonia comutada
SIM	Subscriber Identity Module (Módulo de Identificação do Assinante)
Sonar	Sound Navigation and Ranging (Navegação e Determinação da Distância pelo Som)
SSD	<i>Solid State Drive</i> (Unidade em Estado Sólido)
Stasi	Staatssicherheit (Segurança Nacional da Alemanha)
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TARS	Tethered Aerostat Radar System (Sistema de radar aeróstato conectado)
Tor	The Onion Routing
UFED	Universal Forensic Extraction Device
UFMG	Universidade Federal de Minas Gerais
WWW	World Wide Web

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	16
2 AS CRISES DO ESTADO MODERNO COMO PRECEDENTES DO DIREITO PENAL DO INIMIGO E DO PROCESSO PENAL DE EMERGÊNCIA	24
2.1 As crises do Estado Moderno e o medo coletivo como precedentes da emergência...	25
2.2 A quem temer: entre crise e risco, o inimigo do Direito Penal.....	30
2.3 A perene emergência processual penal.....	42
3 O PROCESSO PENAL NA ERA DA CYBER-SURVEILLANCE.....	57
3.1 A cyber-surveillance	57
3.2 Da surveillance para a cyber-surveillance: conhecendo o passado para compreender as tendências futuras.....	68
3.3 A cyber-surveillance a serviço do processo penal de emergência: métodos ocultos de combate ao inimigo	77
4 A NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO: PASSADO E PRESENTE DE UM DIREITO FUNDAMENTAL EM RISCO	89
4.1 Contextos da não autoincriminação: das práticas canônicas à consagração de um privilégio.....	90
4.1.1 O compromisso com a verdade como obstáculo à não autoincriminação	91
4.1.2 O direito à defesa técnica e a garantia à não autoincriminação.....	96
4.1.3 A não autoincriminação no Direito anglo-saxão: um privilégio em três atos.....	101
4.2 A não autoincriminação no Brasil: desenvolvimento, conteúdo e riscos	107
4.2.1 A não autoincriminação entre Colônia e República.....	108
4.2.2 A não autoincriminação em risco diante do instrumentalismo e da proporcionalidade	128
5 POR UMA (RE)LEITURA DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO	139
5.1 Os limites à não autoincriminação e sua incompatibilidade com a Constituição....	140
5.2 A não autoincriminação como deveria ser: (re)lida pelo modelo constitucional de processo no contexto da virada tecnológica	152
5.2.1 O modelo constitucional de Processo Penal.....	153
5.2.2 O contexto da virada tecnológica no processo	158
5.2.3 A não autoincriminação aperfeiçoada ao modelo constitucional de processo penal e ao contexto da virada tecnológica no processo.....	160
6 A (RE) LEITURA DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO NA ERA DA CYBER-SURVEILLANCE	164
6.1 As técnicas antiforenses: obstáculos à obtenção das provas digitais	167
6.1.1 Casos concretos: práticas antiforenses e não autoincriminação em xeque.....	172
6.1.1.1 Primeiro caso: quem avisa, amigo é?	173
6.1.1.2 Segundo caso: quem vigia o vigilante?.....	174
6.1.1.3 Terceiro caso: quando a vida não é um livro aberto	176
6.2 Exclusão, alteração e anonimato de provas digitais: o exercício da não autoincriminação na era da cyber-surveillance.....	177

<i>6.2.1 Exclusão de provas digitais</i>	177
<i>6.2.2 Alteração das provas digitais</i>	186
<i>6.2.3 Anonimato das provas digitais</i>	191
7 CRÍTICAS ÀS PRÁTICAS ANTIFORENSES: UM NECESSÁRIO	
ENFRENTAMENTO	199
7.1 Contribuições antforenses à cadeia de custódia da prova digital.....	199
7.2 Anonimato como direito fundamental na era da <i>cyber-surveillance</i>	204
7.3 Soluções propostas para os casos concretos.....	214
8 CONSIDERAÇÕES FINAIS	217
REFERÊNCIAS	222
APÊNDICE A	255

1 INTRODUÇÃO

Originalmente, a proposta deste trabalho era de promover uma releitura acerca de um direito fundamental¹ – a não autoincriminação² – a partir dos fenômenos sociais (Bolzan de Moraes, 2011³) e tecnológicos de maneira crítica ou *net-cética* (Bolzan de Moraes, 2018)⁴, isto é: sem uma devoção frente à “revolução da internet” e, igualmente, sem nenhum alarmismo apocalíptico ou distópico.

Nessa vertente, o foco da pesquisa recairia sobre as telecomunicações e sua consolidação no *cyberespaço* (Lévy, 2010, p. 17), que repercutem no desenvolvimento de um novo método de controle social e criminal: a *cyber-surveillance*⁵.

A ideia era de que a tutela sobre a não autoincriminação passou a ser insuficiente quando não apenas “o que disser”⁶, mas tudo que postar, digitar, conversar, fotografar, arquivar, gravar, filmar, curtir ou pesquisar poderá e será usado contra a pessoa imputada⁷ ou quem quer que esteja, direta ou indiretamente, envolvido nos fatos criminosos. Sendo assim, a sofisticação da *cyber-surveillance* empregada para a obtenção de provas (Andrade, 2011 e Valente, 2017) demandaria uma expansão sobre a categoria dos direitos fundamentais (Moccia, 1997).

¹ Aqui, necessário esclarecer que, para os fins deste trabalho doutoral, não se compreende como distintos os direitos e as garantias processuais. Tal dicotomia não se enquadra na perspectiva do modelo constitucional de processo – marco teórico principal da tese – e, conforme explica Vinícius de Barros (2013, p. 25) está filiada ao caráter instrumentalista e acessório do processo frente a um suposto “direito material”. Registra-se, todavia, que parte da literatura jurídica entende relevante a distinção – por todos, cita-se Luiz Gustavo Carvalho (2014, p. 45).

² Com a entrada em vigor do Novo Acordo Ortográfico, os termos compostos com advérbio de negação “não”, que antes eram grafados com hífen, deixaram de sê-lo. “Não-agressão”, “não-conformismo”, entre outros, passaram a ser grafados separadamente. Por isso, a forma utilizada nesta tese: “não autoincriminação”. Ressalta-se que, nas citações diretas, mantêm-se o termo, mesmo que divergente deste, da forma como foi grafado no original.

³ A título de informação, adotou-se nesta tese a versão 2023 da NBR 10520, da ABNT, que determinou a alteração da sistemática Autor-data, para constarem os sobrenomes grafados apenas com a primeira letra maiúscula.

⁴ A perspectiva crítica, segundo Bolzan de Moraes (2018, p. 884) é aquela que “busc[a] respostas durante esta viagem desordenada rumo a um futuro incerto”.

⁵ O emprego da expressão inglesa “surveillance” ao invés de “vigilância” se justifica porque, etimologicamente, a palavra “vigilância” não abrange métodos de controle social tecnicamente sofisticados, como é o caso daqueles empregados no cyberespaço. Nesse sentido: Menezes Neto (2016, p. 89).

⁶ A frase “tudo que você disser poderá ser usado contra você” faz parte do roteiro de todo filme ou seriado policial desde meados da década de 1960 e é dita sempre que alguém é preso ou acusado da prática de crime. O brocado surgiu no julgamento, realizado pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América, do caso *Miranda v. Arizona*, ocasião na qual se fixou o entendimento de que as pessoas imputadas devem ser cientificadas acerca do direito de não produzirem provas em seu desfavor.

⁷ O termo “pessoa imputada” será adotado ao longo da tese para designar as partes tanto na fase investigativa, quanto na etapa processual. A opção de unificar, nessa expressão, os sucessivos graus de concreção da parte (na expressão de Lopes Júnior e Gloeckner, 2014, p. 426) consideram que a situação é contingente, provisória e progressiva e que, em todos os níveis da escala de sucessivos juízos (indiciamento, denúncia, acusação etc.) vige a não autoincriminação.

Tal desafio, que já era grande em razão da interdisciplinaridade (Bastide, 1976; Gustin; Dias, 2013) que permeia da relação entre Direito, Filosofia, História e Tecnologia, se revelou ainda maior quando constatou-se que, no caso da não autoincriminação, não bastaria uma releitura – que, como indica o prefixo *re*, teria como intenção revigorar ou reforçar um direito fundamental vigente no ordenamento jurídico brasileiro.

Isto porque a literatura jurídica nacional especializada no tema da não autoincriminação⁸, assim como os julgados sobre a matéria, compreendem esse direito como uma limitação aos poderes do Estado em face da pessoa imputada e, por isso, o sujeitam a uma série de restrições, analisadas casuisticamente e com base em juízos de proporcionalidade (Morais, 2018).

Assim, de nada adiantaria uma releitura sobre um conceito jurídico que se mostra esvaziado em situações concretas – como é o caso das extrações compulsórias de material genético, já autorizado pelo Supremo Tribunal Federal com amparo teórico na literatura jurídica nacional (Barroso; Cavali, 2021) – nas quais prevalecem os poderes do Estado sobre os direitos da pessoa imputada.

É necessário ir além – e a presente pesquisa o faz, ao realizar uma nova (e não menos crítica) leitura principiológica acerca da não autoincriminação para, então, revigorá-la com um arcabouço tecnológico, histórico e filosófico consistentes: uma (re)leitura, portanto.

Da mesma forma, apenas um novo conceito de não autoincriminação, ainda que adequado aos fenômenos da era *cyber*, seria insuficiente para tutelar, na prática o direito das pessoas imputadas ou envolvidas nos fatos penais à não autoincriminação. É por isso que se defende, neste trabalho, a adoção de diversas técnicas (Gül; Kugu, 2017) afirmativas de exercício da garantia à não autoincriminação, as chamadas ferramentas antiforenses⁹, que asseguram às pessoas usuárias de tecnologias o direito de não produzirem provas em seu desfavor no *cyberespaço*.

Nesse cenário, a tese se desenvolve a partir do seguinte problema: como promover, conceitual e concretamente, uma (re)leitura constitucionalizada do princípio da não autoincriminação aperfeiçoado à era da *cyber-surveillance*? A configuração do problema decorre da constante ampliação do *cyberespaço* e das técnicas de *surveillance* que sobre ele

⁸ Refere-se aos trabalhos de Queijo (2003, 2012), Haddad (2005), Albuquerque (2008), Trois Neto (2011), Marteleto Filho (2012), Afonso (2017), Mello (2019), Ceccato Júnior (2019), Cuellar (2021) e Assis (2022).

⁹ Apesar da crítica semântica promovida, em tópico próprio, à expressão “antiforense”, optou-se por sua utilização no decorrer da tese porquanto mais conhecida nos meios jurídico e informático.

recaem, as quais têm como consequência o esvaziamento de um direito fundamental (não autoincriminação).

Importante destacar que, embora a *cyber-surveillance* se caracterize como ferramenta de Política Criminal¹⁰, seus reflexos se estendem também aos movimentos emergencialistas penal e processual penal (Choukr, 2002, p. 59). Há, pois, constante contaminação de aspectos daquelas disciplinas¹¹ sobre esta, principalmente no tocante à derrogação de direitos fundamentais.

Como marco teórico principal, o modelo constitucional de processo, concebido por Italo Andolina e Giuseppe Vignera (1990), é adotado para, a partir de uma base principiológica uníssona, expandir, especializar e aperfeiçoar o ordenamento jurídico pela adesão aos direitos fundamentais constitucionalmente definidos.

A expansividade é a característica que permite ao modelo constitucional condicionar a forma dos procedimentos judiciais a serem desenvolvidos pelo legislador infraconstitucional; enquanto a variabilidade indica sua capacidade de assumir diversas formas, a fim de adaptar às disposições constitucionais as figuras processuais e possibilitar sua aplicação a escopos definitivos; já a perfectibilidade designa a possibilidade de que o modelo constitucional seja constantemente aperfeiçoado pela legislação ordinária.

Essa dinâmica do modelo constitucional de processo proporciona sua adequação a diversas espécies. Para o Processo Penal, segundo Flaviane Barros (2009, p. 332), seria possível trabalhar o modelo constitucional de processo desde que destacadas suas especificidades e demarcada sua dependência em relação aos direitos fundamentais.

Destaca, no mesmo caminho, que os impactos gerados pelos fenômenos da tecnologia no modelo constitucional de processo, desde o âmbito propedêutico até a refundação de técnicas processuais, são característicos do momento definido por Dierle Nunes (2022, p. 116) como virada tecnológica no Direito e no Processo.

A ideia, conforme explica Nunes, é de que o sistema jurídico sofreu, ao longo das últimas décadas, uma série de rupturas paradigmáticas que induziram modificações nos fundamentos, propósitos e na própria racionalidade de atuação de profissionais e de suas

¹⁰ No conceito de Nilo Batista (2007, p. 34), tanto o constante e ininterrupto processo de mudança social, quando os resultados das diversas propostas de direito penal, as revelações práticas propiciadas pela atividade das instituições que compõe o sistema penal e as evoluções criminológicas derivam princípios e recomendações – denominados Polícia Criminal - para reformar ou transformar a lei penal e os órgãos responsáveis por sua aplicação.

¹¹ Conforme explica Ronald Dworkin (1999, p. 301), a compartimentalização do Direito em diversos ramos – apesar de tradicional, convencional e coerente com a opinião pública – pode ser interpretada de forma construtiva, desde que os limites entre as áreas não se tornem mecânicos e arbitrários. Não configuraria, aqui, um obstáculo para o desenvolvimento da tese, mas uma aproximação entre disciplinas relevante e natural.

instituições. Essas rupturas paradigmáticas – ou “viradas” - estão, na atualidade, concentradas na discussão sobre os impactos da tecnologia no Direito. Para o autor, os bons resultados da interseção entre Direito e tecnologia dependem do “respeito ao conjunto de normas fundamentais atinentes ao modelo constitucional de processo” (Nunes, 2022, p. 116).

Nesse sentido, a hipótese da pesquisa é de que o aperfeiçoamento da não autoincriminação ao modelo constitucional de processo penal diante do contexto da virada tecnológica no processo e na era da *cyber-surveillance*, deve abranger, como forma de evitar a produção de provas por parte das pessoas envolvidas, direta ou indiretamente nos fatos penais, em seu desfavor, a adoção de técnicas antifoenses, hábeas a excluir, alterar ou tornar anônimas as provas digitais (Schafer; Mason, 2017, p. 19) potencialmente incriminadoras.

Metodologicamente, são duas as estratégias desenvolvidas nesta tese: a revisão bibliográfica interdisciplinar, que considera a influência de saberes diversos – como a Filosofia, a História e a Tecnologia – no Direito, bem como o estudo de casos concretos fictícios, desenvolvidos com base em pesquisa de decisões judiciais.

Para a revisão bibliográfica, a coleta do material científico passou pelo acesso às bibliotecas do Senado Federal, do Supremo Tribunal Federal (STF), do Superior Tribunal de Justiça (STJ), do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim), da Advocacia-Geral da União (AGU), da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) e da própria Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-Minas).

Além disso, a pesquisa se valeu do acesso a periódicos com fatores de impacto assegurados pela plataforma Google Acadêmico, mecanismo que indexa conteúdos acadêmicos a partir de bases de dados nacionais e internacionais e adota, como critérios de relevância, quantidade de citações do trabalho, seus autores e meio de publicação, entre outros.

Já para a construção dos casos concretos fictícios, os subsídios partiram do acesso a decisões judiciais mediante contratação de serviço prestado pela *LegalTech JusBrasil* (c2023). Os argumentos de pesquisa adotados foram os termos “autoincriminação e “obstrução”, este último com base na Lei nº 12.850/2013 que tipifica o crime de “obstrução de justiça”. No total, foram encontrados 208 julgados, todos avaliados e catalogados (vide: Apêndice A) de modo que os conceitos que interessavam à presente tese serviram como base para o desenvolvimento dos casos.

Cumprе esclarecer que a opção pelo desenvolvimento de três casos fictícios se fundamenta na preocupação da autora – compartilhada pela orientadora – com a superexposição de dados das pessoas que figuraram como envolvidas nos processos em casos reais. Efetivamente, essa superexposição dos casos reais se realizaria pela mera inserção do número

judicial no buscador Google, que exibiria, em questão de segundos, os nomes das pessoas envolvidas. Além disso, bastaria colocar o número judicial no *website* correspondente ao órgão jurisdicional em que foi julgado o caso para ter acesso a outros dados pessoais sensíveis, como endereço, cadastros documentais etc. (Barros Bolzan de Moraes; Marinho Marques; Sarkis, 2022).

A tese está, ainda, alinhada com as produções bibliográficas da professora orientadora, que há muito pesquisa temas relacionados à garantia dos direitos fundamentais das pessoas envolvidas em fatos de repercussão penal – como imputadas, vítimas ou testemunhas - com base no marco teórico do modelo constitucional de processo (Barros Bolzan de Moraes, 2009; 2018; 2021; 2022), bem como à Linha de Pesquisa do Programa de Pós-Graduação da PUC Minas “O Processo na Construção do Estado Democrático de Direito”, que propõe a problematização dos conteúdos institutivos e informativos da vontade do legislador e da lei como pressuposto de legitimidade construtiva, modificativa, desconstrutiva, reconstrutiva ou extintiva do ordenamento jurídico em seus aspectos de vigência, validade, eficácia, efetividade e eficiência no paradigma de Estado Democrático de Direito.

São oito os capítulos que compõe este trabalho. Após a Introdução, o Capítulo 2 se dedicará a uma construção que parte da crise do Estado Moderno (Bolzan de Moraes, 2011) e do medo (Delumeau, 2009) como ferramentas de controle coletivo para a consolidação da lógica repressiva (Hassemer, 2004) no combate às pessoas inimigas (Jakobs, 1985 e 2006; Meliá, 2006 e Zaffaroni, 2014) que, nos períodos mais recentes, têm se consolidado na figura da criminalidade organizada (Zaffaroni, 2014).

Nesse contexto, o processo penal passa a integrar a perversa espiral da emergência (Moccia, 1997), que justifica a adoção de medidas excepcionais, de intenso rigor e “eficiência” punitiva, além do forte apelo simbólico em face de quem identifica como inimigo.

São, na lógica emergencial, três as principais características do emergencialismo na disciplina do Direito Processual Penal: a abreviação temporal do processo, que considera a cognição ordinária como demora e, por isso, privilegia a imposição de medidas cautelares na busca pela punição *ante factum* das pessoas inimigas (Barros, 2018), mitigando seus direitos fundamentais; a adoção de soluções consensuais alcançadas pela via dos acordos que dispensam o julgamento e a obtenção de provas por métodos ocultos.

Tais métodos ocultos de investigação (Andrade, 2011 e Valente, 2017) – como interceptações telefônicas e telemáticas, a infiltração de agentes e as buscas e apreensões – são, especialmente, relevantes para os fins deste trabalho, na medida em que contribuem para o combate da criminalidade organizada por meio da flexibilização de garantias fundamentais

como a intimidade e a privacidade que deixam de ser excepcionais para se converterem em regra.

Em seguida, o Capítulo 3 cuidará de conceituar a expressão *cyber-surveillance*, além de debater seu desenvolvimento no decorrer do tempo e suas tendências futuras (Underwood; Saiedian, 2021), em especial considerando que é no *cyberespaço* que se desempenham, hoje, a maior parte das atividades cotidianas (Zuboff, 2015; Merkel, 2022).

Buscará, também, evidenciar como se relacionam, entre si, as práticas processuais emergenciais – aplicadas no combate ao inimigo – e as ferramentas de *cyber-surveillance*, a partir de três hipóteses concretas: o acesso a dados informáticos armazenados, as ações encobertas em ambiente digital e a invasão de sistemas por ferramentas de *hacking* ou uso de *malwares*.

Com base nesses elementos, o Capítulo 3 provoca um questionamento: afinal, se o Estado tem, a partir da *cyber-surveillance*, potencializado suas ferramentas emergenciais, como os métodos ocultos de obtenção de provas, para combater as pessoas definidas como inimigas, seria possível estender o catálogo de direitos fundamentais, a fim de permitir às pessoas envolvidas em fatos penais uma espécie de contramedida para a autoproteção?

Nos Capítulos 4 e 5, a tese desenvolverá a hipótese de que essa extensão do rol de direitos fundamentais não somente é possível, como tem na (re)leitura da garantia à não autoincriminação sua principal fonte.

O Capítulo 4 traçará os caminhos da não autoincriminação desde seu nascimento e consagração no direito anglo-saxão (Helmholz *et al.*, 1997) até sua incorporação no ordenamento jurídico brasileiro¹² que, apesar de parecer limitada pela redação do texto constitucional de 1988 ao direito da pessoa imputada de permanecer em silêncio, reconhece a importância de uma leitura mais abrangente, com vistas aos tratados e convenções internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil.

Mesmo assim, demonstrará que as obras jurídicas que tratam sobre a não autoincriminação insistem em restringir sua aplicação, ao argumento de que não se trata apenas de uma garantia das pessoas imputadas, mas também do direito da coletividade de vê-las

¹² Curiosamente, a não autoincriminação surge na codificação destinada ao “Processo Commercial” em 1850 (por todos: Haddad, 2009). Apesar da matriz liberal que ampara esse direito fundamental (nesse aspecto: Marques, 2021), sua primeira referência em matéria processual penal se deu a partir do Código de 1941, cuja sagacidade inquisitória (Marques, 2021) permitia à pessoa acusada o direito ao silêncio, ao mesmo tempo em que admitia a natureza probante do silêncio em seu desfavor. A vedação dessa prática passou a vigorar somente a partir da reforma do Código em 2003.

processadas e julgadas, motivo pelo qual deve ser submetida ao filtro casuístico da proporcionalidade (Queijo, 2012).

Diante disso, promoverá uma revisão crítica sobre a dicotomia entre Estado e indivíduo que, conforme ensina Marinho Marques (2021) marca o conflito ainda existente entre os modelos de Estado Liberal e Social. Além disso, irá discutir como o instrumentalismo processual (Cintra, Grinover e Dinamarco, 1995) contribui para a ideia de que as pessoas imputadas estão sujeitas ao Estado e, conseqüentemente, têm seus direitos fundamentais mitigados em face dos direitos coletivos. Igualmente, analisará a ideia de proporcionalidade, a partir da obra de Moraes (2018), problematizando seu apelo intersubjetivo e falta de rigor metodológico, bem como sua inserção no modelo de processo neoliberal, orientado pelo “eficientismo” em sobreposição à democraticidade processual.

Em seguida, demonstrará, na prática, como os conceitos do instrumentalismo processual e da proporcionalidade adotados pela literatura jurídica e pelas decisões judiciais brasileiras atuam para limitar o direito à não autoincriminação, manifestando-se favoravelmente à obrigatoriedade de participação ativa ou passiva, por parte da pessoa acusada, na produção de provas em seu desfavor.

Tendo como base esses fundamentos, o Capítulo 5 evidenciará a importância de que a não autoincriminação seja (re)lida em uma perspectiva constitucionalizada e no contexto da virada tecnológica processual, o que faz a partir do marco do modelo constitucional de processo (Andolina; Vignera, 1990) e do conceito de virada tecnológica (Nunes: 2020, 2022, 2023).

Para tanto, desenvolverá a hipótese de que a não autoincriminação, como direito fundamental das pessoas envolvidas no fato penal e conforme indica o modelo constitucional de processo, deve ser aperfeiçoada e incrementada, ao invés de limitada e mitigada, com especial atenção aos espaços e dimensões tecnológicos.

Com a intenção de testar essa hipótese, o Capítulo 6 terá como desafio verificar se a não autoincriminação, como direito fundamental aperfeiçoado à *cyber-surveillance*, de acordo com o modelo constitucional de processo, tem o condão de assegurar às pessoas envolvidas no fato penal o direito de não contribuir, ativa ou passivamente, para a produção de provas digitais em seu desfavor.

Como ferramenta para a consagração do direito à não autoincriminação no *cyberespaço*, propõe a utilização de ferramentas antiforenses, capazes de excluir, alterar ou tornar anônimas as provas digitais com potencial incriminador.

A fim de que o Capítulo 6 cumpra seus objetivos, o trabalho cuidará de esclarecer os principais conceitos das Ciências da Computação e da Engenharia Elétrica que são relevantes

para a compreensão do funcionamento das técnicas antifoenses. Além disso, apresentará três casos concretos fictícios, construídos a partir de situações reais que já foram objeto de decisão judicial pelos Tribunais brasileiros, as quais contribuirão para a compreensão prática acerca das ferramentas antifoenses.

Em seguida, o Capítulo 7 enfrentará as principais críticas dirigidas pelos pesquisadores à sua utilização: a primeira, relacionada ao comprometimento da cadeia de custódia das provas digitais pelo uso das estratégias antifoenses, será trabalhada, principalmente, a partir dos estudos promovidos por Prado (2019) e Lopes (2023); a segunda, que trata da inconstitucionalidade do anonimato¹³, será refutada – entre outros – com fundamentos teóricos constantes em Machado e Doneda (2020), Rodotà (2008) e Resta (2014).

Com a conclusão do trabalho, inserida no Capítulo 8, espera-se alçar ao cenário jurídico nacional um tema que é, em igual proporção, trabalhado e negligenciado. São muitos os escritos sobre a não autoincriminação, mas nenhum deles se dedica ao seu imprescindível aperfeiçoamento, seja em relação à sua garantia constitucional, seja no que concerne aos novos (e ocultos) meios de obtenção de provas que, a todo momento, se desenvolvem tecnologicamente com a finalidade de incrementar a persecução penal, sem a necessária contrapartida para os direitos fundamentais.

¹³ Para os fins desta tese, as expressões “anonimato” e “anonimização” não são tratadas como sinônimos. Esclarecem Jordan Oliveira e Marília Lopes (2021, p. 161) que tais conceitos, apesar de próximos, têm significados distintos: enquanto, no anonimato, os esforços concretos para que a identidade de uma pessoa não seja revelada são adotados por ela antes do compartilhamento de seus dados, na anonimização os procedimentos técnicos que retiram o vínculo entre um dado e seu titular são posteriores ao seu compartilhamento e realizados por parte de um terceiro (controlador ou operador de dados).

2 AS CRISES DO ESTADO MODERNO COMO PRECEDENTES DO DIREITO PENAL DO INIMIGO E DO PROCESSO PENAL DE EMERGÊNCIA

O medo pode com efeito, tornar-se causa da involução dos indivíduos.

Jean Delumeau

em História do Medo no Ocidente (2009, p. 25).

Neste capítulo, a tese pretende demonstrar como o Direito Penal e o Processo Penal têm se desenvolvido no Estado Moderno. A ideia é contextualizar, no plano geral, a forma como ambas as disciplinas estão posicionadas para, nos próximos capítulos, afunilar seu conteúdo naquilo que se refere às práticas da *cyber-surveillance* (objeto do Capítulo 3) e ao direito à não autoincriminação (tema dos Capítulos 4 e 5).

O presente capítulo está, nesse sentido, dividido em três partes. Na primeira, serão detalhados os aspectos da crise enfrentada pelo Estado Moderno, tanto em razão de fenômenos como a multiplicidade dos *loci* de poder, quanto pela pressão social promovida por cidadãos e cidadãs que, amedrontados pela violência, buscam a tutela de seus direitos coletivos, como é o caso da segurança pública.

Já na segunda parte, o foco será direcionado àquelas pessoas sobre as quais se concentra o medo social: os inimigos. A intenção é demonstrar como o conceito de inimigo, próprio do Direito Penal, é fundamental para que o Estado – mesmo em crise – mantenha o controle social e repressivo em desfavor de quem é, por qualquer motivo, indesejado ou indesejada.

No terceiro item, a tese se concentra nos aspectos processuais penais que decorrem do constante combate, pelo Estado, das pessoas inimigas. A estratégia emergencial, nessa conjuntura, é empregada ao contrário do que a palavra indica, convertendo em regra práticas que seriam, em tese, excepcionais.

Tais práticas, conforme restará evidenciado, se dirigem, em última instância, à tão almejada “eficiência” contra a criminalidade, seja abreviando o tempo da cognição ordinária em detrimento da fase cautelar do processo, seja pela via dos acordos que colocam fim ao processo antes do julgamento, seja pela obtenção de provas que violam direitos fundamentais por meios sigilosos ou ocultos.

A compreensão acerca desses métodos ocultos será fundamental para que, no próximo capítulo, uma de suas espécies – aquela desenvolvida no *cyberespaço* – seja descrita

pormenorizadamente. Pretende-se, diante disso, caracterizar as crises do Estado Moderno e seus reflexos no Direito Penal, pela ótica do direito penal do inimigo, e no Processo Penal, pelas práticas emergencialistas, como precedentes da institucionalização, da generalização e da banalização da *cyber-surveillance*.

2.1 As crises do Estado Moderno e o medo coletivo como precedentes da emergência

Ao definir, etimologicamente, a palavra “emergência”, Fauzi Hassan Choukr (2002, p. 1) se refere ao inegável vínculo com a ideia de crise. O autor, pioneiro nos estudos do emergencialismo no Brasil, apresenta a crise como circunstância capaz de fazer do Direito e do Processo Penal os principais instrumentos de restabelecimento da homogeneidade social e da eliminação dos conflitos humanos. Vale-se, para tanto, dos escritos de Franco Bricola, para quem:

[T]ípica de todos os momentos de crise é a atribuição ao direito penal de um papel e uma tarefa primordiais. Embora seja verdade que a justiça criminal é a ponta do *iceberg* por meio da qual se afloram e se evidenciam de forma dramática momentos patológicos da vida social e institucional que deveriam encontrar uma solução adequada por meio de outros canais, também é verdade que a situação de crise faz do instrumento criminal o principal canal para restaurar a homogeneidade social e eliminar conflitos, em contraste com seu papel de ‘ultima ratio’ (Bricola, 1983, p. 121, tradução nossa).¹⁴

De fato, Direito e Processo Penal são, historicamente, alçados a posições de protagonismo sempre que a sociedade se vê inserida em uma crise. A compreensão daquilo que significa “crise” e seus reflexos jurídico-penais, porém, deve ser antecedida por uma análise mais ampla, desenvolvida a partir do conceito de Estado Moderno. Este se distingue de outros modelos políticos por suas três principais características: a autonomia e a supremacia do poder estatal, a diferenciação entre as esferas pública e privada, e a mudança do fundamento do poder da propriedade para o monarca, representante da soberania estatal (Streck; Bolzan de Moraes, 2007, p. 39-40).

Desde meados da década de 1990, José Luís Bolzan de Moraes denuncia o fato de que o Estado Moderno tem passado por fases de ruptura dos seus paradigmas, cujos fundamentos guardam pouca afinidade em relação às estruturas sociais contemporâneas. Descreve o autor

¹⁴ No original: “[T]ípica di tutti i momenti di crisi è l’attribuzione al diritto penale di ruolo e compiti primari. Se è vero che la giustizia penale è la punta dell’iceberg attraverso la quale affiorano e si evidenziano in forma spesso drammatica momenti patologici della vita sociale e istituzionale che dovrebbero trovare adeguata soluzione attraverso altri canali, è pur vero che la situazione di crisi fa ravvisare nello strumento penale il principale canale di ripristino dell’omogeneità sociale e dell’eliminazione della conflittualità in antitesi al suo ruolo de ‘ultima ratio’”.

seus efeitos de esfacelamento: “tudo o que havia de sólido – real ou aparentemente – foi-se esboroando ou sendo desconstituído, seja por envelhecimento – precoce muitas vezes, induzido outras tantas –, seja por incompatibilidade com as estratégias hegemônicas atuais” (Bolzan de Moraes, 2011, *e-book*). A essa crise do Estado Moderno, Bolzan de Moraes atribui cinco aspectos: conceitual, estrutural, constitucional, funcional e político.

A crise conceitual se configura sobre uma típica estrutura do Estado-Nação, a soberania¹⁵, que se caracteriza pela centralização do poder e pelo monopólio da força e dos poderes políticos sobre o território e aqueles que o habitam.

Tradicionalmente concebida como o bojo único e inafastável do poder político, a soberania – na forma concebida hoje – tornou-se incompatível com o caráter plural das sociedades – este, fruto do seu desenvolvimento e aprofundamento democrático –, e tem passado por uma verdadeira corrosão que pode ser sintetizada em quatro vertentes que são codependentes entre si: o pluralismo político-social interno, a formação de centros de poder alternativos em concorrência com o Estado, a institucionalização dos poderes em dimensões supraestatais e a atribuição de direitos individuais com valor perante jurisdições internacionais.

Por sua vez, a crise estrutural está vinculada à precarização dos direitos sociais, que, outrora, impuseram ao chamado Estado Social “um caráter interventivo-promocional voltado à realização de seus fins constitucionais demarcados pelos direitos econômicos, sociais e culturais, originalmente” (Bolzan de Moraes, 2011, *e-book*).

Historicamente, o Estado Social evoluiu do caráter assistencial para agregar aos direitos políticos, democráticos e cidadãos garantias como a renda mínima, alimentação e saúde. Com efeito, não o fez sem percalços que, cada vez mais, se mostram como verdadeiros entraves ao desenvolvimento social: suas diversas crises fiscais e financeiras, para além das crises ideológicas e filosóficas, derivam dos projetos neoliberal¹⁶ e neocapitalista.

Já no contexto constitucional, a crise se instala como reflexo dos conteúdos conceitual e estrutural, considerando que a Constituição – documento jurídico-político – “sempre esteve submersa em um jogo de tensões e poderes” (Bolzan de Moraes, 2011, *e-book*). Trata-se,

¹⁵ Acerca do conceito de soberania, veja-se o que leciona Bolzan de Moraes (2011, *e-book*): “A ideia de soberania, antiga conhecida dos lidadores no campo da Teoria do Estado, da Ciência Política e do Direito [...] – é um conceito que emerge e se consagra já nos anos 1500. De lá para cá, o tema tem sofrido transformações significativas, especialmente no que tange ao seu conteúdo, para adaptar-se às novas circunstâncias históricas impostas pelas mutações por que passaram os Estados, bem como pelos novos laços que os unem nas relações interestatais, entre outras circunstâncias que lhes são inerentes”.

¹⁶ O projeto neoliberal, na concepção de Pierre Dardot e Christian Laval (2016, p.17), antes de ser uma ideologia ou uma política econômica, constitui uma racionalidade e, assim, “tende a estruturar e organizar não apenas a ação dos governantes, mas até a própria conduta dos governados”. O neoliberalismo, nesse contexto, poderia ser definido como “o conjunto de discursos, práticas e dispositivos que determinam um novo modo de governo dos homens”. Na perspectiva do Direito Processual, o tema será tratado no item 4.2.2 desta tese.

concretamente, de um dos efeitos da fragilização daquilo que a Constituição, de fato, constitui: o Estado.

A crise da constitucionalização gera repercussões nos direitos humanos, nas relações sociais e nas próprias funções do Estado. Na obra de Luigi Ferrajoli (2011, p. 21), essa crise se perfaz como um “processo desconstituente”, legitimado pelo consenso popular – ou vontade da maioria –, independente das formas de sua obtenção, e que mata, pela raiz, a democracia constitucional porquanto não se ampara no pluralismo político e constitucional, seja porque desvaloriza as regras, ferindo o princípio da separação de poderes ou, enfim, porque afasta o paradigma do estado constitucional de direito como sistema de vínculos legais impostos a qualquer poder.

Exatamente por isso, o quarto aspecto da crise do Estado é o funcional, cuja perspectiva de enfraquecimento tem como ponto central a perda da exclusividade quanto às atividades legislativa, executiva e judiciária diante da pluralidade dos *loci* de poder.

O Estado perde seu protagonismo e passa a concorrer com “outros setores semipúblicos, privados, marginais; nacionais, locais, regionais, internacionais, supranacionais etc. – acerca da capacidade, bem como muitas vezes da legitimidade de decidir vinculativamente a respeito da lei, sua execução e do tratamento de conflitos” (Bolzan de Moraes, 2011, *e-book*).

Para Zygmunt Bauman, tal esvaziamento das funções não enseja, diretamente, o fim do Estado. Pelo contrário, há um esforço por parte das tendências econômicas globalizantes no sentido de que “todos têm interesses adquiridos nos ‘Estados fracos’ – isto é, nos Estados que são fracos, mas mesmo assim continuam sendo Estados” (Bauman, 1999, p. 75).

Por fim, o último aspecto da crise do Estado se realiza na questão da representação política, seja porque o povo – ou cidadão comum – se distancia cada vez mais do jogo político, seja porque as figuras políticas se revelam distantes dos verdadeiros debates sociais. Este esvaziamento da democracia representativa – ou fantochização da democracia – evidencia o “enfraquecimento do espaço público da política e da sua economicização” (Bolzan de Moraes, 2011, *e-book*).

Ao conjugar os cinco aspectos da crise do Estado Contemporâneo relacionados por Bolzan de Moraes, Elias Jacob Menezes Neto pondera como a crise do Estado – em todos os seus planos – é útil àquilo que o Ferrajoli (2011) denomina “poderes selvagens”, na medida em que assegura o poder e o controle do Estado em uma função que as novas estruturas responsáveis por seu esvaziamento não querem assumir: “a de polícia, ou seja, de garantir a ordem local” (Menezes Neto, 2016, p. 40).

O Estado, segundo o autor (Ferrajoli, 2011), passa a funcionar como uma marionete, controlada por poderes anônimos que operam a partir da globalização e da tecnologia da informação. Tais estruturas, em especial as relacionadas ao fluxo de dados e comunicações globais, organizam-se na forma de redes com morfologias próprias e excepcionais, imprescindíveis para a sociedade moderna.

Nesse sentido, Jürgen Habermas (2001, p. 84) descreve que rede “tornou-se uma palavra-chave, e tanto faz se se trata das vias de transporte para bens e pessoas, de correntes de mercadorias, capital e dinheiro, de transmissão e processamento eletrônico de informações ou de circulação de pessoas”¹⁷. As diversas redes que, com a crise da modernidade, colocam fim à ideia monista de Estado “como centro único e autônomo de poder, sujeito exclusivo da política [e] único protagonista na arena internacional” (Bobbio; Matteucci; Pasquino, 1998, v. 1, p. 1.187), se movimentam pela estreita colaboração internacional, responsável por desgastar e limitar os tradicionais poderes estatais.

Isso não significa dizer, porém, que a crise do Estado na modernidade¹⁸ preceitua sua inutilidade. O Estado segue ocupando papel de protagonismo na moderna estrutura em rede, mas precisa ser visto com novos olhos: em vez de ser o provedor de todas as certezas (Menezes Neto, 2016, p. 61), ele passa a se submeter às novas regras globais, cujos efeitos se estendem às suas diversas estruturas, inclusive as mais negligenciadas pelos “poderes selvagens”.

É interessante perceber, nesse contexto, que, apesar de “estar[em] amparado[s] por uma tecnologia sem precedentes, cuja utilização prática é regida por uma ética questionável” (Choukr, 2002, p. 34), os Estados, hoje inseridos em uma ordem global, continuam a exercer suas atividades de policiamento e punição da mesma forma como o faziam outrora: pela lógica do medo, que busca, no mundo jurídico, “soluções contingenciais para problemas que são, antes de tudo, contextuais” (Choukr, 2002, p. 35).

Conviver com o medo sempre foi um intenso desafio social. Antes mesmo do surgimento do Estado ou dos conceitos de soberania ou nação, o medo já justificava e legitimava o exercício dos poderes de polícia e punição em nome da sensação de segurança. Na obra “A história do medo no Ocidente”, Jean Delumeau (2009) registra a relevância do

¹⁷ Importante consignar, conforme notado por Menezes Neto, que a modalidade de organização na forma de redes não é exatamente nova e se verifica em outros momentos históricos. Com efeito, o surgimento da tecnologia da informação promove uma “expansão da morfologia da rede de uma forma inédita tanto na sua velocidade, quanto no seu alcance” (Menezes Neto, 2016, p. 65).

¹⁸ Aqui, o conceito de modernidade é aquele lançado por Bauman (2001, p. 140): “A modernidade ‘sólida’ era uma era de engajamento mútuo. A modernidade ‘fluida’ é a época do desengajamento, da fuga fácil e da perseguição inútil. Na modernidade ‘líquida’, mandam os mais escapadiços, os que são livres para se mover de modo imperceptível”.

sentimento de segurança como elemento básico da afetividade e da moral humana. O autor consigna que, enquanto “[a] insegurança é símbolo de morte”, “a segurança é símbolo de vida” (Delumeau, 2009, p. 23).

Além disso, Delumeau suscita a dificuldade de analisar o medo a partir de uma perspectiva coletiva¹⁹, tendo em vista que “os comportamentos de multidão exageram, complicam e transformam os excessos individuais” (Delumeau, 2009, p. 31), atribuindo ao medo significado diferente da perspectiva individual:

O termo medo ganha então um significado menos rigoroso e mais amplo do que nas experiências individuais, e esse singular coletivo recobre uma gama de emoções que vai do temor da apreensão aos mais vivos terrores. O medo é aqui o hábito que se tem, em um grupo humano, de temer tal ou tal ameaça, real ou imaginária (Delumeau, 2009, p. 32).

Sob a ótica do Estado, Delumeau demonstra que o medo é um dos principais fatores de adaptação das subjetividades, em especial nos períodos da Idade Média e do Renascimento, tendo adquirido um sentido ainda mais claro na Modernidade porquanto dotado de verdadeiras funções sociais.

O historiador francês também evidencia que, para além dos medos espontâneos – em geral, relacionados a eventos climáticos ou geográficos –, alguns eventos cíclicos como grandes epidemias e guerras reforçaram o elo entre o medo e as práticas institucionais – primeiro, da Igreja Católica e, depois, do próprio Estado Moderno – em torno de uma finalidade comum: a luta contra o mal, em suas mais diversas manifestações – o mar, os mortos, as trevas, a peste, a fome, a bruxaria, o Apocalipse, Satã e seus agentes (Delumeau, 2009).

Cada uma dessas manifestações e dos momentos históricos em que se realizaram gerou, nas palavras de Eugenio Raúl Zaffaroni (2014, p. 29, grifos do autor), “uma compreensão do mundo e um discurso legitimador e deslegitimador, com *integrados e apocalípticos* e aparelhou fenômenos violentos em extensão crescente, conforme o incremento do potencial tecnológico de controle e destruição”. Coincidem, ainda, naquilo que o autor chama de “formidável capacidade [do Estado] de perversão, montada – como sempre – sobre o preconceito” (Zaffaroni, 2014, p. 29), consistente na imposição do medo para com o diferente, o vilanizado, o mal.

¹⁹ O autor reconhece dois significados para a expressão “coletivo”. O primeiro designa “uma multidão – arrebatada em debandada, ou sufocada de apreensão em consequência de um sermão sobre o inferno, ou ainda liberada do medo de morrer de fome por meio do ataque a comboios de cereal”. Já a segunda acepção significa “um homem qualquer na qualidade de amostra anônima de um grupo, para além da especificidade das reações pessoais de tal ou tal membro do grupo” (Delumeau, 2009, p. 31).

Efetivamente, a dualidade instaurada a partir da luta do bem contra o mal funcionou – na Antiguidade e funciona no Estado Moderno, mesmo em crise – como importante ferramenta de controle social, desenvolvida a partir do constante clima de suspeita que padece perante riscos que, apesar de serem produzidos pela sociedade, não são por ela administrados ou prevenidos.

É por isso que, conforme Winfried Hassemer (2004), a lógica da repressão não apenas permanece, mas se intensifica. Para o autor, é como se o Estado fosse além da forma de Leviatã, “que tanto sustenta e protege quanto ameaça os seus cidadãos”, para evoluir (ou involuir) na figura de um “parceiro no combate geral contra riscos e contra a criminalidade”, para quem os direitos fundamentais nada mais são que obstáculos na luta contra o medo (Hassemer, 2004, p. 18).

Curioso notar, como escreve Paulo Busato, que o problema do risco vive em constante expansão; afinal, a sociedade “tem que conviver, obrigatoriamente com a imprevisibilidade associada às fontes de risco” (Busato, 2011, p. 158). O autor ressalta, no contexto moderno, “o aparecimento de novas tecnologias que, se por um lado, suprem certas dificuldades, por outro, criam nova, cuja solução é ainda um mistério”, sendo que “tal condição açoda o medo, a insegurança e até mesmo o descrédito das instâncias de proteção” (Busato, 2011, p. 158).

Assim, compreendida a estrutura o risco e a forma como se alimenta da crise do Estado Moderno para fundamentar o medo coletivo e incrementar daquilo que restou do poder estatal, deve-se passar à discussão acerca das disciplinas que ocupam o papel de protagonismo neste debate: o Direito e o Processo Penal.

Conforme se demonstrará, fica a cargo do Direito Penal definir quem é o inimigo a ser combatido, enquanto ao Processo Penal incumbe a ideia emergencial de aplicar-lhe, no menor tempo possível, as máximas extensões da Lei.

2.2 A quem temer: entre crise e risco, o inimigo do Direito Penal

A figura do inimigo no Direito Penal foi introduzida aos debates jurídico-criminais por Günther Jakobs, em 1985, com a apresentação da conferência intitulada “Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung”. Naquela ocasião, o professor alemão propôs dois conceitos de Direito Penal que levariam em consideração a imagem dos autores neles envolvidos: o direito penal do cidadão e direito penal do inimigo.

Pela ótica do direito penal do cidadão em Jakobs, a esfera privada do indivíduo é livre do Direito Penal, que somente pode nela intervir quando o comportamento do autor passa a

representar uma lesão ou ameaça de lesão ao mundo externo. Já na perspectiva do direito penal do inimigo, o autor é percebido como uma constante fonte de perigo, motivo pelo qual perde o direito de manter-se livre em sua esfera privada (Jakobs, 1985, p. 753).

Para Jakobs, inicialmente em uma abordagem neutra, o direito penal do inimigo seria legitimado em um contexto excepcional e, por isso, deveria ser separado do direito penal do cidadão, com a intenção de não o contaminar. Nas discussões que seguiram à sua conferência, Jakobs chegou a manifestar sua esperança no sentido de que, a partir de um amadurecimento do Direito Constitucional, o direito penal do inimigo deixaria de existir (Greco, 2005, p. 216).

Com efeito, à época, as ideias de Jakobs passaram despercebidas. Ao analisar o relatório das discussões instauradas na conferência de 1985, Luís Greco (2005, p. 221) comenta que o direito penal do inimigo não foi alvo de reprovações: pelo contrário, o conceito recebeu diversas manifestações positivas, enquanto as negativas se limitaram a aspectos secundários, como a falta de manifestação crítica de Jakobs a respeito do tema. O autor alemão, portanto, havia obtido êxito na sua ideia de ser apenas comentarista da atuação do sistema penal, assumindo postura de “narrador distanciado do fato tal como ele se apresenta” (Busato, 2011, p. 186)²⁰.

Foi somente a partir da virada do milênio e a partir da crescente onda de atos terroristas que teve como marco o ataque ao complexo empresarial estadunidense World Trade Center, ocorrido em 11 de setembro de 2001, que o direito penal do inimigo passou a ocupar uma posição de protagonismo nas discussões jurídico-penais. Em trabalhos publicados no início dos anos 2000, apesar de afirmar que não concebe o direito penal do inimigo em tom pejorativo, Jakobs (2006, p. 24) deixou de lado a diferenciação crítica em relação ao conceito de direito penal do cidadão.

O autor buscou, na filosofia iluminista²¹, fundamentos para distinguir o tratamento que deveria ser conferido ao cidadão e ao inimigo, concluindo que o “indivíduo que não admite ser

²⁰ Interessante a análise de Paulo Busato sobre a postura acrítica de Jakobs neste primeiro momento: “a postura meramente descritiva é muito própria da concepção herdeira do positivismo que grassa nos posicionamentos dos defensores da teoria dos sistemas e evidencia a carência de percepção do fato inarredável de que o Direito, especialmente o Direito Penal, não pode mais se ancorar nas premissas da ciência própria da modernidade, dado que sua realidade multifacetada assim não mais permite. O episódio, no entanto, faz lembrar a história de Gustav Janouch, filho de um antigo colega de trabalho de Franz Kafka (que trabalhou em uma companhia de seguros de 1908 a 1922), que na primavera de 1921, passeava por Praga em companhia do escritor, quando passaram em frente a uma sala de exposições, onde havia uma mostra de arte de Picasso. O jovem Janouch então observou, referindo-se ao pintor: ‘É um deformador deliberado’. Kafka, no entanto, discordou, dizendo: ‘Não creio. Picasso somente registra as deformações que ainda não penetraram em nossa consciência’. E acrescentou: ‘a arte é um espelho que *adianta* como um relógio’. Pois bem. Creio que todos os penalistas que enxergaram na postura inicial de Jakobs mais do que simplesmente um ‘correio do apocalipse’, um compromisso com este, tiveram um *insight* de artista, de Picasso, e simplesmente trataram de *adiantar* as deformações que não tardaram a aparecer na orientação sistemática do penalista alemão” (Busato, 2011, p. 186-187, grifos do autor).

²¹ “No direito natural da argumentação contratual estrita, na realidade todo delinquente é um inimigo (Rousseau, Fichte). Para manter um destinatário para expectativas normativas, todavia, é preferível manter o status de

obrigado a entrar em um estado de cidadania não pode participar dos benefícios do conceito de pessoa” (Jakobs, 2006, p. 41). E exemplifica, fazendo referência aos atentados terroristas ocorridos em 11 de setembro de 2001 nos Estados Unidos da América (EUA):

A quem tudo isso continue parecendo muito obscuro, pode-se oferecer um esclarecimento instantâneo a partir de uma referência aos fatos ocorridos em 11 de setembro de 2001. O que ainda se compreende em relação ao delinquente comum, quer dizer, de não tratá-lo como um indivíduo perigoso mas como pessoa que incorreu em um erro, passa a ser difícil, como se evidenciou, no caso do autor por tendência ou que está envolvido em uma organização (Jakobs, 2006, p. 41, tradução nossa).²²

A categoria dos inimigos, por sua vez, poderia ser dividida em duas: os inimigos externos e os internos. A existência dessas duas modalidades foi percebida por Eligio Resta (2006, p. 15), para quem o inimigo externo consistiria na figura relacionada à guerra, enquanto o interno se consubstanciaria na imagem do opositor político, dos grupos minoritários e dos criminosos.

Considerando, então, tal dicotomia entre o inimigo e o cidadão para fins criminais, Jakobs (2006, p. 47) define a forma como o Estado deve proceder com cada um destes perfis: ver nos autores pessoas que cometeram um erro, ou indivíduos que precisam ser impedidos, mediante coação, de destruir o ordenamento jurídico.

Nesse segundo caso, quando o autor não consegue garantir à sociedade um comportamento cidadão, o Estado não deve tratá-lo como pessoa, sob pena de sacrificar o direito à segurança daqueles que exercem a civilidade e merecem proteção jurídica. Vale salientar que, para Jakobs (2006, p. 50), somente tem o *status* de pessoa quem oferece uma garantia cognitiva suficiente de um comportamento pessoal.

Também no início dos anos 2000, o espanhol Manuel Cancio Meliá (2006) passou a dialogar, de forma novamente crítica, com o conceito de direito penal do inimigo de Jakobs.

É interessante, desde logo, notar que Cancio Meliá não o faz apenas pelo amor ao debate dogmático, mas porque percebeu a forma como o direito penal do inimigo deixou o mundo das

cidadão para aqueles que não se desviam por princípios (Hobbes, Kant)”. (No original: “*En el derecho natural de argumentación contractual estricta, en realidad todo delincuente es un enemigo [Rousseau, Fichte]. Para mantener un destinatario para expectativas normativas, sin embargo, es preferible mantener el status de ciudadano para aquellos que no se desvían por principio [Hobbes, Kant]*”). (Jakobs, 2006, p. 55, tradução nossa).

²² No original: “*A quien todo esto le siga pareciendo demasiado oscuro se le puede ofrecer un esclarecimiento cual rayo mediante una referència a los hechos del 11 de septiembre de 2001. Lo que aún se sobreentiende respecto del delincuente de carácter cotidiano, es decir, no tratarlo como individuo peligroso, sino como persona que actúa erróneamente, ya pasa a ser difícil, como se acaba de mostrar, en el caso del autor por tendencia o que está imbricado en una organización*”.

ideias²³ e passou a se destacar no contexto da expansão dos ordenamentos jurídicos penais do mundo ocidental.

Na evolução do Direito Penal, Cancio Meliá constatou tendências antiliberais no horizonte político-criminal do risco, circunstância derivada daquilo que o autor denomina “crise própria do Estado social em matéria criminal” (Cancio Meliá, 2006, p. 93). Como elementos desta crise e do fenômeno de expansão penal, Cancio Meliá destaca o direito penal simbólico²⁴ e o ressurgimento do punitivismo.

Naquilo que se refere ao simbolismo, o autor direciona a crítica a agentes políticos que “somente perseguem o objetivo de dar a impressão tranquilizadora de um legislador atento e decidido” (Cancio Meliá, 2006, p. 95) e à “discrepância entre os objetivos invocados pelo legislador – e os agentes políticos que formam suas maiorias – e a agenda real oculta sob aquelas declarações expressas” (Cancio Meliá, 2006, p. 96). Assim, o direito penal simbólico não se preocupa apenas com o fato criminoso, mas – e sobretudo – com um tipo específico de autor, a quem não se define como *um igual*, e sim como *o outro*.

Por outro lado, no que tange ao punitivismo, Cancio Meliá se refere ao incremento qualitativo e quantitativo no alcance da criminalização como critério político-criminal absoluto. Nesse sentido, “parece que se trata de um fenômeno que supera, em muito, o tradicional populismo na legislação penal: a história se repete” (Cancio Meliá, 2006, p. 101).

Ao sintetizar as críticas que direciona ao direito penal do inimigo, Cancio Meliá considera que, para além de incompatível com a Constituição do Estado Democrático de Direito²⁵ e de não contribuir, efetivamente, para a prevenção dos delitos, o direito penal do inimigo nem sequer pode fazer parte da dogmática jurídico-penal, porquanto não cria normas incriminadoras, limitando-se a demonizar determinados grupos de indivíduos pelo simples fato de serem quem são.

²³ O autor registra que “As mudanças em comparação com a práxis político-criminal que tem sido a norma até agora não se referem apenas a tempos e formas, mas também estão gradualmente alcançando tal grau de intensidade no conteúdo que é necessário formular a suspeita [...] de que estamos testemunhando o que poderia acabar sendo uma mudança estrutural de orientação”. (No original: “*Los cambios frente a la praxis político-criminal que ha sido la habitual hasta el momento no sólo se refieren a los tiempos y las formas, sino que van alcanzando también en los contenidos paulatinamente tal grado de intensidad que se impone formular la sospecha [...] de que asistimos a lo que puede acabar siendo un cambio estructural de orientación*”). (Cancio Meliá, 2006, p. 88, tradução nossa).

²⁴ Winfried Hassemer dispõe que o direito penal simbólico “consiste no atributo que uma norma penal apresenta, segundo o qual as funções latentes da norma suplantam suas funções manifestas de maneira a gerar a expectativa de que o emprego e o efeito da norma concretizarão uma situação diversa da anunciada pela própria norma” (Hassemer, 2008, p. 221).

²⁵ Aquele que, de acordo com Habermas (1997), se funda no reconhecimento dos direitos e garantias fundamentais e da soberania cidadã.

Para o autor espanhol, não haveria que se falar em um direito penal do inimigo²⁶ para cidadãos que, apenas pela periculosidade, comprometeriam a existência da sociedade porque essa percepção do “perigoso” ou “arriscado” é apenas uma construção social que independe de qualquer dimensão concreta.

Ainda na península ibérica, também foi o direito penal do inimigo objeto de estudo por Manuel Guedes Valente. Referido autor resgatou os ensinamentos de Gustav Radbruch, que, já em 1926, alertava para os perigos de uma orientação voltada apenas à segurança e repressão, porquanto gerava uma concepção de Direito Penal subordinada ao autoritarismo (Valente, 2016, p. 93).

Escreve Valente, nesse sentido, que a função do Direito Penal não pode se resumir às ideias de segurança e periculosidade, sob pena de consolidação de “um Direito penal que implica agir antes do facto, de agir sobre aqueles cidadãos detentores de características físicas e psíquicas indiciadoras de colocarem em perigo a paz jurídica e social” (Valente, 2016, p. 94), o que implica a “inocuidade ou neutralização daquele em um momento prévio à lesão efetiva ou à efetividade do perigo de lesão a qualquer bem jurídico” (Valente, 2016, p. 95).

O direito penal do inimigo gerou, igualmente, intensos debates na América Latina, encontrando em Eugenio Raúl Zaffaroni um de seus principais expoentes. Diferente de Cancio Meliá, que direciona suas críticas à (in)compatibilidade do conceito de Jakobs com o Direito Penal, Zaffaroni concentra seus esforços na compreensão do inimigo frente ao poder punitivo.

De acordo com Zaffaroni, o uso da repressão punitiva estatal como ferramenta de combate aos autores de delitos graves, dissidentes, marginais e indesejáveis é histórica, sendo vislumbrada no período da Revolução Mercantil, da Inquisição, do Neocolonialismo, do Autoritarismo e na modernidade:

[E]m todas as épocas, com maior ou menor grau de crueldade – segundo as condições e circunstâncias –, a tendência [tem] sido de uma repressão penal plural, de acordo com a qual os autores de delitos graves (patibulários) e os dissidentes foram eliminados, os marginais ou indesejáveis foram neutralizados e, finalmente, os ocasionais foram tratados como pessoas semelhantes àquelas que detinham o poder ou a seus aliados: assim, teriam cometido erros passageiros, merecendo uma certa benevolência nos poucos e raros casos em que eram submetidas ao poder punitivo (Zaffaroni, 2014, p. 36-37).

O autor argentino comenta sobre os diversos perfis de inimigo traçados pelos séculos afora até a modernidade. Na primeira etapa do que Zaffaroni (2014, p. 33) chama de

²⁶ Ao analisar as conclusões de Cancio Meliá, Diogo Malan (2006, p. 233) consigna: “Em síntese, a conclusão é no sentido de que o conceito de direito penal do inimigo é válido como elemento descritivo da atual quadra da involução dos ordenamentos jurídico-criminais”.

“planetarização” do poder, o genocídio colonialista tinha como alvo os rebeldes que se opunham ao domínio.

À época, dissidentes políticos – estranhos – e autores de delitos graves – inimigos – eram os alvos do poder punitivo, repreendidos com a pena de morte – neutralização – executada nas praças públicas e acompanhada pelos iguais – sujeitos não alcançados pela lei penal – como se festividade fosse (Zaffaroni, 2014, p. 37).

O poder punitivo também ocupou posição de destaque no período inquisitorial, que adicionou à equação repressiva um sujeito de conhecimento – o inquisidor – capaz de acessar todo o saber humano e, com isso, descobrir a tão almejada verdade²⁷. Tal prática, como reforça Zaffaroni (2014, p. 39), não se limitou às inquisições romana ou ibérica, tendo se transformado em prática comum à justiça e legitimadora da violência contra o inimigo – agora, sujeito de conhecimento e personificação de Satã por meio das práticas de heresia e bruxaria.

A partir da Revolução Industrial, esclarece Zaffaroni (2014, p. 43) que a dualidade de tratamentos penais foi reforçada, mantendo-se as garantias aos iguais e focando a punição para os diferentes, em atenção aos interesses da nova classe social de industriais e comerciantes.

A nova configuração socioeconômica também gerou importantes reflexos populacionais a partir da maior concentração de indivíduos “indesejáveis” nas áreas urbanas, vistos como animais domesticáveis próprios para a produção industrial, passíveis de descarte a partir do momento em que parassem de produzir.

A solução encontrada, conforme apresenta Zaffaroni (2014, p. 44), “foi o encarceramento em prisões com altas taxas de mortalidade, a submissão a julgamentos intermináveis com as mencionadas medidas de neutralização sob a forma de prisão preventiva ou provisional ou então deportação”²⁸.

Nas sociedades latino-americanas²⁹ colonizadas, o poder punitivo também foi empregado como forma de controle populacional: os inimigos, nesse contexto, eram aqueles que impediam o progresso na civilização, como os mestiços desequilibrados e os nativos selvagens, excluídos porquanto seres de difícil domesticação (Zaffaroni, 2014, p. 47).

²⁷ Não se desconhece a relevância das pesquisas, no âmbito do Direito Processual Penal, sobre a problemática da verdade e seu vínculo com as práticas inquisitórias. Por não ser este o objeto do presente trabalho, limitou-se à revisão bibliográfica acerca das relações traçadas por Zaffaroni entre a verdade e o direito penal do inimigo. Com efeito, recomenda-se para melhor compreensão histórica e teórica do tema a obra de Salah Khaled Jr. (2020).

²⁸ Neste trecho, relevante destacar que Zaffaroni faz referência à obra “Cárcere e Fábrica”, de Dario Melossi e Massimo Pavarini (2006).

²⁹ No campo de estudo da criminologia, o tema é analisado pela perspectiva brasileira na obra de Vera Malaguti Batista (2011).

Mesmo depois da independência, o exercício do poder punitivo excludente se manteve, agora sob a batuta das repúblicas oligárquicas dominadas pelos descendentes dos colonizadores, que, além de exercer a justiça privada no âmbito de seus latifúndios, passaram a introduzir, nos ordenamentos jurídicos, legislações penais e processuais penais inicialmente liberais, copiadas dos Estados Unidos (Zaffaroni, 2014, p. 48).

Com a derrocada das estruturas oligárquicas, o poder punitivo se mantém, apesar de receber uma nova roupagem “perigosista” (Zaffaroni, 2014, p. 48): a do populismo paternalista e policialesco, como visto no Brasil a partir do Estado Novo e da influência legislativa do modelo autoritário italiano, positivado no *Codice Rocco*³⁰. Os movimentos populistas, de caráter protecionista e nacionalista, acabaram por alçar ao protagonismo político setores sociais que outrora eram excluídos e, com isso, passaram a desagradar não apenas os oligarcas que os precederam, mas também a administração estadunidense.

Exatamente por isso, os Estados Unidos passaram a intervir nos países da América Latina, provocando golpes de Estado que resultaram na ascensão de ditaduras e regimes militares. Nesse contexto, a definição de inimigo foi ampliada e resultou na extinção de toda uma geração de lideranças, implementada a partir de dois principais instrumentos: primeiro, “um sistema penal paralelo que os eliminava mediante detenções administrativas ilimitadas (invocando estados de sítio, de emergência ou de guerra que duravam anos)” (Zaffaroni, 2014, p. 50), segundo “um sistema penal subterrâneo, que procedia à eliminação direta por morte ou desaparecimento forçado, sem nenhum processo legal” (Zaffaroni, 2014, p. 51).

Outro fator relevante à concepção penal de inimigo foi a pressão, igualmente oriunda dos EUA, para que países da América Latina incorporassem o movimento de guerra às drogas. De início, o argumento se fundava na perspectiva da segurança nacional, no sentido de que “o traficante era um agente que pretendia debilitar a sociedade ocidental, o jovem que fumava maconha era um subversivo, guerrilheiros eram confundidos com narcotraficantes (a narcoguerrilha) etc.” (Zaffaroni, 2014, p. 51).

³⁰ Sobre o *Codice Rocco*, os ensinamentos de Marco Aurélio Nunes da Silveira (2015, p. 270-271): “Diante da incumbência de reformar a legislação penal e processual penal segundo os princípios autoritários, Rocco concede a Vincenzo Manzini, principalmente, a missão de redigir o *codice di procedura penale*, que só se fez agravar a natureza inquisitória dos códigos processuais anteriores, já inseridos na lógica mista napoleônica. Sem surpresas, note-se que o argumento circunstante ao surgimento do ‘novo’ código italiano foi, em certa medida, reproduzido por Francisco Campos ao justificar a reforma brasileira. Como se pode observar nas palavras de Floriana Coalo: ‘No horizonte de um inquisitório ‘eterno’ - exigência profunda da sociedade italiana durante e, talvez, depois do fascismo – Alfredo Rocco queria contudo assinalar uma ruptura com o Código de 1913, que definiu como ‘democrático-liberal’, eis que marcado por um ‘sentimentalismo aberrante e mórbido em relação aos delinquentes’; o texto foi acusado de enfraquecer a repressão e favorecer a propagação da criminalidade”.

A necessidade de legitimar a continuidade do poder repressivo estatal, principalmente após a queda do muro de Berlim em novembro de 1989, também reforçou a guerra antidrogas, agora já amparada por legislações de exceção, promulgadas mediante pressão por parte das agências estadunidenses e muito similares àquelas que permitiam, a qualquer custo, a punição em face de terroristas e subversivos. Preleciona Zaffaroni (2014, p. 53) que tais leis “violaram o princípio de legalidade, multiplicaram verbos conforme a técnica legislativa norte-americana, associaram participação e autoria, tentativa, preparação e consumação, desconhecaram o princípio da ofensividade, violaram a autonomia moral da pessoa”.

A tendência de recrudescimento das leis penais encontrou, nos avanços da globalização, grandes aliados que permitiram a difusão mundial dos discursos autoritários e antiliberais de repressão e discriminação, próprios do exercício do poder punitivo – ponto central de discussão no âmbito desta tese de doutorado.

A partir da revolução comunicacional ocorrida no século XX, o autoritarismo³¹ passou a ser um discurso que ia além do Direito Penal, atingindo os meios midiáticos e publicitários e encontrando seu ápice no século XXI, quando a figura do *inimigo* passou a ser associada a um pseudoconceito (Zaffaroni, 2014, p. 63) – o crime organizado:

[A] ideia menos difusa de *crime organizado* equivale à *criminalidade de mercado*, o que basta para mostrar a enormidade do universo abarcado. A constatação de que a maior parte destas atividades requer o complemento da corrupção política desencadeou campanhas paralelas de caça às bruxas que, não por acaso, nunca identificam os responsáveis pelo esvaziamento de países inteiros, mas motivou uma enorme burocracia nacional e internacional [...]. Tanto o *crime organizado* como a corrupção são funcionais para habilitar o poder punitivo e a intromissão do estado em qualquer atividade econômica incômoda ao governo de plantão ou que seja útil para eliminar ou difamar os competidores, sem os limites nem as garantias constitucionais para tais intervenções. Ademais, a campanha contra a corrupção parece estar mais preocupada em evitar maiores custos aos investidores estrangeiros em países periféricos do que nos princípios éticos que são enunciados ou nos danos estruturais que causam às economias locais (Zaffaroni, 2014, p. 63, grifos do autor).

Veja-se, nesse ponto, como é possível relacionar o conceito penal de inimigo com o aspecto funcional da crise do Estado Moderno. Retomando a lição de Bolzan de Moraes (2012, *e-book*), constitui causa de enfraquecimento do Estado a perda da exclusividade quanto às atividades legislativa, executiva e judiciária diante da pluralidade dos *loci* de poder.

³¹ O conceito de autoritarismo é bem definido por José Ramón Serrano-Piedecabras (1988, p. 73, tradução nossa): “Quando falamos aqui de autoritarismo, estamos nos referindo às disfunções causadas, nas esferas jurídica e política, pelo processo de crescente autonomia do Estado em relação à sociedade civil. E isso sem a quebra dos mecanismos formais da democracia representativa e, além disso, sem a perda do consenso que legitima essas instituições”. (No original: “*Cuando aquí hablamos de autoritarismo, nos referimos a las disfunciones provocadas, en la instancia jurídica y política, por el proceso de creciente autonomía del Estado en relación con la sociedad civil. Y esto sin producirse la quiebra de los mecanismos formales de la democracia representativa y, más aún, sin la pérdida del consenso que legitima a esas instituciones*”).

A influência do setor internacional na atividade legislativa reflete, diretamente, na decadência do Estado, que se vê obrigado a renunciar a uma das suas principais atividades privativas diante da pressão – inclusive, com consequências econômicas – exercida pela comunidade estrangeira.

Essa renúncia, ainda, vem acompanhada pelo “sacrifício ilimitado e arbitrário de direitos fundamentais” pontuado por Anabela Miranda Rodrigues (2008, p. 154). Para a autora, o discurso internacional de prevalência do “ordenamento de segurança” representa um paradoxo, na medida em que busca a ampliação dos poderes do Estado em nome dos direitos das pessoas, mas o faz a partir da limitação dos próprios direitos das pessoas. A comunidade estrangeira, nesse contexto, exige do Estado a satisfação do direito fundamental à segurança, independentemente dos seus reflexos negativos sobre outros direitos fundamentais.

A influência – ou exigência – por parte do setor internacional tem sido cada vez mais adotada. Basta verificar a quantidade de diplomas normativos internacionais, com amplo caráter punitivo, aos quais o Brasil veio a se submeter e que posteriormente foram promulgados por meio de Decretos Presidenciais: (a) Convenção Interamericana sobre a Corrupção, da Organização dos Estados Americanos (OEA), assinada pelo Brasil em 1996, que passou a vigorar no País a partir do Decreto nº 4.410/2002; (b) Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, da Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE), assinada em 1997, ratificada pelo Decreto nº 125/2000 e promulgada pelo Decreto nº 3.678/2000; (c) Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, da Organização das Nações Unidas (ONU), assinada em 2000, que passou a vigorar por meio do Decreto nº 5.015/2004; e (d) Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção, também da ONU, assinada em 2003 e promulgada pelo Decreto nº 5.687/2006.

Mesmo não sendo possível afirmar que tais dispositivos derivam, exclusivamente, dos compromissos celebrados internacionalmente e as pressões por parte de organismos globais, “é preciso reconhecer a relevância de tais instrumentos, diante da correspondência entre suas disposições e as medidas adotadas no País” (Silveira; Sarkis; Marques, 2021, p. 165).

Para além da influência internacional, outro *locus* de poder que reforça a crise funcional do Estado Moderno e a ideia de pessoa inimiga para o Direito Penal é a mídia. Como nota José Luis Díez Ripollés (2006, p. 556), um sentimento exagerado de insegurança tem sido difundido na sociedade pela intensa cobertura da imprensa, que desencadeia demandas sociais por uma intervenção que o Estado parece ser incapaz de suprir.

A tendência analisada pelo autor espanhol é bem ilustrada por Alexandre Morais da Rosa, quando compara o medo e a surpresa que o filme “Tubarão” gerava em seus espectadores a cada aparição do animal com o incessante sentimento de medo que é experimentado pela sociedade sempre que o crime e a violência são tratados, principalmente pela mídia, como se fossem fenômenos surpreendentes (Rosa, 2014, p. 30) e que exigem imediata intervenção.

Fauzi Hassan Choukr destaca que é inegável o papel da mídia na otimização do emprego promocional e simbólico do sistema repressivo. Pondera o autor que, “[c]om isso não se quer negar o valor democrático da publicização do processo e a necessária presença da informação no estado de direito” (Choukr, 2002, p. 48), mas é preciso reconhecer a influência dos meios de comunicação na opinião pública e suas consequências.

Essa visão é compartilhada por Vinicius de Barros (2016, p. 107), para quem a imprensa cumpre um papel de “chancela do sistema penal e penitenciário moderno”, a partir da imposição de contornos nítidos à figura do inimigo criminoso, que “não pertence ao mundo dos homens ‘de bem’, logo, não merece qualquer conforto, indulgência ou ato de filantropia nas prisões”. O autor destaca como a repetição é um fator importante para definir, no imaginário popular, o desenho do delinquente: repetidas nos noticiários, “constroem o inimigo sem rosto, para cujo combate se empenham política e justiça”.

De acordo com Victoria Sulocki (2021, p. 659), essa postura da imprensa corresponde a uma das várias marcas da Inquisição que se perpetuaram até os dias de hoje: “fogueiras virtuais são acesas diariamente pelas redes sociais e pela imprensa, falada escrita e televisionada, nas quais ardem os supostos inimigos da ordem pública, como àquelas que, tempos atrás, literalmente queimavam as bruxas, os hereges, os judeus”.

Em trabalho que investiga a relevância da imprensa na adoção de medidas penais excepcionais, María Luisa Jiménez Rodrigo e Rafael Augusto dos Santos (2015) pontuam que, em geral, os fatos com maior cobertura informativa são os que mais causam temor e impacto aos expectadores, como homicídios, crimes contra a dignidade sexual e roubos.

Determinam, nesse contexto, que “a mídia apresenta quase exclusivamente crimes violentos, os mais visíveis e os mais horríveis para o público” (Jiménez Rodrigo; Santos, 2015, p. 485, tradução nossa)³² e que, a partir dessa sensação de insegurança, a sociedade “encurralada e amedrontada por atos criminosos altamente divulgados, pede a extensão da proteção penal para acabar com a insegurança coletiva [e] leva a uma síndrome de punibilidade entre os

³² No original: “los medios de comunicación presentan casi exclusivamente la delincuencia violenta, aquella que tiene más visibilidad, que produce más horror entre la ciudadanía”.

indivíduos” (Jiménez Rodrigo; Santos, 2015, p. 486, tradução nossa)³³, que passam a valorizar políticas criminais capazes de “proporcionar respostas aos desejos imediatos e atuar de acordo com as pressões sociais” (Jiménez Rodrigo; Santos, 2015, p. 488, tradução nossa)³⁴.

No Direito Penal, Ana Elisa Bechara (2008, p. 413) descreve que a “insegurança social que clama por maior intervenção do Estado” interfere no processo seletivo com o objetivo de dar ensejo à criação de leis penais criminalizadoras, que em grande medida “resultam inadequadas, ofensivas a princípios fundamentais do Direito Penal e, o mais grave, revelam-se contraproducentes”. São, portanto, características do Direito Penal do inimigo “a perda do seu caráter subsidiário e fragmentário e [a] nítida assunção da missão de instrumento político de segurança” (Bechara, 2008, p. 413).

A expansão do Direito Penal descrita por Bechara é discutida por Leonardo Sica (2002, p. 84) sob a perspectiva da inflação legislativa, que “reforça a ilusória eficácia dissuasória da pena e se incrementa a proporcionalidade vertical” e amplia, sobremaneira, o conteúdo das criminalizações para a tutela de direitos coletivos. Para o autor, porém, tais soluções legislativas impostas estão fadadas ao fracasso, tendo em vista que a tendência do excesso de leis penais é fazer com que tudo passe a ser proibido e, com isso, esvaziar o próprio Direito Penal.

Para Nilo Batista (2003, p. 245), trata-se do dogma da criminalização provedora, isto é, a ideia de que, como uma “deusa alada onipresente” a tipificação de novas condutas fosse capaz de resolver todos os problemas e influenciar “a alma dos seres humanos para que eles pratiquem certas ações e se abstenham de outras”.

De acordo com Batista, assim como o dogma da pena – este, relacionado à necessária atestação de que, diante da prática de um delito, a pessoa que o perpetrou será severamente punida -, o dogma da criminalização reforça um discurso legitimador do sistema penal e do poder punitivo.

No Brasil, exemplo de inflação da lei penal influenciada pela imprensa é a Lei de Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/1990). Ao comentar a disciplina legislativa dos crimes hediondos, Choukr (2009, p. 215) ressalta que sua iniciativa nasceu durante os trabalhos constituintes, “quando uma série de sequestros se tornou notícia na mídia, nem tanto pela novidade da prática criminosa mas, sobretudo, pelas pessoas que foram levadas ao cativeiro”. Na redação original, a Lei fez inserir em seu rol taxativo poucas figuras delitivas, a saber: o latrocínio, a extorsão

³³ No original: “acorralada y asustada por los actos criminales altamente publicitados, pide la ampliación de la protección penal para poner fin a la inseguridad colectiva [y] lleva a un síndrome de punibilidad entre los individuos”.

³⁴ No original: “proporcionar respuestas a los deseos inmediatos y actuar de acuerdo con las presiones sociales”.

mediante sequestro e a extorsão qualificada pelo evento morte, a epidemia com resultado morte, o estupro e o atentado violento ao pudor.

Posteriormente, os noticiários voltaram a influenciar a atividade legislativa. A partir da Lei nº 8.930/1994, todas as figuras qualificadas do crime de homicídio passaram a ostentar a característica de hediondo. Contextualiza Choukr (2009, p. 215) que tal “inclusão se deu em virtude de caso que vitimou pessoa de notoriedade à época, funcionária de um grande conglomerado de comunicação”, tendo desencadeado “mais uma vez o movimento de pretensão combate ao caos, e a necessidade de restaurar a lei e a ordem, tendo como fundamento a pena com caráter meramente retributivo”.

Poucos anos depois, a Lei nº 9.695/98 inseriu entre os crimes hediondos a falsificação, corrupção, ou alteração de produtos destinados a fins terapêuticos ou medicinais, novamente por influência da imprensa. À época, a mídia havia descoberto inúmeros casos de irregularidades na fiscalização de produtos, que demonstravam a indiferença do poder público com a tutela da saúde coletiva.

Neste caso em particular, Choukr (2009, p. 216) nota como o sistema repressivo foi chamado a cumprir o papel de regulador social: o lapso temporal entre a propositura do projeto de lei e sua efetiva promulgação foi inferior a um mês.

Veja-se que, no âmbito do Direito Penal, o Estado Moderno tem enfrentado suas crises ampliando o rol de condutas típicas e estendendo sua carga punitiva. Na lógica da repressão ao inimigo, o papel do Estado é de garantir que a pessoa a quem se imputa um crime seja segregada da sociedade pelo maior tempo possível, deixando de ser um risco e constante fonte geradora de medo. E, para que isso ocorra, imprescindível a articulação de medidas processuais penais igualmente rigorosas e dignas de cenários excepcionais.

Com efeito, as expressões de medo, crise e caos são os planos de fundo perfeitos para o discurso emergencial, em especial quando os inimigos a serem combatidos são as “assombrações modernas”: o narcotráfico, o terrorismo e a criminalidade organizada³⁵, cujo

³⁵ Acerca do protagonismo das três espécies delitivas, escreve Fauzi Hassan Choukr (2002, p. 36-38): “A brutalidade da ação terrorista coloca-se como um dos mais sensíveis pontos na pauta política supranacional a clamar pela adoção de mecanismos cooperatórios específicos para o seu *combate*, implementados que são por tratados internacionais e convenções bilaterais que têm como objeto, desde a criação de polícias transnacionais, até mecanismos de troca de presos. [...] O mesmo expediente de *combate* é usado no caso do narcotráfico, cujo apelo à emotividade social é tão grande, senão maior, que o terrorismo. Amparados em dados estatísticos a demonstrar a amplitude do narcotráfico, políticas internas e internacionais são estabelecidas visando um tratamento específico do ponto de vista jurídico de oposição ao crescimento dessa atividade ilegal que, dado seu alto grau de organização e penetração no tecido social, acaba atingindo as estruturas políticas e econômicas como um todo deixando em aberto a dúvida quanto a possibilidade completa de sua erradicação. De uma forma geral, o elevado grau de sofisticação nesse tipo de atividade criminoso acaba tornando especialmente dificultoso o impedimento de seu progresso. Estatisticamente comprovado, o crime organizado, em suas mais diversas faces, acabou se

perfil de estruturação e sofisticação aumentam “o potencial assustador de suas consequências, o que, por outro lado, é legitimador do aumento da sensação de que *algo precisa ser feito*” (Choukr, 2002, p. 35, grifos do autor)³⁶.

Concretamente, enquanto o Direito Penal cuida do que precisa ser feito, o Direito Processual Penal se incumbem da tarefa de como fazê-lo. No item seguinte, tal fenômeno será analisado com a especial intenção de demonstrar como e por que, apesar de seu caráter de singularidade, o Processo Penal desenvolvido para o enfrentamento do converteu-se em regra.

2.3 A perene emergência processual penal

A expressão “perene emergência” foi cunhada por Moccia em obra homônima e ilustra que, apesar de parecer representar momentos de crise conjunturais e pontuais, a emergência gera profundas modificações estruturais e funcionais nas leis, nos sistemas de justiça e nas esferas de política criminal.

Com isso, passam a funcionar em uma “espiral perversa”, colocando em xeque garantias penais e processuais elementares e legitimadas mais em emoções – neste caso, o medo – que em um amplo desenho estratégico (Moccia, 1997, p. 9)³⁷.

tornando a oitava economia do planeta e, por consequência, descortinou uma nova assombração no imaginário da repressão, que é a atividade da lavagem de dinheiro, na medida em que o fruto da atividade criminosa acaba sendo convertido em ativos financeiros lícitos, de forma a tornar *temíveis criminosos* em *distintos cavalheiros* graças aos *poros* do sistema financeiro”.

³⁶ Necessário registrar que, em nenhum momento, esta tese ou os trabalhos aqui citados atenuam a gravidade do narcotráfico, do terrorismo ou dos crimes organizados. Como bem escreve Moccia (1997, p. 55, tradução nossa), a crítica caminha no sentido de que “o fenômeno ao qual nos dedicamos tem, sem qualquer dúvida, dimensão ampla e raízes profundas que exigem, para seu controle eficaz, soluções articuladas”. (No original: “*il fenomeno di cui ci occupiamo ha, senza dubbio alcuno, dimensione ampia e radici profonde, che esigono, per il suo efficace controllo, soluzione articolate*”).

³⁷ Válida a menção, na íntegra, ao excerto original: “Tais fatores [...] têm também um profundo efeito sobre o bom funcionamento do processo, cujas deficiências, por outro lado - segundo uma espiral perversa -, acabam inspirando escolhas legislativas que, tendendo, em sua maior parte, a simplificar os problemas probatórios, acabam pondo em questão alguns dos princípios elementares de garantia, como os da materialidade, da ofensividade, da legalidade e da própria personalidade da responsabilidade penal. Soma-se a isso a renovada exaltação da prisão em sua dimensão meramente aflitivo-detentiva, sem qualquer preocupação com a ressocialização e/ou dessocialização do indivíduo, o que representa a expressão mais sinistra de uma política criminal baseada mais em emoções do que em um amplo desenho estratégico. Se considerarmos que, em perfeita consonância com esse estado de coisas, o sistema sancionador tradicional acabou por descarregar instâncias repressivas sobre o julgamento, graças também a um uso inescrupuloso da prisão preventiva, o quadro desalentador se completa”. (No original: “*Tali fattori [...] incidono profondamente anche in rapporto allo stesso corretto funzionamento del processo, le cui carenze, d'altro canto - secondo una spirale perversa - finiscono con l'ispirale scelte legislative che, tendendo, per lo più, a semplificare problemi probatori, finiscono per porre in discussione alcuni dei principi elementari di garanzia, come quelli di materialità, offensività, determinatezza, e la stessa personalità della responsabilità penale. A ciò si assiunga la rinnovata esaltazione del carcere nella sua dimensione meramente afflittivo-deterrente, senza alcuna preoccupazione relativa a risocializzazione e/o non desocializzazione dell'individuo, che rappresenta l'espressione più sinistramente significativa di una politica criminale fondata maggiormente su emozioni, che non su di un ampio disegno strategico. Se si considera che in perfetta consonanza con questo stato di cose si pode sposta sanzinatoria tradizionale, ha finito per scaricare sul processo le istanze*”).

O medo, de mãos dadas com a involução do Estado de Direito, justifica a escolha emotiva de atribuir às disciplinas penais a capacidade de solucionar todos os problemas sociais que, reduzidos a uma questão de ordem pública, deveriam fundamentar a “adoção de providências emergenciais, caracterizadas pela improvisação, pelo caos, rigorismo repressivo, pelo caráter simbólico, pela total ausência de coordenação sistemática e pelas paralisantes remissões em cadeia, e por isso destinadas à ineficácia” (Moccia, 1999, p. 62).

Segundo Moccia (1999, p. 62), o emergencialismo, “em outras palavras, gerou o uso simbólico do direito penal em nome de uma presumida política criminal da eficiência, que acabou por suplantando a busca de soluções de política social geral bem mais eficientes”.

A involução do sistema penal, conforme descreve Moccia, não se limitou ao Direito Penal, contaminando na mesma medida o Processo Penal: “na afanosa busca de maior eficiência, intervenções de tipo emergencial – ligadas à expansão da criminalidade organizada e à descoberta de uma densa rede de atividades e práticas ilícitas em áreas de poderes públicos e privados – delinearão um novo modelo de processo penal” (Moccia, 1999, p. 65).

Este novo modelo está marcado pela presença de ranços inquisitórios pouco (ou nada) compatíveis com o Estado de Direito e que parecem ignorar o fato de que, no Processo Penal, a primazia recai sobre os direitos fundamentais do indivíduo, em especial o direito de liberdade (Moccia, 1997, p. 143). O autor italiano ressalta que o respeito aos direitos individuais não pode ser lido como um entrave ao combate à criminalidade:

Certamente, não se pode negar que um Estado Social de Direito deve se proteger contra fenômenos criminais, criando as condições para o exercício efetivo da pretensão punitiva do Estado – mas isso deve ser feito com respeito às garantias – e que a necessidade de um julgamento justo é, em si, uma condição vital para um Estado Social de Direito. Portanto, a lacuna muitas vezes considerável entre a enunciação solene, mesmo na lei fundamental, dos princípios e sua concretização, tanto na lei quanto na prática, deve ser evitada (Moccia, 1997, p. 143-144, tradução nossa)³⁸.

No aspecto do processo penal – marco principal para o desenvolvimento deste trabalho doutoral –, Moccia (1997, p. 144) considera a existência de um renascimento de critérios legislativos e decisórios “exemplares”, que assumem a forma de um significativo recrudescimento da coerção processual, com a reintrodução de mecanismos de aplicação

repressive, grazie anche ad un uso spregiudicato della custodia cautelare, il quadro, sconsigliato, è completo”). (Moccia, 1997, p. 8-9, tradução nossa).

³⁸ No original: “*Certamente, non può disconoscersi che uno stato sociale di diritto deve tutelarsi nei confronti di fenomeni criminali, realizzando le condizioni per un effettivo esercizio della pretesa punitiva statale – ma questa deve esplicarsi con il rispetto delle garanzie – e che la necessità di un giusto processo è essa stessa una condizione vitale per uno stato sociale di diritto. Va, pertanto, nei fatti, scongiurato il formarsi di un divario, sovente notevole, tra l’enunciazione solenne, anche nella Legge fondamentale, dei principi e la loro concretizzazione, sia a livello normativo che a livello di prassi”*”.

automática da prisão preventiva, uma expansão dos poderes de investigação da polícia judiciária e, de modo mais geral, o questionamento dos princípios básicos do processo democrático e o aumento excessivo dos poderes acusatórios.

Moccia nota, ainda, uma diferença entre as manifestações emergenciais ocorridas durante o século XX. De acordo com o autor, enquanto a primeira onda de emergência – perceptível a partir da década de 1970 – expressou uma parábola semelhante para o direito substantivo e processual, a “nova” emergência tem, entre seus efeitos, uma escala maior a nível processual³⁹.

Aqui, necessária uma contextualização: a década de 1970 foi marcada por atuações violentas e agressivas por parte da máfia, que resultaram na morte de políticos, membros do Poder Judiciário e jornalistas e culminaram em diversas alterações no ordenamento e na prática jurídica. Esse teria sido, de acordo com Moccia, o estopim para a primeira fase de emergência penal.

Para Ferrajoli (1984), a principal característica dessa etapa primeva foi a consolidação de um subsistema penal e processual que passou a confiar à polícia funções próprias do Judiciário. A ampliação dos poderes de polícia foi analisada por Alessandro Baratta e Michael Silbernagl (1986) pela perspectiva do controle social, que passou a reconhecer, nas atividades investigativas, características de sacralidade e intransponibilidade⁴⁰ próprias das autoridades judiciárias.

A finalidade, conforme expõem os autores, desse novo tratamento seria acrescentar aos instrumentos repressivos um caráter de resposta imediata (Baratta; Silbernagl, 1986, p. 178). Como exemplo da expansão dos poderes policiais, os autores mencionam a criação de processo especial privilegiado para as forças de segurança policial – que deveria assegurar-lhes a impunidade ou, pelo menos, dificultar a aplicação da lei caso praticassem ou agissem em excesso ou abuso no exercício de suas funções (Baratta; Silbernagl, 1986, p. 179).

Enquanto isso, na “nova” fase, destaca-se o surgimento de novas leis e uma retomada do poder por parte da magistratura, que transformou a função judicial em uma atividade substancialmente policial e de políticas públicas (Ferrajoli, 1984, p. 285). Os efeitos dessa segunda fase emergencial foram analisados, em março de 1992, por grandes estudiosos das ciências criminais que se reuniram na Faculdade de Direito de Bolonha para discutirem os

³⁹ “Parece, de fato, claro que a função de controle social da sanção penal seja orientada na direção do processo penal”. (No original: “*Sembra, infatti, chiaro che la funzione di controllo sociale della sanzione penale sia stata orientata verso il processo penale*”). (Moccia, 1997, p. 144, tradução nossa).

⁴⁰ Os autores fazem referência, neste ponto, a Franco Bricola (1975, p. 221), para quem foram acrescentados aos poderes de polícia o caráter sacro e intocável da autoridade.

impactos legislativos da emergência penal em face da crescente onda de criminalidade organizada.

Em artigo publicado na revista fundada por Alessandro Baratta, “*Dei Delitti e Delle Pene*”, Alessandro Gamberini (1992) registrou os debates sobre o tema, complementando-os a partir de eventos históricos que marcaram a Itália, em especial a instauração da chamada Operação *Mani Pulite*⁴¹.

Especificamente em relação ao processo penal, Gamberini escreve sobre as análises que foram realizadas por Giulio Illuminati, cujo principal ponto de preocupação estava na reaproximação dos julgamentos penais em relação à lógica inquisitorial.

De acordo com Illuminati, o fato de os julgamentos da máfia envolverem o risco de intimidação e violência contra as testemunhas tornou prescindível a necessidade de judicialização da prova, bastando para as condenações os elementos de informação colhidos em âmbito policial. Segundo Gamberini, Illuminati refutava esse argumento ao considerar que a essência dos julgamentos é a verificação própria da prova e seu confronto em contraditório:

Por outro lado, em relação ao problema do testemunho e da formação de provas em juízo, Illuminati rejeitou a crítica de formalismo feita aos círculos jurídicos, segundo a qual não levam em devida conta a realidade da intimidação que existe nos julgamentos do crime organizado, e enfatizaram que a própria essência da apuração judicial inclui a necessidade de verificação pública das acusações e a necessidade de confronto entre testemunha e réu, sob pena de um retorno à lógica inquisitorial da acusação secreta (Gamberini, 1993, p. 69, tradução nossa).⁴²

Neste mesmo contexto de incremento do papel policial, leciona Choukr que o emergencialismo se apega a uma irracionalidade probatória, embora existam regras formais sobre a admissibilidade das provas e seus métodos de obtenção. Para o autor, há uma primazia da investigação criminal – “nela fundando um juízo de culpabilidade” (Choukr, 2002, p. 62).

⁴¹ “*Mani pulite*”, em português “mãos limpas”, segundo Renzo Orlandi (2016, p. 378), foi “o nome em código dado a uma operação de investigação dirigida a múltiplos episódios de corrupção política, com o envolvimento de empreendedores públicos e privados. No jargão jornalístico, foi também amplamente utilizada a expressão *Tangentopoli* (= cidade das propinas), para indicar um lugar onde as práticas de corrupção (“*le tangenti*”, as propinas) eram habituais. Inicialmente, aquele lugar era facilmente identificável com Milão, sede da Bolsa, capital econômica, centro de grandes negócios industriais com muitas ramificações no mundo da política. Posteriormente, quando se percebeu que tais práticas eram muito difundidas, o termo *Tangentopoli* adquiriu um significado simbólico e se tornou sinônimo de malversação político-administrativa. Esclarecimentos terminológicos à parte, Mãos Limpas e *Tangentopoli*, entendidas em sentido estrito, identificam um curto período da história político-judiciária italiana: aquele que vai do início de 1992 ao fim de 1994”.

⁴² No original: “*Per altro verso, a proposito del problema della testimonianza e della formazione della prova nel dibattito, Illuminati ha respinto le critiche di formalismo al riguardo rivolte agli ambienti giuridici, secondo le quali in essi non si terrebbe nel dovuto conto la realtà di intimidazione esistente nei processi di criminalità organizzata, e ha sottolineato che rientrano nell’essenza stessa dell’accertamento giurisdizionale la necessità di una verifica pubblica delle accuse e quella del confronto tra testimone e imputato, pena il ritorno alle logiche inquisitorie dell’accusa segreta*”.

Em geral, tanto Moccia (1997, p. 145), quanto Ferrajoli (1984, p. 284) e Gamberini (1992, 68) ressaltam, no período emergencial, o afastamento em relação ao modelo acusatório, a fim de privilegiar, no processo penal, a apuração da verdade material, libertando o julgamento de formalismos "estéreis" que eram considerados obstáculos ao enfrentamento da criminalidade organizada.

Além disso, Moccia pontua como característica do processo penal emergencial a deterioração do sistema probatório, que transforma o momento da instrução processual – quando a prova é, efetivamente, submetida ao contraditório⁴³ – em mera validação da prova produzida em âmbito cautelar (Moccia, 1997, p. 151). Com isso, o Processo Penal – como garantidor de direitos individuais – se esvazia e passa a funcionar como mero instrumento burocrático de aplicação repressiva do Direito Penal.

Interessante notar que, décadas depois da *Mani Pulite*, Giulio Illuminati (2010, p. 277) revisitou o tema das mudanças processuais penais direcionadas ao combate à criminalidade e constatou que a fase da “nova emergência”, iniciada pela referida operação em 1992, jamais saiu de cena. Pelo contrário, mantiveram-se o Direito e o Processo Penal como respostas a eventos ocasionais, sem qualquer visão ou raciocínio em termos sistêmicos (Illuminati, 2010, p. 283).

Eis, assim, a lógica emergencialista do processo penal: possibilitar a aplicação “eficiente” do Direito Penal sobre as pessoas inimigas em sua máxima extensão⁴⁴.

Conjugada com os aspectos de crise do Estado Moderno, em especial os que afetam sua credibilidade no âmbito social e político – interno e externo -, o emergencialismo processual penal é a principal ferramenta do Estado para enfrentar as pessoas inimigas: afinal, por meio da flexibilização das garantias individuais é que se garante a “efetividade” da persecução penal.

Não à toa, Sergio Moccia nota uma proposição dialética entre os conceitos de garantias individuais e “efetividade”: parecem constituir ideias contrastantes entre si. De acordo com o autor, a pretensa efetividade do Estado diante do medo e dos riscos é uma só: “recuperar a calma, a solidez, a confiança e o constante equilíbrio entre as razões do indivíduo e as da sociedade” (Moccia, 1997, p. 4), mesmo que implique o desrespeito pelas regras do jogo.

⁴³ Sergio Moccia (1997) não atribui, em sua obra, um conceito para o contraditório. Entretanto, parece adequado trazer, brevemente, a definição de contraditório nos termos da compreensão de Elio Fazzalari (1989), para quem constitui posição de simétrica paridade entre os afetados pelo provimento final. Tal conceito, agora ampliado, compreende como característica do contraditório o princípio da influência, no sentido de que as partes têm direito de influir argumentativamente nas decisões do processo, ou seja, de influir no desenvolvimento e no resultado do processo, conforme escreve Dierle Nunes (2008).

⁴⁴ O tema da “eficiência” também é objeto de discussão no item 4.2.2 desta tese doutoral como parte de uma lógica processual neoliberal que se guia, exclusivamente, por aspectos quantitativos. Por tal motivo, o termo foi grafado entre aspas.

Na busca emergencial pela “efetividade”, são três as principais contribuições do Processo Penal, todas amparadas na mitigação de garantias individuais: a abreviação do processo pelo esgotamento da cognição ordinária em face à cognição sumária, as soluções consensuais alcançadas pela via dos acordos e a obtenção de provas por métodos ocultos de investigação.

A primeira dessas contribuições se vislumbra na necessidade de abreviação temporal – ou imediatismo, como descrito por Baratta e Silbernagl (1986, p. 178) –, que segundo Flaviane Barros Bolzan de Moraes e Ulisses Dalle (2021, p. 97) compreende as medidas que tornam impossível “aguardar o tempo necessário à formação da culpa no processo penal de conhecimento”, sendo a “cognição ordinária interpretada como demora”:

Assim, o dito processo penal cautelar se inicia muito antes e se sobrepõe ao processo de conhecimento; sendo certo, porém, que apenas o processo de conhecimento se presta(ria) à imputação de uma conduta criminosa e à formação da culpa. O resultado disso é o menoscabimento pelo processo de conhecimento e a quase impossibilidade de desconstituição do denominado juízo cautelar, que não deve(ria) estar atrelado à culpa (Barros Bolzan de Moraes; Dalle, 2021, p. 97-98).

É por isso que, de acordo com Flaviane Barros (2018, p. 21), o emergencialismo influencia o processo penal na busca por uma punição *ante factum*. Tal espécie punitiva “leva em conta a história criminal do autor e não um caso penal”, em modelo semelhante àquele adotado pelo direito penal do inimigo.

Assim, na busca por respostas rápidas e “eficientes”, a emergência se vale, exatamente, das medidas cautelares, tanto pessoais – como a prisão, que serve como retorno imediato em face do risco –, quanto probatórias – como a interceptação telefônica e telemática, as gravações ambientais e outras –, “utilizadas para construir unilateralmente uma certeza para a antecipação da culpa” (Barros Bolzan de Moraes, 2018, p. 22).

Esta certeza, como alerta Marta Saad (2020, p. 31), ainda que revestida da natureza cautelar própria das etapas de investigação, não é provisória: “a cautelaridade ínsita aos atos do inquérito não se confunde com provisoriedade, visto que muitos dos atos acabam transcendendo essa possível característica, convertendo-se de provisórios em permanentes”.

Na mesma linha, João Andorfato (2018, p. 249) pontua que, se antes o controle penal ocorria *post factum*, “hoje há um intenso movimento pautado na ideia de resguardo técnico dos riscos, o que implica em um modelo de antecipação do dano via medidas preventivas”, todas de caráter repressivo e que contribuem para a formação imediata da responsabilidade penal.

Merece destaque, ainda, a diferença cognitiva entre os processos cautelar e de conhecimento. Flaviane Barros e Ulisses Dalle (2021) ressaltam que a distinção não se

manifesta na profundidade ou na extensão da cognição, mas na credibilidade epistêmica dos elementos sobre quais recairá a cognição.

Se, no processo cautelar, a cognição recai sobre elementos de informação – os quais são colhidos, unilateralmente, pela acusação – reduzida será sua qualidade epistêmica; já no processo de conhecimento, ao recair a cognição sobre provas – produzidas em contraditório judicial –, mais elevada a credibilidade epistêmica⁴⁵.

Tendo em mente a atuação do processo cautelar instantâneo, que nasce do medo e da iminência de proteção contra o inimigo, Barros (2018, p. 22) traça um paralelo entre o combate ao terrorismo – significativo exemplo do contexto emergencial – e à corrupção – conduta de destacada importância na emergência.

Apesar de constituírem bandeiras diferentes, os combates antiterrorismo e anticorrupção se constroem a partir de estruturas delitivas similares, como a lavagem de dinheiro e as organizações criminosas: ao interagirem com o submundo dos paraísos fiscais e ao se furtarem do controle por parte dos sistemas nacionais e internacionais, as grandes redes terroristas e de corrupção dificultam a repressão e, diante disso, passam a demandar todas as medidas cautelares pessoais e probatórias excepcionais previstas na legislação emergencialista.

E mais: a legalidade destas medidas, em razão da busca por eficiência e punição, é colocada em segundo plano. Para Flaviane Barros (2018, p. 23), verifica-se uma “quebra na estrutura de garantias, em especial, para temas vinculados ao respeito ao direito de intimidade, às garantias de liberdade individual e inviolabilidade estabelecidas no texto constitucional”.

Em um panorama de tensão entre as garantias individuais – entre elas, a liberdade – e a segurança – inspirada pelas retóricas do medo e do risco –, conclui-se pela tendência dos Estados, conforme descreve Geraldo Prado (2014, p. 59), de produzirem “normativas que acoçam os direitos fundamentais visando ampliar os recursos à disposição da repressão penal”. As mencionadas normativas, porém, não se vislumbram apenas no imediatismo da resposta estatal ao fato criminal ou na (falta de) credibilidade epistêmica que recai sobre a cognição.

A primazia da cautelaridade sobre a fase de conhecimento e o esvaziamento das garantias de julgamento, na lógica da emergência e “eficiência”, contam com uma segunda contribuição para a abreviar do processo: os acordos de transação penal, suspensão condicional do processo, colaboração premiada e não persecução penal⁴⁶.

⁴⁵ Logo na apresentação de sua obra “A Cadeira de Custódia da Prova no Processo Penal”, Geraldo Prado (2019, p. 11) consigna: “Os dispositivos que conformam o sistema de controles epistêmicos asseguram fiabilidade às provas produzidas pelas partes em um processo criminal concreto”.

⁴⁶ A temática dos acordos, com foco na colaboração premiada, foi pesquisada pela autora em sua dissertação de Mestrado, defendida em 2018 na Universidade Federal de Minas Gerais e publicada, no ano seguinte, pelo

Referidos institutos foram “transplantados” das legislações estrangeiras, principalmente a estadunidense, para o Direito brasileiro – isto é, transferidos de um corpo jurídico para outro dentro na maior compatibilidade possível (Legrand, 1997, p. 111) -, ao invés de juridicamente “traduzidos” – a partir adequação do instituto ao contexto no qual está inserido (Langer, 2004, p. 44). Mesmo assim, a ideologia por trás dos acordos, em qualquer contexto jurídico, encontra na pretensa “eficiência” sua principal justificação.

No modelo criminal dos Estados Unidos da América, os acordos se consolidaram – ou triunfaram, na expressão de George Fisher (2003, p. 40) – como instrumentos de administração, inclusive pela ótica econômica, da justiça. O principal precedente da Suprema Corte acerca do tema, *Brady v. United States*, consignou a imprescindibilidade dos acordos para a redução dos custos do Estado com tribunais, promotores, defensores e, principalmente, com os gastos investigativos.

Afinal, diante da celebração dos acordos, todo o aparato judicial seria dispensado, as pessoas imputadas assumiriam suas responsabilidades e aceitariam suas penas, além de eventualmente identificarem coautores e coautoras, informarem o paradeiro de vítimas ou devolverem produtos e proveitos do delito.

Ainda, ao converterem-se os acordos na regra processual dominante – cerca de 90% dos casos criminais ocorridos naquele país são encerrados por meio de negociações (Turner, 2010, p. 7) – a Suprema Corte reconheceu que, embora possam resultar em sentenças inadequadas (seja porque mais brandas quando comparadas àquelas obtidas durante os julgamentos, seja pelo risco da punição de pessoas inocentes), todos os valores sacrificados se compensariam pelas vantagens que trazem à coletividade.

Para a realidade brasileira, além da “eficiência” atuarial que resulta em condenações sem julgamentos e na administrativização da justiça criminal (Langer, 2021, p. 386) – a prática dos acordos corresponde a mais um dos reflexos das crises do Estado Moderno. Em uma perspectiva de precarização estrutural, na qual o Estado encontra grandes dificuldades para exercer seu poder de polícia e acaba por frustrar as expectativas da sociedade, os acordos permitem que “atinga seu objetivo por meio de informações prestadas pelo próprio réu, ainda que disso resulte a produção de provas contra si mesmo e a presunção de culpabilidade do sujeito” (Brito, 2017, p. 86).

E é, exatamente, no âmbito da obtenção de provas que se vislumbra o terceiro – e mais importante para os fins desta tese doutoral – contributo da emergência para o “eficientismo”

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais após conquistar o primeiro lugar no Concurso Temático de Monografias no tema Inovações Processuais e Garantias Fundamentais (Sarkis, 2019).

processual penal. Quando Jakobs (2006, p. 44) prescreve a maneira como o Estado deve tratar as pessoas inimigas, não deixa de esboçar orientações para que o Processo Penal também se dirija à eliminação dos riscos. O autor alemão (2006, p. 45) explica que, em relação à pessoa imputada, verifica-se uma polarização naquilo que se refere às suas posições no processo – ora sujeitos de direito, ora objetos de extração de provas.

Para Jakobs (2006, p. 45), enquanto sujeitos de direitos, as pessoas imputadas têm, em regra, os direitos de produzir provas a seu favor e de serem julgados por juízos competentes. Por outro lado, enquanto objetos do processo, podem ser submetidas a medidas coercitivas, como a prisão preventiva, a extração compulsória de material genético ou a interceptação de comunicações.

Tais medidas, embora invasivas e limitadoras de direitos como a liberdade e a intimidade, têm previsão legal e requisitos autorizativos expressos. É dizer, então, que tais direitos poderiam ser abolidos de modo juridicamente ordenado em relação àqueles que representariam risco à segurança pública.

Nessa hipótese, as pessoas imputadas servem ao processo apenas como meios para a obtenção de provas em seu desfavor. Tais provas são originadas pela própria pessoa imputada e utilizadas em seu desfavor a partir de um poderoso artifício: o segredo.

Esses métodos secretos ou ocultos de investigação criminal – tais como a infiltração de agentes; as interceptações telefônicas, telemáticas e bancárias; gravações ambientais; rastreamento digital; monitoramento de localização e outros –, não constituem, propriamente, novidades. A figura dos informantes, por exemplo, está presente há milhares de anos, com a diferença de que, antigamente, era adotada para perseguição de inimigos políticos e, até hoje, é utilizada para a identificação do inimigo criminoso.

Conforme as lições de Manuel Valente (2017, p. 473), os métodos secretos de obtenção da prova se baseiam na interseção entre dois importantes pilares sociais: primeiro, o clamor dos cidadãos – que se encontram em estado paranoico e de medo esquizofrênico – pela celeridade e “eficiência” da justiça perante fenômenos como o terrorismo, o tráfico de drogas e a criminalidade organizada. Em segundo lugar, a opção dos decisores políticos por implementar políticas criminais populares, capazes de angariar votos, mas insuficientes para solucionar o problema da criminalidade na perspectiva do Estado de Direito.

Alicerçados no clamor social e na ganância política, os métodos secretos ou ocultos de investigação se consolidaram no processo penal por meio de duas características identificadas por Manuel Andrade (2011, p. 536): a institucionalização e a generalização. O caráter institucionalizado dos métodos demonstra sua legitimação formal e material pela ordem

jurídica, enquanto a generalização das práticas evidencia sua massificação desenfreada, em muito possibilitada pela tecnologia.

Efetivamente, tanto a institucionalização quanto a generalização dos métodos ocultos de investigação contribuem, de maneira ímpar, para a persecução penal, em especial aquela direcionada ao combate à criminalidade organizada, sofisticada por excelência e de difícil penetração pelas agências de segurança pública. A ingenuidade é, de plano, afastada pelo autor português:

As vantagens e os créditos da investigação oculta são óbvios. Maxime em se tratando de perseguir as manifestações mais graves de criminalidade contemporânea, o crime organizado em geral e o terrorismo em particular. Que para além de mobilizarem meios sem precedentes e exibirem poder que ombreia com o de muitos Estados, em geral, adoptam formas de organização e de interacção que as tornam imunes à intromissão e devassa das instâncias de controlo social. Mesmo quando não obedecem às formas mais agudizadas de proselitismo e fanatismo religioso, a verdade é que os membros destas organizações tendem a estabelecer entre si relações marcadas mais pelo *consenso* do que pelo *conflito*. Os traficantes que intervêm, por exemplo, na compra e venda de droga ilícita não se encaram reciprocamente como delinquente/vítima, agressor/agredido, antes como fornecedor/cliente, como é próprio da categoria criminológica dos *victimless crimes*. Nenhum deles se sente motivado a procurar a solidariedade da ordem jurídica; pelo contrário, ambos tendem a entrincheirar-se numa relação de solidariedade recíproca, animada por interesses comuns e contrários aos da ordem jurídica e dos seus agentes. Em termos tais que, muitas vezes, só o recurso à investigação oculta se mostra capaz de entrar no "santuário", neutralizar ou romper os vínculos de solidariedade e lograr acesso à verdade (Andrade, 2011, p. 538).

Para Valente (2008, p. 59), além de institucionalizada e generalizada, a prática tem revelado que os meios ocultos de investigação se vulgarizaram diante da falta de sistematização.

Para o autor, a sistematização implica o reconhecimento de uma gradação dos meios a recorrer, daquele menos violador de direitos fundamentais ao que mais repercute em suas violações – este, cabível apenas em situações extremas. Repara Valente, porém, que a adoção de uma sistemática há muito deixou de ser regra e deu lugar à lógica da banalização, tendo em vista os êxitos obtidos por métodos secretos – ainda que a altos custos, conforme busca evidenciar a presente tese.

Apesar de fazer referência expressa às legislações portuguesa e alemã, a crítica feita por Manuel Andrade se amolda, perfeitamente, à realidade brasileira, considerando que a previsão acerca de métodos ocultos de investigação é dispersa entre o Código de Processo Penal e diversas legislações extravagantes, tais como a Lei de Interceptações Telefônicas (Lei

nº 9.296/1996), a Lei da Identificação Criminal por Perfil Genético (Lei nº 12.654/2012) e a Lei das Organizações Criminosas (Lei nº 12.850/13)⁴⁷.

Além disso, para que os métodos ocultos de investigação sejam exitosos, observa Hans-Jörg Albrecht (2009) que devem estar presentes determinadas características, não cumulativas entre si. São elas: primeiro, o fato de serem desconhecidos pelos alvos e impossibilitarem o exercício de seus direitos fundamentais, entre eles o da não autoincriminação e os direitos de personalidade; segundo, a abrangência, considerando a capacidade de atingirem a um número indeterminado de pessoas e de se colher informações passadas, presentes e futuras das mais diversas fontes; terceiro, a neutralização no direito de testemunhas e outras pessoas que porventura sejam alcançadas pela medida, ainda que não sejam objeto de investigação; quarto, a possibilidade da colheita de informações que independem de intimidade e fiabilidade.

Existe, porém, o “outro lado da lua”, conforme expressão de Andrade (2011, p. 539): os danos gerados à sociedade pelos métodos ocultos de investigação, que se expressam no sacrifício de bens jurídicos⁴⁸ e direitos fundamentais.

No âmbito dos bens jurídicos, são mais frequentemente atingidos a privacidade e a intimidade, os direitos à palavra e à imagem, a inviolabilidade do domicílio, das telecomunicações, do sigilo profissional e da autodeterminação informacional.⁴⁹ Já no contexto dos direitos fundamentais, o autor indica a não autoincriminação⁵⁰, a liberdade de expressão da pessoa imputada e o seu estatuto de sujeito processual, o direito ao silêncio.

Por isso, para Andrade (2011, p. 541), caracterizado o invariável sacrifício de direitos fundamentais que decorre da utilização dos métodos ocultos de investigação, seriam intransponíveis determinadas exigências capazes de compatibilizá-los com a Constituição.

⁴⁷ Acerca da Lei nº 12.850/13, especificamente, comenta Marta Saad (2021, p. 11): “Há certo tempo as legislações têm previsto meios excepcionais de obtenção de prova ou métodos ocultos de investigação, carregados, como o próprio nome diz, de sigilo. É o caso, entre nós, das possibilidades previstas na Lei n. 12.850/2013. As características deste tipo de criminalidade, que é contínua ou permanente e não tem vítima direta, dentre outras especificidades, representam desafios ao modelo tradicional de investigação preliminar, que se viu impelido a lançar mão de novos instrumentos de persecução penal, como interceptações telefônicas, telemática, captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos, e métodos como ação controlada e infiltração de agentes, dentre outros. Neste sentido, as possibilidades de uso da tecnologia, por meio da busca de rastros, dados e informações, armazenados ou em trânsito, têm alterado significativamente as formas tradicionais de investigação criminal. Ademais, as tecnologias de vigilância, especialmente em meio digital, têm tornado opaco o limite de separação entre prevenção e repressão dos delitos, entre segurança pública e persecução penal”.

⁴⁸ Nota-se que o autor se filia à teoria constitucional dos bens jurídicos, cuja premissa se encontra, conforme escreve Sheila Selim de Sales (2006, p. 429, grifos da autora), “no fato de que a liberdade individual, sobre a qual incide a *sanção par excellence* do Direito Penal, trata-se de bem jurídico não só previsto na Constituição, mas por ela assegurado como inviolável”.

⁴⁹ Conceitualmente, todos estes direitos são estudados em Barros Bolzan de Moraes, Marinho Marques e Sarkis (2022).

⁵⁰ Temática a ser examinada no Capítulo 4 deste trabalho.

A primeira delas seria a reserva legal, sendo que somente a partir desta seriam admissíveis e válidos os meios secretos que gozam de expressa e específica previsão legal, capaz de determinar sua vinculação finalístico-teleológica e de definir seus limites.

À reserva legal, Valente acrescenta a obrigatoriedade daquilo de denomina “princípio do catálogo fechado”, tanto em relação aos métodos ocultos de investigação, quanto no que se refere aos crimes sobre os quais se aplicam. Segundo Valente (2017, p. 476), essa exatidão tem como escopo “retirar do espaço e tempo do intérprete e aplicador da lei [norma] amplitudes e admissibilidades incongruentes e inaceitável jus constitucionalmente”.

Sendo, portanto, a reserva da lei e o catálogo fechado pressupostos da validade das medidas, ressalta Andrade (2011, p. 542) que lacunas ou omissões da lei não poderiam ser ultrapassadas pelo recurso à analogia.

Como exemplo, o autor cita que, apesar de a legislação portuguesa autorizar as “ações encobertas” (no Brasil, “ações controladas” previstas pela Lei nº 12.850/13), não prevê que no contexto da ação sejam procedidas escutas, gravações ou registros fotográficos não consentidos. Por isso, caso levadas a cabo, escutas, gravações ou registros não estariam amparadas pela analogia e seriam inadmissíveis.

Ao comentar o que define como “buraco negro em termos de regulamentação”, Diogo Malan (2021, *e-book*) descreve, na prática, as consequências do déficit legislativo brasileiro em matéria de métodos ocultos de investigação. O autor menciona as chamadas “buscas e apreensões virtuais” – direcionadas em regra a computadores e celulares –, que são capazes de copiar todo o conteúdo disponível nos aparelhos, ressaltando que não existe na legislação brasileira nenhuma regulamentação acerca de um procedimento probatório específico para esse método, nem uma diretriz típica que poderia ser utilizada por analogia⁵¹.

À reserva da lei deve-se, ainda, somar outro fator: a reserva da jurisdição, ou seja, a autoridade competente para autorizar as medidas ocultas. De acordo com Manuela Valença (2017, p. 181), os controles judicial e do Ministério Público sobre as atividades investigativas constituiriam uma espécie de freio a possíveis ilegalidades e arbitrariedades, capaz de afirmar a ordem constitucional.

Para Andrade, porém, seria frustrado o discurso de que o juiz funcionaria como barreira eficaz contra exageros ou abusos, descrevendo o controle judicial como “mito”. Afinal, como indica o autor, empiricamente, a “regra é o deferimento em praticamente 100% dos pedidos e,

⁵¹ Sobre o tema das buscas e apreensões envolvendo elementos digitais ou informáticos, veja-se: Pimenta, 2023.

sobretudo, o deferimento com generalizada remissão ou assunção passiva dos argumentos e fundamentação avançadas pelo Ministério Público” (Andrade, 2011, p. 547).

Por outro lado, caso considerados o sentido e a função do juiz como mera tutela preventiva de direitos fundamentais, a reserva do juiz contribui para o respeito à garantia de conformidade da lei com a ação judicial. Além disso, seu correto exercício colabora, sobremaneira, para a exigência de fundamentação, na medida em que torna a autorização de determinado meio oculto de investigação passível de posterior escrutínio em sede de eventual ação penal ou recurso.

Sob ângulo diverso, Andrade ressalta a importância da reserva da jurisdição diante da ausência de contraditório que se instala quando do requerimento, pela Polícia ou Ministério Público, de uma investigação oculta e protegida pelo sigilo:

Compreende-se a exigência e a importância desta tutela preventiva que o juiz tem de assegurar já que vai decidir tendo apenas sobre a mesa o pedido e a argumentação da polícia e do Ministério Público. Não tendo qualquer possibilidade de dar cumprimento ao mandamento *audiatur et altera pars*. Por vias disso, é que ele deve perfilar-se como verdadeiro juiz e não como alguém que cumpre "uma função auxiliar do executivo ou, mais exactamente, como uma espécie de auto-controlo externalizado (*extemalisierte Selbstkontrolle*) da Administração". Este é outrossim o entendimento que o Tribunal Constitucional Federal vem insistentemente sustentando. Numa das suas formulações: "A reserva de juiz visa um controlo preventivo das medidas por uma instancia independente e neutra ... Na investigação criminal que o Ministério Público conduz de forma autónoma, o juiz aparece, em virtude da separação entre autoridade acusatória e julgadora, como um terceiro desinteressado (*unbeteiligt*) que apenas age a solicitação do Ministério Público. Por isso é que o Tribunal Constitucional Federal considera que, face a este género de medidas (que equipara à ordem de detenção), tomadas sem audição prévia do interessado, o Juiz deve curar também dos interesses da pessoa atingida (Andrade, 2011, p. 548, grifos do autor).

Finalmente, como elemento para a reserva da jurisdição, Andrade também propõe que, para além de imprescindível, a fundamentação da decisão judicial seja autónoma e eficiente. Descreve o autor, acerca da autonomia, que “terá [...] de ser o juiz, ele próprio, a subjectivizar a fundamentação e a medida. E, para isso, a ajuizar crítica e autonomamente as razões de facto e de direito apresentadas pelo Ministério Público para requerer a medida” (Andrade, 2011, p. 549).

Já no tocante à “eficiência”, Andrade recorre a entendimentos do Tribunal Constitucional Federal alemão (*Bundesgerichtshof* – BVerfG) sobre dois relevantes aspectos: a suspeita e a subsidiariedade.

Quanto ao primeiro, assinala que não bastam meras especulações, hipóteses ou suposições, ainda que apoiadas na experiência concreta do julgador. Já em relação à subsidiariedade, aponta que a mera invocação à utilidade da medida é insuficiente, devendo

estar claros, no caso concreto, os motivos pelos quais outras medidas – ainda que ocultas, mas menos gravosas – não seriam mais adequadas.

Como último fator relevante à compatibilidade dos métodos secretos ou ocultos de obtenção da prova com a ordem constitucional, Manuel da Costa Andrade (2009, p. 116) trata da proporcionalidade, que “obriga a chamar à balança da ponderação um largo espectro de valores, interesses e contra-interesses”, com ênfase “para o universo dos direitos e dos sujeitos atingidos, a eminência e dignidade dos bens jurídicos a salvaguardar bem como a idoneidade da medida para o conseguir”. Cabe, então, à proporcionalidade equalizar o sacrifício dos direitos fundamentais com a persecução de direitos que também são garantidos pela Constituição à coletividade.

A proporcionalidade guarda relação direta com a reserva da lei e a da jurisdição a partir do momento em que possui duas formas de impacto: a primeira, no cenário legislativo; a segunda, na atividade judicial.

Na regulamentação sobre os métodos ocultos de investigação, sempre que houver incidência sobre direitos fundamentais, deverá o legislador estabelecer, concretamente, quais crimes ou condições fáticas justificam a clandestinidade dos atos de investigação. No campo legislativo, há dificuldade tanto para a determinação precisa e densa da norma, quanto para sua subsunção ao caso concreto. É exatamente pela tensão entre direitos que se faz necessária a apreciação jurisdicional, hábil a aferir a justa medida do ato oculto, adotando como referencial os graus de lesão a direitos constitucionalmente protegidos colocados em confronto.

Expostos, portanto, os fatores que, para Manuel Andrade e Manuel Valente, compatibilizariam os métodos ocultos de investigação com o processo constitucional, propõe-se uma reflexão contemporânea a partir da premissa trabalhada por Hans-Jörg Albrecht (2011, p. 125) e dos pontos até então analisados nesta tese: os meios secretos foram, por séculos, instrumentos exclusivos das agências de inteligência, interessadas em coletar informações, identificar potenciais *inimigos* e prevenir possíveis *riscos*. A partir do momento em que passam a ser adotados pelas forças de segurança pública com o viés de repressão e punição à criminalidade, são banalizados.

Essa banalização é sintetizada por Gustavo Garibaldi (2010, p. 428-429), para quem os meios ocultos – que tendem a facilitar as investigações e permitir a punição daqueles que cometem crimes graves no âmbito de organizações criminosas – produzem idênticos efeitos para quem não comete crimes tão graves ou nem sequer está envolvido em condutas delituosas.

Isso porque a tendência de legitimar situações excepcionais, que seriam vedadas na perspectiva ordinária de funcionamento do Estado, supõe o sacrifício de determinados direitos

em prol da garantia de outros sem, contudo, considerar que o custo do sacrifício se reflete para além daquilo que se busca assegurar.

Tão logo os métodos investigativos ocultos, secretos ou clandestinos são aplicados em caráter geral – e não excepcional, inclusive em substituição a outros meios convencionais de prova que implicam mais garantias – tornam-se protagonistas na lógica da emergência processual penal. E, quando alçados a este nível, as prescrições de reserva da lei e da jurisdição podem não ser suficientes.

Afinal, o legislador não parece se importar com medidas excessivas, desde que sejam populares; enquanto, para o julgador, além da estrita vinculação à lei, é difícil superar o fato de que os meios ocultos são mais eficazes que os demais. Exatamente por isso, é preciso reconhecer, nos métodos secretos de investigação, uma tendência em franca e constante ascensão.

No capítulo seguinte, cuidar-se-á de demonstrar como a tecnologia contribui para o desenvolvimento desses métodos sigilosos ou ocultos de obtenção de prova. Se, outrora, as pessoas inimigas eram vigiadas e submetidas a formas secretas de obtenção de informações inculpatórias; hoje, todas as pessoas – inimigas ou cidadãs, imputadas ou não – são objeto de controle integral e intermitente por parte do Estado Moderno.

Concretamente, da mesma maneira que os métodos ocultos se institucionalizaram, generalizaram e banalizaram como ferramentas processuais a serviço do combate ao inimigo, o controle exercido pelo Estado Moderno sobre a população se ampliou e incrementou, também como resultado de suas múltiplas crises. Para essa finalidade, somente “vigiar” não basta: é preciso ir além e a *surveillance* o faz. É o que se demonstrará no capítulo seguinte.

3 O PROCESSO PENAL NA ERA DA *CYBER-SURVEILLANCE*

Para este capítulo, após serem delimitados os papéis do Direito e, principalmente, do Processo Penal na crise do Estado Moderno, em suas faces de perseguição à pessoa inimiga pelos métodos emergenciais, a proposta é esclarecer como a *cyber-surveillance* se tornou ferramenta indispensável, seja para o controle social, seja para o combate à criminalidade.

Para tanto, o caminho a ser percorrido parte dos conceitos de *cyber* e *surveillance* e, em seguida, discorre acerca de seu desenvolvimento tecnológico para, finalmente, caracterizar a *cyber-surveillance* como aliada ao Processo Penal e redutora de seus direitos fundamentais.

Com isso, pretende-se evidenciar como a *cyber-surveillance* se tornou uma tendência probatória – inserida na lógica dos métodos ocultos própria do processo penal emergencial – cada vez mais relevante diante de fenômenos característicos da crise do Estado Moderno, como a fluidez e a desterritorialização das comunicações, além da sofisticação tecnológica das estruturas ligadas à criminalidade organizada que obstaculizam a “eficiente” repressão penal contra os inimigos do Estado.

3.1 A *cyber-surveillance*

O prefixo *cyber*, como ensina Mariah Brochado (2023, p. 161), tem sido adotado no vocabulário tecnológico para designar, preferencialmente, fenômenos negativos, “tais como guerra *cybernética*, ataque *cybernético*, crime *cybernético*, lixo *cybernético*, *cybersquatting* (registro na internet de domínio de marca alheia, de má-fé, visando ao seu potencial lucrativo), *cyberterrorismo* etc.”.

Expõe Brochado que teria sido André Marie Ampère o primeiro a adotar a expressão *cyber*, em 1834, quando designou a inauguração de “um novo rol de saberes que se ocupam do estudo do pensamento e dos meios pelos quais os homens⁵², por intermédio da *comunicação*, vivem e se *governam*” (Brochado, 2023, p. 162, grifos da autora). Etimologicamente, *cyber* é uma palavra inspirada no prefixo grego *kyber*, que remetia “à condução de embarcações, e vindo pelo latim a expressar também comando, *governo*” (Brochado, 2023, 162, grifo da autora).

⁵² Em uma perspectiva humanista, como a defendida por Álvaro Vieira Pinto (2005, p. 49), “toda possibilidade de avanço tecnológico está ligada ao processo de desenvolvimento das forças produtivas da sociedade, a principal das quais cifra-se no trabalho humano”. As tecnologias, assim, estariam, desde o seu desenvolvimento, subordinadas às necessidades do homem: “Os homens nada criam, nada inventam nem fabricam que não seja expressão das suas necessidades, tendo de resolver as contradições com a realidade”.

O impacto científico da expressão *cyber*, porém, se deu com sua utilização pelo matemático Norbert Wiener, que, em 1948, referenciou o termo “para indicar uma área de conhecimento voltada para o estudo do controle e da comunicação em animais e máquinas” (Brochado, 2023, p. 163).

Em trabalho posterior, Wiener (1989) explicou o motivo pelo qual estabeleceu a relação entre controle e comunicação para definir a *cybernetica* como ciência do controle. O autor destaca, nesse sentido, que a efetividade do controle não dispensa o conhecimento sobre qualquer comunicação relacionada à compreensão e ao obediência das ordens por parte de quem comanda:

Até recentemente, não havia nenhuma palavra para esse complexo de ideias e, para abranger todo o campo com um único termo, senti-me obrigado a inventar uma. Por isso, "cibernética", que derivei da palavra grega *kubernetes*, ou "timoneiro", a mesma palavra grega da qual derivamos nossa palavra "governador". A propósito, descobri mais tarde que a palavra já havia sido usada por Ampere com referência à ciência política e havia sido introduzida em outro contexto por um cientista polonês, ambos os usos datando do início do século XIX.

[...]

Ao dar a definição de Cibernética no livro original, classifiquei comunicação e controle juntos. Por que fiz isso? Quando me comunico com outra pessoa, transmito uma mensagem a ela e, quando ela se comunica comigo, retorna uma mensagem relacionada que contém informações acessíveis principalmente a ela e não a mim. Quando controlo as ações de outra pessoa, comunico uma mensagem a ela e, embora essa mensagem esteja no modo imperativo, a técnica de comunicação não difere da de uma mensagem de fato. Além disso, para que meu controle seja eficaz, devo tomar conhecimento de qualquer mensagem dele que possa indicar que a ordem foi compreendida e obedecida (Wiener, 1989, p. 15-16, tradução nossa).⁵³

No contexto jurídico-criminal, o prefixo *cyber* é utilizado para categorizar aqueles delitos cujo controle é exercido nos espaços virtuais de comunicação. Partindo desta premissa, os ativistas digitais⁵⁴ Julian Assange, Andy Müller-Maguhn, Jacob Appelbaum e Jérémie

⁵³ No original: “Until recently, there was no existing word for this complex of ideas, and in order to embrace the whole field by a single term, I felt constrained to invent one. Hence "Cybernetics," which I derived from the Greek word *kubernetes*, or "steersman," the same Greek word from which we eventually derive our word "governor". Incidentally, I found later that the word had already been used by Ampere with reference to political science, and had been introduced in another context by a Polish scientist, both uses dating from the earlier part of the nineteenth century. [...] In giving the definition of Cybernetics in the original book, I classed communication and control together. Why did I do this? When I communicate with another person, I impart a message to him, and when he communicates back with me he returns a related message which contains information primarily accessible to him and not to me. When I control the actions of another person, I communicate a message to him, and although this message is in the imperative mood, the technique of communication does not differ from that of a message of fact. Furthermore, if my control is to be effective I must take cognizance of any messages from him which may indicate that the order is understood and has been obeyed”.

⁵⁴ O ativismo digital, conforme descrevem Jordana Geroge e Dorothy Leidner (2019, p. 111), encampam ações diretas e têm o potencial de causar grandes impactos na sociedade, nos governos e nas organizações. As atividades costumam ser praticadas por hackativistas, que se valem das competências de hackear para fins políticos e sociais; datativistas, que promovem o poder individual sobre os dados retidos por grandes corporações; e os “vazadores” (ou *leakers*), responsáveis pela disseminação não autorizada de informações relevantes. Um exemplo de ativismo digital são os movimentos dos grupos Anonymous e WikiLeaks, este último fundado por Julian Assange.

Zimmermann (2015, *e-book*) se referem à figura dos “quatro Cavaleiros do Infoapocalipse” – pornografia infantil, terrorismo, lavagem de dinheiro e a guerra contra certas drogas – como modalidades delitivas que, na Modernidade, se desenvolvem, em grande parte, nos ambientes digitais – principalmente, a internet.

A pornografia infantil teve seu apogeu comercial na década de 1970, em países como Dinamarca, Holanda e Suécia, fato que motivou medidas legislativas de proibição da produção, venda e distribuição desse tipo de conteúdo em toda a Europa.

Com o impulso da internet, identifica Fermín Morales Prats (2002) um novo modelo de pornografia infantil, menos focado no lucro e mais concentrado no compartilhamento de materiais pelos próprios usuários – os quais passaram, igualmente, a criar seus próprios conteúdos. O catedrático da Universidade Autônoma de Madri conclui que, com o advento da internet, a pornografia infantil se tornou uma sofisticada indústria caseira ao alcance de inúmeras pessoas, circunstância que amplifica as dimensões do problema.

Em relação ao terrorismo, apesar de estudos demonstrarem que a quantidade de ataques não aumentou por ocasião da internet (Benson, 2014), o ambiente digital favorece tais organizações em dois relevantes aspectos, a saber, o recrutamento de novos membros e de financiadores, tudo isso com elevado grau de alcance.

Ao analisar do tema, Michael Jacobson (2010, p. 334) comenta que, desde os atentados ocorridos em 11 de setembro de 2001 nos EUA, a internet tem expandido o alcance de grupos como a Al Qaeda: o número de *websites* associados ao grupo aumentou de doze em 1998 para, aproximadamente, dois mil e seiscentos de em 2006. Segundo Jacobson (2010, p. 358), o principal fator de atração da internet para os grupos terroristas é a segurança, tendo em vista que a repressão por parte da comunidade internacional a essas organizações fez com que encontrassem novas maneiras de evitar a detecção daqueles que com elas colaboram.

Para a lavagem de capitais, a internet também se configura como importante aliada. A partir do momento em que o dinheiro abandonou o formato exclusivo de papel para converter-se em ativo digital, capaz de cruzar fronteiras em poucos cliques, as operações ilícitas se tornaram vez mais difíceis de serem reconhecidas e impedidas (He, 2010).

O potencial dessa prática, ainda, se viu incrementado pelo desenvolvimento das criptomoedas, elaboradas a partir de técnicas de criptografia e disponíveis apenas em plataformas digitais que independem de instituições bancárias ou governos para existirem

(Swan, 2015), favorecendo o anonimato das transações e dificultando⁵⁵ a detecção por parte das forças de segurança (Albrecht *et al.*, 2019).

No caso do tráfico de drogas, a tecnologia sempre representou grandes mudanças. Com o acesso à telefonia celular, por exemplo, a compra e venda de entorpecentes deixou de demandar a existência de espaços físicos e se tornou mais dinâmica e desterritorializada. O desenvolvimento de mercados virtuais, contudo, mudou ainda mais o processo, expandindo-o para um público mais diversificado e sem a necessidade de qualquer contato pessoal.

Em obra dedicada ao tema e lançada pelo Centro de Monitoramento Europeu para Drogas e Toxicod dependência (EMCDDA), Jane Mounteney, Alberto Oteo e Paul Griffiths (2016, p. 13) destacam que, praticamente, qualquer tipo de droga pode ser comprado na internet. Os mercados de drogas que operam na superfície estão associados, em regra, à distribuição de substâncias não controladas ou cujo controle legal difere entre países e jurisdições; enquanto as drogas ilícitas costumam ser negociadas em mercados ocultos como a *dark web* – intencionalmente escondida e inacessível por navegadores padrões – e transacionadas por criptomoedas (tecnicamente, tais temas serão mais bem explorados no Capítulo 6 desta tese).

Os “quatro Cavaleiros do Infoapocalipse” constituem, portanto, manifestações reais do fenômeno conhecido como “*cyber-criminalidade*”. De acordo com Julian Assange *et al.* (2015, *e-book*), a sofisticação dessas modalidades delitivas acaba por justificar, no imaginário social, a adoção de todas e quaisquer ferramentas de repressão e punição, inclusive aquelas que sacrificam os direitos fundamentais e que não se submetem à uma supervisão democrática expressiva. Este é, exatamente, o caso da *surveillance*.

O termo *surveillance*, para os fins desta tese, é utilizado diante da insuficiência, na Modernidade, do termo “vigilância”. Conforme esclarece Elias Jacob Menezes Neto (2016, p. 89), enquanto as práticas de vigilância são tão antigas quanto a própria civilização ocidental, o fenômeno da *surveillance* apenas ocorre com o surgimento de novas tecnologias, com consequências próprias – “especialmente a fluidez, a descentralização e a desterritorialização” – que possibilitam a superação da singela ideia de vigiar.

No sentido filosófico, pode-se diferenciar a vigilância e a *surveillance*, respectivamente, como técnica e tecnologia. Mariah Brochado (2023, p. 38), ao se debruçar sobre estes conceitos, apresenta uma distinção bastante didática entre ambos, realizada por Alberto Cupani (2016, p.

⁵⁵ A escolha do termo “dificultar”, ao invés de “impedir”, tem razão de ser. Em acurada pesquisa sobre o tema Andy Greenberg (2022) verifica que, à medida em que as criptomoedas são empregadas ilegalmente, as forças de segurança se valem da publicidade que é a elas inerente para conduzir investigações bem-sucedidas.

93)⁵⁶ com base nas contribuições de Mario Bunge: enquanto a técnica compreende o controle ou a transformação da natureza pelo homem por meio de conhecimentos pré-científicos, a tecnologia seria uma técnica com base científica, desempenhada a partir da Revolução Industrial.

Historicamente, conforme explica Menezes Neto (2016, p. 89), as práticas de vigilância adquiriram força em decorrência da necessidade de organização burocrática do Estado na modernidade e se viram representadas pela estrutura do panóptico. O modelo, projetado por Jeremy Bentham⁵⁷ para garantir a disciplina social de prisões, manicômios, fábricas e orfanatos, foi analisado por Michel Foucault⁵⁸ no ensaio crítico “Vigiar e Punir”, segundo o qual os princípios do panóptico eram nefastos o suficiente para ultrapassar os muros institucionalizados e atingir múltiplos espaços e populações.

Por muito tempo, o panóptico foi tema central nos debates sobre vigilância e controle social. Ocorre que, com o passar dos anos, surgiram situações que não poderiam ser explicadas apenas pelo referido modelo.

Novas organizações sociais e, em especial, a tecnologia de base científica do Pós-Revolução Industrial, tornaram obsoleta a mera ideia de vigilância, e, diante disso, foi preciso importar da língua inglesa o termo *surveillance*, a fim de evitar os conflitos que uma tradução meramente linguística poderia gerar – até porque, no idioma original, a palavra tem uma característica polissêmica ainda não alcançada pelo português:

Esse problema fica evidente quando, por exemplo, tenta-se traduzir as palavras *surveillance* e *vigilance* para o português. No inglês, essas palavras não são equivalentes, de modo que não podem ser intercambiadas sem prejuízo ao sentido de um texto. Quando da sua tradução para o português, ambas costumam ser convertidas em "vigilância", sem distinção (Menezes Neto, 2016, p. 91, grifos do autor).

Constata Michael McCahill (2016, *e-book*), nesse sentido, uma concreta mudança da vigilância na medida em que os modernos sistemas de vídeo, computação e telecomunicações repercutiram sobre uma nova ideia – a da *surveillance*. Segundo David Lyon (1993), a

⁵⁶ Nesse sentido, dispõe Cupani (2016, p. 93): “Estabelecendo sua terminologia básica, Bunge distingue entre técnica e tecnologia. A primeira palavra designa o controle ou a transformação da Natureza pelo homem, utilizando conhecimentos pré-científicos (o que corresponde à “técnica do acaso” e à “técnica do artesão” da classificação de Ortega y Gasset). Por sua vez, a tecnologia consiste na técnica de base científica, surgida a partir do século XVIII junto com a Revolução Industrial (“técnica do técnico”).”

⁵⁷ Apesar de não ser o objeto deste estudo, válida a referência à justificativa por trás do panóptico de Jeremy Bentham (2008, p. 30): “quanto maior for a probabilidade de que uma determinada pessoa, em um determinado momento, esteja realmente sob inspeção, mais forte será a sua persuasão”.

⁵⁸ Igualmente relevante, apesar de não constituir o foco desta tese, a referência à crítica de Michel Foucault (2014, p. 195): “Daí o efeito mais importante do Panóptico: induzir no detendo um estado consciente e permanente de visibilidade que assegura o funcionamento automático do poder. Fazer com que a vigilância seja permanente em seus efeitos, mesmo se é descontínua em ação”.

surveillance deve ser assimilada como aspecto de uma transformação social mais profunda que a vigilância, motivo pelo qual requer toda a recalibração dos conceitos sociológicos.

Ao fundamentar o porquê de não ser o panóptico um modelo de controle social adequado às modernas práticas de *surveillance*, que ultrapassam a ideia de vigilância, Michael McCahill elege o exemplo dos circuitos internos de câmeras. O autor inglês comenta que, em Foucault, o conceito de vigilância se refere a dois fenômenos relacionados entre si: o acúmulo de informações codificadas – que serviriam para administrar as atividades dos indivíduos sobre os quais são coletadas – e a supervisão direta das atividades – promovida sobre alguns indivíduos por outros que estão em posições de autoridade.

Ambos os fenômenos, todavia, não se caracterizariam na perspectiva das ferramentas mais modernas e conectadas a sistemas de telecomunicação, como os circuitos internos, que permitem o repasse de informações (no caso, imagens) a uma vasta gama de atores sociais, amplamente separados no tempo e no espaço. Como resultado desses desenvolvimentos tecnológicos, McCahill (2016, *e-book*), pontua que a *surveillance* não está mais confinada aos ambientes fechados e controlados das instituições.

Além disso, destaca que a supervisão direta dos indivíduos observados não requer mais a presença de uma autoridade – afinal, as imagens, podem ser extraídas a qualquer tempo do controle social, além de poderem autorizar intervenções futuras, sem especificação de tempo ou lugar.

Outro aspecto interessante acerca da superação do modelo panóptico é trazido por McCahill, desta vez em coautoria com Roy Coleman (2011). Nesta perspectiva, os teóricos reconhecem que a *surveillance* tem sido acompanhada pelo aumento do sinopticismo.

Ao contrário do modelo panóptico, em que uma autoridade vigia todo o corpo social, no sinóptico “muitos veem poucos” (Coleman; Mccahill, 2011, p. 26), já que o crescimento dos meios de comunicação de massa e das formas de comunicação digitais e por meio da internet transformaram o cenário da antiga vigilância e, de fato, criaram o que Thomas Mathiesen (1997, p. 215) chama de “sociedade de espectadores” – quando milhares de pessoas são encorajadas a “seguir” apenas algumas.

A acepção do verbo “seguir”, conforme observou David Lyon (2006, p. 46), se tornou uma condição social evidenciada pelo crescimento da mídia, que, voltada à realidade (noticiários, *reality shows* ou, até mesmo, conteúdos de *true crime*⁵⁹), confere maior visibilidade a celebridades, políticos e criminosos. Assim, para Lyon, o fato de as pessoas

⁵⁹ Expressão que designa conteúdos que cuidam da narrativa de casos criminais reais, como séries, livros e *podcasts*, conforme define Lindsey Sherrill (2020, p. 1.475).

estarem dispostas a se submeterem à *surveillance* está, intrinsecamente, relacionado ao interesse que têm de estabelecer o controle sobre aqueles indivíduos que despertam sentimentos coletivos, como é o caso do medo.

Exemplo já referido dessa prática de *surveillance*, os circuitos de câmeras além de adotados como prática pública de policiamento e prevenção de crimes, também são utilizados pela população em suas atividades particulares, tais como residências, estabelecimentos comerciais e empresas. Tais métodos de captação visual, conforme leciona Nereu Giacomolli (2022, p. 207), são cada vez mais disseminados, independente de constituírem formas insidiosas de controle sobre o comportamento dos indivíduos, para satisfazer um pseudo-sentimento de medo e insegurança⁶⁰.

A acepção científica do termo *cyber*, portanto, em muito se relaciona com a principal funcionalidade da *surveillance* – o controle. Em uma perspectiva digital, o prefixo *cyber* pode se unir à *surveillance*, como método de controle estabelecido sobre as comunicações travadas em ambientes virtuais, a fim de se verificar eventuais descumprimentos das normas definidas por quem comanda – ou quem governa.

Ao termo *cyber-surveillance*, Mark Bromley (2017, p. 7) agrega concretude quando o caracteriza como *softwares* e *hardwares* utilizados por agências de inteligência e de segurança pública para monitorar e explorar, secretamente, dados de comunicação que são processados, armazenados ou transferidos por meio de tecnologias da informação e da comunicação.

Configuram, outrossim, métodos de controle passíveis de monitorar uma quantidade indeterminada de pessoas – *cyber-surveillance* em massa – ou sujeitos de pequenos grupos – *cyber-surveillance* direcionada – que usam dispositivos como computadores ou telefones celulares.

É necessário esclarecer, porém, que o forte caráter social envolvido no significado da *cyber-surveillance* e nos significantes do Direito e Processo Penal enfrentam constantes mudanças de paradigma (Coleman; McCahill, 2011, p. 69). Sendo assim, enquanto, por séculos, prevaleceu a lógica da punição, a partir da qual a vigilância era utilizada para combater e repreender os inimigos, a *cyber-surveillance* caminha para estratégias baseadas em riscos, que se fundamentam na identificação e prevenção de comportamentos criminosos específicos, tudo

⁶⁰ Apesar de mitigarem o sentimento de insegurança social, as câmeras de vigilância contribuem, significativamente, para a insegurança probatória. Nesse sentido, escreve Clarissa Guedes (2023, p. 125) que um mesmo vídeo pode ser interpretado ambigualmente, podendo narrar “mais de uma história e menos que toda a história”. A autora destaca que a capacidade de reconstrução da verdade por meio de registros de câmeras é apenas aparente, na medida em que o potencial cognitivo das filmagens pode ser comprometido por diversos fatores objetivos (como qualidade, edição e cadeia de custódia) e subjetivos (como a interpretação enviesada dos registros).

isso de forma fragmentada e pluralizada – sem concentração do poder de vigiar apenas nas autoridades estatais – e graças às tecnologias.

Mas não é apenas no âmbito da utilização dos mecanismos de *surveillance* que há confluência entre os interesses públicos e privados. Os processos tecnológicos de desenvolvimento dessas práticas também transitam entre os dois setores com frequência; afinal, o desenvolvimento de produtos de segurança íntegra, hoje, um dos mais promissores mercados do mundo, avaliado em mais de quarenta bilhões de dólares em 2020 e com a perspectiva de superar os 65 bilhões até 2026 (Mordor Intelligence, c2022). Assim, muito além de consumirem as soluções de *cyber-surveillance*, os agentes privados são os grandes responsáveis por sua criação.

Conforme constatou Adam Crawford (2003), é fato que o intercâmbio de informações entre as agências públicas e privadas não é unidirecional. Assim como as empresas desenvolvedoras dos produtos de *cyber-surveillance* compartilham com os Estados suas soluções, também recebem por parte dos setores públicos informações e dados populacionais das mais variadas espécies.

A partir dessa junção entre público e privado no contexto da *surveillance*, pode-se pensar em pelos menos dois aspectos críticos. Inicialmente, segundo Les Johnston (2000), constituem projetos neoliberais que não apenas privatizam as instituições estatais e os órgãos de policiamento, mas que também atribuem às comunidades uma obrigação que deveria ser monopólio do Estado.

Por meio de práticas como o policiamento comunitário e o encorajamento da população a assumir o papel de cidadãos ativos no combate à criminalidade, há um reforço na mentalidade de punição, que mobiliza a comunidade a trabalhar na condição de “informantes” e a facilitar a identificação e captura de criminosos. Alimenta-se, com isso, a cultura emergencialista, de modo que os grandes volumes de criminalidade passam a demandar uma união de esforços em desfavor daqueles que são os inimigos comuns.

Um outro ponto crítico, descrito por Shoshana Zuboff (2015), está na forma como a relação entre agências públicas e privadas contribuem, simultaneamente, para o que a autora denomina capitalismo de *surveillance*. A professora de Harvard⁶¹ reflete que, a cada momento histórico, o capitalismo definiu uma lógica de acumulação diferente: a produção em massa,

⁶¹ Compartilha-se uma curiosidade: Shoshana Zuboff foi uma das primeiras professoras titulares de Harvard. Ainda na década de 1980, quando publicou seu livro “In the Age of the Smart Machine: The Future of Work and Power”, foi criticada por soar “alarmista” ou “extravagante” em seus escritos, em especial porque afirmava que, no futuro, os locais de trabalho nem sequer seriam “locais” físicos, mas arenas, por meio das quais circulariam as informações que demandam esforço intelectual, sendo este esforço a principal fonte de valor agregado.

símbolo do capitalismo corporativo no início do século, evoluiu para uma modalidade financeira que persiste até hoje, sempre sustentada a partir de novas formas de mercado.

Para Zuboff, uma das novas formas de mercado é a acumulação de *big data*. O termo é de difícil definição, em grande parte porque empregado com diferentes intenções e em contextos diversos. Em busca por uma acepção consensual, os professores italianos Andrea De Mauro, Marco Greco e Michele Grimaldi (2015, p. 103) sugerem o seguinte conceito: “ativos de informação caracterizados por volume, velocidade e variedade tão elevados que precisam de tecnologia e métodos analíticos próprios para a sua transformação em valor”.

Esses *big data* possuem diversas fontes: os sistemas institucionais, os fluxos mediados por computadores, os bancos de dados governamentais e corporativos e a *surveillance* (Zuboff, 2015, p. 78). Nesse contexto, tem-se que tanto as agências públicas, quanto as privadas, possuem em seus acervos – e na forma de ativos com valor de mercado – informações de múltiplos níveis e referentes a um número ilimitado de pessoas.

E não é só. Entre os setores público e privado, o fluxo de *big data* é bilateral: assim como o Estado municia empresas com informações sobre sua população, as empresas subsidiam os Estados com dados relacionados a pessoas de seu interesse. É por isso que Zuboff inicia seu texto com uma fala do então presidente da Google, Eric Schmidt:

Se você tem algo que não quer que ninguém saiba, talvez não deva fazer isso em primeiro lugar, mas se você realmente precisa desse tipo de privacidade, a realidade é que os mecanismos de pesquisa, inclusive o Google, retêm essas informações por algum tempo... É possível que essas informações sejam disponibilizadas para as autoridades. (Zuboff, 2015, p. 75, tradução nossa)⁶².

A essa nova arquitetura social, em que a *surveillance* passa a agregar valor, Zuboff atribui o nome Big Other, em referência ao conceito de Big Brother, que, na era do panóptico, simbolizava a vigilância. A autora prescreve que, na modernidade, o poder não pode ser resumido a um símbolo totalitário de ações e controle centralizado (Zuboff, 2015, p. 82).

Assim, no mundo do Outro, não existe fuga ou autonomia, afinal, “cada um de nós pode seguir um caminho distinto, mas esse caminho já é moldado pelos interesses financeiros e, ou, ideológicos que impregnam o Big Other e invadem todos os aspectos da ‘vida de alguém’ (Zuboff, 2015, p. 82, tradução nossa)⁶³. Ou seja: desde uma decisão cotidiana – como o que

⁶² No original: “If you have something that you don’t want anyone to know, maybe you shouldn’t be doing it in the first place, but if you really need that kind of privacy, the reality is that search engines including Google do retain this information for some time ... It is possible that that information could be made available to the authorities”.

⁶³ No original: “Each one of us may follow a distinct path, but that path is already shaped by the financial and, or, ideological interests that imbue Big Other and invade every aspect of ‘one’s own’ life”.

comer ou vestir – até uma atitude criminosa seriam de conhecimento prévio do Big Other, estabelecido a partir da infinita quantidade de informações (*big data*) disponíveis seja ao Estado, seja ao mercado privado.

A ascensão dos *big data* também é analisada por Cahty O’Neil (2016, *e-book*), para quem os algoritmos têm potencial de atuarem como verdadeiras armas destruição em massa. A autora comenta que o desenvolvimento de novas tecnologias é proporcional ao surgimento de novos e mais eficazes métodos de *surveillance*.

Ironicamente, a partir dessa premissa O’Neil aduz que a “boa notícia” seria o fato de que as milhares de câmeras espalhadas pelas cidades, aliadas a *softwares* de reconhecimento facial e ao processamento de milhares de imagens em milésimos de segundos certamente será útil para a identificação de pessoas responsáveis pela prática de crimes.

Todavia, aí também reside a “má notícia”: a autora ressalta que esse controle vem acompanhado por altos custos sociais e individuais – inclusive, o de “estarmos, todos, sujeitos a uma forma digital de revista pessoal, com nossos rostos inseridos em bases de dados e comparados a criminosos e terroristas” (2016, *e-book*).

Considerando, portanto, as práticas de *cyber-surveillance* já institucionalizadas e levadas a cabo pelos Estados nacionais e pelo setor privado, Carlos Alberto Molinaro e Ingo Wolfgang Sarlet (2016, p. 78) questionam se ainda há, nesse modelo de Estado, lugar para um sistema de direitos humanos e fundamentais, em especial a privacidade, que, como pontuam os autores, foi tão arduamente conquistada ao longo do tempo.

A pergunta é pertinente e conflui com o tema-problema que a presente tese busca desenvolver, no sentido de adequar o direito fundamental à não autoincriminação – no sentido de manter no âmbito privado elementos com potencial incriminatório - à realidade moderna do Direito Processual Penal, permeada pelas práticas de *cyber-surveillance* no âmbito da produção probatória.

Conforme explica Anderson Schreiber (2013, p. 5-9), os direitos da personalidade enfrentaram muita resistência – inicialmente, em decorrência do pensamento liberal e, depois, pela falta de consensos e definições sobre suas características. Na experiência jurídica contemporânea, a privacidade, a intimidade, a imagem e a honra ganharam protagonismo somente quando reconhecida a importância da dignidade da pessoa humana e consagrado o referido princípio como fundamento máximo da liberdade.

A questão da privacidade ganhou novos contornos, segundo Stefano Rodotà (2008), a partir do momento em que as pessoas e seus corpos foram multiplicados, desterritorializados e desmaterializados. Primeiro perderam a unidade, que foi decomposta em órgãos, células,

gametas, e outras porções que vão além das utilidades estabelecidas pela natureza; em seguida, enfrentaram a crise de sua materialidade quando o corpo físico foi contraposto ao corpo eletrônico.

Hoje, de acordo com Rodotà (2008, p. 91-93), os corpos se tornaram um conjunto de dados (*big data*), um grande sistema de informações. As senhas, imprescindíveis nas relações eletrônicas; as impressões digitais; o reconhecimento facial; a biometria; a geometria de mãos e orelhas; a forma da íris e da retina; os traços vocais e faciais; as marchas e a frequência de digitação: todos constituem elementos que marcam a individualidade e compõem a personalidade de cada um, podendo servir para sua identificação.

Molinaro e Sarlet (2016, p. 84) não ignoram que as práticas de *surveillance*, ao se valerem de tecnologias no âmbito da comunicação e da informação, constantemente comprometem o direito à privacidade. Descrevem os autores que: “[n]avegação GPS, cartões inteligentes, pedágios eletrônicos em transportes, as câmeras públicas, inquéritos eletrônicos, scanners fixos ou móveis em qualquer lugar”, todos os instrumentos da *cyber-surveillance* afetam, em maior ou menor grau, o referido direito.

Essas informações, acessadas sem restrições por Estados e empresas, impactam a vida de indivíduos na perspectiva econômica, cultural e social. Hábitos de consumo, plataformas de geração de conteúdo e mídias sociais são definidos, criados e expandidos a partir de dados que, a princípio, foram coletadas para protegê-los.

No âmbito das políticas criminais, tais informações implementam uma perspectiva de atuarialismo, a partir da qual se aplicam critérios de prognose para determinar as tomadas de decisões. Para Maurício Dieter, o atuarialismo se desenvolve sobre três tendências prementes da política criminal contemporânea que convergem entre si: o populismo, o internacionalismo e o gerencialismo. Juntas, essas tendências “reestruturam o discurso punitivo, que atende evidentemente a uma demanda por ordem, de maneira em que eles suprem as suas lacunas, as suas elipses respectivamente” (Dieter, 2021, *e-book*).

São capazes, além disso, de comprometer regimes democráticos, como evidenciou o escândalo da Cambridge Analytica⁶⁴, fundados sobre a base dos Estados soberanos, que se apequenam quando confrontados com a “amplitude da rede internacional e dos fluxos transversais de poderes econômico-financeiros, científicos e tecnológicos” (Molinaro; Sarlet,

⁶⁴ Referência à coleta de informações pessoais de quase noventa milhões de usuários da rede social Facebook pela empresa Cambridge Analytica e que foram utilizados por políticos de vários países como forma de influenciar a opinião de eleitores. Os detalhes são analisados por Margaret Hu (2020).

2016, p. 94). Os autores reconhecem, diante disso, que não há resposta satisfatória quando a pergunta é “quem está vigiando os vigilantes”.

Apesar disso, é possível estabelecer, com base em elementos científicos, quais são as tendências da *cyber-surveillance*. Não se conhece, pois, o “vigia do vigia”, mas pode-se saber como agiram, agem e agirão os vigilantes – sejam eles Estados, sejam empresas privadas.

3.2 Da *surveillance* para a *cyber-surveillance*: conhecendo o passado para compreender as tendências futuras

A *surveillance* está incutida na realidade há tempos. No último século, porém, os rápidos avanços tecnológicos têm aumentado a variedade dessas práticas, a ponto de serem cada dia mais inovadoras, surpreendentes e abrangentes.

Concretamente, o mais rudimentar dos métodos de *surveillance* é a clássica rede de informantes, composta por cidadãos e cidadãs encorajados pelos Estados a controlarem outras pessoas e denunciá-las em caso de práticas suspeitas. A atividade de controle exercida por indivíduos em desfavor de inimigos em comum – estrangeiros, grupos minoritários ou criminosos – esteve presente em diversos momentos históricos: na Grécia e da Roma antigas, na Inglaterra da Idade Média, na França do século XIX, na Alemanha Oriental do Pós-Segunda Guerra Mundial.

Uma situação mais recente – e ilustrativa – da rede de informantes é a da campanha “If You See Something, Say Something” (em tradução literal: se você vir algo, diga algo), lançada pelo Departamento de Segurança Nacional dos Estados Unidos após os atos terroristas de 2001 e ainda em vigor. Em seu *website* oficial, verifica-se a seguinte descrição:

"If You See Something, Say Something®" (Se você vir algo, diga algo) é uma campanha nacional que conscientiza o público sobre os sinais de terrorismo e de crimes relacionados ao terrorismo e sobre como denunciar atividades suspeitas às autoridades policiais estaduais e locais. Todos nós desempenhamos um papel na manutenção da segurança de nossas comunidades. É fácil se distrair durante nossas rotinas diárias, como ir ao trabalho, à escola ou ao supermercado, mas, durante o seu dia, se você vir algo que não pareça certo, diga algo. (DHS, c2023, tradução nossa).⁶⁵

É interessante notar, porém, que o avanço das tecnologias permitiu que diversos métodos de controle social fossem adotados pelos Estados de forma simultânea. Com isso, além

⁶⁵ No original: “*If You See Something, Say Something® is a national campaign that raises public awareness of the signs of terrorism and terrorism-related crime, and how to report suspicious activity to state and local law enforcement. We all play a role in keeping our communities safe. It’s easy to be distracted during our daily routines such as going to work, school, or the grocery store, but as you’re going about your day, if you see something that doesn’t seem quite right, say something*”.

do controle promovido pelos próprios cidadãos e cidadãs em relação aos seus pares, novas ferramentas permitiram que o Estado pudesse, por si, controlar as pessoas de interesse. Bastava, para tanto, acessar um de seus mais privados âmbitos: o das comunicações.

Além de prover soluções bélicas, a Revolução Científica da segunda metade do século XIX atingiu, profundamente, as comunicações. Foi em 1850 que o primeiro cabo telegráfico da Europa se instalou entre a França e a Inglaterra; anos depois, em 1861, os telégrafos já ligavam a costa leste à costa oeste dos Estados Unidos. Estima-se que, em 1902, todo o mundo já estava cercado por cabos telegráficos submarinos.

Até 1940, mais de cento e noventa milhões de mensagens telegráficas já haviam sido enviadas e recebidas pela população estadunidense, fato que chamou a atenção das autoridades para um novo campo de atividades de *surveillance*. Durante a Segunda Guerra Mundial, as três maiores operadoras de telégrafos do país – Western Union, AT&T e Postal – foram obrigadas a fornecer ao Governo acesso a todas as comunicações internacionais. Com o fim do conflito em 1945, o programa de *surveillance* só se fez expandir a partir da implantação do Projeto Shamrock, responsável pelo controle de até cento e cinquenta mil mensagens por mês.

O programa foi encerrado em 1970, época em que o uso dos telégrafos já havia se tornado obsoleto em decorrência da popularização dos telefones. Apesar de os primeiros serviços telefônicos comerciais terem sido criados entre 1878 e 1879, a era das telecomunicações digitais teve início somente em 1947, com a invenção do transistor – dispositivo eletrônico que controla e amplifica sinais elétricos – pelos Laboratórios Bell⁶⁶.

Esta e outras melhorias, tais como as comutações de circuitos na década de 1950 e a comutação (*switching*) eletrônica em 1960 levaram ao aumento da capacidade e à melhoria da qualidade dos serviços telefônicos. Na mesma medida, evoluíram as ferramentas de *surveillance*: já em 1995, a BellSouth Corporation desenvolveu a primeira tecnologia de escutas baseada em rede, capaz de fornecer monitoramento de comunicações independentemente da localização física das linhas telefônicas.

Na descrição da patente requerida pela BellSouth, a justificativa para a implementação das escutas telefônicas é descrita muito mais como uma necessidade do setor privado – em

⁶⁶ A importância dos transistores para a tecnologia é tamanha que definiu todo o crescimento da computação. Em 1965, analisando os impactos do componente criado pelos Laboratórios Bell, o cientista Gordon Moore (1965) – um dos fundadores da Intel Corporation – observou que a complexidade para componentes com custos mínimos havia dobrado a cada ano. Estimou o autor que, a longo prazo, apesar de a taxa de aumento ser mais incerta, permaneceria crescente. As previsões do pesquisador se mostraram corretas e resultaram no termo “Lei de Moore”.

especial, para melhorar os serviços de televendas – que um interesse das agências públicas de segurança. Para fins de *law enforcement*, o método seria apenas um benefício colateral:

Recepcionistas indelicados, funcionários descorteses e operadores mal-educados estão desaparecendo rapidamente devido à maior atenção dada aos serviços ao consumidor e, principalmente, ao maior monitoramento pelo empregador dos serviços de telecomunicações ao consumidor prestados pelos funcionários. Por exemplo, o desempenho das telecomunicações de uma recepcionista pode ser monitorado por um supervisor para garantir que a recepcionista projete a imagem adequada do empregador. Inúmeros empregadores, incluindo os setores de companhias aéreas, locadoras de automóveis, hotéis/motéis e restaurantes, perceberam que o mau desempenho telefônico pode levar um cliente diretamente para as mãos (e para os telefones) da concorrência. Da mesma forma, o desempenho da equipe de telemarketing é frequentemente monitorado para avaliar e melhorar o desempenho das vendas, com a intenção de que as vendas aumentem. Assim, sua próxima conversa telefônica com um vendedor que esteja negociando uma apólice de seguro, um serviço de controle de pragas ou um conjunto de facas pode incluir um terceiro participante (embora silencioso) na forma de um supervisor de vendas que monitora as técnicas do vendedor. Além disso, o monitoramento seletivo das telecomunicações é realizado por agentes da lei. O objetivo desse "monitoramento é obter informações de um tipo muito diferente de uma avaliação das maneiras ao telefone ou do desempenho das vendas. No entanto, as dificuldades técnicas no monitoramento das telecomunicações encontradas pelo pessoal de aplicação da lei são as mesmas que as dificuldades de monitoramento enfrentadas pelos setores de vendas e serviços (Howe; Malik, 1996, p. 7, tradução nossa).⁶⁷

O advento da telefonia móvel é outro importante fator no percurso das telecomunicações com impacto direto na *surveillance*. Os telefones sem fio começaram a ser desenvolvidos pelas companhias ferroviárias alemãs em 1918 e, menos de dez anos depois, já eram oferecidos como serviço adicional aos passageiros de primeira classe.

Na década de 1940, rádios transceptores portáteis, os *walkie talkies*, foram desenvolvidos no formato de mochilas para facilitar a comunicação entre militares estadunidenses e, poucos anos depois, já estavam instalados em automóveis. O primeiro telefone celular foi produzido e comercializado pela Motorola em 1973. Menos de cinco

⁶⁷ No original: “*Impolite receptionists, discourteous reservationists and rude operators are fast disappearing because of increased attention paid to consumer services, and especially because of increased employer monitoring of consumer telecommunications services performed by employees. For example, the telecommunications performance by a receptionist may be monitored by a supervisor to ensure the receptionist projects the proper image of the employer. Myriad employers, including the airline, auto rental, hotel/motel, and restaurant industries, have realized that poor telephone performance can drive a customer directly into the hands (and to the telephones) of the competition. Similarly, the performance of telemarketing personnel often is monitored to evaluate and improve sales performance with the hope of resultant sales increases. Thus, your next telephone conversation with a salesperson selling an insurance policy, a pest control service, or a set of steak knives may include a third (albeit silent) participant in the form of a sales supervisor monitoring the salesperson’s techniques. In addition, selective monitoring of telecommunications is carried out by law enforcement personnel. The aim of such ‘monitoring is to gain information of a kind much different from an evaluation of telephone manners or sales performance. Yet, the technical difficulties in telecommunication’s monitoring encountered by law enforcement personnel are the same as the difficulties in monitoring faced by the sales and service industries’.*”

décadas depois, o Relatório de Mobilidade da empresa Ericsson⁶⁸ reportou a existência de mais de oito bilhões de celulares no mundo.

Antes da quarta geração de tecnologias móveis (ou apenas 4G), os celulares se conectavam às mesmas redes públicas de telefonia comutada (RPTC) que eram adotadas pelos aparelhos fixos, de modo que as técnicas de *surveillance* desenvolvidas para a telefonia fixa também se aplicavam à móvel. A partir do 4G, cuja implementação teve início em 2009, os provedores eliminaram a comutação em circuitos e passaram a adotar a comutação em pacote de dados a partir de redes de IP (*Internet Protocol*). Com isso, o monitoramento de chamadas sem fio passou a ser realizado com o auxílio das operadoras de telefonia e diretamente em suas redes.

Praticamente de modo simultâneo à sofisticação das telecomunicações é o desenvolvimento dos métodos de monitoramento por imagem. Foi em 1942 que a indústria alemã Siemens desenvolveu o primeiro circuito interno de câmeras.

Em inglês, “*closed circuit*” ou “circuito fechado”, esse modelo atua a partir da transmissão de sinais da câmera para uma plataforma específica e de visualização remota em tempo real, que torna possível que uma única pessoa consiga monitorar diversas áreas ao mesmo tempo.

Não é difícil compreender o porquê do sucesso dos circuitos internos. Afinal, muito próximos da ideia original do panóptico – a partir da qual um indivíduo é capaz de controlar todos os passos de uma grande quantidade de pessoas – consistem em verdadeira revolução nos métodos de policiamento.

Segundo Gustavo Garibaldi (2010, p. 399), porém, o uso de câmeras com essa finalidade não é tão eficaz quanto parece. De acordo com o autor, seriam três as finalidades do uso de câmeras no contexto do combate à criminalidade: prevenir a ocorrência de ilícitos, identificar os responsáveis por práticas delitivas e dissuadir quem tenha a intenção de cometê-las. Para todas elas, Garibaldi indica fragilidades que, em sua compreensão, explicariam o motivo pelo qual as câmeras não são responsáveis pela redução de crimes:

No primeiro caso, muitas câmeras estão destruídas, há pouca iluminação ou obstáculos que impedem uma visão adequada, principalmente em transações de drogas de carro para carro. Outras vezes, há falhas técnicas, operadores distraídos, situações ambíguas ou distância inadequada entre o operador e a cena.

No segundo caso, a filmagem é destruída antes que as autoridades possam usar o material para resolver um caso, a identificação na filmagem é contestada, as situações relatadas são ambíguas ou a filmagem é de baixa qualidade, com imagens cortadas.

⁶⁸ O último relatório foi publicado em junho de 2023 e está disponível em: <https://bit.ly/3zy0ogi>. Acesso em: 9 ago. 2023.

No terceiro, as câmeras não são dissuasivas se sua existência não for reconhecida pelos possíveis criminosos. Quando se sabe, eles tentam evitá-las (Garibaldi, 2010, p. 897, tradução nossa).⁶⁹

Ocorre que, por tratar-se de método de baixo custo, em especial quando comparado à expansão de departamentos policiais, o uso de câmeras foi rapidamente incorporado pelos governos para a prevenção de crimes e identificação de criminosos; mais que isso, passaram a ser adquiridos por particulares como mecanismo de proteção patrimonial.

Em 2011, apenas nos Estados Unidos, estavam em uso mais de trinta milhões de câmeras; no Reino Unido, foi diagnosticada a proporção de uma câmera para cada trinta e duas pessoas, com a média de cidadãos britânicos sendo monitorados por setenta câmeras por dia (Lewis, 2011). Hoje, as câmeras de monitoramento podem conter dispositivos mais modernos como os de visão noturna – que ampliam o espectro de luz visível em até cinquenta mil vezes – ou de detecção de calor – que viabilizam, por exemplo, a identificação de sobreviventes em escombros e o combate a incêndios.

O monitoramento de imagens tem se tornado cada vez mais escalável, flexível e abrangente graças ao acoplamento em drones, responsáveis por ampliar em até dez vezes a área de cobertura de uma câmera estática (Dilshad; Hwang; Song, 2020, p. 728). Antes usados para fins estritamente militares em razão dos custos, os drones se popularizaram a ponto de serem, hoje, utilizados para fins de entretenimento.

Para a segurança pública, porém, apenas o registro das imagens deixou de ser suficiente há algumas décadas. Desde 1997, sistemas capazes de processar imagens passaram a ser adotados em aeroportos e bancos como opção de incremento da segurança.

Hoje, a utilização dessas ferramentas tem se expandido – inclusive, para eventos esportivos e culturais – e suas utilidades são constantemente aprimoradas – possibilitando, até mesmo, a detecção de emoções. Ainda, integram importantes sistemas de segurança, como os de leituras automáticas de placas – técnica de monitoramento veicular disponível em semáforos, placas sinalizadoras e pontes –, capazes de registrar mais de duas mil placas por minuto.

No Brasil, *softwares* de monitoramento de imagens e reconhecimento facial têm sido implementados pelas Polícias de diversos Estados nos últimos anos. No Rio de Janeiro, as

⁶⁹ No original: “*En el primer caso, muchas cámaras son destruidas, hay mala iluminación u obstáculos que impiden una visión adecuada, particularmente en transacciones con drogas realizadas entre automóviles. Otras veces se producen fallas técnicas, hay distracción en los operadores, situaciones ambiguas o distancia inadecuada entre operador y escena. En el segundo, sucede que las filmaciones son destruidas antes de que las autoridades puedan valerse del material para resolver un caso, se controvierte la identificación en la filmación, las situaciones relevadas son ambiguas o el material es de mala calidad, con imágenes cortadas. En el tercero, las cámaras no disuaden si su existencia no es reconocida por los potenciales autores. Cuando es conocida, procura eludirlas*”.

primeiras 28 câmeras habilitadas para a atividade de reconhecimento facial foram instaladas em 2019, todas na mesma região – o bairro Copacabana. Em São Paulo, no final de 2022, o sistema foi implementado nas estações de metrô, com previsão de instalação de, aproximadamente, cinco mil câmeras (Metrô [...], 2022).

A funcionalidade, porém, precisa ser vista com cautela. O coordenador do Núcleo de Defesa Criminal da Defensoria Pública do Rio de Janeiro, Emanuel Queiroz Rangel (2020, *e-book*), comentou um fato ocorrido ainda em 2019, logo após a instalação dos primeiros dispositivos de reconhecimento facial na capital fluminense:

Nesse passo, bom lembrar que a utilização do instrumento de reconhecimento facial pela polícia fluminense já proporcionou atuação ilegal por parte do Estado, com a detenção de condução da Sra. Sandra Maria de Alencar em 09/07/2019, fato que se deu na movimentada Avenida Nossa Senhora de Copacabana, no bairro de mesmo nome, na Zona Sul carioca. Detida enquanto trabalhava com uma placa de propaganda “compro joias”, foi levada à Delegacia de Polícia, posto que reconhecida como foragida da justiça. Acontece que a imagem em que se baseou a ação policial era de outra pessoa, a qual já estava presa, inclusive. Sandra Maria Alencar relatou o constrangimento pelo qual foi submetida, bem como o temor decorrente da ação em reportagem do jornal O Dia de 21/07/2019 (Rangel, 2020, *e-book*).⁷⁰

No desenvolvimento das práticas de *surveillance* para a obtenção de imagens, os satélites representam mais um avanço. A tecnologia é capaz de mapear territórios inteiros, fator que configura sua relevância bélica, mas também econômica.

Diversas repartições públicas, por exemplo, adquirem imagens registradas por satélites comerciais e que tornam possível a identificação de construções irregulares ou benfeitorias realizadas em imóveis de forma clandestina. No Brasil, imagens por satélite já são utilizadas para mapear áreas de lavoura e, em 2023, a Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária (Embrapa) se preparou para lançar o primeiro nanosatélite concebido, integralmente, pela indústria brasileira com a finalidade de validar tecnologias de aplicação agrícola (Costa, 2022).

Para as agências de segurança pública, os satélites oferecem outra possibilidade de *surveillance*: a geolocalização. *Global Positioning System* (GPS) é um sistema de monitoramento via satélite, hábil a coletar dados de localização e movimentação por meio de

⁷⁰ Apesar de não ser o tema deste trabalho, válido ressaltar que, conforme Rangel (2020, *e-book*), a Sra. Sandra é negra, “o que potencializa discussões sobre o viés segregacionista do sistema de reconhecimento facial”. Escreve o Defensor Público: “O The Guardian, em 08/04/2016, noticiou estudo da Georgetown Law School no qual a base de dados utilizada é desproporcionalmente afro-americana, sendo que o software seria especialmente ruim para reconhecer rostos negros. Consta da notícia que programas das empresas HP, Microsoft e Google têm dificuldades em reconhecer rostos negros, tendo o Google Photos identificado dois negros como gorilas. Aliás, Maria Laura Canineu, diretora da Human Rights Watch no Brasil, publicou artigo na Veja em 05 de junho de 2019 no qual afirma que ‘o uso do reconhecimento facial levanta sérias dúvidas sobre sua confiabilidade e potencial para discriminação. Estudos independentes indicam que esses sistemas podem ampliar preconceitos raciais, étnicos e de gênero existentes. No Brasil, pode afetar desproporcionalmente homens jovens, negros, com baixa escolaridade, que já estão sobrerrepresentados no sistema de justiça criminal’”.

dispositivos conectados. Inicialmente desenvolvido pelo Departamento de Defesa dos Estados Unidos para aprimorar a atividade militar de navegação em rota, tornando-a mais econômica e prática (PACE *et al*, 1995, p. 12), estima-se que, hoje, em qualquer ponto do planeta Terra onde possa estar uma pessoa, existem entre cinco e oito satélites sobre ela.

A geolocalização, no caso específico dos aparelhos celulares, também pode ser realizada a partir das Estações Rádio Base (ERBs), equipamentos que estabelecem – por meio da irradiação de ondas eletromagnéticas de alta frequência (Dias; Siqueira, 2002, p. 41) – a conexão entre os usuários e as companhias telefônicas. Considerando que cada telefone celular capta sinal das antenas instaladas em uma determinada área de cobertura, é possível saber a localização de uma pessoa de acordo com a instalação das Estações Rádio Base às quais seu aparelho se conectou, processo chamado de “triangulação”.

Ainda, a própria Estação Rádio Base fornece registros de “bilhetagem”, isto é, uma lista com o número de todas as linhas telefônicas que tenham para ela enviado ou dela recebido sinal (Freitas Júnior; Jorge; Garzella, 2020, p. 40). A utilidade, portanto, é dupla: serve para a localização de pessoas certas e determinadas e para a determinação de pessoas incertas.

Exatamente por isso, entende Geraldo Prado (2020, *e-book*) que a geolocalização “viabiliza uma forma de vigilância [*surveillance*] extrema do indivíduo” em tempo integral, na medida em que é capaz de acompanhá-lo, literalmente, a cada passo. O autor, nesse ponto, faz referência à decisão do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, que já reconheceu ser a *surveillance* ilimitada no tempo e no espaço violadora da dignidade da pessoa humana e dos direitos da personalidade.

É no ambiente *cybernético*, entretanto, que a *surveillance* tem se mostrado mais fértil. Afinal, a internet oferece e potencializa as mesmas infraestruturas adotadas pelas outras formas de telecomunicação e, hoje, concentram noventa e sete por cento do tráfego de todo o acervo de *big data* do mundo.

Não à toa, o tráfego da internet é objeto de intensa *cyber-surveillance* por parte das agências de segurança pública. A NSA, por exemplo, chegou a operar repetidores junto às principais estações de comutação dos Estados Unidos, com o intuito de copiarem tudo aquilo que trafegada pelas redes de fibra ótica, incluindo os dados de telefones celulares e da internet⁷¹. A China também desenvolveu uma plataforma robusta de filtragem de conteúdo, a Deep Packet

⁷¹ Este foi o objeto da denúncia formulada por William Binney após mais de 30 anos atuando em áreas técnicas da Agência. Em recente conferência, ele declarou que: "Pelo menos 80% dos cabos de fibra ótica em todo o mundo passam pelos EUA. Isto não é acidente e permite que os EUA vejam toda a comunicação que entra. Pelo menos 80% de todas as chamadas de áudio, não apenas metadados, são gravadas e armazenadas nos Estados Unidos" (Whistleblower [...], 2022).

Inspection (DPI), que monitora o tráfego de dados com o objetivo de identificar e bloquear determinados tipos de conteúdo, inclusive aqueles que criticam o regime político que vigora do país.

Os *big data* ainda podem ser coletados no meio *cyber* de outras formas. A primeira delas é o uso de dados públicos – como aqueles relacionados à maioria dos processos judiciais – e de dados compartilhados no ambiente virtual – como os que são informados pelo próprio usuário em suas redes sociais. O segundo é o *pooling* de *cookies*, que são instrumentos capazes de colher dados dos usuários, incluindo localização e histórico de buscas, tudo isso com a finalidade de direcionar as publicidades de acordo com as suas preferências pessoais – tanto para prever aquelas que não passaram do âmbito das intenções da pessoa usuária, quanto as que sequer foram aventadas.

A coleta dos *big data*, de acordo com Hugo Malone e Dierle Nunes (2023, p. 142) é apenas uma das etapas da lógica operacional dos sistemas de inteligência artificial⁷². A partir do momento que são inseridos nessa lógica (*input data*), os *big data* são transformados por uma sequência de comandos - os algoritmos – e passam a assumir a forma de recomendações, previsões ou decisões (*output data*).

É válida, nesse sentido, as explicações de Carissa Véliz acerca do mecanismo que envolve a coleta de *big data* por grandes *players* do mercado de tecnologia, seus usuários e usuárias e empresas dos mais variados ramos (comércio, seguros etc.):

Todos na indústria da tecnologia querem que você preste atenção nos aplicativos, nas plataformas, nos anúncios. Eles querem saber mais sobre você para que eles possam saber como melhor distraí-lo, mesmo que isso signifique atraí-lo para longe do tempo de qualidade com seus entes queridos ou necessidades humanas básicas, como o sono. Você tem dinheiro, mesmo que não seja muito. As empresas querem que você gaste sua renda com eles. Hackers estão ansiosos para obter suas informações ou imagens sensíveis e extorqui-lo. As seguradoras também querem seu dinheiro, desde que você não represente um risco muito alto, e elas precisam de seus dados para avaliar isso. Talvez você esteja no mercado de trabalho. As empresas querem saber tudo sobre quem estão contratando, inclusive se você pode ser alguém que vai querer lutar por seus direitos. [...] Atualmente, a maioria das pessoas já está ciente de que os dados delas valem dinheiro. Mas os seus dados não são valiosos apenas porque podem ser vendidos. O Facebook tecnicamente não vende seus dados, por exemplo. Nem o Google. Eles vendem o poder de influenciar você. Eles guardam seus dados para que possam vender o poder de mostrar anúncios a você, e o poder de prever o seu comportamento. O Google e o Facebook estão apenas tecnicamente no negócio de dados; eles estão principalmente no negócio de poder. Ainda mais do que ganhos monetários, os dados pessoais dão poder àqueles que os coletam e analisam, e isso é o que os torna tão cobiçados (Véliz, 2021, *e-book*).

⁷² Apesar de inexistir uma definição uníssona para o termo “inteligência artificial”, ponderam Malone e Nunes (2022, p. 140-141) que, atualmente, sua essência está menos próxima da ideia de replicar o funcionamento do cérebro humano para se concentrar na resolução de problemas específicos e nas potencialidades de seus sistemas.

Concretamente, o êxito na coleta de *big data* em bancos dados públicos e por meio dos *pooling de cookies* depende de outro processo de grande repercussão para a *cyber-surveillance*: a mineração de dados, que consiste em técnicas de extração, pesquisa, processamento e exploração de *big data* a partir de uma variedade de algoritmos estatísticos.

Veja-se que, na prática, os métodos de coleta de *big data* descritos pelos autores são alimentados pelos próprios usuários. Laura Merkel é certa na exposição do tema:

Quando perguntamos de onde vêm esses dados, a resposta pode parecer surpreendente, pois somos nós mesmos que os fornecemos por meio do uso da tecnologia. Toda vez que pagamos com cartão de crédito, enviamos um e-mail, fazemos uma pesquisa no Google, carregamos conteúdo nas mídias sociais, usamos o navegador do nosso telefone ou pesquisamos o nome de um restaurante, estamos fornecendo nossos dados para as empresas por meio das quais acessamos esses serviços. Os dados em si não revelam mais do que representam. O que é decisivo é o algoritmo com o qual esses dados são processados por meio de mecanismos de inteligência artificial que permitem que a análise seja realizada em uma velocidade mais rápida do que jamais poderia ser imaginada no passado. Por meio dessas ferramentas matemáticas, é possível obter uma visão completa e interpretável de uma enorme quantidade de dados e chegar a conclusões que, de outra forma, seriam inatingíveis (Merkel, 2022, p. 289, tradução nossa)⁷³.

Os *big data*, porém, podem ser igualmente obtidos, de forma ilícita, por meio da implantação de *malwares*, ou Cavalos de Troia. Trata-se de dispositivos aparentemente inofensivos que, uma vez inseridos em computadores ou celulares, têm a capacidade de controlá-los, a ponto de obter acesso a qualquer informação ali constante.

Em relatório divulgado no final de 2022, a empresa de segurança da informação Kaspersky revelou que o Brasil é o país da América com maior quantidade de ataques por *malwares* – mais de mil e quinhentos por minuto. A pesquisa foi capaz de identificar, ainda, que a maioria das ameaças *online* mirou dispositivos móveis em vez de computadores, sendo a maioria delas enviadas por *e-mail*, redes sociais e aplicativos de mensagens. Sobre os interesses por trás dos Cavalos de Troia, o estudo concluiu que:

27% buscam roubar credenciais de internet/mobile banking, 22% visam roubar credenciais de redes sociais, 18% roubam credenciais de serviços online (loja online,

⁷³ No original: “A la pregunta ¿de dónde provienen estos datos?, la respuesta puede parecer sorprendente, pues somos nosotros mismos quienes los proporcionamos mediante el uso de la tecnología. Cada vez que pagamos con tarjeta de crédito, enviamos un correo electrónico, hacemos una búsqueda en Google, cargamos contenido en la red social, utilizamos el navegador del teléfono o buscamos el nombre de un restaurante, estamos proporcionando datos nuestros a las empresas a través de las cuales accedemos a estos servicios. Los datos en sí mismos no revelan más de lo que representan. Lo determinante es el algoritmo con el que se procesan estos datos a través de mecanismos de inteligencia artificial que permiten que el análisis se realice a una velocidad superior a lo que nunca se hubiera imaginado en el pasado. A través de estas herramientas matemáticas es posible obtener una visión completa e interpretable de una enorme cantidad de datos y llegar a conclusiones de otra forma inalcanzables”.

streamings, etc.), 9% usam temas de serviços financeiros para roubar senhas e 7% querem dados de pagamentos de cartões de crédito (Brasil e a [...], 2022).

Para Ben Underwood e Hossein Saiedian (2021), apenas uma análise completa desses métodos – partindo dos meios mais rudimentares da *surveillance* até os mais atuais da *cyber-surveillance* – seria capaz de fornecer uma compreensão sobre seu desenvolvimento técnico e principais artifícios. Além disso, seria a única maneira de projetar tendências para o futuro, com vistas não apenas às agências de segurança pública, mas também às empresas inseridas no mercado *tech*.

Inicialmente, os autores reforçam que, seguindo a tendência de mais de um século, os métodos futuros serão tecnológicos, adotando recursos como o espectro eletromagnético para a detecção e transmissão de dados. Constatam, ainda, que deve ser mantido o protagonismo das telecomunicações como principal objeto de monitoração, materializadas em dados pessoais.

Os autores também chamam a atenção para o fato de a *surveillance* estar, cada vez mais, relacionada ao *marketing*; estimam, nessa lógica, que metade das atividades de controle serão exercidas por empresas privadas. Não excluem da equação, porém, os interesses das agências de segurança pública na obtenção e tratamento de informações obtidas por meio de *surveillance*.

Com foco na aplicação das técnicas de *surveillance* nas investigações criminais, o próximo item buscará evidenciar os interesses do Estado no desenvolvimento de ferramentas relacionadas ao incremento da persecução penal. Além disso, pretende demonstrar os elevados graus de sofisticação que a tecnologia foi e é capaz de agregar ao processo penal inserido em ambiente digital.

3.3 A *cyber-surveillance* a serviço do processo penal de emergência: métodos ocultos de combate ao inimigo

Conforme elaborado neste capítulo e no anterior, o processo penal de emergência tende a valer-se de estratégias próprias a fim de viabilizar o controle e a efetiva punição das pessoas que, para o Direito Penal, são consideradas inimigas. Quando essas pessoas – e toda a sociedade – passam a concentrar significativa parte de suas atividades nos espaços virtuais, os métodos emergenciais também se desenvolvem para alcançar esses novos ambientes *cyber*.

Precisamente, a partir do momento em que uma das ferramentas emergenciais do processo penal – os métodos ocultos de obtenção de provas – se ampara na ideia da *cyber-surveillance* para combater as pessoas inimigas, surge o problema que permeia toda esta tese

doutoral: nem só o que a pessoa envolvida no fato penal diz ou faz, mas tudo que ela digita, envia, deleta, compartilha, pesquisa, posta, “curte” ou “descurte” está sob controle e pode servir como prova em seu desfavor.

Neste aspecto, os métodos ocultos de obtenção de provas são submetidos a uma verdadeira revolução: se outrora estavam limitados a alguns aspectos da vida pessoal, como os assuntos conversados em uma certa ligação telefônica ou os depósitos feitos em uma determinada conta bancária, agora conseguem abranger absolutamente todas as esferas privadas – inclusive, aquelas que estão no nível mais íntimo e sequer são exteriorizadas, como as vontades, medos, anseios e desejos.

Considerando esta realidade, o presente item busca demonstrar a intercessão entre o processo penal emergencial – no aspecto dos meios ocultos de obtenção de informações juridicamente relevantes em desfavor da pessoa acusada – e as ferramentas de *cyber-surveillance*. Para tanto, vale-se das hipóteses traçadas por David Silva Ramalho (2017) em pesquisa sobre o tema das tecnologias aplicadas ao Processo Penal: o acesso a dados informáticos armazenados, as ações encobertas em ambiente digital e a invasão de sistemas por ferramentas de *hacking* ou uso de *malwares*.

Válido registrar, de início, que as análises de Ramalho foram promovidas no contexto jurídico de Portugal, circunstância que não impede seu aproveitamento para os fins desta tese. Podem, perfeitamente, ser traduzidas – no marco de Langer (2004, p. 44) – ao cenário brasileiro. Isto porque, assim como ocorre no ordenamento jurídico lusitano, as disposições processuais penais em matéria probatória no Brasil são pensadas, em regra, considerando provas fisicamente visíveis, palpáveis ou audíveis.

Assim problematiza o autor:

A entrada no processo penal de manifestações das novas tecnologias, como o correio eletrônico, os ficheiros informáticos e escritos ou de outro gênero e o próprio ambiente digital, imediatamente apelaram à analogia com as demais realidades referidas e, conseqüentemente, dificultaram a apreensão da autonomia ontológica destas novas realidades. O resultado foi a aplicação do regime vigente para as novas realidades ou a formulação de novas disposições que estabelecem uma mera adaptação das regras vigentes para o *mundo físico* ao *mundo digital*. (Ramalho, 2017, p. 241, grifos do autor).

Outro aspecto que viabiliza a comparação entre a realidade portuguesa e brasileira no contexto dos métodos ocultos de investigação digitais é o fato de que ambos os países aderiram

à Convenção de Budapeste sobre o Cibercrime⁷⁴. O tratado internacional é o único instrumento com normas de Direito Penal e Processual Penal sobre a criminalidade cibernética e tem como objetivo definir estratégias para a tipificação e o enfrentamento de delitos praticados no ambiente virtual (Coltro; Waldman, 2021).

Esclarecidos os critérios a partir dos quais será demonstrado o ponto comum entre o processo penal emergencial e a *cyber-surveillance* no enfrentamento da pessoa inimiga, o primeiro meio clandestino de investigação debatido no *cyberespaço*, conforme Ramalho (2017, p. 263), é o acesso a dados informáticos armazenados por provedores ou aplicações de internet.

Trata-se de método bastante vantajoso, na medida em que é capaz de revelar dados que determinam: (a) o tipo de serviço de comunicação adotado, bem como as medidas técnicas a ele inerentes e o período de serviço; (b) a identidade, o endereço postal, a localização geográfica e o número de telefone do usuário, assim como os dados de faturamento e pagamento disponíveis no contrato de prestação de serviços; (c) qualquer outro dado sobre a localização do equipamento de comunicação.

Vale notar, ainda, que nos termos do artigo 1º da Convenção de Budapeste (Brasil, 2023), o acesso a dados armazenados incluem os sistemas informáticos – “qualquer aparelho ou um conjunto de aparelhos interconectados ou relacionados entre si que asseguram, isoladamente ou em conjunto, pela execução de um programa, o processamento eletrônico de dados” –, os dados informáticos (ou de computador) – “qualquer representação de fatos, informações ou conceitos numa forma adequada para o processamento num sistema de computador que inclua um programa capaz de fazer o sistema realizar uma tarefa” – e os dados de tráfego – “referentes a uma comunicação por meio de um sistema informatizado, gerados por um computador que seja parte na cadeia de comunicação, e que indicam sua origem, destino, caminho, hora, data, extensão, duração ou tipo de serviço subordinado”.

Já sobre o fornecedor dos serviços de internet responsável por propiciar às autoridades o acesso aos dados armazenados, define a Convenção como sendo “qualquer entidade pública ou privada que permite aos seus usuários se comunicarem por meio de um sistema de computador”, além de “qualquer outra entidade que realiza o processamento ou armazenamento de dados de computador em nome desses serviços de comunicação ou de seus usuários”.

No Brasil, o acesso a dados informáticos armazenados é autorizado, mediante ordem judicial direcionada ao “responsável pela guarda e fornecimento de registros de conexão ou de

⁷⁴ O Brasil apenas aderiu à Convenção de Budapeste recentemente, por meio do Decreto Legislativo nº 37, de 16 de dezembro de 2021. O Decreto nº 11.491/2023, que promulga a Convenção, foi publicado em 13 de abril de 2023.

registros de acesso a aplicações de *internet*”, pelo artigo 22 do Marco Civil da Internet. Os requisitos elencados pelo texto legal para a medida são (a) fundados indícios da ocorrência do ilícito; (b) justificativa motivada da utilidade dos registros solicitados para fins de investigação ou instrução probatória; e (c) período ao qual se referem os registros requeridos.

Interessante notar que tais requisitos são mais amplos em relação àqueles determinados pela norma processual penal que regulamenta a interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas (Lei nº 9.296/1996) e exige – para além dos indícios da prática de crime – a indicação e qualificação das pessoas imputadas (salvo quando manifestamente impossível) e a indisponibilidade de outros meios de prova. Há, pois, evidente diferença na proteção legal atribuída a conteúdos de comunicação que estejam em fluxo – tutelados pela Lei nº 9.296/1996 – e os dados de comunicação armazenados em sistemas – tutelados pelo Marco Civil da Internet⁷⁵.

Veja-se que, em julgamento recente, o Superior Tribunal de Justiça dispensou a necessidade de individualização dos alvos da medida oculta, prevista na Lei nº 9.296/1996, para um caso de quebra de dados de geolocalização, ao argumento de que a proteção constitucional disciplinada pela referida Lei deveria recair apenas sobre a comunicação, e não sobre os dados estáticos.

No caso concreto⁷⁶ – julgamento do Recurso em Mandado de Segurança nº 60.698/RJ, no qual figuravam como recorrentes as empresas Google do Brasil Internet Ltda. e Google LLC e, como recorrido, o Ministério Público do Rio de Janeiro – o Tribunal foi chamado a se manifestar sobre o inquérito que investigava o homicídio da Vereadora Marielle Franco e seu motorista, Anderson Gomes, ocorrido em frente à Casa das Pretas, local situado à Rua dos Inválidos, 122, no Centro da capital fluminense.

Na ocasião, a Corte decidiu pela legalidade da decisão que deferiu a quebra do sigilo de dados de um conjunto não identificado de pessoas, as quais, em determinado lapso de tempo próximo ao crime, pesquisaram informações no buscador Google a partir de certas palavras-chave (“Marielle Franco”, “Vereadora Marielle Franco”, “Agenda Vereadora Marielle Franco”, “Casa das Pretas”, “Rua dos Inválidos, 122” e “Rua dos Inválidos”).

⁷⁵ Conferir aos dados armazenados em sistemas informáticos uma proteção inferior àquela destinada às comunicações telemáticas é um contrassenso, conforme reconhece Ivan Jezler Júnior (2019, p. 61), “[a]final, à medida que seu processo comunicativo – por via de regra –, depende de sucessivos armazenamentos durante a transmissão entre o remetente e o destinatário, poderiam, nesses sítios, ser alvos de captação e não interceptação, mas ainda merecedores do abrigo fundamental”.

⁷⁶ Acerca das impropriedades da decisão, veja-se Sarkis (2021).

Segundo Ramalho (2017, p. 267), outro aspecto relevante sobre o acesso a dados informáticos armazenados em dispositivos, especialmente relacionado às suas formas de busca e apreensão, é o previsto no artigo 15 da Lei do Cibercrime de Portugal (Lei n.º 109/2009), que prevê a possibilidade de que a autoridade judiciária (ou policial, a depender do caso) determine a pesquisa em sistema informático “[q]uando no decurso do processo se tornar necessário à produção de prova, tendo em vista a descoberta da verdade, obter dados informáticos específicos e determinados” (Portugal, 2009).

Para o autor (Ramalho, 2017, p. 271), é curioso perceber como o legislador português apenas adaptou ao ambiente digital o idêntico regime das buscas e apreensões em ambientes físicos. Exatamente por isso, não previu possibilidades como a de a própria autoridade acessar os dados e informações desejadas a distância, sem precisar apreendê-los, quando já estivessem em seu poder as credenciais necessárias. Seria a circunstância, a título ilustrativo, de a autoridade já conhecer o usuário e senha utilizados pela pessoa para armazenar conteúdos em nuvem⁷⁷.

Fato é que, ao menos neste aspecto das buscas e apreensões, a legislação portuguesa – independentemente de lacunas e omissões – prevê regulamentação. No Brasil, diante da ausência de regra específica, aplica-se à disciplina dos dados armazenados em computadores e celulares o mesmo artigo 240 do Código de Processo Penal, voltado originalmente às coisas materiais e garantidor do direito à integridade domiciliar (Pimenta, 2023).

Ao pesquisarem o tema, de acordo com a realidade nacional, Ricardo Gloeckner e Daniela Eilberg (2019, p. 391) constatam que, diante da insuficiência normativa, os Tribunais Superiores é que têm ficado encarregados de definirem limites e formas para a busca e apreensão em plataformas digitais. Os autores mencionam que a discussão, naquilo que se refere a telefones celulares, está afetada por Repercussão Geral no Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2017) desde 2017, ainda pendente de conclusão acerca da licitude de prova obtida por acesso a *smartphone* sem autorização judicial.

De todo modo, é preciso reconhecer que, na modernidade, os computadores e telefones são verdadeiros repositórios de informações sobre seus usuários, passíveis de “revelar hábitos,

⁷⁷ “A computação em nuvem surge da necessidade de construir infraestruturas de TI complexas, onde os usuários têm que realizar instalação, configuração e atualização de sistemas de software. Em geral, os recursos de computação e hardware são propensos a ficarem obsoletos rapidamente e a utilização de plataformas computacionais de terceiros é uma solução inteligente para os usuários lidarem com a infraestrutura de TI. Na computação em nuvem os recursos de TI são fornecidos como um serviço, permitindo que os usuários o acessem sem a necessidade de conhecimento sobre a tecnologia utilizada. Assim, os usuários e as empresas passaram a acessar os serviços sob demanda e independente de localização, o que aumentou a quantidade de serviços disponíveis” (Sousa; Moreira; Machado, 2009, p. 153).

gostos, ambições, orientação sexual, etc.” (Soares, 2017, p. 238). Apesar de, conforme reconhecido pelo Tribunal Constitucional Alemão, não serem elementos caracterizadores do conceito de “domicílio”, faz-se determinante a institucionalização de um novo direito fundamental que garanta a integridade dos dispositivos informáticos, cujo conteúdo pode ser mais violador da intimidade e da privacidade do indivíduo que sua própria casa.

Como segundo método oculto de investigação criminal, David Ramalho leciona sobre as ações encobertas no *cyberespaço*, expressão da tendência mundial de igualar as ações policiais em ambientes físicos às virtuais. No Brasil a figura está prevista no artigo 10-A da Lei nº 12.850/2013 e adota a nomenclatura “agente infiltrado virtual” e o procedimento é idêntico àquele previsto no artigo 10 para a infiltração de agentes em ambientes físicos⁷⁸.

O autor descreve uma situação concreta ocorrida nos Estados Unidos que bem demonstra a aplicação do método de agente infiltrado (ou encoberto) e sua aplicação prática no contexto de combate à *cyber-criminalidade*:

No início de 1994, o FBI iniciou uma investigação para detecção da prática de ilícitos relacionados com pornografia infantil na Internet. Neste contexto, D. Douglas Rehman, agente do FBI, participou, a partir de Orlando, na Flórida, numa acção encoberta em salas de *chat* criadas por utilizadores do serviço AOL, nas quais se fazia passar por um pedófilo com nome de utilizador “MikeyLL”. O foco de investigação do agente eram as salas de *chat* subordinadas aos temas “Boys” e “Preteen”, essencialmente frequentadas por utilizadores interessados em trocar ficheiros com material pedo-pornográfico.

Durante o período em que frequentava as salas de *chat*, o agente Rehman gravava todas as conversações que aí tinham lugar, abstendo-se, porém, de nelas participar. Ocasionalmente eram enviados, por parte de diferentes utilizadores, *e-mails* com ficheiros com conteúdo de pornografia infantil aos demais membros de uma lista composta pelos participantes habituais do *chat*, na qual constava o agente Rehman.

Um dos utilizadores que enviou ficheiros com aquele conteúdo utilizava o nome “Charbyq”. Este utilizador viria a ser identificado como Kenneth Charbonneau, residente em Dublin, no Ohio. Após realização de buscas, por parte do FBI, em sua casa, nas quais foram encontrados ficheiros informáticos com ficheiros da referida natureza, Charbonneau viria a ser acusado por distribuição de pornografia infantil. (Ramalho, 2017, p. 281).

A escolha do caso foi proposital – e de relevante reforço didático – porque deixa evidente uma das principais fragilidades do infiltrado virtual: caso o agente Rehman frequentasse, em vez de um *chat*, qualquer local físico, como uma sala ou um bar, o procedimento investigativo seria o mesmo. Para Ramalho (2017, p. 284), tal equiparação é equivocada, na medida em que existem relevantes diferenças entre os contextos digital e físico,

⁷⁸ É conhecida a distinção feita nos textos jurídicos lusitanos entre agentes encobertos e infiltrados, atribuindo aos primeiros uma conduta menos ativa em comparação com os segundos. Tal diferenciação, porém, resta inútil, além de gerar confusões, conforme explica Ramalho (2017, p. 289), sendo ambas as expressões utilizadas como sinónimos pelo autor português.

as quais desafiam a pessoa infiltrada e induzem solução casuística, com potencial de insegurança jurídica e inadequação das práticas adotadas.

Enquanto, em um ambiente físico, a pessoa infiltrada pode ocupar apenas um local por vez, em espaços virtuais a atividade pode ser onipresente e voltada a diversas finalidades. Basta imaginar que a pessoa infiltrada em uma associação para o tráfico precisa frequentar lugares nos quais estão seus membros; enquanto o infiltrado em ambiente digital pode participar, ao mesmo tempo, de inúmeras atividades, como *chats* diferentes que envolvem as mais variadas atividades criminosas. Da mesma forma, em relação às práticas físicas, a infiltração de agentes no *cyberespaço* se destaca naquilo que faz referência às possibilidades de controle por parte do próprio Estado, considerando que as *expertises* técnicas e informáticas exigidas não são conhecidas e dominadas por qualquer um.

Igualmente, o exemplo do agente Rehman é válido porque ilustra aquele que talvez represente o maior ponto de distinção entre as infiltrações físicas e virtuais: as regras sociais de interação. Isso porque, enquanto o agente infiltrado em ambiente físico apenas omite suas reais identidade e qualidade, o ambiente digital – em que a prática é, exatamente, a identificação por “apelidos” ou *usernames* – possibilita ao agente infiltrado o desenvolvimento de toda uma “aparência virtual”.

Efetivamente, essa “aparência virtual” é capaz de abrir, à pessoa infiltrada, portas que jamais estariam acessíveis no mundo físico. No próprio exemplo do agente Rehman, seu acesso ao *chat* e, conseqüentemente, aos ilícitos ali praticados somente foi possível porque em ambiente virtual. Se a troca de conteúdos pedofílicos fosse realizada pessoalmente, com as imagens impressas em papel e distribuídas em uma sala ou um bar, é difícil imaginar que uma pessoa qualquer, que não pertencesse àquele grupo criminoso específico, pudesse participar da atividade e receber os materiais.

Ao mesmo tempo, a criação de uma “aparência virtual” pode ser utilizada, pela pessoa infiltrada, como forma de provocar a prática delitiva investigada – ainda que de forma menos contundente que um flagrante preparado⁷⁹. Basta imaginar que, em um *chat* como o integrado pelo agente Rehman, a pessoa infiltrada pode se identificar por apelidos sugestivos, como “Garoto10Anos” ou que, em uma comunidade voltada ao tráfico de entorpecentes, alguém se denomine “QueroCrack”. O mero ingresso, no *cyberespaço*, de usuários como estes pode desencadear uma série de atividades ilícitas mesmo quando a pessoa infiltrada, em si, mantenha

⁷⁹ Nos termos da Súmula 145 do Supremo Tribunal Federal, “não há crime quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação” (Brasil, 1963).

a mais absoluta passividade. É possível, nessas hipóteses, que a pessoa infiltrada provoque a ocorrência de crimes sem empregar uma conduta ativa sequer.

No Brasil, a ação provocadora da “aparência virtual” levou à prisão vinte e um jovens manifestantes que participavam de protestos contra o então Presidente da República Michel Temer (Abreu; Antonialli, 2017, p. 49). Na ocasião, um militar criou perfil no aplicativo de relacionamentos Tinder em que se apresentava como militante da esquerda e valeu-se desta ferramenta para conhecer potenciais mulheres cujo perfil indicava a participação nos atos políticos. Uma das mulheres com quem passou a se corresponder o adicionou a um grupo da plataforma WhatsApp no qual os participantes estavam combinando a melhor forma de se encontrarem e irem, juntos, às manifestações. O agente infiltrado se valeu das informações obtidas no grupo para identificar as pessoas envolvidas e auxiliar em suas prisões.

Mais que isso, deve-se considerar que, no ambiente virtual, a pessoa infiltrada consegue coletar elementos que, no mundo físico, lhe passariam despercebidos ou não poderiam ser captados. Em uma reunião do crime organizado, tudo que a pessoa infiltrada tem são suas percepções sensoriais e, no máximo, gravações em áudio e vídeo; enquanto o agente infiltrado virtual consegue, a qualquer momento, reconstruir com exatidão os fatos investigados.

A ideia de comparar a infiltração de agentes no ambiente digital e no mundo físico parece, portanto, incompatível com suas particularidades. A pessoa infiltrada virtualmente possui meios muito mais efetivos de obter e registrar informações com potencial de violar os direitos de quem é investigado.

A terceira forma clandestina de investigação criminal problematizada por Ramalho (2017, p. 311) é a invasão de sistemas informáticos, ferramentas de *hacking* ou uso de *malwares*. Enquanto o *hacking* compreende um sistema desenvolvido com a intenção de acessar – sem autorização – outro sistema ou os arquivos nele contidos, os *malwares* são programas informáticos maliciosos, criados com o objetivo de fazer com que determinado sistema execute ações independentes.

Apesar de ser o Cavalo de Troia a mais popular forma de *malware*, são diversos os *softwares* empregados como métodos ocultos de investigação: as *logic bombs* – espécie de *malware* que, quando implantado no sistema, aguarda um incidente específico para desencadear suas funções nocivas ou ofensivas –, os *spywares* – tipo de *software* que armazena informações sobre o usuário do sistema sem seu consentimento – e os *rootkits* – forma de conceder a quem invadiu o sistema informático os privilégios que são restritos ao seu administrador.

Em suas diferentes manifestações, os *malwares* podem ser instalados por equipamentos físicos (como um *pendrive*), pela navegação na internet ou por meio de *downloads* feitos,

voluntariamente, pelo próprio usuário do sistema informático. Como elemento comum, todas as espécies e técnicas são dotadas de uma característica: o potencial de obterem informações de relevância para as agências de segurança pública.

Por isso mesmo, constituem práticas implementadas ao redor do mundo – muitas vezes, independentemente de autorização legislativa. Nos Estados Unidos, o emprego de *malwares* remonta ao início dos anos 2000, a partir do *software* Magic Lantern, que viabilizava o acesso remoto ao sistema infectado pelas agências de segurança. Com o incremento das técnicas de *surveillance*, estas mesmas agências passaram a adotar outro *malware*, conhecido como Computer and Internet Protocol Address Verifier (CIPAV) e que fornecia uma ampla variedade de informações sobre o sistema infectado e seu usuário, desde a sua localização geográfica até as páginas que visitou na internet.

Já na Alemanha, o *malware* utilizado principalmente em ações relacionadas ao enfrentamento do terrorismo foi o Bundestrojaner, que, uma vez instalado em sistema informático, permitia o monitoramento de todas as atividades *online*, bem como de tudo aquilo que era digitado pelo usuário, além de conseguir ativar, pela via remota, a gravação de sons e imagens por dispositivos de *hardware* instalados no sistema, como microfones e *webcams*. A Corte Superior alemã, instada a se manifestar sobre o tema, concluiu pela ilicitude de provas obtidas pelo mencionado *malware*, fato que não interrompeu ou impediu seu emprego pelas polícias.

No ordenamento jurídico espanhol, a utilização de *malwares* está prevista como método de investigação desde a reforma da Ley de Enjuiciamiento Criminal em 2015, que dispôs, em seu artigo 588, *septies a*, sobre seus pressupostos:

Artigo 588, (a). Pressupostos.

O juiz competente poderá autorizar a utilização de dados e códigos de identificação, bem como a instalação de um software, que permitam, de forma remota e telemática, o exame à distância, sem o conhecimento do proprietário ou do usuário, do conteúdo de um computador, dispositivo eletrônico, sistema informático, instrumento de armazenamento em massa de dados informáticos ou base de dados, sempre que se prossiga com a investigação de qualquer dos seguintes delitos:

- a) Crimes cometidos no âmbito de organizações criminosas.
- b) Crimes de terrorismo.
- c) Crimes cometidos contra menores ou pessoas com capacidade judicialmente limitada.
- d) Crimes contra a Constituição, traição e crimes relacionados à defesa nacional.
- e) Delitos cometidos por meio de ferramentas de informática ou qualquer outra tecnologia de informação ou telecomunicação ou serviço de comunicação (Espanha, 2022, tradução nossa).⁸⁰

⁸⁰ No original: “Artículo 588 septies a. Presupuestos. El juez competente podrá autorizar la utilización de datos de identificación y códigos, así como la instalación de un software, que permitan, de forma remota y telemática, el examen a distancia y sin conocimiento de su titular o usuario del contenido de un ordenador, dispositivo

O legislador também impôs à autoridade que determina a utilização de *malwares* o estrito dever de fundamentar sua decisão, devendo especificar os sistemas informáticos alvos da medida, o alcance e a forma de acesso e apreensão dos dados obtidos pelo *software* e os agentes autorizados a executarem a medida. Ainda, a Lei prevê que a cópia dos dados obtidos por meio do acesso remoto possibilitado por *malwares* depende de expressa autorização, bem como da adoção de todas as medidas capazes de garantir sua preservação e integridade.

A Lei do Cibercrime, que vigora em Portugal desde 2009, consagra a possibilidade de adoção dos *malwares* para investigações relacionadas a determinadas espécies delitivas, como os crimes cometidos por meio de sistemas informáticos ou contra a liberdade e autodeterminação sexual de menores e incapazes (artigo 19).

Naquilo que se refere às regras para o procedimento de invasão de dispositivos pelos *softwares*, a Lei aplica as mesmas normas previstas para a interceptação de comunicações, situação criticada por Ramalho (2017, p. 341) porquanto absolutamente incompatível: “a busca *online*, porque não configura uma invasão ou devassa de um acto de telecomunicação, não está abrangida nem legitimada pelas normas da lei processual relativas às intromissões nas telecomunicações”.

Semelhante ao tratamento adotado por Portugal caminham os entendimentos sobre o tema no Brasil. No ordenamento pátrio não existe previsão para o uso de *malwares*, o que não significa dizer que tal método investigativo não tem sido utilizado, seja com base na Lei de Interceptações Telefônicas, seja dentro da esfera das buscas e apreensões.

Para Diego Barbiero (2021, p. 154), a implantação de *malware* que viabiliza, remotamente, o acesso e armazenamento de dados guardados em dispositivo informático se enquadra na previsão do artigo 240, § 1º, ‘h’, do Código de Processo Penal brasileiro, que trata sobre a busca e apreensão de qualquer elemento de convicção quando houver fundadas razões para tanto. Por outro lado, se a infecção do sistema de informação tivesse a finalidade de driblar métodos de segurança e acessar dados referentes a aplicativos como WhatsApp ou Telegram, estaria abrangida pela Lei nº 9.296/1996.

Ao analisarem casos envolvendo o uso de *softwares* maliciosos pela Polícia brasileira, Jacqueline Abreu e Dennys Antonialli (2017) comentam sobre sua equiparação às

electrónico, sistema informático, instrumento de almacenamiento masivo de datos informáticos o base de datos, siempre que persiga la investigación de alguno de los siguientes delitos: a) Delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales. b) Delitos de terrorismo. c) Delitos cometidos contra menores o personas con capacidad modificada judicialmente. d) Delitos contra la Constitución, de traición y relativos a la defensa nacional. e) Delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la telecomunicación o servicio de comunicación”.

interceptações telefônicas e telemáticas, esclarecendo que a Lei nº 9.296/1996 tutela o sigilo das comunicações, e não o dos sistemas informáticos. Haveria, segundo os autores, a necessidade de uma disciplina expressa sobre o assunto, sendo inviável a equiparação pretendida. No mesmo sentido, Luiz Sartori de Castro (2013) considera indevida a comparação entre o uso de *malwares* para obter informações e a busca e apreensão domiciliar, afinal, esta não constitui uma metodologia oculta de investigação e não admite meios artificiosos ou surpreendentes.

Pelo exposto, verifica-se que as três formas clandestinas de investigação próprias do combate à *cyber-criminalidade* aqui descritas encontram, ao menos no cenário brasileiro, obstáculos nos princípios da reserva legal e da legalidade: o acesso a dados informáticos armazenados e o uso de *hacking* e *malwares* padecem de expressa previsão legal; enquanto as ações praticadas por agentes infiltrados no *cyberespaço*, apesar de dispostas em norma processual penal, são equivocadamente equiparadas às atividades em meios físicos.

Para a lógica emergencial – que pretere direitos individuais sobre os direitos da coletividade, para o enfrentamento do inimigo portanto – a *cyber-surveillance* constitui importante aliada, ainda que reduza, significativamente, os direitos fundamentais. Surge, nesse sentido, uma pertinente pergunta: nesse contexto, como a pessoa envolvida em fatos penais pode se defender?

Tendo em vista que todas as atitudes adotadas no ambiente *cyber* podem vir a ser controladas pelas agências de segurança e, eventualmente, utilizadas em desfavor da pessoa que é alvo de investigação, o Processo Penal enfrenta um novo desafio⁸¹: garantir que às pessoas, ao mesmo tempo, a presença no espaço *cyber* e uma proteção contra os métodos secretos de obtenção de prova que são desenvolvidos nesse mesmo ambiente.

É necessário, portanto, que na mesma medida em que se desenvolvem novas ferramentas para a persecução penal, sejam aprimorados os direitos. Assim como os métodos

⁸¹ Apesar de novo, este não é o único desafio enfrentado pelo Processo Penal no contexto da *cyber-surveillance*. Alguns são elencados por Víctor Quintiere (2022) no âmbito do que chama de “5ª velocidade do direito penal”, em alusão à obra de Jesús-María Silva Sánchez (2001): “1) Utilização da tecnologia no combate preventivo e repressivo aos crimes; 2) Aumento da produção de indícios e provas de autoria e materialidade por parte do Estado, afetando a configuração da atividade investigativa e nos gastos públicos; 3) Atualização digital do conceito do *nemo tenetur se detegere* que, fundado na realidade física, mostra-se insuficiente à contenção das violações à privacidade, intimidade e autonomia informacional; 4) Elaboração e manutenção de definição operacional de Privacidade Digital, especialmente no Direito Penal, devendo qualquer: 4.1) Incursão do Estado ser autorizada previamente por decisão judicial fundamentada com base em requisitos válidos; 4.2) Vedada a mera analogia com os padrões analógicos em face da potencial invasão da privacidade na era digital; e 5) Reelaboração dos padrões relacionados ao tempo de defesa, quantidade e qualidade das garantias penais e processuais atribuídas ao arguido que, diante da disparidade de armas digitais [ferramentas] atualmente utilizadas pelo Estado-Investigador, dificulta e/ou impede o exercício da Ampla Defesa e do Contraditório, com potencial violação ao devido processo legal” (Rosa, Quintierre, 2024).

ocultos baseados na *cyber-surveillance* possibilitam o controle sobre todos os passos de uma pessoa e a obtenção de toda sorte de provas contrárias aos seus interesses, é preciso que haja, no catálogo de direitos fundamentais, uma contramedida capaz de possibilitar à pessoa o exercício da autoproteção.

Nos capítulos a seguir, pretende-se demonstrar que tal contramedida já existe e está consagrada como princípio previsto pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CR/1988): a não autoincriminação.

Para que essa compreensão seja desenvolvida, o próximo capítulo cuidará de analisar a não autoincriminação desde seus contextos de consolidação no Direito anglo-saxão até sua vigência no Direito brasileiro. A importância desse estudo está no fato de que a não autoincriminação está incutida em práticas inversas à orientação constitucional e precisa ser (re)lida e aperfeiçoada de modo a assegurar, às pessoas envolvidas em fatos penais, não somente o direito de ficarem em silêncio quando suas palavras puderem ser prejudiciais, mas também de não produzir evidências eletrônicas a serem utilizadas em seu desfavor.

4 A NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO: PASSADO E PRESENTE DE UM DIREITO FUNDAMENTAL EM RISCO

Tudo o que já foi, é o começo do que vai vir, toda a hora a gente está num cômputo. Eu penso é assim, na paridade.

João Guimarães Rosa em Grande Sertão: Veredas (1988, p. 273).

Neste quarto capítulo, a tese pretende evidenciar a necessidade de se promover uma (re)leitura do direito fundamental à não autoincriminação. O assunto é inédito na literatura jurídica nacional e foge à tendência que tem sido adotada pelo Direito Processual Penal brasileiro nos últimos anos, sempre no sentido de restringir a sua extensão.

Para os objetivos do presente trabalho doutoral, a não autoincriminação será analisada de forma diversa em relação à estrutura adotada pelos estudos até então publicados no Brasil.

Em síntese, as obras jurídicas dedicadas, especificamente, ao tema – Queijo (2003, 2012), Haddad (2005), Albuquerque (2008), Trois Neto (2011), Marteleto Filho (2012), Afonso (2017), Mello (2019), Ceccato Júnior (2019), Cuellar (2021) e Assis (2022) – cuidam de (a) descrever o surgimento da não autoincriminação; (b) definir sua classificação teórica – se princípio, garantia ou direito fundamental – no contexto pátrio; (c) avaliar seus aspectos relacionados ao silêncio, à mentira e às intervenções corporais – como a extração de ácido desoxirribonucleico (DNA) ou o uso do bafômetro; e (d) consignar a importância de limites para a não autoincriminação que assegurem a prevalência do direito coletivo de ter o Estado atuando na repressão e punição de condutas delituosas.

Propõe-se, aqui, uma nova e crítica perspectiva para a não autoincriminação, sem, contudo, a intenção de diminuir a importância das obras até então produzidas sobre o assunto. Para tanto, nos primeiro e segundo itens, o capítulo recorrerá à historiografia, desenvolvida no marco de Reinhart Koselleck (2006), com o objetivo de compreender os contextos de consolidação da não autoincriminação no Direito anglo-saxão e, igualmente, no Brasil, aproximando a história desse conceito às suas expressões fundamentais de conteúdo social e político.

A adoção do referido marco historiográfico teve como inspiração os trabalhos de Marcelo Cattoni de Oliveira (2020) e Flávio Pedron (2019) e se adequa à proposta desta tese doutoral, na medida em que parte da perspectiva de que o presente não apenas reconstrói o

passado (campo da experiência), mas o ressignifica – assim como o faz com o futuro (horizonte de expectativas).

Para o problema aqui investigado – a adequação da não autoincriminação à realidade moderna do Direito Processual Penal –, as categorias “experiência” e “expectativa”, que na obra de Koselleck (2006, p. 308) entrelaçam passado e futuro, se mostram relevantes porquanto sustentam a ideia de que as temporalidades (passado, presente e futuro) podem se modificar, se expandir ou se restringir a depender da época e da sociedade. No caso da não autoincriminação, a partir do referencial koseckelliano, o enfoque estará em demonstrar como, tanto no Direito anglo-saxão, como no Direito brasileiro, a cada etapa de sua consolidação como direito fundamental, lhe foram impostos diversos obstáculos que restringem seu âmbito de incidência.

Especificamente em relação ao contexto nacional, será promovida uma análise sobre o conceito até então proposto pela literatura jurídica especializada no tema, para quem a não autoincriminação deve funcionar como proteção da pessoa imputada ou envolvida no fato penal diante do Estado, mas pode ser limitada de acordo com a ideia de “proporcionalidade”. Objetiva-se, nesse aspecto, consignar como esta ideia, apesar de comum em decisões judiciais coloca em risco a não autoincriminação e encontra obstáculos insuperáveis nos direitos e garantias fundamentais.

4.1 Contextos da não autoincriminação: das práticas canônicas à consagração de um privilégio

Em retrospecto, é possível remontar aos contextos de consolidação daquilo que se reconhece, hoje, como não autoincriminação, a um passado distante e de grande influência religiosa. Autor da clássica obra “Origins of the Fifth Amendment”, Leonard Levy (1968, p. 21) atribui a São João Crisóstomo (347-407 d.C.) uma de suas primeiras manifestações expressas quando, em seus comentários à Carta de São Paulo aos Hebreus, teria dito que ninguém pode ser compelido a trair-se a si mesmo – *nemo tenetur prodere seipsum* –, devendo a confissão dos pecados ser dirigida apenas a Deus.

Ao longo do tempo, porém, a não autoincriminação passou a ser dotada de novos significados pelos ordenamentos jurídicos anglo-saxões. Da mesma forma, foi exercida diversamente, com destaque especial ao silêncio e ao compromisso com a verdade⁸².

⁸² Para os fins deste trabalho, o termo “compromisso com a verdade” será empregado como o equivalente da língua portuguesa ao vocábulo inglês “oath” que, em tradução literal, poderia ser descrito como “juramento”. A expressão “compromisso com a verdade” parece ser a opção mais adequada aos leitores e leitoras brasileiros, considerando a redação do Código de Processo Penal.

Há grande controvérsia sobre o momento a partir do qual a não autoincriminação passou a ser percebida como um “direito supremo” das pessoas imputadas. De acordo com Leonard Levy (1968, p. 325), o marco histórico dataria do início do século XVI; enquanto, para John Wigmore (1891-1892, p. 86), a não autoincriminação teria sido amplamente aceita pelas Cortes no final do século XVII.

As pesquisas mais atuais sobre o tema, porém, indicam que Levy e Wigmore se equivocaram ao descrever a não autoincriminação como uma prática acolhida pelo Direito antes do fim no século XVIII e início do século XIX. Para Richard Helmholz *et al.* (1997), a não autoincriminação é um privilégio muito mais recente do que as obras sobre o tema costumam afirmar e encontrou, em sua trajetória de amadurecimento jurídico e normativo, dois grandes obstáculos: o primeiro, o fetichismo no compromisso com a verdade; o segundo, a ineficiência da atividade defensiva diante da vedação à defesa técnica.

A seguir, ambos os desafios enfrentados pela não autoincriminação serão expostos em uma perspectiva histórica, a fim de se compreender o porquê de tanta resistência ao privilégio. Mais que isso, o contexto antecedente – quando analisado de maneira jurídica, social e política – tem muito a revelar sobre as tendências da não autoincriminação.

4.1.1 O compromisso com a verdade como obstáculo à não autoincriminação

Atribuir a consolidação da não autoincriminação ao período do *ius commune* medieval seria, de acordo com Richard Helmholz (1997), uma contradição em termos. Como um fenômeno de abrangência global, o *ius commune* interagiu com as mais diversas ordens jurídicas do continente europeu, instalando entre todas um ambiente de unidade que ultrapassava fronteiras físicas.

Explica Guilherme Massáu (2006, p. 96) que o *ius commune* – uma combinação entre o Direito Romano e o Direito Canônico – tornou-se predominante porquanto implementado para legitimar o Império Cristão em um cenário teológico-político. Pode-se dizer, segundo Massáu (2006, p. 101), que “a política se utilizou do Direito para estruturar sua concepção de *Sacrum Imperium* e difundir a unidade, pelo menos jurídica, pelo território europeu”, em íntima relação com o “poder temporal-secular e [o] poder espiritual-sacro, devido, em seu tempo, à legitimação e validação do temporal pelo espiritual e do espiritual pelo temporal, num sentido de fé-ética religiosa”.

De fato, acertaram Levy e Wigmore ao dizerem que a máxima *nemo tenetur prodere se ipsum* remonta ao *ius commune*. Está, inclusive, prevista em um dos principais manuais

jurídicos do Medievo, o “*Speculum iudiciale*” compilado por William Durantis em 1296⁸³. Aponta Helmholz (1997, p. 18), contudo, que a não autoincriminação somente foi reconhecida na prática do Direito anglo-saxão como resultado de uma explícita rejeição às leis da Igreja, séculos depois⁸⁴.

Segundo Helmholz (1997, p. 20), mesmo que, durante o período medieval, os textos canônicos condenassem a imposição *ex officio* do compromisso com a verdade (*de veritate dicenda*), a atividade das Cortes era desempenhada em sentido contrário: além de o compromisso *ex officio* ser adotado para garantir a punição de uma variedade de infratores da lei da Igreja, os réus mais imediatamente atingidos pelo procedimento foram os dissidentes – puritanos e católicos – que se opunham à forma de religião estabelecida pela Rainha Elizabeth I (Helmholz, 1990, p. 965).

As objeções ao compromisso com a verdade, então, eram basicamente defendidas por esses dois grupos opostos: puritanos, que almejavam uma reforma religiosa mais completa e que se livrasse das “impurezas do papado”; e católicos, que buscavam o retorno aos ritos e crenças da Igreja Católica. Tais impugnações tornaram-se mais fortes e urgentes, conforme nota Helmholz (1990, p. 965), quando os dissidentes passaram a ser julgados pelo Tribunal de Alta Comissão (Court of High Commission), criado pelos monarcas da Dinastia Tudor para processar e julgar infrações religiosas graves.

Quando sujeitos ao Tribunal de Alta Comissão, católicos e puritanos eram interrogados com o compromisso *ex officio*, ou seja, exigido “pelo mero ofício” dos comissários que compunham a Corte, e não como resultado de uma acusação formal. Tal prática, segundo Ethan Shagan (2004, p. 544), era dotada de pleno estilo inquisitorial, cujas características são descritas por Franco Cordero:

⁸³ Sobre Durantis e seu *Speculum*, escreve Beatrice Pasciuta (2016, p. 37, grifos da autora, tradução nossa): “Guillaume Durand (Durant, Durantis) - também chamado de *Especulador* ou *O Ancião*, para distingui-lo de um sobrinho homônimo - nasceu em Puymisson, uma pequena cidade na diocese de Béziers (no sul da França), entre 1230 e 1232. [...] Estudou na França e na Itália. Em Bolonha, completou seus estudos jurídicos com Bernardo de Parma e obteve o título de *doctor decretorum*. [...] O *Speculum iudiciale* foi compilado entre 1271 e 1276, quando sua versão inicial foi concluída. Por toda a sua vida, Durantis continuou expandindo essa primeira versão com seguidos acréscimos. [...] O *Speculum* tornou-se o manual padrão do procedimento canônico romano durante o final da Idade Média; uma ferramenta essencial para qualquer pessoa que abordasse as questões processuais de uma ação judicial”. (No original: “*Guillaume Durand (Durant, Durantis) - also called Speculator or The Elder, to distinguish him from a homonymous nephew – was born in Puymisson, a small town in the diocese of Béziers (in the South of France), between 1230 e 1232. [...] He studied in France and in Italy. In Bologna he completed his legal studies under Bernard of Parma and obtained the title of doctor decretorum. [...] The Speculum iudiciale was compiled between 1271 and 1276, when its initial version was completed. During his whole life, Durantis kept expanding this first version with continuous additions. [...] The Speculum became the standard manual of Roman-canonical procedure during the later Middle Ages; an essential tool for anyone addressing the procedural issues of a lawsuit*”).

⁸⁴ Sobre a influência da Igreja nas jurisdições inglesas, veja-se Pimenta (2019, p. 83-90).

De espectador impassível que costumava ser, o juiz se torna o protagonista do sistema, excluindo heresias ou descobrindo crimes. As técnicas mudam: não há debate em contraditório; tudo é conduzido em segredo; no centro está, passivamente, a pessoa investigada; culpada ou não, ela sabe de algo e é obrigada a dizê-lo. (Cordero, 2000, p. 19, tradução nossa).⁸⁵

O que se percebe é que, mesmo quando os textos canônicos rechaçavam, expressamente, o compromisso com a verdade, a prática eclesiástica fomentava a autoincriminação. A partir disso, derivavam argumentos favoráveis e contrários ao dito comprometimento.

O primeiro argumento contrário apresentado nas cortes eclesiásticas da Inglaterra foi no sentido de invalidar a relação entre o processo e a necessidade do compromisso com a verdade diante da falta de acusação. Caracterizava uma das máximas do *ius commune* o brocado *nemo punitur sine accusatore*, segundo o qual um processo criminal jamais poderia ser iniciado pela Corte, ou seja, sem que houvesse uma acusação formal, realizada por quem detivesse legítimo interesse na condenação em desfavor da pessoa processada.

Explica Helmholz (1997, p. 21) que a base do *nemo punitur sine accusatore* se amparava em três aspectos. Inicialmente, um processo criminal iniciado sem acusação formal contrariava as leis divinas. O precedente bíblico que amparava a máxima *nemo punitur sine accusatore* é descrito no oitavo capítulo do Evangelho de João no Novo Testamento, que relata o encontro de Jesus com uma mulher flagrada em adultério. Os fariseus a levaram na frente do templo, lotado por uma multidão de fiéis, e questionaram: “Mestre, esta mulher foi pega no ato de adultério. A lei de Moisés ordena que ela seja apedrejada. O que o senhor diz?”. Jesus, então, respondeu: “Aquele de vocês que nunca pecou atire a primeira pedra”. O templo se esvaziou, até que nele restaram, apenas, Jesus e a mulher adúltera. O Senhor se dirigiu a ela, questionando: “Onde estão seus acusadores? Nenhum deles a condenou?”. Diante da resposta negativa, Jesus disse: “Eu também não a condeno. Vá e não peque mais” (Bíblia, 2014b, p. 1.305).

Em segundo lugar, a existência de um processo penal sem acusação consistiria em uma inversão da correta ordem da justiça, que, por definição, atribuía ao juiz o papel de terceiro imparcial e distante, interposto entre as pessoas que acusavam e eram acusadas. Assim, na carência de uma figura acusadora, a objetividade do juiz seria inevitavelmente comprometida.

Como terceiro aspecto, o *nemo punitur sine accusatore* teria amparo na própria norma positivada pela Igreja Católica em textos canônicos, com destaque para as Decretais de Gregório IX (1234). Segundo Helmholz (1997, p. 22), as Decretais previam que, para serem eleitos a cargos canônicos, os homens eram submetidos a inquéritos que investigavam sua

⁸⁵ No original: “De espectador impassible que era, el juez se convierte en protagonista del sistema, excluidas las herejías o descubiertos los delitos. Cambian las técnicas: no hay debate contradictorio; todo se lleva a cabo secretamente; en el centro está, pasivo, el investigado; culpable o no, sabe algo y está obligado a decirlo”.

aptidão para a tarefa. Entre outros fatores, o inquérito averiguava se o candidato já tinha praticado algum ilícito, dispensando para tal finalidade a existência de acusação formal. Então, em uma leitura *a contrario sensu*, seria possível determinar que, como única exceção à necessidade da acusação formal, apresentavam-se os inquéritos destinados à eleição dos cargos canônicos, de modo que, para qualquer outro julgamento, a acusação seria imprescindível.

Acontece que, conforme salienta Helmholz (1997, p. 23), havia outras exceções previstas pelas próprias normas canônicas para o julgamento *ex officio*. A mais célebre delas seria a *fama publica*, que permitia ao juiz a condução – por própria iniciativa – de processos nos quais circulava, publicamente, a informação de que a pessoa teria praticado algum delito de difícil comprovação e que colocava em risco a ordem pública. Também existiria, nesse sentido, precedente bíblico: em Gênesis, Caim foi punido por Deus após ter sido por ele acusado de matar seu irmão Abel (Bíblia, 2014a, p. 26). Na mesma figura divina, portanto, somavam-se as funções de acusar e julgar.

Para os críticos da *fama publica*, além do risco de tratar-se de uma falácia, seria difícil estabelecer, caso a caso, quando os rumores seriam suficientes para caracterizá-la e, com isso, possibilitar um julgamento *ex officio*. Na verdade, como notou Helmholz (1997, p. 24), escandalosas a nível público seriam, de fato, as atitudes das Cortes que se dispunham a julgar homens e mulheres ilegalmente, apenas por ser esse o “costume” da época.

Outra crítica que se direcionava ao compromisso com a verdade estava representada pela expressão em latim *nemo tenetur detegere turpitudinem suam* – ou, “ninguém é obrigado a revelar a própria vergonha”. Em seu conteúdo religioso, a máxima ameaçava os próprios interesses da Igreja e colocava em risco a base do sistema de poder controle social; afinal, se verdade sobre uma pessoa pudesse ser conhecida, todos – inclusive os clérigos – correriam o risco de serem julgados. Ainda, prejudicava a distinção entre aquilo que deveria ser objeto de confissão religiosa e o que estaria submetido ao escrutínio público.

De fato, ao exigir o compromisso com a verdade ou *de veritate dicenda*, os processos criminais acabavam por arrastar às Cortes questões que – ao menos na ótica daquilo que se conhece, modernamente, como privacidade – deveriam permanecer no âmbito íntimo da pessoa imputada. Igualmente, com a ameaça de exposição pública das suas questões mais íntimas, a pessoa se via induzida à prática de uma nova conduta delituosa: o perjúrio. Essa escolha forçada entre a autoincriminação e prática de um delito, cuja competência para processamento seria do tribunal eclesiástico, é chamada por Helmholz de “dilema cruel”.

A obrigatoriedade do compromisso com a verdade também foi objeto de oposição no Iluminismo. Espectador das práticas do *ius commune*, o filósofo inglês Thomas Hobbes foi o

primeiro que, no movimento das luzes, afirmou a invalidade do que chamou de “pacto para acusar-se a si” na obra “Do Cidadão”, de 1642. Para Hobbes, a autoincriminação seria contrária à natureza humana, uma vez que consistiria na contribuição do sujeito para tornar amarga sua própria vida. Por isso, escreveu ele, “um pai não está obrigado a depor contra o filho, nem um marido contra a mulher, nem homem algum contra quem lhe proporciona sustento; pois é vão todo aquele testemunho que se supõe ser contra a natureza” (Hobbes, 2002, p. 50).

Poucos anos depois – em 1651 – Hobbes desenvolveu no célebre “O Leviatã” suas ideias sobre a natureza do homem e da sociedade. O filósofo, também na perspectiva do contrato social, compreende que o homem celebra – a todo momento – certos pactos com a sociedade, mas pondera que determinados pactos podem ser nulos; seria o caso, por exemplo, do pacto em que o homem se compromete a não se defender da força pela força porque “ninguém pode transferir ou renunciar ao seu direito de evitar a morte, os ferimentos ou o cárcere [...], e portanto a promessa de não resistir à força não transfere nenhum direito em pacto algum, nem é obrigatório” (Hobbes, 2003, p. 121). Não seria, para Hobbes, natural que o homem escolhesse, em qualquer hipótese, o mal maior – morte certa e imediata – sobre o mal menor – perigo de morte pela resistência.

A rejeição de Hobbes à autoincriminação segue a noção de escolha natural do homem pelo menor sofrimento, ainda que o menor sofrimento implique romper com o contrato social a partir da violação de um pacto. Nesse sentido, ainda que uma pessoa fosse justificadamente ordenada a, por exemplo, se ferir ou se matar, teria a liberdade de desobedecer; da mesma forma, caso alguém fosse interrogado sobre um crime que cometeu, não seria obrigado a confessá-lo, porque “ninguém pode ser obrigado por pacto a acusar-se a si próprio” (Hobbes, 2003, p. 186).

A partir desses apontamentos, é possível perceber que, mesmo para os seus defensores, a não autoincriminação não era vista, durante o *ius commune*, como uma garantia processual que jamais deveria ser abreviada ou limitada. Tratava-se, pois, de uma proteção contra a excessiva intrusão dos oficiais da lei na liberdade pessoal; nas palavras de Helmholtz (1997, p. 29, tradução nossa)⁸⁶: “Era uma maneira de impor um princípio de prudência (*De occultis non iudicat ecclesia*) em vez do reconhecimento da existência de um direito subjetivo”.

Mas, afinal, quando foi que a não autoincriminação deixou de ser letra morta e passou a integrar a realidade dos julgamentos criminais? Para Helmholtz *et al.* (1997), a resposta está

⁸⁶ No original: “It was one way of enforcing a principle of prudence (*De occultis non iudicat ecclesia*) rather than the recognition of the existence of a subjective right”.

diretamente vinculada ao reconhecimento de outro direito da pessoa imputada: o de ser defendida, tecnicamente, por advogado ou advogada.

4.1.2 O direito à defesa técnica e a garantia à não autoincriminação

Ao dispor sobre aqueles que considera como “verdadeiros” contextos de consolidação da não autoincriminação, John Langbein (1997, p. 82) pontua que suas raízes estão no surgimento do processo penal adversarial, no fim do século XVIII, com a atuação técnica dos defensores. A partir de meados do século XVI – quando as fontes históricas permitiram vislumbrar, pela primeira vez, a condução de julgamentos criminais modernos – até o final do século XVIII, a salvaguarda fundamental não era o direito de permanecer em silêncio, mas sim a oportunidade de falar.

À época, a essência do julgamento criminal estava na ideia de que a pessoa imputada poderia responder, literal e diretamente, às imputações que lhe eram direcionadas. A assessoria jurídica profissional foi vedada até 1696, quando passou a ser permitida em casos de traição; para os demais crimes, a proibição se estendeu até 1730. Apenas em 1780, porém, é que a defesa técnica se popularizou, convertendo-se em regra no processo penal. Somente ali, de acordo com Langbein (1997, p. 83), é que o julgamento se tornou um espaço para que a defesa pudesse contestar a acusação.

É por isso que, para Langbein (1997, p. 83), seria possível dividir o julgamento criminal no *ius commune* em dois momentos: um primeiro, fundamentado na fala da pessoa imputada; e um segundo, baseado na possibilidade de a defesa técnica contrapor as hipóteses acusatórias. Enquanto a primeira visão acerca do objetivo do julgamento prevalecia, a recusa da pessoa imputada em responder às provas incriminatórias seria uma estratégia suicida. Sem a defesa técnica, o testemunho e as funções defensivas foram concentrados na pessoa imputada, e eventual recusa em fala, seria o equivalente à aniquilação de toda a chance absolutória.

As justificativas para a vedação à defesa técnica, segundo Langbein (1997, p. 84), se concentravam em três principais argumentos. O primeiro deles diz respeito ao dogma de que a Corte atuaria na defesa dos direitos da pessoa imputada. No dia a dia, porém, o comportamento dos julgadores era pouco fiel aos interesses de quem se sentava no banco dos réus – não raro, os juízes convenciam as pessoas a confessarem os crimes que lhes eram imputados; em outros casos, se dirigiam aos jurados para impor-lhes a proclamação de vereditos condenatórios.

Ironicamente, reflete Langbein (1997, p. 85, tradução nossa)⁸⁷: “A maioria de nós espera que o advogado possa fazer algo melhor em nossa defesa”.

Em segundo lugar, destacava-se o argumento no sentido de que a pessoa imputada, como fonte de provas capazes de contribuir com a elucidação do crime, não teria nada a temer caso fosse, verdadeiramente, inocente. A posição de réus e rés, portanto, passava a ser a de testemunha da própria vida, circunstância que faz lembrar uma passagem literária de Jorge Luis Borges (2008, p. 68): “deixar de ser ator para ser uma testemunha, para ser alguém que o olha e narra e que já não é mais quem executou”.

Em regra, conforme descreve John Beattie (1986, p. 350), a condução dos julgamentos por parte das pessoas imputadas era desastrosa. Aqueles que não estavam acostumados, por exemplo, a falar em público, se viam – de uma hora para outra e, geralmente, sujos, desnutridos e doentes em razão do encarceramento – forçados a se defenderem perante uma plateia desconhecida, em um ambiente hostil e opressor. Diante disso, eram poucos os que conseguiam, efetivamente, inquirir testemunhas, produzir provas e questionar seus acusadores.

Por fim, dirigia-se à defesa técnica uma crítica quando aos limites de sua atuação. Mesmo na metade do século XVIII, quando a proibição passou a ser relativizada, o papel dos advogados perante a Corte continuava minimizado, a fim de manter a obrigatoriedade da participação por parte da pessoa imputada. Até 1836, segundo Langbein (1997, p. 87), aos defensores era permitida apenas a inquirição de testemunhas, sem qualquer interação direta ou fala endereçada aos jurados.

Em excerto de julgamento ocorrido no ano de 1777, na Corte inglesa de Old Bailey, Stephan Landsman (1990, p. 534, tradução nossa)⁸⁸ descreve o discurso de um juiz para o acusado acerca do papel restrito de seu defensor: “Seus advogados não têm liberdade para declarar qualquer questão de fato; eles têm permissão para interrogar suas testemunhas; e estão aqui para falar sobre qualquer questão de direito que possa surgir; mas se sua defesa se basear em uma questão de fato, você mesmo deve declará-la para mim e para o júri”.

Exatamente por isso, Langbein (1997, p. 88) afirma que é contraditório dizer (como o fazem Levy ou Wigmore) que havia o direito de permanecer em silêncio no século XVIII, quando os Tribunais do século XVIII estavam rotineiramente explicando, mesmo aos réus que eram representados por um advogado, a obrigação de falarem por si.

⁸⁷ No original: “*Most of us hope that our defense counsel could do somewhat better by us*”.

⁸⁸ No original: “*Your counsel are not at liberty to state any matter of fact; they are permitted to examine your witnesses; and they are here to speak to any matters of law that may arise; but if your defense arises out of a matter of fact, you must yourself state it to me and the jury*”.

A pressão contra a pessoa imputada, ainda, ia além da negativa ou restrição da defesa técnica: havia, igualmente, o impedimento em relação às testemunhas de defesa. Ao longo do século XVII, réus e réas não tinham o direito de indicar testemunhas e requerer as devidas intimações. Quando as testemunhas se apresentavam espontaneamente perante o Tribunal, eram proibidas de prestar compromisso com a verdade, circunstância que demonstrava a assimetria pela qual eram dispostas as provas da defesa e da acusação (Langbein, 1997, p. 89).

Mas os obstáculos não paravam por aí. Langbein (1997, p. 90) relembra que, à época, as prisões preventivas eram regra, de modo que as pessoas aguardavam seus julgamentos encarceradas, em condições precárias e sem qualquer interação com o mundo externo, fator que dificultava todo tipo de atuação defensiva, inclusive a busca por provas exculpatórias. Até o século XVIII, a lei do *ius commune* proibia, ademais, que a pessoa imputada conhecesse o inteiro teor das acusações em seu desfavor ou tivesse acesso a elementos do processo.

Parece, portanto, difícil crer que um sistema tão engendrado pela tônica da obrigatoriedade em relação à participação das pessoas imputadas em seus próprios julgamentos poderia ter tido, simultaneamente, a intenção de estabelecer um privilégio defensivo como a não autoincriminação. Somente quando o processo penal anglo-saxão passou a ser regido por um sistema adversarial é que a pessoa imputada pôde gozar de direitos sobre sua defesa.

Relevante, aqui, pontuar que o sistema adversarial anglo-saxão não se confunde, em prática ou conceito, com o da justiça acusatória. O aviso é dado por Richard Vogler (2008), para quem consiste em uma falácia a premissa genealógica que considera uma espécie de processo evolutivo entre as práticas acusatórias e adversariais. O autor pontua que essa impropriedade, apesar de repetida pela maioria dos textos em matéria processual penal, carece absolutamente de bases históricas:

Embora os termos *acusatório* e *adversarial* sejam frequentemente considerados sinônimos, na realidade eles têm um significado diferente. A *adversariedade*, como forma de julgamento, não tem praticamente nada a ver com a antiga tradição acusatória, pois é um processo radicalmente novo, que se desenvolveu na Inglaterra no decorrer do século XVIII. Com o modelo *adversarial*, um processo criminal foi introduzido no início da Inglaterra industrial com base no respeito a um conjunto de garantias – enquadradas no direito ao *devido processo legal* – e no reconhecimento de certos direitos da pessoa acusada, como a presunção de inocência, o direito de permanecer em silêncio, o direito das partes de interrogar testemunhas etc. (Vogler, 2008, p. 181, grifos do autor, tradução nossa).⁸⁹

⁸⁹ No original: “A pesar de que los términos de *acusatorio* y *adversarial* con frecuencia son considerados como sinónimos, en realidad tienen un significado diferente. La *adversarialidad*, como forma de proceso, no tiene prácticamente nada que ver con la antigua tradición *acusatoria*, pues se trata de un proceso radicalmente nuevo, que se desarrolló en Inglaterra a lo largo del siglo XVIII. Con el modelo *adversarial* se introdujo en la temprana Inglaterra industrial un proceso penal basado en el respeto de un conjunto de garantías – enmarcadas

Sendo assim, a principal diferença pontuada por Vogler entre os modelos adversarial e acusatório está no fato de que este se fundamenta no reconhecimento de direitos a todos as pessoas, inclusive aquelas acusadas pela prática de crimes. Para isso, é preciso que os órgãos do Estado se vejam subordinados a certas restrições estruturais, relevantes para a defesa em casos penais, como a publicidade dos julgamentos e a imparcialidade dos julgadores. A primeira etapa de desenvolvimento da tradição adversarial é, justamente, representada pela transição entre um processo penal no qual a pessoa imputada era pressionada a se autodefender e um processo em que tinha o direito à não autoincriminação e à defesa técnica (Vogler, 2008, p. 183).

Na dinâmica adversarial, John Beattie (1986, p. 375) também destaca a relevância do advogado para uma nova visão sobre a distribuição de cargas para cada uma das partes no processo penal. Responsável por mudar o foco da defesa de forma fundamental, o defensor técnico lançava dúvidas sobre a validade do caso apresentado contra a pessoa imputada, de modo que o órgão acusatório se sentisse cada vez mais obrigado a provar suas afirmações. A articulação do que hoje se conhece como “ônus da prova” é outro mérito adversarial, formulado em conjunto com os parâmetros (ou *standards*) probatórios e as legislações que regulamentavam a produção probatória (*evidence law*).

Com isso, entre o final do século XVIII e XIX, as defesas criminais tornaram-se muito mais fortes, caminhando progressivamente em direção à igualdade de condições. É necessário, contudo, considerar que esse progresso implicou diversos custos e renúncias. Nesse contexto, Benjamin Barton e Stephanos Bibas (2017, *e-book*) apontam que, embora tenha se expandido, repetidamente, o direito das pessoas imputadas à defesa criminal, pouca atenção foi dedicada às suas formas de financiamento e implementação. Assim, à medida que o direito se viu ampliado, ficou também mais superficial.

Não se pode ignorar que a potencialização do direito à defesa técnica foi, igualmente, acompanhada pelo desenvolvimento de outros sujeitos do processo penal. As forças policiais cresceram, investigando crimes e entregando provas à acusação; os promotores passaram a ter competências cada vez mais amplas para atuar em temas que outrora estavam restritos à esfera privada. A quantidade de casos criminais levados a julgamento, então, passou a ser cada vez maior e, com isso, surgia um novo problema: como as pessoas imputadas fariam para custear seus defensores?

en el derecho al due process –, y en el reconocimiento de determinados derechos al imputado, tales como la presunción de inocencia, el derecho a guardar silencio, el derecho de las partes a interrogar a los testigos, etc.”.

Conforme escrevem Barton e Bibas (2017, *e-book*), nos Estados Unidos, alguns Estados nomeavam, por lei ou pela prática, advogados para atuarem em defesas que envolviam casos de pena de morte, muito embora não fossem remunerados por este trabalho. Os autores comentam que Nova Iorque começou a fazê-lo em 1810 e a Califórnia em 1872. Todavia, Massachusetts e Flórida, por exemplo, apenas nomearam advogados para a atuação em crimes capitais – de competência federal – na segunda metade do século XX.

Em relação aos processos de competência estadual, Barton e Bibas (2017, *e-book*) tratam sobre a demora no reconhecimento ao direito à defesa técnica por parte da Suprema Corte. No caso *Betts v. Brady* (United States, 1942), a Corte considerou que acusados hipossuficientes não teriam o direito fundamental à defesa técnica em todos os processos; apenas em casos especiais, nos quais haveria circunstâncias que tornariam o acusado incapaz de promover sua própria defesa, os Estados poderiam nomear um defensor para garantir o devido processo legal.

No exemplo concreto, Betts era um homem maduro, com inteligência dentro da média, certa experiência em processos criminais e que escolheu, por si, ser julgado diretamente por juízes – sem a realização de um júri –, o que fez com que o procedimento corresse de maneira mais informal e flexível, sem a assistência de defesa técnica.

Nas décadas seguintes, a Suprema Corte mostrou-se cada vez mais disposta a ampliar as causas consideradas como especiais ou suficientes para justificarem a nomeação de advogados. Em 1963 (EUA), o Tribunal revogou a decisão do caso *Betts v. Brady* ao julgar o caso *Gideon v. Wainwright* (United States, 1963a): o imputado era reincidente em crimes patrimoniais e estava envolvido com jogos de azar.

Em 1961, uma pessoa invadiu um salão de bilhar na Cidade do Panamá, na Flórida, e furtou moedas da máquina de cigarros e da *jukebox*, além de um pouco de cerveja e vinho. Gideon foi identificado por uma testemunha – esta, também com extensa ficha criminal – como o responsável pelos crimes, sendo logo em seguida preso com os bolsos cheios de moedas – as quais, mais tarde, declarou ter ganhado com apostas. O pedido de Gideon para ter nomeado um advogado em sua defesa foi negado; pouco tempo depois, foi proferida a sentença que o condenava.

A Suprema Corte reverteu, por unanimidade, a condenação de Gideon, anulando a decisão naquilo que se relacionava com o requisito de circunstâncias especiais para a nomeação de advogado de defesa. Em seu voto, o *Justice* Hugo Black destacou que o direito à defesa técnica nos processos criminais consistiria em garantia fundamental, motivo pelo qual deve ser assegurado pelos Estados como forma de resguardar o devido processo. Quando submetido a

novo julgamento, Gideon foi absolvido pelo júri graças à atuação de seu advogado, que conseguiu identificar uma mentira no depoimento da principal testemunha da acusação.

Ocorre que, a partir do momento em que promotores e advogados de defesa passaram a levar aos Tribunais uma grande quantidade de casos, foram estabelecidas novas regras sobre a matéria probatória e procedimentos para regular os julgamentos, tornando-os cada vez mais longos e complexos. Se, no século XVIII, a maioria dos julgamentos não durava mais que algumas horas, no século XIX, passaram a durar dias. Surge, nesse contexto, o desenvolvimento de métodos negociais – verdadeiros atalhos, muitas vezes condicionados à autoincriminação (Barton; Bibas, 2017, *e-book*).

É certo que todas as evoluções, em matéria de Direito Processual Penal, são acompanhadas por novos desafios. No particular aspecto da não autoincriminação, é fundamental relacionar sua efetiva aderência jurídica ao desenvolvimento e consolidação do direito à defesa técnica no Direito anglo-saxão, responsável por afastar da pessoa imputada a obrigação de prestar declarações perante seus julgadores, ainda que contrárias a seus interesses.

Sem embargo, a forma como a não autoincriminação foi recepcionada no ordenamento jurídico comum jamais fora linear. Desde o direito de não trair a si mesmo – descrito na literatura canônica do *ius commune* – até a garantia de não dizer ou fazer qualquer coisa em prejuízo próprio – descrita nos mais recentes instrumentos de direitos fundamentais –, foram múltiplas as faces de um mesmo privilégio, cuja compreensão individualizada tem muito a contribuir com as perspectivas futuras.

4.1.3 A não autoincriminação no Direito anglo-saxão: um privilégio em três atos

Além de desmistificar a não autoincriminação no Direito anglo-saxão pela ótica temporal – evidenciando que sua implementação somente se deu entre os séculos XVIII e XIX –, é essencial tratar sobre suas mudanças ao longo dos séculos. Para essa tarefa, Albert Alschuler (1997, p. 181) propõe que o privilégio *against self-incrimination* seja contemplado em cotejo com três fases do Direito Processual Penal anglo-saxão; afinal, os desafios enfrentados em cada uma dessas etapas contribuíram para a sua consolidação.

De acordo com Alschuler (1997, p. 185), seriam os marcos para a não autoincriminação a máxima do *nemo tenetur seipsum accusare*, a fórmula prevista na 5ª Emenda à Carta de Direitos dos Estados Unidos da América e os direitos garantidos na decisão da Suprema Corte no caso *Miranda v. Arizona*. Mesmo sendo frequentemente tratadas como equivalentes, essas três acepções têm significados e finalidades muito particulares.

Nos itens 4.1.1 e 4.1.2 desta tese doutoral, foi estabelecida uma conexão entre o *nemo tenetur seipsum accusare* e a não autoincriminação, restando evidenciado que o privilégio não fora desenvolvido como uma garantia processual e que nem sequer se viu incorporado pela prática das Cortes. Para Alschuler (1997, p. 185), exceções à não autoincriminação desenvolvidas na época – como a *fama publica* –, bem como a imposição de pena pela mentira (perjúrio), deixam claro que a intenção não era beneficiar ou favorecer a pessoa imputada, e sim prejudicar ou impedir sua defesa.

Em 1791, com a entrada em vigor da Carta de Direitos (*Bill of Rights*), a 5ª Emenda passou a declarar que: “Nenhuma pessoa [...] poderá ser compelida em qualquer caso criminal a testemunhar contra si mesma” (United States, 1791, tradução nossa⁹⁰). Explica Alschuler (1997, p. 190) que, ao contrário do privilégio limitado do *ius commune*, elaborado apenas para garantir uma base probatória adequada para o julgamento por meio da coerção – representada pelo compromisso com a verdade –, a garantia do Bill of Rights passava a oferecer às pessoas envolvidas em fatos penais um direito absoluto, que nenhuma demonstração probatória poderia superar.

Mesmo com a consagração do direito assegurado pela Carta de Direitos, a não autoincriminação ainda era limitada. Segundo Alschuler (1997, p. 192-193), a 5ª Emenda proibia a prática de interrogatórios em que a pessoa estaria submetida ao compromisso com a verdade e era obrigada a responder perguntas incriminadoras, além da tortura e de outras formas coercitivas de interrogatório, como as ameaças de punição ou promessas de leniência.

O arcabouço normativo, todavia, não protegia a pessoa de perguntas incriminatórias em interrogatórios, ainda que sem o compromisso com a verdade. Assim, quem se recusasse a responder qualquer pergunta formulada pela Corte, mesmo sem ter a obrigação de não mentir, estava sujeito a penas mais severas. O silêncio, portanto, ainda não era uma opção legal, ainda que réus e rés fossem representados por seus defensores (conforme item 4.1.2).

Comenta Alschuler (1997, p. 197) que, em debates parlamentares entre os anos 1820 e 1830, as propostas mais reformistas eram no sentido apenas de permitir uma atuação mais ampla do advogado de defesa, sem que isso implicasse a perda do protagonismo de quem era acusado. A expansão do privilégio *against self-incrimination* era vista com máxima cautela e alvo de diversas críticas, entre as quais destacavam-se as promovidas por Jeremy Bentham em 1827 na obra “The Rationale of Punishment”.

⁹⁰ No original: “No person shall [...] be compelled in any criminal case to be a witness against himself.”

Para o pai do panóptico (conforme item 3.1), a não autoincriminação tinha como efeito inevitável a exclusão da prova mais próxima da verdade, conhecida apenas por quem praticou o crime. De acordo com Bentham (1827, p. 350), o privilégio seria produto de muita emoção e pouca racionalidade, um sentimentalismo frágil (“old woman’s reasons”) de complacência que fora instaurado, de forma enganosa e corrupta, pelos advogados de defesa. Parecia, para o autor, pouco inteligente a opção por privilegiar um direito individual em detrimento do principal objetivo da justiça criminal.

Foi somente em 1848, com a promulgação do Justices Protection Act – segundo o qual réus e rés deveriam ser advertidos de que não precisavam responder às perguntas do Tribunal e, se o fizessem, as respostas poderiam pesar em seu desfavor – que o silêncio passou a ser uma tradição. Assim, em meados do século XIX, as pessoas imputadas não prestavam compromisso com a verdade, poderiam ficar em silêncio durante o interrogatório e eram representadas por advogados.

Novos desafios, entretanto, foram impostos à defesa. Somado à ausência do compromisso com a verdade, o silêncio por parte da pessoa imputada passou a representar dois problemas, com reflexo direto sobre os vereditos de culpa ou inocência: primeiro, que sem o compromisso com a verdade, os jurados interpretavam como desqualificadas todas as declarações prestadas por réus e rés. Como solução, os Estados (à exceção de Massachusetts) passaram a dispor, em suas legislações próprias, que toda pessoa imputada que escolhesse se submeter ao interrogatório deveria ser submetida ao compromisso com a verdade, sendo a violação do juramento punida pelo crime de perjúrio – considerada uma grave lesão ao bem jurídico relativo à “administração da justiça” (Gershman, 1981, p. 636).

O segundo obstáculo estava no fato de que o silêncio poderia ser compreendido pelos jurados como consentimento – ou confissão da culpa. Por muitos anos, o direito ao silêncio foi explorado contra a pessoa imputada, como se depusesse em seu desfavor. Foi necessária, nesse sentido, uma decisão da Suprema Corte dos EUA no caso *Griffin v. California* (United States, 1965) para que a interpretação do silêncio contrariamente aos interesses de quem não quisesse falar fosse reconhecida como violação à 5ª Emenda.

No ano seguinte, coube à Suprema Corte julgar o caso *Miranda v. Arizona* (United States, 1966). Ernesto Miranda, jovem esquizofrênico e reincidente em práticas delitivas na cidade de Phoenix, no Arizona, foi preso após forçar uma garota a entrar em seu carro, levá-la para uma área deserta e estuprá-la. Após ser reconhecido pela vítima, Miranda foi submetido a interrogatório policial e confessou a prática dos crimes.

Durante seu julgamento, Miranda não ofereceu provas para sua defesa e nem contestou as declarações prestadas anteriormente. Ao analisar o caso, o *Justice Earl Warren* enfatizou que o ato do interrogatório, conduzido em uma atmosfera policial ou judicial de incomunicabilidade, seria favorável às declarações autoincriminatórias.

Para Warren, mesmo considerando que os métodos de coação física estariam (ou deveriam estar) extintos naquele momento, seria impossível desconsiderar os métodos de coerção psicológica – estes, não apenas autorizados pela lei, mas encorajados pelos manuais das Academias de Polícia. Além disso, ainda que em um cenário de absoluta ausência de qualquer coerção, consignou o *Justice* que “o próprio fato de um interrogatório sob custódia cobra um alto preço da liberdade individual e se aproveita da fraqueza dos indivíduos” (United States, 1966, tradução nossa).⁹¹

Diante disso, restou decidido pela Corte que o direito de permanecer em silêncio (“right to remain silent”) e o fato de que as declarações prestadas pela pessoa poderiam e seriam utilizadas contra seus interesses (“anything you say can be used against you in a court of law”) deveria ser comunicado antes de qualquer interrogatório, inclusive na fase policial.

Na mesma ocasião, a Corte definiu a necessidade de que as pessoas, tão logo abordadas pelas autoridades policiais⁹², deveriam ser cientificadas do seu direito de constituir defesa técnica (“right to counsel”), bem como da garantia de receber assistência judicial independente da hipossuficiência financeira (“if you cannot afford an attorney, one will be appointed to you free of charge”).

Segundo Alschuler (1997, p. 200), nos anos seguintes à consagração dos *Miranda Warnings* (ou “Avisos de Miranda”), os estadunidenses foram encantados pela sedutora retórica de proteção integral dos direitos previstos na 5ª Emenda. O autor chega a mencionar que, durante o governo de Ronald Reagan, o Departamento de Justiça propôs abandonar a prática consolidada pelos “Avisos de Miranda” e sofreu, em contrapartida, duras críticas, inclusive por parte das agências de segurança pública.

Mas, chama atenção para o fato de que, os *Miranda Warnings* não passam de palavras que, quando desprovidas do verdadeiro significado de proteção aos direitos fundamentais, de nada valem. A preocupação de Alschuler parece se confirmar pelos dados apresentados por Cristiane Pouey e Reginaldo de Sá (2011, p. 161): “nos Estados Unidos, cerca de 80% dos

⁹¹ No original: “*The very fact of custodial interrogation exacts a heavy toll on individual liberty and trades on the weakness of individuals*”.

⁹² Utilizou-se da expressão “autoridades policiais” porquanto adotada pelo Código de Processo Penal brasileiro. A terminologia, porém, merece críticas, na medida em que “não disfarça, nem mesmo por artifícios de linguagem, que se trata de um *locus* de manifestação do poder” (Barros; Machado, 2021, p. 347).

suspeitos abrem mão dos direitos ao silêncio e a um advogado e, estima-se que, atualmente, o percentual de confissões de crimes durante o interrogatório chegue a 55%”.

Algumas das limitações dos “Avisos de Miranda” foram impostas pela própria Suprema Corte. Nesse sentido, John B. Taylor (2004) comenta alguns dos casos que resultaram em restrições ao direito que outrora fora garantido.

Em *Harris v. California* (United States, 1963b), o réu fora, inicialmente, interrogado por um policial infiltrado que não facultou seu direito à defesa técnica. Pelo descumprimento às regras definidas por Miranda, as primeiras declarações do acusado não poderiam ser utilizadas em seu desfavor durante o júri, mas assim o foram. Ocorre que, durante seu interrogatório, Harris incorreu em contradição e, diante disso, o órgão de acusação foi autorizado pelo Juízo a mencionar trechos do seu primeiro depoimento, sendo o júri instruído a considerá-las apenas para determinação da credibilidade de Harris, e não como prova de sua culpa.

Quando Harris recorreu de sua condenação, ao fundamento de que as declarações feitas sem os *Miranda Warnings* deveriam ter sido excluídas dos autos – e não mencionadas em seu desfavor – a Suprema Corte rejeitou suas alegações. O então Presidente do Supremo Tribunal, *Justice Warren Burger*, escreveu em seu voto que “a proteção fornecida por Miranda não pode ser transformada em uma licença para usar perjúrio como meio de defesa, livre do risco de confronto com declarações inconsistentes anteriores” (Taylor, 2004, p. 204, tradução nossa).⁹³

Já no caso *Oregon v. Hass* (United States, 1975), a Suprema Corte permitiu que as declarações de Hass, acusado do furto de uma bicicleta, fossem utilizadas em seu desfavor. Concretamente, apesar de ter sido, no momento da prisão, advertido pelos policiais com os “Avisos de Miranda” – entre eles o de constituir um advogado –, somente lhe foi permitido o contato telefônico com seu defensor quando na delegacia. Na hipótese, concluiu o Tribunal que as palavras ditas por Hass no caminho para a delegacia poderiam ser utilizadas para confrontá-lo com o interrogatório feito em juízo.

As disposições de *Miranda* também foram relativizadas no caso *New York v. Quarles* (United States, 1984). Na espécie, Quarles foi perseguido por um policial que estava à procura de um esturpador que portava arma de fogo. Tão logo foi detido em um supermercado, Quarles foi revistado pelo policial, que encontrou um coldre vazio em seu ombro. O policial, então, questionou Quarles sobre a localização da arma – tudo isso, sem promover os “Avisos de

⁹³ No original: “the shield provided by Miranda cannot be perverted into a license to use perjury by way of a defense, free from the risk of confrontation with prior inconsistent utterances”.

Miranda”, os quais somente foram lidos para o acusado em momento posterior ao encontro da arma.

Enquanto o Tribunal Estadual considerou ilícitas as provas relacionadas à apreensão da arma, porquanto obtidas pelo policial antes dos *Miranda Warnings*, a Suprema Corte decidiu por sua validade, ao argumento de que a proteção dos direitos de Quarles significaria, no caso concreto, uma ameaça à segurança pública.

Na Inglaterra, por outro lado, a não autoincriminação também se retraiu com o tempo – principalmente, a partir da promulgação do Criminal Justice and Public Order Act em 1994. Em seção dedicada aos efeitos do silêncio durante os julgamentos (§ 35), prevê a norma uma ampla possibilidade de interpretação desfavorável à pessoa imputada: “o tribunal ou o júri, ao determinar se o acusado é culpado do delito imputado, poderá tirar as conclusões que julgar adequadas do fato de o acusado não ter prestado depoimento ou de ter se recusado, sem justa causa, a responder a qualquer pergunta” (United Kingdom, 1994, tradução nossa).⁹⁴

Em outros itens, o Ato incentiva os suspeitos a cooperarem com as investigações policiais, a revelar suas estratégias de defesa na primeira oportunidade, e a submeterem-se ao interrogatório (Tedesco, 2001, p. 59).

Em 2016, a União Europeia editou a Diretiva 2016/343 “relativa ao reforço de certos aspetos da presunção de inocência e do direito de comparecer em julgamento em processo penal” (União Europeia, 2016). No artigo 7º, item 5, do referido instrumento, há previsão expressa no sentido de que o direito ao silêncio e à não autoincriminação “não deve[m] ser utilizado[s] contra [as pessoas], nem pode[m] ser considerado[s] elemento[s] de prova de que cometeram o ilícito penal em causa”⁹⁵.

Ao associar a presunção de inocência à não autoincriminação, a Diretiva parece reconhecer a necessidade de um processo penal de garantias, em detrimento de um sistema processual de controle social que busca punições mais rápidas e “eficientes”, descrita por Manuela Valença (2013, p. 131) como uma das características da globalização neoliberal que se reproduz em diversos países ocidentais, inclusive da Europa.

⁹⁴ No original: “*the court or jury, in determining whether the accused is guilty of the offence charged, may draw such inferences as appear proper from the failure of the accused to give evidence or his refusal, without good cause, to answer any question*”.

⁹⁵ Cumpre ressaltar que, em caso decidido pela Corte Europeia de Direitos Humanos em 1996, a utilização do silêncio contra pessoa acusada foi aceita como fundamento válido para a sua condenação. No caso *John Murray v. Reino Unido*, a Corte destacou que, à época, “não havia nenhuma norma internacional que proibisse a utilização de presunções de senso comum a partir do silêncio do acusado nas fases policial e processual” (El Rafih; Batich, 2021, p. 2015).

Prova disso é que, em monitoramento acerca da implementação da Diretiva, realizado em 2021 (União Europeia, 2021), a União Europeia concluiu que 14 Estados ainda não haviam incluído, em seu ordenamento jurídico, disposições que proibissem, explicitamente, tais inferências negativas. Vale lembrar que, desde 2020, a Inglaterra deixou de integrar a União Europeia.

A experiência anglo-saxã demonstra, ao mesmo tempo, a importância da não autoincriminação – os fundamentos para seu surgimento e as dificuldades para sua consolidação – e as limitações que lhe foram impostas em todas as ocasiões. Remonta-se, nesse sentido, ao marco de Koselleck (2006), para constatar que, no tema da não autoincriminação, passado e presente se entrelaçam em uma fragilidade cíclica: a cada novo passo da não autoincriminação rumo à proteção dos direitos fundamentais, novas dificuldades lhe foram impostas.

Além disso, para os fins deste trabalho, a análise histórica sobre a não autoincriminação, desde os conceitos por trás de sua consolidação até seus mais recentes desenvolvimentos no direito estrangeiro, é relevante para que se possa compreender e analisar, criticamente, sua recepção pelo ordenamento jurídico nacional.

4.2 A não autoincriminação no Brasil: desenvolvimento, conteúdo e riscos

O desenvolvimento da não autoincriminação no Direito Processual brasileiro é bem mais recente quando comparado aos países de tradição anglo-saxã. Talvez por isso, poucas obras jurídicas – entre as quais merece destaque a de Carlos Haddad (2005) – dedicaram-se a esmiuçar a sua trajetória na legislação pátria, afinal, a não autoincriminação somente recebeu *status* constitucional em 1988.

Para os fins da presente tese, o desenvolvimento da não autoincriminação, com enfoque no contexto brasileiro, é essencial. Primeiro, porque está estritamente conectado com as crises e evoluções do Estado⁹⁶ – desde o absolutismo até a democracia constitucional –; segundo, porquanto reveladora das diversas faces autoritárias do Processo Penal brasileiro que, até hoje, estão inseridas no ordenamento jurídico e, assim, sujeitas às críticas que decorrem da processualidade democrática.

⁹⁶ Aqui, a referência ao Estado está relacionada à dimensão do Estado de Direito, que surge “como o Estado que, nas suas relações com os indivíduos, submete-se a um regime de direito, quando, então, a atividade estatal apenas pode desenvolver-se utilizando um instrumental regulado e autorizado pela ordem jurídica, assim como, os indivíduos – cidadãos – têm a seu dispor mecanismos jurídicos aptos a salvaguardar-lhes de uma ação abusiva do Estado” (Streck; Bolzan de Moraes, 2014, *e-book*).

4.2.1 A não autoincriminação entre Colônia e República

Enquanto colônia, o Brasil esteve subordinado às legislações que vigoravam em Portugal. Entre os séculos XV e XIX, a matéria processual penal foi regulamentada pelas Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas – as três, influenciadas pelo Direito canônico e com características próprias da inquisição. Segundo Lana Gama Lima (1999, p. 18), desde o primeiro Regimento do Santo Ofício português, datado de 1552 e inspirado nas práticas da inquisição espanhola, a figura do inquisidor concentrava as atividades de julgar e – também – consolar as pessoas imputadas, incentivando-as a buscar pelo perdão por suas culpas.

Em relação às pessoas imputadas, orbitavam dois diferentes papéis: sujeito de direitos e objeto de prova. Em caráter subsidiário, as pessoas imputadas gozavam de direitos como o de constituir defensor, a ser indicado pelo Tribunal e a quem seria vedado o acesso integral ao processo e às informações básicas como o nome da suposta vítima e as circunstâncias em que o delito teria sido praticado. No âmbito principal, exerciam o papel de objetos de prova, sendo a mais cobiçada delas – a confissão – dotada da conotação sagrada. Assim, como única forma de salvação da alma, qualquer poderia ser o meio para sua obtenção, inclusive a tortura física e psíquica.

As raízes históricas da confissão são situadas por Victoria Sulocki (2012, p. 994) na instituição religiosa católica. Leciona a autora que, de início, a confissão era praticada de forma coletiva e pública, com o conseqüente sacramento da penitência; posteriormente, transformou-se em confissão auricular particular e compulsória, servindo como rigoroso método de controle social. A partir da introjeção da ideia de pecado, o discurso religioso possibilitou que as pessoas fossem controladas – severamente – por sua própria subjetividade, desincumbindo o Estado dessa preocupação que passa à esfera do sagrado.

Apenas em 1820 irrompeu em Portugal uma Revolução Liberal inspirada pelos ideais do Iluminismo que resultou na extinção do Tribunal do Santo Ofício no ano seguinte, 1821. Explica Boris Fausto⁹⁷ (2010, p. 71) que os revolucionários, considerando a monarquia absoluta um regime opressivo e ultrapassado, estabeleceram uma Junta Provisória para governar o país e convocaram as Cortes, com a finalidade de regulamentar todas as atividades da metrópole e suas colônias.

⁹⁷ São diversas as obras de cunho historiográfico que se dedicam à análise do Brasil. A opção pela referência à pesquisa de Boris Fausto não dispensou a leitura de outros trabalhos, como os de Gilberto Freyre (2013), Lilia Schwarcz e Heloísa Starling (2018) e Fernando Novais (2019).

No Brasil, as Cortes começaram a se reunir ainda em 1821, adotando uma série de medidas impopulares, como as tentativas de revogar acordos comerciais com a Inglaterra e a subordinação dos governos provinciais – concentrados no Rio de Janeiro – direto a Lisboa.

O descontentamento da colônia brasileira – com foco nos representantes da burguesia – fizeram com que, em 1822, o então príncipe regente do Brasil, Pedro I, declarasse a independência do país às margens do Rio Ipiranga. Apesar da independência, conforme salienta Fausto (2010, p. 74), restou mantida a forma monárquica de governo, bem como a predominância política portuguesa: de príncipe, Dom Pedro I passou a ser o imperador do Brasil.

Nos primeiros anos após a independência, o debate político foi travado em torno da aprovação de uma Constituição. Promulgada em 1824, a Constituição do Império apresentava uma característica que, de acordo com Fausto (2010, p. 80), reforçava os traços da monarquia portuguesa: fora imposta pelo imperador ao “povo”, e não o contrário. Outro aspecto ressaltado pelo historiador se relaciona a quem seria, na época, considerado parte do povo para fins de tutela constitucional: uma minoria de homens brancos e mestiços que votava e tinha direitos políticos.

Em matéria penal, a primeira norma editada a partir da nova Constituição foi o Código Criminal de 1830. Antes de sua promulgação, o Direito Penal e o Processo Penal brasileiros eram regidos pelas Ordenações Afonsinas (1446), Ordenações Manuelinas (1521) e Ordenações Filipinas (1603), documentos de tradição punitivista permeados pela crueldade e irracionalidade.

Já a partir de 1830, escreve Rogério Schietti Cruz (2022, p. 415) que o Código Criminal rompeu “com dogmas e tradições que perduravam há séculos”, “fornecendo um paradigma para outros diplomas penais, entre os quais o código da Rússia, o da Espanha e de vários países da América Latina”. O autor chama a atenção, porém, para o fato de que a tradição punitivista que vigorou no Brasil por séculos não foi plenamente extinta pelo Código Criminal de 1930, por mais avançado que fosse o referido diploma legal para os padrões da época:

Assim, muito embora tenhamos dado enorme passo em busca de um novo paradigma para o uso do aparato repressivo do Estado, este ainda se encontrava animado por práticas medievais e desumanas. Cite-se o exemplo, ainda, da tortura, que, a despeito de banida oficialmente do direito brasileiro com a nova ordem constitucional, jamais deixou de ser empregada pela Polícia como meio não apenas de obtenção de prova, mas também de punição sumárias (Cruz, 2022, p. 415).

Anos depois, em 1832, entrou em vigor o Código do Processo Criminal, com nítida inspiração liberal e iluminista⁹⁸. Válido registrar que o papel do Judiciário, no paradigma liberal, limitava a atividade hermenêutica a uma aplicação mecânica da lei. Conforme descreve Menelick de Carvalho Netto (2004, p. 34): “[os] textos deveriam ser claros e distintos, e a interpretação algo a ser evitado até mesmo pela consulta ao legislador na hipótese de dúvidas do juiz diante de textos obscuros e intrincados”, cabendo ao magistrado o mero papel de “boca da lei” ou de “dizer o direito”.

Por outro lado, a atribuição de manter a ordem pública recaía sobre a polícia. Segundo Manuela Valença (2017, p. 179), havia certa tensão entre os ideais liberais de garantia das liberdades individuais e a necessidade de manutenção da ordem pública, derivada da permanente necessidade de disciplinar o espaço urbano e que encontrava amparo no recém-criado conceito do “poder de polícia” (Valença, 2017, p. 187).

Em relação à confissão, a norma processual previa, no artigo 94, que somente seria considerada como prova do delito quando realizada livremente e em consonância com as circunstâncias do fato. Assim, para o juízo sentenciante, a análise da confissão estaria associada à voluntariedade e ao contexto fático, não cabendo qualquer interpretação para além da disposição legal – inclusive naquilo que se refere à não autoincriminação – diante da ausência de previsão sobre o assunto.

A primeira⁹⁹ referência expressa à não autoincriminação no ordenamento jurídico brasileiro, todavia, não foi contemplada na legislação processual penal. Conforme explica Haddad (2005, p. 116-117), ocorreu no Decreto nº 737/1850, que determinava a ordem do “Juízo no Processo Commercial”. Em seu artigo 208, § 1º, previa a norma que a parte seria obrigada a depor em juízo desde que o fizesse de forma clara, precisa, não contraditória, não criminosa, não difamatória, nem meramente negativa.

No âmbito político, a influência da monarquia portuguesa continuava a ser um empecilho para o desenvolvimento do Brasil, circunstância que levou à Proclamação da

⁹⁸ Sobre a relevância do Código de Processo Criminal promulgado em 1932, veja-se o que escrevem Gaya e Nogueira (2022, p. 27): “Antes do Código de Processo Criminal de 1832 não existia no Brasil estrutura jurídica codificada, mas apenas, uma simbiose de ordenações, decretos e resoluções com tradições absolutistas. O código analisado é um conjunto de medidas liberais descentralizadoras e fez mudar a história do Brasil demonstrando o modo de vida e pensamento da sociedade brasileira da época oitocentista. Esta codificação teve como foco a modernização do Estado-Nação trazendo à tona o liberalismo tão aclamado”.

⁹⁹ Comenta Haddad (2005, p. 117) que, no ano de 1922 – época em que os Estados passaram a ter suas próprias constituições e leis processuais -, o Código de Processo Civil de Minas Gerais também assegurou a não autoincriminação, determinando que a parte, apesar de obrigada a depor, poderia se eximir se os fatos fossem criminosos, difamatórios ou meramente negativos.

República em 1889¹⁰⁰. A primeira Constituição republicana, em vigor a partir de 1891, “inspirou-se no modelo norte-americano, consagrando a República federativa liberal” (Fausto, 2010, p. 141). Com traços humanistas, a Constituição de 1891 foi a primeira a incluir a previsão do *habeas corpus* como direito individual, nos termos do artigo 72, § 22: “Dar-se-á o *habeas corpus*, sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder”.

A partir de 1930, porém, ocorreram trocas da elite que estava no poder. Os oligarcas, que se baseavam na força dos Estados, deram espaço aos militares, técnicos diplomados e industriários, responsáveis pela centralização das atividades do Estado e pelo reconhecimento da importância dos direitos sociais (Fausto, 2010, p. 182). Com isso, no período da Segunda República, liderado por Getúlio Vargas, foram promulgadas duas Constituições: a primeira em 1934 e a segunda em 1937.

Ao escrever sobre a Constituição de 1934, Ronaldo Poletti (2012) salienta que sua edição se deu em um período de grandes transformações científicas, políticas e sociais¹⁰¹. No âmbito científico, comenta que o “século XX nascera em meio ao otimismo da técnica e da ciência. Colocados de lado os valores da Cultura e da Filosofia, não tardou que a Primeira Grande Guerra, e suas terríveis consequências, deitassem por terra as esperanças do cientificismo” (Poletti, 2012, p. 12). Em relação ao cenário político, o autor se refere às ruínas do Estado Liberal¹⁰² e da primazia dos direitos do indivíduo sobre os do Estado:

A Constituição de Weimar institucionalizara a social-democracia, procurando conciliar a liberdade individual com a necessidade de um Estado, cuja função não ficaria restrita à produção das normas jurídicas, mas estenderia a sua atuação de maneira que se transformasse num Estado não meramente de direito, mas também em um estado político e administrativo (Poletti, 2012, p. 12).

A conjuntura social também refletia sobre espírito constitucional. Se, em um modelo de Estado Absolutista, a liberdade parecia o precioso valor fundamental e humano a ser conquistado, no modelo de Estado Liberal a mesma liberdade – outrora almejada – era

¹⁰⁰ Cumpre ressaltar que, em adotando-se para os fins desta tese o marco teórico principal do modelo constitucional de processo, imprescindível uma reflexão sobre os textos constitucionais com o mesmo afincamento em relação aos diplomas processuais penais.

¹⁰¹ No mesmo sentido, Cristiano Paixão (2011, p. 149) define a Constituição de 1934 como “inovadora em vários aspectos [...] ao prever uma série de direitos na esfera econômica e social e, ao mesmo tempo, manter rol de direitos individuais, de natureza liberal [...]”. Ela representa, portanto, uma faceta da modernização da sociedade brasileira, após o fim da República Velha”.

¹⁰² Vale lembrar a noção central do Estado Liberal de Direito que, conforme Streck e Bolzan de Moraes (2014, *e-book*): “apresenta-se como uma limitação jurídico-legal negativa, ou seja, como garantia dos indivíduos-cidadãos frente à eventual atuação do Estado, impeditiva ou constrangedora de sua atuação cotidiana. Ou seja: a este cabia o estabelecimento de instrumentos jurídicos que assegurassem o livre desenvolvimento das pretensões individuais, ao lado das restrições impostas à sua atuação positiva”.

responsável pelas mazelas da sociedade e contribuía para o incremento das desigualdades naturais. Em referência direta a Henri Lacordaire, Poletti (2012, p. 12) transcreve: “Entre o rico e o pobre, o patrão e o operário, o forte e o fraco, é a liberdade que escraviza e é o Direito que liberta”.

A Constituição de 1934, então, inspirada pelos ideais do Estado Social¹⁰³, inovou na garantia de certos direitos que, dotados de grande relevância humana, seriam objeto de intervenção do Estado. Entre esses, destaca-se a criação das leis trabalhistas e o estabelecimento da própria Justiça do Trabalho.

Em pouco mais de três anos, Getúlio Vargas revogou a Constituição de 1934, dissolveu o Congresso Nacional e outorgou uma nova Carta Constitucional, inspirada pelo que Boris Fausto chama de espírito da modernização conservadora: “ou seja, o ponto de vista de que em um país desarticulado como o Brasil, cabia ao Estado organizar a nação para promover dentro da ordem o desenvolvimento econômico e o bem-estar geral” (Fausto, 2010, p. 195). Os movimentos autoritários e com matriz no bem-estar social que inspiraram Vargas surgiram no pós-Primeira Guerra Mundial, com especial relevo ao fascismo italiano e ao nazismo alemão (Fausto, 2010, p. 194).

A Constituição de 1937¹⁰⁴ – que em nada alterou a vigência do Código de Processo Criminal de 1832 – mesmo com o incipiente caráter autoritário, garantia aos indivíduos uma série de direitos fundamentais (artigo 122), como a igualdade perante a lei, a representação perante as autoridades e a livre manifestação de pensamento. Fazia, todavia, a ressalva de que os direitos individuais fundamentais estavam passíveis de limitação pelos interesses do bem público, pelas necessidades da defesa, pelo bem-estar, pela paz e pela ordem coletiva, bem como pelas exigências da segurança da Nação e do Estado em nome dela constituído (artigo 123).

De acordo com Leonardo Marinho Marques, o Estado do Bem-Estar Social promoveu uma repaginação dos direitos fundamentais. Deixando de lado as premissas de contenção do poder e tutela da liberdade – típicas do Estado Liberal –, “pass[ou] a permitir a intervenção estatal na esfera pública, sob a justificativa de que seria necessário atender demandas sociais

¹⁰³ De acordo com Streck e Bolzan de Moraes (2014, *e-book*), o Estado Social de Direito pressupõe “um Estado sujeito à lei legitimamente estabelecida com respeito ao texto e às práticas constitucionais, indiferentemente de seu caráter formal ou material, abstrato ou concreto, constitutivo ou ativo. Ou seja, de qualquer maneira, as leis não podem colidir com os preceitos sociais estabelecidos pela Constituição e reconhecidos pela praxis constitucional como normatização de princípios por e para os quais se constitui o Estado Social e que, portanto, fundamentam a sua legalidade”.

¹⁰⁴ Válida, aqui, a referência Gustavo Siqueira *et al* (2020, p. 551), para quem a Constituição de 1937, assim como a produção intelectual e jurídica do Estado Novo, parecem ser esquecidos (ou ignorados) pelos constitucionalistas brasileiros.

como a seguridade social, a saúde pública, o direito ao salário-mínimo o direito à livre organização sindical e a segurança pública” (Marques, 2021, p. 159).

Essa rivalidade instaurada entre poder e liberdade nas óticas do Estado Liberal e do Estado Social, segundo Marinho Marques (2021, p. 159), só fez por “restringir o horizonte de proteção dos direitos fundamentais”. Na particular disciplina do processo penal, ressalta o autor que tal hostilidade estimula a desconexão entre os dois elementos, que passam a acomodar-se em compartimentos estanques:

[C]oloca em lados opostos o interesse público e o interesse privado, desencadeando uma indesejada situação de conflito entre direitos fundamentais associados, *prima facie*, à esfera pública da sociedade política (segurança e os direitos penalmente tutelados, conhecidos como bens jurídicos) e direitos fundamentais identificados, por engano, com a esfera privada da sociedade civil - a liberdade e as garantias da pessoa imputada (Marques, 2021, p. 159).

A segmentação da incidência dos direitos humanos, para o Processo Penal, resulta em nítida vulnerabilidade. Conforme expõe Marinho Marques (2021, p. 160), a afirmação da prevalência de determinados direitos fundamentais em detrimento de outros – a depender da qualidade pública ou privada do agente envolvido – transmite a equivocada ideia de que a tutela da liberdade dificulta a reprovação do ilícito penal.

O autor compreende, então, que o Estado Liberal preteriu a segurança porque a “ênfase à liberdade na esfera privada da sociedade civil fez com que o bloco de garantias fosse concebido como um escudo de contenção do arbítrio proporcionado pela intervenção penal” (Marques, 2021, p.160). O Estado Social, por sua vez, inverteu a equação: considerando a segurança parte indispensável para o bem comum, que reclamava o sacrifício das pessoas imputadas, potencializou-se o poder da intervenção estatal em face da tutela da liberdade individual.

Foi a partir dessa mentalidade repressiva que se implementou, no Direito brasileiro, o Código de Processo Penal de 1941, vigente até os dias de hoje. À época Ministro da Justiça, Francisco Campos se inspirou na codificação italiana, cujo processo reformista durante o fascismo foi conduzido pelos irmãos Alfredo e Arturo Rocco e por Vincenzo Manzini (Gloeckner, 2018, p. 130).

Explicam Arno Dal Ri Júnior e Kristal Gouveia (2019, p. 229) que uma marcante característica das escolhas legislativas feitas durante o período autoritário “foi a centralização do poder ao Estado, com o deslocamento da proteção dos indivíduos, característico do liberalismo, à proteção deste, em tal nível que se atribui uma personalidade estatal própria a ser resguardada de forma prioritária à dos utentes”. Segundo os autores, a materialização de uma

personalidade estatal pelo fascismo teve como inspiração a ideia do Antigo Regime absolutista de *laesa maiestas* (ou lesa-majestade)¹⁰⁵, que personifica a estrutura centralizada da proteção jurídica na figura do Estado, cabendo a este a definição sobre quais as condutas que seriam puníveis e como seriam punidas – elementos que, por seu turno, representariam as escolhas feitas em detrimento da proteção individual.

No discurso de apresentação dos projetos fascistas de Código Penal e Código de Processo Penal, o então Ministro da Justiça italiano, Alfredo Rocco (1930), fez questão de demarcar sua oposição à filosofia contratualista e, como consequência, sua contrariedade à noção liberal de que o poder do Estado deriva dos indivíduos e suas vontades particulares. Sobre as concepções jurídicas do fascismo em matéria de Direito e Processo Penal, consignou Rocco:

Essas concepções ultraindividualistas do direito de punir, que constituem mais uma negação do que uma afirmação desse poder, considerado como uma concessão graciosa feita pelos indivíduos ao Estado, sempre mutável e revogável em si mesmo, e tendo como limite a barreira intransponível do direito natural do indivíduo à liberdade, pelo menos na parte que não foi renunciada, são tenaz e logicamente combatidas pela filosofia jurídica penal do fascismo. (Rocco, 1930, p. 4.447, tradução nossa).¹⁰⁶

Augusto Jobim do Amaral e Felipe Lazzari da Silveira (2021, p. 121) ainda apontam que ambos os juristas italianos fizeram parte do movimento pelo tecnicismo jurídico – Manzini, pela extensa obra já produzida sobre a matéria, ficou encarregado da reforma do sistema de justiça criminal.

Pontuam Jobim do Amaral e Silveira que, em seus trabalhos, Vincenzo Manzini sempre se entusiasmou com a ideia de que a defesa social deveria preponderar sobre a tutela dos direitos individuais, a ponto de ser considerado por Franco Cordero (1986, p. 99, tradução nossa)¹⁰⁷ como um “penalista de mão pesada, [...] nostálgico dos métodos inquisitoriais, um homem de ordem”.

As adjetivações por parte de Cordero têm razão de ser, mesmo porque, conforme repara Augusto Jobim (2013, p. 200), Manzini foi honesto em seus escritos, sem “encobrir as mais

¹⁰⁵ Ao trabalhar o Direito Penal liberal na obra de Montesquieu, Sheila Sales (2017, p. 63) comenta que o filósofo restringia ao máximo a noção de lesa-majestade, considerando ser suficiente sua definição vaga e imprecisa para que qualquer governo se tornasse despótico. Menciona, ainda, um exemplo em que Montesquieu considerou tirânica a aplicação do crime: “Um homem, de nome Marcyas sonhou que cortava o pescoço de Dionísio. Dionísio mandou matá-lo, sob a assertiva de que se não tivesse pensado neste fato durante o dia, não teria sonhado com ele à noite” (Sales, 2017, p. 64).

¹⁰⁶ No original: “*A tali concezioni ultra-individualiste del diritto di punire che costituiscono a sai più la negazione che l'affermazione del suddetto potere riguardato come una graziosa concessione fatta dagli individui allo Stato, per sé sempre muta bile e revocabile, e avente a proprio limite la barriera insuperabile del diritto naturale di libertà dell'individuo, almeno nella parte non rinunciata, si contrappone tenacemente e logicamente la filosofia giuridica penale del Fascismo*”.

¹⁰⁷ No original: “*penalista dalla mano pesante, [...] nostalgico dei metodi inquisitoriali, uomo d'ordine*”.

diversas maquiagens totalitárias sob os auspícios da benevolência”. Para o autor italiano, o Processo Penal teria natureza acessória e instrumental em relação ao Direito Penal material e seria dotado de conteúdo dúplice: um substancial, “da pretensão punitiva que constitui a razão de ser do processo”¹⁰⁸, e outro formal, “que servem ao dinamismo dos próprios procedimentos” (Manzini, 1950, p. 9, tradução nossa).¹⁰⁹

Em se tratando o processo de instrumento para proceder com a devida aplicação da lei penal, na visão de Manzini, interessante compreender seu entendimento acerca dos fundamentos da punição. Para o italiano, qualquer discussão filosófica sobre o tema seria completamente inútil ao Direito (Manzini, 1931, p. 72), sendo deveras direta a resposta à pergunta “por que punir?”: “se pune para defender a ordem jurídica” (Manzini, 1931, p. 85, tradução nossa).¹¹⁰ A prevalência da ordem pública sobre o indivíduo, portanto, é explícita.

As semelhanças entre o Código de Processo Penal brasileiro e o Codice Rocco se verificam pela predominância do princípio inquisitivo. Não à toa, definiu Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (2009, p. 109) que a norma brasileira não passa de “uma cópia” do diploma italiano, igualmente maculada pelos traços inquisitoriais:

No Brasil, tal modelo foi adotado quase que com a mesma conformação, isto é, aquela copiada do código italiano de 1930. [...] No fundo, não há diferença excepcional entre eles dado de tratar, sempre, de mecanismo inquisitorial (onde reside o problema): qualquer um que estiver naquele lugar – repita-se – tenderá a fazer o papel de inquisidor, exerça a função que exercer. Por sinal, o mister já esteve em mãos aos bispos e tudo deu no que deu, como se sabe. (Coutinho, 2009, p. 110-111).

Tem lugar, na literatura jurídica, significativa parcela de autores¹¹¹ que negam a influência da mentalidade inquisitória no Código de 1941, ao argumento de que teria a lei criado um procedimento misto, com contornos inquisitórios nas fases pré-processuais e elementos do modelo acusatório nas fases processuais. Pondera Marinho Marques (2021, v. 2, p. 396) que é imperioso, nesse sentido, rejeitar tal entendimento e denunciar o surgimento de um novo método de manifestação da inquisitorialidade, fruto do Código de Instrução Criminal francês de 1808.

Destaca Marinho Marques (2021, v. 2, p. 397) que o padrão inquisitório adotado pelo Código de Processo Penal inova ao resgatar o *actum trium personarum* concebido por Oskar

¹⁰⁸ No original: “*dalla pretesa punitiva che costituisce la ragione d’essere el procedimento*”.

¹⁰⁹ No original: “*che servono al dinamismo del procedimento stesso*”.

¹¹⁰ No original: “*si punisce per difendere l’ordine giuridico*”.

¹¹¹ Por todos, veja-se Nucci (2016, *e-book*): “O sistema adotado no Brasil é o misto. Na Constituição Federal de 1988, foram delineados vários princípios processuais penais, que apontam para um sistema acusatório; entretanto, como mencionado, indicam um sistema acusatório, mas não o impõem, pois quem cria, realmente, as regras processuais penais a seguir é o Código de Processo Penal”.

Von Bülow – embora permita ao magistrado o exercício supletivo da função acusatória – e ao abandonar a tortura física –, mesmo sem oposições aos métodos de coação psicológica. Nessa neoinquisitorialidade, desvela o autoritarismo o fato de que os juízes não se submetem a limites como a imparcialidade ou a paridade de armas, desempenhando o papel de verdadeiros tutores da hipótese acusatória (Marques, 2021, v. 2, p. 398).

A impropriedade de se concentrar, em um mesmo sistema jurídico, características de sistema inquisitório e acusatório também é demarcada por Geraldo Prado (2006, p. 104-106), para quem a construção teórica da acusatorialidade somente se consuma mediante oposição à inquisitorialidade, sendo antagônicas as suas estruturas. Para o autor, é do antagonismo entre os sistemas que devem ser extraídas suas diferenças, motivo pelo qual seria incabível uma justaposição.

Igualmente relevante notar, conforme escreve José de Assis Santiago Neto (2020), que o Código de Processo Penal de 1941 se desenvolveu a partir da supressão de garantias individuais, que deram lugar à prevenção do crime – fundamento hábil a justificar todo o autoritarismo e intervencionismo próprios do Estado Social. Assevera o autor, nesse sentido, que a “busca pela repressão e pela garantia do ‘bem comum’ foram a pedra fundamental de todo o texto do Código” (Santiago Neto, 2020, p. 65)

Em relação à não autoincriminação, é, no mínimo, curioso perceber que sua primeira referência em matéria processual penal – ainda que limitada ao silêncio – se apresentou no autoritário Código de 1941. Qualquer estranhamento, porém, se dispersa quando reconhecida a “sagacidade inquisitória” (Marques, 2021, v. 2) que se instalou sobre o diploma legal.

Disponha o artigo 186 que “[a]ntes de iniciar o interrogatório, o juiz observar[ia] ao réu que, embora não est[ivesse] obrigado a responder às perguntas que lhe fo[sssem] formuladas, o seu silêncio poder[ia] ser interpretado em prejuízo da própria defesa”. No mesmo caminho, previa o parágrafo único do artigo 188: caso a pessoa negasse as imputações, no todo ou em parte, “ser[ia] convidado a indicar as provas da verdade de suas declarações”. Por fim, consignava o artigo 198 que “[o] silêncio do acusado não importar[ia] confissão, mas poder[ia] constituir elemento para a formação do convencimento do juiz” (Brasil, 1941a).

A Exposição de Motivos¹¹² (Brasil, 1941b) da Lei revela sua verdadeira intenção – e é nesta que reside toda a inteligência inquisitória: ao atribuir natureza probante e interpretar o silêncio em desfavor da pessoa imputada, o Código de Processo Penal de 1941 se compromete

¹¹² O estudo da Exposição de Motivos do Código aqui promovido foi inspirado pela obra de Leal e Almeida (2011), cuja análise recaiu sobre o Código de Processo Civil.

com a finalidade precípua de reconstruir a verdade, ainda que mediante a imposição de sacrifícios individuais:

Outra inovação, em matéria de prova, diz respeito ao interrogatório do acusado. Embora mantido o princípio de que *nemo tenetur se detegere* (não estando o acusado na estrita obrigação de responder o que se lhe pergunta), já não será esse termo do processo, como atualmente, uma série de perguntas predeterminadas, sacramentais, a que o acusado dá as respostas de antemão estudadas, para não comprometer-se, mas uma franca oportunidade de obtenção de prova. É facultado ao juiz formular ao acusado quaisquer perguntas que julgue necessárias à pesquisa da verdade, e se é certo que o silêncio do réu não importará confissão, poderá, entretanto, servir, em face de outros indícios, a formação do convencimento do juiz. (Brasil, 1941b).

Em ensaio crítico sobre a então recém-promulgada codificação, Jorge Alberto Romeiro foi o primeiro a denunciar seus contornos autoritários naquilo que se referia ao interrogatório. Em obra dedicada ao tema, o autor (Romeiro, 1978, p. 77) definiu como “sôfrega” a “busca da fórmula mágica do ouro a verdade judicial”, cuja história revela que “exorcismos, juramentos, torturas físicas e morais, violências químicas e psicológicas de toda espécie” já foram consumidas por legisladores e juristas à pretensão de ouvir, da boca da pessoa envolvida no fato penal, a tão ansiada verdade.

Por mais explícitos que fossem os traços autoritários na legislação processual penal, estudiosos e estudiosas da matéria demoraram décadas para se sensibilizar com o problema, acolhendo sem inquietações a configuração do Código e defendendo a preservação dessa estrutura de interrogatório. De acordo com Ada Pellegrini Grinover (1978), o projeto de reforma discutido à época – Projeto de Lei nº 633/1975 - (Câmara dos Deputados, 1975) mantinha, em relação ao interrogatório, idênticos os termos de natureza inquisitória e era exaltado pelos processualistas penais da época, tais como Fernando Tourinho Filho, Hélio Tornaghi e José Frederico Marques, este último autor da proposta de alteração legislativa:

Assim, Tourinho reputa ‘óbvio que o silencio impressione desfavoravelmente’ e afirma que ‘se o imputado é inocente, não há razão para calar. Para J. F. Marques, a liberdade do réu não pode ser afetada, mas a justiça não dispensa seu esclarecimento; o acusado inocente não tem o que temer e se os interesses da defesa são sagrados e intangíveis, não o são os da impunidade do infrator. Afirma ainda o Autor do Projeto que ao interrogar o réu, o que se busca é a confissão; aplausos mereceria, portanto, o Código de Processo Penal vigente pela regulamentação que deu ao interrogatório: meio de prova que, quando dirigido com inteligência e perspicácia, é um dos mais fecundos e úteis. Já mais comedida é a posição de Tornaghi; sem chegar, embora, a criticar os contornos do nosso interrogatório e sem preconizar a adoção de um verdadeiro ‘direito ao silêncio’, o Autor afirma que o réu ‘não é obrigado a responder. Convém que o faça, pois poderia dar a impressão de calar por não ter resposta, por ser culpado’ e arremata: ‘Ao acusador cabe o ônus de provar a acusação. Se ele não o faz, o juiz absolve o réu. Mas convém ao réu provar, para elidir os elementos de convicção que contra si existam’. Em outra passagem, escreve o Mestre que, para que haja equilíbrio entre o interesse de todos e o de cada um, não deve haver presunções e nem ficções pró-réu (por exemplo, a presunção de inocência), nem contra o réu (como a confissão ficta). Mas reconhece que o silencio do acusado é um fator de

convencimento do juiz, decorrência lógica do art. 157 do Código de Processo Penal, que consagra o princípio da livre convicção (Grinover, 1978, p. 104).

A mencionada redação original do Código de Processo Penal permaneceu inalterada até 2003, quando a Lei nº 10.792 tratou de compatibilizá-la com a plataforma de direitos fundamentais garantidos pela Constituição da República de 1988. Foi, inclusive, em 1988 a primeira ocasião em que o direito à não autoincriminação atingiu, no Brasil, *status* constitucional, fazendo constar do artigo 5º, XLXIII, da Magna Carta 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” (Brasil, 1988).

No Relatório da Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais (1-c)¹¹³, os membros da Assembleia Constituinte demarcaram ser o direito à não autoincriminação – garantido pelo “silêncio do acusado” –, assim como diversos outros assegurados aos indivíduos, uma representação daquilo “de mais atual [que] existe na sociedade para a qual a norma se dirige”, bem como uma mescla entre o tradicional e o moderno, “tendo como alvo o presente e o futuro democráticos” (Brasil, 1987).

No âmbito da não autoincriminação, o que havia de mais moderno e atual em matéria de garantias fundamentais à época da Constituição de 1988 constava dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos elaborados após a Segunda Guerra Mundial.

Entre eles, destacam-se o Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos – o qual estabelece, no artigo 14, § 3º, ‘g’, que “toda pessoa imputada de um delito terá direito [...] de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada” –; a Convenção Interamericana de Direitos Humanos – que prevê, no artigo 8º, § 2º, ‘g’, o direito de toda pessoa a não ser “obrigada a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada” –; e o Estatuto de Roma – segundo o qual se caracteriza como direito da pessoa imputada “não ser obrigad[a] a depor contra si própri[a], nem a declarar-se culpad[a], e a guardar silêncio, sem que este seja levado em conta na determinação da sua culpa ou inocência” (artigo 67, § 1º, ‘g’).

Sendo assim, apesar de, no rol de direitos individuais do artigo 5º, a não autoincriminação parecer limitada ao silêncio e à pessoa privada de liberdade, a própria

¹¹³ Como explicam Lopes e Valente (2016, p. 1.000), a estrutura adotada pela Assembleia Constituinte de 1987 foi descentralizada. Desde seu início, restou determinado que o início da elaboração do texto constitucional seria promovido por oito Comissões temáticas, subdivididas em três Subcomissões cada, totalizando 24 Subcomissões. Para cada Subcomissão, era designado um Relator, responsável por apresentar um texto-base, a ser desenvolvido com base nas sugestões enviadas pelos demais membros e nas discussões realizadas junto à sociedade civil. Por fim, o Relator de cada Subcomissão ficou encarregado de redigir um Anteprojeto que, depois de deliberado e aprovado, foi enviado à respectiva Comissão temática.

Constituição da República de 1988 reconhece a importância de uma leitura internacionalizada do Direito (artigo 5º, § 2º).

Ocorre que, por mais que o Constituinte tivesse a intenção de unir a tradição com a modernidade – ou, no marco de Koselleck (2006), a experiência com a expectativa –, os caminhos para a não autoincriminação no Brasil, assim como ocorreu no Direito anglo-saxão, encontraram intensas limitações, perceptíveis pela análise dos textos jurídicos dedicados ao tema.

Assim, mesmo sendo classificada como direito fundamental pela leitura da Constituição republicana de 1988, a não autoincriminação, nos dizeres de Maria Elizabeth Queijo (2012, p. 78), jamais poderia desconsiderar os direitos coletivos em sua tutela; afinal, “não é apenas o direito daquele indivíduo que está sendo investigado ou processado, especificamente, mas é de interesse público, para o exercício correto e adequado da jurisdição”.

Da mesma forma, Marcelo Albuquerque (2008, p. 39) parte da compreensão de que o Processo Penal é um instrumento de regulação do poder, cujo exercício não se dá por meio de sua máxima limitação – que apenas se justificaria em uma visão de processo adequada ao liberalismo.

Para o autor, as dicotomias entre Estado e indivíduo e entre poder e liberdade estariam ultrapassadas, sendo função das garantias fundamentais coibir práticas abusivas por parte dos agentes públicos, sem inviabilizar a legítima e eficiente atuação estatal no combate à criminalidade (Albuquerque, 2008, p. 42). Nesse sentido:

Assim, a garantia da não auto-incriminação destaca-se como verdadeira autolimitação e meio de regulação do dever-poder de punir do Estado, que não reconhece como válida uma persecução possivelmente mais eficiente, quando levada a cabo a partir de agressões às integridades física, psíquica e moral do investigado/acusado. Todavia, para além disso, invocar o *nemo tenetur se detegere* passa a ser um exercício abusivo da garantia fundamental por parte do indivíduo e sua legitimação pelo Poder Público (seja por intermédio de leis, seja por meio de decisões emanadas em processos administrativos ou pelos órgãos do poder judiciário) acaba por configurar injustificável conivência com as práticas criminosas que violam direitos fundamentais dos membros da sociedade e desta como unidade (Albuquerque, 2008, p. 46).

No mesmo sentido, segundo Marteleto Filho (2012, p. 101), como todo direito fundamental, o *nemo tenetur se detegere* convive com restrições em seu âmbito de proteção, impostas e sustentadas por outros direitos fundamentais de categoria idêntica ou superior.

Consigna o autor que não seria concebível – no Estado Social – que a pessoa imputada pudesse ser totalmente “blindada” e não ver atuando contra si o *ius puniendi*, sendo sabida a necessidade do Estado de cumprir com seus deveres de tutelar os direitos da coletividade.

Igualmente, para Marcelo de Moraes Afonso (2017, p. 84), a não autoincriminação caracteriza-se como direito fundamental que assegura a esfera de liberdade do indivíduo em oposição aos excessos que possam ser praticados pelo Estado no curso da persecução penal.

Ressalta, ainda, Afonso (2017, p. 85) que o *nemo tenetur se detegere* repercute na legitimidade do exercício da jurisdição, na medida em que não assegura apenas os direitos individuais, mas também atua como salvaguarda do próprio processo.

A análise do conteúdo atribuído pelas obras jurídicas à não autoincriminação¹¹⁴ estabelece três premissas relevantes para os fins deste trabalho: primeiro, que a pessoa envolvida em fatos penais tem, para além do direito ao silêncio, a garantia de não ser obrigada a produzir provas contra si; segundo, que a não autoincriminação tem como finalidade limitar o poder do Estado em face do indivíduo; terceiro, que o direito do Estado de investigar, processar e punir um delito pode se sobrepor à não autoincriminação.

A primeira premissa – no sentido de que a não autoincriminação constitui o direito de não produzir provas contra si – se fundamenta, como esclarece Heloisa Carvalho, na tutela dos direitos da dignidade humana. Em ampla revisão bibliográfica, em muito coincidente com os estudos sobre a não autoincriminação já referidos nesta tese, a autora registra que “quanto a este aspecto, encontrou-se a indicação da integridade física e mental, da intimidade, da liberdade de autodeterminação e de consciência, da autopreservação e da liberdade moral” (Carvalho, 2018, p. 744).

Também sob o arcabouço da dignidade da pessoa humana, Luís Roberto Barroso e Marcelo Costenaro Cavali (2021, p. 371) descrevem sua insuficiência quando relacionada apenas à produção de provas orais. Em referência aos precedentes da Suprema Corte, os autores mencionam casos em que houve o reconhecimento do direito individual de não ser a pessoa obrigada a participar de reconstituição simulada da cena do crime, não fornecer material gráfico de próprio punho para a investigação e de não prover padrões vocais para exame pericial¹¹⁵.

Em posição minoritária, alguns autores chegam a discordar da leitura da não autoincriminação para além do silêncio. É o caso de José Barcelos de Souza, para quem a tutela constitucional não passa, literalmente, do direito de permanecer calado:

Ora, o que a Constituição protege com o dispositivo em questão, e melhor do que já procurava fazer a lei ordinária, é o direito ao silêncio. Não passou disso, do direito de

¹¹⁴ No mesmo sentido, veja-se: Trois Neto (2011), Vale e Santos (2017), Afonso (2017), Mello (2019) e Assis (2022).

¹¹⁵ “Nessa linha, a Corte já reconheceu o direito do réu de não ser obrigado a participar de reconstituição simulada da cena do crime (HC 69026, ReI. Min. Celso de Mello, j. 10.12.1991), de não fornecer material gráfico de próprio punho para a investigação (HC 77135, ReI. Min. Ilmar Galvão, j. 08.09.1998) e de não prover padrões vocais para exame pericial (HC 83096, Min. Ellen Gracie, j. 18.11.2003)”. (Barroso; Cavali, 2021, p. 371).

"permanecer calado". Mas é bem de ver que, a um só tempo, protegeu-se a pessoa física do acusado e sua dignidade e se preveniu a utilização de declarações inverídicas ou distorcidas, que são de recear-se especialmente na polícia. A Constituição veda, como visto, a pressão para confessar, para contar o ocorrido. (Souza, 2005, p. 142).

Adere a essa compreensão Eugênio Pacelli de Oliveira (2004, p. 207), para quem “a previsão constitucional instituída como garantia individual não vai além da afirmação do *direito a permanecer calado*”. O autor reconhece, porém, que a garantia é aplicável não somente à pessoa presa, mas em qualquer fase do processo.

Uma leitura constitucionalizada da não autoincriminação, entretanto, exige sua interpretação em conjunto com a proteção internacional aos direitos humanos¹¹⁶, que vai além da mera admissibilidade acerca do silêncio. Deve a não autoincriminação, nesse cenário, ser reconhecida como o direito de não colaborar com a persecução penal em seu desfavor. Assim leciona Luigi Ferrajoli:

Nemo tenetur se detegere é a primeira máxima do garantismo processual acusatório [...]. Disso resultaram, como corolários: a proibição daquela “tortura espiritual” como chamou PAGANO, que é o juramento do imputado, o “direito ao silêncio”, nas palavras de FILANGIERI, assim como a faculdade do imputado de responder o falso; proibição não só de arrancar a confissão com violência, mas também de obtê-la mediante manipulação da psique, com drogas ou com práticas hipnóticas, pelo respeito devido à pessoa do imputado e pela inviolabilidade de sua consciência; a consequente negação do papel decisivo da confissão, tanto pela refutação de qualquer prova legal como pelo caráter indisponível associado às situações penais; o direito do imputado à assistência e do mesmo modo à presença de seu defensor no interrogatório, de modo a impedir abusos ou ainda violação das garantias processuais. [...] Finalmente, o esquema trigonal e a epistemologia da falsificação próprios do garantismo penal acusatório excluem qualquer colaboração do imputado com a acusação, que seja fruto de meios capciosos ou transações, principalmente se feitos às escuras (Ferrajoli, 2014, p. 560).

A ampla maioria da literatura jurídica, na mesma direção de Ferrajoli, reconhece a não autoincriminação como direito fundamental para além do silêncio, abrangendo o direito do indivíduo de não produzir provas contra si. A ênfase, nesse sentido, é dada à proteção do indivíduo contra excessos e abusos por parte do Estado, como define Queijo:

Nessa ótica, o princípio *nemo tenetur se detegere*, como direito fundamental, objetiva 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 apuração dos delitos, bem como contra métodos proibidos de interrogatório, sugestões e dissimulações. (Queijo, 2012, p. 77).

Para Paulo Trois Neto (2011, p. 102), a argumentação jurídico-constitucional deve se basear em uma teoria ampla do âmbito de proteção dos direitos fundamentais que supera

¹¹⁶ Sobre a estruturação de sistemas internacionais e regionais de proteção de direitos humanos, veja-se Santoro e Paiva (2020).

eventual falta de enunciados específicos. Assim, o fato de constar, da previsão normativa, que é direito da pessoa presa permanecer calada não significa que a não autoincriminação deve ser garantida “apenas ao ‘preso’, não diz respeito apenas ao momento do interrogatório policial, nem se limita às comunicações verbais” (Trois Neto, 2011, p. 102).

Ao atribuir à não autoincriminação papel abrangente, escreve Marteleto Filho (2012, p. 63) que tal garantia “abarca, no âmbito de proteção, toda conduta ou posição do acusado que tenha por conteúdo autorizar a não-cooperação com a produção da prova, conteúdo este designadamente mais extenso do que o direito ao silêncio”. Para o autor, o princípio da não autoincriminação confere às pessoas uma posição subjetiva que as isenta de cooperar com a acusação, circunstância esta que impõe limites ao *ius puniendi* do Estado.

Exatamente em relação à função de limitar o poder do Estado em face do indivíduo – segunda premissa –, verifica-se uma acepção própria do liberalismo processual, notada por Marinho Marques (2021, v. 2, p. 159), e do Estado Liberal de Direito.

Tal paradigma¹¹⁷, nos termos descritos por Álvaro de Souza Cruz (2001, p. 216), se manifesta pela “inversão valorativa na relação Estado/indivíduo [que] assumiu o centro das preocupações políticas, jurídicas e filosóficas”, ocupando o lugar outrora destinado aos privilégios feudais reproduzidos no absolutismo.

A legitimidade do Estado, nesse modelo, encontra amparo na vontade majoritária da população – composta por um grupo de cidadãos que são livres e iguais perante a lei –, enquanto a Constituição é instrumento de governo para controlar o aparato estatal e assegurar a integridade dos direitos (Cruz, 2001, p. 219).

Já naquilo que toca à terceira premissa – que implica a sobreposição do direito coletivo sobre o direito individual à não autoincriminação –, percebe-se uma manutenção da dicotomia entre Estado e indivíduo, descrita por Marinho Marques (2021, v. 2, p. 159), menos dirigida à conquista de liberdades fundamentais e mais concentrada na defesa dos direitos sociais. O foco, nesse paradigma, na proposta de superação do liberalismo, deixa de ser o indivíduo e passa a ser a coletividade, que se torna credora do Estado e passa a nele depositar suas esperanças (Cruz, 2001, p. 221).

¹¹⁷ A expressão “paradigma” é adotada, aqui, na noção de Jürgen Habermas (1998, t. 2, p. 263), para quem “um paradigma jurídico explica, com ajuda de um modelo da sociedade contemporânea, de que modo devem entender-se e ‘manejar-se’ os princípios do Estado de Direito e dos direitos fundamentais, para que possam cumprir no contexto dado as funções que normativamente lhes atribui”. Não se desconhece, todavia, que os modelos de sociedade e democracia propostos pelo autor desconsideram as desigualdades no tratamento de grupos minoritários. A luta pelo reconhecimento de fenômenos como o feminismo, o multiculturalismo, e as heranças eurocêntricas do colonialismo somente foi objeto de análise por Habermas em escritos mais recentes (Habermas, 2002, p. 238).

Com o objetivo de tornar mais visual essa revisão bibliográfica, optou-se por relacionar, em um único quadro, a posição dos autores e autoras de obras que tratam – exclusivamente – da não autoincriminação¹¹⁸, com as três principais premissas extraídas de suas obras e que são relevantes para a presente tese:

Quadro 1 – Comparativo de obras utilizadas, por premissas indicadas

1ª Premissa	A pessoa envolvida em fatos penais tem, para além do direito ao silêncio, a garantia de não ser obrigada a produzir provas contra si.
2ª Premissa	A não autoincriminação tem como finalidade limitar o poder do Estado em face do indivíduo.
3ª Premissa	O direito do Estado de investigar, processar e punir um delito pode se sobrepor à não autoincriminação.

AUTOR(A)	1ª PREMISSA	2ª PREMISSA	3ª PREMISSA
Queijo (2003, 2012)	“Mas o <i>nemo tenetur se detegere</i> não se esgota no direito ao silêncio. Compreende direito mais amplo, que é o de não se autoincriminar” (p. 99).	“Nessa ótica, o princípio <i>nemo tenetur se detegere</i> , como direito fundamental, objetiva proteger o indivíduo contra excessos cometidos pelo Estado, na persecução penal” (p. 77).	“Assim, não poderá ser inviabilizada a persecução penal, pelo reconhecimento de direitos fundamentais ilimitados, inclusive o <i>nemo tenetur se detegere</i> , mas não será admissível também que o referido princípio seja aniquilado” (p. 289)
Haddad (2005)	“Apesar de a previsão constitucional cingir-se ao ‘direito de permanecer calado’, o princípio contra a auto-incriminação abrange todas as ações, verbais ou físicas, capazes de contribuir para a própria condenação” (p. 57).	“A inclusão do direito de permanecer calado no texto constitucional é clara opção por um processo penal em que os direitos fundamentais se colocam como valores preponderantes, impondo limites e freios à persecução penal” (p. 54).	“Se o Estado puder agir para obter a prova mediante o emprego de força ou através de procedimentos ocultos, em restritas hipóteses legalmente previstas, não haverá espaço para a tutela [da não autoincriminação], a exemplo das intervenções corporais, como resultado da supremacia do poderio e do interesse estatal sobre o indivíduo em âmbito penal” (p. 366).

¹¹⁸ Para a confecção do quadro, não foram utilizadas as obras de Ceccato Júnior (2019), Cuellar (2021) e Assis (2022), considerando que, apesar de tratarem sobre a não autoincriminação, promovem uma análise focada na produção de determinadas provas, respectivamente, aquelas realizadas por meio do etilômetro (objeto de estudo de Ceccato Júnior e Cuellar) e da extração compulsória de material genético (objeto de estudo de Assis).

AUTOR(A)	1ª PREMISSA	2ª PREMISSA	3ª PREMISSA
Albuquerque (2008)	“Nos parece mais técnico tratar de um único instituto, qual seja, a garantia da não-autoincriminação, legando ao silêncio a configuração de forma de exercício da garantia em estudo” (p. 37).	“Assim, a garantia de não-autoincriminação destaca-se como verdadeira autolimitação e meio de regulação do dever-poder de punir do Estado, que não reconhece como válida uma persecução possivelmente mais eficiente, quando levada a cabo a partir de agressões às integridades física, psíquica e moral do investigado/acusado” (p. 46).	“De todo o exposto, extrai-se o ponto nevrálgico de nosso posicionamento: a regra geral que deve ser sopesada diante de cada situação em que o acusado pareça estar protegido pelo manto do suposto ‘direito’ ao silêncio ou pela cláusula do <i>nemo tenetur se detegere</i> : a garantia de não auto-incriminação, para coexistir com o princípio do contraditório, não pode ser usada como esquiva à atuação dos órgãos de persecução penal, devendo ter seu âmbito de incidência limitado aos meios de prova em relação aos quais cumpra verdadeira função protetiva de direitos fundamentais ou pelo menos alguma função de cunho processual vinculada à noção basilar de contraditório” (p. 52).
Trois Neto (2011)	“A falta de um enunciado específico, todavia, não é óbice para que se reconheça a existência de um direito geral a não contribuir para a própria condenação que vá além do direito de permanecer calado” (p. 102).	““A falta de um enunciado específico, todavia, não é óbice para que se reconheça a existência de um direito geral a não contribuir para a própria condenação que vá além do direito de permanecer calado” (p. 104).	“Como mandamento a otimizar, esse direito pode colidir – e frequentemente colide – com bens coletivos constitucionais, como o princípio da busca da verdade. Essas colisões devem ser solucionadas mediante uma ponderação de bens, executada de acordo com os critérios de racionalidade, intersubjetividade e controlabilidade fornecidos pela teoria dos princípios e pela teoria da argumentação jurídico-constitucional” (p. 199).
Marteleto Filho (2012)	“Não há, no caso do direito ao silêncio, maiores dificuldades no que toca à sua categorização como regra, na medida em que a própria Constituição assim o fez, definindo seu âmbito de aplicação no enunciado normativo. Sustenta-se, no trabalho, que a vedação da exigência de cooperação ativa configura um consectário lógico da referida norma” (p. 59).	“Essencialmente, a garantia proíbe a coisificação do acusado e limita o poder de investigação do Estado, donde se extrai seu caráter instrumental e assecuratório de outros direitos fundamentais, tais como a integridade física, a liberdade individual e, especialmente, a dignidade da pessoa humana” (p. 44).	“Com efeito, tal qual todo e qualquer direito fundamental, o <i>nemo tenetur</i> convive com restrições em seu amplo âmbito de proteção, as quais são impostas e sustentadas por outros direitos fundamentais de igual ou superior categoria” (p. 101).

AUTOR(A)	1ª PREMISA	2ª PREMISA	3ª PREMISA
Afonso (2017)	“O direito ao silêncio não se confunde com o próprio direito à não autoincriminação, mas trata-se de seu principal corolário” (p. 89).	“Trata-se de um direito fundamental, que assegura a esfera de liberdade do indivíduo, oponível ao Estado. Dessarte, o <i>nemo tenetur</i> objetiva proteger o indivíduo contra os excessos que possam ser cometidos pelo Estado, no curso da persecução penal” (p. 84).	“Um ponto de equilíbrio deve ser alcançado para o efetivo dever de observância aos limites da busca pela verdade no processo penal, por tal razão, temos a possibilidade de restrições aos direitos fundamentais na persecução penal, de forma que determinado princípio, mesmo que possua natureza constitucional, poderá ter seu âmbito de eficácia limitado por outra norma de mesma natureza, devendo ser aplicada a regra do sopesamento dos valores em colisão” (p. 124).
Mello (2019)	“A previsão constitucional não garante a mera possibilidade processual de calar-se, mas assegura o silêncio como um direito fundamental inerente à liberdade pessoal” (p. 119).	“Tem por objetivo proteger o indivíduo contra excessos cometidos pelo Estado, resguardando-o contra violências físicas e morais empregadas para compeli-lo a colaborar com a persecução penal contra a sua vontade” (p. 115).	“Não existe nenhuma inconstitucionalidade em buscar no princípio da proporcionalidade elementos que justifiquem a flexibilização de certas garantias penais individuais para assegurar a segurança pública, haja vista numa sociedade em que se exerce de forma plena a democracia plena, a segurança pública acaba por garantir a proteção dos direitos individuais e assegurar o exercício da cidadania” (p. 289).

Em cotejo, as três premissas revelam o pensamento que tem se consolidado no cenário jurídico brasileiro: como garantia processual, a não autoincriminação se caracterizaria – tal qual o processo em si – como instrumento da jurisdição, que serve aos direitos da coletividade.

Para compreender esse raciocínio, necessária uma digressão às propostas atinentes ao instrumentalismo processual, representado no Brasil por Antônio Carlos Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Candido Rangel Dinamarco (1995), assim sintetizado:

Falar em instrumentalidade do processo, pois, não é falar somente nas suas ligações com a lei material. O Estado é responsável pelo bem-estar da sociedade dos indivíduos que a compõem: e, estando o bem-estar social turbado pela existência de conflitos entre pessoas, ele se vale do sistema processual para, eliminando os conflitos, devolver à sociedade a paz desejada. O processo é uma realidade desse mundo social, legitimada por três ordens de objetivos que através dele e mediante o exercício da jurisdição o Estado persegue: sociais, políticos e jurídicos. A consciência dos escopos da jurisdição e sobretudo do seu escopo social magno da pacificação social constitui fator importante para a compreensão da instrumentalidade do processo, em sua conceituação e endereçamento social e político (Cintra; Grinover; Dinamarco, 1995, p. 41).

No pensamento instrumentalista, adotado pela maioria dos trabalhos sobre o tema da não autoincriminação, as garantias cumpriram dupla função: “assegura[ri]am às partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais [e] s[er]iam indispensáveis ao correto

exercício da jurisdição” (Cintra; Grinover; Dinamarco, 1995, p. 82). Os direitos da pessoa, nessa ótica, serviriam não apenas como tutela individual, mas também – e principalmente – como proteção ao processo, considerado fator legitimante da jurisdição, uma das funções do Estado que se desenvolve para “a providência do seu povo” (Cintra; Grinover; Dinamarco, 1995, p. 37).

Para além de seu escopo jurídico – ser instrumento da jurisdição e, a partir dela, realizar o direito material (Cintra; Grinover; Dinamarco, 1995, p. 127) –, o processo reclamaria, de acordo com a teoria instrumentalista, escopos metajurídicos, cuja matriz perpassa o Estado Social.

Segundo Candido Dinamarco (2008, p. 185), a ideia de escopos metajurídicos da jurisdição nasce das ideias de paz social, justiça e bem comum – afinal, a missão do Estado seria a permanente “busca do bem comum e, como dever inalienável a ser cumprido através do exercício do poder, a prática da justiça”.

Haveria, para Dinamarco, no reconhecimento dos escopos metajurídicos do processo, notável distinção entre os modelos de processo dos Estados Liberal e Social. Pela visão liberal de justiça, segundo o autor, “no fazer cumprir a lei exauria-se a ideia de promover justiça mediante o exercício da jurisdição” (Dinamarco, 2008, p. 185); por outro lado, a partir da mudança na mentalidade dos processualistas, ocasionada pelo bem-estar social, também passou-se a exigir do processo que se realizasse de acordo com as escolhas que melhor conviessem à sociedade e como expressão do bem comum e da justiça¹¹⁹.

Lidas a partir do instrumentalismo processual, as três premissas ora detalhadas – perspectiva da não autoincriminação para além do silêncio, com a finalidade de evitar abusos por parte do Estado e limitada pelos direitos coletivos – evidenciam que a pretensão de coexistir entre os paradigmas dos Estados Liberal e Social implica a constante relativização desse direito fundamental. Nesse sentido é que Maria Elizabeth Queijo (2012) leciona caber, no âmbito da não autoincriminação, exceções e limitações.

A autora defende que não se trata de direito absoluto, sendo sua garantia, casuisticamente, condicionada à aplicação do princípio da proporcionalidade. Queijo fundamenta os limites impostos à não autoincriminação com base no magistério de Ada Grinover, Antônio Scarance Fernandes e Antônio Gomes Filho, segundo os quais:

¹¹⁹ Conforme escrevem José Santiago Neto e Leonardo Marinho Marques (2018, p. 184), essa “atribuição de escopos metajurídicos ao processo acaba por colocar nas mãos do juiz, como se ele fosse, ou pudesse ser, um ser superior em relação aos demais agentes processuais, a missão impossível de fazer justiça através do processo. Transforma-se o julgador, que deveria aplicar o Direito conforme lhe fora atribuído pelo povo (fonte única detentora do poder na Democracia) em justiceiro de toga”.

[O]s direitos do homem, segundo a moderna doutrina constitucional, não podem ser entendidos em sentido absoluto, em face da natural restrição resultante do princípio da convivência das liberdades, pelo que não se permite que qualquer delas seja exercida de modo danoso à ordem pública e às liberdades alheias. As grandes linhas evolutivas dos direitos fundamentais, após o liberalismo, acentuaram a transformação dos direitos individuais em direitos do homem inserido na sociedade. De tal modo que não é mais exclusivamente com relação ao indivíduo, mas no enfoque de sua inserção na sociedade, que se justificam no Estado social de direito, tanto os direitos como as suas limitações (Grinover; Scarance; Gomes Filho, 2004, p. 112).

O exame de proporcionalidade como forma de dirimir o conflito entre a não autoincriminação e o direito da coletividade à segurança pública também é proposto por Marteleto Filho (2012, p. 91, grifos do autor), sendo definido como “o fiel da balança por ocasião da análise das restrições imponíveis ao plano de proteção *prima facie* da garantia”.

Com alicerce nas teorias jusnaturalistas, a proporcionalidade seria uma maneira de estabelecer limites à atuação estatal e otimizar a tutela dos direitos individuais (Marteleto Filho, 2012, p. 91), mas poderia – em sentido oposto – atuar mediante a imposição de restrições à não autoincriminação quando diante de inevitáveis colisões com outros direitos fundamentais (Marteleto Filho, 2012, p. 235).

Para Afonso (2017, p. 124), na mesma linha, “os direitos humanos fundamentais não podem ser utilizados como um escudo protetivo da prática de atividades ilícitas, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito”. Por isso, defende o autor ser necessário um “ponto de equilíbrio”, considerando que, mesmo diante da sua natureza constitucional, a não autoincriminação poderá ter seu âmbito de eficácia limitado.

Esse também é o argumento defendido por Éder de Assis (2022, p. 228), para quem não se concebe, no âmbito do Estado Democrático de Direito, a existência de direitos fundamentais absolutos, “sob pena de criarem-se verdadeiras ‘zonas francas’ à margem da Lei, onde as liberdades públicas funcionariam como escudo à impunidade”. Ao mesmo tempo, para o autor, é necessário considerar que, “igualmente, não se concebe a busca desenfreada penal pela malfadada verdade real ao arrepio dos direitos e garantias do cidadão”, motivo pelo qual se torna imprescindível recorrer ao princípio da proporcionalidade.

Ocorre que, naquilo que se pretende construir a partir da presente tese doutoral, os direitos fundamentais, as liberdades individuais e os princípios e garantias de direitos humanos devem se realizar no Estado, e não fora dele ou contra ele. De acordo com Aroldo Plínio Gonçalves (1992, p. 179), essa é a maior conquista do Direito contemporâneo, considerando as diversas manifestações de poder jurisdicional registradas nos mais diferentes regimes jurídicos ao longo dos séculos.

Afinal, se, no Estado Liberal, os direitos fundamentais se projetaram como contenção do poder público e, no Estado Social, tornaram-se propulsores da intervenção pública, é no Estado Democrático de Direito que assumem, finalmente, a função de orientar a atuação estatal pela via da fiscalidade, participação, controle.

Em uma perspectiva constitucional democrática, a partir da qual os sistemas se caracterizam pelo pluralismo dos mais diversos planos de atuação da liberdade – no Estado e perante o Estado –, Gonçalves (1992, p. 184) pontua a convivência de princípios divergentes e contraditórios dentro da mesma ordem instituída. Esses princípios, segundo o autor, “exprimem uma pluralidade de valores, e se a sociedade é pluralista, e não monolítica, a verdadeira contradição lógica se daria pela sua inexistência” (Gonçalves, 1992, p. 185).

Diante disso, a crítica sobre o conteúdo da não autoincriminação no Brasil precisa, invariavelmente, incidir sobre duas nuances que arriscam sua vigência: (a) seu caráter de instrumento da jurisdição, que preconiza o direito individual como garantia do próprio processo; (b) sua relativização quando em conflito com direitos fundamentais de coletivos, como a segurança pública.

4.2.2 A não autoincriminação em risco diante do instrumentalismo e da proporcionalidade

Para o processo, o instrumentalismo simboliza a pretensa superação do liberalismo – fundado na máxima de que o poder do Estado seria inimigo das liberdades individuais – pelo Estado Social – em que se reconhece a “função fundamental de promover a plena realização dos valores humanos” por meio da “pacificação com justiça” (Cintra; Grinover; Dinamarco, 1995, p. 25). O Poder Judiciário, sob a ótica do Estado Social, não se condiciona apenas à lei, mas também às diretrizes de ética e moral que guiam o modelo de justiça social distributiva (Cruz, 2001, p. 221).

Nessa acepção, os direitos individuais reconhecidos a partir do liberalismo – definidos por Paulo Bonavides (2000) como direitos fundamentais de primeira geração¹²⁰ – constituiriam liberdades públicas, oponíveis pelo indivíduo em face do Estado, mas tutelados pela ótica do interesse público (Queijo, 2012, p. 78).

¹²⁰ Segundo Bonavides (2000), com influência de Kasel Vasak e Norberto Bobbio, seriam de primeira geração os direitos de liberdade, originados a partir das revoluções liberais e de prestação negativa, a partir dos quais os indivíduos estariam protegidos das intervenções indevidas do Estado. Especificamente sobre a não autoincriminação, escreve Queijo (2012, p. 77): “Como direito fundamental, o *nemo tenetur se detegere* insere-se entre os direitos de primeira geração, ou seja, entre os direitos da liberdade. O titular de tais direitos é o indivíduo diante do Estado”.

Grinover (1982, p. 7) conceitua como públicas as liberdades que se originam “através da consagração do direito positivo; estabelecendo, assegurando [e] regulamentando as liberdades”, de modo que o Estado as transforma em poderes. É dizer, portanto, que, enquanto na lógica liberal os direitos individuais são uma forma de contenção do poder do Estado, no ideal do Estado Social os mesmos direitos constituem liberdades públicas que dependem do Estado para se positivarem e do interesse social para subsistirem.

A não autoincriminação, vista como liberdade pública (Grinover, 1978, p. 100), evidenciaria – para os teóricos do processo instrumental – que o desprezo ao liberalismo não significa o abandono do valor liberdade. Como direitos fundamentais inerentes à personalidade, as liberdades públicas seriam pressupostos do poder do Estado, que dependem e ganham sentido apenas à luz daquelas.

Da mesma forma, em uma perspectiva de processo como relação jurídica – enunciada por Oskar Von Bülow em 1868 e replicada por seus seguidores, entre eles Enrico Liebman (1984) e os brasileiros Cintra, Dinamarco e Grinover (1995) –, que posiciona as partes em situação de sujeição ao Estado, as pessoas dependeriam do Estado para terem garantidos seus direitos fundamentais (ou liberdades públicas), tais como o de não produzir provas contra si.

Para o Direito Processual Penal, a ideia do processo como relação jurídica representa especial controvérsia. Explica Marco Miletto (2010, p. 385), nesse sentido, que apesar de a teoria da relação jurídica ter sido, na primeira década do século XX, proposta como fruto de uma sofisticada tendência técnico-jurídica e dotada de elevado grau de cientificidade, acabou servindo como base teórica para autores que defendiam o autoritarismo, como Arturo Rocco¹²¹.

A aproximação entre a teoria relação jurídica e o autoritarismo tem razão de ser. A submissão das partes ao Estado, responsável por reconhecer seus direitos e concedê-los sempre que conveniente para a sociedade e os direitos coletivos, se associa às figuras do direito penal do inimigo e do emergencialismo penal trabalhadas no Capítulo 2 desta tese.

Enquanto concentrados os poderes nas mãos do Estado, os sujeitos que lhe representam risco passam a ser combatidos com todo o rigor próprio do modelo emergencial – isto é, a qualquer custo. No contexto do Judiciário, o Estado Social atribui ao magistrado a complexa

¹²¹ De acordo com Miletto (2010, p. 386), mesmo que reconhecido o vínculo entre a teoria da relação processual e o autoritarismo, os processualistas seguiram defendendo sua aplicação mesmo após a Segunda Guerra Mundial. O autor cita, por exemplo, a obra de Giovanni Leone (1945), que apesar de não negar o “jogo duplo” da relação jurídica, defendia sua “força moral” e técnica. Conforme Miletto, somente depois da vigência da Lei nº 517, em 1955, que modificou o Código de Processo Penal italiano, é que a literatura jurídica deixou de focar na teoria da relação jurídica. Para o autor, tal mudança se justifica pela progressiva penetração do Direito Internacional entre as fontes relevantes para o Processo Penal.

atividade de garantir as dinâmicas e amplas finalidades sociais (Carvalho Netto, 2004, p. 36), entre as quais figura o direito coletivo à segurança pública.

As múltiplas expectativas postas sobre os ombros do Estado Social – não apenas de superação do paradigma liberal¹²², mas, inclusive, com seus escopos metajurídicos e de garantia da ordem e dos direitos coletivos – tornaram-se, porém, “um fardo insuportável por sua incapacidade de fazê-los frente” (Cruz, 2001, p. 222). Tal modelo passou a ser insuficiente quando confrontado por novas e complexas formas de configuração social – consolidadas pelo pluralismo de ideias e diferenças culturais, morais e religiosas.

No âmbito do Poder Judiciário, os excessos do Estado Social foram igualmente responsáveis por sua frustração. Conforme escreve Marinho Marques, o Estado Social não suportou a considerável ampliação que promoveu sobre “o horizonte liberal da boca que profere a palavra da lei”, fazendo com que o juízes fossem submetidos a toda sorte de cargas axiológicas subjacentes ao Direito, como a ponderação de valores, a análise do caso concreto e a discricionariedade; e, ao mesmo tempo, mostrando-se incapaz de “promover a igualdade material e de reduzir o prejuízo social proporcionado pelo capitalismo” (Marques, 2009, p. 144).

Para o Direito Processual, a insuficiência do Estado Social também se revelou por uma incontornável aporia, que, de acordo com André Leal (2008, p. 62), torna a relação jurídica processual instrumental tão própria desse modelo estatal, quanto imprestável fora dele. Para o autor, mostra-se paradoxal o fato de que o processo não pode ser, ao mesmo tempo, instrumento da jurisdição do Estado e mecanismo de limitação eficaz aos poderes do mesmo Estado.

Não escapa à crítica de Leal (2008, p. 137) outra patente deficiência da concepção social do Estado: ao partir da realidade social em si mesma, se alicerça na ideia de que os valores do Estado e da sociedade se confundem e só podem ser resguardados pelo controle que a jurisdição exerce sobre o processo.

Naquilo que se refere aos direitos fundamentais, Marcelo Cattoni (2013, p. 190) nota quão problemática é sua compreensão nessa perspectiva de constante conflito entre os paradigmas dos Estados Liberal e Social, em especial no que concerne às tentativas de superação daquele por este.

¹²² Escreve Flaviane Barros (2008, p. 24-25), que o “Estado Social surge da superação do Estado de Direito, principalmente em virtude da acumulação de capitais e de propriedade em mãos de poucos, em decorrência do modelo antecedente, criticado pelos teóricos do comunismo, do socialismo e do anarquismo. Ademais, o excessivo formalismo do Estado Liberal e a incapacidade de responder a demandas sociais são causas justificadoras da ruptura que gerou a construção do paradigma do Estado Social”.

Comenta o autor que a análise nuclear desses direitos não pode ser limitada a um enfoque meramente histórico-cronológico, mas também não deve permitir que, a cada novo paradigma, haja a necessidade de se redefinir a melhor forma de compatibilizar o sentido de um direito fundamental em relação aos outros, mediante incorporação de noções como “ideologia constitucionalmente adotada” ou “valores comuns superiores”.

Segundo Cattoni (2013, p. 191), ambas as definições dos direitos fundamentais servem à sua instrumentalização, “ao concebê-los como bens jurídicos otimizáveis”, bem como à sua banalização “numa pretensa comunhão hermenêutico-existencial de ‘valores superiores’ num nível universal, que não existe em uma sociedade mundial, complexa e pluralista”.

Além disso, para Cattoni (2013, p. 193), a constante tensão entre os paradigmas dos Estados Liberal e Social gera outro efeito negativo para a tutela dos direitos fundamentais: faz com que concorram (ou “colidam”), caso a caso, e dependam da interpretação judicial acerca de qual Direito seria aplicável à base de negociações ou otimizações.

A ideia de “colisão” entre os direitos fundamentais à não autoincriminação e à segurança pública costuma ser enfrentada pela literatura jurídica brasileira no tema da não autoincriminação de acordo com as lições de Robert Alexy (1993), para quem sempre que o exercício de um direito por uma pessoa conflitasse com o exercício de outro direito por outra, subsistiria uma discussão acerca de quais direitos poderiam ou não ser restringidos por meio de juízos de ponderação e prevalência:

Essa lei, que é chamada de “lei da colisão”, é um dos fundamentos da teoria dos princípios aqui defendida. Ela reflete o caráter dos princípios como mandatos de otimização entre os quais, em primeiro lugar, não há relações absolutas de precedência e que, em segundo lugar, referem-se a ações e situações que não são quantificáveis (Alexy, 1993, p. 95, tradução nossa).¹²³

“Proporcionalidade”, “ponderação”, “colisão”, “prevalência” e “predominância” são alguns dos termos adotados em obras jurídicas e nos julgados proferidos pelos Tribunais brasileiros para designar o método decisório a ser aplicado quando conflitantes, entre si, princípios de igual relevância¹²⁴. Havendo, pois, dúvida entre a não autoincriminação e a

¹²³ No original: “*Esta ley, que es llamada ‘ley de colisión’, es uno de los fundamentos de la teoría de los principios aquí sostenidos. Refleja el carácter de los principios como mandatos de optimización entre los cuales, primero, no existen relaciones absolutas de precedencia y que, segundo, se refieren a acciones y situaciones que no son cuantificables*”.

¹²⁴ Explica Fausto Morais (2018, p. 203) que a equiparação entre os conceitos de proporcionalidade, “proporcionalidade”, “ponderação”, “prevalência” e “predominância” pode ser percebida na condição de critério indicador sobre a correção de determinada decisão. O autor reconhece que esta não é, exatamente, a proposta metodológica dogmática desenvolvida por Alexy, mas demonstra a forma como se aplica no Direito pátrio, em especial nas decisões do Supremo Tribunal Federal.

proteção da sociedade contra a criminalidade, deveria ser o caso concreto submetido àquilo que Alexy chama de “pretensão de correção”.

De acordo com João Maurício Adeodato (2012, *e-book*), a “pretensão de correção” consiste, para Alexy, em um elemento moral qualificativo do Direito, capaz de incidir não apenas nas decisões judiciais, mas também em toda a ordem jurídica¹²⁵. A partir dessa ideia, caberia ao intérprete do caso concreto, tomar a decisão mais adequada, moralmente, para sua resolução.

O problema, como aponta Adeodato (2012, *e-book*), é que conceitos como “direito” e “moral” são complexos e retóricos, cuja definição acaba por tornar-se exclusivamente casuística. Nessa perspectiva, esvaziados ou multiplicados esses conceitos, a correção da decisão judicial fica relegada ao “tudo”, ao “nada” ou a “qualquer coisa”, deixando-se habitar pela discricionariedade¹²⁶.

Se, no âmbito geral, a crítica à “pretensão de correção” está relacionada à possibilidade de exercício ilimitado da atividade decisória, no contexto do Direito Processual Penal brasileiro as decisões do Supremo Tribunal Federal evidenciam como esse “juízo de correção” nada mais é que uma análise feita caso a caso com fundamento em conceitos amplos e discricionários.

Ainda, após analisar, empiricamente, centenas de julgados da Suprema Corte¹²⁷ que adotam, como fundamento, o princípio da proporcionalidade e o método de ponderação proposto por Alexy, Fausto Morais (2018) destacou como a aplicação do referido princípio estaria fundada, em todos os casos, em um “juízo de correção” (ou “pretensão de correção”):

No caso Ellwanger (HC 82.424/RS), a punição do paciente seria adequada e necessária e proporcional, portanto, diante da proteção de uma sociedade pluralista, sendo *correto* o reconhecimento da criminalização da conduta como racista e a sua imprescritibilidade.

¹²⁵ Acerca da “pretensão de correção”, explica João Maurício Adeodato (2012, *e-book*) que a teoria do discurso de Alexy vincula o direito e a moral, “tanto no sentido que denomina ‘classificante’ quanto no ‘qualificante’ ou ideal. Um argumento é classificante quando afirma que uma norma X não poderá sequer ser considerada jurídica se não preencher determinado critério moral. Um argumento é qualificante quando admite que uma norma X, que não preenche determinado critério moral, pode ser considerada jurídica, mas será uma norma defeituosa, incorreta, injusta”.

¹²⁶ Em um âmbito geral, constata João Maurício Adeodato que é impossível se separar, analiticamente, aquilo que é “bom” ou “mau” no que concerne ao direito (Adeodato, 2023, p. 107). A afirmação pode parecer demasiado incisiva, mas precisa ser considerada porque, ainda que as pretensas “certezas éticas” sobre aquilo que é “bom” ou “mau” sejam instintivas, porquanto condições antropológicas humanas, não estão apoiadas em dados empíricos e, por isso, dão margem à uma constante luta pelas “verdades” defendidas por cada um (Adeodato, 2023, p. 108).

¹²⁷ O autor destaca, porém, que a utilização da proporcionalidade como recurso performático hábil a definir a decisão mais “correta” ou “mais justa” não é exclusividade nacional, podendo ser identificada em decisões de tribunais estrangeiros como o alemão, o estadunidense e até a Corte Europeia de Direitos Humanos (Morais, 2018, p. 210). Em todas essas jurisdições, o problema residiria na mesma “dificuldade de compreender como que se estabeleceria naquele caso concreto a relação entre a decisão e o modo-de-ser-do-Direito, impedindo, pela falta dessa condição intersubjetiva, um juízo mais acurado sobre a correção” (Morais, 2018, p. 211).

Diante da discussão sobre as prisões preventivas, por vezes, determinadas abstratamente pelo legislador, posicionou-se o STF quanto a sua (in)correção diante dos princípios da presunção de inocência e da individualização da pena. O *correto* seria restringir a prisão preventiva àqueles casos tradicionalmente considerados como necessários, previstos, nesse sentido, pelo artigo 312 do CPP. Ainda como condição para a *correção* da prisão preventiva, deveria o juízo fundamentar a existência dos requisitos no caso concreto, demonstrando, pois, a legitimidade da prisão decretada. E nas decisões que aplicavam penas e definiam a dosimetria? Boa parte das decisões do STF entendiam que a aplicação da pena estava *correta*, tendo o Poder Judiciário bem apreciado as circunstâncias concretas do caso. Todavia, nas poucas decisões que concederam ordem de *habeas corpus* ou proveram recursos, identificaram a (in)correção. Eram as penas e a sua fixação nos casos concretos proporcionais ou desproporcionais. Mesmo tendo o STF uma posição universal sobre os requisitos corretos para aplicação do princípio da insignificância, nos casos concretos apreciados, verificou se era proporcional o Estado continuar com a persecução penal naqueles casos estudados. Ou seja, seria *correto* o Estado criminalizar aquelas condutas? (Morais, 2018, p. 203, grifos do autor).

Segundo o autor (Morais, 2018, p. 208), a dogmática jurídica brasileira, ao enfrentar o tema da proporcionalidade, não o encara com a devida seriedade e, sobretudo, de forma crítica.

É por isso que passam incólumes decisões que, fundamentadas na proporcionalidade, incorrem em graves equívocos como a “(re)visão da teoria da dosimetria, estabelecendo a equivalência punitiva entre o furto e o roubo, no caso em que a qualificadora do concurso de agentes é aplicada”, ou a permissão da prisão “com utilização de algemas, se dê independentemente da fundamentação da necessidade”

Além disso, conforme escreve Moraes, a “pretensão de correção” como método decisório implica na ausência de controle sobre o poder discricionário judicial. Para o autor: “Em outras palavras, o controle do poder é um dos pilares da democracia e, para tanto, não poderia o intérprete tratar o Direito como um ente metafísico, fazendo sua própria leitura do que venha a ser” (Morais, 2018, p. 212).

À falta de controle apontada por Moraes somam-se as lições de Thiago Bottino do Amaral (2007, p. 124), para quem as decisões judiciais brasileiras, na decisão de conflitos e colisões normativas, tem dispensado o rigor metodológico imprescindível para a atuação jurisdicional.

Nos campos do Direito e do Processo Penal, especificamente, aduz Amaral (2007) que os juízos de ponderação ou proporcionalidade não enfrentam a importante reflexão sobre suas consequências, deixando a tutela dos direitos fundamentais à margem do casuísmo judicial.

Ocorre que, quando lançados às mãos do Estado – aqui, em sua face jurisdicional –, os direitos fundamentais costumam ser relativizados em detrimento dos direitos coletivos.

Exemplos concretos dessa relativização são postos por Barroso e Cavali (2021, p. 374-375), que, ao comentarem os julgados do Supremo Tribunal Federal¹²⁸, consideram que a não autoincriminação deve se adequar à garantia estatal da persecução penal. Os autores mencionam situações como a realização de exame de DNA em material colhido da placenta de gestante, mesmo sem sua autorização, com o objetivo de investigar se havia sido vítima¹²⁹ de estupro por parte de policiais federais na unidade prisional em que se encontrava detida ou se havia praticado o crime de denunciação caluniosa.

Além disso, destacam que a Corte já decidiu ser legítima a realização de prova pericial, sem autorização da pessoa envolvida, sobre seu material genético e impressões digitais deixadas em objeto que fora, posteriormente, coletado pelas autoridades policiais¹³⁰. Em ambos os casos, a máxima expressão da justiça e do bem comum teria sido atingida, ainda que mediante o sacrifício de direitos individuais.

Assim como decidiu o Supremo Tribunal Federal nas situações acima mencionadas, os autores reconhecem a viabilidade de exercícios de ponderação e juízos de proporcionalidade quando a garantia individual é posta em conflito com os direitos coletivos tutelados pelo Estado. Sobre o tema, escrevem Barroso e Cavali:

Se não pode exigir a colaboração ativa do suspeito, cabe ao Estado acusador produzir as provas necessárias para a demonstração da sua responsabilidade penal. E deve fazê-lo de modo proporcional, respeitando o núcleo essencial dos direitos fundamentais dos acusados e ponderando seus limites externos com o dever de proteção dos bens jurídicos das vítimas e da sociedade (Barroso; Cavali, 2021, p. 374-375).

Vale ressaltar que até mesmo nos casos em que o Supremo Tribunal Federal, ao proceder com a aplicação da proporcionalidade, decide pela prevalência do interesse privado sobre o

¹²⁸ “Conforme o voto do Min. Sepúlveda Pertence, considerou-se haver, no caso, ‘mínima invasão da privacidade da reclamante, representada por um exame não invasivo em resíduo biológico de seu parto’ (Rcl 2.040 QO, ReI. Néri da Silveira, Tribunal Pleno, j. 21.02.2002)”. (Barroso; Cavali, 2021, p. 375). Necessário registrar, todavia, o voto divergente proferido pelo Ministro Marco Aurélio Mello, para quem a coleta do material genético sem o consentimento da gestante violaria o respeito à sua integridade física e moral e teria potencial de violar a não autoincriminação: “E a integridade moral da extraditanda, pelo mal-estar causado, pela contrariedade à sua vontade no tocante ao conhecimento da paternidade do filho, estará solapada com a diligência que será feita, abrindo-se porta, como afirmi, para, à mercê da placenta, conseguir-se a condenação da extraditanda por calúnia, uma vez não elucidada a paternidade por servidor público” (BRASIL, 2002, p. 236).

¹²⁹ A hipótese se amolda à perspectiva de sobrevitimização no processo penal, conforme leciona Flaviane Barros (2008, p. 100), compreendida como “aquela gerada a partir da atuação dos órgãos responsáveis pelo controle social, incluindo todo o aparato policial, que receberá os primeiros reclamos relacionados à vítima, até os sujeitos que participarão do processo penal: juízes, Ministério Público, peritos oficiais e serventuários da justiça”.

¹³⁰ Em outro precedente a respeito da coleta de materiais biológicos já destacados do corpo humano, decidiu-se pela possibilidade de utilização de saliva e impressões digitais constantes em copos e colher utilizados pelo suspeito, a fim de subsidiar investigações relacionadas a crimes sexuais, homicídio e roubo. Reputou-se legítima ‘a realização de exames periciais em objetos pessoais do investigado, sem que se exija colaboração ativa do alvo da apuração’ (HC 134.027, ReI. Min. Edson Fachin, j. em 13.04.2016)”. (Barroso; Cavali, 2021, p. 375).

público, a não autoincriminação se mostra mitigada em face de outros princípios constitucionais.

Ao coletar dados referentes a decisões judiciais relacionadas à matéria derivados de decisões proferidas no Brasil e nos Estados Unidos a respeito da possibilidade de coleta de dados em aparelhos celulares apreendidos durante prisões em flagrante, Rafael França (2023, p. 1.408) concluiu que, enquanto o Suprema Corte estadunidense veda tal conduta com base na não autoincriminação, o Supremo Tribunal brasileiro adota como fundamento para a proteção das pessoas imputadas o princípio da privacidade – cujo âmbito de proteção está mais próximo do Direito Civil que Penal.

Na Alemanha, país de origem do modelo de ponderação proposto por Alexy, as decisões do Tribunal Constitucional Federal que dirimem conflitos entre a não autoincriminação e o direito coletivo à segurança pública com base no princípio da proporcionalidade são alvo de críticas. Para Claus Roxin (2008, p. 57), ao confrontar com o princípio do *nemo tenetur se detegere* a gravidade do delito e suas dificuldades probatórias, a Corte acaba por relativizá-lo e limitá-lo à sua mínima expressão: o rechaço à tortura.

O autor comenta uma das decisões do BVerfG em que foi adotada proporcionalidade como critério de decisão entre a não autoincriminação e o interesse do Estado na investigação criminal. Narra Roxin (2008, p. 61-62) que, enfrentando dificuldades para obter a confissão de uma pessoa imputada, a polícia induziu um de seus amigos a lhe telefonar e, durante a conversa, tratar sobre os fatos delituosos. A ligação, que havia sido feita direto da delegacia, estava interceptada e foi gravada pelas autoridades, que, finalmente, obtiveram as declarações incriminadoras que buscavam.

O Tribunal, ao enfrentar o caso, se dividiu: parte negou a legitimidade da conversa como prova, em aplicação ao princípio da não autoincriminação; parte considerou que o direito à não autoincriminação da pessoa imputada não foi violado, na medida em que se expressou livremente para o amigo na ligação telefônica.

Submetido ao Pleno do Tribunal, o caso foi resolvido com base na proporcionalidade: apesar de reconhecer que o procedimento adotado pela polícia foi duvidoso e desleal, o BVerfG admitiu sua utilização, em caráter excepcional, quando os fatos investigados fossem graves e desde que inexistissem outros meios de obtenção de prova no mesmo nível de complexidade e eficiência.

As decisões acima mencionadas, seja no âmbito do STF seja no do BVerfG, são demonstrações concretas da indissociabilidade entre o método da ponderação, a relativização de direitos fundamentais e a discricionariedade judicial.

Esse vínculo é reconhecido pelo próprio Alexy (2008, p. 611), quando escreve que, por não serem os direitos fundamentais “um objeto passível de ser dividido de uma forma refinada que inclua impasses estruturais – ou seja – impasses reais no sopesamento –, de forma a torná-los praticamente sem importância”, existe “uma discricionariedade para o sopesar, uma discricionariedade tanto do legislativo quanto do judiciário”.

Evidenciam, ainda, verdadeiro lapso de democraticidade, que desconsidera os direitos fundamentais como conquistas histórico-teóricas da humanidade, mas os submete ao subjetivismo e à discricionariedade dos julgadores, isto é, ao decisionismo.

Para Luigi Ferrajoli (2012, p. 46), considera-se decisionismo o “efeito da falta de fundamentos empíricos precisos e da conseqüente subjetividade dos pressupostos da sanção nas apropriações substancialistas e nas técnicas conexas de prevenção e de defesa social”. Tal modelo de juízo penal abandona o juízo cognitivo e, em sua natureza autoritária, se fundamenta “muito mais na autoridade do juiz do que à verificação empírica dos pressupostos típicos acusatórios” Ferrajoli (2012, p. 47).

Nas lições de Ana Cláudia Pinho (2021, *e-book*), o decisionismo é incompatível com a interpretação e a aplicação da Constituição, assim como com a concretização de direitos fundamentais que não permitem ao julgador “que diga o que queira, deixando ao alvedrio de sua consciência, de seu pensamento racional (e racionalizante) a tentativa de ‘descobrir’ os sentidos dos princípios”.

Nesse mesmo sentido, escreve Rosemiro Leal (2018, p. 28) que “qualquer folga de conduta subjetiva ou flexibilização de vontade, pelo arbítrio ou discricionariedade, no exercício da função jurisdicional” fere a garantia de simétrica paridade do processo, circunstância notável quando do conflito entre direitos públicos e individuais, nos quais os primeiros prevalecem sobre os segundos pelo puro e simples solipsismo do decisor.

Demonstram, por fim, como o instrumentalismo e a indistinta adoção da proporcionalidade como critério decisor desnaturam o processo para uma perspectiva neoliberal, que busca a promoção do direito coletivo à segurança pública mediante redução do papel do cidadão ao de mero consumidor de produtos do Estado e, ao mesmo tempo, reduz o ideal democrático à mera eficiência da prestação jurisdicional.

A compreensão sobre os reflexos dessa perspectiva neoliberal sobre o processo, por sua vez, tem como pressuposto o fato de que o neoliberalismo não pode ser compreendido apenas como uma política econômica¹³¹ ou uma ideologia, mas como a base para a construção política

¹³¹ A ligação entre os modelos processuais e a organização socioeconômica e, especialmente, política dos Estados na Modernidade é analisada por Dierle Nunes, Alexandre Bahia e Flávio Pedron (2020, p. 106-113). No âmbito

de uma sociedade e toda sua racionalidade (Dardot; Laval, 2016), estabelecida a partir de um modelo de mercado que passa a legitimar e a guiar todo o modo de governar do Estado (Andrade; Cortês; Almeida, 2021, p. 1), atingindo na mesma medida as instituições e a vida dos sujeitos que passam a ser disciplinados em mente e corpo pela razão neoliberal (HAN, 2018).

Nos sistemas processuais, a perspectiva neoliberal tem como principal característica a limitação sobre a ótica da produtividade, a partir da qual os princípios constitucionais – entre eles, a não autoincriminação – se tornam meras formalidades, a serem utilizadas apenas para que o processo seja “eficiente”¹³² (Nunes; Bahia; Pedron, 2020, p. 112). Nessa lógica, a “eficiência” é medida por critérios quantitativos de custo-benefício (Moura; Bolzan de Moraes, 2017, p. 185), jamais qualitativos¹³³.

Especificamente, no sistema processual penal, a perspectiva neoliberal se alinha às práticas emergenciais (discutidas no item 2.3 da tese) e ao discurso repressivo que só faz reforçar uma visão do processo como meio de impor punições severas àqueles que violam a norma penal, em adesão ao ideal economicista de “eficiência” – este, representado por todos os custos enfrentados pela pessoa imputada que se justificam em face de qualquer dos benefícios sociais alcançados pela persecução penal (Casara; Prado, 2018, p. 197).

Seja como consequência da instrumentalização do processo e suas garantias, seja em decorrência da irrefletida aplicação do princípio da proporcionalidade e da lógica neoliberal, a tradição brasileira no tema da não autoincriminação põe em risco este tão importante direito individual. Foge, além disso, ao contexto de atuação da liberdade em favor do indivíduo – no Estado e perante o Estado –, conforme preceitua Gonçalves (1992, p. 163).

Pelo contrário, sempre que inserida no Estado e perante o Estado, a não autoincriminação é reconhecida como obstáculo ao direito coletivo à segurança pública, ou seja,

do neoliberalismo, os autores pontuam que, a partir da década de 1980, o Brasil e outros países da América Latina passaram a ser pressionados por órgãos financeiros como o Banco Mundial e o Fundo Monetário Internacional a adotarem práticas neoliberais que tornavam inconveniente “o uso do aparato jurisdicional e do processo como instituto de participação e controle da função estatal”. Diante disso, tornou-se necessária a “criação de um modelo processual que não oferecesse perigos para o mercado, com o delineamento de um protagonismo judicial muito peculiar, em que se defenderia o reforço do papel da jurisdição e o ativismo judicial, mas não se assegurariam as condições institucionais para um exercício ativo de uma perspectiva socializante ou, quando o fizesse, tal não representaria um risco aos interesses econômicos e políticos do mercado e de quem o controla”.

¹³² O discurso de matriz eficientista, conforme destacam Marcos Eugênio Melo e André Sampaio (2024, p. 9), encontra justificativa na doutrina de Frederick Hayek e no pensamento econômico da Escola Austríaca, que criticam o modelo democrático ilimitado, considerando-o distante dos preceitos de liberdade individual, e argumentam que o Estado de bem-estar social é prejudicial à essência democrática que se identificaria no mercado.

¹³³ Sendo a quantidade mais importante que a qualidade, as decisões judiciais passam a ser indiferentes à complexidade dos processos, adotando *standards* decisórios e aplicando, massivamente, modelos de peças jurídicas. Nesse sentido: Abath, 2015.

um empecilho que favorece a criminalidade e prejudica a atuação estatal em prol da tutela da segurança coletiva.

Não por outro motivo, referido direito fundamental encontra severas restrições em seu espectro de abrangência, conforme se demonstrará no próximo capítulo, que acabam por demandar uma (re)leitura constitucionalizada.

5 POR UMA (RE)LEITURA DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO

Neste quinto capítulo, a tese se ocupa de demonstrar como a não autoincriminação tem sido orientada no Brasil – a exemplo do que ocorre nos países de tradição jurídica anglo-saxã – por tendências de limitação. Seja a literatura jurídica, seja as decisões judiciais, reconhecem a viabilidade de supressão do direito fundamental quando confrontado com os direitos coletivos à segurança pública.

Ocorre que, assim como o âmbito de proteção deste direito fundamental não pode permanecer ilimitado e absoluto, sob pena de atingir um nível expansivo elevado à absolutização, também “suas restrições não podem ser ilimitadas sob pena de levarem à supressão da norma fundamental” (Zanoide de Moraes, 2010, p. 310).¹³⁴

Efetivamente, para os fins do presente trabalho, a proposta é de abandonar qualquer concepção idealizada da não autoincriminação – tanto aquela limitadora, que impõe obstáculos à sua vigência em todas as hipóteses de conflito com o direito coletivo à segurança pública, quanto aquela absoluta. Pretende-se, nesse sentido, garantir a coexistência da não autoincriminação com o nível de exposição à que se sujeitam todas as pessoas quando em contato com as tecnologias.

Diante dessa realidade, será apresentada a hipótese de que, no processo constitucionalizado, a não autoincriminação como direito fundamental deve se aperfeiçoar ao modelo constitucional de processo e ser contextualizada na virada tecnológica processual, estendendo sua tutela ao invés de limitá-la e servindo como contramedida frente ao contexto emergencial do Processo Penal, incrementado pelas tecnologias próprias à *cyber-surveillance*, conforme exposto nos capítulos anteriores.

Sendo assim, o presente capítulo enfrenta o principal desafio proposto pela tese: afinal, como expandir o âmbito de proteção de um direito fundamental à medida que se ampliam os métodos ocultos de investigação adotados pelo Estado na era da *cyber-surveillance*? A resposta, em consonância com a hipótese traçada pela pesquisa, demanda uma compreensão sobre o papel do processo penal e perpassa o marco teórico adotado – o modelo constitucional de processo, inserido na perspectiva da virada tecnológica no processo.

¹³⁴ Maurício Zanoide de Moraes (2010, p. 310) promoveu esta análise em trabalho dedicado à presunção de inocência, demonstrando que também em relação a tal direito se justifica a preocupação com o excesso de restrições.

5.1 Os limites à não autoincriminação e sua incompatibilidade com a Constituição

Mesmo abrangendo – majoritariamente – o direito de não produzir provas contra si, a não autoincriminação continua a despertar incômodo naqueles que a consideram passível de utilização pela pessoa envolvida em fatos penais como meio de dificultar ou impedir a reprovação do ilícito.

Verifica-se, nesse raciocínio, que a não autoincriminação constitui um verdadeiro paradoxo: ao mesmo tempo que garantida pela lei e festejada por autores e autoras, se vê constantemente restringida para não alcançar a plenitude.

Tamanho esforço em atribuir uma valoração negativa ao conteúdo de um direito fundamental fez com que a os textos jurídicos desenvolvessem uma divisão categórica em relação à não autoincriminação entre condutas passivas e ativas. Seriam passivas as condutas que não dependessem de ação por parte da pessoa envolvida, enquanto se caracterizaram como ativas aquelas condutas omissivas ou comissivas que dependessem da pessoa envolvida para a produção probatória.

No Direito Processual Penal, a primeira referência brasileira que se encontra a respeito dessa divisão é promovida por Queijo na primeira edição da obra “O direito de não produzir prova contra si mesmo”, lançada em 2003 e atualizada em 2012, que conta com vasta revisão bibliográfica estrangeira. Ao escrever sobre o “problema” que envolve o *nemo tenetur se detegere*, o direito à prova e a busca pela verdade, a autora parte da premissa de que “é inegável que o princípio [...] representa barreira à atividade investigatória e probatória ilimitada por parte do Estado” (Queijo, 2012, p. 285).

Para Queijo, a contrariedade se situaria entre dois extremos: se sobreposto, de todas as formas, o interesse público na persecução penal, haveria por parte do Estado um direito ilimitado à prova, que se justificaria pela busca da verdade a qualquer preço. Por outro lado, prevalecendo em absoluto o direito individual, “a persecução penal estaria voltada ao fracasso” (Queijo, 2012, p. 287).

Defende a autora, porém, que o contraste identificado entre os interesses público e pessoal seria apenas aparente. Segundo Queijo (2012, p. 288), “há também interesse público na construção de um processo penal ético”, sendo essencial “buscar-se solução que harmonize ambos os interesses, que são na realidade públicos”. Diante disso, sintetiza a autora que “não poderá ser inviabilizada a persecução penal, pelo reconhecimento de direitos fundamentais ilimitados, inclusive o *nemo tenetur se detegere*, não será admissível também que o referido princípio seja aniquilado” (Queijo, 2012, p. 289).

Assim, em relação às provas que dependem passiva ou ativamente da cooperação do acusado para sua produção, Queijo (2012, p. 289-307) propõe uma subdivisão entre as categorias que implicariam ou não intervenções corporais invasivas ou não invasivas.

As provas que implicam, invasivamente, a intervenção corporal, seriam aquelas que demandam a introdução de objetos – como agulhas ou câmeras – no corpo da pessoa periciada, bem como a retirada de partes do seu corpo para fins de análise pericial – como a extração de unhas ou fios de cabelo; já as provas realizadas mediante intervenção corporal não invasivas seriam aquelas que independem da introdução de quaisquer objetos ou da retirada de quaisquer partes do corpo da pessoa periciada, tais como exame de urina, coleta de DNA feita com *swab* (haste) estéril ou análises dactiloscópicas; por fim, as provas realizadas sem intervenções corporais seriam aquelas nas quais a participação do indivíduo não implicaria repercussões sobre seu corpo, apesar de dependerem da sua cooperação, tais como o reconhecimento¹³⁵, a acareação, a reconstituição do fato e o exame grafotécnico.

Diante dessa divisão, Queijo (2012, p. 411-419) sugere as seguintes soluções para harmonizar interesses públicos e individuais: naquilo que se refere às provas produzidas mediante intervenção corporal, entende a autora que somente poderiam ser realizadas com o consentimento da pessoa periciada, o qual não poderia ser suprido por autorização judicial. Assim, caso alguém recusasse a extração de seu sangue para comparação com fluidos encontrados em um local de crime, estaria amparado pela não autoincriminação e não poderia ser compelido a fazê-lo, sob pena de ilicitude da prova.

Para as provas produzidas mediante intervenções corporais não invasivas, aduz a autora que poderiam ser realizadas mesmo sem o consentimento da pessoa envolvida, desde que mediante autorização judicial. Na hipótese, então, de uma prova relacionada à coleta de DNA para comparação com fluidos encontrados em local de crime, a pessoa não poderia recusar-se a abrir a boca, considerando a existência de ordem judicial que a obriga a contribuir com a obtenção da prova.

Já as provas produzidas com a cooperação da pessoa envolvida no fato penal e sem intervenções corporais, seria ela obrigada a cooperar com sua produção, mesmo que sem consentimento, independentemente da existência de autorização judicial. As autoridades

¹³⁵ Para Queijo (2012, p. 299-301), o reconhecimento seria uma forma de cooperação passiva da pessoa acusada, na medida em que não implicaria um *facere*, ou seja, não pressuporia nenhuma ação por parte de quem é imputado. Todavia, pondera Gabriela Córdoba (2005, p. 283, tradução nossa) que, até mesmo para o reconhecimento, a cooperação da pessoa acusada exige a adoção de determinadas posturas ativas, tais como “que se mantenha de pé, erguido e de frente para que a testemunha que tenha que identificá-lo ou reconhecê-lo tenha a oportunidade de fazê-lo”. (No original: “*que se mantenga de pie, erguido y de frente para que el testigo que tenga que identificarlo o reconocerlo tenga la oportunidad de hacerlo*”).

policiais, por exemplo, poderiam obrigar uma pessoa a fornecer seus padrões gráficos, a fim de que sejam submetidos a exame grafotécnico.

Veja-se que, nessa lógica, a ideia de equilibrar a não autoincriminação com o direito coletivo à segurança pública nada mais é que a limitação do direito individual em face do coletivo.

Por mais que seja revestida de subsídios do Direito estrangeiro e que busque uma garantia de legalidade por meio do controle jurisdicional, os limites propostos pela autora continuam sendo tão próprios do modelo de Estado Social, quanto incompatíveis com a processualidade constitucional – não passam, então, da tentativa de trazer uma “nova maquiagem à velha senhora”¹³⁶.

Efetivamente, interpretações restritivas acerca do conteúdo da não autoincriminação, nas sociedades em que a brutalidade como principal ferramenta de investigação foi superada por outros meios de obtenção de provas, lhe atribuem caráter meramente simbólico.

Limitar o *nemo tenetur se detegere* à proibição de torturas, permitindo que as demais provas sejam extraídas da pessoa – com ou sem sua participação ativa – significa perpetuar o arbítrio do Estado que, assumindo novas formas de atuação, mantém suas práticas violadoras de direitos fundamentais.

A temática das intervenções corporais também foi objeto de análise por Haddad (2005), apesar de não promover o autor uma expressa subdivisão entre condutas ativas e passivas por parte da pessoa na produção de provas.

No início de sua exposição sobre o assunto, Haddad (2005, p. 301) é certo ao escrever que “[n]ão é princípio inserto na Constituição que tenha a verdade de ser investigada custe o que custar, tampouco represente o esclarecimento e punição dos crimes, incondicionalmente, o interesse preponderante do Estado”. Embora reconheça o fato de que a Constituição assegura o direito à não autoincriminação e, por outro lado, nada diz sobre a prevalência do interesse público na persecução penal, pontua o autor que existem hipóteses nas quais as intervenções corporais seriam admitidas.

Segundo Haddad (2005, p. 324), apesar de ser a não autoincriminação forma de assegurar à pessoa a plena liberdade de autodeterminação, seria inverídico o argumento de que

¹³⁶ Essa expressão serve como subtítulo de artigo de Luíz Augusto Sanzo Brodt (2010) relacionado com a temática dos crimes sexuais na égide das alterações promovidas pela Lei nº 12.015/2009 no Código Penal. Apesar de não se relacionar, em conteúdo, com o presente estudo, a crítica central pode ser aqui aproveitada: o fato de serem propostas mudanças, ainda que fundamentadas nas melhores das intenções, não garantem que o resultado atingido seja idêntico ao pretendido, até porque se configura impossível em muitos casos.

as intervenções corporais suprimem a liberdade de autodeterminação e, por isso, transformam a pessoa em objeto de prova. Afirmo o autor que:

Se no procedimento inquisitório o acusado era, exclusivamente, objeto de prova, o pensamento liberal que passou a informar o processo penal garantiu-lhe a posição de sujeito, sem contudo, apagar o aspecto probatório que o envolvia. O acusado é, sempre foi e, provavelmente, nunca deixará de ser objeto de prova. A evolução se nota na civilidade dos meios para usufruir desse objeto. Isso não lhe reduz o status de sujeito no processo ou subtrai direitos e garantias. Apenas responde a uma necessidade de apuração dos fatos (Haddad, 2005, p. 327).

O autor defende, nesse sentido, que o Estado “tem o poder de agir com o emprego de força para colher provas e assegurar a aplicação da lei penal”, de modo que estruturar um direito “genérico de não suportar nenhuma diligência de prevenção, inquirição e de prova poderia deixar inermes as autoridades encarregadas da persecução penal no desempenho de legítimas atividades de proteção da convivência e da segurança social” (Haddad, 2005, p. 308).

Portanto, qualquer contrariedade entre a não autoincriminação e o direito do Estado de produzir provas no âmbito de investigações e processos criminais seria explicada “pela possibilidade de exercício de coação pelo Estado em relação a condutas que não se traduzem em um fazer, mas sim em um mero tolerar” (Haddad, 2005, p. 308).

Concretamente, apesar de se rechaçar seus argumentos pela simples vigência da Constituição de 1988 – que prevê a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito (artigo 1º, III), sem alçar o *ius puniendi* ao mesmo *status* – é preciso reconhecer que não há, no mencionado posicionamento teórico, nenhuma tentativa de disfarçar uma prática tipicamente inquisitiva – pelo contrário, admite-se sua raiz inquisitorial e a ausência de previsão constitucional, fazendo clara opção por um modelo de Estado autoritário na medida em que seria o único capaz de atuar no combate à criminalidade.

Por seu turno, Marcelo Albuquerque (2008, p. 69-90) defende que a não autoincriminação deve ser ilimitada em sua clássica manifestação – o interrogatório¹³⁷ – e nas práticas dele decorrentes, tais como a acareação e a reconstituição simulada do crime.

Para as demais provas que dependam da contribuição da pessoa envolvida, o autor afirma – “em nível de especulação, evidentemente, porque faltam dados para tanto – que o afastamento da garantia da não auto-incriminação em relação às demais provas acabaria por fortalecê-la em relação ao interrogatório”, considerando que, com “maior liberdade probatória e mais recursos para se comprovar a existência do crime e de sua autoria, por meio de provas

¹³⁷ Com a ressalva de que, segundo Albuquerque (2008, p. 86), a primeira parte do interrogatório – consistente na qualificação da pessoa acusada – não estaria sujeita à não autoincriminação.

muito seguras, a confissão tornar-se-ia, na prática, cada vez mais dispensável” (Albuquerque, 2008, p. 95). Consigna o autor:

[E]ntendemos mesmo insustentável que a garantia não auto-incriminação, por si só, seja um obstáculo à produção de qualquer prova, só podendo sê-lo na medida em que cumpra suas finalidades protetivas, o que só ocorrerá no interrogatório – antes por razões históricas e hoje, sobretudo, por sua consagração como meio de defesa –, na acareação e na reconstituição simulada dos fatos, sob pena de prejuízo à autodefesa exercida no interrogatório ou de violação despropositada e desproporcional a direitos fundamentais, em especial a liberdade de consciência [...]. Nas demais provas em que se possa vislumbrar a necessidade de alguma contribuição do sujeito passivo, pensamos que sua recusa jamais possa escudar-se na cláusula *nemo tenetur se detegere*, porque tal opção, além de se afastar bastante do que consta dos textos legais, só encontra amparo em construções hermenêuticas extremamente frágeis, que não resistem à força de argumentos, doutrinários e da jurisprudência internacional [...]. (Albuquerque, 2008, p. 95).

Assim como Queijo (2012), Albuquerque (2008, p. 99) promove uma divisão entre as provas não invasivas e as invasivas. Para o primeiro grupo, o autor compreende que os direitos fundamentais sequer são, minimamente, violados, de modo que não haveria finalidade protetiva na incidência da não autoincriminação. Afinal, “[q]uando chamado a participar do processo, o indivíduo acumula uma série de ônus e deveres, entre os quais o de acatar o que for determinado pelo Estado, enquanto esse age de forma legítima e respeitadora dos direitos fundamentais de seus cidadãos” (Albuquerque, 2008, p. 100).

A título de exemplo, o autor trata da hipótese de obrigação da pessoa envolvida em fatos penais de realizar exame pericial grafotécnico, circunstância na qual não haveria “nada de vexatório, humilhante, nem mesmo de desconfortável no ato de escrever o que se é ordenado pela autoridade” (Albuquerque, 2008, p. 104).

Faz, ainda, referência a Eugênio Pacelli de Oliveira (2004), para quem inexistiriam motivos hábeis a justificar a recusa da pessoa em fornecer seus padrões gráficos com o propósito de serem examinados¹³⁸:

Não há razão alguma para o não fornecimento de padrões gráficos para a realização de um exame pericial grafotécnico. Em primeiro lugar, porque a diligência, em nenhum momento, poderia atingir qualquer direito fundamental do acusado; no particular, não se pode argumentar que ele estaria sendo tratado como culpado, pois, fosse assim, sequer poderia haver instauração de ação penal. Essa, por si só, já atinge o estado de dignidade da pessoa. Não obstante, a persecução penal é perfeitamente justificada e por diversos fundamentos. Em segundo lugar, é de se notar que o material fornecido, além de não causar qualquer dano ao acusado, deverá se submeter ainda à

¹³⁸ O entendimento de Eugênio Pacelli de Oliveira, ainda que exarado em 2004, continua sendo sustentado pelo autor. Veja-se, nesse sentido, trecho de seu “Curso de Processo Penal” (Oliveira, 2017, *e-book*): “Assim, não vemos também como acatar a decisão antes mencionada, da Suprema Corte, acerca da exigência de fornecimento de padrões gráficos. Não enxergamos como a coleta de manuscrito de alguém pode afetar quaisquer dos valores protegidos pelo princípio da não autoincriminação ou do direito ao silêncio, parecendo-nos exorbitante do âmbito de proteção da norma constitucional a referida decisão”.

prova judiciária, podendo o acusado sobre ela exercer o direito ao contraditório e à ampla defesa (Oliveira, 2004, p. 213).

Quando da análise acerca das provas invasivas, Albuquerque (2008, p. 108) chama a atenção para o fato de que nem todas as provas invasivas estão, necessariamente, relacionadas a intervenções corporais, como a extração de sangue. Por isso, compreende como igualmente invasivas as provas que se efetivam por meio de ingerência na pessoa envolvida, notadamente as buscas e apreensões e as interceptações telefônicas.

De acordo com Albuquerque (2008, p. 110), por vezes, a invasão do domicílio da pessoa por agentes do Estado pode ser mais traumática e agressiva que a simples “extração de uma ampola de sangue”. Até mesmo pela semelhança traçada pelo autor, é possível vislumbrar o ponto que pretende atingir com seu raciocínio: “se nem a busca e apreensão e nem a interceptação telefônica dependem de anuência do investigado/acusado [...], não há fundamento para que tal anuência constitua exigência para a realização de outras provas invasivas”.

Seja para aquilo que considera provas não invasivas, seja para as invasivas, parece patente a incompatibilidade dos limites estipulados por Albuquerque (2008) à não autoincriminação para com as garantias processuais constitucionais.

Primeiro, porque, independentemente de lesar ou não lesar algum dos direitos fundamentais, como a integridade física, a imposição de obrigatoriedade na participação da produção de provas inculpatórias caracteriza, por si só, violação ao *nemo tenetur se detegere*.

Segundo, porque o fato de prever o ordenamento jurídico meios ocultos de obtenção de provas não torna menos abusiva a coerção da pessoa à realização de provas em seu desfavor. Pelo contrário, apenas reforça a ideia de que, no âmbito da processualidade democrática, nenhum autoritarismo ou excesso é tolerado: nem durante o cumprimento de mandados de busca e apreensão, nem durante interceptações telefônicas, nem na determinação de exames corporais sem consentimento.

Partidário das restrições ao princípio da não autoincriminação, ao argumento de que nunca constitui razão definitiva, Marteleto Filho (2012, p. 86) é outro que trabalha com categorias para o que considera ser o âmbito de proteção do *nemo tenetur se detegere*. Inicialmente, o autor promove a diferenciação entre os conceitos de cooperação ativa – que demanda um atuar positivo da pessoa – e passiva – quando é considerada objeto ou meio de prova.

Para a cooperação ativa, Marteleto Filho (2012, p. 87) consigna ser a não autoincriminação a regra, tendo em vista que a tutela da dignidade da pessoa humana “proíbe

qualquer exigência de atuação do acusado para que contribua com a produção da prova em seu desfavor”.

Entretanto, em relação à cooperação passiva, escreve que:

a doutrina e a jurisprudência alienígenas, tais como a alemã, a estadunidense, a portuguesa, a italiana e a espanhola vêm sustentando, com fundamento nas respectivas legislações, a admissibilidade de se compelir ao acusado a cooperar, passivamente, com a coleta de prova, sem que haja qualquer ofensa à garantia contra a autoincriminação (Marteleto Filho, 2012, p. 87).

Seria, de acordo com o autor, legítima a realização de intervenções corporais na pessoa envolvida, assim como a exigência de que esta participasse de reconhecimento pessoal, inspeções, buscas e registros pessoais.

Interessante perceber, nesse aspecto, o quão fácil é, para os autores e autoras aqui referidos, aceitar e defender a ideia de que a pessoa envolvida no fato criminoso, no Processo Penal, como objeto de prova, típica da inquisitorialidade¹³⁹. Em especial, quando se está diante do contexto emergencial de combate à criminalidade organizada, a limitação de direitos fundamentais – como a não autoincriminação – é vista como simples consequência, a ser enfrentada pelo indivíduo, diante da sofisticação de suas atividades.

É como se, apesar de reconhecido o autoritarismo por trás da objetificação da pessoa como fonte de provas, fosse possível relevar seus efeitos nefastos e sua incompatibilidade com a Constituição da República de 1988 em nome do direito coletivo à segurança pública. A ilegalidade é sabida e reconhecida, mas suplantada sempre que conveniente.

Relevante, ainda, notar a ineficácia da divisão entre condutas ativas e passivas, na medida em que existem comportamentos que podem ser interpretados, indistintamente, como ações ou omissões. Essa distinção, conforme leciona Gabriela Córdoba (2005, p. 285), é forçada e permite manipulações, motivo pelo qual não seria útil à delimitação sobre o que poderia ou não ser exigido por parte da pessoa envolvida.

Para comprovar sua hipótese, Córdoba menciona dois casos concretos: no primeiro, tratava-se de reconhecimento no qual as pessoas tentaram frustrar a realização da medida – fazendo “caretas”, ficando de costas ou abaixando a cabeça para evitar que seus rostos fossem vistos – e restaram obrigadas, pela autoridade policial, a manterem postura adequada durante a diligência.

¹³⁹ Essa não é uma exclusividade do Direito brasileiro. Em análise dos julgados da Corte Europeia de Direitos Humanos relacionados às intervenções corporais coercitivas, Maria Carvalho (2023) mostra que naquele Tribunal há uma tendência de autorizá-las mesmo diante da garantia à não autoincriminação. No mesmo sentido é o trabalho de Silvano a respeito da Corte Interamericana de Direitos Humanos (2017).

No segundo, a pessoa recusou-se a ser submetida a exame gástrico para a constatação de drogas no aparelho digestivo e foi obrigada pela autoridade policial a ingerir uma substância que provoca vômitos. Em ambos os casos, a depender da conclusão hermenêutica que se deseja atingir – mais individual ou mais coletiva – é possível interpretar as condutas como passivas ou ativas.

De acordo com Marteleto Filho (2012, p. 89), para além da divisão entre condutas ativas e passivas, existiria ainda uma terceira categoria, que não violaria o direito à não autoincriminação: os atos de cooperação inconscientes, definidos como aqueles obtidos por métodos ocultos, tais como as interceptações telefônicas e a infiltração de agentes.

O autor ressalta que a utilização de meios secretos para a obtenção de provas encontra diversos obstáculos de ordem ética, material e processual; mas compreende que, no contexto de emergência penal, acabam sendo necessários para o enfrentamento dos desafios lançados pela criminalidade organizada (Marteleto Filho, 2012, p. 169). Pontua o autor, nesse sentido, que, uma vez admitida a necessidade de se recorrer aos métodos ocultos, devem ser estabelecidos requisitos rígidos para sua produção, tais como a expressa previsão legal, a autorização judicial e a observância à proporcionalidade.

Aqui, percebe-se que o autor não enfrenta o problema indicado no item 2.3 desta tese, relacionado à banalização dos métodos ocultos. Marteleto Filho (2012, p. 170) admite que a ineficiência repressiva e o excesso de poder do Estado em face do particular são inaceitáveis e não podem causar a renúncia a princípios fundantes do Estado de Direito, mas considera a viabilidade da cooperação inconsciente para os casos em que, tamanha a gravidade da infração investigada, existam lei específica e autorização judicial que amparem a busca probatória sigilosa.

Novamente, sabe-se ser a medida incompatível com a democraticidade, mas opta-se por aceitá-la quando oportuna. Eis, aqui, o ponto nevrálgico: no emergencialismo penal, toda e qualquer medida capaz de abreviar o tempo da persecução penal e, com isso, efficientizar o combate à criminalidade, será sempre oportuna (Barros Bolzan de Moraes; Dalle, 2021, 97).

Então, se os fatos investigados constituem crime grave e de difícil produção probatória, melhor se extrair do sujeito a prova de sua culpa, ainda que, com isso, se desnature seu direito fundamental à não autoincriminação.

Outro autor que trata sobre os limites ao *nemo tenetur se detegere*, especificamente no aspecto da obrigação de sujeição a exames, é Marcelo Santiago de Moraes Afonso (2017), cujas principais fontes para o estudo do tema são as obras jurídicas e a legislação portuguesas. Diferentemente de outros autores, Afonso (2017, p. 106) reconhece que a pessoa envolvida nos

fatos penais é sujeita de direitos, e não objeto de prova, fazendo-o com fundamento nas lições de Jorge Figueiredo Dias (2004, p. 429), para quem isso “significa dizer, de forma geral, que deve ser assegurada a este uma posição jurídica que lhe permita uma participação constitutiva na declaração do direito no caso concreto”.

O fato de não constituir objeto de prova, porém, não impediria a sua sujeição medidas coercitivas, desde que devidamente previstas e demarcadas por lei e nunca dirigidas à extração de declarações ou outra forma de autoincriminação. Assim, para Afonso (2017, p. 106), tais medidas somente teriam lugar quando absolutamente necessárias, em respeito à legalidade e de acordo com o princípio da subsidiariedade. Seriam estes, pois, os limites à “coisificação” do indivíduo.

É curioso verificar, porém, que Afonso (2017, p. 107), apesar de aderir integralmente ao conceito traçado por Figueiredo Dias, faz a ressalva de que o ordenamento jurídico de Portugal prevê as hipóteses em que constituiria a colaboração junto às forças de segurança estatais um dever da pessoa envolvida em fatos penais – circunstância que não existe no Brasil e que é própria da metodologia inquisitorial (Giacomolli, 2015, p. 209).

Destaca, ainda, o fato de que existem, na legislação portuguesa, habilitações legais e densidade normativa suficientes, enquanto argumenta que, no Brasil, “[n]ão se tem efetuado [...] um juízo de ponderação que possa conduzir à conciliação da proteção da dignidade humana, o exercício do *nemo tenetur* e o resguardo dos interesses do Estado na persecução penal” (Afonso, 2017, p. 109).

Claramente, o argumento do autor não encontra amparo nas decisões do Supremo Tribunal Federal, que, em aplicação à ideia de conflito de interesses e mediante exercício de proporcionalidade (conforme crítica realizada no item 4.2.2), decidiu pela prevalência do direito coletivo sobre o direito individual à não autoincriminação em casos de extração coercitiva de material genético.

Da mesma forma, parece incoerente o raciocínio que admite a obrigação de sujeitar a pessoa envolvida em fatos penais a exames com fundamento no princípio da legalidade, mas com a base normativa de ordenamento jurídico diverso, com previsões próprias que não encontram correspondência na legislação nacional.

Na obra de Afonso (2017, p. 115), nota-se a associação – constante, apesar de equivocada – entre a tutela dos direitos fundamentais e práticas criminosas: defende que o *nemo tenetur se detegere* tem se tornado, no Direito brasileiro, uma barreira intransponível que permite a prática de crimes. Para o autor, exemplo prático da facilitação, pela tutela de direitos fundamentais, das práticas ilícitas seria o exame do etilômetro (ou, popularmente, “bafômetro”)

que, no Brasil, não pode ser realizado sem o consentimento de quem conduz o veículo automotor.

Apesar de o Código de Trânsito Brasileiro (CTB) prever a incidência de multa diante da recusa de quem conduz veículo a se submeter ao teste, Afonso (2017, p. 115-116) comenta que a legislação portuguesa reconhece tal recusa como crime de desobediência, medida que seria mais efetiva no combate ao crime.

E essa postura não é exclusiva da legislação lusitana. O ordenamento jurídico italiano prevê sanção penal para quem recusa a submissão ao etilômetro, punindo a negativa de cooperação com a mesma pena cominada à forma mais grave do crime de dirigir embriagado (*guida in stato di ebbrezza*). Igualmente, na Espanha, aquela pessoa que nega o exame de constatação etílico responde pelo tipo penal de desobediência, em hipótese agravada.

Conforme expõe José Ceccato Júnior (2019, *e-book*), contudo, esse é um cenário para se contemplar e aceder aos termos previstos pela legislação brasileira, e não o contrário. Há, nessa exclusiva hipótese da recusa ao etilômetro, uma correta consagração do direito fundamental à não autoincriminação em seus contornos constitucionalmente definidos.

No mesmo contexto, Karla Cuellar (2020, *e-book*) comenta que o CTB garante outros métodos para aferição da embriaguez, que são suficientes inclusive para a prisão em flagrante de quem está na condução do veículo, motivo pelo qual a obrigação de sujeição ao etilômetro, para além de violar a não autoincriminação, se revela desnecessária para a prevenção e repressão do delito.

Na disciplina do Direito Penal, as discussões acerca dos limites ao *nemo tenetur se detegere* e suas consequências estão, em regra, conectadas ao estudo dos tipos penais que criminalizam condutas comissivas praticadas pela pessoa envolvida no fato penal com a finalidade evitar sua incriminação.

Mesmo não sendo o direito material objeto da presente tese, é imperioso demonstrar como as discussões no âmbito penal parecem mais favoráveis à defesa dos direitos fundamentais em comparação com o processo penal.

Luiz Flávio Gomes (2012) é um dos penalistas que defendem a abrangência da não autoincriminação para qualquer conduta de inatividade ou omissão. Para o autor, fundamentalmente, trata-se do direito de não falar, de não falar a verdade, de não confessar, de não apresentar provas contra si e de não participar da produção de provas em seu desfavor.

No aspecto penal material, Gomes (2012, p. 611) entende que a única conduta comissiva a ser praticada pela pessoa imputada, sem gerar repercussões contrárias ao seu interesse, seria a de mentir, ou seja, declarar algo inverídico. Tal conduta não é criminalizada pelo ordenamento

jurídico brasileiro e, diante disso, sua prática – apesar de não caracterizar um direito – não gera responsabilização penal¹⁴⁰.

Diferente disso seria a situação em que a pessoa abandona o campo da inatividade e passa a agir, comissivamente, com o intuito de perturbar a produção da prova: por exemplo, de quem oculta o cadáver de uma vítima de homicídio ou dissimula a origem de valores que são provenientes de infração penal.

Para o autor, considerando o fato de que tais condutas reverberam sobre o direito de terceiros, não poderiam ser reconhecidas como exercício da não autoincriminação e devem constituir crimes autônomos (como, de fato, o são a ocultação de cadáver¹⁴¹ e a invasão de dispositivo informático¹⁴²).

Assim como Gomes (2012), para quem o limite à não autoincriminação seria, portanto, a prática de condutas comissivas que recaem sobre direitos de terceiros, Luciano Feldens e Adriano Teixeira (2020, p. 15) pontuam que as ações de defesa, alinhadas a uma postura reativa, não requerem a adoção de comportamentos colaborativos, ainda que a resistência de cooperação gere prejuízos à investigação, ao processamento e ao julgamento de crimes.

Por outro lado, as condutas que ferem a administração da justiça – seja em relação aos seus meios, seja em relação aos seus resultados – deveriam ser objeto de tutela penal.

Estariam, portanto, fora do âmbito de proteção dos direitos fundamentais, segundo Feldens (2021, p. 41), qualquer utilização antifuncional do Direito, que instrumentalizasse de maneira capciosa as formas jurídicas com a intenção de prejudicar o funcionamento do Estado, no exercício de suas atividades.

Assim, enquanto os comportamentos da pessoa alicerçados em posições jurídico-fundamentais não estão sujeitos à ilegalidade, não se encontraria no Direito legitimidade para ação de quem se vale de meios tipicamente ilícitos e descontraídos de sua função constitucional (Feldens, 2021, p. 43-45).

¹⁴⁰ No mesmo sentido, veja-se: “Como forma de se efetivar o direito público e subjetivo contra a autoincriminação involuntária, afigura-se tolerável, inclusive, a mentira irrogada pelo indivíduo sobre quem recai a pretensão punitiva estatal. Essa conclusão é extraída pela inexistência de tipificação do crime de perjúrio no Direito Penal brasileiro, bem como pelo fato de tal conduta - apesar de imoral (ou até mesmo, eventualmente, injusta e passível de reparação civil) - poder se configurar, em tese e a priori, uma dirimente já que tratar-se-ia de inexigibilidade de conduta diversa, podendo até mesmo ser classificada como estado de necessidade exculpante” (Torres; Lopes, 2021, p. 260).

¹⁴¹ O Código Penal, em seu artigo 211, comina penas entre um e três anos de reclusão e multa a quem destruir, subtrair ou ocultar cadáver ou parte dele (Brasil, 1940).

¹⁴² O Código Penal, em seu artigo 154-A, comina penas entre um e quatro anos de reclusão e multa a quem invadir dispositivo informático de uso alheio, conectado ou não à rede de computadores, com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do usuário do dispositivo ou de instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita (Brasil, 1940).

Seria um meio tipicamente ilícito, por exemplo, a obstrução de justiça¹⁴³, crime que foi tipificado no Brasil pela Lei nº 12.850/2013 em decorrência direta da ratificação, pelo Brasil, da Convenção de Palermo das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. Mencionado diploma prevê o compromisso de cada Estado Parte em adotar medidas legislativas hábeis a conferir o caráter de infração penal às condutas de obstrução praticadas no âmbito de organizações criminosas transnacionais e é fruto da tendência de sujeição do Direito interno às diretrizes internacionais, ainda que incompatíveis com a legitimidade jurídica nacional (nesse sentido, veja-se a noção de crise estatal no aspecto da representação política, promovida no item 2.1 desta tese).

Nesse aspecto, Feldens e Teixeira (2020, p. 25) se referem à possível inconstitucionalidade do dispositivo de lei nacional, que é objeto de discussão no Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.567/DF, ainda pendente de julgamento pela Corte. Refletem os autores ser pouco provável o provimento da Ação, em especial porque o Tribunal, em controle difuso no âmbito do Inquérito n. 4.720/DF, já se manifestou no sentido de que a criminalização das condutas de obstrução da justiça não seria incompatível com os direitos fundamentais.

O tipo penal da obstrução de justiça, todavia, não está imune às críticas. César Bitencourt e Paulo Busato (2014, p. 85), por exemplo, definem a norma incriminadora como excessivamente aberta, vaga e imprecisa. Essa circunstância, na perspectiva da pessoa envolvida em fatos penais, é eivada de insegurança jurídica, afinal, desconhece-se o limite entre o que pode ou não ser feito para proteger-se da incriminação.

Da mesma forma, Ivan Zonta (2023, p. 34), em trabalho específico sobre a obstrução de justiça, identifica como problema a amplitude do tipo penal, avaliando ser passível de subsunção apenas em relação às condutas omissivas, nos mesmos moldes previstos por Luiz Flávio Gomes, Luciano Feldens e Adriano Teixeira.

Igualmente crítica é a análise do delito promovida por Paola Alcântara Lima Dumont (2023), para quem a repercussão do *nemo tenetur se detegere* sobre a obstrução de justiça deve ser abrangente às condutas omissivas e comissivas, à exceção daquelas que lesionam ou têm o potencial de lesionar o direito de outras pessoas.

A análise dos penalistas, portanto, se mostra mais compatível com os direitos fundamentais assegurados pela Constituição de 1988 que os conceitos restritivos propostos

¹⁴³ A Lei nº 12.850/2013, em seu artigo 2º, § 1º, comina penas de três a oito anos de reclusão e multa a quem impede ou, de qualquer forma, embaraça a investigação de crime que envolva organização criminosa. (Brasil, 2013).

pelos processualistas penais. Essa compreensão é fundamental para que se perceba o quão afastado da democraticidade está o Processo Penal brasileiro, afinal, se considerado responsável pela estrita observância às “regras do jogo” – na expressão popularizada por Alexandre Morais da Rosa (2019) – inconcebível sua flexibilização, ainda que nas melhores das intenções – como aquelas relacionadas ao direito coletivo à segurança pública.

Ao mesmo tempo, a referência aos diversos processualistas que, em obras dedicadas ao tema da não autoincriminação, defendem sua limitação em face do interesse probatório do Estado, evidenciam que as pesquisas jurídicas – na mesma toada da codificação Processual Penal – não superou a inquisitorialidade. Seja pelo argumento de que a não autoincriminação é balizadora dos poderes do Estado – apesar de não constituir direito absoluto –, seja pela linha de que eventual conflito entre direitos fundamentais e do Estado devem ser dirimidos pela proporcionalidade – a ser ponderada de acordo com a discricionariedade do próprio Estado –, remanescem no Direito brasileiro traços de autoritarismo que não se compatibilizam com o regime democrático.

O esvaziamento da não autoincriminação, no Brasil, mostra que a tentativa de superação, pelo Estado Social, do modelo liberalista não foi bem-sucedida, ao menos no aspecto da proteção de direitos fundamentais.

No contexto do Processo Penal, em especial após o marco de democraticidade que advém da Constituição de 1988, torna-se necessária a proposição de um modelo processual que, ao mesmo tempo, possa transpor as práticas instrumentalistas e assegurar, de uma vez por todas, a prevalência dos direitos fundamentais sobre quaisquer outros interesses.

De fato, adequar a não autoincriminação à processualidade constitucional democrática é tarefa árdua. Em especial, porque pressupõe o abandono de antigas matrizes jurídicas e, principalmente, de ferramentas que são úteis ao Estado no âmbito da persecução penal. Inexiste, porém, a consolidação de um direito fundamental sem sacrifícios e renúncias a outros direitos, ainda que relevantes na perspectiva da coletividade; afinal, a escolha democrática e legitimada pela Constituição nem sempre é a mais favorável ao Estado ou às vontades sociais majoritárias.

5.2 A não autoincriminação como deveria ser: (re)lida pelo modelo constitucional de processo no contexto da virada tecnológica

No segundo capítulo desta tese, foi promovida uma análise sobre os impactos da crise do Estado e do medo coletivo na sociedade, ambos componentes para a escolha da emergência como método de enfrentamento do inimigo por parte das forças de segurança pública. Para o

presente capítulo, o conceito de crise volta à tona, dessa vez na ótica processual, com enfoque na dificuldade enfrentada pelo Processo Penal em sua necessária submissão aos princípios constitucionais e contextualização com a virada tecnológica no processo.

Em especial, naquilo que se refere à não autoincriminação, o presente item busca relacionar a dita crise do Processo Penal com o constante esgotamento do *nemo tenetur se detegere*. A partir dessa percepção, pretende-se desenvolver os substratos teóricos para uma nova leitura da não autoincriminação, fundamentada na processualidade democrática, baseada no arcabouço teórico do modelo constitucional de processo e contextualizada com a virada tecnológica.

5.2.1 O modelo constitucional de Processo Penal

Mesmo diante dos direitos fundamentais previstos pela Constituição de 1988 e assegurados por tratados e convenções internacionais de direitos humanos que integram o bloco de constitucionalidade brasileiro, o processo sempre sofreu com a dificuldade de se adaptar às mudanças proporcionadas pela realidade social.

Essa crise desafia os direitos fundamentais, ainda que dotados de *status* constitucional, a deixarem de ser normas meramente enunciativas de uma intenção e passem a se adaptar e equilibrar à coerência do sistema, sem simplesmente sobreporem-se uns aos outros na lógica do tudo ou nada (Andrade, 2010, p. 49).

Apesar dos desafios enfrentados pela processualidade, a Constituição de 1988 parece ter feito a sua parte: previu que seu rol de direitos fundamentais tivesse, de acordo com o próprio texto legal, aplicação imediata (artigo 5º, § 1º) e se alinhou às tendências de internacionalização dos direitos fundamentais (artigo 5º, § 2º), cristalizando as bases de um devido processo democrático. Todas as importantes ferramentas concedidas pela Constituição ao processo para sua democratização, porém, dependem de mudanças na compreensão dos institutos processuais.

Para Marinho Marques (2016, p. 45), essa mudança somente se perfaz quando o movimento de constitucionalização do processo passa a superar a teoria da relação jurídica – na qual as partes se apresentam em desvantagem perante o juiz, que representa o Estado e é o detentor do poder de dizer o direito – e a “assegurar, para as partes, igual oportunidade, de intervenção influente, na atividade preparatória da decisão”.

Importante, aqui, ressaltar que a efetiva ruptura dos vínculos de sujeição entre as partes e o juízo tem como marco a obra de Elio Fazzalari (1989), para quem tal característica legitimaria o provimento judicial no Estado Democrático de Direito. Com isso, a simples

vontade ou opinião do julgador, por si, jamais poderia estabelecer às partes a obrigatoriedade de um comportamento. Em Fazzalari (1989, p. 7), o procedimento é uma atividade preparatória de um ato de poder, sendo o processo uma espécie de procedimento que se desenvolve mediante do direito à participação das partes, em paridade, na formação da decisão.

No Direito Processual brasileiro, foi Aroldo Plínio Gonçalves (1992) quem se valeu dos ensinamentos de Fazzalari para incorporá-los à nova processualidade originada pela Constituição da República de 1988. Para Gonçalves (1992, p. 116-117), estaria na obra de Fazzalari a estrutura mais completa capaz de reunir os vários aspectos que envolvem o conceito da jurisdição como atividade fundamental do poder e de se compatibilizar com a nova organização constitucional, segundo a qual pode-se falar em processo jurisdicional civil, penal, trabalhista, militar, eleitoral, constitucional e legislativo.

Nessa nova ordem constitucional, o processo e a jurisdição passam a gozar do status de direitos constitucionais e, diante disso, integram o que Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias (2018, p. 90) caracteriza como um sistema¹⁴⁴ essencial de proteção dos direitos fundamentais, apto a assegurar-lhes plena efetividade constitucional (Dias, 2018, p. 90).

Entre os marcos teóricos que adotam tal referência, o modelo constitucional de processo é um esquema caracterizado pela abertura e pelo vínculo total à moldura da Constituição e que condiciona a confecção, a leitura e a interpretação de todo esse sistema de proteção às diretrizes democráticas.

Concebido por Italo Andolina e Giuseppe Vignera (1990, p. 14), o modelo constitucional de processo é composto por três características gerais: a expansividade, a variabilidade e a perfectibilidade. A expansividade é a característica que permite ao modelo constitucional condicionar a forma dos procedimentos judiciais a serem desenvolvidos pelo legislador infraconstitucional; enquanto a variabilidade indica sua capacidade de assumir diversas formas, a fim de adaptar à Constituição as figuras processuais e possibilitar sua aplicação a escopos definitivos; já a perfectibilidade designa a possibilidade de que o modelo constitucional seja constantemente aperfeiçoado pela legislação ordinária. Nas palavras dos autores italianos:

As características gerais acima descritas do modelo constitucional de processo levam, em conclusão, a considerá-lo como uma espécie de "esquema em branco". De fato,

¹⁴⁴ Acerca do conceito de sistema, para Dias (2018, p. 65), os paradigmas do Estado de Direito e do Estado Democrático de Direito devem ser compreendidos como sistemas jurídico-normativos, “concebidos e estudados pela teoria do Estado e pela teoria constitucional, no sentido técnico de verdadeiros complexos de ideias, princípios e regras juridicamente coordenados, relacionados entre si por conexão lógico-formal, informadores da moderna concepção de Estado e reveladores das atuais tendências científicas observadas na sua caracterização e estruturação jurídico-constitucional”.

ele contém em si os elementos constantes e indefectíveis de cada procedimento judicial (validamente) presente no sistema jurídico, mas, ao mesmo tempo, apresenta "características móveis" e "espaços vazios", destinados a serem – respectivamente – variados e preenchidos pelo legislador infraconstitucional, tendo em vista a realização de determinados objetivos (Andolina; Vignera, 1990, p. 15, tradução nossa).¹⁴⁵

Com a proposta de conferir maior dinamismo à implementação concreta dos princípios constitucionais – outrora vistos pela perspectiva estática e formal – o modelo constitucional de processo considera a complexidade da atividade decisória, motivo pelo qual “permite ao intérprete esboçar um verdadeiro e próprio esquema geral de processo, capaz de formar o objeto de uma exposição unitária” (Andolina; Vignera, 1990, p. 13, tradução nossa).¹⁴⁶

Em análise aos princípios relacionados na Constituição da República de 1988, Nunes (2006, p. 143) identifica o contraditório, a ampla defesa, o direito à prova, a isonomia, o devido processo legal, a fundamentação das decisões e o juízo natural como direitos que permitiram a construção de um procedimento jurisdicional legítimo.

É interessante notar, nesse sentido, que a dinâmica do modelo constitucional de processo permite a adequação às suas diversas espécies - processo jurisdicional civil, penal, trabalhista, militar, eleitoral, constitucional e legislativo. Para a disciplina do Processo Penal, segundo Flaviane Barros (2009, p. 332), seria possível trabalhar o modelo constitucional de processo para além de uma perspectiva civilista, desde que destacadas suas especificidades e demarcada sua dependência em relação aos direitos fundamentais.

As particularidades do Processo Penal, de acordo com a autora, o tornam um microsistema com direitos fundamentais específicos e tratamento diferenciado em comparação ao Processo Civil, “justamente em razão dos direitos fundamentais que visa tutelar, notadamente a liberdade dos cidadãos” (Barros, 2009, p. 332).

Reconhecidas, pois, as características particulares de cada espécie processual, restaria preservada a concepção de um esquema geral, retirado da Constituição, e que permite a consolidação do processo como direito fundamental a partir da principiologia que lhe sustenta.

Aduz Barros que, adotando como base a Constituição de 1988, é possível sustentar a ideia de que o processo, em si, muito além de instrumento da jurisdição, constitui direito

¹⁴⁵ No original: “*I sopra descritti connotati generali del modello costituzionale del processo inducono conclusivamente a considerar lo stesso come una sorta di ‘schema in bianco. Esso, infatti, contiene in nuce gli elementi costante ed indefettibili di ciascun procedimento giurisdizionale (validamente) presente nell’ordinamento giuridico, ma presenta al contempo dei ‘caratteri mobili’ e degli ‘spazi vuoti’, destinati ad essere – rispettivamente – variati e colmati dal legislatore sub-costituzionale in vista del conseguimento di determinati obiettivi*”.

¹⁴⁶ No original: “*consentono all’interprete di disegnare un vero e proprio schema generale di processo, suscettibile di formare l’oggetto de una esposizione unitaria*”.

fundamental. O modelo constitucional de processo – marco teórico adotado pela referida autora e por esta tese doutoral – então, seria:

[C]onstituído de uma base principiológica uníssona aplicável a todo e qualquer processo, já que todo processo é constitucional, seja em razão de sua fundamentação ou de sua estrutura [...], pois é garantia constitutiva dos direitos fundamentais dos sujeitos de direito (Barros, 2009, p. 334).

Concretamente, na medida em que adota uma base principiológica uníssona e se funda em um esquema geral, o modelo constitucional de processo torna-se uma entidade de modelo único e tipologia plúrima, expressão que, para Andolina e Vignera (1990, p. 15, tradução nossa)¹⁴⁷, “expressa efetivamente – ao que nos parece – a ideia de que, se há apenas um paradigma constitucional de processo, também existe (*recte*: pode existir) no sistema uma pluralidade de procedimentos jurisdicionais”.

É como esquema único de tipologia plúrima que o modelo constitucional de processo reconhece, na Constituição, sua base uníssona de princípios – entre eles, os que definem o processo como direito fundamental – e, a partir deles, se expande, se especializa e se aperfeiçoa. Diante dessas características, exige o modelo constitucional de processo que seus intérpretes – independentemente do poder ao qual se vinculam – o compreendam “tanto a partir dos princípios-bases como, também, de acordo com as características próprias daquele processo” (Barros, 2009, p. 335), tudo isso sem que se afaste da máxima dependência entre o processo e os direitos fundamentais.

Nas especificidades do Processo Penal, Barros (2009, p. 336) ressalta que o próprio texto constitucional o reconhece como microssistema em razão da magnitude do direito fundamental que pretende amparar: a liberdade.

Como exemplos dos direitos fundamentais relacionados à liberdade, próprios do microssistema do Processo Penal, a autora menciona, entre outros, a não autoincriminação, ressaltando que a liberdade da pessoa não é assegurada pela Constituição apenas no sentido de ir e vir, mas, igualmente, de sua intimidade, privacidade e inviolabilidade.

Cumpre ressaltar, com especial menção à temática da emergência penal proposta nos capítulos anteriores, que, mesmo refletindo a preocupação com o combate à criminalidade quando atribui maior rigor no combate aos crimes hediondos, que envolvam tráfico de drogas ou terrorismo (artigo 5º, XLIII), a Constituição da República de 1988 não dispensa a

¹⁴⁷ No original: “*esprime efficacemente – ci sembra – l’idea che, se esiste un solo paradigma costituzionale di processo, esiste (recte: può esistere) altresì nell’ordinamento una pluralità di procedimenti giurisdizionale*”.

necessidade de uma interpretação subordinada ao modelo constitucional de processo. Não prevê, pois, exceções aos direitos fundamentais.

Mas, mesmo com o reconhecimento do microsistema processual penal pela Constituição, permanece a dificuldade de compatibilizá-lo. Nos dizeres de Carvalho Netto (2004, p. 25), “são épocas difíceis” para o constitucionalismo essas em que o sentimento de Constituição é aniquilado pela continuidade e prevalência de práticas típicas da ordem autoritária”.

As matrizes teóricas díspares e contraditórias do vigente Código de Processo Penal (analisadas em detalhes no item 4.2) acabam por exigir um esforço ainda maior para sua interpretação em conformidade com a Constituição, como se depreende do modelo constitucional de processo. Por isso, qualquer proposta de leitura ou (re)leitura relacionada aos direitos fundamentais precisa, necessariamente, partir da premissa constitucional e democrática de sua prevalência, com vistas à liberdade da pessoa envolvida em fatos penais.

Ao discorrer sobre algumas das alterações sofridas pela legislação processual penal após o marco da Constituição de 1988, Flaviane Barros (2009) evidencia os desafios enfrentados pela proposta de implementação de um modelo constitucional de processo penal.

A autora cita, por exemplo, a alteração promovida pela Lei nº 11.690/2008 no artigo 156 do Código de Processo Penal, que estabeleceu a possibilidade de que o juízo, na fase de inquérito policial, determinasse a produção antecipada de provas – medida “fonte para a discricionariedade e subjetivismo judicial, pois estabelecida com base em critérios abertos e discricionários e permite ponderar, de forma perversa, entre o interesse público *versus* o interesse privado” (Barros, 2009, p. 339) e violadora do princípio constitucional do contraditório como construção participada da decisão pelos afetados.

Ilustra, outrossim, a incompatibilidade entre o processo penal e a Constituição de 1988 pelo veto presidencial ao artigo 157, § 4º, do Código de Processo Penal, que assegura a imparcialidade dos magistrados ao impossibilitar o contato do juízo sentenciante com a prova ilícita, vedando a prolação de decisão por parte daquele que teve contato com esta.

Ressalta Barros (2009, p. 340) a impropriedade da fundamentação exarada para o veto, que estabelecia como principal objetivo não a promoção dos direitos fundamentais ou do próprio processo, mas a celeridade e simplicidade da prestação jurisdicional.

Veja-se como é necessário que o microsistema processual penal se expanda a fim de condicionar à Constituição a atuação do legislador infraconstitucional; que se varie para adaptar à Constituição as medidas de cunho processual penal; e que se aperfeiçoe para permitir a

constante promoção de melhorias das leis e decisões ambientadas ao modelo constitucional de processo.

Neste último aspecto – perfectibilidade – é que, para os objetivos desta tese, deve ser promovida uma nova leitura da não autoincriminação, a fim de superar os limites impostos e consagrar, de uma vez por todas, o *nemo tenetur se detegere* como direito fundamental intransponível, e contextualizada com a virada tecnológica no processo.

5.2.2 O contexto da virada tecnológica no processo

Ao longo das últimas décadas, o sistema jurídico sofreu importantes rupturas pragmáticas. Foram introduzidas significativas mudanças nos fundamentos e propósitos de atuação das instituições a partir de sua introdução ao ambiente *cyber* (Lessig, 2009, p. 09), quando informações reais assumiram formas intangíveis e passaram a ser acessadas, democraticamente, por qualquer pessoa em qualquer lugar do mundo.

Os impactos desse movimento, conhecido como virada tecnológica, conforme identifica Dierle Nunes (2020, p. 15-17), transcendem sua mera aplicação instrumental. Impactam, de maneira concreta, o campo processual, seja pela mudança dos institutos jurídicos, seja pelo dimensionamento de uma nova racionalidade para sua implementação, seja pela criação de novos institutos.

Efetivamente, a virada tecnológica não guarda relação exclusiva com a informatização (ou digitalização) judicial (por exemplo, o processo eletrônico) ou com o emprego de tecnologias no exercício das mais diversas carreiras jurídicas (por exemplo, o fluxo de comunicação via e-mail ou aplicativos de comunicação).

É fato que, conforme escreve Richard Susskind (2019, p. 34), novas tecnologias podem ser usadas para melhorar, refinar, agilizar, otimizar e turbinar as formas tradicionais de atividades forenses. Para esse conceito de eficiência e melhoria do desempenho profissional no âmbito jurídico, Susskind atribui a expressão “automação”, que envolve a inclusão de novas tecnologias em velhas práticas de trabalho. Precisamente, o autor indica que foi esta a tônica que dominou tanto a teoria quanto a prática da interlocução entre direito e tecnologia pelos últimos 50 anos (Susskind, 2019, p. 34).

Todavia, muito além da mera “automação”, a virada tecnológica no direito tem potencial para revolucionar os hábitos tradicionais da atividade jurídica e de apresentar mudanças radicais, criando coisas novas, ao invés de coisas velhas de novas formas (Susskind, 2019, p.

34). Trata-se, pois, da verdadeira “transformação”, que passa a demandar profunda mudança nos institutos processuais e na prática jurídica.

Ao sintetizar essas três etapas de implementação da tecnologia no processo (digitalização, automação e transformação), escreve Nunes, com exemplos concretos:

Partindo dessa premissa, começamos a perceber que ainda no campo da *primeira etapa do emprego da tecnologia* (a virtualização) já vivenciamos uma mudança consistente em institutos processuais, como a prova.

Durante muito tempo havia um consenso da maior relevância das provas típicas e da absoluta impossibilidade de uso das provas de fatos negativos (consideradas *probatio diabólica*). No entanto, a tecnologia a cada dia viabiliza mais modalidades de atipicidade probatória. Basta se lembrar, como exemplo, do uso da *Blockchain* para certificação de fatos, do *wayback machine* para documentar mudanças em páginas web ao longo do tempo e dos logs para provas que determinado fato ocorreu ou não. Perceba que a análise de logs no processo eletrônico permite a mineração de processos que oferta a possibilidade de melhor gerenciamento e apuração dos momentos processuais mais tormentosos em termos de fluxo na gestão (...).

E, nas etapas supervenientes de *automação* de atividades repetitivas e de *transformação*, mediante emprego de IA e dimensionamento de novas técnicas de dimensionamento de conflitos, a força de mutação da tecnologia em relação ao direito fica ainda mais evidente.

Como já notou a virada tecnológica no direito demonstra o impacto das tecnologias, com destaque hoje para a inteligência artificial, na mudança dos institutos jurídicos desde seu âmbito propedêutico até o dimensionamento de uma nova racionalidade de sua implementação, sem olvidar a criação de novos institutos (como v.g. algumas plataformas de *Online dispute resolution* – ODR) e de práticas jurídicas absolutamente inovadoras (v.g. classificadores, juízos preditivos, análise semântica latente – LSA – *Latent Semantic Analysis* -, tomada de decisão automatizadas, coleta e separação as informações e até impactando no design das peças processuais – *legal design/visual law* e na manifestação por hiperoralidade. A coleta e análise automática de dados de disputas afetarão conceitos, tradições e valores, além dos próprios processos (Nunes, 2021, p. 29, grifos do autor).

Todas essas interações entre tecnologia e processo, todavia, acabam por criar conflitos e viabilizar novas formas de interação entre os sujeitos e instituições. Afinal, com a criminalidade se voltando aos espaços virtuais (conforme visto no item 2.2 desta tese) e com o incremento da *cyber-surveillance* nos ambientes digitais (analisado no item 3.3 do trabalho), parece natural que as atividades de persecução penal também sofram os reflexos da virada tecnológica.

Ilustra bem essa nova realidade um caso ocorrido na cidade de Swansea, no País de Gales, no qual um homem foi condenado pelo homicídio de sua esposa após a Polícia ter extraído da assistente virtual Alexa¹⁴⁸, desenvolvida pela Amazon, áudios que comprovavam seu envolvimento no crime (Murder solved [...], 2023).

É por isso que, para Dierle Nunes (2023, p. 407), não se mostra mais razoável acreditar que o sistema processual e suas atuais codificações – entre elas, o Código de Processo Penal –

¹⁴⁸ Apesar de não ser objeto desta tese, deve-se ressaltar que o acesso das forças de segurança a dispositivos como Alexa tem severas repercussões no âmbito da privacidade. Nesse sentido: Pfeifle, 2018.

que foram pensadas dentro de um contexto alheio às tecnologias “consigam resolver a contento e em conformidade com o devido processo constitucional democrático a obtenção de direitos por cada cidadão”.

Pondera o autor que o processo, na perspectiva da virada tecnológica, também precisa ser pensado a partir do papel de protagonismo de cidadãos e cidadãs e dos direitos que lhes são assegurados no âmbito do modelo constitucional de processo, “entendido como o conjunto de normas que serve de base para se interpretar, aplicar, criar e reformar o direito processual no plano normativo e prático” (2023, p. 407).

Para uma nova leitura da não autoincriminação, portanto, torna-se imprescindível considerar os impactos gerados pelos fenômenos da tecnologia no modelo constitucional de processo. É preciso, nesse sentido, que o aperfeiçoamento da garantia – característica do modelo constitucional de processo – considere o fato de que os direitos fundamentais também se desenvolverem e devem vigor no ambiente *cyber*.

Além disso, como um espaço cujo eixo interpretativo deve ser centrado no ser humano, é fundamental que o processo, na virada tecnológica, se afaste da tendência instituída pelo discurso da eficiência próprio do modelo processual neoliberal (tema abordado no item 4.2.2 desta tese).

Alertam Nunes, Bahia e Pedron (2020, p. 117) que a forma como a tecnologia é empregada no processo pode ofertar bons resultados, mas, caso empreendida sem algumas cautelas, “poderá tão somente acelerar o resultado da solução, dentro da ótica neoliberal”.

5.2.3 A não autoincriminação aperfeiçoada ao modelo constitucional de processo penal e ao contexto da virada tecnológica no processo

Uma leitura da não autoincriminação pelas lentes do modelo constitucional de processo e aperfeiçoada para o contexto da virada tecnológica no processo pressupõe três mudanças em relação ao tratamento que lhe é concedido, atualmente, no Brasil.

A primeira dessas mudanças é a superação do seu conceito como garantia do processo e, conseqüentemente, instrumento da jurisdição; a segunda se refere à tradição de submeter-lhe ao juízo de proporcionalidade sempre que em colisão com o direito coletivo à segurança pública; a terceira, por fim, está relacionada à sua necessária abrangência, em face das tendências de limitação que sofre quando, novamente, há interesse do Estado.

Como garantia do processo e instrumento da jurisdição, a não autoincriminação perde seu caráter de direito fundamental, assegurado pela Constituição de 1988 e pelos tratados e

convenções de direitos humanos por ela inseridos no ordenamento jurídico brasileiro. Com isso, desloca o foco da tutela constitucional de um papel democrático para um conceito autoritário que atribui ao processo, entre outros escopos metajurídicos, a função de promover a justiça, combater a criminalidade e zelar pela segurança pública.

Quando adequada ao modelo constitucional de processo, a não autoincriminação se assume como direito fundamental humano que proporciona às pessoas envolvidas em fatos penais a faculdade de não produzirem, contra si, provas de caráter incriminatório.

Isso não significa dizer que o modelo constitucional obstaculiza a persecução penal e privilegia a impunidade; pelo contrário: faz coexistir, em uma mesma base principiológica, tanto o direito da pessoa de não se incriminar quanto as estruturas do Estado de investigação, processamento e julgamento de crimes (artigos 129 e 144 da Constituição de 1988).

Pode-se, então, considerar que, no modelo constitucional de processo, não há colisão entre o direito fundamental à não autoincriminação e o direito público à segurança pública: cada um deles ocupa seu papel constitucionalmente demarcado, e jamais deve o segundo (atribuição do Estado) prevalecer sobre o primeiro (direito fundamental). Exatamente por isso, invocar a proporcionalidade para a análise casuística de conflito aparente revela-se prática controversa.

No mesmo contexto, submeter a não autoincriminação às atividades hermenêuticas do Poder Judiciário pela via metodológica da ponderação significa abandonar à discricionariedade a decisão do próprio Estado sobre algo que nem sequer deveria estar em discussão.

Essa atividade, típica do Estado Social, revela a preponderância estatal sobre o indivíduo: o mesmo Estado dotado de interesse cujo exercício ultrapassa a esfera de proteção individual, é o Estado que decidirá ser esse interesse maior que a proteção individual ou, ao menos, grande o suficiente para invadir o âmbito individual.

Em aspectos práticos, a não autoincriminação, como direito fundamental que não está sujeito aos interesses do Estado, deve ter abrangência plena. Assim, se o Estado necessita, no bojo de uma investigação criminal, obter o DNA de alguém, e a pessoa se recusa a fornecer seu material genético, não haveria que se falar em extração compulsória ou cooperação – ativa ou passiva.

Caberia ao Estado produzir, por outros meios, prova acerca da responsabilidade penal individual. A mesma lógica se aplicaria à participação em diligências de reconhecimento ou reconstituição simulada dos fatos.

Além disso, como direito fundamental da pessoa e que não se choca com o direito coletivo à segurança pública, a não autoincriminação tampouco deve ser restringida por

classificações promovidas pela literatura jurídica especializada, as quais caracterizam meros subterfúgios à negativa de vigência constitucional.

Para evitar sua própria incriminação, a pessoa tem direito de fazer ou deixar de fazer tudo aquilo que não interfere na esfera de direitos individuais de terceiros.

Adequado, pois, ao modelo constitucional de processo, o *nemo tenetur se detegere* se compatibiliza com a base constitucional uníssona e se adequa à realidade do processo penal. As amarras deixam o indivíduo e passam às mãos daquele que tem o potencial de contaminar suas atividades pelo autoritarismo.

Além disso, na perspectiva constitucionalizada, superada a hierarquia entre instituições e cidadãos e a busca desenfreada pelo “eficientismo” neoliberal, o processo deve viabilizar a participação igualitária dos interessados em todos os ambientes, inclusive naqueles virtuais em que se desenvolve a virada tecnológica.

Assim, quando lida nos termos do modelo constitucional de processo, a não autoincriminação se caracteriza como importante fator de preservação da base principiológica uníssona, contribuindo para o desenvolvimento do procedimento criminal com garantia de verdadeira paridade¹⁴⁹.

Em iguais condições de participação, a não autoincriminação é a principal aliada das pessoas envolvidas em fatos penais no âmbito da produção de provas. Para além de não ser obrigada a produzir provas contra si ou a colaborar – ativa ou passivamente – para a produção de provas incriminadoras em seu desfavor, a não autoincriminação deve incidir sobre todos os elementos de prova com potencial de responsabilização criminal, inclusive aqueles ainda não conhecidos e obtidos pelas autoridades.

Afinal, se o Estado, na qualidade de parte interessada na persecução penal, a partir da virada tecnológica do processo, está em constante desenvolvimento de novos métodos de obtenção de provas – inclusive aqueles relacionados à *cyber-surveillance* –, deve ser assegurada à pessoa envolvida em fato penal a possibilidade de, em idêntica medida, desenvolver mecanismos de proteção sobre os elementos de prova que podem lhe ser prejudiciais¹⁵⁰. Caso

¹⁴⁹ Rosemiro Leal, em sua “Teoria Neoinstitucionalista do Processo”, promove a distinção entre os conceitos de isonomia e paridade: “A asserção de que há de se dar tratamento igual a iguais e desigual a desiguais é tautológica, porque, na implementação do procedimento, o dizer e contradizer, em regime de liberdade assegurada pela lei, não se operam pela distinção jurisdicional do economicamente igual ou desigual. O direito ao processo não tem conteúdos de criação de direitos diferenciados pela disparidade econômica das partes, mas é direito assegurado de *igualdade*, de realização construtiva e implementadora do *procedimento*. Por isso, é oportuno distinguir *isonomia* e *simétrica paridade*, porque esta significa condição já constitucionalmente assegurada de direitos fundamentais dos legitimados ao processo quanto à vida digna, liberdade e igualdade” (Leal, 2018, p. 155, grifos do autor).

¹⁵⁰ Importante registrar que essa proteção também se estende à fase investigativa, etapa em que deve ser admitido – por previsão expressa do artigo 5º, inciso LV da Constituição de 1988, o direito de defesa. Para Marta Saad

contrário, será consagrada a vantagem¹⁵¹ do Estado e caracterizada uma relação jurídica de hierarquia entre o individual e o coletivo incompatível com a processualidade constitucional democrática.

Nesse sentido, considerando a necessidade de se possibilitar o exercício da não autoincriminação diante das práticas de *cyber-surveillance*, compatibilizando os aspectos tecnológicos ao modelo constitucional de processo, o capítulo seguinte analisa algumas das ferramentas disponíveis para o exercício do *nemo tenetur se detegere*, com foco na exclusão, alteração e anonimato de informações potencialmente incriminadoras por parte das pessoas imputadas e que podem ser por elas adotadas sem qualquer lesão ou ameaça de lesão aos interesses de terceiras pessoas.

(2018, p. 69), ainda no âmbito pré-processual, “[h]á de se garantir ao acusado, portanto, o direito de defesa, no sentido de resistência, oposição de forças, possibilitando a ele o direito de se contrapor a todas as acusações, com a assistência de advogado, com a possibilidade de manter-se silente e a admissibilidade de produção das provas por ele requeridas, indispensáveis à demonstração de sua inocência, ou de sua culpabilidade diminuída”.

¹⁵¹ Veja-se a definição de paridade de armas apresentada por Renato Stanzola Vieira, com base em documentos do Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (CDH-ONU): “trata-se de oportunidade razoável dada a cada parte para apresentar seu caso – inclusive sua prova – sob condições que não a coloque em substancial desvantagem *vis-à-vis* seu oponente” (Vieira, 2014, p. 355).

6 A (RE) LEITURA DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO NA ERA DA *CYBER-SURVEILLANCE*

Quem controla o passado, controla o futuro. Quem controla o presente, controla o passado.

*George Orwell
em 1984 (2009, e-book).*

Este sexto capítulo é precedido pelo *slogan* do “Partido”, instituição de governo fictícia que, na obra de George Orwell, representa um Estado autoritário, sustentado pelo controle exercido sobre a população por meio de tecnologias de *surveillance*.

Na distopia “1984”, quando a opressão se tornou regra, explica Orwell, a liberdade foi esquecida. Como guardião da democracia, o “Partido” era capaz de manipular a realidade, fazendo “esquecer tudo o que fosse preciso esquecer, depois reinstalar o esquecido na memória no momento em que ele se mostrasse necessário, depois esquecer tudo de novo sem o menor problema: e, acima de tudo, aplicar o mesmo processo ao processo em si” (Orwell, 2009, *e-book*).

Era essa a sutileza do “Partido”, que, por seu controle sobre o povo, conseguia “induzir conscientemente a inconsciência e depois, mais uma vez, tornar-se inconsciente do ato de hipnose realizado pouco antes” (Orwell, 2009, *e-book*).

Ressalvadas as proporções entre ficção e realidade, é possível traçar um paralelo entre a *surveillance* exercida pelo “Partido” e a utilização das práticas de *cyber-surveillance* como métodos ocultos de obtenção de provas: em ambos os casos, práticas que deveriam ser excepcionais converteram-se em regra e passaram a comprometer direitos fundamentais.

Assim como, para o método do “Partido”, o monitoramento integral da população se mostrava estratégia predominante para o governo, para o processo penal emergencial a *cyber-surveillance* se revela prática eficiente para as agências de segurança pública (conforme elaborado no Capítulo 3 desta tese).

No combate ao inimigo – em “1984”, os “estrangeiros, os traidores, os sabotadores, os criminosos do pensamento” (Orwell, 2009, *e-book*), e, para a emergência processual penal, a criminalidade organizada –, se justifica o emprego de qualquer estratégia em nome do interesse do Estado e do direito coletivo à segurança pública.

Na literatura, o futuro – controlado pelo “Partido” – se mostrou tão autoritário quanto o passado: o protagonista de Orwell, Winston Smith, tentou resistir à opressão, mas acabou convertido ao “Partido” às custas do medo e do cerceamento de sua liberdade.

Para a realidade, porém, propõe-se um futuro diferente que forma o tema-problema desta tese: a ideia de se promover uma (re)leitura da não autoincriminação pelo modelo constitucional de processo e no contexto da virada tecnológica processual, nos termos daquilo que foi construído nos capítulos anteriores.

A proposta desta pesquisa se caracteriza, pois, como uma contramedida às práticas emergenciais de processo penal que, para enfrentar a criminalidade, aderem ao uso indiscriminado de ferramentas violadoras dos direitos fundamentais da pessoa investigada.

O presente capítulo conjuga os elementos do tema-problema aventado nesta tese doutoral para, finalmente, submeter a teste a hipótese inicial formulada no sentido de que o aperfeiçoamento da não autoincriminação ao modelo constitucional de processo penal deve abranger, como forma de evitar a produção de provas por parte da pessoa envolvida no fato penal em seu desfavor em ambientes virtuais, práticas antiforenses.

Essas práticas, conforme será evidenciado a seguir, são capazes de promover a exclusão, a alteração e o anonimato de informações potencialmente incriminadoras.

Para realizar a análise que se propõe neste trabalho, portanto, serão empregadas duas diferentes estratégias metodológicas. Inicialmente, serão dispostos três casos concretos relacionados ao tema-problema da tese, cujo estudo se promoverá a partir de revisão bibliográfica interdisciplinar, que articula obras jurídicas com trabalhos desenvolvidos no âmbito das Ciências da Computação e das subáreas da Engenharia Elétrica¹⁵² (tais como Engenharia da Computação e Engenharia de Informação).

A técnica do estudo de caso tem muito a contribuir com os fins desta tese, porquanto capaz de correlacionar as ideias aqui desenvolvidas a problemas concretos, vislumbrados no cotidiano dos aplicadores do Direito¹⁵³.

Na definição de Robert Yin (2005, p. 32), trata-se de um estudo empírico que pesquisa fenômenos da modernidade inseridos em seu próprio contexto e serve a vários propósitos de

¹⁵² Nos termos da divisão promovida pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES, 2019).

¹⁵³ De acordo com Alfonso Ferrari (1982, p. 170), a maioria daqueles “que se dedicam à pesquisa científica são unânimes em admitir que, de modo geral, a tarefa da pesquisa tem finalidade prática, mesmo que ela se apresente com ambições puramente teóricas”. No âmbito do Direito Penal, um exemplo de aplicação do estudo de casos com a finalidade de atribuir praticidade à teoria é o trabalho de Flávia Siqueira (2019), no qual a autora desenvolveu alguns casos, baseados em julgados da Corte alemã, que antecedem as discussões teóricas e, após promovê-las, se vale de todo o esforço dogmático para propor soluções às situações concretas criadas.

investigações, entre os quais se destaca a exploração de situações reais em que os fenômenos que são objeto de estudo estão indefinidos.

Um bom estudo de caso, como ensina Antonio Carlos Gil (2008, p. 59), é tarefa difícil de se realizar diante da flexibilidade metodológica. Contudo, existem determinadas fases que devem ser identificadas em todas as pesquisas que se valem do método, como dispõem Luciano Toledo e Guilherme Shiraishi (2009, p. 109), a saber: (a) a delimitação da unidade-caso¹⁵⁴; (b) a definição de uma teoria com base na literatura disponível; (c) a coleta de dados; (d) a análise e interpretação dos dados; e (e) a redação do relatório¹⁵⁵.

Por seu turno, a estratégia metodológica da revisão bibliográfica interdisciplinar¹⁵⁶ envolve, de acordo com Roger Bastide (1976), a articulação entre diversas ciências – inclusive, relacionadas às diferentes áreas do conhecimento. O sociólogo francês, por exemplo, aportou em seus estudos temas como psiquiatria, psicologia, religião e arte.

Para Egberto Turato (2013, p. 86), a pesquisa interdisciplinar contribui sobremaneira com o desenvolvimento científico e sua epistemologia, que “consiste justamente em fazer a ‘sua’ disciplina se interpenetrar com tantas outras sempre num incessante processo, remando contra a fragmentação do saber”. Salienta o autor que:

[É] a interdisciplinaridade que faz com que as disciplinas se fecundem mutuamente num crescendo, pois ela se constrói num empenho (através das pesquisas e do seu ensino) de vê-las interagindo entre si, o que pode ir de uma simples intercomunicação das ideias até uma integração real de seus conhecimentos, terminologia, metodologia e procedimentos (Turato, 2013, p. 87).

Levando em conta essa particularidade, a pesquisa interdisciplinar será desenvolvida, nesta tese doutoral, a partir de revisão bibliográfica que conjuga obras jurídicas que, por si, já são dotadas de interdisciplinaridade, com textos elaborados no âmbito das Ciências da

¹⁵⁴ A unidade-caso não deve ser interpretada como a seleção de um único caso, mas como o tema que permeia a pesquisa e, necessariamente, deve se refletir nos casos pesquisados. Necessário, porém, destacar que alguns autores, como Robert Stake (1995, p. 536), consideram que a prática do estudo de caso deve ser instrumental, com o objetivo de maximizar a aprendizagem por meio da compreensão de um caso único.

¹⁵⁵ As fases do estudo de caso que são determinadas por Luciano Toledo e Guilherme Shiraishi se baseiam em estudos de diferentes autores da metodologia científica. Por todos, menciona-se Kathleen Eisenhardt (1989, p. 533), uma das precursoras na adoção dessa estratégia metodológica, para quem a construção de teorias a partir de pesquisas que envolvem o estudo de caso se divide em oito etapas, a saber: a definição sobre o objeto da pesquisa, a seleção dos casos, a coleta de dados e o estabelecimento de protocolos, a pesquisa de campo, a análise de dados, o teste da hipótese, o cotejo com a literatura disponíveis sobre o tema e a conclusão.

¹⁵⁶ Os conceitos de inter, multi e transdisciplinaridade são objeto de constantes debates no seio metodológico. Para fins desta tese, compreende-se que o conceito de interdisciplinaridade se adequa melhor ao que se propõe, que é a utilização de conceitos de outras áreas, de forma sistêmica, para que se crie a integração entre o Direito e essas demais áreas, permitindo a compreensão do tema-problema e a solução deste (Gustin; Dias, 2013, p. 72). A interdisciplinaridade tem como objetivo criar uma relação entre as disciplinas quando se decide enfrentar o tema, funcionando como uma forma de se alcançar a transdisciplinaridade. Compreendem-se, assim, as discussões em torno dos termos.

Computação e da Engenharia – estes, publicados em periódicos com relevantes fatores de impacto em suas áreas, conforme indicação da plataforma Google Acadêmico.

Nos próximos itens, portanto, serão objeto de exame interdisciplinar as práticas antiforenses, analisadas por meio dos casos fictícios criados pela autora com base em decisões judiciais.

As fases de desenvolvimento dos casos concretos estão descritas de maneira detalhada no item 6.1.1 deste trabalho. Além disso, sempre que necessário, os termos técnicos atinentes à computação e à engenharia – muitas vezes, alheios ao cotidiano jurídico – serão explicados em notas de rodapé.

6.1 As técnicas antiforenses: obstáculos à obtenção das provas digitais

Na era da *cyber-surveillance*, conforme visto no Capítulo 3 deste trabalho, significativa parcela das evidências produzidas contra as pessoas envolvidas nos fatos penais consistem em provas digitais¹⁵⁷. Estas são descritas por Burkhard Schafer e Stephen Mason como qualquer:

[D]ados (incluindo a saída de dispositivos analógicos ou dados em formato digital) que sejam manipulados, armazenados ou comunicados por qualquer dispositivo fabricado, computador ou sistema de computador ou transmitidos por um sistema de comunicação, que tenham o potencial de tornar o relato factual de qualquer uma das partes mais provável ou menos provável do que seria sem a evidência (Schafer; Mason, 2017, p. 19, tradução nossa).¹⁵⁸

Caracterizam-se, nesse aspecto, como digitais ou eletrônicas¹⁵⁹ aquelas provas que transitam pelo *cyberespaço*, ainda que naturalmente digitais ou digitalizadas¹⁶⁰. Sobre estas é que se pretende, no presente capítulo, ver aperfeiçoada a não autoincriminação, aqui compreendida como o direito do indivíduo de não produzir provas digitais em seu desfavor.

No caso das provas físicas – como um documento impresso em papel, por exemplo – a não autoincriminação poderia ser exercida de diferentes maneiras: o papel poderia ser rasgado,

¹⁵⁷ De acordo com Dierle Nunes (2023, p. 408), essa prevalência das provas digitais em detrimento das outras espécies probatórias típicas é um exemplo de como a virada tecnológica do Direito Processual acarretou mudança no próprio emprego de uma série de institutos.

¹⁵⁸ No original: “[d]ata (comprising the output of analogue devices or data in digital form) that is manipulated, stored or communicated by any manufactured device, computer or computer system or transmitted over a communication system, that has the potential to make the factual account of either party more probable or less probable than it would be without the evidence”.

¹⁵⁹ Danúbia Paiva (2020, p. 101) considera mais abrangente o termo “provas eletrônicas”, tendo em vista que “todo documento digital é eletrônico, mas nem todo documento eletrônico é digital”. Por outro lado, Leonardo Vilela (2021, p. 522) adota a expressão “evidência informática”, considerando-a mais adequada na medida em que seria a informática o campo científico destinado ao estudo das informações automatizadas (dados). Todavia, tendo em vista a popularização do termo “provas digitais” no Brasil, optou-se por utilizá-lo como padrão nesta tese.

¹⁶⁰ Sobre o tema, veja-se Viana, Sarkis e Maciel Júnior (2022, p. 74): “Encontramo-nos num momento de ruptura, de forma que a cultura da era do papel se transforma numa herança difícil de ser afastada”.

descartado, queimado, rasurado¹⁶¹. Mas, no âmbito das provas digitais, o exercício desse direito fundamental exige práticas próprias, denominadas antiforenses.

A literatura especializada no tema das provas digitais não desenvolveu, até então, um conceito uníssono em torno do que seria uma prática antiforense. Em trabalho conduzido por membros do Cyber Forensics Research & Education Group (Conlan; Baggili; Breitinger, 2016), os autores catalogaram quatorze definições diferentes para o termo, adotadas em pesquisas publicadas entre os anos de 2002 e 2012. Em comum, todas as conceituações apresentam desvalores quanto às hipóteses de aplicação das técnicas antiforenses, atribuindo uma conotação negativa com tons de reprovabilidade.

É o que se verifica no Quadro 2 abaixo, extraído do trabalho de Conlan, Baggili e Breitinger (2016, p. 68) e traduzido livremente pela autora:

Quadro 2 – Definições prévias do termo “antiforense”

AUTOR(ES)	DEFINIÇÃO
Shirani (2002, tradução nossa) ¹⁶²	Ocultar uma tentativa de invasão do sistema
Peron e Legary (2005, tradução nossa) ¹⁶³	Tentativa de limitar a identificação, coleta, agrupamento e validação de provas digitais
Grugq (2005, tradução nossa) ¹⁶⁴	Tentativa de limitar a quantidade e a qualidade das provas digitais
Foster e Liu (2005, tradução nossa) ¹⁶⁵	Corromper ferramentas ou evitar a detecção
Rogers (2006, tradução nossa) ¹⁶⁶	Tentativas de afetar negativamente a existência, a quantidade e/ou a qualidade das provas digitais de uma cena de crime, ou tornar o exame dessas provas difícil ou impossível de ser realizado
Liu e Brown (2006, tradução nossa) ¹⁶⁷	Aplicação do método científico à prova digital para invalidar informações factuais para análise judicial
Harris (2006, tradução nossa) ¹⁶⁸	Quaisquer tentativas de comprometer a disponibilidade ou a utilidade de provas digitais para o processo forense

¹⁶¹ Em artigo sobre o tema da destruição de provas físicas que poderiam prejudicar os interesses das pessoas imputadas, Fernanda Tórtima (2021, p. 188) menciona decisão do Superior Tribunal de Justiça que reconheceu a desnecessidade de se produzir ou manter hígidas provas contra si.

¹⁶² No original: “*Hiding a system intrusion attempt*”.

¹⁶³ No original: “*Attempt to limit the identification, collection, collation and validation of electronic data*”.

¹⁶⁴ No original: “*Attempting to limit the quantity and quality of forensic evidence*”.

¹⁶⁵ No original: “*Breaking tools or avoiding detection*”.

¹⁶⁶ No original: “*Attempts to negatively affect the existence, amount, and/or quality of evidence from a crime scene or make the examination of evidence difficult or impossible to conduct*”.

¹⁶⁷ No original: “*Application of the scientific method to digital media in order to invalidate factual information for judicial review*”.

¹⁶⁸ No original: “*Any attempts to compromise the availability or usefulness of evidence to the forensics process*”.

AUTOR(ES)	DEFINIÇÃO
Kessler (2007, tradução nossa) ¹⁶⁹	Conjunto de ferramentas, métodos e processos que dificultam a análise forense
Garfinkel (2007, tradução nossa) ¹⁷⁰	Coleção crescente de ferramentas e técnicas que frustram as ferramentas forenses, as investigações e os investigadores
Berinato (2007, tradução nossa) ¹⁷¹	Uma abordagem criminosa que pode ser resumida da seguinte forma: torne difícil para eles encontrarem você e impossível para eles provarem que o encontraram
Sremack e Antonov (2007, tradução nossa) ¹⁷²	A prática de impedir uma investigação forense adequada
Dahbur e Mohammad (2012, tradução nossa) ¹⁷³	Os métodos científicos são usados para simplesmente frustrar os esforços forenses em todos os estágios forenses
Albano, Castiglione, Cattaneo e De Santis (2011, tradução nossa) ¹⁷⁴	Métodos utilizados para impedir o processo de investigação digital conduzido por investigadores forenses legítimos
Stamm, Lin e Liu (2012, tradução nossa) ¹⁷⁵	Disfarçar impressões digitais por meio de manipulação ou falsificar impressões digitais específicas do dispositivo introduzidas inadvertidamente quando um arquivo digital é formado

Fonte: Conlan, Baggili e Breitinger (2016, p. 68, tradução nossa).

Outras definições, promovidas em trabalhos posteriores àqueles coletados por Conlan, Baggili e Breitinger também atribuem à ideia de antiforense um sentido nocivo. Para Anu Jain e Gurpal Chhabra (2014, p. 413), por exemplo, o termo consistiria em uma série de contramedidas adotadas para frustrar ou se esquivar de investigações forenses.

Já de acordo com Stephen Mason, Andrew Sheldon e Hein Dries (2017, p. 325), seria antiforense qualquer técnica, ferramenta de *hardware* ou *software*¹⁷⁶ capaz de impedir ou retardar a análise forense de um portador de dados e afetar, negativamente, a existência, a quantidade, a autenticidade ou a qualidade das provas digitais disponíveis em um dispositivo.

¹⁶⁹ No original: “*Set of tools, methods, and processes that hinder forensic analysis*”.

¹⁷⁰ No original: “*A growing collection of tools and techniques that frustrate forensic tools, investigations and Investigators*”.

¹⁷¹ No original: “*An approach to criminal hacking that can be summed like this: make it hard for them to find you and impossible for them to prove they found you*”.

¹⁷² No original: “*The practice of thwarting a proper forensic investigation*”.

¹⁷³ No original: “*Scientific methods are used to simply frustrate forensics efforts at all forensics stages*”.

¹⁷⁴ No original: “*Methods undertaken in order to thwart the digital investigation process conducted by legitimate forensic investigators*”.

¹⁷⁵ No original: “*Disguising manipulation fingerprints or falsifying device specific fingerprints inadvertently introduced when a digital file is formed*”.

¹⁷⁶ Segundo Irv Englander (2014, p. 2), o *software* consiste no sistema e nos programas de aplicativos que definem as instruções que são executadas pelo *hardware*, isto é, determina o trabalho a ser realizado e controla a operação do sistema.

No mesmo sentido, a conceituação apresentada por David Ramalho (2017, p. 152), indicando a composição de “[m]edidas que consubstanciam formas de reacção da criminalidade aos conhecidos métodos de investigação criminal cujo objectivo é o de frustrar investigações em curso ou que possam vir a ser iniciadas”.

“Invalidar”, “comprometer”, “dificultar”, “frustrar”, “impossibilitar”, “impedir”, “disfarçar”, “falsificar”, “esquivar” e “retardar” são alguns dos verbos que, de acordo com autores e autoras da área, atribuem significado às ações antiforenses. Seu papel, nesse sentido, seria de antagonismo em relação às investigações que envolvem provas digitais.

A própria etimologia do termo “antiforense” não parece dar margem a conceitos diversos. O prefixo “anti” deriva do idioma grego antigo e denota a ideia de oposição ou contrariedade (Anti, c2023). A expressão “forense”, por sua vez, se refere à ciência aplicada pelas agências de segurança pública na solução de crimes e está, intrinsecamente, relacionada aos termos “foro” e “justiça” (Forense, c2023).

O fato de serem, à unanimidade, compreendidas como prejudiciais às investigações ou contrárias aos interesses da justiça, acaba por problematizar a utilização das práticas antiforenses. É como se qualquer mácula à obtenção de provas digitais por parte das agências de investigação devesse, necessariamente, ser vilanizada e, em última instância, combatida.

Tais conceituações, todavia, não se coadunam com os pressupostos até então desenvolvidos nesta tese doutoral.

A ideia de que os fins da investigação criminal devem prevalecer sobre os direitos fundamentais, inclusive o direito à não autoincriminação – em especial, no âmbito de não produzir provas em desfavor da pessoa – já foi afastada nos capítulos anteriores, porquanto incompatível com o modelo constitucional de Direito Processual Penal.

Para que as técnicas antiforenses possam contribuir, efetivamente, com uma (re)leitura da não autoincriminação pelo modelo constitucional de processo e no contexto da virada tecnológica, precisam ter reformulada sua conceituação. Afinal, enquanto a definição partir de uma acepção negativa de prejuízo às investigações – e não como uma modalidade afirmativa de exercício do direito à não autoincriminação –, a prática antiforense será objeto de questionamentos que esvaziam seu potencial na tutela de direitos fundamentais.

Propõe-se, nessa linha, que as técnicas antiforenses sejam conceituadas como aquelas que garantem, às pessoas usuárias do ambiente *cyber*, o exercício afirmativo do direito de não produzirem contra si provas digitais. Essa definição incorpora, ao mesmo tempo, a ideia de oposição representada pelo prefixo “anti” – aqui lido como a oposição da pessoa envolvida no

fato penal à produção de provas em desfavor – e o objeto da expressão “forense” – notadamente as provas digitais.

O conceito aqui proposto também se adequa à perspectiva de soberania digital (Floridi, 2020, p. 369). Trata-se de ideia multidimensional (Belli, 2021, *e-book*) que se refere à capacidade de Estados, pessoas jurídicas e físicas¹⁷⁷ de exercerem - com autonomia estratégica - controle e poder sobre as infraestruturas digitais que acessa e seus dados. Nesse aspecto, é imperioso que usuários e usuárias do ambiente *cyber* conheçam e estejam aptos a compreender os efeitos positivos e negativos que cada escolha tecnológica determina, sendo essencial uma “visão sistêmica para entender como os diferentes elementos dos ecossistemas digitais se inter-relacionam e como desenvolver, usar e regular a tecnologia ao invés de ser regulado por ela” (Belli *et al*, 2023, p. 54).

Para os fins desta tese, propõe-se que as pessoas envolvidas em fatos penais possam exercer sua soberania digital a partir de técnicas antiforenses, as quais afirmam o direito de não produzir provas digitais desfavoráveis aos seus interesses defensivos.

São diversas as categorias antiforenses e, a esse respeito, também inexistente consenso na literatura especializada. Os professores da universidade militar turca National Defense University Murat Gül e Emin Kugu (2017) promoveram uma pesquisa qualitativa a respeito das diferentes formas a partir das quais os autores e autoras que escreveram sobre o tema categorizaram as técnicas antiforenses.

O resultado está descrito no Quadro 3 abaixo, desenvolvido a partir dos resultados encontrados pelos autores:

Quadro 3 – Categorizações das técnicas antiforenses

AUTOR(ES)	TÉCNICAS
Shirani (2002)	Destruição, ocultação, prevenção contra a criação e transformação de provas digitais
Grugq (2005)	Ocultação, destruição e contracepção de provas digitais
Rogers (2006)	Ocultação de provas digitais, limpeza de dispositivos, ofuscação de rastros, ataques contra a investigação forense
Garfinkel (2007)	Substituição e ocultação de provas digitais, técnicas de minimização de vestígios, técnicas de exploração de falhas da investigação forense e técnicas de detecção da investigação forense

¹⁷⁷ Válido destacar, conforme Belli *et al* (2023, p. 51) que “A soberania digital deve, portanto, ser vista como a capacidade de uma nação, de um grupo ou de uma pessoa – física ou jurídica – de entender o funcionamento da tecnologia digital e ter um controle efetivo sobre as infraestruturas e dados digitais”.

AUTOR(ES)	TÉCNICAS
Smith (2007)	Destruição, ocultação e contracepção de provas digitais
Blunden (2009)	Codificação, agregação, ordenação, redução da abstração, reorganização, quebra de convenções, criptografia e automatização de provas digitais
Franco, Fuschini e Rodrigues (2016)	Ocultação, ofuscação e encriptação de dados; eliminação ou destruição de dados; falsificação de dados; prevenção de análises; obstrução da coleta de provas digitais; ferramentas de subversão

Fonte: Gül e Kugu (2017, p. 1-6, tradução nossa).

A consulta aos trabalhos analisados por Gül e Kugu (2017) mostra que, apesar das diferentes categorias estabelecidas por cada autor e autora no tocante às técnicas antiforenses, existem elementos que são comuns à maioria: a exclusão (ou destruição e eliminação), a alteração (ou ocultação, codificação, reorganização e substituição) e o anonimato (ou ofuscação, contracepção, codificação, codificação, criptografia e prevenção) de provas digitais.

Como três grandes categorias de técnicas antiforenses, a exclusão, a alteração e o anonimato agregam, em si, muitas práticas diferentes.

Da mesma maneira, estão intrinsecamente relacionados a discussões relevantes na era da *cyber-surveillance*, como o debate ético, as implicações sobre a cadeia de custódia da prova digital e proteção da privacidade e intimidade no ambiente eletrônico.

Cada uma dessas três principais categorias antiforenses será, neste item, objeto de um caso concreto, cujo desenvolvimento metodológico será apresentado a seguir.

6.1.1 Casos concretos: práticas antiforenses e não autoincriminação em xeque

Para esta tese, a delimitação da unidade-caso teve início com uma pesquisa sobre decisões judiciais. Com o objetivo de assegurar que a busca abrangesse diversos tribunais do país (vinte e seis em âmbito estadual, um em âmbito territorial, seis em âmbito regional federal e dois em tribunais superiores), foi contratado o Plano de Pesquisa Jurídica Básica junto à *LegalTech JusBrasil* (c2023).

Como argumentos de pesquisa, utilizou-se os termos “autoincriminação” e “obstrução” (JusBrasil, 2023), sendo o segundo adotado porque – assim como analisado no Capítulo 5 desta tese – a Lei que trata sobre criminalidade organizada no Brasil tipifica como obstrução de justiça as condutas de “impedir ou embaraçar a investigação”.

A partir dos 208 resultados encontrados, passou-se à fase de avaliação, inicialmente, das ementas dos julgados, com o intuito de se realizar um filtro entre aqueles que seriam relevantes

para a pesquisa – envolvendo pessoas que, investigadas por crimes relacionados a organizações criminosas, acabaram alvo da imputação de obstrução de justiça quando agiram para excluir, alterar ou tornar anônimas informações potencialmente incriminadoras.

Assim, foram organizados em um quadro todos os resultados encontrados e, posteriormente, excluídos aqueles que, imediatamente, se mostravam irrelevantes para a pesquisa – como, por exemplo, os casos cíveis (em sua maioria, processos que tinham como objeto infrações de trânsito constatadas via etilômetro) e os procedimentos repetidos (de idêntico objeto, mas em trâmite perante jurisdições diversas).

Em seguida, foi realizada a análise integral dos acórdãos considerados relevantes, com o objetivo de coletar informações concretas que pudessem subsidiar o estudo. O resumo dos resultados pode ser visto no Apêndice A.

Após a leitura dos materiais coletados, passou-se ao desenvolvimento de três casos fictícios que possibilitassem o cotejo entre as práticas antforenses de exclusão, alteração e anonimato de informações potencialmente incriminadoras, e as consequências práticas individuais que uma leitura restritiva do direito à não autoincriminação pode gerar, como a decretação de prisão preventiva, condenação em ação penal e exasperação de pena.

6.1.1.1 Primeiro caso: quem avisa, amigo é?

B, policial rodoviário, estava sendo investigado por integrar organização criminosa voltada ao roubo de cargas. As investigações davam conta de que **B**, no exercício de sua função, entrava em diversos grupos do aplicativo WhatsApp formados por seus colegas de profissão e, a partir deles, obtinha informações sobre acidentes ocorridos nas rodovias.

Em seguida, **B** utilizava o mesmo aplicativo para se comunicar com os outros membros da organização criminosa, que, imediatamente, se dirigiam à rodovia onde ocorreria o acidente, rendiam o motorista do caminhão e subtraíam toda a carga transportada. Em diligência de busca e apreensão na residência de **B**, os investigadores foram recebidos por sua esposa **E**, que lhes deu a informação de que seu marido estaria em serviço naquele momento.

Como não encontraram, na residência de **B**, materiais de interesse para a investigação, os Policiais se dirigiram à sede da Polícia Rodoviária para, então, apreenderem objetos relevantes à elucidação dos fatos. Nesse ínterim, **E** fez contato com **B** e o avisou acerca da visita das Autoridades Policiais, comentando, inclusive, que teria ouvido os responsáveis pela busca e apreensão afirmarem que estariam interessados no telefone celular de **B**.

Imediatamente, **B** acessou o aplicativo WhatsApp e excluiu todas as conversas que teriam o potencial de incriminá-lo. Minutos depois, os investigadores chegaram ao local em que **B** estava e apreenderam seu aparelho telefônico. Encaminhado à perícia, o celular de **B** foi submetido à extração de dados¹⁷⁸ por meio do *hardware*¹⁷⁹ Universal Forensic Extraction Device (UFED), desenvolvido pela *bigtech* Cellebrite¹⁸⁰. Em análise aos dados, a perícia identificou a presença de **B** em grupos de WhatsApp que haviam sido deletados pouco antes da apreensão do equipamento.

Com o resultado da análise forense, a autoridade policial representou pela prisão preventiva de **B**, nos termos do artigo 312¹⁸¹ do Código de Processo Penal, fundamentada na “conveniência da instrução criminal” e no “perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado”. Após parecer favorável do Ministério Público, a prisão preventiva de **B** foi decretada com base fática exclusivamente vinculada à exclusão de conversas do aplicativo WhatsApp pouco tempo antes da busca e apreensão do celular.

6.1.1.2 Segundo caso: quem vigia o vigilante?

C, vigilante em uma fábrica de armas de fogo, era responsável, entre outras funções, pelo controle do sistema de circuito interno de câmeras instalado no local. Em certa ocasião, **C** foi procurado por seu vizinho **H** e recebeu dele a proposta de integrar organização criminosa voltada ao tráfico internacional de armamentos, em troca de vultosos valores.

A participação de **C** no grupo criminoso estaria limitada à facilitação do acesso dos demais membros às dependências da fábrica, bem como ao fornecimento de informações sobre as estratégias de segurança adotadas pela empresa. Dois meses após iniciar suas atividades

¹⁷⁸ No ambiente digital, conforme explica Irv Englander (2014, p. 2), dados são a representação fundamental de fatos e observações processados por um sistema de computador para fornecer as informações que são a própria razão da existência do computador. Os dados podem assumir várias formas diferentes: textos, imagens e sons, mas são compostos, eletronicamente, por diferentes e infinitas combinações dos números 0 e 1.

¹⁷⁹ Esclarece Irv Englander (2014, p. 2) o *hardware* do computador é responsável por processar os dados, seja executando instruções, seja armazenando e movendo dados e informações entre os vários dispositivos de entrada e saída que tornam o sistema e as informações acessíveis aos usuários.

¹⁸⁰ O *software* UFED foi desenvolvido pela empresa israelense Cellebrite (c2023, tradução nossa): “para contornar bloqueios, realizar desbloqueios avançados, realizar extrações lógicas/completas do sistema de arquivos/físicos, realizar extração seletiva de dados de aplicativos e tokens de nuvem e muito mais”. (No original: “*to bypass locks, perform advanced unlocks, perform logical/full file system/physical extractions, perform selective extraction of apps data and cloud tokens and much more*”). De acordo com a Cellebrite, existem mais de 60.000 licenças do UFED em operação ao redor de 150 países.

¹⁸¹ Dispõe o artigo 312 do Código de Processo Penal que “a prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado” (Brasil, 1941).

criminosas, **C** tomou conhecimento de que **H** fora preso enquanto tentava atravessar a fronteira entre o Brasil e o Paraguai com diversas armas de fogo.

Temendo sua identificação como membro da organização criminosa e a fim de ocultar possíveis elementos de prova em seu desfavor, **C** ingressou no sistema de circuito interno de câmeras e alterou a extensão de todos os arquivos de vídeo que registravam suas condutas – as gravações eram salvas pelo sistema no formato .mpeg4 (Arquivos .mpeg4, c2023) e foram convertidas por **C** para o formato .docx (Arquivos .docx, c2023).

A autoridade policial responsável pelas investigações havia obtido êxito na identificação dos armamentos apreendidos na posse de **H**, sendo capaz de atribuir sua origem à fábrica em que **C** trabalhava e, diante disso, requisitou as imagens registradas pelo sistema de circuito interno de câmeras do local. A empresa, por sua vez, respondeu à requisição informando não ter encontrado os arquivos correspondentes às gravações – salvas na extensão .mpeg4 – do circuito de câmeras para o período temporal correspondente.

Diante disso, o delegado de polícia que presidia as investigações ofereceu a **H** acordo de colaboração premiada (artigo 4º da Lei nº 12.850/2013) no qual teria sua pena significativamente reduzida caso identificasse os demais membros da organização criminosa. **H** aceitou a proposta e apontou, entre outros, **C** como um dos participantes da empreitada delituosa. Além disso, **H** relatou ter recebido de **C** um recado no qual o vigilante dizia que ele poderia ficar despreocupado “porque tinha dado um jeito de fazer desaparecer as provas do crime”.

C foi denunciado pelos crimes previstos nos artigos 2º, § 1º¹⁸² e § 2º¹⁸³, ambos da Lei nº 12.850/2013. Sobreveio, tempos depois, sentença condenatória, que considerou evidenciada a participação de **C** em organização criminosa com atuação relacionada a armas de fogo, além da prática de obstrução de justiça. **C** foi condenado às penas de reclusão de seis anos por integrar organização criminosa e três anos pelo embaraço às investigações. Em concurso material, a pena foi fixada em nove anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicial fechado.

¹⁸² A Lei nº 12.850/2013 define, em seu artigo 2º, a seguinte tipificação para o crime de organização criminosa: “Promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa”. A pena cominada é de reclusão, ente três e oito anos, e multa. A mesma sanção é prevista no § 1º a “quem impede ou, de qualquer forma, embaraça a investigação de infração penal que envolva organização criminosa” (Brasil, 2013).

¹⁸³ Como causa especial de aumento das penas cominadas ao crime de organização criminosa, o § 2º prevê incremento de até a metade caso, na atuação da organização criminosa, haja emprego de arma de fogo.

6.1.1.3 Terceiro caso: quando a vida não é um livro aberto

O usuário “BrazilianGuy” foi responsável por diversas publicações com imagens de pornografia infantil em páginas da *dark web*. Por meses, a Polícia monitorou o compartilhamento do conteúdo, mas a identificação de “BrazilianGuy” restou frustrada porque seu IP indicava ser o acesso promovido por usuário localizado na Islândia.

O IP, conforme mencionado no Capítulo 3 desta tese, é o identificador que permite a troca de informações entre dispositivos em rede. Tal identificação, como explica Irv Englander (2014, p. 422) é realizada a partir de uma sequência numérica não aleatória e cada endereço de IP é composto por quatro números e tem 32 bits – estes, divididos em quatro *bytes* ou octetos (um número no intervalo de 0 a 255).

Os endereços de IP são atribuídos em blocos, que, por sua vez, possuem diversos tamanhos e se referem a organizações comerciais individuais e a provedores de serviços de internet.

Considerando, então, que o usuário “BrazilianGuy” se apresentava como brasileiro, enquanto seu IP indicava sua localização em outro país, a Polícia constatou que, muito provavelmente, a pessoa por trás do perfil investigado acessava a *dark web* valendo-se de rede VPN (*Virtual Private Network*, ou Rede Privada Virtual) e por meio do navegador Tor, com a intenção de preservar seu anonimato.

Todavia, em certa ocasião, o usuário “BrazilianGuy” – enquanto saiu de casa para receber uma entrega *delivery* – esqueceu o monitor do computador ligado e teve seu acesso à *dark web* visualizado por seu irmão, com quem dividia o quarto. A Polícia foi imediatamente acionada pelo irmão e “BrazilianGuy” foi identificado como **D**, estudante de computação. Diante disso, **D** foi denunciado pelo Ministério Público com incurso no artigo 241-A¹⁸⁴ do Estatuto da Criança e do Adolescente.

O Juízo sentenciante, ao promover a dosimetria da pena de **D**, decidiu exasperar a pena-base para além do mínimo legal, tendo em vista o elevado grau de culpabilidade. De acordo com a fundamentação adotada, o fato de buscar resguardar-se no anonimato também desvela o conhecimento da ilicitude, demandando maior reprovação.

¹⁸⁴ Nos termos do Estatuto da Criança e do Adolescente, constitui o crime do artigo 241-A a prática de “oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, distribuir, publicar ou divulgar por qualquer meio, inclusive por meio de sistema de informática ou telemático, fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente”. A pena cominada varia entre três e seis anos de reclusão, além de multa. (Brasil, 1990).

6.2 Exclusão, alteração e anonimato de provas digitais: o exercício da não autoincriminação na era da *cyber-surveillance*

Como ferramentas que possibilitam, à pessoa envolvida em fatos penais, o exercício do direito de não produzir provas digitais em seu desfavor, as práticas antifoforeses de exclusão, alteração e anonimato podem ser empregadas em diferentes contextos práticos e com finalidades distintas.

Seus alcances e limites, todavia, precisam ser conhecidos pela pessoa usuária do *cyberespaço*, a fim de que o objetivo da não autoincriminação seja, efetivamente, alcançado.

Neste item, serão apresentados os fundamentos técnicos e teóricos que envolvem cada uma dessas ferramentas, com amparo na necessária interlocução entre elementos jurídicos e tecnológicos – em especial, os que derivam da Ciência e da Engenharia da Computação.

Além disso, será promovido o cotejo entre os achados técnicos e os casos concretos propostos anteriormente.

6.2.1 Exclusão de provas digitais

Excluir ou destruir uma prova digital seria, como notam Mason, Sheldon e Dries (2017, p. 325), a mais óbvia das técnicas antifoforeses caso os arquivos eletrônicos seguissem a mesma lógica dos não eletrônicos (ou físicos).

Bastaria, por exemplo, eliminar um documento impresso em papel para que as informações que ali constassem deixassem de existir em absoluto.

No contexto digital, todavia, a eliminação definitiva de um arquivo caracteriza processo bem mais complexo. Apesar de aparentemente intuitivo, o ato de selecionar um arquivo eletrônico e determinar sua exclusão não resulta, necessariamente, em seu apagamento definitivo (Bhat; Quadri, 2012, p. 18).

Explicam Mason, Sheldon e Dries (2017, p. 325) que, ao excluir um arquivo ou movê-lo para o ícone “Lixeira”, o documento apenas muda de lugar, mas continua a existir. Mesmo ao determinar a exclusão permanente (ou o esvaziamento da “Lixeira”) dos arquivos, seus conteúdos permanecem intactos e apenas deixam de ocupar um espaço no sistema (Reardon; Basin; Capkun, 2013, p. 309).

Assim, quando necessário, o sistema ocupará esse espaço vazio e os dados do arquivo excluído passarão a ser subscritos (ou substituídos) pelos dados de novos arquivos.

Concretamente, até que os dados do arquivo excluído sejam totalmente subscritos, seu conteúdo pode ser recuperado, ainda que parcialmente.

Pensando nisso, diversos utilitários de limpeza efetiva e permanente foram desenvolvidos e estão disponíveis – inclusive, gratuitamente e com diferentes níveis de sofisticação e dificuldade – para usuários e usuárias de computadores. Essas ferramentas, no formato de *softwares*, funcionam a partir da gravação de padrões de combinação pseudoaleatórios de números 1 e 0 em todos os setores do disco rígido do computador¹⁸⁵. Tais combinações, por seu turno, criam dados sem nenhum conteúdo ou significado, que substituem os dados dos arquivos excluídos, impedindo sua recuperação (Mason; Sheldon; Dries, 2017, p. 325).

Outra funcionalidade desses *softwares* é a limpeza dos espaços livres onde são alocados os dados correspondentes a arquivos excluídos. Mason, Sheldon e Dries (2017, p. 326) ilustram essa função, comparando o armazenamento de dados eletrônicos ao armazenamento de documentos físicos em caixas: se, em uma caixa de sapatos de tamanho padrão, estão armazenados documentos físicos e um desses documentos é excluído, isso permitirá que um novo documento seja alocado no espaço anteriormente ocupado pelo antigo.

Porém, se o novo documento for menor que o antigo (por exemplo, tiver menos páginas), partes do documento anterior poderão ser preservadas, sem que falte espaço na caixa. Por isso, os *softwares* de limpeza apagam, definitivamente, as partes dos documentos antigos que não foram substituídas pelos novos.

Na prática, Jain e Chhabra (2014, p. 414) chamam a atenção para o fato de que os *softwares* de limpeza nem sempre impedem a recuperação dos arquivos deletados, agindo, muitas vezes, somente no sentido de dificultá-la. Os autores fizeram um teste com um dos mais populares aplicativos da categoria – o Eraser¹⁸⁶ – e promoveram a exclusão de dois arquivos idênticos de duas formas diferentes: uma, apenas encaminhando o documento para a “Lixeira” e, depois, deletando-o permanentemente; outra, com o uso do Eraser.

Em seguida, os autores utilizaram um *software* profissional de recuperação de dados – o FTK Forensic¹⁸⁷ – e constataram que a limpeza dos arquivos feita pelo Eraser foi muito mais

¹⁸⁵ O disco rígido, como ensina Irv Englander (2014, p. 13), é um dos componentes de *hardware* do computador, utilizado para armazenar todos os dados da máquina.

¹⁸⁶ De acordo com a desenvolvedora Heidi Computers Limited, o Eraser é “uma ferramenta de segurança avançada para Windows que permite remover completamente os dados confidenciais do disco rígido, sobrescrevendo-os várias vezes com padrões cuidadosamente selecionados”. (No original: “*an advanced security tool for Windows which allows you to completely remove sensitive data from your hard drive by overwriting it several times with carefully selected patterns*”). (Eraser, c2020, tradução nossa).

¹⁸⁷ De acordo com a desenvolvedora Exterro Inc. (c2023, tradução nossa), o FTK é capaz de “processar e indexar os dados antecipadamente, eliminando o tempo perdido de espera pela execução das pesquisas”. (No original:

eficiente quando comparada à mera exclusão do documento na “Lixeira”. Todavia, até mesmo os arquivos apagados pelo Eraser tiveram alguns resíduos recuperados, ainda que com maior grau de dificuldade em relação ao outro método.

A exclusão definitiva de dados é ainda mais difícil quando, em vez do disco rígido tradicional, o usuário ou usuária opta por utilizar uma unidade em estado sólido (em inglês, *Solid State Drive*, ou SSD)¹⁸⁸.

Como não possuem componentes móveis, os SSDs armazenam dados em circuitos integrados, de forma não linear e mais complexa que os discos rígidos, procedimento que obstaculiza o apagamento permanente de arquivos. Atualmente, pesquisadores do tema estão desenvolvendo algoritmos para SSD capazes de deletar dados de maneira segura e eficiente (Zhu *et al.*, 2022); enquanto isso, no mercado de *softwares*, a melhor performance é apresentada pelo aplicativo Parted Magic¹⁸⁹.

Para os dispositivos móveis, a recuperação de arquivos excluídos conta com aliados cada vez mais acurados. Ferramentas como Evidence Center¹⁹⁰, AXIOM¹⁹¹ e Cellebrite UFED foram desenvolvidas com o objetivo de auxiliar investigações forenses relacionadas a

“processes and indexes data upfront, eliminating wasted time waiting for searches to execute”). Informações e *download* da versão de teste do aplicativo estão disponíveis em Exterro Inc. (c2023).

¹⁸⁸ O SSD, na definição de Englander (2014, p. 299), são dispositivos que incrementam e potencializam o armazenamento e o acesso aos dados pelo computador e estão, aos poucos, substituindo o papel ocupado pelo disco rígido no mercado e pela memória RAM.

¹⁸⁹ De acordo com seu desenvolvedor, o Parted Magic “vem com soluções fáceis de usar para substituição convencional. Apagamento seguro interno. Limpeza apenas do espaço livre”. (No original: “comes with easy to use solutions for conventional overwrite. Internal Secure Erase. Wiping of only Free Space”). Informações e *download* do aplicativo em sua versão paga estão disponíveis em Parted Magic (2023, tradução nossa).

¹⁹⁰ De acordo com a desenvolvedora Belkasoft, o Evidence Center “é uma das principais ferramentas da Belkasoft para análise forense de computadores, dispositivos móveis e nuvem. Ela pode ajudá-lo a adquirir e analisar uma grande variedade de dispositivos móveis e computadores, executar várias tarefas analíticas, realizar pesquisas em todo o caso, marcar artefatos e criar relatórios”. (No original: “is a flagship tool by Belkasoft for computer, mobile and cloud forensics. It can help you to acquire and analyze a wide range of mobile and computer devices, run various analytical tasks, perform case-wide searches, bookmark artifacts, and create reports”). Mais informações estão disponíveis em Belkasoft (c2023, tradução nossa).

¹⁹¹ De acordo com a desenvolvedora Magnet Forensics, o AXIOM é capaz de “examinar evidências digitais de fontes móveis, de nuvem, de computador e de veículos, além de extrações de terceiros, tudo em um único arquivo de caso. Utilize ferramentas analíticas potentes e intuitivas para revelar automaticamente e com rapidez as evidências relevantes para o caso”. (No original: “examine digital evidence from mobile, cloud, computer, and vehicle sources, alongside third-party extractions all in one case file. Use powerful and intuitive analytical tools to automatically surface case-relevant evidence quickly”). Mais informações estão disponíveis em Magnet Forensics (c2023, tradução nossa).

dispositivos operados pelos sistemas Android¹⁹² e iOS¹⁹³ – adotados em mais de 99% dos aparelhos celulares do mundo¹⁹⁴.

Até mesmo a restauração completa de todas as configurações de um aparelho celular abandona dados que podem ser restaurados, seja com o auxílio dos mencionados *softwares e hardwares* forenses, seja manualmente – isto é, sem qualquer utilitário automatizado.

A Figura 1, a seguir, mostra os principais comandos da versão atualizada do Cellebrite UFED em 2023¹⁹⁵. Nela, é possível verificar como se dá o acesso e a cópia de dados que estejam no dispositivo, no cartão SIM (Subscriber Identity Module) que armazena informações relacionadas à linha telefônica e seu acesso à rede, no armazenador de arquivos (*mass storage*, função que possibilita a utilização do aparelho celular para salvar documentos, como um *pendrive*), nos arquivos da câmera ou em eventual *drone* que esteja emparelhado com o celular:

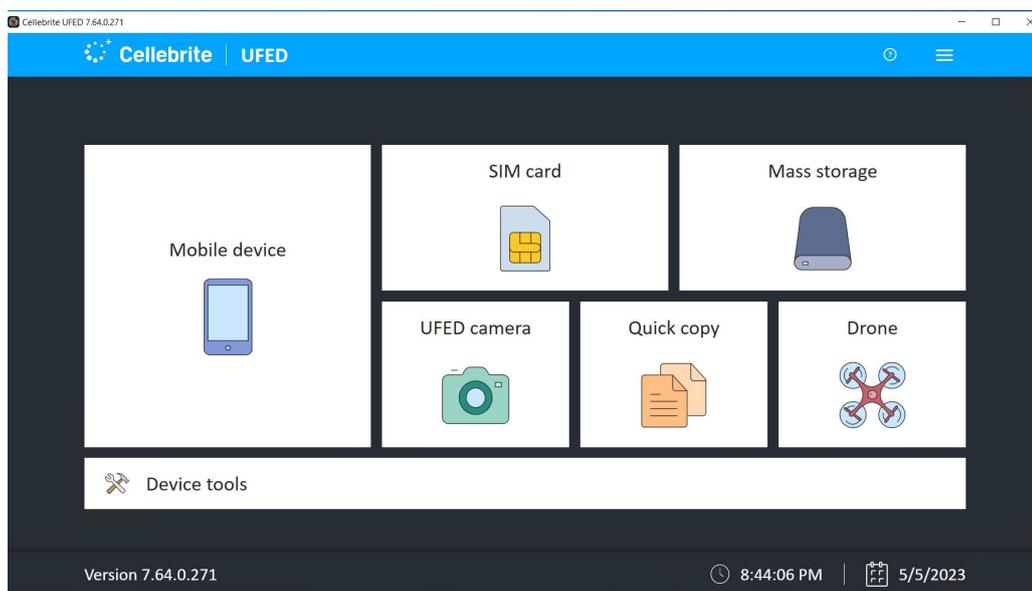
¹⁹² “O Android é um sistema operacional baseado em Linux e é uma plataforma de código aberto da Google para telefones celulares. [...] O Android foi desenvolvido pela Google como uma opção aberta e gratuita para fabricantes de *hardware* e operadoras de telefonia. Isso faz do Android o *software* preferido das empresas que precisam de um sistema operacional leve, personalizável e de baixo custo para seus dispositivos inteligentes, sem precisar desenvolver um novo sistema operacional do zero”. (No original: “*Android is a Linux-based operating system, and it's a Google open source platform for mobile phones. [...] Android was developed by Google as an open and free option for hardware manufacturers and phone carriers. This makes Android the software of choice for companies who require a low-cost, customizable, lightweight operating system for their smart devices without developing a new operating system from scratch*”). (Tamma *et al.*, 2020, p. 19, tradução nossa).

¹⁹³ “O iOS, anteriormente conhecido como sistema operacional do iPhone, é um sistema operacional móvel desenvolvido e distribuído exclusivamente pela Apple Inc. O iOS está evoluindo para um sistema operacional universal para todos os dispositivos móveis da Apple, como iPad, iPod Touch e iPhone. O iOS é derivado do macOS e, portanto, é baseado em um sistema operacional semelhante ao Unix. O iOS gerencia o *hardware* do dispositivo. As tecnologias necessárias para implementar aplicativos nativos também são fornecidas pelo iOS. Ele também vem com vários aplicativos de sistema, como o Mail e o Safari, que fornecem serviços de sistema padrão para o usuário. Os aplicativos nativos do iOS são distribuídos por meio da App Store, que é monitorada de perto pela Apple”. (No original: “*iOS, formerly known as the iPhone operating system, is a mobile operating system developed and distributed solely by Apple Inc. iOS is evolving into a universal operating system for all Apple mobile devices, such as iPad, iPod Touch, and iPhone. iOS is derived from macOS and hence is based on a Unix-like operating system. iOS manages the device hardware. The technologies required to implement native applications are also provided by iOS. It also ships with various system applications, such as Mail and Safari, which provide standard system services to the user. iOS-native applications are distributed through the App Store, which is closely monitored by Apple*”). (Tamma *et al.*, 2020, p. 19, tradução nossa).

¹⁹⁴ Em consulta no *website* de estatísticas mundiais StatCounter (2022-2023), constatou-se que 99,16% dos aparelhos celulares utilizam os sistemas operacionais Android (67,56%) e iOS (31,6%).

¹⁹⁵ A escolha pelo Cellebrite UFED se justifica pelo fato de ser a ferramenta utilizada pelas agências de segurança pública brasileiras.

Figura 1 – Cellebrite UFED



Fonte: IAASteam (c2021).

Uma pesquisa publicada em 2023 (Bowling *et al.*, 2023) mostrou, na prática, como isso pode acontecer, com foco em dados relacionados ao aplicativo Microsoft Teams. Referida plataforma foi popularizada nos âmbitos corporativo e educacional após os períodos de isolamento social que decorreram da pandemia SARS-CoV-2 e tem, entre suas principais funções, a realização de reuniões por videochamada, chamadas telefônicas, colaborações e *chat*¹⁹⁶.

Os autores instalaram o aplicativo Teams em celulares com os dois sistemas operacionais diferentes e realizaram uma série de atividades em seu ambiente virtual, como participação em reuniões, agendamento de atividades, troca de mensagens em *chats* e outros. Posteriormente, restauraram as configurações originais do aparelho – procedimento que, em tese, deveria excluir em definitivo os dados ali armazenados – para, em seguida, submetê-lo a

¹⁹⁶ A desenvolvedora Microsoft apresenta os seguintes dados sobre o Teams: “Seja no trabalho, na escola ou na vida, mais de 280 milhões de pessoas confiam no Teams todos os meses para se manterem produtivas e conectadas com colegas, parceiros, clientes, amigos e familiares. O Teams também possibilitou inovações incríveis de fornecedores independentes de software (ISVs), desenvolvedores corporativos e integradores de sistemas, resultando em mais de 1.900 aplicativos na loja, bem como mais de 100.000 aplicativos personalizados que se integram perfeitamente à plataforma Teams. Esses aplicativos, quando combinados com um amplo ecossistema de dispositivos e salas certificados pelo Teams, ajudam você a se manter produtivo e no fluxo de trabalho”. (No original: “*Whether used for work, school, or life, over 280 million people rely on Teams every month to stay productive and connected with colleagues, partners, customers, friends, and family. Teams has also enabled amazing innovation from third-party independent software vendors (ISVs), corporate developers, and system integrators—resulting in over 1,900 apps in the store as well as over 100,000 custom apps that integrate seamlessly with the Teams platform. These applications, when combined with a broad ecosystem of Teams certified devices and rooms, help you stay productive and in the flow of work*”). (Teper, 2023, tradução nossa).

três espécies de recuperação: a primeira, pela ferramenta AXIOM; a segunda, pela ferramenta UFED; a terceira, de forma manual.

O resultado do experimento empírico concluiu pela possibilidade de recuperação manual da maior parte dos dados outrora excluídos – mais de 77%. As ferramentas AXIOM e UFED, por sua vez, não foram tão eficazes, mas ainda assim conseguiram resgatar quase 14% das informações apagadas.

A possibilidade de recuperação dos dados deletados também deve ser considerada nos principais aplicativos de troca de mensagens instantâneas, o WhatsApp e o Telegram. Apesar de, em ambos os produtos, existir por parte dos desenvolvedores¹⁹⁷ a promessa de proteção das mensagens por sofisticados modelos de criptografia ponta a ponta¹⁹⁸, as técnicas forenses mais atualizadas afastam essa segurança.

Em obra específica sobre o tema, Mohammed Moreb (2022, p. 152) comenta que, por se tratar do meio de comunicação mais utilizado pelos possuidores de telefones celulares, as mensagens instantâneas tornaram-se o principal objeto de análise forense. Com isso, por mais abrangente que sejam as diretrizes de segurança de aplicativos como o WhatsApp e o Telegram, sempre serão desenvolvidos novos métodos de acesso aos dados ali constantes.

¹⁹⁷ De acordo com o WhatsApp: “Sejam confissões, discussões ou apenas piadas internas, suas conversas estão protegidas. As mensagens e as chamadas ficam só entre vocês. Ninguém pode ler ou ouvi-las, nem mesmo o WhatsApp. Além da criptografia de ponta a ponta, adicionamos camadas adicionais de proteção a todas as suas conversas. Você escolhe o que compartilha, como aparece online e quem pode falar com você”. Mais informações estão disponíveis em WhatsApp (c2023). Já o Telegram consigna o seguinte: “O Telegram pode ajudar quando se trata de transferência de dados e comunicação segura. Isso significa que todos os dados (incluindo mídia e arquivos) que você envia e recebe via Telegram não podem ser decifrados quando interceptados pelo seu provedor de serviços de Internet, proprietários de roteadores Wi-Fi conectados a você ou outros terceiros. Mas lembre-se de que não podemos protegê-lo de sua própria mãe se ela pegar seu telefone desbloqueado sem uma senha. Ou do seu departamento de TI, se eles acessarem seu computador no trabalho. Ou de qualquer outra pessoa que tenha acesso físico ou root aos seus telefones ou computadores que estejam executando o Telegram. Se você tiver motivos para se preocupar com sua segurança pessoal, recomendamos usar somente Chats Secretos em aplicativos oficiais ou pelo menos de código-fonte aberto verificável para informações confidenciais, de preferência com um timer de autodestruição. Também recomendamos ativar a verificação em duas etapas e configurar uma senha forte para bloquear seu aplicativo. Você encontrará as duas opções em Configurações > Privacidade e segurança”. Mais informações estão disponíveis em Telegram (c2023).

¹⁹⁸ A arquitetura de rede ponto-a-ponto (*peer-to-peer*, em inglês, ou P2P) se refere ao compartilhamento de dados entre usuários sem a intermediação de outrem. Nesse sentido, explica Englander (2014, p. 59, tradução nossa): “A arquitetura ponto-a-ponto trata os computadores em uma rede como iguais, com a capacidade de compartilhar arquivos e outros recursos e de movê-los entre computadores. Com as permissões adequadas, qualquer computador da rede pode visualizar os recursos de qualquer outro computador da rede e compartilhar esses recursos. Como cada computador é essencialmente independente, é difícil ou impossível estabelecer um controle centralizado para restringir o acesso inadequado e garantir a integridade dos dados”. (No original: “*Peer-to-peer architecture treats the computers in a network as equals, with the ability to share files and other resources and to move them between computers. With appropriate permissions, any computer on the network can view the resources of any other computer on the network and can share those resources. Since every computer is essentially independent, it is difficult or impossible to establish centralized control to restrict inappropriate access and to ensure data integrity*”).

O autor utilizou-se de método empírico para testar, nos sistemas operacionais Android e iOS, a possibilidade de recuperação de dados transmitidos pelos aplicativos WhatsApp e Telegram.

Como ferramentas forenses, utilizou, entre outras, as já mencionados Evidence Center e AXIOM. Em ambos os casos, Moreb adquiriu novos aparelhos e instalou neles os utilitários de troca de mensagens; em seguida, manteve uma série de diálogos, enviou diversos documentos e participou de vários grupos. Ao final, deletou alguns dos dados disponíveis nos aplicativos e manteve os outros em seu aparelho.

Ao descrever os resultados encontrados, tanto em relação ao WhatsApp (2022, p. 326) quanto ao Telegram (2022, p. 185), Moreb ressaltou que os dados simulados na configuração do experimento, incluindo mensagens de texto, gravações de voz, imagens e gravações de vídeo, foram recuperados pelas ferramentas forenses. O autor destacou que a configuração original dos aplicativos prevê mecanismos de *backup*¹⁹⁹, o que torna fácil o acesso a dados já excluídos.

Essa compreensão é importante para a análise do primeiro caso concreto (item 6.1.1.1 deste trabalho), na medida em que narra situação semelhante à do experimento feito por Moreb (2022). Na hipótese, a pessoa imputada (**B**) excluiu mensagens trocadas com interlocutores no aplicativo WhatsApp, fato que foi percebido pela análise pericial quando o celular foi submetido ao Cellebrite UFED.

Isso porque, assim como o UFED é capaz de detectar a exclusão de dados do aplicativo, também consegue recuperá-los – ainda que parcialmente – quando ativado o *backup* do usuário. Deve-se ter em mente, nesse aspecto, que a mesma operação, promovida pela mesma ferramenta forense, pode constatar o uso de uma técnica antiforense e eliminar a sua eficácia, garantindo o acesso da investigação às provas que a pessoa não tinha a intenção de produzir em seu desfavor.

Considerando, exatamente, a possibilidade de recuperação da íntegra ou de parte dos arquivos excluídos é que Mason, Sheldon e Dries (2017, p. 328) ressaltam que a destruição mais eficiente e garantida de dados é aquela promovida por meio da eliminação física do disco rígido ou da unidade em estado sólido – quebrando-o ou queimando-o, por exemplo – ou por

¹⁹⁹ Na conceituação de England (2014, p. 296), trata-se de uma cópia de segurança ou de reserva dos arquivos.

sua desmagnetização²⁰⁰ – método que, nos Estados Unidos, é de uso exclusivo das agências de segurança nacionais²⁰¹.

Contudo, não é tarefa fácil diferenciar – no caso concreto e ressalvados os impactos éticos, a serem discutidos no item 7.1 deste trabalho – quando a exclusão dos arquivos se dá com o objetivo de não produzir provas contra usuários e usuárias do computador ou quando é destinada a otimizar os espaços digitais.

Em texto escrito há mais de uma década, Matthew Bester (1998) evidenciou esse problema a partir de uma perspectiva empresarial. O autor comenta que, nos Estados Unidos, já existiam diretrizes específicas sobre o lapso de tempo durante o qual as empresas seriam obrigadas a manterem intactos seus arquivos digitais.

Quando superado o prazo, as corporações poderiam promover a exclusão definitiva de todos os documentos, a fim de gerar espaço para o armazenamento de novos arquivos e diminuir seus custos com servidores.

No Brasil, as únicas regulamentações sobre o tema são as constantes na Lei da Digitalização, no Marco Civil da Internet e na Lei Geral de Proteção de Dados. A primeira – Lei nº 12.682/2012 (Brasil, 2012) – autoriza que documentos físicos sejam substituídos pelos digitalizados e prevê que, “decorridos os respectivos prazos de decadência ou de prescrição”, poderão ser eliminados. É interessante notar, todavia, que a mencionada Lei trata de documentos digitalizados, sem regulamentar a matéria dos arquivos nato-digitais.

Além disso, merece destaque o fato de que os prazos decadenciais e prescricionais referidos na legislação se relacionam às matérias tributária, trabalhista previdenciária ou cível, mas não penal. Não há – no ordenamento jurídico penal ou processual penal – qualquer obrigatoriedade de guarda de documentos²⁰².

A segunda – Lei nº 12.965/2014 (Brasil, 2014) – define que “[n]a 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” (artigo 13). Igualmente, prevê o prazo de 6 (seis) meses para que o

²⁰⁰ Isso porque, na composição do disco rígido, são empregados materiais com propriedades magnéticas (Englander, 2014, p. 300).

²⁰¹ A NSA tem um protocolo para aprovação e utilização de desmagnetizadores destinados à exclusão de informações confidenciais, que está disponível em National Security Agency (2021). Na ficção, essa técnica foi utilizada no primeiro episódio da quinta temporada da série *Breaking Bad*. Os personagens Walter e Jessie usam um caminhão próprio para a operação de ferro-velho, equipado com um eletroímã, para desmagnetizar computadores apreendidos pela polícia. A cena está disponível em *Breaking Bad* (2012).

²⁰² Realidade diversa àquela enfrentada por outras áreas do Direito. Menciona-se, por exemplo, a obrigação prevista no Código Tributário Nacional de guarda dos documentos de cunho fiscal pelo prazo de cinco anos (artigos 173 e 174), bem como a prevista pelo Código Civil sobre a guarda de recibos de pagamento de aluguéis (artigo 206, § 3º, I) por três anos ou de taxas de condomínio (artigo 206, § 5º, I) por cinco anos. (Brasil, 1966).

provedor de aplicações de internet mantenha os respectivos registros de acesso a aplicações de internet. Passados esses períodos, não haveria qualquer sanção administrativa às empresas pelo descarte das informações.

Por fim, a terceira – Lei nº 13.709/2018 (Brasil, 2018) – assegura aos titulares de dados pessoais o direito de requisitar, a qualquer momento, a “eliminação dos dados pessoais tratados com o consentimento do titular” (artigo 18, VI). A mesma legislação autoriza, porém, a conservação dos dados para cumprimento de obrigação legal ou regulatória, estudo por órgão de pesquisa, transferência a terceiros e uso exclusivo do controlador.

Inexistindo, portanto, lei em sentido contrário, é permitido aos usuários e usuárias o descarte da grande maioria de seus arquivos digitais. À exceção daqueles documentos amparados pela Lei da Digitalização, pelo Marco Civil da Internet ou pela Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD)²⁰³, a exclusão pode ser promovida por mera liberalidade do usuário ou usuária.

Válido acrescentar, nesse sentido, que a exclusão de arquivos – principalmente para fins de liberação de espaço – é recomendada e encorajada pelas desenvolvedoras de sistemas operacionais.

A Windows (c2023) registra, em seu *website*, que a falta de espaço livre no computador impede a instalação de atualizações e prejudica seu desempenho, motivo pelo qual indica a liberação de espaço pelo procedimento de limpeza, que consiste na exclusão de arquivos temporários, arquivos grandes ou não utilizados, arquivos sincronizados com a nuvem e aplicativos não utilizados. A Apple (c2023) também sugere aos seus usuários a exclusão definitiva de arquivos com a finalidade de otimizar o armazenamento.

Assim, como visto neste item, a exclusão de provas digitais pode não cumprir os objetivos antiforenses. A depender de como for executada, inclusive, pode deixar rastros incriminadores e contribuir para a produção de evidências em desfavor da pessoa.

A seguir, será analisado outro método antiforense, cujas práticas não envolvem deletar definitivamente os dados, mas tão somente alterá-los, tornando-os imperceptíveis à atividade forense das agências de segurança.

²⁰³ Válida a menção ao anteprojeto da Lei Geral de Proteção de Dados para Segurança Pública e Persecução Penal, apresentada à Câmara dos Deputados em novembro de 2020 pela comissão de juristas composta por Laura Schertel Mendes, Pedro Ivo Velloso, Danilo Doneda, Davi Tangerino, Eduardo Queiroz, Heloisa Estellita, Humberto Fabretti, Ingo Sarlet, Jacqueline Abreu, Jorge Octávio Lavocat Galvão, Juliana Abrusio, Tércio Sampaio Ferraz Júnior e Vladimir Aras. A proposta, apesar de sua relevância, não gerou quaisquer atividades legislativas até então.

6.2.2 Alteração das provas digitais

A alteração de provas digitais consiste na capacidade de transformar – ou “camuflar” (Wani, 2021, p. 99) – um arquivo, substituindo o original por uma nova versão. São várias as formas de se alterar uma evidência eletrônica, conforme analisam Mason, Sheldon e Dries a partir de casos concretos:

Um exemplo antigo de exclusão de parte de uma gravação e regravação de parte de uma conversa ocorreu no Reino Unido em 1955.¹ Em *R. v Sinha*, dados médicos registrados em um computador foram alterados após a morte de um paciente, dando origem a uma acusação de fraude processual. No caso recente de *Freemont (Denbigh) Ltd v Knight Frank LLP*, uma testemunha forjou provas criando documentos na forma de uma série de anotações de discussões, que incluíam declarações que não haviam sido feitas durante as discussões e, para evitar a detecção, mandou destruir os discos rígidos de computadores mais antigos quando a empresa atualizou seus sistemas de computador. As tentativas de apresentar provas fraudulentas em um tribunal são raras, mas estão aumentando. Por exemplo, Bruce Hyman, que foi um proeminente produtor britânico de televisão e rádio antes de se qualificar como advogado mais tarde, criou um julgamento falso para um amigo. Seu crime foi descoberto e ele foi posteriormente condenado por fraude processual e sentenciado a uma pena de prisão de doze meses e ordenado a pagar £3.000 à sua vítima como indenização e despesas da Coroa no valor de £3.745 – o primeiro advogado a ser condenado dessa forma, ele foi posteriormente expulso da Ordem dos Advogados. Em outro caso no Japão, um promotor alterou provas eletrônicas em um caso que estava investigando e foi posteriormente condenado e preso por 18 meses (Mason; Sheldon; Dries, 2017, p. 330-331, grifos dos autores, tradução nossa).²⁰⁴

As múltiplas possibilidades de alteração da prova digital se devem, segundo Mason, Sheldon e Dries (2017, p. 331), a uma de suas características mais particulares: são elementos de fácil manipulação e adulteração, característica que impacta sua autenticidade²⁰⁵ e, conseqüentemente, sua confiabilidade.

Exatamente por isso, são altamente eficazes as ferramentas antiforenses que mudam os dados e, em particular, os metadados cruciais de cada arquivo.

²⁰⁴ No original: “An early example of erasing part of a tape recording and re-recording part of a conversation occurred in the UK in 1955.1 In *R. v Sinha*, medical data recorded on a computer was altered after the death of a patient, giving rise to a charge of perverting the course of justice. In the recent case of *Freemont (Denbigh) Ltd v Knight Frank LLP*, one witness concocted evidence by creating documents in the form of a series of notes of discussions, which included statements which had not been made during the course of the discussions, and to avoid detection, had the hard drives of older computers destroyed when the firm upgraded its computer systems. Attempts to adduce fraudulent evidence before a court are rare but increasing. For instance, Bruce Hyman, who had been a prominent British television and radio producer before qualifying as a barrister later in life, created a false judgment for a friend. His deception was uncovered, and he was subsequently convicted for perverting the course of justice and sentenced to a term of imprisonment of twelve months and ordered to pay £3,000 to his victim in compensation and Crown expenses of £3,745 – the first barrister to be so convicted, and he was subsequently disbarred by the Bar Standards Board. In another case in Japan, a prosecutor altered electronic evidence in a case he was investigating and was subsequently convicted and imprisoned for 18 months”.

²⁰⁵ Giovanni Della Villa (2021, p. 387) comenta que, no direito brasileiro, a autenticidade de documentos em formato eletrônico é prevista pelo Código de Processo Civil, que apresenta uma lógica de veracidade formal do conteúdo caso não haja contestação das partes, circunstância que gera confusão em relação à validade jurídica da prova não contestada.

Estes, na definição de Irv Englander (2014, p. 102), consistem em informações que descrevem ou interpretam o significado dos dados. Assim, ainda que recuperadas, as evidências modificadas perdem sua integridade.

O *software* Kali²⁰⁶, por exemplo, é capaz de alterar a extensão dos arquivos. O TimeStomp²⁰⁷, por outro lado, incide sobre os registros de data e hora de criação ou modificação do arquivo potencialmente comprometedor, copiando para ele os metadados de outro documento que está salvo no mesmo local e que não representa nenhum risco para o usuário.

Ainda, aplicativos como o Rename Expert²⁰⁸ atribuem títulos randômicos – compostos por letras e números – aos arquivos; já o Transliterator²⁰⁹ substitui a grafia original do título – em algarismos romanos – pelos correspondentes no alfabeto cirílico.

O emprego de todos os *softwares* acima mencionados é extremamente simples e pode gerar resultados satisfatórios ao direito à não autoincriminação. Seu êxito deriva da grande dificuldade enfrentada pelas perícias digitais para encontrar provas, de forma produtiva e temporalmente viável, em meio a grandes quantidades de dados – ou seja, achar a agulha no palheiro²¹⁰. Nesse sentido:

A grande variedade de estruturas de *big data* torna a fase de exame e análise desafiadora. A análise de vários *logs*, como *logs* de rede, *logs* de processos e *logs* de

²⁰⁶ De acordo com a desenvolvedora Linux, o Kali “é uma distribuição Linux de código aberto, baseada no Debian, voltada para várias tarefas de segurança da informação, como testes de penetração, pesquisa de segurança, computação forense e engenharia reversa”. (No original: “*is an open-source, Debian-based Linux distribution geared towards various information security tasks, such as Penetration Testing, Security Research, Computer Forensics and Reverse Engineering*”). Mais informações estão disponíveis em Kali Linux (c2023, tradução nossa).

²⁰⁷ De acordo com a desenvolvedora OffSec, o TimeStomp é “o melhor jeito de evitar detecção por investigações forenses”. (No original: “*the best way to avoid detection by a forensic investigation*”). Mais informações estão disponíveis em Offensive Security (c2023, tradução nossa).

²⁰⁸ De acordo com a desenvolvedora Gillmeister Software, o Rename Expert atua da seguinte forma: “O número de caracteres aleatórios pode ser definido com precisão especificando o número mínimo e máximo. Para gerar o mesmo número para cada nome de arquivo, ambos os valores podem ser definidos com o mesmo valor. Um exemplo de aplicação é a inserção de uma sequência de dez dígitos de números no nome do arquivo para evitar várias ocorrências do mesmo nome ou para misturar arquivos. Além disso, com o Rename Expert também é possível inserir uma numeração aleatória no nome do arquivo para garantir uma disposição aleatória dos arquivos no Explorer”. (No original: “*The number of random characters can be defined precisely by specifying the minimum and maximum number. To generate the same number for each file name, both values can be set to the same value. An application example is the insertion of a ten-digit sequence of numbers in the file name to avoid multiple occurrences of the same name or to mix files. Additionally, it is also possible with Rename Expert to insert a random numbering into the file name to ensure a random arrangement of files in Explorer*”). Mais informações estão disponíveis em Gillmeister Software (c2023, tradução nossa).

²⁰⁹ De acordo com o desenvolvedor Ivijan-Stefan Stipić, da InfinitumForm, o Transliterator é “um *plug-in* leve, simples e fácil com o qual você pode transliterar sua instalação do WordPress do cirílico para o latim e vice-versa com apenas alguns cliques. Esse *plug-in* de transliteração também oferece suporte a códigos de acesso especiais que você pode usar para transliterar parcialmente partes do conteúdo”. (No original: “*a light weight, simple and easy plugin with which you can transliterate your WordPress installation from Cyrillic to Latin and vice versa in a few clicks. This transliteration plugin also supports special shortcodes that you can use to partially transliterate parts of the content*”). Mais informações estão disponíveis em Stipić (c2023, tradução nossa).

²¹⁰ “An idiom to these challenges is the needle in the haystack; to filter out the noise and discover patterns in large heaps of data to uncover tiny pieces of evidence” (Shalaginov; Johnsen; Franke, 2017, p. 3.674).

aplicativos, é uma das tarefas mais importantes na investigação forense digital para identificar atividades mal-intencionadas e os usuários por trás dessas atividades mal-intencionadas. No entanto, reunir essas informações essenciais no paradigma de big data não é tão simples quanto em um ambiente homogêneo de pequena escala (Zawoad; Hasan, 2015, p. 1.322, tradução nossa).²¹¹

A alternativa forense para essa dificuldade é a análise direcionada a termos específicos – como palavras-chave relacionadas aos fatos investigados – ou, em alguns casos, a tipos de arquivos específicos – como imagens, vídeos etc. Por isso, a prática antiforense que altera o nome de um arquivo ou sua extensão – na forma como descrita pelo segundo caso concreto (item 6.1.1.2 deste trabalho) – pode se revelar bem-sucedida (Harris, 2006, p. 46).

Existem diversas outras formas de alteração relacionadas a arquivos eletrônicos. Mas, duas merecem destaque por serem muito adotadas nos últimos anos (Ferreira *et al.*, 2020): a esteganografia e a criptografia.

A esteganografia consiste em uma prática utilizada há séculos para incrementar a segurança das comunicações e que explora as limitações humanas, ocultando informações relevantes dentro de outros arquivos. Artistas renascentistas como Leonardo Da Vinci e Rafael Sanzio, por exemplo, eram entusiastas da técnica (Chaudhary; Hiranwal; Gupta, 2022, p. 219).

O historiador da arte italiano Silvano Vicenti acredita que, nas pupilas de Mona Lisa, estão escondidas informações sobre sua identidade: as letras B ou S, além das iniciais C E foram identificadas na pupila esquerda da imagem, assim como as iniciais L V estariam grafadas na pupila direita da *Gioconda*. Na parte de trás da pintura, teriam sido encontrados os números 149, com um quarto algarismo apagado pelo tempo.

Essas seriam, de acordo com Vicenti, as chaves para a descoberta da identidade da mulher que, há séculos, intriga a humanidade²¹². Recentemente, Vicenti também identificou, na mesma pintura, a representação da ponte Romito di Laterina, construída pela família Medici na cidade de Arezzo, na toscana italiana. Com isso, o historiador acredita ter refutado, definitivamente, a ideia de que a obra fora concebida na cidade de Piacenza²¹³.

Para os fins antiforenses e tendo como objeto as imagens digitais, a esteganografia também é executada há tempos. Comentam Evandro Della Vecchia, Daniel Weber e Avelino

²¹¹ No original: “*The wide variety of structures of big data makes the examination and analysis phase challenging. Analyzing various logs, such as network logs, process logs, and application logs is one of the most vital tasks in digital forensics investigation to identify malicious activities and the users behind those malicious activities. However, gathering this crucial information in the big data paradigm is not as simple as it is in a small-scale homogeneous environment*”.

²¹² Em 2010, Silvano Vicenti concedeu entrevista ao jornal inglês The Guardian para divulgar sua descoberta (Kington, 2010)

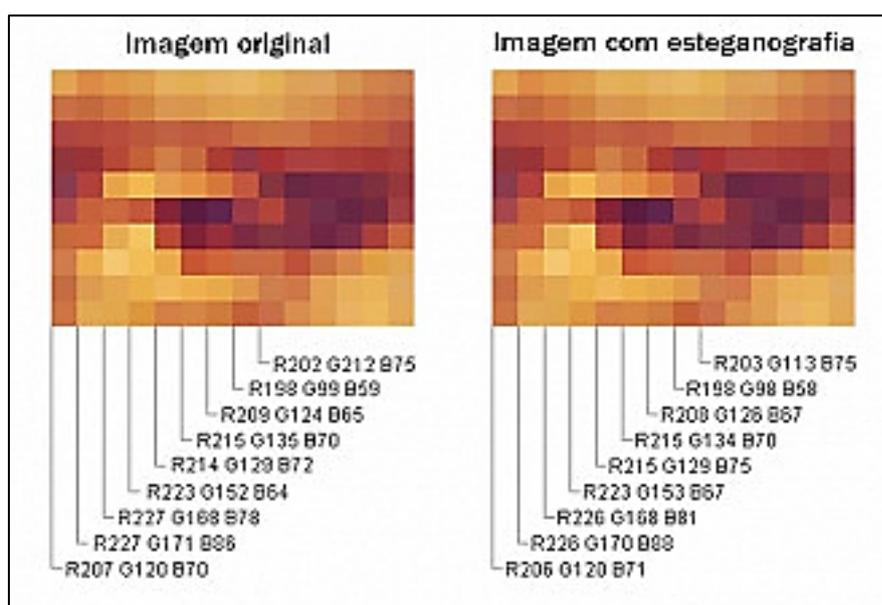
²¹³ Em maio de 2023, Silvano Vicenti concedeu nova entrevista ao jornal inglês The Guardian para explicar os detalhes de seu trabalho no reconhecimento da ponte, que envolveu desde a análise de documentos históricos até o uso de drones (Giuffrida, 2023).

Zorzo (2013) que, em 2008, a Polícia Federal brasileira encontrou no computador do traficante de drogas Juan Carlos Ramírez Abadía centenas de imagens da boneca japonesa Hello Kitty. O fato causou tanto estranhamento que as autoridades do Brasil entraram em contato com a Drug Enforcement Administration (DEA) – agência estadunidense de Administração e Fiscalização de Drogas –, que constatou o emprego da técnica antiforense.

As informações ocultadas mediante alteração dos arquivos eletrônicos de imagem revelavam as rotas pelas quais os entorpecentes circulavam, além do nome de alvos que deveriam ser executados no caso de conflitos entre grupos criminosos.

O emprego dessa técnica, no âmbito dos arquivos digitais, é promovido – entre outras formas²¹⁴ – pela alteração nos valores dos *pixels*, que constituem o menor elemento de um arquivo de imagem ao qual se pode atribuir uma cor (Englander, 2014, p. 310). A Figura 2, a seguir, mostra um exemplo de imagem alterada pela esteganografia – pequenas alterações nas cores de cada um dos *pixels* que formam a imagem são capazes de esconder informações imperceptíveis ao olhar humano:

Figura 2 – Alteração de imagem pela técnica da esteganografia



Fonte: Kinast (2019).

Nos últimos anos, a esteganografia – aplicada de maneira reversa – tem sido importante aliada na identificação de *fake news*. Pelas técnicas de processamento de imagem, é possível

²¹⁴ São dois os gêneros que classificam as técnicas desenvolvidas para a esteganografia de provas digitais: as que consideram o domínio espacial e as que consideram o domínio da frequência. As principais espécies são elencadas por Ferreira *et al.* (2020).

identificar, nas informações ocultas por trás de foto, sua verdadeira origem ou diagnosticar eventual adulteração (Zhou; Pun; Tong, 2020, p. 236).

Para Ferreira *et al.* (2020, p. 69), a técnica da esteganografia difere da criptografia na medida em que não pretende tornar incompreensível a informação, mas tão somente ocultá-la. Os autores comentam que essa técnica, quando executada com verossimilhança – ao contrário do que fez Abadía com suas imagens de Hello Kitty –, pode ser um método antiforense seguro e discreto.

A criptografia, por outro lado, converte integralmente o conteúdo do arquivo, limitando seu acesso à utilização de uma chave secreta, sendo a segurança da técnica dependente da robustez do algoritmo de criptografia e da sofisticação da chave de segurança.

Na definição de Lisa Bock (2021, p. 16), a criptografia nada mais é que uma forma de ocultar informações a partir de sua alteração direta por códigos secretos. A autora comenta que esse conceito é milenar e, em sua forma mais clássica, se desenvolvia de duas maneiras: pela transposição ou pela substituição de caracteres de acordo com um determinado padrão.

Ocorre que, a partir do momento que a criptografia passou a ser utilizada para esconder informações pelo desenvolvimento de códigos, consolidou-se a necessidade de decifrá-los. No modelo clássico, a atividade de desvendar um código é similar ao jogo de palavras, em que a resposta depende da identificação de um padrão (Bock, 2021, p. 19).

Quando o assunto se refere a dados digitais, todavia, as técnicas de criptografia se renovam constantemente, dificultando sobremaneira a detecção das informações que se pretende ocultar. Mohamad Wani (2021, p. 99) pontua que as técnicas de criptografia estão cada vez mais complexas e acessíveis – inclusive são integradas automaticamente na maioria dos sistemas operacionais, tais como Windows, Linux, Android e iOS.

Para seus dispositivos móveis, a Apple oferece, desde 2010 (ocasião do lançamento do iPhone 4), uma criptografia completa, cuja chave de segurança é armazenada entre o sistema operacional e os níveis de *hardware* do dispositivo (Tamma *et al.*, 2020, p. 47).

Para os aparelhos que adotam o Android como sistema operacional, a Google desenvolveu, a partir de 2015 (ocasião do lançamento do Android 6.0 Marshmallow), o processo de criptografia de dados do usuário; no ano seguinte, adotou o *File Based Encryption* (FBE) como modelo principal, por meio do qual diferentes arquivos são criptografados com diferentes chaves e, por isso, podem ser acessados de forma independente.

Toda essa evolução técnica, segundo Wani (2021, p. 100), resulta em desafios jurídicos. Afinal, cada vez mais informações são criptografadas por meio de chaves de segurança, sendo que somente a chave definida pode ser utilizada para revelar seu conteúdo, sob pena de

comprometimento da autenticidade dos dados desvendados. Essa questão será mais bem problematizada no item 7.2 desta tese, passando-se agora para a temática de anonimato de provas digitais.

6.2.3 Anonimato das provas digitais

Ao introduzir o tema das técnicas antifoenses na obra que dedicaram às provas digitais, Mason, Sheldon e Dries (2017, p. 324) comentam que, assim como o desenvolvimento da papiloscopia levou os criminosos a usarem luvas durante a prática de crimes, o incremento das perícias digitais tem incentivado ações preventivas que evitem a identificação das pessoas envolvidas no fato penal.

No ambiente eletrônico, o anonimato é o principal método de proteção de informações e comunicações cujo conteúdo deseja-se proteger. Sua compreensão, porém, não pode ser confundida com outra técnica: a anonimização de dados.

De acordo com a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD)²¹⁵, consideram-se anonimizados aqueles dados relativos à pessoa titular que não possa ser identificada, considerando a utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis na ocasião de seu tratamento (artigo 5º, inciso III).

Trata-se, na definição de Jordan Oliveira e Marília Cunha (2021, p. 161), de um esforço adotado pelo agente de tratamento de dados em fase posterior à sua criação e ao seu compartilhamento por quem detém sua titularidade e cuja reversão, ainda que difícil, é possível²¹⁶.

Os autores (Oliveira; Cunha, 2021, p. 162) exemplificam a ideia de anonimização a partir de um caso concreto envolvendo a empresa Netflix, que lançou um concurso para potencializar seu algoritmo de sugestão de conteúdo. Para tanto, os candidatos tiveram acesso a uma versão anonimizada da base de dados da plataforma de *streaming*, que contava com a avaliação de filmes e séries entre o período de 1998 a 2005.

²¹⁵ Válida a ressalva no sentido de que a LGPD que está em vigor no Brasil não tem aplicação aos dados relacionados à segurança pública ou à persecução penal, conforme mencionado no item 6.2.1.

²¹⁶ Para o Grupo de Trabalho 29, constituído pela União Europeia para lidar com as questões relacionadas à proteção da privacidade e dos dados pessoais e que atuou até 25 de maio de 2018, com a entrada em vigor do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados: “A anonimização constitui um tratamento posterior de dados pessoais; como tal, deve satisfazer o requisito de compatibilidade em função dos fundamentos jurídicos e circunstâncias do tratamento posterior. Além disso, os dados anônimos são, de facto, abrangidos pelo âmbito de aplicação da legislação relativa à proteção de dados, mas os titulares dos dados podem ainda ter direito à proteção ao abrigo de outras disposições (tais como as relativas à proteção da confidencialidade das comunicações)”. Disponível em: <http://bit.ly/48szaHJ>. Acesso em: 9 jan. 2024.

Nessa versão anonimizada dos dados da Netflix, os candidatos tinham acesso apenas ao título do conteúdo avaliado (nome do filme ou série), à data em que foi feita a avaliação pelo usuário ou usuária da plataforma de *streaming* e a nota que foi conferida²¹⁷.

Essa anonimização, porém, não impediu que os dados fornecidos pela Netflix fossem cruzados com informações disponíveis em outra base – a do *website* Internet Movie Database – na qual usuários e usuárias se cadastram e identificam com a finalidade de avaliarem filmes e séries.

Bastou uma interface entre os dados anonimizados pela Netflix e aqueles disponíveis abertamente no *website* Internet Movie Database para que usuários e usuárias da plataforma de *streaming* que avaliaram determinados filmes em certas datas fossem identificados (Narayanan; Shmatikov, 2008).

Eis a principal diferença entre anonimização e anonimato: enquanto a anonimização é resultado de um tratamento realizado sobre os dados já criados e disponíveis e, portanto, pode ser reversível²¹⁸, o anonimato consiste em um esforço do usuário ou da usuária em relação aos seus próprios dados que se realiza antes mesmo de sua criação ou disponibilização, viabilizado por instrumentos como VPN e The Onion Routing (Tor), duas ferramentas que têm o mesmo modelo de comunicação por tunelamento²¹⁹ e usam a tecnologia de criptografia para garantir a integridade dos dados (Ramadhani, 2018).

O acesso à internet é intermediado, em regra, pela operadora contratada pela pessoa usuária, que atribui um endereço de IP ao dispositivo e, conseqüentemente, é capaz de monitorar todas as atividades realizadas *online*.

A Figura 3 ilustra o acesso regular à internet, que se dá mediante a conexão direta entre o dispositivo da pessoa usuária (representado pelo computador), a empresa provedora (representada pela torre de transmissão), a internet (representada pelo símbolo próprio, também associado à conexão *wi-fi*) e o *website* que se quer acessar (representado pela sigla WWW, ou

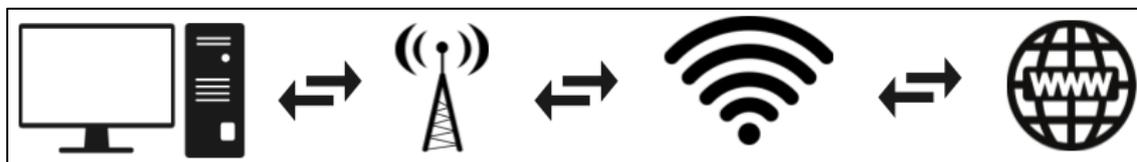
²¹⁷ A técnica de anonimização empregada, nesse caso, é a da generalização, a partir da qual “busca-se modificar as escalas ou magnitudes de um dado pessoal” (Oliveira; Cunha, 2021, p. 162). A generalização, na definição do Grupo de Trabalho 29 da União Europeia, consiste em “em generalizar, ou diluir, os atributos dos titulares dos dados através da alteração da respetiva escala ou ordem de grandeza (isto é, uma região em vez de uma cidade, um mês em vez de uma semana). Embora a generalização possa ser eficaz para impedir a identificação, não permite a anonimização efetiva em todos os casos; requer, em particular, abordagens quantitativas específicas e sofisticadas para evitar a possibilidade de ligação e inferência”. Disponível em: <http://bit.ly/48szaHJ>. Acesso em: 9 jan. 2024.

²¹⁸ Nesse sentido, escreve Bruno Bioni (2020, p. 191) que a representação simbólica de que os vínculos de identificação de uma base de dados poderiam ser completamente eliminados constitui um mito, sendo “cada vez mais recorrente a publicação de estudos que demonstram ser o processo de anonimização algo falível”.

²¹⁹ Técnica de interligação de diferentes redes que possibilita a comunicação entre *hosts* de protocolos diferentes (Tanenbaum, 2003, p. 328).

World Wide Web). As setas em sentido duplo indicam que, tão logo a pessoa usuária faça a requisição de acesso a determinado *website*, as informações solicitadas lhe serão transmitidas:

Figura 3 – Conexão de internet regular



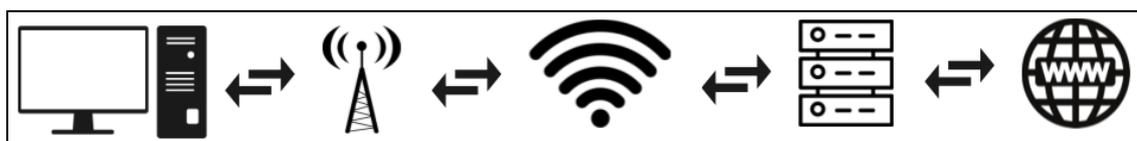
Fonte: Elaborado pela autora.

Por outro lado, quando a pessoa usuária se vale do acesso à internet com VPN, a requisição junto ao *website* que se pretende visitar é precedida por um servidor particular.

A Figura 4 ilustra o acesso à internet com a utilização de VPN, que se dá mediante a conexão inicial entre o dispositivo da pessoa usuária (representada pelo computador), a empresa provedora (representada pela torre de transmissão) e a internet (representada pelo símbolo próprio).

Mas, antes que a requisição de acesso seja encaminhada pela pessoa usuária ao *website* que pretende visitar, seus dados passam pelo servidor particular VPN (representado pela imagem de um servidor), que pode, inclusive, criptografar as informações antes de enviá-las ao *website*. As setas em sentido duplo indicam que, tão logo a pessoa usuária faça a requisição de acesso a um determinado *website*, as informações solicitadas lhe são transmitidas:

Figura 4 – Conexão de internet com VPN



Fonte: Elaborado da autora.

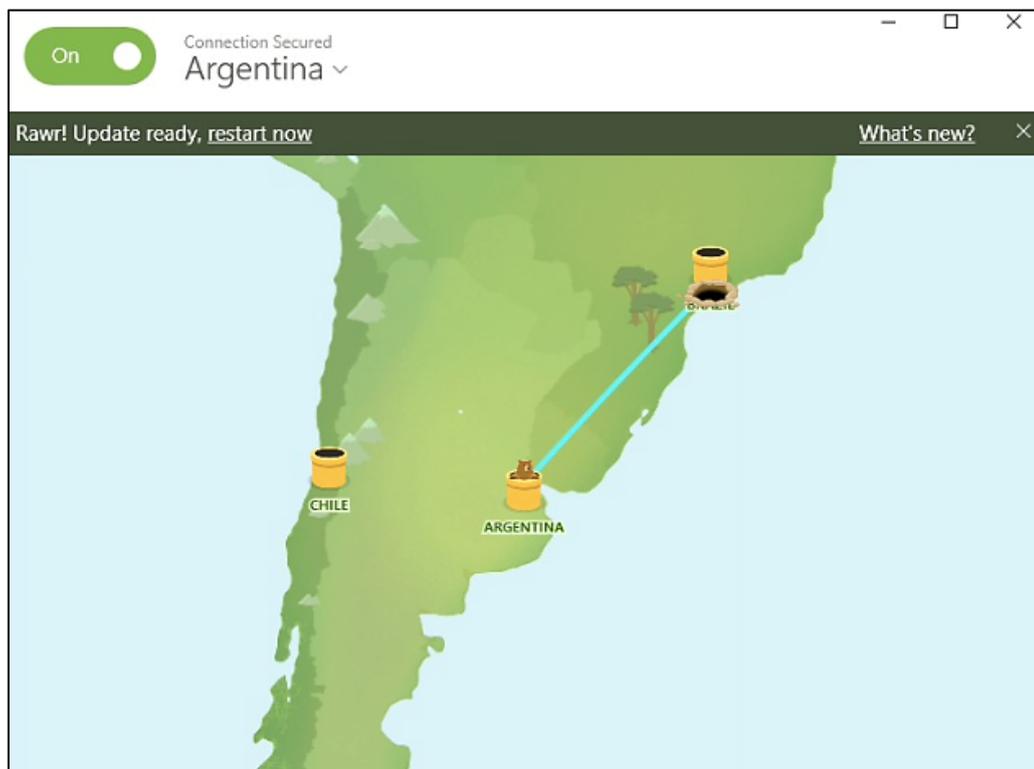
Efetivamente, ainda que seja promovida com o uso de VPN, a conexão de internet passa pela operadora contratada. A diferença é que, como todos os dados passam, inicialmente, pelo servidor VPN, o provedor não tem acesso às ações que foram praticadas pela pessoa usuária durante o uso do serviço e, com isso, desconhece informações como quantos e quais *websites* foram visitados, em qual horário e por quanto tempo, a partir de qual local etc.

Da mesma forma, o provedor do *website* visitado desconhecerá as informações (como, por exemplo, o IP e os *cookies*²²⁰) da pessoa usuária.

São diversas as opções de VPN que podem ser utilizadas por quem pretende manter anônimos seus acessos à internet. Alguns dos principais *softwares* são o ExpressVPN²²¹, o CyberGhost²²² e o TunnelBear²²³. A Figura 5 demonstra o funcionamento deste último aplicativo.

De forma lúdica, o aplicativo identifica a localização da pessoa usuária (no exemplo, o Brasil) pelo ícone de um urso. Demarcada sua posição geográfica, a pessoa usuária seleciona a qual país deseja conectar sua rede (no exemplo, a Argentina). Em seguida, o ícone do urso se movimenta até o país escolhido e ali se instala.

Figura 5 – Conexão de internet com VPN pelo aplicativo TunnelBear



Fonte: TunnelBear (c2023).

²²⁰ Segundo Park e Sandhu (2000), servidores e navegadores da WWW usam *cookies* para capturar informações, a fim de otimizar comunicações subsequentes. Essas informações são capazes de identificar características e preferências dos usuários, motivo pelo qual possuem elevado valor de mercado.

²²¹ O ExpressVPN (c2023) oferece, como funcionalidades básicas servidores em 94 países, mascaramento de endereços de IP e compatibilidade com múltiplos sistemas operacionais.

²²² O CyberGhost (c2023) “criptografa seu tráfego on-line e oculta seu endereço IP real, quer você esteja fazendo transmissões, baixando torrents, jogando, comprando, usando seu banco ou simplesmente navegando”.

²²³ O TunnelBear (c2023, tradução nossa) “criptografa sua conexão de internet para manter sua atividade online privada em qualquer rede” (No original: “*encrypts your internet connection to keep your online activity private on any network*”).

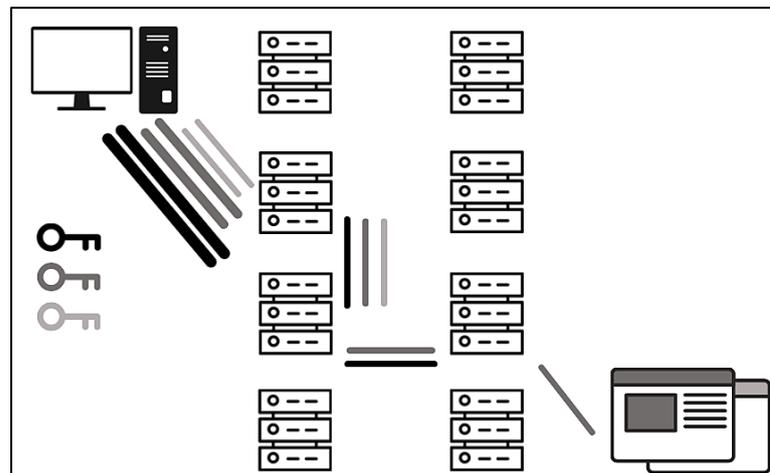
A partir do momento em que a conexão é feita a uma rede estrangeira, os dados da pessoa usuária tornam-se anônimos. Assim, quando ingressar em qualquer *website*, as informações enviadas para o provedor darão conta de que o dispositivo (que, na verdade, está no Brasil) está em outro país (Argentina). Além do anonimato, a pessoa usuária consegue, utilizando-se da VPN, visitar *sites* que não estão disponíveis em sua localidade.

A segurança da conexão pode, ainda, ser incrementada pelo Tor, tecnologia que consiste no processo de roteamento por diversas camadas (por isso, a referência à cebola, ou *onion* em inglês), nas quais os dados são criptografados em três etapas.

Com isso, o Tor é capaz de isolar cada *website* visitado e impedir rastreamentos, apagando automaticamente todos os *cookies* e registros do histórico de navegação. Além disso, ele mascara o número IP de seus usuários e obsta sua identificação e localização.

A Figura 6 ilustra o acesso à internet com a utilização do Tor. O dispositivo da pessoa usuária (representado pelo computador) trafega por meio de três servidores aleatórios (chamados nós ou relés – representados pelos diferentes servidores). O último relé do circuito é o que vai enviar os dados para a internet, já submetidos a três fases de criptografia (representadas pelas cores das três chaves) para, finalmente, conseguir acessar suas camadas (representadas pelas páginas) mais profundas:

Figura 6 – Conexão de internet com Tor



Fonte: Elaborado pela autora, adaptado de The Tor Project²²⁴.

²²⁴ Organização sem fins lucrativos fundada em 2006 para manter o desenvolvimento da rede Tor e enfrentar a censura governamental. O *website* oficial do projeto coteja suas atividades com importantes eventos da história recente: “O Tor começou a ganhar popularidade entre ativistas e usuários aficionados por tecnologia interessados em privacidade, mas seu uso ainda era difícil por pessoas com menos intimidade com os meandros tecnológicos. Assim, em 2005, deu-se início ao desenvolvimento de ferramentas que transcendessem o proxy Tor. O desenvolvimento do Navegador Tor começou em 2008. Com o Navegador Tor, a rede Tor tornou-se mais acessível a pessoas comuns na internet e a ativistas, o que fez do Tor uma ferramenta fundamental durante a Primavera Árabe no final de 2010. Ele não somente protegia a identidade das pessoas on-line como possibilitava o acesso

É exatamente pela conexão do dispositivo a diferentes nós, conforme demonstrado pela Figura 6, que as pessoas usuárias do Tor conseguem garantir seu anonimato. No terceiro caso (item 6.1.1.3 deste trabalho), o IP de “BrazilianGuy” indicava tratar-se de acesso realizado da Islândia, apesar de o usuário encontrar-se no Brasil, porque o último servidor (ou nó) pelo qual seus dados trafegaram se localizava na Islândia.

O Tor, originalmente, foi desenvolvido pelo Laboratório de Pesquisa Naval dos Estados Unidos com a finalidade de acessar conteúdo bloqueado, contornar a censura e manter a privacidade de comunicações confidenciais. Hoje, consiste na principal ferramenta de acesso à *deep web* e à *dark web*.

Explicam Nazah *et al.* (2020, p. 171.797) que, enquanto a internet normalmente utilizada pode ser acessada por meio de mecanismos de busca padrão, como Google e Yahoo, existem grandes seções – chamadas de *deep web* – que não são indexadas e estão ocultadas dos mecanismos de busca padrões e correspondem a mais de noventa por cento de toda a informação disponível na internet.

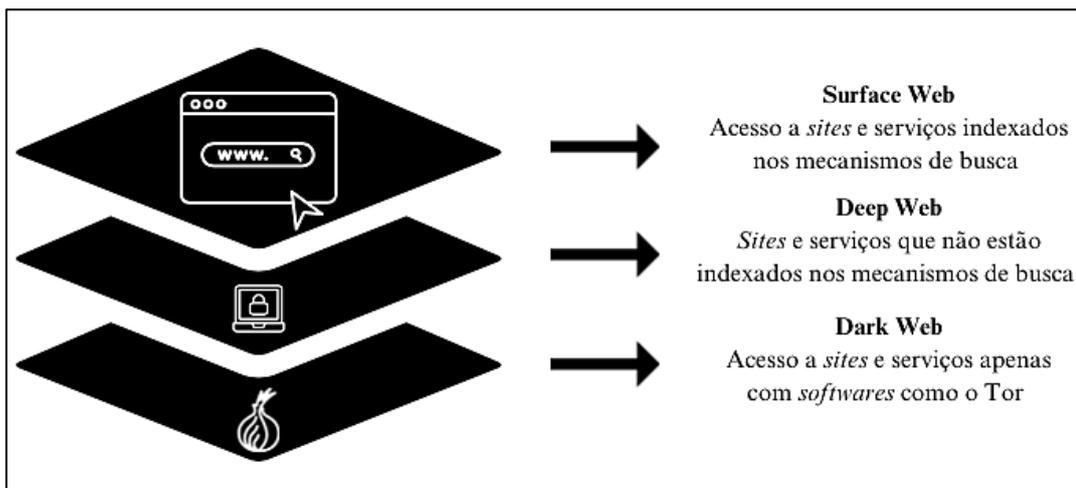
A *dark web*, por sua vez, consiste em um subconjunto que representa, aproximadamente, 57% do total páginas da *deep web* e no qual se verifica, inclusive, a prática de inúmeros ilícitos penais.

A Figura 7 representa a divisão da internet nessas três camadas. A primeira (quadro superior) ilustra a *surface web*, composta pelas páginas que são indexadas e podem ser localizadas pelos mecanismos de busca tradicionais (representados pela imagem de um buscador).

A segunda camada (quadro do meio), por sua vez, corresponde à *deep web*, capaz de acessar sites que não estão indexados (representados pela imagem de uma tela com um cadeado ao meio). Por fim, a terceira camada (quadro inferior) estampa a *dark web*, cujo acesso depende de *softwares* próprios, como o Tor (representado pelo símbolo do programa – uma cebola):

a recursos fundamentais, a mídias sociais e a websites bloqueados. A necessidade de ferramentas de proteção contra a vigilância em massa se tornou uma preocupação principal graças às revelações de Snowden em 2013. O Tor não somente operacionalizou as atividades de denúncia de Snowden, mas o conteúdo dos documentos revelados também assegurava que, naquela época, o Tor não podia ser quebrado. A consciência do público sobre rastreamento, vigilância e censura pode ter aumentado, porém, também aumentou a prevalência desses freios à liberdade na internet. Hoje, a rede dispõe de milhares de relés operados por voluntários com milhões de usuários ao redor do mundo. É essa diversidade que mantém seguros os usuários Tor” (Tor Project, c2023).

Figura 7 – Divisão da internet em camadas



Fonte: Elaborado pela autora.

Nazah *et al.* (2020) elencam como oito principais atividades ilícitas disponíveis na *dark web* as seguintes: tráfico de pessoas e exploração sexual, indústria pornográfica, *marketing* de homicidas mercenários, compra e venda de entorpecentes, pornografia infantil, terrorismo, compra e venda de dados pessoais e ocultação de valores por meio de criptoativos²²⁵.

Ressaltam, igualmente, as dificuldades encontradas pelas autoridades durante as investigações que envolvem essas camadas mais profundas da internet, mencionando algumas das ferramentas disponíveis para mitigar as consequências do anonimato: o rastreamento de contas em redes sociais que são potencialmente utilizadas por usuários da *dark web* e a análise do fluxo de criptomoedas (Nazah *et al.*, 2020, p. 171.804).

Válido registrar, porém, que nem toda utilização da *dark web* está relacionada à prática de condutas delituosas. Thais Sardá, Simone Natale e John Downey (2022) pesquisam o tema da *dark web* e, após a realização de trabalho empírico que analisou mais de 830 artigos

²²⁵ Esclarecedora a definição cunhada por Ahamad, Nair e Varghese (2013, p. 43, tradução nossa): “As criptomoedas são arquivos físicos pré-computados que utilizam uma chave pública/pares de chaves privadas gerados com base em um algoritmo de criptografia específico. A chave atribui a propriedade de cada par de chaves, ou “moeda”, à pessoa que está de posse da chave privada. Esses pares de chaves são armazenados em um arquivo chamado ‘wallet.dat’, que reside em um diretório oculto padrão no disco rígido do proprietário. As chaves privadas são enviadas aos usuários usando endereços de carteira dinâmicos gerados pelos usuários envolvidos nas transações. O endereço de pagamento de destino é a chave pública do par de chaves de criptomoeda. Há uma quantidade finita de cada criptomoeda disponível na rede, e o valor de cada unidade é atribuído com base na oferta e na demanda, bem como nos níveis de dificuldade flutuantes exigidos para a mineração de cada moeda”. (No original: “Cryptocurrencies are physical precomputed files utilizing a public key / private key pairs generated around a specific encryption algorithm. The key assigns ownership of each key pair, or ‘coin,’ to the person who is in possession of the private key. These key pairs are stored in a file named ‘wallet.dat,’ which resides in a default hidden directory on the owners hard drive. The private keys are sent to users using dynamic wallet addresses generated by the users engaged in transactions. The destination payment address is the public key of the cryptocurrencykeypair. There is a finite amount of each cryptocurrency available on the network, and value of each unit is assigned based on supply and demand, as well as the fluctuating difficulty levels required for mining each coin”).

publicados nos seis principais periódicos do Reino Unido, concluíram que essa tecnologia é, comumente, associada ao cometimento de crimes ou atos imorais; enquanto seus aspectos positivos, relacionados à proteção da privacidade e da liberdade de expressão são pouco mencionados.

Essa repercussão será objeto de análise no próximo capítulo, que buscará discutir e enfrentar as principais críticas atreladas aos métodos antiforenses: um primeiro ponto, com vínculo à temática da cadeia de custódia das provas digitais, avaliando os possíveis impactos negativos das estratégias antiforenses sobre a preservação das evidências úteis ao processo penal; e outro, atrelado à tutela da privacidade e da intimidade, diante das práticas de *cyber-surveillance*, a ser exercida por meio do anonimato digital.

7 CRÍTICAS ÀS PRÁTICAS ANTIFORENSES: UM NECESSÁRIO ENFRENTAMENTO

Conforme visto no item 6.1, a adoção das práticas antforenses é, constantemente, vinculada a noções negativas, típicas do pensamento que reduz o indivíduo em face dos poderes do Estado. Aqui, serão enfrentadas as principais críticas – de cunho processual e constitucional – postas contra as técnicas antforenses.

Em uma perspectiva processual penal, a primeira crítica está conectada à cadeia de custódia das provas, entre elas as digitais. O ponto de reflexão, nesse contexto, está atrelado aos efeitos que a utilização dos métodos antforenses gera sobre a autenticidade da prova digital, a ponto de comprometer sua admissibilidade.

A segunda crítica, por sua vez, trata da interseção entre o direito à não autoincriminação – praticado por meio de técnicas antforenses – com os direitos fundamentais à privacidade e ao anonimato digital.

A argumentação, nessa tônica, se volta ao emprego das técnicas antforenses para a proteção individual, em detrimento das restrições que repercutem no direito do Estado de investigar, processar e punir as pessoas imputadas que, comprovadamente, concorreram para práticas delitivas.

7.1 Contribuições antforenses à cadeia de custódia da prova digital

Todo o conteúdo negativo que recai, impropriamente, sobre as técnicas antforenses (conforme discutido no item 6.1) acaba por ofuscar um grande mérito: a capacidade de potencializar a fiabilidade das provas digitais.

Conforme notam Mason, Sheldon e Dries (2017, p. 325), a partir do momento em que as evidências eletrônicas ficam sujeitas aos fenômenos da exclusão, alteração ou anonimato, aumentam os desafios para sua obtenção de forma autêntica e íntegra.

A fiabilidade probatória, na definição de Geraldo Prado (2019, p. 88), “refere-se ao esquema de ingresso do elemento probatório no procedimento em cujo âmbito, posteriormente, este elemento poderá ser objeto de avaliação”.

Expõe o autor ainda que, para assegurar a fiabilidade do elemento probatório, é necessário um dispositivo – a cadeia de custódia – que o coloque “sob proteção de interferências capazes de falsificar o resultado da atividade probatória” (Prado, 2014, p. 86).

Ressalta o autor, todavia, que a fiabilidade do elemento probatório tem, como premissas, sua autenticidade – ou mesmidade – e integridade – ou integralidade. A autenticidade, na definição de Prado, seria o princípio a partir do qual se determina que “o mesmo [elemento probatório] que se encontrou na cena do crime [seja] o mesmo que se está utilizando para tomar a decisão judicial” (Prado, 2019, p. 95).

Já a integridade, conforme propõe Fernanda Domingos (2019, p. 197), constitui a garantia de que os elementos probatórios submetidos à apreciação judicial estão resguardados em sua completude e preservados contra quaisquer alterações, correspondendo – exatamente – à maneira como foram coletados (Lopes Jr.; Rosa, 2015).

A formação e a preservação dos elementos probatórios, assim, devem ser cercadas de cautelas, ou seja, “trata-se de perseguir a melhor qualidade da decisão judicial e reduzir ao máximo os riscos de incriminação imprópria” (Prado, 2019, p. 95), com a finalidade de assegurar que a prova não foi adulterada, não sofreu diminuição ou alteração de suas características (Badaró, 2017, p. 525).

Efetivamente, a confiabilidade do elemento probatório pressupõe sua autenticidade e integridade, e deve ser regrada, formalizada, documentada e validada (Sombrio, 2021, p. 216) pela cadeia de custódia. Para o Direito Processual Penal brasileiro, o procedimento adotado para a cadeia de custódia – disposto no artigo 158-A e seguintes do Código de Processo Penal – envolve a manutenção e a documentação da história cronológica do vestígio, permitindo o rastreamento de sua posse e manuseio desde o reconhecimento até o descarte (Oliveira, 2021, p. 98).

Acerca do necessário cuidado que deve envolver o tema da formação probatória, pontua Prado:

O cuidado que envolve o tema da formação da prova leva em consideração questões de ordem prática como, por exemplo, a manipulação indevida do elemento probatório com o propósito de incriminar ou isentar alguém de responsabilidade e também interroga, no plano teórico, as condições concretas do melhor conhecimento judicial. Em outras palavras, trata-se de perseguir a melhor qualidade da decisão judicial e reduzir ao máximo os riscos de incriminação imprópria (Prado, 2019, p. 95).

Quando o elemento probatório é digital, contudo, algumas de suas características singulares (Taruffo, 2014, p. 83) afetam sua autenticidade e integridade, motivo pelo qual demandam maior rigor que o normalmente associado às evidências em formato físico. Schafer e Mason (2017, p. 21) escrevem que, ao analisar uma prova material física – como um documento em papel, por exemplo –, circunstâncias como as propriedades químicas da tinta

utilizada na escrita podem determinar se mais de um utensílio foi adotado (como duas ou mais canetas) e a época em que o documento foi produzido.

Quando a prova está em ambiente eletrônico, contudo, conceitos como “original” e “cópia” não se sustentam. Como destacam os autores, no meio digital, o próprio ato de trabalhar em um documento cria, automaticamente, inúmeras cópias desse documento, que podem se manter salvas e registrar versões anteriores mesmo quando o documento estiver concluído (Schafer; Mason, 2017, p. 22).

Se os dados digitais são, intrinsecamente, maleáveis e mutáveis, assim também serão as evidências deles originadas. Essa característica, conforme consigna Steven Tepler (2014, p. 217), expõe toda a sua fragilidade e explica o motivo pelo qual os documentos eletrônicos merecem um tratamento diferenciado em relação aos físicos.

Devem os documentos digitais ser compreendidos, segundo Schafer e Mason (2017, p. 22-23), como um processo pelo qual partes de dados ininteligíveis são distribuídas, armazenadas, processadas e tornadas legíveis para uma pessoa humana. No ambiente digital, o documento não ocupa lugar algum – na verdade, nem sequer existe sem uma aplicação (*software*) que o recria com o dispositivo (*hardware*) sempre que a pessoa usuária do dispositivo o inicia.

Além disso, no meio eletrônico, um mesmo documento pode se mostrar de formas diferentes pois, a este não se aplica um conceito de representação única e definitiva. Os autores exemplificam essa afirmação a partir dos *emojis*, que são ideogramas usados em mensagens eletrônicas semelhantes aos *emoticons*.

Em 2016, a Apple alterou a forma do *emoji* que representava uma arma na mão de alguém para um *emoji* cuja imagem é de uma pistola de água.

Porém, até o ano de 2018, quando uma mensagem que continha esse *emoji* fosse enviada para um dispositivo que não fosse da Apple, a imagem recebida pelo usuário não seria a divertida pistola de água, mas uma ameaçadora arma de fogo – fator capaz de alterar todo o contexto de mensagens como “traga sua << *emoji* de arma >> para a nossa reunião” ou “retire o que disse, senão verá a minha << *emoji* de arma>>”. A Figura 8 ilustra essa diferença:

Figura 8 – Progressão temporal dos emojis de arma em diferentes dispositivos



Fonte: Burge (2018).

Com base nas características das provas digitais, Stephen Mason e Allison Stanfield (2017, p. 196-197) elencam, entre os fatores que dificultam sua autenticidade e integridade, a possibilidade de exclusão, alteração ou anonimato das evidências.

Essas situações, conforme discutido nos itens 6.2.1, 6.2.2 e 6.2.3, podem ter relação com o emprego de técnicas antiforenses: os autores comentam, nesse aspecto, um caso no qual existiam suspeitas plausíveis de que provas digitais (*e-mails* apreendidos) poderiam ter tido seus registros de data e hora de envio modificados, sendo essa informação imperiosa para o deslinde do processo.

Os autores comentam que, em contextos como esse, as análises periciais demandam maior dedicação e qualidade, motivo pelo qual, em última instância, acabam por produzir resultados ainda mais confiáveis.

No mesmo ponto, Mason, Sheldon e Dries (2017, p. 338) afirmam que os desafios resultantes do emprego de técnicas antiforenses geram reflexões cuidadosas sobre a natureza da prova eletrônica e incentivam o constante aperfeiçoamento da cadeia de custódia e das práticas periciais. Agem, nesse aspecto, para “neutralizar a possível suspeita da alteração do dado, reduzir o risco da perda da originalidade do dado e com isso garantir confiabilidade e integridade” (Mendes, 2020, p. 150).

Um exemplo prático de potencialização da cadeia de custódia que evita a incidência de métodos antiforenses sobre provas digitais pode ser visualizado na fase de apreensão. A fim de

que a fiabilidade dos elementos apreendidos seja preservada, é necessária a cópia (ou espelhamento) integral (*bit to bit*) do conteúdo do dispositivo a ser periciado (Paiva, 2022, p. 133).

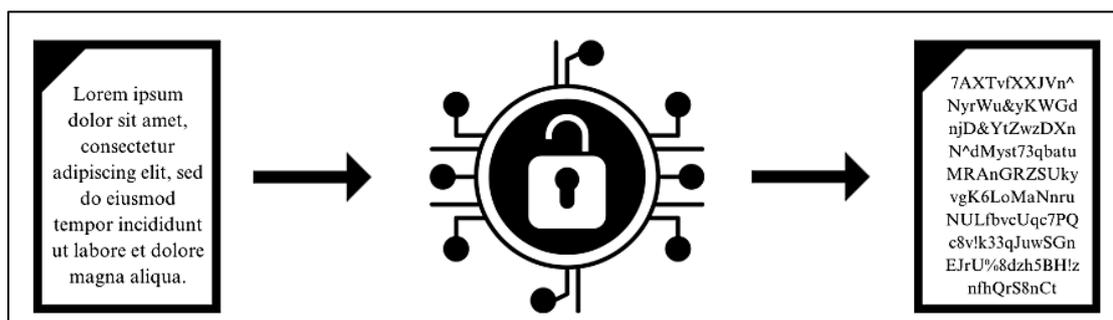
Deve-se, ainda, efetuar a extração do código de verificação *hash*, algoritmo matemático que mapeia todos os dados, que se alteram com qualquer intervenção, ainda que mínima, promovida sobre o arquivo original (Badaró, 2021, p. 8). Na conceituação de Alexandro Pastore e Manoel da Fonseca:

O *hash* é uma função que atende às demandas criptografadas necessárias para resolver uma computação *blockchain*. Os *hashes* têm um comprimento fixo, pois torna quase impossível adivinhar o comprimento do *hash* se alguém estiver tentando quebrar a *blockchain*. Os mesmos dados sempre produzirão o mesmo valor de *hash*. Uma função *hash* é um algoritmo matemático que pode usar qualquer tipo de entrada, como uma *string*, um arquivo de texto, ou um arquivo de imagem, e traduzi-lo para uma *string* de saída de tamanho fixo chamado *hash*. É uma função unidirecional, o que significa que a única maneira de recriar os dados de entrada originais (mensagem) do *hash* é tentar todas as variações possíveis para ver se elas produzem uma correspondência. O que só é possível utilizando-se os dados originais (Pastore; Fonseca, 2022, p. 105).

A Figura 9 demonstra, de forma simplificada, como atua a função *hash*. Na primeira imagem, o arquivo está em seu formato original (no caso, um texto). Na segunda, é submetido ao algoritmo *hash*. Por fim, após passar pela função *hash*, o arquivo é criptografado.

Qualquer alteração no texto (primeira imagem) implicaria, imediatamente, na mudança do arquivo criptografado (terceira imagem).

Figura 9 – Função *hash*



Fonte: Elaborado pela autora.

Tanto a necessidade de cópia integral das provas digitais, quanto da inclusão de algoritmo *hash*, são recomendações da ABNT na NBR ISO/IEC 27037:2013, que contribuem para a sua confiabilidade na medida em que asseguram a autenticidade e a integridade dos elementos probatórios.

Segundo Marcus Vinícius Pimenta Lopes (2023, p. 178), referido procedimento é suficiente para garantir que a prova digital não será adulterada no momento da perícia – já que

a análise será feita sobre os elementos copiados, e não sobre os originais –, para assegurar que os elementos originais não serão modificados e para possibilitar que tais provas originais permaneçam disponíveis para novas perícias.

Esse incremento qualitativo precisa ser percebido em toda sua relevância, que é proporcional ao protagonismo das provas científicas – entre elas, as perícias digitais – no contexto probatório. Prado (2019, p. 88-89) salienta que essas provas técnicas tendem à sobrevalorização epistêmica, isto é, a ser valoradas pelo que declaram, e não pelo que, de fato, comprovam.

O controle de qualidade da prova, naquilo que toca aos seus parâmetros de obtenção, produção e manutenção, seria – de acordo com Prado (2019, p. 89) – fundamental para “assegurar respaldo epistemológico à decisão judicial que lhe tenha como base”. Trata-se, em síntese, do “exercício de uma 'prova sobre a prova', isto é, na comprovação (demonstração) da correção do procedimento de obtenção e preservação dos elementos probatórios” (Prado, 2019, p. 90).

Na mesma medida, a cadeia de custódia – incrementada em decorrência das possibilidades de exclusão, alteração e anonimato antiforenses – é fundamental para a efetivação do modelo constitucional de processo no contexto da virada tecnológica.

Como observa Lopes (2023, p. 177), em seu aspecto de expansividade o modelo constitucional de processo se realiza pelo tratamento expresso da irregularidade probatória, disposto no artigo 5º, LVI, da CR/1988, e que norteia todo o direito probatório brasileiro, inclusive naquilo que se refere à cadeia de custódia.

Por isso, em relação à cadeia de custódia, as técnicas antiforenses não apresentam nada além de benefícios. Robustecem o controle processual sobre a prova – reflexo da orientação constitucional – e permitem a fiscalização sobre sua qualidade, fator que deve ser de interesse, inclusive, das agências de segurança pública.

7.2 Anonimato como direito fundamental na era da *cyber-surveillance*

Na era da *cyber-surveillance*, o anonimato não pode ser visto apenas como uma técnica antiforense, empregada pela pessoa envolvida em fatos penais para evitar a produção de provas em seu desfavor. Deve, concretamente, ser percebido como um direito que demanda proteção e deriva da garantia à privacidade.

Para tanto, é preciso compreender o dinamismo que permeia a noção de privacidade, porquanto vinculada às mudanças determinadas pelas tecnologias da informação; bem como o desenvolvimento do direito ao anonimato – este, igualmente, fruto da tecnologia.

Isso porque, no ambiente da *cyber-surveillance*, a privacidade vai muito além do antigo conceito liberal de “direito a ser deixado só”²²⁶, caracterizando, nas lições de Stefano Rodotà (2008, p. 92), “o direito de manter o controle sobre as próprias informações”. Passa a privacidade, nesse contexto, a proteger as “escolhas da vida contra toda forma de controle público e de estigmatização social”. Nas palavras do autor:

[P]ode-se dizer que hoje a sequência quantitativamente mais relevante é “pessoa-informação-circulação-controle”, e não mais “pessoa-informação-sigilo”, em torno da qual foi construída a noção clássica de privacidade. O titular do direito à privacidade pode exigir formas de “circulação controlada”, e não somente interromper o fluxo das informações que lhe digam respeito (Rodotà, 2008, p. 93).

Entre as “escolhas da vida” – nos termos de Rodotà – que se opõem ao controle, o anonimato tem se destacado, pelo menos desde meados do século XX (Coleman, 2019, p. 568).

Em suas primeiras expressões, esteve relacionado, precipuamente, às liberdades civis – como o direito à livre associação defendido pela National Association for the Advancement of Colored People (NAACP) em meados da década de 1950, após ser obrigada, pela Suprema Corte do Alabama, a informar os dados pessoais de seus membros.

No âmbito virtual, conforme salientam Diego Machado e Danilo Doneda (2020), até o início dos anos 2000, na então era Web 1.0²²⁷, os protocolos de internet acabaram por estabelecer o anonimato das pessoas usuárias como regra, de modo que apenas a empresa provedora dos serviços de conexão conhecia a identidade por trás da máquina.

Porém, com o advento da Web 2.0, criou-se uma gama de serviços em rede, especialmente direcionada às interações sociais, a partir das quais a ideia de “ser anônimo” deu lugar às de “ser conhecido”, “ser identificado”, “ser conectado”²²⁸.

Toda essa exposição (Lanier, 2018), entretanto, passou a constituir verdadeiro obstáculo ao desenvolvimento dos direitos da personalidade – inclusive, a privacidade – quando se tornou ferramenta da *cyber-surveillance*.

²²⁶ Para os fins desta tese, dispensável uma intensa revisão bibliográfica sobre o histórico da privacidade, desde sua primeira acepção jurídica – promovida por Samuel Warren e Louis Brandeis (1890) – até os mais modernos conceitos. O tema, porém, encontra-se desenvolvido com profundidade nas obras de René Ariel Dotti (1980) e José Adércio Leite Sampaio (1998).

²²⁷ Os marcos Web 1.0 e Web 2.0 estão na obra de Lawrence Lessig (2009).

²²⁸ Os autores mencionam que, a partir de 2012, a principal rede social do mundo – o Facebook – passou a adotar como diretriz a *real-name policy*, ou política do nome real, que exigia de seus usuários uma identificação verdadeira como condicionante à criação do perfil.

A literatura especializada, nesse aspecto, é uníssona ao atribuir a um evento certo o “despertar da consciência” das pessoas usuárias para essa realidade: as denúncias feitas por Edward Snowden²²⁹, que expuseram o acesso irrestrito das agências de segurança estadunidense ao tráfego de comunicações a nível mundial.

A partir do caso Snowden, vários outros exemplos de *cyber-surveillance* vieram à tona: Machado e Doneda (2020) citam que, em 2016, a Electronic Frontier Foundation (EFF) divulgou a existência do programa Hemisphere, operado pela operadora de telefonia AT&T e que preservava trilhões de registros de ligações; no mesmo ano, foi divulgada a existência do monitoramento, realizado pela empresa Yahoo e por ordem da Foreign Intelligence Surveillance Court (FISC), de milhares de contas de *e-mails*.

É nessa perspectiva que o anonimato passa a demandar uma tutela própria, com um modelo jurídico de proteção alicerçado na privacidade, mas com conceitos e técnicas específicos. Entende-se, portanto, como anonimato digital o direito das pessoas de se comunicarem sem serem identificadas ou rastreadas, assim como de terem o conteúdo de suas mensagens e os dados relacionados ao envio/recebimento protegidos.

Comentam Machado e Doneda (2020) que, em alguns países, o reconhecimento do anonimato digital já foi objeto de decisões pelos Tribunais Superiores, como Israel, Estados Unidos, Alemanha e Canadá. A pesquisa mais intensa realizada sobre o tema do anonimato *online*, no âmbito do Direito comparado, foi desenvolvida por Giorgio Resta (2014), cujas principais contribuições – apesar de, expressamente, não serem destinadas a fins penais²³⁰ –

²²⁹ O analista de sistemas da Central Intelligence Agency (CIA) atuava na National Security Agency (NSA) quando trouxe a público informações sobre a estrutura de *cyber-surveillance* estabelecida pela Agência, capaz de acessar as comunicações eletrônicas mantidas por milhões de pessoas e de coletar dados pessoais mediante a utilização de programas de espionagem. Em sua biografia, narra Snowden (2019, *e-book*, tradução nossa): “Nas profundezas de um túnel sob uma plantação de abacaxis - uma antiga fábrica de aviões subterrânea da época de Pearl Harbor - eu estava sentado em um terminal a partir do qual eu tinha acesso praticamente ilimitado às comunicações de quase todos os homens, mulheres e crianças do mundo que já haviam discado um telefone ou tocado em um computador. Entre essas pessoas estavam cerca de 320 milhões de meus concidadãos americanos, que, na condução regular de suas vidas cotidianas, estavam sendo vigiados em flagrante violação não apenas da Constituição dos Estados Unidos, mas dos valores básicos de qualquer sociedade livre. A razão pela qual você está lendo este [livro] é que eu fiz uma coisa perigosa para um homem em minha posição: Decidi contar a verdade. Coletei documentos internos do IC que evidenciavam a violação da lei pelo governo dos EUA e os entreguei a jornalistas, que os examinaram e publicaram para um mundo escandalizado”. (No original: “*Deep in a tunnel under a pineapple field – a subterranean Pearl Harbor-era former airplane factory – I sat at a terminal from which I had practically unlimited access to the communications of nearly every man, woman, and child on earth who’d ever dialed a phone or touched a computer. Among those people were about 320 million of my fellow American citizens, who in the regular conduct of their everyday lives were being surveilled in gross contravention of not just the Constitution of the United States, but the basic values of any free society. The reason you’re reading this [book] is that I did a dangerous thing for a man in my position: I decided to tell the truth. I collected internal IC documents that gave evidence of the US government’s lawbreaking and turned them over to journalists, who vetted and published them to a scandalized world*”).

²³⁰ “Além disso, o foco será exclusivamente nos problemas subjacentes à proteção civil dos direitos, enquanto a proteção criminal não será abordada”. (No original: “*Inoltre, ci si concentrerà esclusivamente sui problemi*

estão na proposta de dois modelos regulatórios que, mesmo não sendo ideais, poderiam contribuir com a tutela jurídica desse direito.

Um primeiro, baseado na licitude do anonimato como instrumento do exercício da liberdade de expressão e voltado a “incentivar uma troca de ideias e informações o mais autônoma, livre e descentralizada possível e permitir a construção de relações sociais de forma voluntária e até mesmo definida artificialmente” (Resta, 2014, p. 173, tradução nossa).²³¹

O segundo, considerando o anonimato como uma projeção do direito à proteção de dados pessoais, de modo a contemplar “o anonimato como um critério capaz de circunscrever o escopo objetivo de aplicação do regulamento ou como um princípio geral com o qual o processamento de dados pessoais deve estar em conformidade” (Resta, 2014, p. 178-179, tradução nossa).²³²

No Direito brasileiro, todavia, os modelos propostos por Giorgio Resta (2014) encontram obstáculos.

Isto porque, apesar de a Lei Geral de Proteção de Dados prever a anonimização de dados pessoais como técnica de tratamento de informações sensíveis (conforme discutido no item 6.3.2), a Constituição de 1988 veda, expressamente, o anonimato (artigo 5º, inciso IV). Tal restrição, conforme preleciona Virgílio Afonso da Silva (2021, p. 170), se fundamenta na ideia de que a liberdade de expressão não é absoluta e quem a excede está sujeito a punições, sendo o anonimato uma barreira da qual resultaria impunidade.

Nada obstante à vedação constitucional, necessário situar o debate do anonimato digital na era da *cyber-surveillance*. Afinal, no contexto da virada tecnológica do processo (abordado no item 5.2.2 deste trabalho), os modelos jurídicos, hoje, precisam ser pensados a partir de um paradigma tecnológico que reconhece, especialmente, as diferenças entre os espaços de expressão existentes à época em que foi elaborada a Constituição de 1988 e os que passaram a existir, de forma legítima, com o advento da internet²³³.

sottesi alla tutela civile dei diritti, mentre non si affronterà il problema della tutela penale”). (Resta, 2014, p. 172, tradução nossa).

²³¹ No original: “*incentivare uno scambio quanto più autonomo, libero e decentrato di idee e informazioni e permettere la costruzione di rapporti sociali su base volontaria e persino artificialmente definita*”.

²³² No original: “*l’anonimato o come critério idoneo a circoscrivere l’ambito oggettivo d’applicazione della disciplina, o come principio generale al quale deve conformarsi l’attività di trattamento dei dati personali*”.

²³³ Queiroz (2021, p. 256-257) comenta caso concreto em que uma empresa buscava a remoção de conteúdos negativos a respeito de seu ambiente de trabalho que foram postados no portal de recursos humanos Catho Online. Um dos comentários dizia “só aceite [trabalhar nessa empresa] se estiver muito desesperado!” Na ocasião, a empresa argumentou que embora os comentários não fossem ilícitos, o mero fato de terem sido realizados de forma anônima já caracterizavam violação constitucional.

Nesse contexto da *cyber-surveillance*, portanto, a vedação constitucional ao anonimato deve ser concebida de forma restrita, sem recair sobre as pessoas usuárias da internet que não desejam ser digitalmente identificadas.

Para a categoria do anonimato digital, é necessário que se assegure o anonimato em todas as etapas da comunicação virtual (Hildebrandt, 2014, p. 33), a saber: (a) em relação à pessoa responsável pelo envio, deve ser assegurado o direito de se comunicar livremente; (b) em relação à pessoa que recebeu a comunicação, deve ser assegurado o direito de se informar livremente; (c) em relação ao conteúdo da mensagem, deve ser assegurado o direito de não ser acessado indevidamente; (d) em relação aos locais de onde foi enviada e onde foi recebida, deve ser assegurado o direito de não serem conhecidos.

Esses aspectos, para além de detalharem o papel desempenhado pelo anonimato digital em cada uma das quatro fases da comunicação (Floridi, 2014), também são relevantes na medida em que refutam o ditado popular “quem não deve, não teme”.

Evidenciam, na verdade, que qualquer troca de dados, por mais trivial que seja, tem um enorme potencial de exposição, a ponto de que quem afirma “não se importar com o anonimato porque não tem nada a esconder” se equipara a quem “não se importa com a liberdade de expressão porque nada tem a dizer” (Coleman, 2019, p. 572).

Importante salientar que, apesar de serem comumente atreladas a práticas criminosas (Sardá *et al.*, 2019, p. 588), as ferramentas como VPN ou Tor têm múltiplas funcionalidades: desde mitigar o impacto das tecnologias *online* de armazenamento de dados pessoais (por exemplo, os *cookies*) e impor um limite à lógica da *cyber-surveillance*, até possibilitar a livre manifestação por parte de dissidentes de regimes políticos autoritários.

Nesse ponto, relevante o esclarecimento de Eric Jardine, após pesquisa empírica relacionada às motivações políticas de usuários do Tor:

Dados sobre o uso da rede Tor de 2011 a 2013 sugerem que a repressão política realmente impulsiona o uso de tecnologias de concessão de anonimato. Os resultados indicam que tanto os níveis muito altos quanto os muito baixos de repressão política tendem a impulsionar mais o uso do Tor. Em outras palavras, a relação entre o nível de repressão de um país e a taxa de uso individual de tecnologias de concessão de anonimato é em forma de U (Jardine, 2018, p. 436, tradução nossa).²³⁴

Obviamente, não se pretende comparar, a nível de relevância social, a prática de anonimato por uma pessoa que deseja adquirir entorpecentes com o anonimato de dados

²³⁴ No original: “Data on use of the Tor network from 2011 to 2013 suggest that political repression does drive usage of anonymity-granting technologies. The results indicate that both very high and very low levels of political repression tend to drive use of Tor the most. In Other words, the relationship between a country’s level of repression and the rate of individual usage of anonymity-granting technologies is U-shaped”.

promovida por alguém que teme ser repreendido por motivos raciais, sexuais, religiosos ou políticos.

Além disso, não se nega o potencial que o anonimato agrega às práticas ilícitas. Foi pela rede Tor, por exemplo, que o Silk Road – maior mercado *online* de mercadorias ilícitas, principalmente drogas, já descoberto – operou entre 2011 e 2013²³⁵.

A ideia do anonimato digital, porém, não deve ser confundida com uma tentativa de esvaziar a legitimidade investigativa do Estado. Como direito das pessoas inseridas no ambiente *cyber*, anonimato digital não pode ser impedido, mas não deixa de reclamar a intervenção estatal quando vinculado à prática de ilícitos penais:

Iniciativas como as do *Tor Project* e outras redes anônimas (*anonymity networks*) visam atender os dois requisitos citados para promover a irrastrabilidade de seus usuários. Pode haver dificuldades para a responsabilização do sujeito que lança mão das ferramentas técnicas para atingir esse tipo de anonimato na internet e cometer atos que implicam lesão a direitos e liberdades fundamentais de outrem ou infrações penais, na medida em que identificar as pessoas imputáveis é tarefa que depende da expertise informática das autoridades de investigação, principalmente, e da observância das decisões judiciais e regras legais pelos provedores de serviço de internet. Nesses casos em que o recurso a programas de computador e outros meios técnicos ocorre de modo abusivo, é legítima a intervenção de entidades estatais, nacionais ou supranacionais, para combater e reprimir as condutas de cibercriminosos nas redes digitais (Machado; Doneda, 2020).

Desse modo, o anonimato digital, por si, não seria vedado e nem consistiria uma prática ilícita; além disso, os ilícitos cuja responsabilidade se pretendesse esconder poderiam ser objeto de investigações forenses por parte das agências de segurança pública – desde que, repita-se, o anonimato em si não fosse impedido²³⁶.

No caso narrado no item 6.1.1.3, então, seria ilegal a exasperação da pena promovida pelo juízo sentenciante ao argumento de que o anonimato do agente caracterizaria circunstância judicial negativa e demandaria maior reprovação.

Efetivamente, o anonimato digital deve ser um direito garantido às pessoas usuárias de tecnologias como forma de proteção e antes de criarem e compartilharem os dados pessoais.

²³⁵ O caso é objeto do documentário “Deep Web”, lançado em 2015 e dirigido por Alex Winter, que mostra os detalhes da operação policial que desmantelou o Silk Road, bem como do julgamento que condenou o administrador da plataforma, Ross William Ulbricht, à prisão perpétua.

²³⁶ Nesse sentido: “A interpretação da vedação constitucional ao anonimato deve preferir uma concepção restrita desse conceito, que exclua situações de anonimato meramente superficial, fraco ou aparente. Além disso, a resposta jurídica a situações de ausência de identificação do autor de uma manifestação expressiva deve privilegiar a intervenção mínima (intervenção de baixa intensidade): qualquer esforço de identificação do autor de uma manifestação pressupõe a existência de ilicitude no ato expressivo, e sua responsabilização demanda a identificação de seu autor. Tal ilicitude não se confunde com a própria ausência de identificação (ilicitude pela forma), mas se limita aos casos em que o teor da manifestação seja substantivamente ilícito, como ocorre nas calúnias, ameaças, manifestações racistas e discriminatórias em geral” (Queiroz, 2021, p. 261).

Caso esse anonimato seja utilizado para fins ilícitos – e apenas depois que o forem, é legítima a busca do Estado pela identificação e atribuição de responsabilidades.

Até porque, apesar de ser frequente a associação do anonimato “exclusivamente à covardia e à evasão de responsabilização” (Queiroz, 2021, p. 243), estudos têm demonstrado ser falaciosa a atribuição de falta de responsabilização pessoal e aumento da criminalidade ao anonimato digital.

O tema da responsabilidade no ambiente digital está em voga há pelo menos três décadas e faz lembrar a frase que diz que “na internet, ninguém sabe que você é um cachorro” (*on the internet, nobody knows you're a dog*), que acompanhou a charge publicada por Peter Steiner na revista norte-americana *The New Yorker*, em julho de 1993. A Figura 10 apresenta a ilustração.

Figura 10 – Charge de Peter Steiner, publicada no *The New Yorker* em 1993



Fonte: Steiner (1997).

A ideia de poder ser quem quiser, sem estar atrelada a um nome, uma imagem e uma localização é uma das maiores seduções proporcionadas pelo meio *online* às pessoas usuárias da internet.

Ainda em 1996 e inspirada pela charge de Steiner, a socióloga Sherry Turkle definiu a noção de “ser quem você quiser ser” como uma poderosa fantasia, na qual ninguém estaria limitado à própria história, que poderia ser recriada no mundo virtual com poucos cliques:

A noção de que "você é quem você finge ser" tem uma ressonância mítica. A história de Pigmalião perdura porque desperta uma fantasia poderosa: a de que não estamos limitados por nossas histórias, que podemos ser recriados ou que podemos recriar a nós mesmos. No mundo real, ficamos entusiasmados com histórias de autotransformação dramática. [...] Mas, é claro, para a maioria das pessoas, essas recriações do eu são difíceis. No [mundo virtual], entretanto, você pode escrever a autodescrição do seu personagem da maneira que desejar. Os mundos virtuais podem

proporcionar ambientes para experiências que são difíceis de se obter no mundo real (Turkle, 1996, p. 162, tradução nossa).²³⁷

Essa despersonalização da pessoa usuária, por sua vez, teria o potencial de diminuir o sentimento de responsabilidade pessoal. É como se, protegida por uma ficção, a pessoa se sentisse confortável para agir – no “mundo virtual” – de modo diferente em relação aos seus hábitos no “mundo real”.

De acordo com Tim Jordan (2019), contudo, esse não seria um problema a ser atribuído ao anonimato, mas sim à capacidade do “mundo virtual” de conectar uma quantidade de pessoas infinitamente maior que o “mundo real”.

O autor, com razão, comenta que a natureza do anonimato pode ser expressa em duas perguntas: “O anonimato permitirá que eu seja responsável porque garante que eu possa distribuir informações?” e “O anonimato permitirá que eu negue a responsabilidade por minhas ações e declarações?” (Jordan, 2019, p. 575, tradução nossa).²³⁸

Conforme pondera Jordan, esses questionamentos não são, exatamente, uma novidade decorrente da internet – o anonimato já existia antes da WWW. Com o advento virtual, porém, passaram a cruzar a mente de mais pessoas que, a todo momento, se questionam “o que eu faria se minhas ações online pudessem ser atreladas a mim?”. Com isso, Jordan conclui que os princípios do anonimato não se alteraram no ambiente virtual, mas tão somente fizeram-se expandir.

Acerca dos argumentos que buscam relacionar o anonimato ao aumento da criminalidade *online*, explica Judith Aldridge (2019, p. 578) que, de fato, as atividades ilegais promovidas no ambiente virtual são, constantemente, incrementadas, em especial pela circulação de criptomoedas.

Pondera a autora, porém, ser uma mera presunção – que não se sustenta em dados concretos extraídos da realidade – a premissa de que a virtualização da criminalidade é negativa ou socialmente ruim.

Sendo assim, Aldridge (2019, p. 579) propõe uma nova perspectiva, a partir da qual encara o crescimento o mercado eletrônico ilícito como um benefício capaz de reduzir os danos

²³⁷ No original: “*The notion “you are who you pretend to be” has a mythic resonance. The Pygmalion story endures because it sparks to a powerful fantasy: that we are not limited by our histories, that we can be re-created or can re-create ourselves. In the real world, we are thrilled by stories of dramatic self-transformation. [...] But, of course, for most people, such re-creations of self are difficult. In [virtual world], however, you can write your character’s self-description any way you wish. Virtual worlds can provide environments for experiences that are hard to come by in the real world.*”

²³⁸ No original: “*Will anonymity allow me to be responsible because it ensures I can distribute information?” e “Will anonymity allow me to deny responsibility for my actions and utterances?”*”

às pessoas que consomem os produtos ilegais comercializados, assim como de diminuir a violência dessas atividades criminosas no “mundo real”.

Segundo pesquisa capitaneada pela autora (Aldridge; Stevens; Barrat, 2018), os mercados que movimentam valores em criptomoeda incentivam a avaliação (*feedback*) sobre os produtos adquiridos, na medida em que retêm os pagamentos até que a transação seja finalizada pelo consumidor, que confirma ter comprado exatamente aquilo que lhe fora anunciado (*as advertised*).

Com isso, há um substancial aumento na qualidade das mercadorias, fator que implica a redução de danos àqueles que irão consumi-las – aqui, válido o destaque especial à categoria das pessoas usuárias de substâncias entorpecentes.

Além disso, os pagamentos são normalmente mantidos em "custódia" pelo *marketplace* e liberados para os vendedores somente quando os clientes recebem suas compras. Os compradores insatisfeitos com a qualidade do produto têm o recurso de deixar um *feedback* negativo. Juntos, esses fatores podem tornar os vendedores mais responsáveis, com os compradores, por sua vez, mais propensos a obter produtos "conforme anunciado" e de melhor qualidade do que aqueles que compram off-line. Estão surgindo evidências de pesquisas em apoio a essa possibilidade. O *feedback* dos clientes pode ser manipulado pelos vendedores, mas como a maioria dos vendedores tem pontuações de *feedback* perfeitas (5/5), parece que os medicamentos comprados no mercado de criptomoedas atendem ou excedem as expectativas da maioria dos compradores. Entrevistas com clientes de criptomercados destacam a qualidade do produto como um dos principais motivos para o acesso a medicamentos dessa forma (Aldridge; Stevens; Barrat, 2018, p. 790, tradução nossa).²³⁹

Essa mesma pesquisa (Aldridge; Stevens; Barrat, 2018) considera outro importante fator que corrobora a ideia de redução de danos pela qualidade superior dos produtos transacionados ilegalmente no mercado virtual: além das avaliações dos consumidores, exames periciais feitos na Espanha concluíram que noventa por cento das amostras de entorpecentes adquiridas no comércio virtual correspondiam ao idêntico grau de pureza anunciado.

A Figura 11 apresenta a imagem de uma tela extraída em 2022 de página da *dark web* que comercializa outros produtos ilícitos – em vez de substâncias entorpecentes, são cartões de crédito roubados.

²³⁹ No original: “Moreover, payments are typically held in ‘escrow’ by the marketplace and released to sellers only when customers receive their purchases. Buyers dissatisfied with product quality have recourse by leaving negative feedback. Together, these factors may make vendors more accountable, with buyers, in turn, more likely to obtain ‘as advertised’ and higher-quality products than those buying off-line. Research evidence is emerging in support of this possibility. Customer feedback is open to manipulation by vendors, but with most vendors holding perfect (5/5) feedback scores, it appears that cryptomarket-purchased drugs meet or exceed the expectations of the majority of buyers. Interviews with cryptomarket customers highlight product quality as a key reason for accessing drugs in this way”.

Veja-se que, ao lado dos preços cobrados por cada produto, existe uma avaliação que é promovida pelos compradores sobre os vendedores, com os requisitos de descrição, qualidade e comunicação:

Figura 11 – Página da *dark web* que comercializa cartões de créditos obtidos ilícitamente

	High Valid USA Credit Cards Type: Digital Category: CVV & Cards From: United States of America Stock: 9961 Sales: 35	13.26 EUR per piece   Bulk from 11.94 EUR per piece	 Level 73 Member since: 2020-02-13 # of Deals: 138 Stealth: ★★★★★☆ Quality: ★★★★★☆ Communication: ★★★★★☆
	Credit Card/Fullz AutoShops Type: Digital Category: CVV & Cards From: United States of America Stock: 965 Sales: 32	7.95 EUR per item  	 Level 148 Member since: 2019-12-13 # of Deals: 580 Stealth: ★★★★★★ Quality: ★★★★★★ Communication: ★★★★★★
	CREDIT SECRETS PACK - BOOST CREDIT SCORE - GET A NEW CREDIT PROF Type: Digital Category: CVV & Cards From: United States of America Stock: 995 Sales: 5	13.59 EUR per item  	 Level 148 Member since: 2019-12-13 # of Deals: 580 Stealth: ★★★★★★ Quality: ★★★★★★ Communication: ★★★★★★
	Visa Credit Card Blank (NoChip) Type: Physical Category: CVV & Cards From: United States of America Stock: 1000 Sales: 0	4.42 EUR per Card  	 Level 67 Member since: 2020-01-02 # of Deals: 46 Stealth: ★★★★★★ Quality: ★★★★★★ Communication: ★★★★★★

Fonte: Rufio e Zoltan (2022).

Da mesma forma, para Aldridge (2019, p. 581), a migração dos mercados ilícitos para o ambiente virtual resultaria em potencial diminuição dos atos de violência. As evidências coletadas sobre o tema (Martin, 2014; 2017) sugerem que o fato de não manterem qualquer contato e de não serem capazes de se identificar entre si tornam as relações entre quem compra e quem vende mais seguras.

Desmistificadas, portanto, as noções de que o anonimato digital deslegitimaria as ações investigativas do Estado, incentivaria a falta de responsabilização criminal ou potencializaria a violência, pesa um último argumento a favor da revisão da cláusula constitucional que o veda: os riscos gerados a usuários e usuárias a partir da obrigatoriedade de identificação no ambiente *cyber*.

A compreensão desse problema, que já é objeto de debate na União Europeia (Masseno, 2023), parte da crescente “biometrização” de espaços virtuais públicos e privados, cujo acesso somente é possível mediante a cessão, por usuários e usuárias, de elementos da sua identidade visual.

Apesar de constituírem dados pessoais sensíveis por excelência, como reconhece o artigo 5º, inciso II da LGPD, os dados biométricos têm se popularizado a ponto de serem solicitados para atividades cotidianas simples, desde o ingresso a prédios monitorados por “portarias virtuais” até o desbloqueio de *smartphones* ou acesso a serviços públicos por meio do aplicativo estatal oficial Gov.br.

Essa identificação biométrica, para além de compreender uma ferramenta de grande potencial para a *cyber-surveillance* (conforme discutido no capítulo 3 deste trabalho), também é potencialmente lesiva a usuários e usuárias na medida em que os torna vulneráveis a situações como a *deepfake*, tecnologias capazes de mesclar, combinar, substituir e sobrepor vozes, imagens e vídeo para criar registros falsos hiper-realistas (Maras; Alexandrou, 2019).

Veja-se, nesse sentido, que pesquisa conduzida pela provedora de segurança McAfee em 2023 concluiu que uma a cada quatro pessoas já foi vítima de algum tipo de crime, tentado ou consumado, por meio da utilização de tecnologias de *deepfake*, sendo que 77% delas afirmou ter perdido dinheiro como resultado da fraude (Artificial Intelligence [...], 2023).

Nessas circunstâncias, a vedação ao anonimato não apenas é imprestável para mitigar a criminalidade, mas acaba por fornecer elementos que lhe são úteis e dão origem a uma vasta gama de novos delitos.

7.3 Soluções propostas para os casos concretos

Neste capítulo, foram discutidas algumas práticas antiforenses que podem evitar a produção de provas, por parte da pessoa envolvida no fato penal, em seu desfavor. Buscou-se, inicialmente, atribuir às técnicas antiforenses um conceito mais afirmativo em relação àqueles definidos pelos trabalhos da área.

Assim, como métodos que garantem às pessoas o direito de não produzirem contra si provas digitais, foram analisadas as várias categorias em que se dividem as práticas antiforenses. Entre as principais, destacaram-se a exclusão, a alteração e o anonimato de provas digitais.

A exclusão, conforme analisado no item 6.2.1, revela-se prática que, apesar de aparentemente simples, é de difícil emprego eficaz. Com o desenvolvimento das tecnologias forenses, as agências de segurança pública possuem meios de recuperar grande parte dos dados apagados de dispositivos eletrônicos e, por tal motivo, somente a destruição total do disco rígido dos dispositivos poderia garantir que os dados ali constituídos seriam irresgatáveis.

A alteração, por seu turno, se mostrou uma técnica com diversas possibilidades, algumas mais e outras menos seguras, sendo a criptografia – método aderido pelos próprios sistemas operacionais – a mais popular delas. Já o anonimato se apresenta como método muito útil ao ingresso à internet de modo a impedir – ou, pelo menos, dificultar – a identificação da pessoa usuária e de sua localização.

Em relação às críticas direcionadas às práticas antiforenses, o texto demonstrou que não se sustentam quando confrontadas pelo arcabouço teórico do modelo constitucional de processo no contexto da virada tecnológica.

Naquilo que se refere ao argumento de que as técnicas antiforenses seriam completamente prejudiciais à persecução penal, evidenciou-se a influência positiva que tais métodos exercem sobre a cadeia de custódia da prova digital, incrementando o controle processual sobre a prova e permitindo a fiscalização das partes sobre sua qualidade.

Finalmente, no tocante às críticas que se voltam contra o anonimato, discutiu-se a sua consagração como um direito que decorre da privacidade e que se destaca em ambiente online e deve ser analisado em uma perspectiva de fluidez, que combina aspectos técnicos com questões sociais e jurídicas.

Por esses fundamentos, tem-se que as soluções conferidas pelo Judiciário para as circunstâncias estabelecidas nos casos concretos são incompatíveis com o direito à não autoincriminação e sua (re)leitura na era da *cyber-surveillance* e a partir do modelo constitucional de processo no contexto da virada tecnológica.

No primeiro caso (item 6.1.1.1), verifica-se que a exclusão das mensagens trocadas por **B** no aplicativo WhatsApp em nada prejudicaram as investigações, estando a polícia científica munida de equipamento (*hardware*) e sistema (*software*) próprios para a recuperação de comunicações deletadas.

E, ainda que o prejuízo fosse consolidado – isto é, que as mensagens não pudessem ser recuperadas –, não haveria por parte de **B** nenhuma prática ensejadora de prisão preventiva, seja porque inexistente, no ordenamento jurídico, norma que proíba a exclusão de comunicações ou que determine seu arquivamento por certo período; seja porque agiu na prática do direito à não autoincriminação.

Para o segundo caso (item 6.1.1.2), a condenação de **C** por obstrução de justiça também parece equivocada – primeiro, porque sua conduta não resultou em nenhuma lesão a bem jurídico de terceiros; segundo, porque o fato de ter a investigação forense restringido sua busca a determinado tipo de arquivos (em formato de vídeo .mpeg4) não pode ser imputado a **C**, que

apenas valeu-se da impropriedade dos métodos periciais e, com isso, exerceu seu direito à não autoincriminação.

Igualmente, para o terceiro caso (item 6.1.1.3), o emprego da técnica de anonimato digital pelo usuário **D** é legítimo, na medida em que não impede as investigações promovidas pelas agências de segurança pública e que constitui um direito das pessoas usuárias da internet.

Com isso, constatou-se verdadeira a hipótese de que a adequação da não autoincriminação ao modelo constitucional de processo penal deve abranger, no contexto da virada tecnológica e como forma de evitar a produção de provas por parte da pessoa em seu desfavor, o emprego de práticas antiforenses.

Essas técnicas evoluem constantemente e merecem ser conhecidas por cada vez mais pessoas usuárias de dispositivos eletrônicos, tanto para que possam garantir o direito de não produzir provas contra si, quanto para a proteção de suas atividades em ambientes virtuais.

Mais que isso, devem ter sua legitimidade reconhecida pelos demais participantes do sistema de justiça penal – incluídos, aqui, Ministério Público como órgão acusatório e Poder Judiciário como esfera decisora dos conflitos criminais - como forma fazer prevalecer a processualidade democrática sobre práticas autoritárias.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho buscou explicitar as circunstâncias que contribuíram para que o processo penal fosse ocupado pela *surveillance*. A compreensão da presente realidade demandou, por conseguinte, uma análise retrospectiva, que relacionou a crise do Estado e o medo coletivo como precedentes da sociedade de risco, na qual o Estado passa a se submeter a novas regras e tendências globais, inclusive no âmbito da segurança pública.

Em suas constantes rupturas de paradigma, o Estado sempre se sustentou sobre uma das características responsáveis pela involução dos seres humanos, mas capaz de unir os mais diversos indivíduos em torno um mesmo ideal: o medo.

As fontes de medo se projetaram em diferentes formas no decorrer da história, mas sempre serviram ao Direito e ao Processo Penal como vetores de identificação dos males a serem enfrentados e dos inimigos a serem combatidos.

A partir do momento em que os inimigos passam a ser temidos por sua sofisticação, porém, as atividades usuais de repressão e punição adotadas pelo Estado passam a ser insuficientes. É nesse contexto que a normalidade dá lugar à excepcionalidade e que a regra se converte em emergência. Sem limitações geográficas ou temporais, a emergência se instala com a mesma facilidade que derroga, total ou parcialmente, direitos fundamentais.

No aspecto processual penal, a emergência esvazia qualquer instrumento que obste a rápida e eficiente punição do inimigo. A cognição ordinária, própria da disciplina processual democrática que atribui à fase de conhecimento a formação da culpa, passa a ser interpretada como demora e é no âmbito cautelar que se reprime e se pune.

É, igualmente, no âmbito cautelar que se concentra a produção probatória, que passa a ser desempenhada por métodos ocultos de investigação mais eficazes e precisos em comparação aos tradicionais.

A emergência processual penal ainda admite, na perspectiva dos métodos clandestinos de investigação, sua institucionalização e generalização. Uma vez legitimados pela ordem jurídica e massificados pela prática forense, estes meios secretos se tornam imprescindíveis para o êxito das agências de segurança pública, independentemente de sacrificarem bens jurídicos e direitos fundamentais individuais.

Além disso, a emergência contribui para que tais métodos ocultos sejam, cada vez mais, dotados de características como a fluidez, a descentralização e a desterritorialização, próprias das atividades de *surveillance*.

A *surveillance*, seja pelas demandas do Estado, seja pelos interesses privados, evolui constantemente e a passos largos. As novidades tecnológicas a tornam, cada vez mais, onipotentes, onipresentes e oniscientes, úteis a identificar padrões de comportamento e perfis de consumo, assim como localizar pessoas e acessar suas comunicações.

Para fins de investigação criminal, a *surveillance* tem especial importância na medida em que serve à repressão e punição de certas espécies de criminalidade, praticadas pelos inimigos para além do mundo físico.

Quando praticados no *cyberespaço*, isto é, nas redes de computadores ou celulares, os métodos ocultos de obtenção de informações precisam se adaptar à *cyber-surveillance* e expandirem seus horizontes – muitas vezes, ultrapassando o próprio ordenamento jurídico. É o que acontece, por exemplo, com as investigações que envolvem o armazenamento de dados informáticos, a infiltração de agentes virtuais e a invasão de sistemas informáticos por *malwares*.

Essas novas práticas chegaram para ficar; não são passageiras, efêmeras. A cada desenvolvimento tecnológico, uma nova plataforma de investigação oculta será estabelecida e nem sempre existirá uma tutela adequada de direitos individuais em contrapartida.

Exatamente por isso, surge a necessidade de se ampliar o rol de direitos fundamentais disponíveis às pessoas envolvidas nos fatos penais, na mesma proporção em que se estendem, em seu desfavor, as práticas processuais.

A demanda pela extensão do catálogo de direitos fundamentais previstas pelo processo penal foi analisada a partir de importante direito, consagrado como princípio e prevista pela CR/1988: a não autoincriminação. Para os fins deste trabalho doutoral, a não autoincriminação se apresentou como principal contramedida às práticas emergenciais, inclusive aquelas desempenhadas a partir da *cyber-surveillance*.

A partir de uma discussão verticalizada, buscou-se abandonar o lugar comum em que a as obras jurídicas costumam posicionar a não autoincriminação. A tônica do debate foi desenvolvida em torno das dificuldades enfrentadas pelo *nemo tenetur se detegere*, desde suas primeiras manifestações no Direito anglo-saxão até as suas mais recentes caracterizações no Direito brasileiro.

Pretendeu-se, nesse sentido, demonstrar como a não autoincriminação tem sido, desde sua consolidação no direito anglo-saxão, objeto de diversas limitações. Ainda que certos autores posicionem seu marco histórico no século XVI, é certo que sua aceitação pelas Cortes anglo-saxãs somente se deu no final do século XVII.

E esses mais de 100 anos não configuram mero período de adaptação: pelo contrário, foi preciso que um novo direito – relacionado à defesa técnica – se consolidasse.

Mas isso não significa que, a partir do momento em que as pessoas imputadas tiveram o direito a serem representadas por advogados, a não autoincriminação foi integralmente aplicada; mais uma vez, o oposto: suas mais amplas expressões no Direito anglo-saxão somente se verificaram a partir da 5ª Emenda à Constituição dos Estados Unidos e do julgamento do caso *Miranda v. Arizona*.

No cenário pátrio, não são menores os desafios da não autoincriminação. Apesar de sua história no Brasil ser mais recente, está intrinsecamente relacionada ao dilema enfrentado pelos Estados Liberal e Social. Isso porque, com inspirações iluministas, o *nemo tenetur se detegere* foi, inicialmente, inserido no ordenamento jurídico nacional como forma de proteger o indivíduo dos poderes estatais.

Com o advento do Estado Social, porém, todo o horizonte de proteção dos direitos individuais passou a ser limitado, inclusive aqueles relacionados ao Direito Processual Penal, cujo máximo reflexo se vislumbra do Código de Processo Penal de 1941, vigente até hoje e impregnado com diversos traços inquisitórios.

Para a não autoincriminação, o permanente contraste entre o Estado Liberal e o Estado Social acabaram por contaminar seu conteúdo. Apesar de ter nascido da ideia de restrição do indivíduo contra abusos do Estado, sua função evoluiu, no Estado Social, para uma ótica diversa: passou a ser considerada como um instrumento do processo e, conseqüentemente, da jurisdição.

Ainda na perspectiva do Estado Social, tornou-se objeto de frequente colisão frente aos direitos coletivos, a ser dirimida mediante aplicação, pelo Poder Judiciário, de métodos de ponderação e proporcionalidade.

Diante disso, a não autoincriminação passou a ser cada vez mais limitada, a ponto de ser atenuada quando considerada obstáculo à “eficiência” investigativa, ao processamento ou ao julgamento de crimes na lógica neoliberal.

Por conseguinte, as divergências entre o conteúdo da não autoincriminação no Estado Liberal e no Estado Social impediram sua adequação constitucional. Como direito fundamental disposto pela Constituição de 1988, a não autoincriminação tem papel de destaque e precisa ser recepcionada, integralmente, pelo Processo Penal.

Para tanto, considerando a necessidade do próprio Direito Processual Penal de se adaptar à processualidade democrática e abandonar os ranços medievais que insistem em o acompanhar, o modelo constitucional de processo se mostra como metodologia capaz de

proporcionar a adoção de uma base principiológica uníssona, cuja dinâmica prevê a expansão, a especialização e o aperfeiçoamento do ordenamento jurídico diante da adesão aos direitos fundamentais.

A partir do modelo constitucional de processo penal, revelou-se possível ultrapassar a sujeição do indivíduo ao Estado, posicionando o indivíduo e o órgão de acusação em paridade.

Essa paridade, no aspecto da não autoincriminação, tem o potencial de abranger o direito de não produzir provas contra si, em todas as suas modalidades – ativas ou passivas, comissivas ou omissivas – e, com isso, tutelar os direitos individuais, ressalvada a vedação às práticas que constituem ilícitos penais quando violadoras do direito de terceiros, aqui compreendidos como pessoas físicas ou jurídicas certas e determinadas²⁴⁰.

Além disso, contextualizada à virada tecnológica no processo, a não autoincriminação passa a ter sua garantia estendida aos ambientes virtuais, até então dominados pela lógica da produtividade neoliberal.

Por tudo isso, a não autoincriminação deve alcançar sua plenitude para que se adeque à processualidade democrática no contexto da virada tecnológica. É preciso garantir, à pessoa envolvida em fatos penais, o direito de se proteger das diversas formas desenvolvidas pelo Estado – inclusive por métodos ocultos de investigação empregados na era da *cyber-surveillance* – para obter sua inculpação.

As técnicas antforenses, nesse sentido, têm o potencial de contribuir para o exercício da não autoincriminação, viabilizando o direito da pessoa de não produzir, contra si, provas digitais incriminadoras.

Por meio da exclusão, da alteração e do anonimato de elementos digitais, a pessoa pode, em paridade com as agências públicas de segurança, contar com os avanços tecnológicos para a promoção de seus interesses.

Obviamente, por se tratar de ferramentas que dificultam ou impossibilitam a atividade investigativa pelo Estado, as técnicas antforenses são alvo de críticas. Entretanto, quando submetidas ao filtro do modelo constitucional de Processo Penal, constata-se que nenhum dos questionamentos se sustenta.

No aspecto probatório processual, porquanto as técnicas antforenses consistem em mecanismo de reforço à cadeia de custódia, capazes de incrementar significativamente a qualidade da prova em seus aspectos de integralidade, autenticidade e confiabilidade – circunstância esta que deve (ou deveria) interessar a todos impactados pela dinâmica probatória.

²⁴⁰ Nessa hipótese, não estariam abrangidas as condutas violadoras de bens jurídicos supraindividuais. Veja-se, sobre a deificação própria do Direito Penal material a esse respeito: Badaró (2016).

Refutáveis, igualmente, os argumentos contrários ao anonimato na era da *cyber-surveillance*, tendo em vista que, na condição de direito autônomo decorrente da privacidade, merece tutela jurídica, em especial naquilo que toca às comunicações realizadas no ambiente virtual.

Por fim, o objetivo da tese – promover uma (re)leitura da não autoincriminação na era da *cyber-surveillance*, pelo marco do modelo constitucional de Processo Penal e de modo a legitimar o uso de técnicas antifoenses pelas pessoas – foi alcançado.

Quando submetida a teste, a hipótese inicial – de que a adequação da não autoincriminação ao modelo constitucional de processo penal, na era da *cyber-surveillance*, deve abranger, como forma de evitar a produção de provas por parte da pessoa envolvida no fato penal em seu desfavor, a adoção de técnicas antifoenses, hábeis a excluir, alterar ou tornar anônimas provas digitais potencialmente incriminadoras – se viu confirmada pelos casos concretos.

Por tudo isso, tem-se que, quando adequada à Constituição de 1988, a não autoincriminação se mostra como direito, que, na era da *cyber-surveillance*, pode e deve ser exercido, legitimamente, pela adoção das técnicas antifoenses.

Assim como o Estado tem, diuturnamente, investido em tecnologias auxiliares às investigações em ambiente eletrônico, as pessoas usuárias de dispositivos eletrônicos têm a seu dispor diversas ferramentas que permitem a potencialização da tutela dos seus direitos no “mundo virtual”.

REFERÊNCIAS

- ABREU, Jacqueline de Souza; ANTONIALLI, Dennys. **Vigilância sobre as comunicações no Brasil: interceptações, quebras de sigilo, infiltrações e seus limites constitucionais**. 2. ed. São Paulo: Internetlab, 2017.
- ADEODATO, João Maurício. **Ética & Retórica: para uma teoria da dogmática jurídica**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- ADEODATO, João Maurício. **Introdução ao estudo do direito: retórica realista, argumentação e crística**. Rio de Janeiro: Forense, 2023.
- AFONSO, Marcelo Santiago de Moraes. **O direito à não autoincriminação e a obrigação de sujeição a exames**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- ALBANO, Pietro; CASTIGLIONE, Aniello; CATTANEO, Giuseppe; DE SANTTIS, Alfredo. A novel anti-forensics technique for the android OS. *In: INTERNATIONAL CONFERENCE ON BROADBAND AND WIRELESS COMPUTING, COMMUNICATION AND APPLICATIONS – IEEE, 2011, Barcelona. Proceedings [...]* Barcelona: [s. n.], Oct. 2011. p. 380-385.
- ALBRECHT, Chad; DUFFIN, Kristopher McKay; ALBRETCH, Conan Albrecht; ROCHA, Victor Manuel Morales. The use of cryptocurrencies in the money laundering process. **Journal of Money Laundering Control**, v. 22, n. 2, p. 210-216, Apr. 2019.
- ALBRECHT, Hans-Jörg. Secret surveillance. Measures of secret investigation in the criminal process. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 19, n. 92, p. 123-153, set./out. 2011.
- ALBRECHT, Hans-Jörg. Vigilância das Telecomunicações: Análise teórica e empírica da sua implementação e efeitos. *In: FERREIRA MONTE, Mário (coord.). Que futuro para o direito processual penal? Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Días, por ocasião dos 20 anos do código de processo penal português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 725-743.
- ALBUQUERQUE, Marcelo Schirmer. **A garantia de não-autoincriminação: extensão e limites**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- ALDRIDGE, Judith. Does online anonymity boost illegal market trading? **Media, Culture & Society**, v. 41, n. 4, p. 578-583, 2019.
- ALDRIDGE, Judith; STEVENS, Alex; BARRATT, Monica J. Will growth in cryptomarket drug buying increase the harms of illicit drugs? **Addiction**, v. 113, n. 5, p. 789-796, May 2018.
- ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALSCHULER, Albert W. A Peculiar Privilege in Historical Perspective. *In*: HELMHOLZ, R. H.; GRAY, Charles M.; LANGBEIN, John H.; MOGLEN, Eben; SMITH, Henry E.; ALSCHULER, Albert W. (ed.). **The Privilege Against Self-Incrimination: Its Origins and Development**. Chicago: The University of Chicago Press, 1997. p. 181-204.

AMARAL, Augusto Jobim do. Introdução à história das ideias do processo penal brasileiro. **Revista História**, Rio de Janeiro, ano 4, vol. 1, n. 1, p. 192-221, 2013.

AMARAL, Augusto Jobim do; SILVEIRA, Felipe Lazzari da. O legado técnico do fascismo na democracia processual penal brasileira. *In*: SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; MALAN, Diogo Rudge; MATURO, Flávio Mirza (org.). **Desafiando 80 anos de processo penal autoritário**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021. p. 115-142.

AMARAL, Thiago Bottino do. **Ponderação de normas em matéria penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. **Il modello costituzionale del processo civile italiano**: corso di lezioni. Torino: G. Giappichelli Editore, 1990.

ANDORFATO, João Jacinto Anhô. Corrupção e processo penal de emergência: entre as garantias processuais penais e o discurso de combate à corrupção. *In*: SAAD-DINIZ, Eduardo; DE LAURENTIZ, Victoria Vitti (org.). **Corrupção, direitos humanos e empresa**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 247-260.

ANDRADE, Daniel Pereira; CORTÊS, Mariana; ALMEIDA, Silvio. Neoliberalismo autoritário no Brasil. **Caderno CRH**, Salvador, v. 34, p. 1-26, 2021.

ANDRADE, Érico. **O mandado de segurança**: a busca da verdadeira especialidade (proposta de releitura à luz da efetividade do processo). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ANDRADE, Manuel da Costa. **“Bruscamente no Verão Passado”, a Reforma do Código de processo penal**: Observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

ANDRADE, Manuel da Costa. Métodos ocultos de investigação (Plädoyer para uma teoria geral). *In*: BONATO, Gilson (org.). **Processo Penal, Constituição e Crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 531-550.

ANTI. *In*: DICIO – Dicionário Online de Português. Matosinhos: 7Graus, c2023. Disponível em: <https://bit.ly/3JaWcID>. Acesso em: 6 jun. 2023.

APPLE. **Liberar espaço de armazenamento no Mac**. c2023. Disponível em: <https://bit.ly/3CD9LwP>. Acesso em: 20 jun. 2023.

ARQUIVOS docx. **File Type Advisor**. c2023. Disponível em: <https://bit.ly/3XgMA4Y>. Acesso em: 3 jun. 2023.

ARQUIVOS mpeg4. **File Type Advisor**. c2023. Disponível em: <https://bit.ly/3p72Xoe>. Acesso em: 3 jun. 2023.

ARTIFICIAL Intelligence Voice Scams on the Rise with 1 in 4 Adults Impacted. **McAfee**, 2 mai. 2023. Disponível em: <https://bit.ly/3vrDsk1>. Acesso em: 10 jan. 2024.

ASSANGE, Julian; MÜLLER-MAGUHN, Andy; APPELBAUM, Jacob; ZIMMERMANN, Jérémie. **Cypherpunks: liberdade e o futuro da internet**. São Paulo: Boitempo Editorial, 2015. *E-book*.

ASSIS, Éder Pereira de. **Do conflito entre o direito à produção de provas e o direito à não autoincriminação: *nemo tenetur se detegere* no tocante às intervenções corporais**. São Paulo: Dialética, 2022.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. A cadeia de custódia e sua relevância para a prova penal. *In*: SIDI, Ricardo; LOPES, Anderson Bezerra (orgs.). **Temas atuais da investigação preliminar no processo penal**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Os standards metodológicos de produção na prova digital e a importância da cadeia de custódia. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 29, n. 343, p. 7-9, 2021.

BADARÓ, Tatiana. **Bem jurídico penal supraindividual**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

BARATTA, Alessandro; SILBERNAGL, Michael. La legislación de emergencia y la cultura jurídica garantista en el proceso penal. **Cuadernos de política criminal**, Madrid, n. 28, p. 157-192, 1986.

BARBIERO, Diego Roberto. **Implantação de Malwares em Investigações Complexas**. Curitiba: Juruá, 2021.

BARROS BOLZAN DE MORAIS, Flaviane de Magalhães; DALLE, Ulisses Moura. Prisão preventiva: em busca de uma noção para garantia de direitos fundamentais. **Revista de Estudos Criminais**, v. 20, n. 81, p. 89-114, 2021.

BARROS BOLZAN DE MORAIS, Flaviane de Magalhães; MARQUES, Leonardo Augusto Marinho; SARKIS, Jamilla Monteiro. Dados pessoais no processo penal: tutela da personalidade e da inocência diante da tecnologia. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 30, v. 190, p. 117-156, 2022.

BARROS, Flaviane de Magalhães. **A participação da vítima no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BARROS, Flaviane de Magalhães. O modelo constitucional de processo e o processo penal: a necessidade de uma interpretação das reformas do processo penal a partir da Constituição. *In*: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (coord.). **Constituição e Processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 331-345.

BARROS, Flaviane de Magalhães. A atual crise do processo penal brasileiro, direitos fundamentais e garantias processuais. **Revista Duc In Altum – Cadernos de Direito**, Recife, v. 10, n. 21, p. 05-33, maio/ago. 2018.

BARROS, Vinícius Diniz Monteiro de. **O conteúdo lógico-objetivo do princípio da inocência: uma proposição segundo a teoria neoinstitucionalista do processo e o racionalismo crítico**. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2016.

BARROS, Vinícius Diniz Monteiro de. **A prisão em flagrante no modelo constitucional de processo**. Belo Horizonte: Arraes, 2013.

BARROS, Vinícius Diniz Monteiro de; MACHADO, Gabriela Mendes. Subjetivismo e falta de procedimentalidade: dois problemas da investigação policial no Brasil pela forma de inquérito. *In*: SARKIS, Jamilla Monteiro; SANTIAGO NETO, José de Assim; PAULA, Leonardo Costa de (org.). **Tudo e um pouco mais da inquisitorialidade no Processo Penal**: estudos em homenagem ao Professor Leonardo Marinho. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2021. p. 333-352.

BARROSO, Luís Roberto; CAVALI, Marcelo Costenaro. O direito à não-autoincriminação: conteúdo e limites na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *In*: ESPÍÑERA, Bruno; COLAVOLPE, Luís Eduardo; MATTOS FILHO, Maurício (org.). **A prova e o processo penal constitucionalizado**: estudos em homenagem ao Ministro Sebastião Reis. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021. p. 367-378.

BARTON, Benjamin H.; BIBAS, Stephanos. **Rebooting Justice**: more technology, fewer lawyers and the future of law. New York: Encounter Books, 2017. *E-book*.

BASTIDE, Roger. **Pesquisa comparativa e interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1976.

BATISTA, Nilo. Mídia e sistema penal no capitalismo tardio. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 11, n. 42, p. 242-263. 2003.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução crítica à criminologia brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização**: as consequências humanas. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1999.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BEATTIE, John M. **Crime and the Courts in England**: 1660-1800. Toronto: Oxford University Press, 1986.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Discursos de emergência e política criminal: o futuro do direito penal brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 103, p. 411-436, jan./dez. 2008.

BELKASOFT. **Belkasoft Evidence Center X**. Sunnyvale: Belkasoft, c2023. Disponível em: <https://bit.ly/3oXMSRC>. Acesso em: 8 jun. 2023.

BELLI, Lucas. CyberBRICS: A Multidimensional Approach to Cybersecurity for the BRICS. *In*: BELLI, Lucas (ed.). **CyberBRICS**: Cybersecurity Regulations in the BRICS Countries. Cham: Springer International Publishing, 2021.

BELLI, Lucas; FRANQUEIRA, Bruna; BAKONYI, Erica; CHEN, Larissa; COUTO, Natalia, CHANG, Sofia; DA HORA, Nina; GASPAS, Walter B. **Cibersegurança**: uma visão

sistêmica rumo a uma proposta de marco regulatório para um Brasil digitalmente soberano. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2023.

BENSON, David. Why the internet is not increasing terrorism. **Security Studies**, London, v. 23, n. 2, p. 293-328, May 2014.

BENTHAM, Jeremy. **O Panóptico ou a casa de inspeção**. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2008.

BENTHAM, Jeremy. **The Rationale of Punishment**. London: Hunt and Clarke, 1827.

BERINATO, Scott. The rise of anti-forensics. **CSO, Security**, Jun 08, 2007.

BESTER, Matthew. A Wreck on the Info-Bahn: Electronic Mail and the Destruction of Evidence. **Commlaw Conspectus**, v. 6, p. 75-88, 1998.

BHAT, Wasim Ahmad; QUADRI, Syed Mohammad Khurshaid. After-deletion data recovery: myths and solutions. **Computer Fraud & Security**, n. 4, p. 17-20, Apr. 2012.

BÍBLIA. A.T. Gênesis. Português. **Nova Bíblia Pastoral**. São Paulo: Paulus, 2014a.

BÍBLIA. N.T. João. Português. **Nova Bíblia Pastoral**. São Paulo: Paulus, 2014b.

BIONI, Bruno. Compreendendo o conceito de anonimização e dado anonimizado. *In*: **Cadernos Jurídicos**, v. 21, p. 191-201. 2020.

BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. **Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei 12.850/2013**. São Paulo: Saraiva, 2014.

BLUNDEN, Bill. Anti-forensics: the rootkit connection. *In*: **BLACK HAT USA 2009. Conference Proceedings**. 2009. p. 1-44.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 11. ed. Brasília: Editora UnB, 1998. v. 1.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 12. ed. Brasília: Editora UnB, 1998. v. 2.

BOCK, Lisa. **Modern Cryptography for Cybersecurity Professionals: Learn how you can leverage encryption to better secure your organization's data**. Birmingham: Packt Publishing, 2021.

BOLZAN DE MORAIS, José Luís. **As crises do Estado e da Constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. *E-book*.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis. O Estado de Direito “confrontado” pela “revolução da internet”! **Revista Eletrônica do Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Maria**, v. 13, n. 3, p. 876-903, 2018.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2000.

BORGES, Jorge Luis. Guayaquil. *In*: BORGES, Jorge Luis. **O informe de Brodie**. São Paulo: Companhia das Letras, 2008. p. 77-86.

BOWLING, Herschel; SEIGFRIED-SPELLAR, Kathryn; KARABIYIK, Umit; ROGERS, Marcus. We are meeting on Microsoft Teams: Forensic analysis in Windows, Android, and iOS operating systems. **Journal of Forensic Sciences**, v. 68, n. 2, p. 434-460, 2023.

BRASIL E A cibersegurança: ainda somos o maior alvo de ataques na América Latina. **Karpersky**, Panorama, 17 nov. 2022. Disponível em: <https://bit.ly/3zt9riN>. Acesso em: 4 abr. 2023.

BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. Projeto de Constituição (A) – Anteprojeto do Relator da Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais (1-c). **Assembleia Nacional Constituinte**, vol. 78. Brasília. 1987.

BRASIL. **Decreto nº 11.491, de 12 de abril de 2023**. Promulga a Convenção sobre o Crime Cibernético, firmada pela República Federativa do Brasil, em Budapeste, em 23 de novembro de 2001. Brasília: Planalto [2023]. Disponível em: <https://bit.ly/3DR3fDu>. Acesso em: 17 jul. 2023.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Rio de Janeiro: Planalto [2023]. Disponível em: <https://bit.ly/3OsrNHx>. Acesso em: 31 maio 2023.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941a**. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro: Planalto [2022]. Disponível em: <https://bit.ly/3QAhK6c>. Acesso em: 31 maio 2023.

BRASIL. **Lei nº 12.682, de 9 de julho de 2012**. Dispõe sobre a elaboração e o arquivamento de documentos em meios eletromagnéticos. Brasília, DF: Planalto [2021]. Disponível em: <https://bit.ly/440OSXO>. Acesso em: 9 ago. 2023.

BRASIL. **Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013**. 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. Brasília, DF: Planalto [2019]. Disponível em: <https://bit.ly/45iNSPK>. Acesso em: 17 jul. 2023.

BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, DF: Planalto [2018]. Disponível em: <https://bit.ly/3s6SDO9>. Acesso em: 9 ago. 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF: Planalto [2019]. Disponível em: <https://bit.ly/45mlpsd>. Acesso em: 9 ago. 2023.

BRASIL. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Brasília: Planalto [2022]. Disponível em: <https://bit.ly/3DNA6Jl>. Acesso em: 18 jul. 2023.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília: Planalto, 1990. Disponível em: <https://bit.ly/47odexv>. Acesso em: 19 jul. 2023.

BRASIL. Ministério da Justiça e Negócios Interiores. **Exposição de Motivos do Código de Processo Penal**. 8 de setembro de 1941. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1941b. Disponível em: <https://bit.ly/3oOYVA9>. Acesso em: 30 abr. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Inq. n. 4.720/DF**. Autor: Ministério Público Federal. Investigados: Ciro Nogueira Lima Filho e outros. Relator: Ministro Edson Fachin. Redator para o Acórdão: Ministro Gilmar Mendes, 22 de agosto de 2021. Disponível em: <https://bit.ly/44X73Pg>. Acesso em: 30 abr. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **ADI n. 5.567/DF**. Requerente: Partido Social Liberal. Intimado: Presidente da República. Relator: Ministro Alexandre de Moraes, 16 de junho de 2020. Disponível em: <https://bit.ly/45iOoNG>. Acesso em: 30 abr. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Rcl. n. 2.040/DF**. Reclamante: Glória de los Ángeles Treviño Ruiz. Reclamado: Juiz Federal da 10ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal. Relator: Ministro Néri da Silveira. Brasília, STF, 21 de fevereiro de 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Súmula n. 145**. Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação. Brasília, STF, 13 de dezembro de 1963. Disponível em: <https://bit.ly/44ZOMRj>. Acesso em: 18 jul. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Tema 977** – Repercussão geral no Recurso Extraordinário com Agravo n. 1.042.075/RJ. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Recorrido: Guilherme Carvalho Farias. Relator: Min. Dias Toffoli, 24 de novembro de 2017. Disponível em: <https://bit.ly/453INfp>. Acesso em: 26 jul. 2023.

BREAKING BAD – Magnetizing the Hard Drive Scene (S5E1). Produtores executivos: Vince Gilligan, Mark Johnson, Michelle MacLaren. Intérprete principal: Bryan Cranston. [Cena do 1º episódio da 5ª temporada]. [S. l.]: AMC, July 2012. Vídeo (2min25). Disponível em: <https://bit.ly/3P3kPuv>. Acesso em: 9 jun. 2023.

BRICOLA, Franco. Funzione promozionale, tecnica premiale e diritto penale. *In*: AA.VV. **Diritto premiale e sistema penale** – Atti dei Simposi di studi di diritto e procedura penale. Milano: Giuffrè, 1983. p. 121-136.

BRICOLA, Franco. Politica criminale e politica penale dell'ordine pubblico (a proposito della legge 22 maggio 1975, n. 152). **La questione criminale**, v. 2, p. 221-288, 1975.

BRITO, Michelle Barbosa de. **Delação premiada e decisão penal**: da eficiência à integridade. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

BROCHADO, Mariah. **Inteligência Artificial no horizonte da Filosofia da Tecnologia**: técnica, ética e direito na era cibernética. São Paulo: Dialética, 2023.

BROCHADO, Mariah; PORTO, Lucas Magno Oliveira; SARKIS, Jamilla Monteiro; AMORIM, Rafael (coord.). **Olhar distanciado sobre o combate à corrupção**: o caso Lava Jato entre direito e política. Curitiba: CRV, 2020.

BRODT, Luís Augusto Sanzo. Dos crimes contra a dignidade sexual: a nova maquiagem da velha senhora. **Ciências Penais**: Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais, São Paulo, v. 7, n. 13, p. 170-193, jul./dez. 2010.

BROMLEY, Mark. **Export controls, human security and cyber-surveillance technology: examining the Proposed Changes to the EU-Dual-use Regulation**. Solna: Sipri, 2017.

BURGE, Jeremy. Google Updates Gun Emoji. **Emojipedia**, Apr. 24, 2018. Disponível em: <https://bit.ly/46o8VS6>. Acesso em: 24 jun. 2023.

BUSATO, Paulo. O outro como inimigo: um discurso punitivo de exclusão. *In*: MUÑOZ-CONDE, Francisco; BUSATO, Paulo. **Crítica ao direito penal do inimigo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 155-229.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei 3855/2019 (número anterior: PL 4850/2016)**. Estabelece medidas de combate à impunidade, à corrupção; altera os Decretos-Leis n.ºs 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, e 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal; as Leis n.ºs [...]. Brasília: Câmara dos Deputados, 22 mar. 2023. Disponível em: <https://bit.ly/2Yw8YYT>. Acesso em: 25 mar. 2023.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei n. 633, de 1975 (Do Poder Executivo). Mensagem n. 159/75. Código de Processo Penal. **Diário do Congresso Nacional**, Brasília, Suplemento (A) ao n. 061, Seção 1, p. 1-68, 13 jun. 1975. Disponível em: <https://bit.ly/3IytGk7>. Acesso em: 15 maio 2023.

CANCIO MELIÁ, Manuel. De nuevo: ¿<<Derecho penal>> del enemigo? *In*: JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Derecho penal del enemigo**. 2. ed. Navarra: Thomson Civitas, 2006. p. 85-152.

CAPES. **Área 14: Engenharias IV**. Brasília: CAPES, 2019. (Documento de Área). Disponível em: <https://bit.ly/45WEYbD>. Acesso em: 3 jun. 2023.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. *In*: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo (coord.). **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 25-44.

CARVALHO, Heloisa Rodrigues Lino de. Fundamento central do direito à não autoincriminação. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, v. 4, n. 2, p. 731-765, maio/ago. 2018.

CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. **Processo Penal e Constituição: princípios constitucionais do Processo Penal**. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

CARVALHO, Maria Paes Barreto Araújo. **Intervenções corporais coercitivas e o direito de não produzir provas contra si mesmo: análise à luz dos julgados da Corte Europeia de Direitos Humanos**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2023.

CASARA, Rubens; PRADO, Geraldo. Eficientismo repressivo e garantismo penal: dois exemplos de ingenuidade epistemológica. *In*: CASARA, Rubens R. R. **Processo Penal do Espetáculo (e outros escritos)**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2018. v. 2. p. 197-207.

CASTRO, Luiz Augusto Sartori de. Busca e apreensão mediante uso de *malware*. **Boletim IBCCrim**, São Paulo, v. 21, n. 251, p. 6-8, out. 2013.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Processo Constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Pergamum, 2013.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (ed.). **Constitucionalismo e História do Direito**. 2. ed. Belo Horizonte: Conhecimento, 2020.

CECCATO JÚNIOR, José Antônio. **O Direito à Não Autoincriminação no Caso do Etilômetro**: Um Estudo Comparado Sobre o Princípio *Nemo Tenetur Se Detegere*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. *E-book*.

CELLEBRITE. **Cellebrite UFED**. Petah Tikva: Cellebrite Enterprise Solutions, c2023. Disponível em: <https://bit.ly/42hRRKr>. Acesso em: 31 maio 2023.

CHAUDHARY, Shikha; HIRANWAL, Saroj; GUPTA, Chandra. A New Hybrid Chaotic Map-Based Image Steganography Using Spectral Graph Wavelet. *In: INTELLIGENT COMPUTING TECHNIQUES FOR SMART ENERGY SYSTEMS: Proceedings of ICTSES 2021*. Singapore: Springer Nature Singapore, 2022. p. 211-223.

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

CHOUKR, Fauzi Hassan. Processo Penal de Emergência: Avaliação nos 20 anos de Vigência da Constituição de 1988. *In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (coord.). Processo Penal e Democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 209-225.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1995.

COLEMAN, Gabriella. How has the fight for anonymity and privacy advanced since Snowden's whistle-blowing? **Media, Culture & Society**, v. 41, n. 4, p. 565-571, 2019.

COLEMAN, Roy; MACCAHILL, Michael. **Surveillance & Crime**. London: Sage, 2011.

COLTRO, Rafael Khalil; WALDMAN, Ricardo Libel. Criminalidade digital no Brasil: a problemática e a aplicabilidade da Convenção de Budapeste. **Revista Em Tempo**, v. 21, n. 1, p. 104-123, ago. 2021.

CONLAN, Kevin; BAGGILI, Ibrahim; BREITINGER, Frank. Anti-forensics: Furthering digital forensic science through a new extended, granular taxonomy. **Digital Investigation**, v. 18, p. 66-75, Aug. 2016.

CORDERO, Franco. **Guida alla procedura penale**. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1986.

CÓRDOBA, Gabriela E. *Nemo tenetur se ipsum accusare*: ¿principio de pasividad? *In: AA.VV. Estudios sobre Justicia Penal: homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2005. p. 279-301.

COSTA, Valéria Cristina. Monitoramento de milho e soja vai inaugurar nanossatélite agrícola brasileiro. **Embrapa**, 27/09/22. Disponível em: <https://bit.ly/3m42B01>. Acesso em: 3 abr. 2023.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema Acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 46, n. 183, p. 103-115, jul./set. 2009.

CRAWFORD, Adam. Plural policing in the UK: policing beyond the police. In: NEWBURN, Tim (ed.). **Handbook of policing**. Cullompton: Willan, 2003. p. 175-209.

CRUZ, Rogério Schietti. A repressão penal no Brasil: Código de 1830 aos dias atuais. In: MARTINS, Humberto (coord.). **O Poder Judiciário e o Direito na Atualidade: estudos em homenagem aos 200 anos de independência do Brasil**. Londrina: Thoth, 2022. p. 413-425.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Processo constitucional e a efetividade dos direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (coord.). **Hermenêutica e Jurisdição Constitucional: estudos em homenagem ao professor José Alfredo de Oliveira Baracho**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 195-248.

CUELLAR, Karla Ingrid Pinto. **O princípio *nemo tenetur se detegere***: análise na legislação brasileira e direito comparado. Curitiba: Appris, 2021. *E-book*.

CUPANI, Alberto. **Filosofia da tecnologia**: um convite. Florianópolis: Editora da UFSC, 2016.

CYBERGHOST. **CyberGhost VPN**. Bucarest: CyberGhost, c2023. Disponível em: <https://bit.ly/46gpP58>. Acesso em: 20 jun. 2023.

DAHUR, Kamal; MOHAMMAD, Bassil. Toward understanding the challenges and countermeasures in computer anti-forensics. In: ALJAWARNEH, Shadi (ed.). **Cloud Computing Advancements in Design, Implementation, and Technologies**. [S.l.]: IGI Global, 2013. p. 176-189.

DE MAURO, Andrea; GRECO, Marco; GRIMALDI, Michele. What is big data? A consensual definition and a review of key research topics. In: AIP Conference Proceedings. [S. l.]: American Institute of Physics, 2015. p. 97-104.

DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo**: ensaio sobre a sociedade neoliberal. São Paulo: Boitempo, 2016.

DELLA VECCHIA, Evandro; WEBER, Daniel; ZORZO, Avelino. Antiforense Digital: conceitos, técnicas, ferramentas e estudos de caso. **Minicursos do SBSEG**, 2013. p. 1-40.

DELLA VILLA, Giovani Frazão. Registros eletrônicos e prova no Processo Penal. In: SARKIS, Jamilla Monteiro; SANTIAGO NETO, José de Assim; PAULA, Leonardo Costa de (org.). **Tudo e um pouco mais da inquisitorialidade no Processo Penal**: estudos em homenagem ao Professor Leonardo Marinho. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2021. p. 377-395.

DELUMEAU, Jean. **A história do medo no Ocidente 1300-1800**: uma cidade sitiada. Tradução Maria Lucia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

DHS – Department of Homeland Security. **If you see something, say something**. [S. l.]: DHS, c2023. Disponível em: <https://bit.ly/3Ks0FaT>. Acesso em: 2 abr. 2023.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal**. Lisboa: Coimbra, 2004.

DIAS, Maurício Henrique Costa; SIQUEIRA, Gláucio Lima. Considerações sobre os efeitos à saúde humana da irradiação emitida por antenas de estações rádio-base de sistemas celulares. **Revista Científica Periódica-Telecomunicações**, v. 5, n. 1, p. 41-54, jun. 2002.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Processo constitucional e Estado Democrático de Direito**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2018.

DIETER, Maurício. Big data e devido processo: poder penal preditivo. *In*: BRITO CRUZ, Francisco; SIMÃO, Bárbara (ed.). **Direitos Fundamentais e Processo Penal na Era Digital**. São Paulo. InternetLab, 2021. (Doutrina e Prática em Debate, v. IV). *E-book*.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado. *In*: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMES-JARA DIEZ, Carlos (coord.). **Derecho Penal del Enemigo**. Buenos Aires: Editorial BdeF, 2006. v. 1. p. 553-602.

DILSHAD, Naqqash; HWANG, Jaeyoung; SONG, Jaeseung. Applications and Challenges in Video Surveillance via Drone: A Brief Survey. *In*: INTERNATIONAL CONFERENCE ON INFORMATION AND COMMUNICATION TECHNOLOGY CONVERGENCE (ICTC), 2020, Seoul. **Proceedings** [...] Seoul: [s. n.], 2020. p. 728-732. Disponível em: <https://bit.ly/47DTrKL>. Acesso em: 9 ago. 2023.

DINAMARCO, Candido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

DOMINGOS, Fernanda Teixeira Souza. As provas digitais nos delitos de pornografia infantil na internet. *In*: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro (org.). **A prova no enfrentamento à macrocriminalidade**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 189-208.

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

DUMONT, Paola Alcântara Lima. **Obstrução de justiça**: em busca da legitimação material e processual. 2023. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2023.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

EISENHARDT, Kathleen M. Building theories from case study research. **Academy of Management Review**, v. 14, n. 4, p. 532-550, Oct. 1989.

EL RAFIH, Rhasmye; BATICH, Filipe Lovato. O princípio da não autoincriminação e a interpretação da Corte Europeia de Direitos Humanos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 29, n. 179, p. 197-221, maio 2021.

ENGLANDER, Irv. **The architecture of computer hardware, systems software & networking**: an information technology approach. Hoboken: John Wiley & Sons, 2014.

ERASER. **Homepage**. c2020. Disponível em: <https://bit.ly/3NohW6o>. Acesso em: 8 jun. 2023.

ERICSSON. **Ericsson Mobility Report**. Nov. 2022. Disponível em: <https://bit.ly/3zy0ogi>. Acesso em: 3 abr. 2022.

ESPAÑA. **Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal**. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1882. Última actualización publicada el 07 set. 2022. Disponível em: <https://bit.ly/3KySYj1>. Acesso em: 19 jul. 2023.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Brady v. United States**, 397 U.S. 742 (1970).

EXPRESSVPN. **Funcionalidades da ExpressVPN**. c2023. Disponível em: <https://bit.ly/3JsKnOi>. Acesso em: 20 jun. 2023.

EXTERRO INC. **FTK® Forensic Toolkit**. c2023. Disponível em: <https://bit.ly/3qGnZtY>. Acesso em: 8 jun. 2023.

FAUSTO, Boris. **História concisa do Brasil**. São Paulo: Edusp, 2010.

FAZZALARI, Elio. **Istituzioni di diritto processuale**. 5. ed. Padova: Cedam, 1989.

FELDENS, Luciano. **O direito de defesa: a tutela jurídica da liberdade na perspectiva da defesa penal efetiva**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021.

FELDENS, Luciano; TEIXEIRA, Adriano. **O crime de obstrução de justiça: alcance e limites do art. 2º, § 1º da Lei 12.850/2013**. São Paulo: Marcial Pons, 2020.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. Emergenza penale e crisi della giurisdizione. **Dei delitti e delle pene**, v. 2, n. 2, p. 271-292, 1984.

FERRAJOLI, Luigi. **Poderes salvajes: La crisis de la democracia constitucional**. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Trotta, 2011.

FERRARI, Alfonso Trujillo. **Metodologia da pesquisa científica**. São Paulo: McGraw-Hill do Brasil, 1982.

FERREIRA, William; FERREIRA, Cristiane; CRUZ JÚNIOR, Gelson da; SOARES, Fabrizio. A review of digital image forensics. **Computers & Electrical Engineering**, v. 85, p. 66-85, jul. 2020.

FISHER, George. **Plea bargaining's triumph: a history of plea bargaining in America**. Stanford: Stanford University Press, 2003.

FLORIDI, Luciano. The Fight for Digital Sovereignty: What It Is, and Why It Matters, Especially for the EU. **Philosophy & Technology**, v. 33, n. 3, p. 369–378, 2020.

FLORIDI, Luciano. **The fourth revolution: how the infosphere is reshaping human reality**. Oxford: Oxford University Press, 2014.

FORENSE. *In: DICIO – Dicionário Online de Português*. Matosinhos: 7Graus, c2023. Disponível em: <https://bit.ly/3J6BEBg>. Acesso em: 6 jun. 2023.

FOSTER, James; LIU, Vincent. **The art of defiling: defeating forensic analysis**. Las Vegas: Blackhat Briefings, 2005.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. 42. ed. Petrópolis: Vozes, 2014.

FRANÇA, Rafael Francisco. A Balancing self-incrimination and public safety: a comparative analysis of compelled smartphone unlocking in Brazilian and U.S. legal systems. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 9, n. 3, p. 1.371-1.419, set./dez. 2023.

FRANCO, Deivison; FUSCHINI, Diego; RODRIGUES, Tony. How To Detect Anti-Forensic Techniques. **eForensics**, n. 4, p. 45-69, 2016.

FREITAS JÚNIOR, Adair Dias de Fretas; JORGE, Higor Vinícius Nogueira; GARZELLA, Oleno Carlos Faria. **Manual de interceptação telefônica e telemática: teoria, prática e legislação**. Salvador: JusPodivm, 2020.

FREYRE, Gilberto. **Ordem e progresso**. São Paulo: Global Editora, 2013. *E-book*.

GAMBERINI, Alessandro. Emergenza, legislazione speciale e riforma penale. **Dei delitti e delle pene**, v. 3, p. 53-56, 1992.

GARFINKEL, Simson. Anti-forensics: Techniques, detection and countermeasures. *In: ARMISTEAD, Leigh; Edith Cowan University. 2nd International Conference on i-Warfare and Security*. Reading: Academic Conferences Limited, 2007. p. 77-84.

GARIBALDI, Gustavo E. L. **Las modernas tecnologías de control y de investigación del delito: su incidencia en el derecho penal y los principios constitucionales**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2010.

GAYA, Leila Gomes; NOGUEIRA, Farael Fecury. História do Processo Penal brasileiro: competências e atribuições dos atores do sistema de justiça do Código de Processo Criminal de 1932. **Revista Brasileira de História do Direito**, v. 8, n. 1, p. 18-29, jan/jul. 2022.

GEORGE, Jordana J.; LEIDNER, Dorothy E. From clicktivism to hacktivism: Understanding digital activism. **Information and Organization**, v. 29, n. 3, p. 100-249, Sept. 2019.

GERSHMAN, Bennett L. The “Perjury Trap”. **University of Pennsylvania Law Review**, v. 129, p. 624-701, 1981.

GIACOMOLLI, Nereu José. **A fase preliminar do processo penal: crises, misérias e novas metodologias investigatórias**. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o pacto de São José da Costa Rica**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

GIL, Antonio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GILLMEISTER SOFTWARE. **Rename Expert** – The flexible file renamer. c2023. Disponível em: <https://bit.ly/46a5m1Q>. Acesso em: 11 jun. 2023.

GIUFFRIDA, Angela. Italian historian claims to have identified bridge in Mona Lisa backdrop. **The Guardian**, 3 May 2023. Disponível em: <https://bit.ly/3NBDRHh>. Acesso em: 11 jun. 2023.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; EILBERG, Daniela Dora. Busca e apreensão de dados em telefones celulares: novos desafios diante dos avanços tecnológicos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 27, n. 156, p. 353-393, jun. 2019.

GOMES, Luiz Flávio. Princípio da não-autoincriminação: significado, conteúdo, base jurídica e âmbito de incidência. *In*: LIMA, Joel Corrêa de; CASARA, Rubens R. R. (coord.). **Temas para uma perspectiva crítica do Direito**: homenagem ao Professor Geraldo Prado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 609-612.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1992.

GRECO, Luís. Sobre o chamado direito penal do inimigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 6, n. 7, p. 211-247, dez. 2005.

GREENBERG, Andy. **Tracers in the Dark**: The Global Hunt for the Crime Lords of Cryptocurrency. New York: Doubleday Books, 2022.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e processo penal**. 2. ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo em sua unidade**. São Paulo: Saraiva, 1978.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 8. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004.

GRUGQ, Thaddeus. **The art of defiling**: defeating forensic analysis. Las Vegas: Blackhat Briefings, 2005.

GUEDES, Clarissa Diniz. **Prova em vídeo no processo penal**: aportes epistemológicos. São Paulo: Marcial Pons, 2023.

GÜL, Murat; KUGU, Emin. A survey on anti-forensics techniques. *In*: **2017 International Artificial Intelligence and Data Processing Symposium (IDAP)**. Malatya: IEEE, 2017. p. 1-6.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica**: teoria e prática. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional**: ensaios políticos. Tradução de Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. Tradução de Geroge Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la acción comunicativa**: crítica de la razón funcionalista. Madrid: Taurus, 1998. t. 2.

HADDAD, Carlos Henrique Borlido. **Conteúdo e contornos do princípio contra a auto-incriminação**. Campinas: Bookseller, 2005.

HAN, Byung-Chul. **Psicopolítica**: o neoliberalismo e as novas técnicas de poder. Belo Horizonte: Editora Ayiné, 2018.

HARRIS, Ryan. Arriving at an anti-forensics consensus: examining how to define and control the anti-forensics problem. **Digital Investigation**, v. 3, n. 1, p. 44-49, 2006.

HASSEMER, Winfried. **Direito penal**: fundamentos, estrutura, política. Porto Alegre: S.A. Fabris, 2008.

HASSEMER, Winfried. **Processo penal e direitos fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2004.

HE, Ping. A typological study on money laundering. **Journal of Money Laundering Control**, v. 13, n. 1, p. 15-32, 2010.

HELMHOLZ, R. H. The Privilege and the Ius Commune: The Middle Ages to the Seventeenth Century. In: HELMHOLZ, R. H.; GRAY, Charles M.; LANGBEIN, John H.; MOGLEN, Eben; SMITH, Henry E.; ALSCHULER, Albert W. (ed.). **The Privilege Against Self-Incrimination**: Its Origins and Development. Chicago: The University of Chicago Press, 1997. p. 17-46.

HELMHOLZ, R. H.; GRAY, Charles M.; LANGBEIN, John H.; MOGLEN, Eben; SMITH, Henry E.; ALSCHULER, Albert W. (ed.). **The Privilege Against Self-Incrimination**: Its Origins and Development. Chicago: The University of Chicago Press, 1997.

HELMHOLZ, Richard H. Origins of the privilege against self-incrimination: the role of the European Ius Commune. **New York University Law Review**, v. 65, p. 962-990, Oct. 1990.

HILDEBRANDT, Mireille. Location Data, Purpose Binding and Contextual Integrity: What's the Message? In: FLORIDI, Luciano (ed.). **Protection of information and the right to privacy-a new equilibrium?** Cham: Springer, 2014. p. 31-62.

HOBBS, Thomas. **Do Cidadão**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HOBBS, Thomas. **O Leviatã**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HOWE, Wayne; MALIK, Dale. **Method and apparatus for communication monitoring**. Procurador: BellSouth Corporation. 5.590.171. Depósito: 21 ago. 1995. Concessão: 31 dez. 1996. Disponível em: <https://bit.ly/40WyHtw>. Acesso em: 2 abr. 2023.

HU, Margaret. Cambridge Analytica's black box. **Big Data & Society**, v. 7, n. 2, p. 1-6, July/Dec. 2020.

IAASTEAM. **Cellebrite Premium Version V7.60.0.222 UFED 2023 7.60**. c2021. Disponível em: <https://bit.ly/43YKNUP>. Acesso em: 22 jun. 2023.

ILLUMINATI, Giulio. I riflessi della stagione di "Mani Pulite" sulla procedura penale degli anni novanta. In: NEGRI, Daniele; PIFFERI, Michele (orgs.). **Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana**. Disponível em: <https://www.quadernifiorentini.eu/cache/biblioteca/093/0280.pdf>. Acesso em: 9 set. 2023.

JACOBSON, Michael. Terrorist financing and the Internet. **Studies in Conflict & Terrorism**, v. 33, n. 4, p. 353-363, Mar. 2010.

JAIN, Anu; CHHABRA, Gurpal Singh. Anti-forensics techniques: An analytical review. In: **2014 Seventh International Conference on Contemporary Computing (IC3)**. Noida: IEEE, 2014. p. 412-418.

JAKOBS, Günther. Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo. In: JAKOBS, Günther; CANCIA MELIÁ, Manuel. **Derecho penal del enemigo**. 2. ed. Navarra: Thomson Civitas, 2006. p. 21-56.

JAKOBS, Günther. Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung. **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**, v. 97, n. 4, p. 751-785, 1985.

JARDINE, Eric. Tor, what is it good for? Political repression and the use of online anonymity-granting technologies. **New Media & Society**, v. 20, n. 2, p. 435-452, Mar. 2018.

JEZLER JÚNIOR, Ivan. **Prova penal digital: tempo, risco e busca telemática**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019.

JIMÉNEZ RODRIGO, María Luisa Jiménez; SANTOS, Rafael Augusto dos. Derecho Penal de Emergencia: Medios de comunicación y adopción de medidas penales excepcionales. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 67, p. 483-508, jul./dez. 2015.

JOHNSTON, Les. Private policing: problems and prospects. In: LEISHMAN, Frank; LOVEDAY, Barry; SAVAGE, Steve (ed.). **Core Issues in Policing**. 2nd ed. London: Longman, 2000. p. 67-82.

JORDAN, Tim. Does online anonymity undermine the sense of personal responsibility? **Media, Culture & Society**, v. 41, n. 4, p. 572-577, 2019.

JUSBRASIL. Jurisprudência. **Autoincriminação e Obstrução Justiça**. 2023. Disponível em: <https://bit.ly/3oGYzft>. Acesso em: 5 jun. 2023.

JUSBRASIL. Parceria Jusbrasil e CAAMT. **Plano Pesquisa Jurídica Básica**. Salvador: Jusbrasil, c2023. Disponível em: <https://bit.ly/3oOowJN>. Acesso em: 31 maio 2023.

KALI LINUX. **Homepage**. c2023. Disponível em: <https://bit.ly/3NB8jkm>. Acesso em: 11 jun. 2023.

KESSLER, Gary. Anti-forensics and the digital investigator. *In: AUSTRALIAN DIGITAL FORENSICS CONFERENCE, 5.*, 2007, Perth. **Proceedings** [...]. Perth: Edith Cowan University, 2007.

KHALED JR, Salah. **A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial**. 3. ed. Belo Horizonte: Letramento, 2020.

KHARE, Akshat; MANI, Kanchana. Prediction of Rock and Mineral from Sound Navigation and Ranging Waves using Artificial Intelligence Techniques. *In: 2022 INTERNATIONAL CONFERENCE ON AUGMENTED INTELLIGENCE AND SUSTAINABLE SYSTEMS (ICAISS), 2022, Trichy. Proceedings* [...] Trichy: IEEE, 2022. p. 140-147.

KINAST, Priscilla. O que é esteganografia? **Oficina da Net**, 28 fev. 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3CNB3k4>. Acesso em: 22 jun. 2023.

KINGTON, Tom. Mona Lisa's eyes may reveal model's identity, expert claims. **The Guardian**, 12 Dec. 2010. Disponível em: <https://bit.ly/46edsXA>. Acesso em: 11 jun. 2023.

KOSELLECK, Reinhart. **Futuro passado**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2006.

KOUEMOU, Guy (ed.). **Radar technology**. Rijeka: Intech, 2010.

LANDSMAN, Stephan. Rise of the Contentious Spirit: Adversary Procedure in Eighteenth Century England. **Cornell Law Review**, v. 75, p. 496-572, 1990.

LANGBEIN, John H. The Privilege and Common Law Criminal Procedure: The Sixteenth to the Eighteenth Centuries. *In: HELMHOLZ, R. H.; GRAY, Charles M.; LANGBEIN, John H.; MOGLEN, Eben; SMITH, Henry E.; ALSCHULER, Albert W. (ed.). **The Privilege Against Self-Incrimination: Its Origins and Development**. Chicago: The University of Chicago Press, 1997. p. 82-108.*

LANGER, Maximo. From legal transplants to legal translations: the globalization of plea bargaining and the Americanization thesis in criminal procedure. **Harvard International Law Journal**, v. 45, n. 1, p. 1-64, 2004. Disponível em: <https://goo.gl/p4CEAu>. Acesso em: 9 set. 2023.

LANGER, Maximo. Plea bargaining, conviction without trial, and the global administratization of criminal convictions. **Annual Review of Criminology**, v. 4, p. 377-411, 2021.

LANIER, Jaron. **Dez argumentos para você deletar agora suas redes sociais**. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2018.

LEAL, André Cordeiro. **Instrumentalidade do processo em crise**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

LEAL, Rosemiro Pereira. ALMEIDA, Andréa Alves de (coord.). **Comentários críticos à exposição de motivos do CPC de 1973 e os motivos para a elaboração de um novo CPC**. Franca: Lemos & Cruz, 2011.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. 14. ed. São Paulo: Fórum, 2018.

LEGRAND, Pierre. The impossibility of ‘Legal Transplants’. **4 Maastricht Journal Eur. & Comp. L.**, MJ 4, p. 111-124, 1997. Disponível em: <https://goo.gl/CiiN3a>. Acesso em: 9 set. 2023.

LESSIG, Lawrence. **Code**: version 2.0. New York: Basic Books, 2009.

LEVY, Leonard Williams. **Origins of the Fifth Amendment**: the right against self-incrimination. New York: Oxford University Press, 1968.

LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. 3. ed. São Paulo: Editora 34, 2010.

LEWIS, Paul. You're being watched: there's one CCTV camera for every 32 people in UK. **The Guardian**, 2 Mar. 2011. Disponível em: <https://bit.ly/3ZyMGEl>. Acesso em: 3 abr. 2023.

LIMA, Lana Lage da Gama. O tribunal do Santo Ofício da Inquisição: o suspeito é o culpado. **Revista de Sociologia e Política**, n. 13, p. 17-21, nov. 1999.

LIU, Vincent; BROWN, Francis. Bleeding-edge anti-forensics. [Presentation]. *In*: MIS. **Infosec World Conference & Expo**. Orlando: MIS Training Institute, 2006.

LOPES, Dawisson Belém; VALENTE, Mario Schettino. A construção social dos princípios conformadores e das normas programáticas de política externa brasileira na Constituição Federal de 1988. **Dados – Revista de Ciências Sociais**, v. 59, n. 4, p. 995-1.054. 2016.

LOPES, Marcus Vinícius Pimenta. **A participação ativa do acusado na persecução que utiliza a busca e a apreensão de elementos de prova digitais**. 2023. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2023.

LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Morais da. A importância da cadeia de custódia para preservar a prova penal. **Revista Consultor Jurídico**. Publicação em 16 jan. 2015. Disponível em: <https://bit.ly/3QvtK7l>. Acesso em: 29 jun. 2023.

LYON, David. An electronic panopticon? A sociological critique of surveillance theory. **The Sociological Review**, v. 41, n. 4, p. 653-678, 1993.

LYON, David. **Theorizing surveillance**: Durham Modern Middle East and Islamic World. London: Routledge, 2006.

MACHADO, Diego; DONEDA, Danilo. Direito ao anonimato na internet: fundamentos e contornos dogmáticos de sua proteção no direito brasileiro. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 7, n. 23, p. 95-140, abr./jun. 2020.

MAGNET FORENSICS. **Magnet AXIOM**. c2023. Disponível em: <https://bit.ly/3qHba2x>. Acesso em: 8 jun. 2023.

MALAN, Diogo Rudge. Processo penal do inimigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 14, n. 59, p. 223-258, 2006.

MALAN, Diogo. Métodos ocultos, devido processo e o enfrentamento da criminalidade organizada. In: BRITO CRUZ, Francisco; SIMÃO, Bárbara (org.). **Direitos Fundamentais e Processo Penal na Era Digital: Doutrina e Prática em Debate**. São Paulo: InternetLab, 2021. v. IV. *E-book*.

MALONE, Hugo; NUNES, Dierle. **Manual da Justiça Digital: compreendendo a *Online Dispute Resolution*, os Tribunais Híbridos e a Inteligência Artificial Analítica e Generativa no Direito**. 2. ed. São Paulo: JusPodivm, 2023.

MANZINI, Vincenzo. **Instituzioni di Diritto Processuale Penale**. Padova: Casa Editrice Dott Antonio Milani, 1950.

MANZINI, Vincenzo. **Trattato di Diritto Processuale Penale Italiano: secondo il nuovo codice** Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1931. v. 1.

MARAS, Marie-Helen; ALEXANDROU, Alex. Determining authenticity of video evidence in the age of artificial intelligence and in the wake of Deepfake videos. **The International Journal of Evidence & Proof**, v. 23, n. 3, p. 255-262. 2019.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. A exclusividade da função acusatória e a limitação da atividade do Juiz: inteligência do princípio da separação de poderes e do princípio acusatório. **Revista de Informação Legislativa**, v. 46, n. 183, p. 141-153, jul./set. 2009.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. O modelo constitucional de processo e o eixo estrutural da processualidade democrática. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, v. 2, n. 1, p. 43-55, 2016.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. O silêncio do interrogatório não se escuta: sagacidade inquisitória do Código de 1941. In: MADEIRA, Guilherme; BADARÓ, Gustavo; CRUZ, Rogério Schietti. (org.). **Código de Processo Penal: Estudos comemorativos aos 80 anos de vigência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. v. 2. p. 157-172.

MARTELETO FILHO, Wagner. **O direito à não autoincriminação no Processo Penal Contemporâneo: (investigação genética, interceptações telefônicas e ambientais, agentes infiltrados e outros problemas)**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

MARTIN, James. Cryptomarkets, systemic violence and the 'gentrification hypothesis', **Addiction**, v. 113, n. 5, p. 797-798, May 2018.

MARTIN, James. **Drugs on the dark net: How cryptomarkets are transforming the global trade in illicit drugs**. London: Palgrave Macmillan, 2014.

MASON, Stephen; SHELDON, Andrew; DRIES, Hein. Proof: the technical collection and examination of electronic evidence. In: MASON, Stephen; SENG, Daniel (ed.). **Electronic Evidence**. 4. ed. London: Institute of Advanced Legal Studies, 2017. p. 285-338.

MASON, Stephen; STANFIELD, Allison. Authenticating electronic evidence. In: MASON, Stephen; SENG, Daniel (ed.). **Electronic Evidence**. 4th ed. London: Institute of Advanced Legal Studies, 2017. p. 193-260.

MASSAÚ, Guilherme Camargo. Ius Commune (direito comum). **JURIS – Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, v. 12, p. 95-108, 2006.

- MASSENO, Manuel David. Da vigilância biométrica no Ordenamento da União Europeia: (para fins de segurança em espaços acessíveis ao público) – Uma perspetiva portuguesa especialmente destinada ao Brasil. **Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional**, v. 11, p. 1-19. 2023.
- MATHIESEN, Thomas. The viewer society: Michel Foucault's Panopticon' revisited. **Theoretical Criminology**, v. 1, n. 2, p. 215-234, May 1997.
- MCCAHERN, Michael. Beyond Foucault: towards a contemporary theory of surveillance. *In*: NORRIS, Clive; MORAN, Jade; ARMSTRONG, Gary (ed.). **Surveillance, closed circuit television and social control**. London: Routledge, 2016. *E-book*.
- MCCAHERN, Michael. Crime, surveillance and media. *In*: BALL, Kirstie; HAGGERTY, Kevin; LYON, David (ed.). **Routledge handbook of surveillance studies**. London: Routledge, 2011. p. 244-250.
- MELO, Marcos Eugênio Vieira; SAMPAIO, André Rocha. Intersecções entre o Eficientismo Processual Penal e o Neoliberalismo. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 10, n. 1, p. 1-38, jan./abr. 2024.
- MELLO, Bernardo Carvalho de. **Princípio nemo teneur se detegere**: vedação à não-autoincriminação e direito ao silêncio na ordem processual penal constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.
- MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e fábrica**: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX). Rio de Janeiro: Revan, 2006.
- MENDES, Carlos Hélder Carvalho Furtado. **Tecnoinvestigação criminal**: entre proteção de dados e a infiltração por software. Salvador: JusPodivm, 2020.
- MENEZES NETO, Elias Jacob de. **Surveillance, democracia e direitos humanos**: os limites do Estado na era do *big data*. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2016.
- MERKEL, Laura. **Derechos humanos e investigaciones policiales**: una tensión constante. Madrid: Marcial Pons, 2022.
- METRÔ de SP inicia operação de sistema de reconhecimento facial; TJ chegou a impedir instalação. **G1**, São Paulo, Notícia, 11 nov. 2022. Disponível em: <http://glo.bo/40IFPd6>. Acesso em: 4 abr. 2023.
- MILETTI, Marco Nicola. Un vestito per Cenerentola: l'identità del diritto processuale penale all'alba della Repubblica. *In*: Diritti Individuali e Processo Penale Nell'Italia Repubblicana, 2010. Ferrara. **Materiali dall'incontro di studio**: Ferrara, 2010. p. 363-393.
- MOCCIA, Sergio. Emergência e Direitos Fundamentais. **Revista do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 7, n. 25, p. 58-91, jan./mar. 1999.
- MOCCIA, Sergio. **La perene emergenza**: tendenze autoritarie nel sistema penale. 2. ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1997.

MOLINARO, Carlos Alberto; SARLET, Ingo Wolfgang. Sociedade em Rede, Internet e o assim chamado Estado de Vigilância. *In*: BERCOVIC, Gilberto; SOUZA, Luciano Anderson de; FERREIRA, Lauro Cesar Mazetto (coord.). **Desafios dos Direitos Humanos no Século XXI**. São Paulo: Quartier Latin, 2016. p. 73-94.

MOORE, Gordon Earl. Cramming more components onto integrated circuits. **Electronics**, v. 38, n. 8, Apr. 19, 1965.

MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MORAIS, Fausto Santos de. **Ponderação e Arbitrariedade: a Inadequada Recepção de Alexy pelo STF**. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2018.

MORALES PRATS, Fermín. Pornografía infantil e Internet. *In*: JORNADAS DE RESPONSABILIDAD CIVIL Y PENAL DE LOS PRESTADORES DE SERVICIOS EN INTERNET, 2021, Barcelona. [S. l.]: FUOC, 2022. Disponível em: <https://bit.ly/3MnNJ7o>. Acesso em: 5 abr. 2023.

MORDOR INTELLIGENCE. **Mercado de segurança eletrônica – crescimento, tendências, impacto do Covid-19 e previsões (2023-2028)**. c2022. Disponível em: <https://bit.ly/3U0LAAg>. Acesso em: 31 mar. 2023.

MOREB, Mohammed. The Impact of Cryptocurrency Mining on Mobile Devices. *In*: MOREB, Mohammed. **Practical Forensic Analysis of Artifacts on iOS and Android Devices: Investigating Complex Mobile Devices**. Berkeley, CA: Apress, 2022. p. 259-280.

MOUNTENEY, Jane; OTEO, Alberto; GRIFFITHS, Paul. The internet and drug markets: shining a light on these complex and dynamic systems. *In*: MOUNTENEY, Jane; BO, Alessandra; OTEO, Alberto (org.). **The internet and the drug markets**. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2016. p. 13-17.

MOURA, Marcelo Oliveira de; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. O neoliberalismo “eficientista” e as transformações da jurisdição. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, vol. 13, n. 1, p. 177-195, jan./abr. 2017.

MURDER solved by Alexa: Domestic abuser who killed his wife is jailed for life with 20-year minimum term - after voice recordings on Amazon device helped bring him to justice. **Daily Mail**, 24 mar. 2023. Disponível em: <https://bit.ly/3HgfNpy>. Acesso em: 11 jan. 2024.

NATIONAL SECURITY AGENCY. **NSA/CSS Requirements for Magnetic Degaussers**. May 2021. Disponível em: <https://bit.ly/43WtW19>. Acesso em: 9 jun. 2023.

NARAYANAN, Arvind; SHMATIKOV, Vitaly. Robust de-anonymization of large sparse datasets. *In*: **2008 IEEE Symposium on Security and Privacy**. Oakland: IEEE, 2008. p. 111-125.

NAZAH, Saiba; HUDA, Shamsul; ABAWAJY, Jemal; HASSAN, Mohammad Mehedi. Evolution of dark web threat analysis and detection: A systematic approach. **IEEE Access**, v. 8, p. 171.796-171.819, Sept. 2020.

NOVAIS, Fernando A. **Portugal e Brasil na crise do Antigo Sistema Colonial (1777-1808)**. São Paulo: Editora 34, 2019. *E-book*.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 13. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NUNES, Dierle José Coelho. **Direito Constitucional ao Recurso**: da teoria geral dos recursos, das reformas processuais e da participação das decisões: comentários à Lei nº 11.187, de 19/10/2005, que alterou a sistemática do recurso de agravo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**. Curitiba: Juruá, 2008.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**: uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2009.

NUNES, Dierle. Virada tecnológica no direito processual (da automação à transformação): seria possível adaptar o procedimento pela tecnologia? *In*: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erik Navarro. **Inteligência artificial e direito processual**: os impactos da virada tecnológica no direito processual. Salvador: Editora Juspodivm, 2020. p. 15-40.

NUNES, Dierle. Virada tecnológica no Direito Processual e etapas do emprego da tecnologia no Direito Processual: seria possível adaptar o procedimento pela tecnologia. **Revista da Escola Judiciária Desembargador Edésio Fernandes**, Belo Horizonte, a. 1, n. 1, p. 113-144, jul./set. 2022.

NUNES, Dierle. Virada tecnológica no Direito Processual: fusão de conhecimentos para geração de uma nova justiça centrada no ser humano. **Revista de Processo**, v. 344, p. 403-429. 2023.

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio Quinaud. **Teoria Geral do Processo**. Salvador: JusPodivm, 2020.

OFFENSIVE SECURITY. **TimeStomp**. c2023. Disponível em: <https://bit.ly/3Xckx6G>. Acesso em: 11 jun. 2023.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 21. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. *E-book*.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

OLIVEIRA, Jordan Vinícius; LOPES, Marília Carneiro da Cunha. Considerações sobre anonimato, pseudoanonimato e criptomoedas. *In*: **Revista Eletrônica Direito e Sociedade**, v. 9, n. 1, p. 159-176. 2021.

OLIVEIRA, Rafael Serra. **Cadeia de Custódia**: admissibilidade e valoração da prova pericial de DNA. 2021. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2021.

O'NEIL, Cathy. **Weapons of math destruction: how big data increases inequality and threatens democracy**. New York: Crown Publishers, 2016.

ORLANDI, Renzo. Operação Mani Pulite” e seu contexto político, jurídico e constitucional. Constituição, Economia e Desenvolvimento. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, v. 8, n. 15, p. 378-405, jul./dez. 2016.

ORWELL, George. **1984**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. *E-book*.

PACE, Scott; FROST, Gerald; LACHOW, Irving; FRELINGER David; FOSSUM, Donna; WASSEM, Don; PINTO, Monica M. **The global positioning system: assessing national policies**. Santa Monica: Rand, 1995.

PAIVA, Danúbia Patrícia de. **Instituto lógico científico da prova eletrônica no direito processual democrático**. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2020.

PAIVA, Stanley Gusmão de. Técnicas avançadas de extração de dados. **Revista Brasileira de Execução Penal**, Brasília, v. 3, n. 2, p. 129-146, jan./jun. 2022.

PAIXÃO, Cristiano. Direito, política, autoritarismo e democracia no Brasil: da Revolução de 30 à promulgação da Constituição da República de 1988. **Araucária – Revista Iberoamericana de Filosofia, Política y Humanidades**, v. 13, n. 26, p. 146-169, 2011.

PARK, Joon S.; SANDHU, Ravi. Secure cookies on the Web. **IEEE Internet Computing**, v. 4, n. 4, p. 36-44, July/Aug. 2000.

PARTED MAGIC. **Homepage**. c2023. Disponível em: <https://bit.ly/3P0KZ18>. Acesso em: 8 jun. 2023.

PASCIUTA, Beatrice. Durantis. Speculum iudiciale. *In*: DAUCHY, Serge; MARTYN, Georges; MUSSON, Anthony; PIHLAJAMÄKI, Heikki; WIJFFELS, Alain (ed.). **The Formation and Transmission of Western Legal Culture: 150 Books that Made the Law in the Age of Printing**. Berna: Springer International Publishing Switzerland, 2016. p. 37-40.

PASTORE, Alexandre Mariano; FONSECA, Manoel Augusto Cardoso da. Cadeia de Custódia de Provas Digitais nos Processos do Direito Administrativo Sancionador com a adoção da tecnologia *Blockchain*. **Cadernos Técnicos da CGU**, Brasília, v. 3, p. 97-109, nov. 2022.

PEDRON, Flávio Quinaud. A proposta de Koselleck de história dos conceitos e a reconstrução da história do direito. **Revista Jurídica da Presidência**, v. 21, n. 124, p. 361-385, 2019.

PERON, Christian; LEGARY, Michael. Digital anti-forensics: emerging trends in data transformation techniques. *In*: E-CRIME COMPUT. EVID. **Proceedings** [...]. West Lafayette: Center for Education and Research in Information Assurance and Security (CERIAS), 2005.

PFEIFLE, Anne. Alexa, what should we do about privacy: Protecting privacy for users of voice-activated devices. **Washington Law Review**, v. 93, p. 421-257. 2018.

PIMENTA, Marcus Vinícius. **Poder-saber inquisitório**: observações sobre o inquérito e a dissonância cognitiva. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019.

PINHO, Ana Cláudia Bastos de. **Para além do garantismo**: uma proposta hermenêutica de controle da decisão penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021. *E-book*.

PINTO, Álvaro Vieira. **O conceito de tecnologia**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2005. v. 1.

POLETTI, Ronaldo. **1934**. 3. ed. Brasília: Senado Federal, 2012. (Coleção Constituições brasileiras, v. 3).

PORTUGAL. **Lei n.º 109/2009, de 15 de Setembro**. Aprova a Lei do Cibercrime, transpondo para a ordem jurídica interna a Decisão Quadro nº 2005/222/JAI, do Conselho, de 24 de fevereiro, relativa a ataques contra sistemas de informação, e adapta o direito interno à Convenção sobre Cibercrime do Conselho da Europa. 2ª versão – a mais recente (Lei n.º 79/2021, de 24/11). Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa, [2021]. Disponível em: <https://bit.ly/3YuPWSz>. Acesso em: 20 jul. 2023.

POUEY, Cristiane Cantarelli; SÁ, Reginaldo Roberto Albuquerque de. O direito de não auto-incriminação e o crime de perjúrio. **Publicações da Escola da AGU**, v. 2, n. 13, p. 155-174, nov./dez. 2011.

PRADO, Geraldo. **A cadeia de custódia da prova no processo penal**. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistema de controles epistêmicos**: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penal. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

PRADO, Geraldo. Tutela contra a geolocalização contínua. *In*: BRITO CRUZ, Francisco; FRAGOSO, Nathalie (ed.). **Direitos Fundamentais e Processo Penal na Era Digital**. São Paulo. InternetLab, 2020. (Doutrina e Prática em Debate, v. III). *E-book*.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. São Paulo: Saraiva, 2003.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. Liberdade de expressão na internet: a concepção restrita de anonimato e a opção pela intervenção de menor intensidade. **Suprema**: Revista de Estudos Constitucionais, Brasília, v. 1, n. 1, p. 241-266, jan./jun. 2021.

QUINTIERE, Víctor Minervino. **O Direito Penal nas sociedades digitais**: da expansão às perspectivas à luz do Criminal Dataveillance, da criminologia e do direito à não auto-incriminação. Belo Horizonte: D'Placido, 2022.

RAMADHANI, Erika. Anonymity communication VPN and Tor: a comparative study. **Journal of Physics**: Conference Series, IOP Publishing, v. 983, 2018.

RAMALHO, David Silva. **Métodos ocultos de investigação criminal em ambiente digital**. Coimbra: Almedina, 2017.

RANGEL, Emanuel Queiroz. Câmeras de segurança e reconhecimento facial – como as imagens são utilizadas como prova no processo penal – notícias do Rio de Janeiro. *In*: BRITO CRUZ, Francisco; FRAGOSO, Nathalie (ed.). **Direitos Fundamentais e Processo Penal na Era Digital**. São Paulo. InternetLab, 2020. (Doutrina e Prática em Debate, v. III). *E-book*.

REARDON, Joel; BASIN, David; CAPKUN, Srdjan. SoK: Secure data deletion. *In*: 2013 IEEE SYMPOSIUM ON SECURITY AND PRIVACY. **Proceedings** [...] IEEE, 2013. p. 301-315.

RESTA, Giorgio. Anonimato, responsabilità, identificazione: prospettive di diritto comparato. **Diritto dell'informazione e dell'informatica**, Milano, v. 30, n. 2, p. 171-205, 2014.

RESTA, Eligio. **Il diritto fraterno**. Roma-Bari: Laterza, 2006.

RI JR, Arno Dal; MOREIRA GOUVEIA, Kristal. A Função da “Personalidade do Estado” na Elaboração Penal do Fascismo Italiano: *laesae maiestas* e tecnicismo-jurídico no Código Rocco (1930). **Revista Sequência**, Florianópolis, v. 40, n. 81, p. 226-249, jan./abr. 2019.

ROCCO, Alfredo. **Relazione a sua Maesta il RE del Ministro Guardasigilli (Rocco)**. Presentata nell’udienza del 19 Ottobre 1930-VIII per l’approvazione dei testi definitivi del Codice Penale e del Codice di Procedura Penale. Gazzetta Ufficiale del Regno D’Italia. Roma: Istituto Poligrafico Dello Stato, 1930. Disponível em: <https://bit.ly/42KfKQl>. Acesso em: 10 maio 2023.

RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância**: a privacidade hoje. Organização, seleção e apresentação de Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RODRIGUES, Anabela Miranda. **O direito penal europeu emergente**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

ROGERS, Marcus. Anti-forensics: the coming wave in digital forensics. *In*: CENTER FOR EDUCATION AND RESEARCH IN INFORMATION ASSURANCE AND SECURITY (CERIAS). **Proceedings** [...] West Lafayette: CERIAS, 2006.

ROMEIRO, Jorge Alberto. **Considerações sobre o conceito do interrogatório do acusado**. Rio de Janeiro: Alba, 1942.

ROMEIRO, Jorge Alberto. **Elementos de Direito Penal e Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 1978.

ROSA, Alexandre Morais da; QUINTIERE, Víctor Minervino. Aceitar os termos e condições? Processo Penal e dataveillance. **Revista Consultor Jurídico**. Publicação em 9 jan. 2024. Disponível em: <https://bit.ly/420pli7>. Acesso em: 10 jan. 2024.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 5. ed. Florianópolis: EMais, 2019.

ROSA, Alexandre Morais da. Para uma noção de doping no processo penal. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**. v. 14, n. 83, p. 24-31, dez./jan. 2014.

ROSA, João Guimarães. **Grande Sertão: Veredas**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1988.

ROXIN, Claus. **La prohibición de autoincriminación y de las escuchas domiciliarias**. Buenos Aires: Hammurabi, 2008.

RUFFIO, Patricia; ZOLTAN, Miklos. Dark Web Price Index 2022. **PrivacyAffairs**, 10 June 2023. Disponível em: <https://bit.ly/3NWckRg>. Acesso em: 28 jun. 2023.

SAAD, Marta. Defesa no inquérito policial. **Revista de Direito de Polícia Judiciária**, v. 2, n. 4, p. 59-83, 2018.

SAAD, Marta. Editorial do dossiê “Reformas da investigação preliminar e a investigação defensiva no processo penal” - Investigação preliminar: desafios e perspectivas. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, v. 6, n. 1, p. 29-40, 2020.

SAAD, Marta. Investigação criminal e novas tecnologias para obtenção de prova. **Revista Brasileira De Ciências Policiais**, v. 12, n. 5, p. 11-16, 2021.

SALES, Sheila Jorge Selim de. **O Direito Penal Liberal em Montesquieu**. Belo Horizonte: Del Rey, 2017.

SALES, Sheila Jorge Selim de. Princípio da efetividade no Direito Penal e a importância de um conceito garantista do bem jurídico-penal. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 95, n. 848, p. 416-435, jun. 2006.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direito à intimidade e à vida privada: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **La expansión del derecho penal: Aspectos de la política criminal em las sociedades postindustriales**. Madrid: Civitas, 2001.

SANTIAGO NETO, José de Assis MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. A cultura inquisitória mantida pela atribuição de escopos metajurídicos ao processo penal. *In*: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; PAULA, Leonardo Costa de; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. (org.). **Mentalidade Inquisitória e Processo Penal no Brasil: Estudos sobre a reforma do CPP no Brasil**. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018. v. 4. p. 177-195.

SANTIAGO NETO, José de Assis. **Estado Democrático de Direito e Processo Penal Acusatório: a participação dos sujeitos no centro do palco processual**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; PAIVA, Livia de Meira Lima. **Direitos Humanos e Processo Penal: história crítica da positivação dos direitos humanos – ensaios para uma crítica decolonial**. Belo Horizonte: D’Plácido, 2020. v. 1.

SARDÁ, Thais; NATALE, Simone; DOWNEY, John. Inventing the dark Web: Criminalization of privacy and the apocalyptic turn in the imaginary of the Web. **First Monday**, v. 27, n. 11, Nov. 2022.

SARDÁ, Thais; NATALE, Simone; SOTIRAKOPOULUS, Nikos; MONAGHAN, Mark. Understanding online anonymity. **Media, Culture & Society**, v. 41, n. 4, p. 557-564, 2019.

SARKIS, Jamilla Monteiro. Dados telemáticos no caso “Marielle Franco e Anderson Gomes”: violações à privacidade em tempos de vigilância. *In*: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS DE COIMBRA, 4., 2021. Coimbra. **Anais [...]** Jundiaí: Brasília, 2021. v. 5. p. 125-138.

SARKIS, Jamilla Monteiro. **Delação premiada: limites constitucionais à confiabilidade e corroboração**. São Paulo: IBCCRIM, 2019.

SCHAFER, Burkhard; MASON, Stephen. The characteristics of electronic evidence. *In*: MASON, Stephen; SENG, Daniel (ed.). **Electronic Evidence**. 4th ed. London: University of London Press, Institute of Advanced Legal Studies, 2017. p. 18-35.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2013.

SCHWARCZ, Lilia Moritz; STARLING, Heloisa Murgel. **Brasil: uma biografia**. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. *E-book*.

SERRANO-PIEDECASAS, José Ramon. **Emergencia y crisis del Estado social**. Barcelona: Promociones y Publicaciones Universitarias, 1988. (Colección Sociedad-estado).

SHAGAN, Ethan H. The English Inquisition: constitutional conflict and ecclesiastical law in the 1590s. **The Historical Journal**, v. 47, n. 3, p. 541-565, Sept. 2004.

SHALAGINOV, Andrii; JOHNSEN, Jan William; FRANKE, Katrin. Cyber crime investigations in the era of big data. *In*: IEEE INTERNATIONAL CONFERENCE ON BIG DATA (BIG DATA). IEEE, 2017. p. 3.672-3.676.

SHERRILL, Lindsey A. The “Serial effect” and the true crime podcast ecosystem. **Journalism Practice**, v. 16, n. 7, p. 1.473-1.494, Dec. 2020.

SHIRANI, Behzad. **Anti-forensics**. [Presentation on] High Technology Crime Investigation Association Conference. 2002.

SICA, Leonardo. **Direito penal de emergência e alternativas à prisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direito constitucional brasileiro**. São Paulo: Edusp, 2021.

SILVANO, Anderson Rodrigo. **O conteúdo do princípio *nemo tenetur se detegere* na Corte Interamericana de Direitos Humanos e no Tribunal Europeu de Direitos Humanos**. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. A cultura inquisitória vigente e a origem autoritária do Código de Processo Penal brasileiro. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 67, p. 264-275, jan./fev. 2015.

SILVEIRA, Rafael Bernardes da; SARKIS, Jamilla Monteiro; MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. Retórica da corrupção no cenário global: efeitos do punitivismo internacional na lei brasileira. **Revista de Estudos Criminais**, v. 20, n. 83, p. 159-178, out./dez. 2021.

SIQUEIRA, Flávia. **Autonomia, consentimento e Direito Penal da Medicina**. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

SIQUEIRA, Gustavo Silveira; AMÂNCIO, Guilherme Cundari de Oliveira; MARQUES, Francisca Maria Medeiros. A “Constituição esquecida”: o tratamento histórico da Constituição de 1937 nos livros de Direito Constitucional. **Revista Argumentum**, v. 21, n. 2, p. 531-559, 2020.

SMITH, Aaron. Describing and categorizing disk-avoiding anti-forensics tools. **Journal of Digital Forensic Practice**, v. 1, n. 4, p. 309-313, 2007.

SNOWDEN, Edward. **Permanent Record**. London: Pan Macmillan, 2019. *E-book*.

SOARES, Paulo. **Meios de Obtenção de Prova no Âmbito das Medidas Cautelares e de Polícia**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2017.

SOMBRIO, Débora Normanton. Nem tudo é prova: a cadeia de custódia como método de controle de fixação dos fatos no Processo Pena. *In*: SARKIS, Jamilla Monteiro; SANTIAGO NETO, José de Assim; PAULA, Leonardo Costa de (org.). **Tudo e um pouco mais da inquisitoriedade no Processo Penal**: estudos em homenagem ao Professor Leonardo Marinho. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2021. p. 199-224.

SOUSA, Flávio R.C.; MOREIRA, Leonardo O.; MACHADO, Javam C. Computação em nuvem: Conceitos, tecnologias, aplicações e desafios. *In*: **II Escola Regional de Computação Ceará, Maranhão e Piauí (ERCEMAPI)**. [S. l.]: UFC, 2009. p. 150-175.

SOUZA, José Barcelos de. **Recursos, artigos e outros escritos**: doutrina e prática civil e criminal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SREMACK, Joseph; ANTONOV, Alexandre. Taxonomy of anti-computer forensics threats. *In*: IMF 2007: IT-INCIDENT MANAGEMENT & IT-FORENSICS, 2007, Stuttgart. **Proceedings** [...] Bonn: Gesellschaft für Informatik e., 2007. p. 103-112.

STAKE, Robert E. **The art of case study research**. Thousand Oaks: Sage Publications, 1995.

STAMM, Matthew; LIN, Sabrina; LIU, K.J. Ray. Forensics vs. anti-forensics: A decision and game theoretic framework. *In*: INTERNATIONAL CONFERENCE ON ACOUSTICS, SPEECH AND SIGNAL PROCESSING (ICASSP), 37., 2012, Kyoto. **Proceedings** [...] [S. l.]: IEEE, 2012. p. 1.749-1.752.

STATCOUNTER. **Mobile Operating System Market Share Worldwide**: June 2022 – June 2023. Disponível em: <https://bit.ly/3CID3Qz>. Acesso em: 9 jun. 2023.

STEINER, Paul. On the Internet, Nobody Knows You're a Dog. The University of North Carolina at Chapel Hill, **JOMC 50/EIS Research Initiative**, August 27, 1997. Disponível em: <https://bit.ly/449vJE0>. Acesso em: 28 jun. 2023.

STIPIĆ, Ivijan-Stefan. Transliterator. **WordPress**, c2023. Disponível em: <https://bit.ly/3JluIjs>. Acesso em: 11 jun. 2023.

STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. **Ciência polícia e teoria do estado**. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. *E-book*.

SULOCKI, Victoria-Amalia de Barros Carvalho Gozdawa de. Marcos da inquisição canônica no Direito Processual Penal brasileiro. *In*: LIMA, Joel Corrêa de; CASARA, Rubens R. R. (coord.). **Temas para uma perspectiva crítica do Direito**: homenagem ao Professor Geraldo Prado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 991-1.007.

SULOCKI, Victoria-Amalia de Barros Carvalho Gozdawa de. Interrogatório e confissão no Processo Penal brasileiro - ou de como o Inquisidor sobrevive entre nós. *In*: SARKIS, Jamilla Monteiro; SANTIAGO NETO, José de Assim; PAULA, Leonardo Costa de (org.). **Tudo e um pouco mais da inquisitoriedade no Processo Penal**: estudos em homenagem ao Professor Leonardo Marinho. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2021. p. 657-682.

SUSSKIND, Richard. **Online courts and the future of justice**. Oxford University Press, 2019.

SWAN, Melanie. **Blockchain**: Blueprint for a New Economy. Sebastopol: O'Reilly Media, 2015.

TAMMA, Rohit; SKULKIN, Oleg; MAHALIK, Heather; BOMMISSETTY, Satish. **Practical Mobile Forensics**. 4th ed. Birmigham: Packt, 2020.

TANENBAUM, Andrew. **Redes de Computadores**. 4. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2003.

TARUFFO, Michele. **A prova**. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

TAYLOR, John B. **The Right to Counsel and Privilege Against Self-incrimination**: Rights and Liberties Under the Law. Santa Barbara: ABC-CLIO, 2004. (America's freedoms).

TEDESCO, Ignacio F. La libertad de la declaración del imputado: un análisis histórico-comparado. *In*: HENDLER, Edmundo (comp.). **Las garantías penales y procesales**: efoque histórico-comparado. Buenos Aires: Del Puerto, 2001. p. 29-63.

TELEGRAM. **Perguntas frequentes**. O Telegram pode me proteger contra tudo? c2023. Disponível em: <https://bit.ly/460xy7y>. Acesso em: 9 jun. 2023.

TEPER, Jeff. Welcome to the new era of Microsoft Teams. **Microsoft**, Microsoft Teams, March 27, 2023. Disponível em: <https://bit.ly/3NoC7kt>. Acesso em: 9 jun. 2023.

TEPPLER, Steven. Testable reliability: a modernized approach to ESI admissibility. **Ave Maria Law Review**, v. 12, n. 2, p. 213-255, Summer 2014.

TOLEDO, Luciano Augusto; SHIRAISHI, Guilherme de Farias. Estudo de caso em pesquisas exploratórias qualitativas: um ensaio para a proposta de protocolo do estudo de caso. **Revista da FAE**, Curitiba, v. 12, n. 1, p. 103-119, jan./jun. 2009.

TOR PROJECT. **Sobre História**. c2023. Disponível em: <https://bit.ly/3qQpdmy>. Acesso em: 21 jun. 2023.

TORRES, Henrique Abi-Ackel; LOPES, Luciano Santos. A proibição da autoincriminação involuntária no processo penal brasileiro: uma análise de precedente do Superior Tribunal de Justiça (*Habeas Corpus* 425.044/RJ). In: ESPÍÑERA, Bruno; COLAVOLPE, Luís Eduardo; MATTOS FILHO, Maurício (org.). **A prova e o processo penal constitucionalizado**: estudos em homenagem ao Ministro Sebastião Reis. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021. p. 253-264.

TÓRTIMA, Fernanda. O limite ao direito do investigado de destruir provas que o incriminem. In: ESPÍÑERA, Bruno; COLAVOLPE, Luís Eduardo; MATTOS FILHO, Maurício (org.). **A prova e o processo penal constitucionalizado**: estudos em homenagem ao Ministro Sebastião Reis. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021. p. 187-197.

TROIS NETO, Paulo Mário Canabarro. **Direito à Não Autoincriminação e Direito ao Silêncio**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

TUNNELBEAR. **Homepage**. c2023. Disponível em: <https://bit.ly/3JqJeGY>. Acesso em: 20 jun. 2023.

TURATO, Egberto Ribeiro. **Tratado da metodologia da pesquisa clínico-qualitativa**: aplicação nas áreas da saúde e humanas. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2013.

TURKLE, Sherry. Parallel Lives: Working on Identity in Virtual Space. In: GRODIN, Debra; LINDLOF, Thomas (ed.). **Constructing the self in a mediated world**. Thousand Oaks: Sage Publications, 1996. p. 156-177.

TURNER, Jenia I. **Plea Bargaining across borders**. New York: Aspen Publishers, 2010.

UNDERWOOD, Ben; SAIEDIAN, Hossein. Mass surveillance: A study of past practices and technologies to predict future directions. **Security and Privacy**, v. 4, n. 2, p. 142-287, Feb. 2021.

UNIÃO EUROPEIA. Diretiva (UE) 2016/343 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 9 de março de 2016, relativa ao reforço de certos aspetos da presunção de inocência e do direito de comparecer em julgamento em processo penal. **Jornal Oficial da União Europeia**, L 65/1, 11.3.2016. Disponível em: <https://bit.ly/3UXJtO4>. Acesso em: 22 abr. 2023.

UNIÃO EUROPEIA. **Explanatory Memorandum to COM(2021)144** – Implementation of Directive 2016/343 on the strengthening of aspects of the presumption of innocence and of the right to be present at the trial in criminal proceedings. Brussels, 31.3.2021. Disponível em: <https://bit.ly/41T4H1M>. Acesso em: 22 abr. 2023.

UNITED KINGDOM. § 35. Effect of accused's silence at trial. In: UNITED KINGDOM. **Criminal Justice and Public Order Act**. [S. l.: s. n.], 1994. Last update: 19 June, 2023. Disponível em: <https://bit.ly/3s2JHt8>. Acesso em: 2 ago. 2023.

UNITED STATES. Fifth Amendment. In: UNITED STATES. **Bill of Rights**. [S. l.: s. n.], December 15, 1791. Disponível em: <https://bit.ly/3YxnEGX>. Acesso em: 2 ago. 2023.

UNITED STATES. Supreme Court. **Betts v. Brady**, 316 U.S. 455 (1942). No. 837. Decided: June 1, 1942. Disponível em: <https://bit.ly/47odBbn>. Acesso em: 28 jul. 2023.

UNITED STATES. Supreme Court. **Gideon v. Wainwright**, 372 U.S. 355 (1963). No. 155. Decided: March 18, 1963a. Disponível em: <https://bit.ly/3OPCHZv>. Acesso em: 28 jul. 2023.

UNITED STATES. Supreme Court. **Griffin v. California**, 380 U.S. 605 (1965). No. 202. Decided: April 28, 1965. Disponível em: <https://bit.ly/3Yq5s25>. Acesso em: 28 jul. 2023.

UNITED STATES. Supreme Court. **Harris v. California**, 374 U.S. 499 (1963). No. 135. Decided: June 17, 1963b. Disponível em: <https://bit.ly/3qg7fKA>. Acesso em: 28 jul. 2023.

UNITED STATES. Supreme Court. **Miranda v. Arizona**, 384 U.S. 436 (1966). Decided: June 13, 1966. Disponível em: <https://bit.ly/3QB9Qcy>. Acesso em: 28 jul. 2023.

UNITED STATES. Supreme Court. **New York v. Quarles**, 467 U.S. 649 (1984). No. 82-1213. Decided: June 12, 1984. Disponível em: <https://bit.ly/3Qy0zCc>. Acesso em: 28 jul. 2023.

UNITED STATES. Supreme Court. **Oregon v. Hass**, 420 U.S. 714 (1975). No. 73-1452. Decided: March 19, 1975. Disponível em: <https://bit.ly/47qKyUn>. Acesso em: 28 jul. 2023.

VALE, Jonilton Pereira do; SANTOS, Teodoro Silva. **Princípio Nemo Tenetur Se Ipsum Accusare ou o Direito à não Auto Inculpação e os Aspectos Relacionados ao Direito ao Silêncio no Processo Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

VALENÇA, Manuela Abath. A missão do judiciário no combate à criminalidade e as prisões preventivas na contramão do Estado Democrático de Direito. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, v. 7, n. 25, p. 125-147, jan./abr. 2013.

VALENÇA, Manuela Abath. Julgando a liberdade em linha de montagem: uma observação etnográfica dos julgamentos dos habeas corpus nas sessões das câmaras criminais do TJPE. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 116, p. 207-238, set./out. 2015.

VALENÇA, Manuela Abath. Processo penal e democracia: As práticas repressivas aos movimentos operários na primeira república. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 133, p. 173-195, jul. 2017.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Direito Penal do Inimigo e o Terrorismo: o «progresso ao retrocesso»**. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2016.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. Editorial dossiê “Investigação preliminar, meios ocultos e novas tecnologias”. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 3, n. 2, p. 473-482, maio/ago. 2017.

VALENTE, Manuel. **Escutas telefônicas: da excepcionalidade à vulgaridade**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

VÉLIZ, Carissa. **Privacidade é poder: por que e como você deveria retomar o controle de seus dados**. Tradução Samuel Oliveira ; Ricardo Campos (prefácio). São Paulo: Contracorrente, 2021.

VIANA, Antônio Aurélio de Souza; SARKIS, Jamilla Monteiro; MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. Do papel ao uso da inteligência artificial nos meios de provas digitais. **Revista Brasileira de Direito Processual**, Belo Horizonte, a. 30, n. 118, p. 71-103, abr./jun. 2022.

VIEIRA, Renato Stanziola. **Paridade de Armas no Processo Penal**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014. (Coleção Ada Pellegrini Grinover).

VILELA, Leonardo Marques. Requisitos de admissibilidade da evidência informática como prova no Processo Penal. *In*: SARKIS, Jamilla Monteiro; SANTIAGO NETO, José de Assim; PAULA, Leonardo Costa de (org.). **Tudo e um pouco mais da inquisitorialidade no Processo Penal**: estudos em homenagem ao Professor Leonardo Marinho. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2021. p. 521-529.

VOGLER, Richard. El sistema acusatorio en los procesos penales en Inglaterra y en Europa continental. *In*: WINTER, Lorena Bachmaier (coord.). **Proceso penal y sistemas acusatorios**. Madrid: Marcial Pons, 2008. p. 177-194.

WANI, Mohamad Ahtisham. Privacy preserving Anti-Forensic Techniques. *In*: GIRI, Kaiser J.; PARAH, Shabir Ahmad; BASHIR, Rumaan; MUHAMMAD, Khan (ed.). **Multimedia Security: Algorithm Development, Analysis and Applications**. Singapore: Springer, 2021. (Series Algorithms for Intelligent Systems). p. 89-108.

WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis. The right to privacy. **Harvard Law Review**, v. 4, n. 5, p. 193-220, Dec. 1890.

WHATSAPP. Privacidade para suas mensagens. c2023. Disponível em: <https://bit.ly/3N0DOmR>. Acesso em: 9 jun. 2023.

WHISTLEBLOWER: NSA Goal Is 'Total Population Control'. Produção: CBN News. Apresentador/Entrevistador: Pat Robertson. Entrevistado: William Binney. [S. l.]: CBN, 12-10-2022. Vídeo (15min39). Disponível em: <https://bit.ly/3m4KKWE>. Acesso em: 4 abr. 2023.

WIENER, Norbert. Cybernetics in history. *In*: WIENER, Norbert. **The human use of human beings**: Cybernetics and society. London: Free Association Books, 1989. p. 15-27. Disponível em: <https://bit.ly/3DRuOwa>. Acesso em: 25 jul. 2023.

WIGMORE, John H. Nemo tenetur seipsum prodere. **Harvard Law Review**, v. 5, n. 2, p. 71-88, 1891.

WILLIAMS, Janet. **ACPO Good Practice Guide for Digital Evidence**. London: ACPO – Association of Chief Police Officers, March 2012. Disponível em: <https://bit.ly/454Zwhq>. Acesso em: 24 jun. 2023.

WINDOWS. **Libere espaço em disco no Windows**. c2023. Disponível em: <https://bit.ly/3XdPKeF>. Acesso em: 20 jun. 2023.

YIN, Robert K. **Estudo de caso**: planejamento e métodos. 3. ed. Porto Alegre: Bookman, 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014. (Coleção Pensamento Criminológico, 14).

ZAWOAD, Shams; HASAN, Ragib. Digital forensics in the age of big data: Challenges, approaches, and opportunities. *In*: INTERNATIONAL CONFERENCE ON HIGH PERFORMANCE COMPUTING AND COMMUNICATIONS, 17., 2015; INTERNATIONAL SYMPOSIUM ON CYBERSPACE SAFETY AND SECURITY, 7.,

2015; INTERNATIONAL CONFERENCE ON EMBEDDED SOFTWARE AND SYSTEMS, 12., 2015. **Proceedings** [...] New York: IEEE, 2015. p. 1320-1325.

ZHOU, Jizhe; PUN, Chi-Man; TONG, Yu. News Image Steganography: A Novel Architecture Facilitates the Fake News Identification. *In*: INTERNATIONAL CONFERENCE ON VISUAL COMMUNICATIONS AND IMAGE PROCESSING (VCIP), 2020, Macau. **Proceedings** [...] Macau: IEEE, 2020. p. 235-238.

ZHU, Rongzhen; WANG, Yuchen; BAI, Pengpeng; LIANG, Zhiming; WU, Weiguo; TANG, Lei. A data security deletion algorithm based on copyback command. *In*: INTERNATIONAL CONFERENCE ON ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND COMPUTER APPLICATIONS (ICAICA), 2022, Dalian. **Proceedings** [...] Dalian: IEEE, 2022. p. 1036-1041.

ZONTA, Ivan Navarro. **Obstrução de Justiça e Direito de Defesa**. São Paulo: Tirant lo Blanch Brasil, 2023.

ZUBOFF, Shoshana. Big other: surveillance capitalism and the prospects of an information civilization. **Journal of Information Technology**, v. 30, n. 1, p. 75-89, Mar. 2015.

APÊNDICE A

Numeração única do processo	Jurisdição	Palavras-chave	Foi utilizado para a construção de algum dos casos?
0900389-20.2018.8.12.0001	Superior Tribunal de Justiça	Obstrução – Autoincriminação – Busca e Apreensão – Aparelho Celular – Pessoa imputada recusou fornecer senha para desbloqueio	Não
0073304-16.2018.1.00.0000	Supremo Tribunal Federal	Obstrução – Autoincriminação – Intimidação de testemunhas	Não
0900379-73.2018.8.12.0001	Superior Tribunal de Justiça	Obstrução – Autoincriminação – Busca e Apreensão – Aparelho Celular – Exclusão de dados	Sim
0403442-80.2022.3.00.0000	Superior Tribunal de Justiça	Obstrução – Autoincriminação – Acesso a Circuito Interno de Câmeras – Imagens Alteradas	Sim
0065812-34.2020.3.00.0000	Superior Tribunal de Justiça	Obstrução – Autoincriminação – Busca e Apreensão – Aparelho Celular – Exclusão do aplicativo WhatsApp	Sim
0342094-95.2021.3.00.0000	Superior Tribunal de Justiça	Expressões “obstrução” ou “autoincriminação” empregadas em sentido diverso ao objeto da pesquisa	Não
0229192-05.2021.3.00.0000	Superior Tribunal de Justiça	Expressões “obstrução” ou “autoincriminação” empregadas em sentido diverso ao objeto da pesquisa	Não
0030360-55.2023.3.00.0000	Superior Tribunal de Justiça	Obstrução – Autoincriminação – Busca e Apreensão – Ausência de mandado	Não
0023943-93.2019.1.00.0000	Supremo Tribunal Federal	Expressões “obstrução” ou “autoincriminação” empregadas em sentido diverso ao objeto da pesquisa	Não
0023180-37.2020.8.12.0001	Superior Tribunal de Justiça	Obstrução – Autoincriminação – Busca e Apreensão – Restituição de coisa apreendida	Não
0229192-05.2021.3.00.0000	Superior Tribunal de Justiça	Obstrução – Autoincriminação – Dosimetria – Agravante – Exclusão de imagens do a Circuito Interno de Câmeras	Sim
5014458-55.2018.4.04.0000	Superior Tribunal de Justiça	Expressões “obstrução” ou “autoincriminação” empregadas em sentido diverso ao objeto da pesquisa	Não
0084663-60.2018.1.00.0000	Supremo Tribunal Federal	Expressões “obstrução” ou “autoincriminação” empregadas em sentido diverso ao objeto da pesquisa	Não
0002346-39.2017.1.00.0000	Supremo Tribunal Federal	Obstrução – Autoincriminação – Intimidação de testemunhas	Não
0018594-09.2014.4.01.0000	Superior Tribunal de Justiça	Expressões “obstrução” ou “autoincriminação” empregadas em sentido diverso ao objeto da pesquisa	Não
9000003-76.2010.8.26.0541	Superior Tribunal de Justiça	Obstrução – Autoincriminação – Direito ao silêncio	Não
0625415-98.2017.8.06.0000	Tribunal de Justiça do Ceará	Expressões “obstrução” ou “autoincriminação” empregadas em sentido diverso ao objeto da pesquisa	Não
5020227-98.2015.4.04.7000	Tribunal Regional Federal da 4ª Região	Obstrução – Autoincriminação – Busca e Apreensão – Ocultação de documentos	Não

Numeração única do processo	Jurisdição	Palavras-chave	Foi utilizado para a construção de algum dos casos?
0023943-93.2019.1.00.0000	Supremo Tribunal Federal	Obstrução – Autoincriminação – Busca e Apreensão – Aparelho Celular – Solicitação remota para resetar aparelho	Sim
5000290-86.2020.8.24.0000	Superior Tribunal de Justiça	Obstrução – Autoincriminação – Estrutura jurídica desenvolvida para ocultação de patrimônio	Não
0272975-57.2015.3.00.0000	Superior Tribunal de Justiça	Obstrução – Autoincriminação – Intimidação de outros investigados	Não
0000000-01.2802.9.0-3/01	Tribunal de Justiça do Paraná	Obstrução – Autoincriminação – Direito ao silêncio	Não
2019/0098024-2	Superior Tribunal de Justiça	Expressões “obstrução” ou “autoincriminação” empregadas em sentido diverso ao objeto da pesquisa	Não
5085230-54.2016.4.04.7100	Superior Tribunal de Justiça	Obstrução – Autoincriminação – Dosimetria – Uso de navegador Tor – Anonimato de dados	Sim
0133004-71.2017.4.02.5101	Tribunal Regional Federal da 2ª Região	Obstrução – Autoincriminação – Intimidação de testemunhas – Falsificação de documentos	Não
900071-29.2021.8.12.0002	Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul	Obstrução – Autoincriminação – Intimidação de Promotor de Justiça	Não
0000498-73.2015.8.26.0551	Tribunal de Justiça de São Paulo	Expressões “obstrução” ou “autoincriminação” empregadas em sentido diverso ao objeto da pesquisa	Não
801861-05.2021.8.20.5600	Tribunal de Justiça de Rio Grande do Norte	Obstrução – Autoincriminação – Busca e Apreensão – Aparelho Celular – Pessoa imputada recusou fornecer senha para desbloqueio	Não
1410590-75.2022.8.12.0000	Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul	Obstrução – Autoincriminação – Direito ao silêncio	Não
1010114-03.2020.8.11.0000	Tribunal de Justiça de Mato Grosso	Obstrução – Autoincriminação – Direito ao silêncio	Não
1002304-81.2023.4.01.0000	Tribunal Regional Federal da 1ª Região	Expressões “obstrução” ou “autoincriminação” empregadas em sentido diverso ao objeto da pesquisa	Não
17346-82.2021.8.19.0014	Tribunal de Justiça de Rio de Janeiro	Obstrução – Autoincriminação – Direito ao silêncio	Não
60381-03.2022.8.19.0000	Tribunal de Justiça de Rio de Janeiro	Obstrução – Autoincriminação – Direito ao silêncio	Não
900331-17.2018.8.12.0001	Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul	Expressões “obstrução” ou “autoincriminação” empregadas em sentido diverso ao objeto da pesquisa	Não
0332701-77.2013.8.21.7000	Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul	Obstrução – Autoincriminação – Reconhecimento pessoal	Não
1022931-65.2021.8.11.0000	Tribunal de Justiça de Mato Grosso	Obstrução – Autoincriminação – Direito ao silêncio	Não
0357961-83.2018.8.21.7000	Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul	Obstrução – Autoincriminação – Intimidação de testemunhas pelo aplicativo WhatsApp	Não
0009719-20.2011.8.26.0196	Tribunal de Justiça de São Paulo	Obstrução – Autoincriminação – Falso testemunho	Não

Numeração única do processo	Jurisdição	Palavras-chave	Foi utilizado para a construção de algum dos casos?
0717908-75.2019.8.07.0007	Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios	Obstrução – Autoincriminação – Busca e Apreensão – Aparelho Celular – Exclusão de dados	Sim
0624235-76.2019.8.06.0000	Tribunal de Justiça do Ceará	Expressões “obstrução” ou “autoincriminação” empregadas em sentido diverso ao objeto da pesquisa	Não
1518499-36.2022.8.26.0050	Tribunal de Justiça de São Paulo	Expressões “obstrução” ou “autoincriminação” empregadas em sentido diverso ao objeto da pesquisa	Não
1009514-79.2020.8.11.0000	Tribunal de Justiça de Mato Grosso	Obstrução – Autoincriminação – Direito ao silêncio	Não
1015146-57.2018.8.11.0000	Tribunal de Justiça de Mato Grosso	Obstrução – Autoincriminação – Intimidação de testemunhas – Exclusão de arquivos digitais	Não
0128905-54.2019.8.19.0001	Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro	Obstrução – Autoincriminação – Fuga no momento do flagrante	Não
0001447-77.2019.8.12.0800	Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul	Expressões “obstrução” ou “autoincriminação” empregadas em sentido diverso ao objeto da pesquisa	Não
1075563-82.2019.8.13.0000	Tribunal de Justiça de Minas Gerais	Expressões “obstrução” ou “autoincriminação” empregadas em sentido diverso ao objeto da pesquisa	Não
0037301-44.2021.8.19.0000	Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro	Expressões “obstrução” ou “autoincriminação” empregadas em sentido diverso ao objeto da pesquisa	Não
1075563-82.2019.8.13.0000	Tribunal de Justiça de Minas Gerais	Expressões “obstrução” ou “autoincriminação” empregadas em sentido diverso ao objeto da pesquisa	Não
0681250-56.2002.8.26.0577	Tribunal de Justiça de São Paulo	Obstrução – Autoincriminação – Direito ao silêncio	Não
0000209-05.2006.8.26.0116	Tribunal de Justiça de São Paulo	Obstrução – Autoincriminação – Direito ao silêncio	Não
0501266-20.2019.8.05.0022	Tribunal de Justiça da Bahia	Expressões “obstrução” ou “autoincriminação” empregadas em sentido diverso ao objeto da pesquisa	Não
0000111-05.2017.4.03.6002	Tribunal Regional Federal da 3ª Região	Expressões “obstrução” ou “autoincriminação” empregadas em sentido diverso ao objeto da pesquisa	Não
0000566-62.2017.8.15.0000	Tribunal de Justiça da Paraíba	Obstrução – Autoincriminação – Participação na reconstrução dos fatos	Não
1005048-42.2020.8.11.0000	Tribunal de Justiça de Mato Grosso	Expressões “obstrução” ou “autoincriminação” empregadas em sentido diverso ao objeto da pesquisa	Não
5024495-14.2022.8.24.0000	Tribunal de Justiça de Santa Catarina	Expressões “obstrução” ou “autoincriminação” empregadas em sentido diverso ao objeto da pesquisa	Não
0000547-19.2019.8.16.0110	Tribunal de Justiça de Paraná	Expressões “obstrução” ou “autoincriminação” empregadas em sentido diverso ao objeto da pesquisa	Não
5024491-74.2022.8.24.0000	Tribunal de Justiça de Santa Catarina	Expressões “obstrução” ou “autoincriminação” empregadas em sentido diverso ao objeto da pesquisa	Não
0007602-37.2023.8.19.0000	Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro	Expressões “obstrução” ou “autoincriminação” empregadas em sentido diverso ao objeto da pesquisa	Não

Numeração única do processo	Jurisdição	Palavras-chave	Foi utilizado para a construção de algum dos casos?
5005145-67.2021.8.24.0067	Tribunal de Justiça de Santa Catarina	Expressões “obstrução” ou “autoincriminação” empregadas em sentido diverso ao objeto da pesquisa	Não
0010149-13.2021.8.12.0001	Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul	Obstrução – Autoincriminação – Extravio de aparelho celular	Sim
0025978-33.2017.8.26.0050	Tribunal de Justiça de São Paulo	Expressões “obstrução” ou “autoincriminação” empregadas em sentido diverso ao objeto da pesquisa	Não
5049867-44.2018.4.04.7000	Tribunal Regional Federal da 4ª Região	Expressões “obstrução” ou “autoincriminação” empregadas em sentido diverso ao objeto da pesquisa	Não
0000111-05.2017.4.03.6002	Tribunal Regional Federal da 3ª Região	Expressões “obstrução” ou “autoincriminação” empregadas em sentido diverso ao objeto da pesquisa	Não
5025508-44.2019.4.04.0000	Tribunal Regional Federal da 4ª Região	Obstrução – Autoincriminação – Busca e Apreensão – Ocultação de aparelho celular	Sim
2033719-36.2023.8.26.0000	Tribunal de Justiça de São Paulo	Expressões “obstrução” ou “autoincriminação” empregadas em sentido diverso ao objeto da pesquisa	Não
5002518-25.2019.4.03.6002	Tribunal Regional Federal da 3ª Região	Expressões “obstrução” ou “autoincriminação” empregadas em sentido diverso ao objeto da pesquisa	Não
0003591-68.2018.8.07.0001	Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios	Obstrução – Autoincriminação – Intimidação de investigados e testemunhas	Não
0089019-80.2018.8.21.7000	Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul	Expressões “obstrução” ou “autoincriminação” empregadas em sentido diverso ao objeto da pesquisa	Não
5012884-38.2017.4.04.7208	Tribunal Regional Federal da 4ª Região	Obstrução – Autoincriminação – Prisão em Flagrante – Descarte de aparelho celular	Sim
5025508-44.2019.4.04.0000	Tribunal Regional Federal da 4ª Região	Obstrução – Autoincriminação – Busca e Apreensão – Ocultação de aparelho celular	Não
0075847-03.2020.8.21.7000	Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul	Expressões “obstrução” ou “autoincriminação” empregadas em sentido diverso ao objeto da pesquisa	Não
0096857-06.2020.8.21.7000	Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul	Expressões “obstrução” ou “autoincriminação” empregadas em sentido diverso ao objeto da pesquisa	Não
0002232-48.2015.8.16.0192	Tribunal de Justiça do Paraná	Obstrução – Autoincriminação – Acesso a Circuito Interno de Câmeras – Imagens Alteradas	Sim
2105753-09.2023.8.26.0000	Tribunal de Justiça de São Paulo	Expressões “obstrução” ou “autoincriminação” empregadas em sentido diverso ao objeto da pesquisa	Não
5006314-61.2020.4.04.7004	Tribunal Regional Federal da 4ª Região	Expressões “obstrução” ou “autoincriminação” empregadas em sentido diverso ao objeto da pesquisa	Não
5037403-94.2022.4.04.0000	Tribunal Regional Federal da 4ª Região	Obstrução – Autoincriminação – Intimidação de testemunhas	Não

Numeração única do processo	Jurisdição	Palavras-chave	Foi utilizado para a construção de algum dos casos?
5021013-88.2018.4.04.0000	Tribunal Regional Federal da 4ª Região	Expressões “obstrução” ou “autoincriminação” empregadas em sentido diverso ao objeto da pesquisa	Não
0007226-58.2015.8.16.0083	Tribunal de Justiça do Paraná	Expressões “obstrução” ou “autoincriminação” empregadas em sentido diverso ao objeto da pesquisa	Não
0812821-60.2019.4.05.0000	Tribunal Regional Federal da 5ª Região	Obstrução – Autoincriminação – Intimidação de testemunhas	Não
1043047-75.2019.4.01.0000	Tribunal Regional Federal da 1ª Região	Expressões “obstrução” ou “autoincriminação” empregadas em sentido diverso ao objeto da pesquisa	Não
5021662-41.2022.4.03.0000	Tribunal Regional Federal da 3ª Região	Expressões “obstrução” ou “autoincriminação” empregadas em sentido diverso ao objeto da pesquisa	Não
5021807-97.2022.4.03.0000	Tribunal Regional Federal da 3ª Região	Expressões “obstrução” ou “autoincriminação” empregadas em sentido diverso ao objeto da pesquisa	Não
1043047-75.2019.4.01.0000	Tribunal Regional Federal da 1ª Região	Expressões “obstrução” ou “autoincriminação” empregadas em sentido diverso ao objeto da pesquisa	Não
0461708-54.2015.8.21.7000	Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul	Expressões “obstrução” ou “autoincriminação” empregadas em sentido diverso ao objeto da pesquisa	Não
5003757-12.2019.4.03.6181	Tribunal Regional Federal da 3ª Região	Obstrução – Autoincriminação – Direito ao silêncio – Intimidação de testemunhas	Não
0037408-88.2018.8.21.7000	Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul	Obstrução – Autoincriminação – Acesso a informações próprias do exercício da função	Sim
0145961-67.2015.8.11.0000	Tribunal de Justiça de Mato Grosso	Expressões “obstrução” ou “autoincriminação” empregadas em sentido diverso ao objeto da pesquisa	Não
0006718-48.2017.8.07.0001	Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios	Obstrução – Autoincriminação – Ocultação de veículo automotor	Não
0000937-35.2012.8.03.0000	Tribunal de Justiça do Amapá	Expressões “obstrução” ou “autoincriminação” empregadas em sentido diverso ao objeto da pesquisa	Não
5000053-70.2022.4.04.7017	Tribunal Regional Federal da 4ª Região	Expressões “obstrução” ou “autoincriminação” empregadas em sentido diverso ao objeto da pesquisa	Não
0002624-15.2014.4.03.6110	Tribunal Regional Federal da 3ª Região	Expressões “obstrução” ou “autoincriminação” empregadas em sentido diverso ao objeto da pesquisa	Não