

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO – UFMA  
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO  
MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO E INSTITUIÇÕES DO SISTEMA DE JUSTIÇA

**DAVID FARIAS DE ARAGÃO**

**CRIMES CIBERNÉTICOS NA PÓS-MODERNIDADE:** Direitos fundamentais e a  
efetividade da investigação criminal de fraudes bancárias eletrônicas no Brasil

SÃO LUÍS

2015

**DAVID FARIAS DE ARAGÃO**

**CRIMES CIBERNÉTICOS NA PÓS-MODERNIDADE: Direitos fundamentais e a efetividade da investigação criminal de fraudes bancárias eletrônicas no Brasil**

Dissertação apresentada ao curso de Mestrado Acadêmico em Direito e Instituições do Sistema de Justiça da Universidade Federal do Maranhão – UFMA, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientadora: Prof<sup>ª</sup>. Dra. Márcia Haydée Porto de Carvalho.

SÃO LUÍS

2015

Aragão, David Farias de.

Crimes cibernéticos na pós-modernidade: direitos fundamentais e a efetividade da investigação criminal de fraudes bancárias eletrônicas no Brasil / David Farias de Aragão. – São Luís, 2015.

115 f.

Orientador: Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Márcia Haydée Porto de Carvalho.

Dissertação (Mestrado em Direito e Instituições do Sistema de Justiça) – Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade Federal do Maranhão, 2015.

1. Pós-modernidade. 2. Investigação Criminal. 3. Direitos fundamentais. 4. Brasil – Crimes cibernéticos. I. Título.

CDU 343.4 (81)

**DAVID FARIAS DE ARAGÃO**

**CRIMES CIBERNÉTICOS NA PÓS-MODERNIDADE: Direitos fundamentais e a  
efetividade da investigação criminal de fraudes bancárias eletrônicas no Brasil**

Dissertação apresentada ao curso de Mestrado Acadêmico em Direito e Instituições do Sistema de Justiça da Universidade Federal do Maranhão – UFMA, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Aprovada em \_\_\_/\_\_\_/\_\_\_\_\_

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof<sup>ª</sup>. Dra. Márcia Haydée Porto de Carvalho (Orientadora)  
Universidade Federal do Maranhão – UFMA

---

Prof<sup>º</sup>. Dr. Cassius Guimarães Chai  
Universidade Federal do Maranhão – UFMA

---

Prof<sup>º</sup>. Dr. Guilherme Cunha Werner  
Universidade de São Paulo - USP

## **AGRADECIMENTOS**

À minha família, em especial à minha filha Laura e à minha esposa Mônica, pela compreensão em relação ao tempo que tive que me ausentar do convívio familiar para me dedicar aos afazeres vinculados ao Mestrado e aos meus pais pelo eterno apoio e incentivo às minhas atividades acadêmicas e profissionais.

Aos professores do Mestrado em Direito e Instituições do Sistema de Justiça da Universidade Federal do Maranhão, em especial à minha orientadora, Professora Doutora Márcia Haydée Porto de Carvalho, que com sua vasta experiência na área acadêmica direcionou com sagacidade as pesquisas que culminaram nesta dissertação.

Aos amigos em geral e aos colegas das primeiras turmas do Mestrado em Direito e Instituições do Sistema de Justiça, pela experiência compartilhada.

Dedico este trabalho à minha querida esposa Mônica, sempre companheira e entusiasta de tudo aquilo que procuro desempenhar em minha vida.

*“A arte de interrogar não é tão fácil como se pensa. É mais uma arte de mestres do que de discípulos; é preciso ter aprendido muitas coisas para saber perguntar o que não se sabe.”*

Jean-Jacques Rousseau

## RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a investigação criminal de ilícitos praticados no espaço cibernético levando em consideração o contexto da pós-modernidade, mormente a sociedade do risco e da informação e seus reflexos sobre o Direito Penal e Processual Penal, onde predomina uma forte sensação de insegurança experimentada pela sociedade em face da falta de controle dos perigos decorrentes dos avanços sociais e tecnológicos e das novas condutas lesivas ao convívio da coletividade. Busca-se traçar o paradigma constitucional para o desenvolvimento válido da investigação criminal de sorte a compatibilizar o binômio garantismo e eficiência no exercício dessa atividade estatal, utilizando-se da técnica do balanceamento para permitir a coexistência dos direitos fundamentais à liberdade e à privacidade em face do dever do Estado de promover a segurança pública. A atuação em rede para prática de crimes em ambiente virtual trouxe grandes dificuldades para demonstrar em juízo a materialização de ilícitos e atribuir responsabilidades em âmbito criminal, sendo necessária a utilização de técnicas investigativas especiais que por vezes se chocam com direitos fundamentais. Após o exame de algumas dessas técnicas especiais de apuração que estão sendo aplicadas pela Polícia Judiciária da União para os casos relativos às fraudes bancárias eletrônicas, verificou-se quais podem ser empregadas sem autorização judicial e quais apenas com a reserva de jurisdição para que se defina no caso concreto a possibilidade de relativização de direito fundamental do investigado.

**Palavras-chave:** Pós-modernidade. Investigação Criminal. Direitos Fundamentais. Eficiência. Crimes Cibernéticos. Fraudes Bancárias Eletrônicas.

## ABSTRACT

This study analyzes the criminal investigation of illicit committed in cyberspace, taking into account the context of post-modernity, especially the risk and information society and its impact on the Criminal Law and Criminal Procedure Law, where a strong sense of insecurity experienced in the face of the lack of control of dangers coming from social and technological advances and new conducts that endangers life in community. The aim is to trace the constitutional paradigm to develop a valid criminal investigation in order to reconcile the binomial warranty and efficiency in the exercise of this state activity, using the balancing technique to allow the coexistence of fundamental rights to liberty and the States duty to promote public safety. The network action for illicit behavior in a virtual environment has brought great difficulties to materialize it before the courts and assign responsibility in criminal context, requiring the use of special investigative techniques that sometimes clashes with fundamental rights. After the examination of some of these special investigation techniques that are being applied by the Union's Judicial Police in cases relating to electronic bank fraud, it was found which of those can be applied without preliminary judicial authorization or only after jurisdictional analysis to define in a concrete case the possibility of balancing the investigated person's fundamental right, in particular privacy, and others related to.

**Keywords:** Post-modernism. Criminal Investigation. Fundamental Rights. Efficiency. Cybercrime. Electronic Bank fraud.

## SUMÁRIO

Introdução	1
1. Sociedade pós-moderna: risco, informação, crime e segurança	4
1.1 Sociedade de risco	5
1.2 Sociedade da informação	9
1.3 Reflexos da sociedade informacional do risco sobre o sistema penal	15
2. Paradigma constitucional para o desenvolvimento válido da investigação criminal	28
2.1 Modelo garantista penal e limites ao poder de investigar	28
2.2 A eficiência da investigação criminal como meio de promoção de segurança pública	34
2.3 A possibilidade de relativização de direitos fundamentais do investigado	47
2.3.1 Direito à privacidade	51
2.3.2 Sigilo de dados, inviolabilidade do domicílio e das comunicações	54
2.3.3 Privacidade e investigação criminal nos Estados Unidos da América	56
3. A investigação criminal das fraudes bancárias eletrônicas	60
3.1 Crimes cibernéticos	60
3.2 A fraude bancária eletrônica	66
3.2.1 Conceito e atuação da Polícia Federal	66
3.2.2 Tipificação penal	68
3.2.3 Organizações criminosas	74
3.2.4 Fixação de competência para investigação e processamento	79
3.3 Principais técnicas investigativas utilizadas	82
3.3.1 Acesso a dados cadastrais e pesquisas de fontes abertas	83
3.3.2 Acesso a dados armazenados nas nuvens	85
3.3.3 Busca domiciliar	89
3.3.4 Interceptação telefônica e telemática	93
Conclusão	98
Referências	106

## INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como área de concentração o Direito Penal, Processual Penal e Constitucional. Segue a linha de pesquisa Direito e Instituições do Sistema de Justiça, com foco no Sistema de Justiça Criminal e apresenta como tema os crimes cibernéticos na pós-modernidade.

Dentro desse universo, o tema encontra-se delimitado, recortado, para a observação da efetividade das investigações criminais relativas às fraudes bancárias eletrônicas, espécie de crime cibernético, promovidas pela Polícia Judiciária da União, bem como seus reflexos sobre os direitos fundamentais do investigado.

A formulação do problema passa pelo seguinte questionamento: os meios de coleta de elementos probatórios utilizados durante a investigação criminal permitem demonstrar a ocorrência e a autoria de ato ilícito praticado no espaço cibernético e estão em consonância com os ditames constitucionais brasileiros de proteção e promoção dos direitos fundamentais?

Trabalha-se a hipótese de que as técnicas de investigação existentes são eficazes para apontar a autoria e materialidade de infrações penais, mesmo que praticadas no espaço cibernético, mas que é preciso cautela no seu emprego para compatibilizar o exercício da atividade investigativa estatal com o modelo constitucional vigente. A observância dos direitos e garantias fundamentais, bem como das regras processuais, durante a coleta das evidências de um crime é imprescindível para que o resultado das apurações tenha serventia durante o processo criminal.

Leva-se em consideração o contexto da pós-modernidade<sup>1</sup>, caracterizada pela a sociedade do risco e em rede, onde a falta de controle dos perigos decorrentes dos avanços sociais e tecnológicos e das novas condutas lesivas ao convívio da coletividade gera uma forte sensação de insegurança com efeitos diretos sobre o Direito Penal e Processual Penal.

O objetivo da pesquisa é estudar a investigação criminal de ilícitos praticados no espaço cibernético, analisando as práticas de apuração que estão sendo aplicadas pela Polícia Judiciária da União para os casos relativos às fraudes bancárias eletrônicas e sua adequação

---

<sup>1</sup> Não existe um conceito único e preciso do que seria pós-modernidade, mas o fato é que os parâmetros do projeto moderno que rompeu com a tradição herdada do período medieval e que teve seu auge com a Revolução Industrial não se adequa à realidade em que a sociedade contemporânea se encontra inserida. Para diferenciar os dois momentos (modernidade e contemporaneidade), Bauman (2003) utilizou a expressão modernidade sólida em contraposição à modernidade líquida, enquanto Beck (1998) distinguiu a modernidade tradicional da modernidade reflexiva. Optou-se pelo termo pós-modernidade por ser mais abrangente.

ao paradigma constitucional/garantista do Estado Democrático de Direito.

Estudo sobre a globalização do crime publicado pelo *United Nations Office on Drugs and Crime* (UNODC, 2010), escritório da Organização das Nações Unidas, revelou no capítulo destinado aos crimes cibernéticos que a cada ano mais de 1.500.000 (um milhão e quinhentas mil) de pessoas são vítimas de furto de identidade, gerando perdas anuais estimadas de cerca de U\$1.000.000.000,00 (um bilhão de dólares). Além disso, o estudo também demonstrou que 32% das informações que são negociadas no mercado negro da *internet* se referem a dados de cartões bancários e 19% são relativas a informações de contas bancárias, o que significa que 51% de todas as informações negociadas neste submundo em escala mundial poderão ser potencialmente usadas para a prática de fraudes bancárias eletrônicas.

Para acompanhar a evolução da criminalidade no campo tecnológico, é preciso que os órgãos que trabalham na persecução criminal busquem medidas inovadoras para atuar com eficiência na proteção de bens jurídicos não só no espaço físico, mas também no espaço cibernético, onde as pessoas passam a se relacionar cada vez mais.

Contudo, alguns julgamentos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça invalidaram investigações policiais que duraram anos por considerar que houve violação a direito fundamental dos investigados<sup>2</sup>. Em que pese a casuística de algumas dessas decisões, a visão garantista do exercício da pretensão punitiva deve ser princípio orientador de todos os entes envolvidos na persecução penal, desde as instituições policiais até as mais altas cortes. A relevância da presente pesquisa se fundamenta na necessidade de se verificar a adequação jurídica da condução da fase investigativa das fraudes bancárias eletrônicas aos paradigmas constitucionais de proteção e promoção dos direitos fundamentais.

O trabalho se inicia pela análise da repercussão das novas formas de interação social na pós-modernidade, caracterizando a sociedade de risco e da informação, bem como seus efeitos sobre o sistema de justiça criminal.

Em seguida, estabelece-se o paradigma constitucional para o desenvolvimento válido da atividade de investigação criminal, que deve ter em mente o prisma garantista do exercício da pretensão punitiva, limitando a atuação estatal em relação aos direitos dos

---

<sup>2</sup> Cite-se como exemplo o julgamento do Habeas Corpus nº 137.349/SP e 159.159/SP referentes à Operação Castelo de Areia onde ficou estabelecido que denúncias anônimas não podem servir de base exclusiva para que a Justiça autorize a quebra de sigilo de dados de qualquer espécie, bem como do Habeas Corpus nº 191.378/DF referente à Operação Boi Barrica, posteriormente denominada de Operação Faktor, quando se entendeu que o Relatório de Informações Fiscais (RIF) emanado do Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF) não é documento hábil para lastrear quebra de sigilo bancário e fiscal. Todos disponíveis em <www.stj.jus.br>. Acesso em 07 mar 2015.

investigados, sem olvidar do direito da coletividade à segurança pública e quando será possível a relativização dos direitos fundamentais do investigado. É feita, ainda, uma breve análise dos limites da investigação criminal em face do direito à privacidade no direito norte-americano.

Após, estudam-se os crimes cibernéticos em geral, para então voltar o olhar mais específico às fraudes bancárias eletrônicas, sua conceituação, a atuação da Polícia Federal nas investigações sobre o tema e as questões processuais relativas a algumas das principais técnicas investigativas empregadas.

## **1. SOCIEDADE PÓS-MODERNA: RISCO, INFORMAÇÃO, CRIME E SEGURANÇA**

A Revolução Industrial promoveu profundas mudanças nos meios de produção com a substituição de ferramentas manuais por máquinas, na primeira fase, e com o uso da eletricidade na segunda fase, alterando as relações sociais e de poder nos séculos XVIII e XIX. A sociedade formada nesse contexto tinha uma forte crença na ciência e um apreço ao progresso por ela promovido, sem que houvesse uma preocupação maior com os problemas que poderiam fugir ao seu controle, decorrentes dos próprios avanços científicos e das decisões que precisavam ser tomadas a partir desses avanços. Esse primeiro processo de modernização, chamado de tradicional, foi fruto da industrialização e construção da sociedade de massas e estava centrado em instituições como a família, o trabalho e as classes.

A sociedade moderna pode ser analisada em face do desenvolvimento das questões dadas da realidade, como as relativas a transportes, comunicações, engenharia ou medicina. Brüsecke (2001, p.30) afirma que

A sociedade industrial caracterizada pela sua capacidade de gerar riquezas e distribuí-las desigualmente, em uma proporção até então desconhecida, ganha, na perspectiva de Beck, uma outra dimensão: ela deixa de ser exclusivamente uma sociedade baseada no princípio da escassez e torna-se uma sociedade cada vez mais saturada, mais cheia de imponderáveis e feitos não previsíveis.

As inquietações geradas durante a modernidade levaram a um segundo momento vivenciado hoje, onde as próprias certezas científicas passaram a ser problematizadas por se mostrarem falíveis nos exatos limites do desenvolvimento. Para se referir ao tempo presente, o sociólogo alemão Ulrich Beck (1998, p. 203) diferencia o que classifica modernização tradicional (modernidade) em face da modernização reflexiva (pós-modernidade):

De acuerdo con la distinción entre modernización de la tradición y modernización de la sociedad industrial, podemos diferenciar dos constelaciones en relación a la ciencia, la práctica y la vida pública, que son la científicación simple y reflexiva. En primer lugar, ocurre que se aplica la ciencia al mundo dado de la naturaleza, del hombre e de la sociedad; en la fase reflexiva, las ciencias ya están enfrentadas a sus propios productos,

defectos, problemas inducidos, aunque también se encuentran ante una segunda creación civilizatoria.

A chamada pós-modernidade aparece como uma espécie de renascimento dos ideais banidos e cassados pela nossa modernidade racionalizadora. Esta modernidade teria terminado a partir do momento em que não se pode mais falar da história como algo unitário e quando morre o mito do progresso. É a emergência desses ideais que seria responsável por toda uma onda de comportamentos e de atitudes irracionais e desencantados em relação à política e pelo crescimento do ceticismo face aos valores fundamentais da modernidade (VATTIMO, 2004).

Nesta primeira parte do presente estudo, pretende-se analisar o atual arranjo social caracterizado pelo risco, pela informação e atuação em rede, bem como seus efeitos sobre o sistema de justiça criminal.

## **1.1 Sociedade de risco**

A mudança do discurso linear da racionalidade moderna tradicional para o discurso reflexivo da pós-modernidade aponta para uma pluralidade de riscos, complexidade e insegurança nas relações sociais, econômicas e culturais, razão pela qual esse novo arranjo social foi denominado de sociedade de risco.

O extraordinário desenvolvimento da técnica tem repercussões diretamente no incremento do bem-estar individual. Contudo, não se deve ignorar suas consequências negativas. Dentre elas, o risco de procedência humana como fenômeno social estrutural. Boa parte das ameaças a que os cidadãos estão expostos provêm de decisões que outros cidadãos adotam no manejo dos avanços tecnológicos: riscos para o meio ambiente, para os consumidores, dentre outros (SÁNCHEZ, 2002, p. 22).

A etimologia do termo risco remete à situação de perigo ou de possibilidade de perigo. O risco não faz parte da condição existencial do homem, nem tampouco está inserido em uma categoria ontológica da sociedade moderna. Na verdade, o risco é *“uma modalidade de relação com o futuro: é uma forma de determinação das indeterminações segundo a diferença de probabilidade/improbabilidade”* (De GIORGI, 1998, p.197). Os riscos sempre existiram nas diversas sociedades, mas na atual foram potencializados pela convivência em massa e o avanço tecnológico, passando a ser uma necessidade refletir sobre eles.

O risco *“é a dinâmica mobilizadora de uma sociedade propensa a mudança, que*

*deseja determinar seu próprio futuro em vez de confiá-lo à religião, à tradição ou aos caprichos da natureza* (GIDDENS, 2002, p.34). Esse risco é fabricado, pois seria “*criado pelo próprio impacto de nosso crescente conhecimento do mundo*”. (GIDDENS, 2002, p.34).

Gloeckner (2009, p. 111), agrupa as teorias que tratam da sociedade do risco em quatro modelos:

- a) Um primeiro de caráter institucional, desenvolvido por Ulrich Beck, coloca a estrutura de classes e a família como em decomposição, reforçando a ideia de subpolítica, bem como a ciência e a tecnologia. Entende-se que a preocupação maior de Beck diz respeito à ciência e à política, com os riscos provindos da ruptura entre modernização industrial e reflexiva, como demonstrado acima;
- b) Uma segunda abordagem apresenta caráter sistêmico, capitaneada por Niklas Luhmann, problematizando a hiperdiferenciação dos sistemas sociais, principalmente o carregamento do direito e da política<sup>3</sup>;
- c) O terceiro enfoque, chamado fenomenológico, por sua vez, propõe uma nova subjetividade, com o advento da insegurança ontológica e a desconfiança nos sistemas abstratos, provocando uma reflexividade ou circularidade do conhecimento social. Esta visão é defendida por Anthony Giddens<sup>4</sup>;
- d) Por fim, haveria ainda o enfoque semiótico sustentado por Lipovetsky que destaca o hiperindividualismo democrático e o narcisismo, constituindo um vazio social e comunicativo, onde o meio passa a ser a mensagem, uma verdadeira *moral a la carte*<sup>5</sup>.

Todas essas abordagens são importantes para este estudo, mas será analisada em mais detalhes a abordagem de Beck (1998), em razão da sua maior difusão no meio acadêmico. Beck defende que os riscos na sociedade pós-moderna são diferentes daqueles de tempos anteriores. Em primeiro lugar, esses riscos são imperceptíveis e suas consequências são incertas. Como exemplo, cita os riscos das toxinas que são adicionadas à alimentação, a poluição do ar e da água, bem como a utilização de substâncias radioativas que fazem parte da nossa realidade. Geralmente esses riscos são maiores que a percepção do homem comum e, além disso, as suas consequências não podem ser avaliadas através de métodos de cálculo tradicionais.

---

<sup>3</sup> Conferir Luhmann (1993) e Chai (2007, cap. II).

<sup>4</sup> Conferir Giddens (2002).

<sup>5</sup> Para aprofundamento, conferir LIPOVETSKY, Gilles. Os tempos hipermodernos. Trad. Mário Vilela. São Paulo: Barcarrola, 2004.

Em segundo lugar, esses riscos geralmente aparecem em sua plenitude. Enquanto os riscos da sociedade tradicional usualmente são provenientes de alguns grupos de pessoas ou grupos sociais particulares e muitos foram capazes de preveni-los ou remediá-los com base em suas razões individuais, os riscos da nova sociedade são decorrentes da mutação do processo de desenvolvimento interno dessa sociedade, impondo-se à humanidade como um todo.

Seria o que Lopes Júnior (2004b, p. 50-51) chama de *risco exógeno*, ao analisar os estudos de Beck, caracterizando-os nos seguintes termos:

as sociedades humanas sempre correram riscos, mas eram riscos e azares conhecidos, cuja ocorrência podia ser prevista e cuja probabilidade, calculada. Os riscos das sociedades industriais eram importantes em nível local e frequentemente devastadores em nível pessoal, mas seus efeitos eram limitados em termos espaciais, pois não ameaçavam sociedades inteiras. Atualmente, as novas ameaças ultrapassam limites espaciais e sociais e também excedem limites temporais, pois são irreversíveis e seus efeitos (toxinas) no corpo humano e no ecossistema vão se acumulando. Os perigos ecológicos de um acidente nuclear em grande escala, pela liberação de químicos ou pela alteração e manipulação da composição genética da flora e fauna (transgênicos), colocam em risco o próprio planeta. Existe um risco real de autodestruição.

Assim, percebe-se que os riscos na sociedade pós-moderna são globais e ilimitados por fronteiras nacionais, demandando respostas institucionalizadas da comunidade como um todo para serem prevenidos e controlados. Estão associados ao processo social de industrialização, misturados com questões políticas, culturais, econômicas e ecológicas, direcionados a perigos originados no atual sistema de civilização e nos avanços tecnológicos.

Beck argumenta, ainda, que os riscos estão diretamente ligados à lógica da distribuição de riquezas. Nas sociedades desenvolvidas, os riscos se apresentam conforme a evolução do processo industrial, como no caso dos riscos nucleares. Por outro lado, nas sociedades menos desenvolvidas, os riscos estão ligados a situações sociais de ameaça. No caso do Brasil, por ser um país de dimensões continentais e com elevado grau de desigualdade na distribuição de riquezas, verifica-se tanto um contexto de ameaças típicas de países desenvolvidos quanto perigos sociais próprios de países em desenvolvimento e essa

pluralidade de riscos tem efeitos sobre o nosso sistema jurídico (LIRA, 2013, p.77).

A previsibilidade que fundamentava os contratos de seguro e permitiam sua monetarização já não é mais uma característica do atual arranjo social. O ideal de segurança que era tão caro à modernidade cai por terra quando toma lugar o pensamento reflexivo que concluiu que os riscos podem ser imprevisíveis e incontroláveis, independente da evolução da ciência, a qual, ao invés de remediá-los, pode é potencializá-los.

Os estudos de Beck seriam verdadeiras vistorias às bases institucionais dos medos e paradoxos das sociedades modernas, as quais não correspondem mais às descrições sociológicas clássicas. Beck parte da seguinte indagação: Se a modernidade é um comboio descontrolado, que podem fazer os passageiros? Golblatt (1996, p.228) responde, dizendo que:

temos de viver constantemente perante a ameaça conhecida de catástrofes, mas incapazes de reduzir a sua probabilidade; onde sabemos quem são os perpetradores, mas não podendo obrigá-los a vir a público; sabemos quais são os problemas, mas deixando escorregar as provas pelos dedos.

Os indivíduos experimentam com maior intensidade o risco na dimensão subjetiva, provavelmente em razão da forma de atuação dos meios de comunicação que transmitem imagens da realidade fazendo com que o receptor tenha a ilusão de que o que lhe é apresentado está muito próximo de si, gerando percepções inexatas da realidade por um lado e, por outro, um sentimento de impotência. Ademais, a reiteração e a dramatização dos fatos levam à falsa impressão de multiplicação dos ilícitos e catástrofes, gerando uma segurança subjetiva maior do que o nível de risco objetivo. Não se diz aqui que o sentimento de medo da população seja mera decorrência da atuação da mídia. Esta apenas reforça o medo já existente derivado, entre outros fatores, de uma crescente desorientação pessoal pela perda de referências valorativas objetivas e até da experiência do mal como elemento de nossa existência a partir da destruição e das guerras do século XX (PEREIRA, 2010, p.291).

Devido à complexidade das relações sociais e dos perigos que dela derivam, tanto quantitativamente quanto qualitativamente, assim como também devido a uma simultânea minguada capacidade do membro individual da sociedade de estimar corretamente os riscos que estão necessariamente agregados ao comportamento humano, domina na sociedade uma ampla insegurança e uma crescente necessidade de reasseguramento normativo (ARANA, 2010, p. 1049).

Apesar do desenvolvimento humano ter levado à capacidade de detecção de riscos advindos dos avanços tecnológicos, tornando as pessoas capazes de perceber e evitar riscos desnecessários, essa sensação de transitar em um bonde desgovernado desacredita as instituições responsáveis pelo desempenho das atividades estatais, dentre elas as que fazem parte do sistema de justiça criminal, uma das principais funções do Estado, e gera uma demanda por respostas sempre urgentes, mas algumas vezes equivocadas e apenas no campo normativo, sem qualquer efeito prático.

Conforme pontua Lopes Júnior (2004a, p.142-143):

O mito do Estado Segurança cai por terra quando se verifica a fragilidade de seus postulados. BECK justifica o estado de insegurança, sustentando que “a dimensão dos riscos que enfrentamos é tal, e os meios pelos quais tentamos lutar contra eles, a nível político e institucional são tão deploráveis, que a fina capa de tranquilidade e normalidade é constantemente quebrada pela realidade bem dura de perigos e ameaças inevitáveis”.

Os reflexos da sociedade de risco sobre o sistema de justiça criminal serão avaliados mais à frente. Antes disso, será analisada outra particularidade da sociedade pós-moderna, também decorrente dos avanços tecnológicos e o amplo acesso à informação e à comunicação por eles promovidos.

## **1.2 Sociedade da informação**

O final do século XX e o início do século XXI estão sendo caracterizados por outra revolução, a tecnológica, marcada não apenas pela centralidade de conhecimentos e informação, mas pela aplicação desses conhecimentos e dessa informação para a geração de outros conhecimentos e dispositivos de processamento e comunicação da informação, em um ciclo de realização cumulativa entre inovação e o seu uso. Pela primeira vez na história, a mente humana é força direta de produção, não apenas um elemento decisivo no sistema produtivo (CASTELLS, 1999, p. 69).

A busca por conhecimentos e informação tão presente na nova estrutura social fruto desta revolução ignora barreiras físicas e ultrapassa fronteiras, além de trazer uma série de comodidades e novos serviços para as pessoas. Computadores pessoais, telefones portáteis, livros eletrônicos, comércio eletrônico, estudo à distância, transações bancárias eletrônicas e

demais serviços *on-line*, são algumas das muitas facilidades decorrentes do desenvolvimento dos conhecimentos humanos.

De acordo com Castells (1999, p.566-567) a convergência da evolução social e das tecnologias da informação criou uma nova base material para o desempenho de atividades em toda a estrutura social. Essa base material é construída em redes e define os processos sociais predominantes, conseqüentemente dando forma à própria estrutura social. Rede é um conjunto de nós interconectados. São estruturas abertas capazes de expandir de forma ilimitada, integrando novos nós desde que consigam se comunicar dentro da rede, através do compartilhamento do mesmo código de comunicação. Os nós dependem do caso concreto. Podem ser mercados de bolsas de valores e suas centrais de serviços auxiliares avançados na rede dos fluxos financeiros globais. Podem ser os campos de coca, laboratórios clandestinos, pistas de pouso secretas e chefes de bocas de fumo que integram uma rede de tráfico de drogas.

As noções de espaço público e privado agora devem incluir também o espaço cibernético, chamado igualmente de ciberespaço<sup>6</sup>, que consiste no espaço não físico criado por redes de computadores, nomeadamente a *internet*, onde as pessoas podem comunicar de diferentes maneiras, por exemplo, através de mensagens eletrônicas, em salas de conversa ou em grupos de discussão. O termo foi criado por William Gibson no seu romance "Neuromancer" (APDSI, 2011, p.25).

A rede mundial de computadores teve sua origem em um ousado projeto militar norte-americano ainda na década de 60, elaborado pela Agência de Projetos Especiais de Pesquisa Avançada do Departamento de Defesa dos Estados Unidos (DARPA), que tinha o objetivo de proteger as comunicações do país em caso de ataque soviético. Era o auge da guerra fria e já se tinha percebido que havia um novo bem estratégico a ser tutelado, os ativos de informação. Informa Castells (1999, p. 44) que:

De certa forma, foi o equivalente eletrônico das táticas maoístas de dispersão das forças de guerrilhas, por um vasto território, para enfrentar o poder de um inimigo versátil e conhecedor do terreno. O resultado foi uma arquitetura de rede que, como queria seus inventores, não pode ser controlada a partir de nenhum centro e é composta por milhares de redes de computadores

---

<sup>6</sup> Fiorillo e Conte (2013, p. 17) chamam esse novo espaço de relacionamento social como "*meio ambiente digital*" e defendem que sua tutela jurídica está intrinsecamente relacionada ao conceito de meio ambiente cultural previsto no artigo 216 da Constituição Federal.

autônomos com inúmeras maneiras de conexão, contornando barreiras eletrônicas. Em última análise, a ARPANET, rede estabelecida pelo Departamento de Defesa dos EUA, tornou-se a base de uma rede de comunicação horizontal global composta por milhares de computadores.

Após a criação da ARPANET, já durante a década de 70, com a ajuda de cientistas, houve o aprimoramento da rede e sua disponibilização para as universidades. Na década de 80, preocupado com possíveis falhas de segurança, o Departamento de Defesa norte-americano dividiu a rede e criou a MILNET para fins exclusivamente militares, permitindo a exploração mais livre da ARPANET. Das fases seguintes de evolução é importante ressaltar a especificação do protocolo de transmissão TCP/IP<sup>7</sup>, por Vinton Cerf e Bob Kahn, que permitiu a padronização dos códigos para comunicação entre os computadores e sua interconectividade, independentemente de seu fabricante.

Até então, a rede era apenas um canal de trocas de informação notadamente escritas, com a troca apenas de arquivos e programas simples. Deve-se a Tim Berners-Lee, um cientista inglês vinculado à *European Organization for Nuclear Research* (Organização Europeia para Pesquisa Nuclear) situada na Suíça, o desenvolvimento de um complexo sistema de documentos interligados (hipertextos) que misturavam texto, imagens, som e mídia, interligados por meio da internet através de links (ligações) que poderiam ser acionadas levando o usuário a trafegar por diversos ambientes e plataformas diferentes, num espaço visual mais rico e amigável. Essa tecnologia foi lançada em 1992 e foi a responsável pela popularização da *internet*, recebendo o nome de *world wide web* ou apenas “www” (SYDOW, 2013, p.31).

No Brasil, a Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP) foi pioneira na conexão internacional a outras redes de computadores, quando no ano de 1989, interligou-se com o laboratório de física e altas energias da cidade de Batavia, Illinois, nos Estados Unidos. Essa conexão se dava por meio de linha telefônica fixa, ponto a ponto, sem necessidade de discagem, já que na época não existia infraestrutura de fibra óptica ligando os dois países. Essa rede americana era chamada BITNET<sup>8</sup>, uma das redes precursoras da *internet*, enquanto a rede brasileira ficou conhecida pela sigla ANSP<sup>9</sup> (OLIVEIRA, 2011).

A partir dessa rede foi criada a Rede Nacional de Ensino e Pesquisa (RNP),

---

<sup>7</sup> Transmission Control Protocol (Protocolo de Controle de Transmissão)/Internet Protocol (Protocolo de Internet)

<sup>8</sup> Because It's Time Network

<sup>9</sup> Academic Network at São Paulo

vinculada ao Ministério da Ciência e Tecnologia, que interligou algumas entidades de pesquisa brasileiras. Contudo, apenas no ano de 1995 o Ministério da Ciência e Tecnologia permitiu o uso comercial da rede para além das academias.

Nesse mesmo ano, foi criado o Comitê Gestor da Internet (CGI) por meio da Portaria Interministerial nº 147 de 31 de maio de 1995<sup>10</sup>, órgão responsável pela governança da *internet* no país ao qual foram conferidas as seguintes atribuições: I - acompanhar a disponibilização de serviços Internet no país; II - estabelecer recomendações relativas a: estratégia de implantação e interconexão de redes, análise e seleção de opções tecnológicas, e papéis funcionais de empresas, instituições de educação, pesquisa e desenvolvimento (IEPD); III - emitir parecer sobre a aplicabilidade de tarifa especial de telecomunicações nos circuitos por linha dedicada, solicitados por IEPDs qualificados; IV - recomendar padrões, procedimentos técnicos e operacionais e código de ética de uso, para todos os serviços Internet no Brasil; V - coordenar a atribuição de endereços IP (*Internet Protocol*) e o registro de nomes de domínios; VI - recomendar procedimentos operacionais de gerência de redes; VII - coletar, organizar e disseminar informações sobre o serviço Internet no Brasil.

Interessante pontuar que, ainda segundo Portaria Interministerial nº 147/1995, o CGI tem gestão compartilhada quadripartite, com representantes do governo, academia, empresariado e usuários, com a seguinte composição inicial: um representante do Ministério da Ciência e Tecnologia, que o coordenará; um representante do Ministério das Comunicações; um representante do Sistema Telebrás; um representante do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico - CNPq; um representante da Rede Nacional de Pesquisa; um representante da comunidade acadêmica; um representante de provedores de serviços; um representante da comunidade empresarial; e um representante da comunidade de usuários do serviço Internet.

Desde o ano de 2011, tramitava no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 2.126/2011, denominado de Marco Civil da Internet, que tinha como ambição se tornar a verdadeira Constituição da *internet* no Brasil, estabelecendo princípios, garantias, direitos e deveres para o seu uso.

Com as revelações feitas por Edward Snowden<sup>11</sup> sobre os excessos de espionagem na internet promovida pela a Agência Nacional de Segurança (NSA) dos Estados Unidos, com

---

<sup>10</sup> Disponível em <[www.cgi.br/portaria/numero/147](http://www.cgi.br/portaria/numero/147)>. Acesso em 05 nov 2014.

<sup>11</sup> “Carta Aberta ao Povo do Brasil” publicada no Jornal Folha de São Paulo, disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/mundo/2013/12/1386291-leia-integra-da-carta-de-snowden-ao-brasil.shtml>> Acesso em 04 Jun 2014.

possível anuência dos grandes provedores de serviços na rede mundial de computadores que estão sediados no mencionado país e são muito utilizados por usuários brasileiros, tanto que muitas dessas empresas têm filiais em nosso país, como a Google, Microsoft e Facebook, o processo legislativo se acelerou e culminou com a aprovação e sanção da agora Lei nº 12.965 de 23 de abril de 2014.

Um dos pontos mais polêmicos que acabou não sendo contemplado no texto final da Lei foi o que estabelecia a obrigatoriedade de instalação de *data centers* no Brasil para empresas que prestassem serviços para usuários brasileiros, facilitando o acesso a dados armazenados nas nuvens e as dificuldades que serão apontadas mais à frente neste estudo.

A Lei sancionada consagra o acesso à internet como uma ferramenta fundamental para a liberdade de expressão, essencial ao exercício da cidadania, o princípio da neutralidade de rede, segundo o qual as operadoras estão proibidas de vender pacotes de *internet* pelo tipo de uso, responsabilidade por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros<sup>12</sup>, e período mínimo de guarda de registros de conexões por um ano e de registro de acesso a aplicações por seis meses.

Apesar de ser a primeira legislação elaborada pelo Congresso Nacional que regulamenta o tempo de guarda de registro de conexão, o tempo estabelecido ficou aquém do Termo de Ajuste de Conduta celebrado entre a CPI da Pedofilia e os grandes provedores de acesso, que previa o prazo de três anos<sup>13</sup>.

Após esse breve histórico da *internet* no mundo e no Brasil, retorna-se à análise do contexto social delineado pela revolução digital. Novas relações são consolidadas a cada instante nas mais diversas áreas, demandando uma tutela jurídica que lhes dê segurança e efetividade. Siqueira Júnior (2003, p.61) afirma que

essa revolução teve como consequência o nascimento de uma sociedade baseada na informação, ganhando assim o adjetivo de ‘Sociedade da Informação’. A penetração da tecnologia na sociedade se verifica no cotidiano de qualquer pessoa.

---

<sup>12</sup> Art. 21 da Lei nº 12.965/2014- O provedor de aplicações de internet que disponibilize conteúdo gerado por terceiros será responsabilizado subsidiariamente pela violação da intimidade decorrente da divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado quando, após o recebimento de notificação pelo participante ou seu representante legal, deixar de promover, de forma diligente, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, a indisponibilização desse conteúdo.

<sup>13</sup> Disponível em <<http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2009/09/22/claro-net-e-telefonica-assinam-termo-de-ajuste-de-conduta-com-cpi-da-pedofilia>>. Acesso em 04 Jun 2014.

O termo sociedade da informação teria surgido durante o Conselho Europeu de Copenhague, em 1993, pelo então presidente da Comissão da Comunidade Econômica Europeias - CEE, Jacques Delors, ao lançar pela primeira vez a ideia de uma infraestrutura europeia da informação (MARQUES e MARTINS, 2006, p. 39). No Brasil, foi implementado o Programa da Sociedade da Informação pelo Ministério da Ciência e Tecnologia com o objetivo de lançar os alicerces de um projeto estratégico, de amplitude nacional, para integrar e coordenar o desenvolvimento e a utilização de serviços avançados de computação, comunicação e informação e de suas aplicações na sociedade brasileira, culminando com a elaboração do Livro Verde da Sociedade da Informação no Brasil<sup>14</sup>.

Retomando os ensinamentos Beck sobre a sociedade de risco, percebe-se que o uso da *internet* representa um risco como qualquer outra conduta decorrente da aplicação de novas tecnologias. Segundo Sydow (2013, p. 39):

A sociedade da informação teve sua potência elevada com a popularização das máquinas e suas conexões, levando a boa parte da população o acesso a um cotidiano com características próprias e com arquivos intangíveis como mote de sua existência e sustentabilidade. A rede mundial de computadores trouxe velocidade de relacionamentos (comerciais, negociais, humanos, internacionais, etc.) e dissolveu fronteiras físicas, permitindo que o usuário-internauta experimentasse liberdade em grau antes inimaginável.

O acesso a informações, vídeos, fotos, filmes, a potencialização da possibilidade de comunicação e a sensação de segurança fizeram com que houvesse massiva popularização da rede. Certamente, todavia, a evolução tecnológica trouxe consigo sacrifícios e riscos.

As instituições do sistema de justiça vêm se aproveitando das novas tecnologias para tornar seus serviços mais ágeis, menos burocráticos e mais econômicos. Com o advento da Lei nº 11.419/2006, por exemplo, foi permitida a virtualização dos processos judiciais dispensando os autos de papel e transportando-os para o suporte digital, preferencialmente acessível pela rede mundial de computadores, conforme preceitua o artigo 8º da mencionada Lei. Já a Lei nº 11.900/2009 previu a possibilidade de atos processuais por meio de videoconferência.

Também na seara da investigação criminal já existem diversas iniciativas para

---

<sup>14</sup> Disponível em <[www.mct.gov.br/upd\\_blob/0004/4795.pdf](http://www.mct.gov.br/upd_blob/0004/4795.pdf)>. Acesso em 05 nov 2014.

virtualização do inquérito policial, bem como a utilização de softwares de análises gráficas para auxiliar no tratamento da grande quantidade de informações coletadas, além da possibilidade de uso de inteligência artificial para definir políticas de repressão à criminalidade. No entanto, é preciso que as instituições tenham alguns cuidados nessa adaptação para que na ânsia de estar na vanguarda digital não acabem por si tornar mais um fator de risco do que instrumento de sua prevenção ou contenção de crimes.

Por outro lado, é natural que, a partir das transformações da sociedade e das relações pessoais, profissionais e financeiras, os comportamentos socialmente danosos também se adaptem a essa nova era. O crime é um fato social, portanto perfeitamente natural que também se transforme com as alterações da sociedade em que se insere (BOITEUX, 2010, p. 945). Nesse contexto, o sistema penal precisa se adaptar à nova realidade social.

### **1.3 Reflexos da sociedade informacional e de risco sobre o sistema penal**

O atual arranjo social é qualificado pelo forte desenvolvimento dos conhecimentos humanos, pelo risco e pelos avanços tecnológicos, características essas que influenciam diretamente o pensamento jurídico e o funcionamento do sistema penal. De acordo com Bolt (2013, p.141), *“a sociedade atual está fundada sob a égide do medo e encontra no Direito Penal a segurança que almeja no controle dos riscos contemporâneos”*. Nesse contexto, *“o Direito Penal, chamado novamente para assumir a responsabilidade pelos danos aos interesses sociais e para fornecer respostas às novas demandas (aos novos riscos), produz revigorado redimensionamento da sua estrutura”* (CARVALHO, 2008, p.88).

A atual conjuntura social de risco e informacional levou ao questionamento de alguns pilares do Direito como um todo e, em especial, do Direito Penal com seus dogmas estabelecidos na era liberal individualista da modernidade que tinha como razão jurídica o contrato social e, no campo penal, a proporcionalidade das penas, controle e limitação do poder estatal.

O direito de punir era fundamentado e limitado na teoria do contrato social de Rousseau (2003), segundo a qual cada indivíduo sacrifica uma pequena parcela de sua autonomia para viabilizar a sua sobrevivência na sociedade, devendo o governante depositário das liberdades oferecer em troca segurança e garantia do bem geral. Aqueles que desrespeitassem as normas de convivência deviam ser punidos, mas sem exceder a porção mínima de liberdade que cada um depositou. Conforme Beccaria (2006, p.19):

A reunião de todas essas pequenas porções de liberdade constitui o fundamento do direito de punir. Todo exercício de poder que deste fundamento se afastar constitui abuso e não justiça; é um poder de fato e não de direito; constitui usurpação e jamais um poder legítimo.

Contudo, a sociedade de riscos traz novas realidades e necessidades, em especial uma forte demanda por segurança em face das ameaças tecnológicas, que acabam por influenciar o Direito Penal na eleição de novos bens jurídicos a serem tutelados, como os supra-individuais de conteúdo difuso, a proteção de dados, a criminalização de agrupamentos de pessoas para prática de ilícitos e de situações de perigo, as quais se tenta evitar por meio da intervenção do instrumento mais forte de controle social, a tutela penal.

Situações que anteriormente eram consideradas meras transgressões ou apenas atos preparatórios para outros delitos também passam a ser incluídas no sistema penal. Esse quadro culmina na exacerbada ampliação desse sistema, que não lida mais apenas com lesões a interesses individuais, mas é utilizado para regulamentar uma série de temas, como atividade econômica, meio ambiente, atividades tecnológicas, gerando uma verdadeira inflação de tipos penais que devem ser investigados pelo Estado, somados àqueles que lesionam apenas bens individuais. O tipo penal que era uma garantia do cidadão deixa de ser claro, certo e hermético passando a ser complexo, aberto, contemplado em normas penais em branco<sup>15</sup>.

Netto (2006, p.82-83) aponta como principais características do Direito Penal na sociedade de risco a desorganização dos argumentos lógicos e legitimadores do próprio sistema, bem como a constância das desilusões que, ao invés de impulsionar uma releitura do sistema, resulta em seu maior e ineficaz recrudescimento. Argumenta que:

Vive-se um momento absoluto da criminalização com o mais forte dos rigorismos, não obstante um Estado Democrático de Direito e a repetida vivência das garantias liberais. Concomitantemente ao desenvolvimento da ciência penal, as opções jurídicas de efetividade das normas restam por trazer em seu bojo, como tentativa de superação dos conflitos, noções confusas e muito pouco razoáveis, espelhando os dois problemas apontados

---

<sup>15</sup> Pode-se citar como exemplo de normas penais em branco no ordenamento jurídico brasileiro o artigo 33 da Lei nº 11.343/2006 que não define o que seria droga para configuração do crime de tráfico de drogas, sendo necessário consultar portaria emitida pela Agência de Vigilância Sanitária – ANVISA.

e derivados da sociedade de risco. Nega-se a ciência jurídico-penal, mas se aplicam suas assertivas quando interessantes para lastrear esta ou aquela tomada de opinião, sempre voltadas à aplicação de pena como fator de resolução conflituosa.

Sánchez sistematiza as causas da expansão do Direito Penal na sociedade pós-industrial. Em primeiro lugar, destaca a aparição de novos interesses<sup>16</sup>, além do aumento de valor de alguns interesses que já existiam, de forma que mais bens jurídicos são considerados dignos de tutela penal, em razão conformação com novas realidades como as instituições de crédito, a deterioração das realidades anteriormente abundantes, tal qual o meio ambiente, bem como o incremento de algumas realidades já conhecidas, de que é exemplo o patrimônio histórico (SANCHÉZ, 2002, p.27).

O aparecimento de novos riscos já explorados no início deste capítulo explica a expansão do poder punitivo, mas também a competitividade da sociedade atual, que desloca para marginalidade muitos indivíduos, fonte de riscos pessoais e patrimoniais, é apontada como causa desse fenômeno (SANCHÉZ, 2002, p. 29). Além disso, a insegurança passa a ser institucionalizada em razão da complexidade inerente à sociedade atual, pois as relações entre os indivíduos são permeadas pela possibilidade de que sejam gerados resultados danosos que só se concretizarão a longo prazo, levando à tipificação de crimes de perigo (SANCHÉZ, 2002, p. 31).

Por outro lado, essa sensação de insegurança é difundida, gerando mais demanda por segurança que desagua em propostas de endurecimento das leis penais e flexibilização das garantias clássicas, em especial nas novas modalidades delitivas que vem sendo criadas, como nos crimes econômicos, financeiros e ambientais (SANCHÉZ, 2002, p.41). Ademais, a sociedade passa a ser configurada com a forte presença de sujeitos passivos, pois na pós-modernidade as classes dinâmicas, empreendedoras, são minoria em face da grande maioria de cidadãos-consumidores e outros que não criam excedentes, mas se beneficiam com transferência de riqueza pelo Estado e que, por não participarem ativamente do desenvolvimento social, sobrelevam a valoração da segurança em face da liberdade, reduzindo os níveis de riscos permitidos (SANCHÉZ, 2002, p. 41).

Camargo (2002, p. 139), define risco permitido como:

aquelas hipóteses que excluem a responsabilidade penal porque o agir

---

<sup>16</sup> O termo interesses aqui se refere a bens jurídicos a serem protegidos.

comunicativo não tem relevância jurídico-penal, por estar dentro dos parâmetros de atuação social. (...) o fato não será objeto de análise no âmbito do Direito Penal, por estar ausente qualquer significado que possa redundar na aplicação da imputação objetiva. É um fato normal no contexto social, e não apresenta qualquer das condições necessárias para ser imputado a um sujeito como dissenso do agir comunicativo.

As últimas duas causas de expansão do sistema penal apontadas são a identificação social com a vítima, em razão da própria configuração da sociedade pela presença em maioria de classes passivas e o descrédito de outras esferas de proteção (SANCHÉZ, 2002, p. 50 e 57); pois, acredita-se que o Direito Penal seria o único recurso de controle social eficaz para a proteção real a determinados bens jurídicos que poderiam, na verdade, ser mais adequadamente tutelados por outros ramos do Direito.

Além da sobrecarga gerada em todo o sistema penal, esse novo contexto leva a uma grande agitação no meio acadêmico, em especial porque questiona os pilares do núcleo liberal do próprio Direito Penal. O que pode ser considerado como bem jurídico? Há necessidade de efetiva lesão ao bem protegido, dentro de uma relação de causa e efeito, ação e resultado? Em que situações deve haver intervenção penal? Quem pode estar sujeito à aplicação da pena e que tipo de pena pode ser aplicada? Estes são alguns dos muitos questionamentos que surgem quando se pretende tutelar os anseios da sociedade de risco na esfera penal.

Bem jurídico pode ser conceituado como a *“expressão de um interesse, da pessoa ou comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objeto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso”* (DIAS, 1999, p.63). Roxin (2013, p. 18), define esses tipos de bens como *“circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nesses objetivos”*.

Para a escola de Frankfurt, apenas bens jurídicos de natureza individual devem ser penalmente relevantes. Um de seus expoentes, Hassemer (1993, p. 59), propõe a criação de um novo ramo do direito para os demais casos, um direito de intervenção, nos seguintes termos:

Os problemas modernos de nossa sociedade causarão o surgimento e desenvolvimento de um Direito interventivo correspondente moderno na

zona fronteira entre o Direito administrativo, o Direito penal e a responsabilidade civil por atos ilícitos. Certamente terá em conta as leis do mercado e a possibilidade de um sutil controle estatal, em problemas de imputação, sem pressupostos de culpabilidade, sem um processo metucioso – mas, então, também sem a imposição de penas criminais.

A proposta de um direito de intervenção, como defendida por Hassemer, resguardaria o Direito Penal clássico da tutela dos problemas próprios da modernidade pós-industrial. Contudo, a não criminalização dos novos riscos levaria ao esvaziamento do Direito Penal, afastando-o das condutas que mais perigos trazem ao convívio social, ou seja aquelas que deveriam exatamente ser tratadas por ele. A rigor, esse direito de intervenção em pouco divergiria do Direito Administrativo, por meio do qual o Estado pode aplicar diversas sanções diferentes das penas privativas de liberdade.

Outra proposta para os questionamentos relativos a aplicação do Direito Penal às novas situações decorrentes da sociedade do risco é apresentada por Sánchez (2002, p. 136). Ao invés de criar um outro sistema jurídico separado e restringir o sistema penal aos chamados bens essencialmente pessoais e patrimoniais, como na tese de Hassemer, o mesmo Sánchez defende a diferenciação operativa interna ao Direito Penal entre as duas situações, por meio do que convencionou chamar “Direito Penal de duas velocidades”.

Apenas as situações descritas por tipos penais fechados que indicam uma forma circunscrita e delimitada de comportamentos proibidos ao cidadão podem impor ao infrator o peso das medidas coercitivas de maior gravidade, as penas privativas de liberdade. Para os casos de tipos penais abertos, que permitem uma maior discricionariedade do intérprete e com um elevado grau de normatização, seriam aplicadas penas com menor intensidade como restritivas de direito ou apenas de caráter pecuniário. Poderia, ainda, o Direito Penal tomar uma “terceira velocidade” na teoria de Sánchez (2002, p.149), referindo-se ao Direito Penal do inimigo<sup>17</sup>, quando ocorre a quebra de princípios e garantias elementares e tradicionais.

Schünemann (1996, p.19) critica essa concepção individualista do Direito Penal, pois traria como uma de suas consequências imediatas a supressão de inúmeros delitos, notadamente de caráter ambiental, que deveriam ser qualificados como mero injusto administrativo, negando a necessária modernização a esse ramo do Direito. E continua o autor, asseverando que

---

<sup>17</sup> Para aprofundar, conferir JAKOBS, 2008.

La teoría personal del bien jurídico ha caído en la trampa de esta sociedad postmoderna, ha tomado sus mundos ficticios y sus técnicas de encubrimiento por su núcleo esencial y ha elevado a la categoría de objeto de protección al despilfarro de los recursos de generaciones venideras por parte del hedonismo sin sentido de un pseudoindividualismo fabricado industrialmente, despilfarro que en verdad cumple con el concepto primigenio de delito. (SCHÜNEMANN, 1996, p. 25).

Em outro estudo, Schünemann (2010, p. 321), partindo da ideia de *“dano social infligido sobre os bens naturais ou socialmente criados dos membros da sociedade”* enumera como bens mais importantes de caráter individual a vida, a integridade corporal, a liberdade e um núcleo de honra e propriedade. Também considera como penalmente relevante os bens coletivos, que compreendem as condições transindividuais de uma convivência próspera, que variam a depender do estágio de desenvolvimento de determinada sociedade, de modo que não basta de modo algum uma violação de regra religiosa ou moral, sendo necessário que *“seja atingido um bem (cujas características à época ainda não estavam esclarecidas) de que todos precisam e que deve ser para todos garantido, por exemplo, lesionar a visão religiosa da generalidade de modo ameaçador à paz pública”*.

Sob uma visão simplesmente funcionalista, sem preocupação com a legitimidade e necessidade da pena, o Direito Penal pode se tornar totalitário e os cidadãos tratados como inimigos do Estado, deixando, portanto, de ser um Estado Democrático de Direito<sup>18</sup>. Gloeckner (2009, p. 172) resume o Direito Penal do Inimigo em quatro características: um amplo adiantamento da punibilidade, transformando um fato produzido em um fato que se produzirá; a não redução da pena proporcionalmente ao adiantamento da tutela; luta contra a delinquência econômica; e a supressão de garantias processuais.

Contudo, conforme pontua Sanctis (2009, p.88),

O Direito Penal moderno, ciência aberta ao seu tempo, não pode desconsiderar a compreensão de que vivemos em uma sociedade de risco, bem retratada por Ulrich Beck, na qual a produção da riqueza, acompanhada pela produção social do risco, elevou os bens jurídicos à posição de difusos

---

<sup>18</sup> Ao denegar a pretensão legítima dos investigados a terem seus direitos fundamentais resguardados, o Estado precisa recorrer a uma doutrina de exceção, não democrática que exige uma legitimação “mítica” (muitas vezes funcionalista), revelando cidadãos enfraquecidos denominados de servos por Capella (1998, p.131-148)

ou sociais.

Não se pode predispostamente rejeitar o avanço do Direito Penal em áreas que sua inserção se faça necessária como decorrência das relações sociais. Haverá situações que a intervenção será minimamente necessária.

Como última instância de controle social, o Direito Penal não pode ser afastado da tutela dos bens jurídicos mais caros a uma sociedade, ainda que precise se adaptar para atingir esse mister, em especial para abarcar os riscos graves que se apresentam a toda uma coletividade, bem como buscar formas de responsabilizar a rede envolvida na execução do ato socialmente lesivo. Todavia, não pode ser flexibilizado ao extremo, tornando-se um mero instrumento de política criminal e se afastando de sua função de também limitador do poder punitivo estatal.

Independente do conceito de bem jurídico adotado, é importante ressaltar que eles não têm “*uma validade natural infinita; preferentemente estão submetidos às mudanças dos fundamentos jurídicos-constitucionais e das relações sociais*” (ROXIN, 2013, p.36). Então, à medida que a sociedade evolui, novas situações podem ser consideradas como crime e outras deixarem de ser.

O que não se pode esquecer é que o Direito Penal é a *ultima ratio* dentre os diversos mecanismos de controle social. É incontroverso que a utilização do poder estatal não se legitima apenas por um objetivo final elogiável, devendo ser idônea e necessária para alcançar este objetivo, não podendo, ademais, ser desproporcional. No que se refere especificamente ao Direito Penal, extraiu-se daí a fórmula que se pode hoje ler em todos os manuais, de que esse ramo do Direito representaria a *ultima ratio* da proteção de bens jurídicos, de modo que seu emprego para a proteção destes bens deva ser idôneo e necessário, não podendo provocar mais danos do que benefícios (SCHÜNEMANN, 2010, p.325).

Além da ampliação da quantidade de tipos penais, outras duas influências específicas da sociedade de risco sobre o Direito Penal também interessam a este estudo. Uma delas é a força ganha pela criminalidade organizada através da utilização dos meios tecnológicos para prática de delitos, tanto pela possibilidade desses meios para proporcionar novos instrumentos para a produção de resultados lesivos em quantidade infinitamente maior, quanto a facilitação da comunicação entre os membros da associação criminosa, que tem suas lideranças protegidas por meio da utilização de identidades virtuais.

Ao tratar da ciberdelinquência, Sánchez (2002, p. 29-30), afirma que:

O progresso técnico dá lugar, no âmbito da delinquência clássica tradicional (a cometida com dolo direto e de primeiro grau), a adoção de novas técnicas como instrumento que lhe permite produzir resultados especialmente lesivos; assim mesmo, surgem modalidades delitivas dolosas de novo cunho que se projetam sobre espaços abertos pela tecnologia. A criminalidade, associada aos meios informáticos e à internet (a chamada ciberdelinquência), é, em seguramente, o maior exemplo de tal evolução. Nessa medida, acresce-se inegavelmente a vinculação do progresso técnico e o desenvolvimento das formas de criminalidade organizada, que operam internacionalmente e constituem claramente novos riscos para os indivíduos e os Estados.

Por outro lado, há uma maior dificuldade na satisfação das exigências para imputação de responsabilidades pela ocorrência dos fatos delituosos que passaram a ser mais complexos, pois são praticados com o auxílio de meios tecnológicos e com a participação de diversas pessoas que se relacionam anonimamente através da rede mundial de computadores. Ao tratar da categoria “irresponsabilidade organizada”, concebida por Beck, Machado (2005, p.62) destaca que:

o intenso desenvolvimento tecno-econômico da sociedade moderna foi responsável pelo considerável incremento das interconexões causais e da crescente substituição de padrões de ações individuais por padrões de ações coletivas, o que determinou a ramificação e a diluição de responsabilidades.

Em resumo, tem-se como principais efeitos da sociedade de risco sobre o Direito Penal a ampliação de quantidade de tipos penais, a complexidade nas formas de execução das atividades delituosas e a dificuldade em satisfação exigências para imputação de responsabilidades para as redes delituosas.

Avançando nessa análise preambular do sistema penal no atual contexto social, afasta-se da esfera dogmática e passa-se ao campo da criminologia, no qual o pensamento crítico avançou bastante, principalmente após a consolidação do *labeling approach* o qual identificou a criminalidade como uma realidade elaborada pelo sistema de justiça criminal através de suas definições, e não mais como um dado ontológico pré-constituído. O predicado de criminoso deixou de ser uma característica de uma pessoa diferente, anormal, que delinquia por natureza e passou a ser considerado um *status* social atribuído a certos sujeitos,

escolhidos pelo sistema penal<sup>19</sup>.

A criminologia, então, direcionou seu foco de estudo para os processos de criminalização e não mais para os fatores da criminalidade. Em contraposição ao antigo paradigma da defesa social, pilar das escolas clássica e positivista, e a partir do novo paradigma da reação social, consolidou-se a criminologia crítica.

Esse pensamento crítico apontou as contradições do sistema de justiça criminal e fez como que fosse reavaliada qual a verdadeira função e para que serve o seu principal instituto, a pena. O papel do próprio Direito Penal no estabelecimento da política criminal é colocado em cheque, indagando-se se esse ramo jurídico realmente seria capaz de resolver o problema da criminalidade e se a pena seria suficiente para ressocializar o criminoso.

De acordo com Zaffaroni (2003), o processo de criminalização consiste na seleção penalizante levada a cabo por todas as sociedades contemporâneas que institucionalizaram ou formalizaram o poder através do Estado, por meio do qual é selecionado um reduzido número de pessoas que se submetem à sua coação com o fim de impor-lhes a pena. Esse processo é dividido em duas etapas: criminalização primária e secundária.

A primeira etapa se refere ao efeito sancionador de uma lei penal material, que incrimina ou permite a punição de certas pessoas. É um programa a ser cumprido pelas agências estatais, tão imenso que *“nunca e em nenhum país se pretendeu executar em toda sua extensão nem sequer em parcela considerável”* (ZAFFARONI, 2003, p.43). A segunda etapa, por sua vez, seria a ação punitiva exercida sobre pessoas concretas, que ocorre de modo seletivo, em face da limitada capacidade operativa das agências responsáveis por essa fase do processo de criminalização.

Baratta (2011) constatou que essa seleção se dá de forma a assegurar a realidade social e suas desigualdades. Primeiro, opta-se por classificar como comportamento lesivo as ações tipicamente praticadas pelos indivíduos socialmente mais débeis, membros das classes sociais inferiores. Paralelamente, são protegidos os interesses das classes sociais superiores e imunizadas as condutas potencialmente danosas praticadas por este estrato social. Em seguida, elege-se o excluído social para passar pelo estigmatizante processo penal e consolidar seu *status* social.

Atualmente, debate-se sobre três modelos diversos de política criminal. Em um extremo aquele que defende que como o Direito Penal não se presta aos fins que se propõe deveria ser abolido, pois o mal que pretende evitar é menor do que aquele que a intervenção

---

<sup>19</sup> Para aprofundar mais o estudo da importância do paradigma do *labeling approach* ou enfoque da reação social, conferir Baratta (cap. VII, 2011).

punitiva acarreta<sup>20</sup>. No outro extremo, os movimentos punitivistas, com a defesa do recrudescimento do sistema penal, mitigando-se as garantias do processado perante o Estado, com menos benefícios e menos regalias<sup>21</sup>. E, por fim, o meio-termo, o minimalismo penal, que enxerga a pena como mal necessário à convivência social harmônica, defendido por Ferrajoli e Baratta.

A criminologia crítica não nega que existam comportamentos socialmente negativos, assim como a necessidade de seu controle, mas prega a utilização de programas alternativos de política criminal, com o objetivo de humanizar o sistema penal, combatendo a seletividade que o permeia, assim como deslocar o foco dos delitos afetos aos excluídos sociais para aqueles cometidos pelas elites políticas e econômicas. É preciso democratizar o cárcere, distribuí-lo como um bem negativo (GUIMARÃES, 2013).

Larrauri (2000) reconhece a importância da intervenção do sistema penal como instrumento disponível para a tutela de interesses fundamentais não protegidos ou para a tutela dos sujeitos e grupos mais débeis, atendendo às demandas de movimentos sociais ecológicos, feministas, étnicos, de defesa de menores, dentre outros.

Baratta (2011) propôs a adoção de uma política criminal alternativa diferenciada de acordo com a classe social do autor e caracterizada pela redução da presença no sistema punitivo da criminalidade comum, como, por exemplo, dos crimes patrimoniais, e pelo revigoramento da repressão à criminalidade econômica, do abuso do poder político e do crime organizado.

Com efeito, é necessária a promoção de uma política criminal diferente da que se vê em prática no Brasil. É preciso se desvincular do dogma do princípio da obrigatoriedade<sup>22</sup> e reconhecer que não é possível investigar todos os fatos tipificados, ainda mais em um sistema penal como o brasileiro que abusa do efeito simbólico do Direito Penal.

Ao esclarecer como se dá a atuação simbólica dos atores políticos, Garland (2008, p. 282) pontua que:

a elaboração de leis se torna uma questão de gestos retaliadores, cujo

---

<sup>20</sup> Sobre a teoria abolicionista, conferir Hulsman (2004, p.68): “Se quisermos progredir no campo das alternativas, devemos abandonar a organização cultural e social da justiça criminal. A justiça criminal versa sobre a figura do criminoso, baseia-se na atribuição de culpa e tem um ponto de ‘juízo universal’ do mundo. Não fornece, pois, as informações e o contexto no qual definir e enfrentar, de modo emancipatório, situações problemáticas”.

<sup>21</sup> São expressões do punitivismo a teoria do direito penal do inimigo e os movimentos de lei e ordem. Acerca da primeira, vide Jakobs (2008). Sobre os movimentos, conferir Wilson e Kelling (1982).

<sup>22</sup> O conceito deste princípio será abordado mais à frente.

objetivo é o de reconfortar um público preocupado com o tema e de se alinhar ao senso comum, por mais inadequados que sejam tais gestos para tratar o problema subjacente. Uma mostra de força punitiva contra os indivíduos é exibida para reprimir qualquer reconhecimento da inabilidade estatal de controlar o crime em níveis aceitáveis.

O Direito Penal tem como finalidade evitar a violência informal, mediante a proteção de bens jurídicos e a proteção do indivíduo contra reações sociais que o próprio crime desencadeia, evitando a justiça privada, assim como a violência considerada como formal e praticada pelo próprio Estado no exercício do poder punitivo, que, para ser legítima, deve obedecer os princípios, direitos e garantias penais de natureza constitucional, uma verdadeira limitação à atuação estatal e defesa do investigado.

Essas são as funções manifestas, que coincidem com as condições que a própria norma alcança em sua formulação, as condições objetivas de sua realização. Ocorre que a norma penal também tem funções latentes, de real significação, as quais desenvolvem efeitos distantes daqueles deixados em evidência. Estas circunstâncias geram o Direito Penal chamado simbólico, que se configura quando as funções latentes predominam sobre as manifestas: do qual se pode esperar que realize, através da norma e de sua aplicação, objetivos outros que não os descritos na norma (HASSEMER, 1991, p. 30).

O que importa para a função simbólica é manter um nível de tranquilidade na opinião pública, fundado na impressão de que o legislador se encontra em sintonia com as preocupações que emanam da sociedade. Novos tipos penais são criados, penas são aumentadas, direitos são restringidos, sem que o quadro que gerou a insegurança seja debelado. Há uma ilusão de que as soluções foram encontradas, mas tais soluções acabam por acentuar o problema que tentavam resolver.

A inflação de tipos tem um efeito material sobre todo o sistema penal pois gera um excesso de demanda que dificilmente poderá ser enfrentado. Pelo princípio da obrigatoriedade, o Ministério Público está obrigado a promover a ação penal pública independente de qualquer juízo de discricionariedade, quando constatada a ocorrência do fato criminoso e presentes as condições para sua propositura. Da mesma forma, como corolário deste princípio, de acordo com Oliveira (2006), a autoridade policial deve instaurar inquérito policial de ofício a partir do conhecimento do fato delituoso. A sua origem, segundo Jardim (2011), coincide com o momento em que o Estado proibiu a vingança privada e assumiu o dever de prestar jurisdição, monopolizando esta atividade pública. Para que não houvesse

impunidade, o Estado se propôs a resolver todos os casos que chegassem ao seu conhecimento.

Há uma ideia generalizada de que o Direito Penal pode cumprir determinadas funções que deveriam ser destinadas a outros ramos do ordenamento jurídico, porém, como o Estado pode ser ineficiente para a resolução de determinados problemas sociais, sempre se vale do instrumento ameaçador que constitui o Direito Penal. Não há políticas públicas, mas há o velho bom Direito Penal, que se transforma, desse modo, em um instrumento ao mesmo tempo repressivo, com o aumento da população carcerária e elevação quantitativa e qualitativa da pena, e simbólico, com o recurso a leis-manifesto, através do qual a classe política reage à acusação de afrouxamento do sistema punitivo por parte da opinião pública (CALLEGARI e WERMUTH, 2010, p.134).

Quanto mais se sobrecarrega o sistema penal, menos ele funcionará em razão do excesso de demanda a impedir o natural curso das apurações. Com a hiperinflação de leis penais e o recrudescimento das penas, incrementa-se o papel simbólico (ilusório) do Direito Penal e precariza-se o seu funcionamento (BOLT, 2013, p. 122). Para Gomes e Biachini (2002, p. 107), com a sobreposição das funções simbólicas em relação às funções instrumentais:

O déficit da tutela real de bens jurídicos é compensado pela criação, no público, de uma ilusão de segurança e de um sentimento de confiança no ordenamento e nas instituições que tem uma base real cada vez mais escassa. Com efeito, as normas continuam sendo violadas e a cifra negra das infrações permanece altíssima, enquanto agências de controle penal seguem (iludindo) com tarefas instrumentais de impossível realização: pense-se na defesa da ecologia, na luta da criminalidade organizada, no controle dos tóxico-dependentes e na mortalidade do tráfego automotor.

Ocorre que com o aumento da população e da quantidade de tipos penais, desacompanhada da devida estruturação e expansão dos órgãos de persecução penal, tornou-se impossível investigar, processar e julgar simultaneamente todos os fatos noticiados. Mesmo com a amenização deste princípio levada a efeito pela Lei 9.099/95 que estabeleceu a possibilidade de transação penal para os crimes de menor potencial ofensivo e simplificou o procedimento para a investigação desses delitos, ainda é inviável materialmente a investigação efetiva de todos os fatos criminosos noticiados às autoridades públicas.

Enfim, é preciso depurar a fase de criminalização primária, por meio da proibição penal apenas de condutas que sejam efetivamente lesivas para a sociedade como um todo, não apenas para as classes dominantes, e pela proteção somente de bens jurídicos que não sejam passíveis de tutela eficaz por outros ramos do Direito, de forma que os esforços dos órgãos responsáveis pela persecução criminal durante a fase de criminalização secundária sejam focados somente nos casos mais importantes, promovendo uma seletividade positiva, descompromissada com a manutenção do *status quo* e que garanta políticas efetivas de segurança pública de combate à criminalidade organizada, mas que também respeitem os direitos fundamentais dos investigados.

## **2. PARADIGMA CONSTITUCIONAL PARA O DESENVOLVIMENTO VÁLIDO DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL**

Como ficou claro no primeiro capítulo deste estudo, o novo arranjo da sociedade de risco e informacional fez com que a comunidade experimentasse uma forte sensação de insegurança e falta de controle em face dos novos riscos surgidos a partir da potencialização das condutas lesivas ao convívio social praticadas com auxílio dos avanços do conhecimento humano e dele decorrente, bem como por pessoas organizadas em redes de atuação, gerando uma sobrecarga no sistema penal como forma de resposta do Estado aos anseios de seus cidadãos.

No campo do Direito Material Penal, ocorreu o fenômeno da inflação de tipos penais e a flexibilização de alguns conceitos básicos do Direito Penal clássico para imputação de responsabilidades, além de surgirem questionamentos sobre as próprias finalidades do sistema na seara da criminologia.

No presente capítulo, o foco é o Direito Instrumental Penal, com a intenção de se verificar como devem atuar os órgãos que compõem o sistema de justiça criminal, especialmente na fase preliminar de investigação criminal, de responsabilidade da Polícia Judiciária, em face da demanda por eficiência na segurança social equilibrada com a imprescindibilidade do resguardo do indivíduo que é submetido à persecução penal em relação aos seus direitos fundamentais.

É preciso, portanto, estabelecer limites à incidência do sistema penal, contendo eventuais excessos da persecução penal, de forma a possibilitar a sua viabilidade jurídica (validade da ação estatal) e a sua viabilidade material (eficiência do direito a segurança), para que esse sistema desempenhe seu papel vital de defesa do ordenamento jurídico como última instância de controle social e instrumento de garantia de segurança pública, sem violar os direitos humanos constitucionalmente consolidados dos investigados. Em outras palavras, busca-se traçar o paradigma constitucional para o desenvolvimento válido da investigação criminal.

### **2.1 Modelo garantista penal e os limites ao poder de investigar**

A investigação criminal no Estado Democrático de Direito está informada pelo princípio democrático, baseado na defesa dos direitos fundamentais e na legalidade

democrática da persecução criminal. As ações estatais, mormente as investigativas em geral, devem ser pautadas pela dignidade da pessoa humana, por fundamento éticos e morais e, principalmente, pela transparência nos procedimentos investigativos (VALENTE, 2012, p.188).

Apesar do conceito de dignidade ser considerado vago e impreciso, na verdade, deve-se considerar que sua definição está em constante processo de construção de acordo com a evolução da sociedade e que se trata de um conceito aberto, que muitas vezes depende da análise do caso concreto, da diversidade histórico-cultural de um determinado povo, para permitir saber se o preceito foi respeitado ou não (GRECO, 2013, p. 10).

Conforme destaca Sarlet (2001, p.55),

até que ponto a dignidade não está acima das especificidades culturais, que, muitas vezes, justificam atos que, para a maior parte da humanidade são considerados atentatórios à dignidade da pessoa humana, mas que, em certos quadrantes, são tidos por legítimos, encontrando-se profundamente enraizados na prática social e jurídica de determinadas comunidades. Em verdade, ainda que se pudesse ter o conceito de dignidade como universal, isto é, comum a todas as pessoas em todos os lugares, não haveria como evitar uma disparidade e até mesmo conflituosidade sempre que se tivesse que avaliar se uma determinada conduta é, ou não, ofensiva à dignidade.

Ainda que seja preciso muitas vezes a verificação da situação concreta para determinar o seu alcance, a dignidade da pessoa integra a própria condição humana e é um valor irrenunciável e inalienável, que não pode ser negado nem ao pior inimigo do Estado. Cada ser humano é merecedor de respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, *“implicando um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável”* (SARLET, 2001, p.60).

Ferrajoli (2014, p. 790) constrói sua teoria baseado na legalidade democrática e defende um modelo de Estado de Direito que prestigia a dignidade da pessoa humana, que entende como sinônimo de garantismo, nascido com as modernas Constituições e caracterizado no plano substancial como funcionalização de todos os poderes do Estado à garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos, por meio da incorporação limitadora em sua

Constituição dos deveres públicos correspondentes, isto é, das vedações legais de lesão aos direitos de liberdade e das obrigações de satisfação dos direitos sociais.

Para Ferrajoli (2006, p. 44) o paradigma constitucional ou garantista:

equivale, en el plano teórico, al sistema de límites y vínculos sustanciales, cualesquiera que éstos sean, impuestos a la totalidad de los poderes públicos por normas de grado jerárquicamente superior a las producidas por su ejercicio. Es precisamente en su carácter formal, y por tanto en el reconocimiento del carácter «contingente» en el plano teórico-jurídico de sus contenidos, donde reside, a mi entender, la innegable y no opinable fuerza vinculante del paradigma constitucional; mientras la tesis de la conexión con (esto es, con una) moral debilita su valor teórico, reduciendo el constitucionalismo a una ideología más o menos compartida que sublima como código moral la constitución existente.

O garantismo figura como a outra face do constitucionalismo, ou seja, aponta para a necessidade de instrumentos de garantia à concretização das cartas constitucionais. E o jurista italiano acredita no direito e na democracia, mas em um direito que serve de instrumento para limitação e vinculação de qualquer que seja o poder, fundando essa perspectiva nos direitos fundamentais, e em uma democracia lastreada no conceito jurídico, constitucional (COPETTI NETO, 2013).

Trata-se de um parâmetro de racionalidade, de justiça e de legitimidade da intervenção punitiva a ser observado por todas as esferas do sistema de justiça criminal, desde a fase policial até a execução penal. É um modelo de verificação da normatividade constitucional nas práticas legislativas ordinárias, administrativas, policiais e judiciais, de análise das prescrições constitucionais e seu efetivo funcionamento dentro do sistema. Quanto maior o grau de adequação ao modelo constitucional, maior o grau de garantismo.

Uma Constituição pode ser muito avançada em vista dos princípios e direitos sancionados e não passar de um pedaço de papel, caso haja defeitos de técnicas coercitivas – ou seja, de garantias – que propiciem o controle e a neutralização do poder e do direito ilegítimo (FERRAJOLI, 2014, p. 786).

A teoria sistematizada por Ferrajoli do garantismo penal limita a atuação do poder de repressão penal do Estado e propõe mecanismos de efetivação dos direitos e garantias

previstos constitucionalmente. Conforme esclarecem Bueno e Carvalho (2001, p.17):

A teoria do garantismo penal, antes de mais nada, se propõe a estabelecer critérios de racionalidade e civilidade à intervenção penal, deslegitimando qualquer modelo de controle social maniqueísta que coloca a “defesa social” acima dos direitos e garantias individuais. Percebido dessa forma, o modelo garantista permite a criação de um instrumental prático-teórico idôneo a tutela dos direitos contra a irracionalidade dos poderes, sejam públicos ou privados.

Ferrajoli (2011, p. 686-687) conceitua direitos fundamentais como aqueles direitos em que todos são titulares enquanto pessoas naturais e aponta que os direitos fundamentais são direitos subjetivos, são interesses juridicamente protegidos, como expectativas positivas ou negativas e também são direitos universais, que pertencem a todos em condições de igualdade. Os direitos fundamentais revelam não só uma forma de legitimação e de justificação das cartas constitucionais, como também são fonte de deslegitimação e invalidação das regras que não lhe são consentâneas (FERRAJOLI, 2011, p. 775).

A proposta de modelo constitucional elaborada por Ferrajoli funda-se na imposição de limites e vínculos à atuação dos poderes públicos e privados, por meio de um constitucionalismo forte, centrado nos direitos fundamentais, que conforma não apenas o ser, mas também o dever ser do Direito. E os direitos fundamentais, nesse modelo, assumem destacada função, uma vez que figuram como instrumentos indispensáveis na atuação jurídica em qualquer esfera, tanto naquilo sobre o que não se pode decidir como em relação ao que não se pode deixar de decidir (COPETTI NETO e FISHER, 2013, p. 420).

O modelo garantista proposto por Ferrajoli, não obstante sua ancoragem no Direito Penal Material, abrange discussões muito mais amplas. Aborda – como não poderia deixar de ser – por exemplo, o modelo político de Estado, fazendo um contraponto entre o discurso (dever ser) e realidade (ser). Obviamente, o garantismo alcança também as “regras do jogo” no processo penal e na investigação criminal, uma vez que estas são (devem ser) instrumentos de garantias de direitos (MENDES, 2010, p.63).

Ferrajoli apresenta dez axiomas, que seriam condições indispensáveis para a afirmação da responsabilidade penal e aplicação da pena, tratando-se de um modelo-limite, apenas tendencialmente e jamais perfeitamente satisfazível, conforme ressaltado pelo próprio

autor, a saber:

(i) princípio da retributividade da pena em relação ao delito; (ii) princípio da legalidade; (iii) princípio da necessidade ou da economia do Direito Penal; (iv) princípio da lesividade do evento; (v) princípio da materialidade da ação; (vi) princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal; (vii) princípio da jurisdicionariedade; (viii) princípio acusatório ou da separação entre Juiz e acusação; (ix) princípio do ônus da prova; (x) princípio do contraditório ou da defesa (FERRAJOLI, 2014, p. 74/75).

Para Coppeti (2000, p. 108), o âmago do garantismo é apontar o paradoxo que existe entre o Estado real e aquele que se apresenta como ideal. É uma antítese entre um arquétipo normativo tendencialmente garantista e as práticas operacionais tendencialmente antigarantistas, aparecendo, dessa maneira, como uma teoria da divergência entre normatividade e realidade.

Ao analisar a teoria do garantismo, Lopes Júnior e Gloeckner (2014, p. 49) consideram que o termo pode ser tratado como um neologismo para designar *uma técnica de tutela de direitos fundamentais*, pouco importando se tais direitos são negativos (direitos de liberdade) ou positivos (direitos sociais). Em outra passagem de sua obra, esses autores esclarecem essa afirmação, dizendo que

o *garantismo* não tem nenhuma relação com o mero legalismo, formalismo ou processualismo. E, muito menos, com defesa da impunidade, como querem fazer crer alguns manipuladores. Consiste na tutela dos direitos fundamentais, os quais – da vida à liberdade pessoal, das liberdades civis e políticas às expectativas sociais de subsistência, dos direitos individuais aos coletivos – representam valores, os bens e os interesses, materiais e pré-políticos, que fundam e justificam a existência daqueles artifícios – como chamou *Hobbes* – que são o Direito e o Estado, cujo desfrute por parte de todos constitui a base substancial da democracia. Dessa afirmação de Ferrajoli é possível extrair um imperativo básico: o Direito existe para tutelar os direitos fundamentais (LOPES JÚNIOR e GLOECKNER, 2014, p. 45).

Além de prescrever a maximização dos direitos sociais e a mínima intervenção jurídico-política nos direitos liberais, a teoria do garantismo também prega a separação entre vigência e validade, uma divisão entre forma e substância. Para que uma norma exista, esteja em vigor, é suficiente que satisfaça as condições de validade formal relativas ao procedimento e competência para elaboração do ato normativo, mas para que seja válida, é necessário que satisfaça, ainda, as condições de validade substancial, relativas ao seu conteúdo e significado em relação às normas superiores, em especial as constitucionais, habitualmente se relacionando a valores como igualdade, liberdade e garantias dos direitos dos cidadãos (FERRAJOLI, 2014, p. 806). Sem o respeito a esses valores, não se pode falar no exercício válido da atividade investigativa.

O garantismo penal é um esquema tipológico baseado no máximo grau de tutela dos direitos e na fiabilidade do juízo e da legislação, limitando o poder punitivo e garantindo as pessoas contra qualquer tipo de violência arbitrária pública ou privada (BUENO e CARVALHO, 2001, p. 19). Não propõe, como já foi mal-interpretado, um sistema de garantias apenas ao acusado, mas busca a proteção do cidadão contra as ofensas dos delitos, bem como os autores dos fatos delituosos contra a vingança ilimitada, seja do Estado, seja do particular (MENDES, 2010, p. 62).

Segundo Fernandes (2010, p. 40), o garantismo se liga umbilicalmente à ideia do devido processo legal em seus aspectos subjetivos (garantias das partes, essencialmente do investigado/indiciado/acusado) e objetivos (garantias de justo processo). A investigação criminal cuida especialmente da reconstrução de fatos, em proximidade com as investigações científicas e a busca pela verdade, tendo limitações de ordem jurídica, tanto no que tange ao direcionamento da apuração, mas também no seu alcance e limites. Neste particular, o devido processo legal se caracteriza como sendo o balizamento jurídico, o limite negativo, por meio do qual a investigação criminal deve se ater para que não ofenda direitos fundamentais do homem de maneira proibida (FANTINI, 2010, p. 33).

Assim, o exercício do poder punitivo estatal, além de estar subordinado a uma forma de agir, prevista em lei, também não pode contrariar determinados conteúdos que a sociedade elegeu como invioláveis, os direitos fundamentais (CADEMARTORI, 1999, p. 32). Mas esse discurso em defesa da Constituição, núcleo da teoria garantista, impede que o texto fundamental seja reduzido a um mero *status* formal, sem qualquer possibilidade de real efetividade ou inserção no mundo da vida, tornando-se verdadeiro mecanismo de cognição constitucional necessário e indispensável para o controle estatal (VALLE, 2012, p. 25).

Para finalizar a análise do tema, Lopes Júnior e Gloeckner (2014, p. 48) apresentam um resumo do que se pode entender como garantismo penal na obra “Direito e Razão”, de Luigi Ferrajoli, em três aspectos:

- a) maximização dos direitos sociais e mínima intervenção jurídico-política nos direitos liberais;
- b) separação entre vigência e validade, como uma teoria crítica do paleopositivismo, que confunde ambos os níveis normativos. Essa cisão entre a forma e a substância, por outro lado, desemboca numa revisão da própria teoria da democracia (substancial), a fim de se estabelecer aquilo que não pode ser tocado pelo legislador bem como aquilo que deve ser tocado pelo legislador (problema da omissão, em especial quanto aos direitos sociais prestacionais);
- c) a necessidade de uma legitimação externa do Direito, que ultrapasse a justificação baseada em um modelo superado de regras sobre regras (modelo piramidal kelseniano), com as vertentes de Hart (das regras de reconhecimento – *rule of recognition*) e Raz (da cadeia de validade – *chain of validity*). A justificação externa estará centrada na valorização dos direitos do homem, hoje especialmente regulados por um Direito supranacional, assentada na promessa de oferecer autonomia e emancipação, eternas promessas da modernidade.

Pode-se concluir, portanto, que o modelo penal garantista é aquele que tem como parâmetro os ditames constitucionais que servem como limites ao exercício do poder punitivo do Estado e paradigma para análise da sua validade substancial e não apenas formal. Um modelo de racionalidade e contenção da intervenção estatal na seara criminal, baseada nos direitos fundamentais.

## **2.2 A eficiência da investigação criminal como meio de promoção de segurança pública**

O Estado Democrático de Direito só se consagra por meio da defesa irrestrita dos direitos e garantias fundamentais de seus cidadãos. Não basta apenas prevê-los em textos legais, ainda que no mais elevado na escala hierárquica das leis, a Constituição, mas é preciso que atuação do poder público ofereça os meios necessários para o seu livre exercício.

Se por um lado o Estado deve estabelecer políticas de desenvolvimento desses direitos, por outro, deve observá-los como limitadores de suas atividades, como ficou claro no item 2.1 deste estudo. Assim, ao desempenhar a atividade de segurança pública, o Estado tem como limites à sua atuação os direitos fundamentais do investigado.

Mas também deve-se destacar que o dever do Estado de promover a segurança pública, seja preventivamente, pela ação ostensiva, ou repressivamente, por meio da persecução penal é, na verdade, uma forma de assegurar a proteção do direito da vítima do ato ilícito que teve seu direito violado pela prática do fato tipificado na lei penal, ou seja, que teve um de seus bens jurídicos mais importantes atingidos. Em última análise, de assegurar à coletividade a plena liberdade para o exercício de seus direitos.

De acordo com Parejo (2008, p.31),

precisamente porque a segurança jurídica é um bem e um princípio geral de matriz constitucional, a segurança em sentido material (entendida como normalidade mínima necessária para a efetividade da ordem jurídica) é um direito subjetivo, e um direito subjetivo fundamental, que, como a liberdade pessoal a que está intimamente ligada, remete à exigência da correspondente prestação por parte do Poder Público em forma de ação administrativa policial preventiva e, quando for o caso, repressiva.

O sistema de justiça criminal pode ter diversos atores e configurações de acordo com as opções adotadas pelos legisladores de cada país. No Brasil, é composto por três subsistemas, quais sejam, o policial, o judicial e o prisional. No subsistema policial são desenvolvidas as atividades de prevenção em sentido estrito ao crime por meio do policiamento ostensivo, bem como a primeira fase da sua repressão através da atuação da polícia investigativa na busca de elementos de autoria e materialidade que justifiquem a deflagração da fase judicial, quando será formulada uma acusação que pode ou não gerar uma condenação. O subsistema prisional fica encarregado da execução e acompanhamento das penas determinadas pela condenação.

Assim, em âmbito processual, temos duas fases, uma pré-processual, por meio de inquérito policial ou termo circunstanciado de ocorrência, durante a qual são buscados elementos acerca da autoria e da materialidade de um fato possivelmente típico, atividade esta a cargo da Polícia Judiciária, chefiada por delegado de polícia<sup>23</sup>, materializada pelo inquérito policial, e outra processual, por meio da ação penal, durante a qual o Ministério Público ou a vítima, conforme o caso, promoverá em juízo a acusação.

No que se refere apenas ao campo da investigação criminal, que possui natureza

---

<sup>23</sup> Além das disposições contidas no Código de Processo Penal brasileiro sobre a condução do inquérito policial, a investigação criminal presidida pelo delegado de polícia está regulamentada hoje pela Lei nº 12.830/2013, com previsão de poder requisição e regramento sobre o indiciamento do investigado.

jurídica complexa, podendo ser composta por atos administrativos e/ou jurisdicionais, existem três grandes modelos no mundo moderno de acordo com o órgão encarregado pela apuração do delito, o Estado-investigação: o juizado de instrução, o inquérito ministerial e o inquérito policial. Mas antes da análise de cada um desses modelos, é importante destacar o entendimento de Pitombo (1987, p. 21-22), segundo o qual como a finalidade da investigação estatal é a *persecutio criminis extra iudicio*, com vistas ao esclarecimento de fatos e circunstâncias acerca de uma possível prática delituosa, pela qual até mesmo o inquérito policial pode e deve ser visto como um procedimento judicial<sup>24</sup>.

No juizado de instrução, a presidência da investigação criminal é titularizada por um magistrado, denominado juiz de instrução, juiz-instrutor ou juiz-investigador. A Polícia Judiciária se afigura, neste caso, como mero órgão auxiliar, diretamente subordinada ao magistrado no plano funcional. Dentre as atribuições do juiz instrutor encontram-se, por exemplo, proceder ao formal interrogatório do suspeito, determinar medidas cautelares pessoais ou reais, colher todos os elementos de convicção necessários ao esclarecimento do fato noticiado e requisitar perícias (PERAZZONI, 2011, p. 86).

A iniciativa e os poderes instrutórios encontram-se inteiramente concentrados na figura do juiz instrutor. A participação da defesa e do órgão acusador limita-se a simples solicitação da realização de diligências, as quais poderão ser deferidas ou não, a seu talante (LOPES JÚNIOR, 2001, p. 72). É o sistema adotado atualmente pela França e Espanha. Tem como principal fator negativo a grande concentração de poder nas mãos do juiz-instrutor que inclusive autoriza eventuais medidas cautelares necessárias no curso das apurações.

No modelo de inquérito ministerial, o órgão acusador é que preside as investigações. Foi a escolha feita por Itália e Alemanha. Essa forma de investigar acaba por concentrar muito poder nas mãos de um único órgão, o Ministério Público, que fica responsável por investigar, acusar e, ainda, caso verifique a inocência de algum investigado, produzir prova a seu favor, prejudicando, sem sombras de dúvidas a imparcialidade das investigações, já que na Alemanha<sup>25</sup>, por exemplo, o *parquet* possui o monopólio inclusive da

---

<sup>24</sup> A Lei nº 13.047/2014 consagrou esse entendimento ao estabelecer a natureza híbrida das funções desempenhadas pela autoridade policial, nos seguintes termos: “Os ocupantes do cargo de Delegado de Polícia Federal, autoridades policiais no âmbito da polícia judiciária da União, são responsáveis pela direção das atividades do órgão e exercem função de natureza jurídica e policial, essencial e exclusiva de Estado”.

<sup>25</sup> “O processo penal alemão com a reforma de 1975 teve a estrutura correspondente ao ‘inquérito’ sensivelmente modificada, assumindo o Ministério Público (Staatsanwaltshaft) uma posição de supremacia na condução das investigações. No entanto, esta modificação contribui também para a emancipação do Ministério Público e para um novo equilíbrio de poder na investigação desfavorável ao suspeito, sendo que a investigação preliminar vem sendo alvo de profundas críticas e de um movimento reformista no sentido de

ação penal privada (FERREIRA, 2012, p. 97).

Nesse sentido, Lopes Júnior (2001, p. 97), alerta sobre os riscos da investigação pelo órgão acusador:

Na prática, o promotor atua de forma parcial e não vê mais que uma direção. Ao se transformar a investigação preliminar numa via de mão única, está-se acentuando a desigualdade das futuras partes com graves prejuízos para o sujeito passivo. É convertê-la em uma simples e unilateral preparação para a acusação, uma atividade minimista e reprovável, com inequívocos prejuízos para a defesa.

Por fim, tem-se o modelo do inquérito policial adotado no Brasil e Inglaterra<sup>26</sup>, que tem a grande vantagem de separar em órgãos distintos as funções de investigar, atribuída à Polícia, de acusar, atribuída ao Ministério Público, e de julgar, destinada ao Judiciário, minimizando a possibilidade de eventual parcialidade na condução das investigações. Como já ficou demonstrando no tópico anterior deste capítulo, o atendimento às “regras do jogo”, em especial aquelas presentes no texto constitucional, fazem parte do parâmetro garantista de regular exercício de qualquer atividade estatal, em especial aquelas que podem ter reflexos sobre direitos fundamentais, como a investigação criminal.

Com bem pontua Valente (2009, p.317):

A investigação criminal compõe-se de actos juridicamente préordenados que são praticados por grupos de pessoas legal e legitimamente autorizadas, que seguem um modelo padronizado e sistemático, e que irão dizer se existiu ou não um crime, determinar os autores e reunir as provas necessárias a uma decisão.

Não se concebe a existência de um procedimento de investigação criminal ou com finalidade criminal, realizado à revelia do direito e da lei. No caso, tais instrumentos de investigação não podem embasar, sem ofensa ao devido processo legal, ação penal cujo

---

*reforço aos direitos de defesa*”. (CHOUKR, 2006, p. 39).

<sup>26</sup> “No Sistema Inglês inexistente a figura do Juízo de Instrução, recaindo exclusivamente sobre a polícia o dever na consecução das investigações criminais, podendo avaliar os resultados dos procedimentos investigatórios e iniciar a persecução criminal, com a acusação do suspeito e remetendo o caso ao ‘Crown Prosecution Service’ (Serviço da Promotoria da Coroa), que deverá notificar o acusado e preparar o procedimento para julgamento”. (FERREIRA, 2012, p.99).

propósito final é a condenação do indivíduo a penas que poderão lhe restringir a vida, liberdade ou propriedade. Na consecução do Direito Processual Penal não há espaço para subterfúgios, pois as possíveis consequências poderão ofender aos bens mais preciosos do ser humano, mormente a liberdade. Ora, quaisquer procedimentos, distintos daqueles previstos por lei, cuja finalidade precípua não envolve a apuração de delitos, não podem ser usados em processo criminal, uma vez que afrontam o devido processo legal, bem como ao princípio da legalidade (FANTINI, 2010, p.34).

No artigo 144, §1º, incisos I e II, da Constituição Federal brasileira estão definidas as atribuições investigativas da Polícia Federal, nos seguintes termos:

I - apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei.

II - prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e o descaminho, sem prejuízo da ação fazendária e de outros órgãos públicos nas respectivas áreas de competência.

Já o inciso IV do mesmo dispositivo constitucional prevê as atribuições das Polícias Cíveis, a quem compete *“as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares”*. Por sua vez, o artigo 4º do Código de Processo Penal dispõe que a *“polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria”*. Os artigos seguintes do mencionado código regulamentam o instrumento legal adequado onde se formaliza a investigação criminal, o inquérito policial.

Para os crimes previstos no Código Penal Militar, a sua apuração deve obedecer ao Título III do Código de Processo Penal Militar e ser formalizada por meio de inquérito policial militar.

Também em caráter excepcional, existem alguns instrumentos normativos que preveem a possibilidade de outras autoridades promovam investigação criminal, sem que seja estabelecido o procedimento formal a ser aplicado:

a) as Comissões Parlamentares de Inquérito – CPIs, conforme previsão do art. 58, §3º, da

Constituição da República de 1988;

b) as Procuradorias Gerais de Justiça, que deverão apurar o envolvimento de membros do Ministério Público em eventual ilícito penal, de acordo com a Lei n.º 8.625/93 - Lei Orgânica Nacional do Ministério Público;

c) os Tribunais de Justiça, Regionais Federais ou Superiores, que deverão promover a investigação criminal quando houver possível cometimento de ilícito penal por magistrado, conforme prevê a Lei Complementar n.º 35/79 – Lei Orgânica da Magistratura Nacional.

Há, ainda, duas hipóteses de atribuição de poder investigatório com base em regimento interno, ambas de questionável legalidade:

a) o Presidente ou Ministro do Tribunal deverá presidir inquérito ou delegar esta função a outra autoridade quando ocorrer um crime no interior da sede do respectivo Tribunal, nos termos do artigo 43 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e artigo 58 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça;

b) as polícias do Senado Federal e da Câmara dos Deputados também serão responsáveis por apurar ilícitos praticados no interior das casas legislativas, conforme a Resolução n.º 59/2002 do Senado Federal e Resolução n.º 018/2003 da Câmara dos Deputados.

O estabelecimento de procedimentos de investigação criminal ou a atribuição desse poder para outras autoridades por meio de normas regimentais ou resoluções afronta o artigo 22, inciso I, da Constituição Federal que estabelece como competência privativa da União legislar sobre Direito Penal e Processual. Para que o Estado possa exercer de forma legítima seu poder de persecução penal, é preciso observar os limites exigidos pelo devido processo legal e pelo princípio da legalidade também na fase de investigação criminal.

Apesar da ausência de previsão legal expressa, o Ministério Público vem conduzindo diretamente investigações criminais no Brasil. Trata-se de tema polêmico, que não se pretende aprofundar neste estudo<sup>27</sup>, mas que não poderia deixar de ser mencionado. São apresentados como argumentos favoráveis a esse posicionamento a teoria dos poderes implícitos<sup>28</sup>, a regra interpretativa segundo a qual quem pode o mais (acusar) pode o menos

---

<sup>27</sup> Para aprofundamento do tem, conferir Silva (2011), Bitencourt (2012) e Nucci (2012).

<sup>28</sup> “Poderes implícitos só podem existir quando a Constituição for omissa, isto é, quando não conferir os meios expressamente em favor do titular ou em favor de outra autoridade, órgão ou instituição. Se, no entanto, expressamente outorgar a quem quer que seja o que se tem como meio para atingir o fim pretendido, não se pode falar em poderes implícitos. Não há poder implícito onde este foi explicitado, expressamente estabelecido, mesmo que tenha sido em favor de outra instituição. Enfim, o poder implícito somente pode ser reconhecido quando a Constituição não disciplina a matéria: a competência que atribuída a um órgão, não pode ser invocada por outro, sob nenhum pretexto, como acemente sentenciar Canotilho: ‘Mas são claros os limites dos poderes implícitos: eles não podem subverter a separação e a interdependência dos órgãos de soberania constitucionalmente estabelecida, estando em especial excluída a possibilidade de eles afetarem

(investigar)<sup>29</sup>, de que no direito comparado assim se procede, que o Supremo Tribunal Federal permite<sup>30</sup>, bem como que a corrupção policial<sup>31</sup> e a sua falta de estrutura impedem a apuração eficiente de crimes<sup>32</sup>.

Como objeção à investigação direta pelo Ministério Público, apresenta-se a ofensa ao princípio da legalidade (artigo 37 da Constituição Federal), em face da ausência da previsão legal, a ofensa ao princípio do devido processo legal (artigo 5º, LIV, da Constituição Federal), em razão do não atendimento às prescrições do Código de Processo Penal sobre quem deve conduzir e como o procedimento investigativo deve se desenrolar. A ausência de forma, objeto, procedimento, prazo, maneiras de conclusão, e não submissão ao controle judicial, leva, também, à violação dos princípios da privacidade e da publicidade. Além disso, como o Ministério Público é a parte responsável pela acusação no processo penal, há desrespeito ao princípio da isonomia processual e paridade de armas em relação ao réu, que não poderá promover investigação privada, sob pena de usurpar função pública<sup>33</sup>. Sobre a questão do direito comparado, já se abordou acima os três modelos de investigação e houve uma clara opção do constituinte brasileiro de 1988 pelo sistema inglês do inquérito policial. Por fim, em relação às investigações realizadas por outros órgãos em âmbito administrativo como IBAMA, Receita Federal e o próprio Ministério Público através do inquérito civil, cabe

---

*poderes especificamente atribuídos a outros órgão”* (BITENCOURT, 2012, p.133).

<sup>29</sup> Investigar não é um menos em relação a acusar, assim como acusar não é um menos em relação a sentenciar. São funções distintas. “*As competências são outorgadas expressamente aos diversos poderes, instituições e órgãos constitucionais. Nenhuma é mais, nenhuma é menos. São o que são, porque as regras de competência são regras de procedimento ou regras técnicas, havendo eventualmente regras subentendidas (não poderes implícitos) às regras enumeradas, porque submetidas a essas e, por conseguinte, pertinente ao mesmo titular. Não é o caso em exame, porque as regras enumeradas, explicitadas, sobre investigação na esfera penal conferem esta à Polícia Judiciária, e são regras de eficácia plena, como costumam ser as regras técnicas*” (SILVA, 2011, p.1155).

<sup>30</sup> Existe entendimento do próprio Supremo Tribunal Federal contrário à investigação criminal pelo Ministério Público, como o RHC 81326/DF. Contudo, existe uma tendência atual de possibilitar um poder investigatório supletivo à Polícia Judiciária para apurar crimes cometido por policiais, por membros do *parquet* e crimes contra a administração pública, ainda pendente de decisão final referente ao RE 593.727 e HC 84.548.

<sup>31</sup> “*Uma das características do crime organizado está no envolvimento de autoridades públicas como um dos modos de sua ação e de sua impunidade. Não falta quem diga que o fato de a polícia estar na linha de frente da investigação criminal contribui para a contaminação de alguns de seus elementos, e não é garantido que, se o Ministério Público assumisse tal condição, ficaria imune aos mesmos riscos*” (SILVA, 2011, p.1156).

<sup>32</sup> A questão da falta de estrutura das polícias se resolve dando esse estrutura, não usurpando suas funções. O Ministério Público também não possui tal estrutura, pois já é responsável por uma série de atribuições relevantíssimas, além de não dispor de corpo técnico nem de expertise para desenvolver a investigação criminal.

<sup>33</sup> A profissão de detetive particular ainda não é regulamentada no Brasil, mas já existe projeto lei nº 1.211/2011 aprovado na Câmara dos Deputados e ainda pendente de análise no Senado Federal, tendo sido considerado inconstitucional a atribuição de natureza criminal aos detetives particulares, por ser a atividade de apuração de infrações penais atribuída constitucionalmente às Polícias Civil e Federal, ficando permitida apenas a coleta de dados e informações de natureza não criminal. O § 1º do artigo 4º do mencionado projeto de lei ficou com a seguinte redação: “*É vedado ao detetive particular prosseguir na coleta de dados e informações de interesse privado se vislumbrar indício de cometimento de infração penal, cabendo-lhe comunicar ao delegado de polícia*”. Disponível em [www.camera.gov.br](http://www.camera.gov.br). Acesso em 11 mar 2015.

esclarecer que essas investigações não têm finalidade criminal, mas seu resultado já pode oferecer elementos suficientes para a formação da opinião sobre o delito e possibilitar a apresentação da ação penal em juízo. Contudo, no caso de insuficiência, o trabalho a ser conduzido pela Polícia Judiciária é imprescindível, em especial quando se trata de organização criminosa que para identificação de sua amplitude e extensão com frequência é necessária a utilização de técnicas especiais de investigação criminal que só podem ser efetivadas pelo órgão constitucionalmente detentor dessa atribuição.

Voltando aos demais aspectos da investigação criminal, em estudo desenvolvido em atendimento a demanda da Organização das Nações Unidas para elaboração de um manual de formação em direitos humanos para força policiais, Lasso (2001, p. 80) ressaltou que

a investigação do crime constitui a primeira etapa fundamental da administração da justiça. Trata-se do meio pelo qual aqueles que são acusados de um crime podem ser levados a comparecer perante a justiça a fim de determinar a sua culpabilidade ou inocência. É também essencial para o bem-estar da sociedade, pois o crime causa sofrimento entre a população e compromete o desenvolvimento econômico e social. Por estas razões, a condução das investigações criminais de forma eficaz e em conformidade com a lei e com os princípios éticos é um aspecto extremamente importante da atividade policial.

Ao analisar os sistemas de investigação preliminar, Lopes Júnior (2001, p. 40), estabelece como fundamento de existência desta fase da persecução penal a sua “*instrumentalidade garantista*”. De um lado ela é necessária para fundamentar a decisão de abertura ou não do juízo oral (fase processual). De outro lado, assim como o processo não é um fim em si mesmo, a fase garantista da investigação criminal tem como finalidade evitar acusações e processos infundados. Para Carnelutti (1997, p.338), a investigação preliminar não se faz para a comprovação de um delito, mas para excluir uma acusação aventurada. Além disso, serve para evitar equívocos, um verdadeiro obstáculo judicial a superar antes de poder abrir o processo judicial (1997, p. 346).

O processo é o caminho necessário para a pena, mas antes de chegar a ela é preciso percorrer todo esse caminho. A investigação preliminar é o primeiro degrau da escada e, através dela, se chegará a uma gradual conceituação de sujeito passivo. Com base nos elementos fornecidos na investigação preliminar, serão realizados esses diferentes juízos, de

valor imprescindível para chegar ao processo ou ao não processo (LOPES JÚNIOR, 2001, p.45).

Além de servir de filtro processual, a investigação também esclarece um fato oculto, pois aquele que rompe com as regras de convivência social para ofender ou ameaçar os bens jurídicos tutelados pela última esfera de controle precisa ocultar sua ação e os instrumentos que utilizou para praticá-la de forma a ter sucesso em seu intento criminoso, além de não desejar sofrer a consequência jurídica da sua conduta que é a pena. Assim, na maioria dos casos, é necessário que a vítima informe ao Estado a ocorrência do fato criminoso por meio da formulação de uma *notitia criminis* para gerar a reação estatal que, conforme apontado por Dias e Andrade (1992, p. 135), deve levar em consideração quatro elementos:

a) Índole secreta do crime: pela própria expressão material e fática da conduta, pode evitar por completo a observação. Também os delitos sem vítima concreta, como nos delitos contra a saúde ou a fé pública, ou naqueles em que a vítima não tem consciência da ilicitude da conduta, o que frequentemente ocorre nos crimes econômicos, pode prejudicar a reação estatal;

b) Razões da vítima: a vítima é considerada a mais decisiva instância não formal de seleção, pois cerca de 90% (noventa por cento) da delinquência oficial é introduzida no sistema penal por meio dela. Assim, podem existir razões específicas que a impeçam de noticiar o fato, como a falta de confiança nas instâncias formais de controle do Estado e o desejo de evitar os incômodos resultados aleatórios da atuação dessas instâncias, o medo de represálias ou mesmo de evitar uma exposição pública da sua condição de vítima e das circunstâncias em que se deu o fato criminoso;

c) Tolerância social: a capacidade da sociedade de absorver determinadas taxas de criminalidade e certas modalidades de delitos. Tanto maior será a tolerância da sociedade quanto menor seja a correspondência entre as normas penais e as representações axiológicas da coletividade;

d) Reações privadas: existe uma tendência crescente de utilizar formas privadas de resposta ao delito, revelando a falta de confiança nos instrumentos formais de controle da criminalidade. Essas reações vão desde as manifestações mais simples de autotutela até as reações para-institucionais aplicadas por empresas, supermercados e grandes centros comerciais.

A investigação criminal preliminar ainda tem uma outra finalidade de salvaguardar a sociedade em razão de atender ao anseio da sociedade de que as condutas que possam configurar ilícitos penais venham a ser objetos de apuração pelo Estado, evitando a

impunidade e proporcionando a deflagração do processo penal que pode culminar como uma justa punição àquele que descumpriu as normas de conduta social. Após pontuar que a investigação preliminar protege a sociedade pelo afastamento da certeza de impunidade, pelo seu caráter oficial, pelo estímulo negativo para prática de novas infrações e possível impedimento da consumação de um delito, Lopes Júnior (2001, p. 45) ressalta também a sua função cautelar nesse contexto, afirmando que

podem ser adotadas medidas que tenham natureza pessoal, patrimonial ou probatória. A produção antecipada de provas pertence à classe das medidas de proteção da prova, pois visa assegurar provas técnicas ou testemunhais. Sem embargo, não é esta a única manifestação da função cautelar. As medidas cautelares patrimoniais têm como objeto garantir o pagamento das custas do processo e/ou o ressarcimento dos prejuízos causados pelo delito, ou seja, basicamente assegurar a eficácia da sentença condenatória com relação às responsabilidades civis. Isso também contribui para manter a tranquilidade social e a confiança no funcionamento da justiça.

Mas, sem dúvida, são as medidas cautelares de caráter pessoal que exteriorizam com mais clareza a proteção da sociedade e o restabelecimento da paz social afetada pelo delito.

Assim, resta claro que a investigação criminal é uma proteção ao cidadão no sentido de que não será submetido a um processo abusivamente, mas também uma defesa conferida à sociedade de que os atos ilícitos serão efetivamente reprimidos, ainda que aquele que os praticou tente se furtar da responsabilização penal por meio da ocultação do fato criminoso ou de seus instrumentos e proveitos.

A atividade da Polícia Judiciária é, portanto, de suma importância para o sucesso da segunda fase da persecução penal. Não só porque nela devem ser observados também os limites à atuação estatal, mas também em razão da atividade de investigação ser o meio mais legítimo para apurar a conduta de indivíduos que ofendem os valores penalmente tutelados e, portanto, mais caros de uma sociedade, e depois levar ao seu processamento, julgamento e punição, assegurando a liberdade daqueles que foram ofendidos. Sem segurança, não há liberdade.

Canotilho (1993, p. 407), destaca que a função de direitos de defesa dos cidadãos se cumpre sob uma dupla perspectiva: jurídico-objetiva – com “*normas de competência*

*negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual” e jurídico-subjetiva – por meio do “poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa)”.*

Contudo, não se pode esquecer que o Estado também tem deveres de proteção, que para Sarlet (2007, p. 165), devem ser exercidos

no sentido de que a este incumbe zelar, inclusive preventivamente, pela proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos não somente contra os poderes públicos, mas também contra agressões providas de particulares e até mesmo de outros Estados. Esta incumbência, por sua vez, desemboca na obrigação de o Estado adotar medidas positivas da mais diversa natureza (por exemplo, por meio de proibições, autorizações, medidas legislativas de natureza penal etc.), com o objetivo precípuo de proteger de forma efetiva o exercício dos direitos fundamentais.

Como toda atividade da administração pública, a atividade de investigação criminal, parte da política de segurança pública do Estado, deve atender ao princípio da eficiência, consagrado no texto constitucional brasileiro a partir da emenda constitucional número 19 de 1998 que o incluiu expressamente no *caput* do artigo 37.

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

Bulos (2007, p. 644) define esse princípio como aquele que prescreve que o aparelho estatal deve se revelar apto a gerar benefícios, prestando serviços à sociedade e respeitando o cidadão contribuinte. Advoga que a eficiência traduz a ideia de presteza, rendimento funcional, responsabilidade no cumprimento de deveres impostos a todo e qualquer agente público, com o objetivo de obter resultados positivos no exercício dos serviços públicos, satisfazendo as necessidades básicas dos administrados. Seria um reclamo contra a burocracia estatal, avessa à resolução imediata e rápida de problemas, e contra a conduta tecnocrática, que se volta contra a qualidade final dos serviços que podem ser prestados para satisfação do usuário.

É importante ressaltar que, embora as raízes do conceito de eficiência estejam no campo da ciência da administração, na seara jurídica, não se confunde com mera economicidade. Conforme destaca Almeida Neto (2013, p.143):

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

Nesse sentido, Modesto (2000, p. 65) aponta que para atendimento ao princípio além da exigência da racionalização e otimização no uso dos meios, também é preciso que os resultados tenham qualidade e satisfatoriedade. Em outras palavras, não basta simplesmente atender à noção de economicidade do ato praticado pela administração, mas se deve buscar também o resguardo da dignidade da pessoa humana e o atendimento das necessidades coletivas.

A análise da efetividade implica, portanto, na verificação do resultado positivo do ato realizado. Trazendo essa noção para o processo penal, significa que um ato investigação ou processual gerou o efeito que dele se espera. Assim, a obtenção de elementos sobre a prática de um ato ilícito deve ser célere, sob pena de não se prestar mais ao fim pretendido, por não ser mais encontrado. Por outro lado, um elemento probatório colhido durante uma investigação tem como objetivo a instrução processual e para tanto, é preciso obedecer ao devido processo legal em sua coleta, sob pena de não se atingir o fim almejado, pois provas ilícitas não podem ser utilizadas no processo.

O Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, elaborou estudo sobre a eficiência do sistema de justiça criminal no Brasil, coordenado por Ferreira (2008, p. 39), e propõe como medida para verificação do desempenho da apuração de crimes pela polícia a verificação da proporção de crimes registrados que chegam até a denúncia (ou queixa-crime) nos procedimentos ordinários ou sumários da Justiça criminal relativos aos casos de crimes comuns, ou até a audiência preliminar de procedimento sumaríssimo nos casos de infração de

menor potencial ofensivo. Quanto maior a proporção, mais eficaz seria a ação da polícia.

Contudo, esse parâmetro de análise pode trazer falsos resultados, pois é preciso lembrar que a finalidade da atividade de investigação criminal não é apenas possibilitar a denúncia de um crime, mas também levantar elementos mínimos que justifiquem a deflagração ou não de uma ação penal, podendo se chegar à conclusão que esses elementos não existem ou mesmo de que o fato investigado sequer configurou uma ação penalmente relevante. Não se esqueça, ainda, da função cautelar de produção antecipada de provas comentada acima.

Por outro lado, como o próprio estudo reconhece, a eficácia do trabalho policial depende da ajuda da população e de órgãos públicos ou privados. *As informações disponibilizadas por vítimas, testemunhas e organizações são fundamentais no registro e apuração de crimes e na detenção de infratores* (Pereira, 2008, p.41).

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

A sociedade contemporânea não pode prescindir dos mecanismos hoje existentes para o efetivo combate à macrocriminalidade que instrumentalizem o processo penal, como a interceptação telefônica e telemática, as buscas domiciliares e acesso a dados dos investigados, institutos, aliás, utilizados por todos os países responsáveis e civilizados (SANCTIS, 2009, p. 91). Mas é preciso compatibilizar o emprego dessas técnicas com os direitos fundamentais dos investigados, aplicando-as apenas quando realmente necessárias e apenas para os casos mais importantes.

A história do processo penal é marcada por movimentos pendulares, ora prevalecendo ideais de segurança social, de eficiência repressiva, ora predominando pensamentos de proteção ao acusado, de afirmação e preservação de suas garantias. De acordo com Fernandes (2010, p.19), essa diversidade de encaminhamentos é manifestação natural da eterna busca de equilíbrio entre o ideal de segurança social e a imprescindibilidade de se resguardar o indivíduo em seus direitos fundamentais, uma dicotomia representada pelo confronto entre eficiência e garantismo no processo penal, mas *“em uma visão moderna, esses dois vetores não se opõem, pois não se concebe um processo eficiente sem garantismo”*.

### 2.3 A possibilidade de relativização dos direitos fundamentais do investigado

As Constituições dos Estados surgiram como instrumento de limitação do poder político e como forma de assegurar direitos e garantias individuais aos seus cidadãos. Com o decorrer do tempo e a evolução da vida em sociedade, passaram a abarcar outros temas e a ter maior protagonismo na regulação das relações sociais e no estímulo a determinados valores. Diversas conceituações doutrinárias de Constituição podem ser encontradas, classificáveis em sociológicas, políticas ou jurídicas, de acordo com o enfoque que se pretende dar.

Expoente da concepção sociológica, Lassale (1988, p.37) defendeu que a Constituição escrita é mera folha de papel e que a Constituição real seria, na verdade, resultado da soma dos fatores reais de poder de uma nação. Schmitt (1982, p. 46-47) via a Constituição como decisão política fundamental da unidade política, distinguindo a Constituição propriamente dita, que se refere àquelas normas de grande relevância jurídica, sobre organização do Estado, princípios democráticos e direitos fundamentais, dos demais dispositivos que tratam de outros assuntos, mas também estão contidos na Constituição, denominando-os apenas de leis constitucionais.

A visão jurídica de Constituição foi elaborada de forma mais científica por Kelsen (2006, p. 222), segundo o qual haveria uma norma fundamental hipotética, de caráter lógico-jurídico, que dá fundamento à criação da Constituição em sentido jurídico-positivo e a todo o direito positivo. Preocupado com a compreensão material de Constituição e em oposição ao conceito meramente formal de Kelsen, Smend (1985, p.132) definiu Constituição como a ordenação jurídica da dinâmica vital do processo de integração do Estado, cuja finalidade é a perpétua reimplantação da realidade total do Estado.

Apesar do esforço de se encontrar um conceito que retrate a importância da Constituição tanto no plano formal quanto no plano material, ou que englobe as suas dimensões sociológica, política e jurídica, isso ainda não foi possível. Como constatou Bonavides (2004, p.93), *“a palavra Constituição não basta, hoje, no campo do Direito Constitucional, para exprimir toda a realidade pertinente à organização e funcionamento das estruturas básicas da sociedade política”*.

Para superar esse problema, passou-se a utilizar a expressão sistema constitucional<sup>34</sup>, que é mais abrangente e leva em consideração a complexidade do fenômeno

---

<sup>34</sup> Para Carvalho (2008, p. 23), a expressão sistema constitucional *“traduz o sentido tomado pelo texto constitucional, em face da ambiência social, a cujas pretensões está sujeito em escala crescente, retratando a globalidade do fenômeno de ordenação jurídica fundamental do Estado e da sociedade”*.

jurídico que não se restringe à norma, mas também inclui fatos e valores sociais. Mesmo não sendo o conceito de sistema unívoco, a expressão dá ideia de limite, contornos do ordenamento jurídico, permitindo estabelecer o que faz parte dele ou não.

Tem-se, assim, a Constituição como marco inaugural do sistema jurídico, que tem por finalidade regular racionalmente a conduta humana e ao mesmo tempo assegurar os valores da pessoa humana, em especial sua dignidade. Além de específico em relação aos demais, o sistema jurídico é aberto, pois

tem uma estrutura dialógica, traduzida na disponibilidade e capacidade de aprendizagem das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da verdade e da justiça (CANOTILHO, 1993, p. 165).

Sob outro prisma, e em decorrência de sua abertura, o sistema jurídico também é dinâmico, não só pela possibilidade de criação e revogação de normas jurídicas como apontado por Kelsen, mas principalmente em razão da mutação das significações normativas manifestada através da interpretação e aplicação das normas jurídicas (NEVES, 1988, p. 31-32).

A Constituição, portanto, deve ser analisada como um dinâmico sistema aberto de regras e princípios. Neste trabalho, não se discutirá a fundo a polêmica distinção entre princípios e regras<sup>35</sup>, mas é preciso pontuar que enquanto as regras seguem a lógica do tudo ou nada, os princípios constitucionais permitem o balanceamento de interesses, de acordo com seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes (CANOTILHO, 1993, p. 168).

De acordo com Alexy (2008, p.103), os princípios seriam mandamentos de otimização que exigem que algo seja realizado dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes, conforme cada caso concreto. Defende, ainda, o autor alemão a aplicação da teoria dos princípios à teoria dos direitos fundamentais, ensinamento este seguido no presente estudo para análise do direito à privacidade e seus consectários, objeto de nossa pesquisa.

A teoria de Alexy teria como fundamento a elucidação e a clarificação do discurso ético, pois como indivíduos resolvem conflitos e coordenam ações pelo uso da linguagem, falando uns com os outros, isso implica que o discurso, e não a propaganda ou a violência, é a mais básica forma de ação humana (MENÉDEZ, 2004, p. 2). Em razão da abertura do texto

---

<sup>35</sup>Para aprofundar o tema, conferir Ávila (2005).

legal que possibilita a existência de *hard cases*, nos quais o magistrado não pode se limitar a dizer a lei, simplesmente porque sua redação não oferece uma solução incontroversa para o caso concreto, é preciso buscar soluções racionais para esse problema<sup>36</sup>.

A Constituição prevê diversos direitos e deveres que eventualmente entram em conflito em determinados casos concretos e que, por isso, podem ser limitados, de sorte que não há direito fundamental absoluto. A Declaração de Direitos proclamada na França em 1789 já previa em seu artigo 4º, como limites das liberdades de cada, um o gozo dessas mesmas liberdades pelos outros membros da sociedade (COLLIARD, 1972, p.109).

Contudo, os direitos fundamentais não encontram limites apenas em outros direitos da mesma natureza, mas também no interesse público específico com base em outros valores e normas desde que igualmente constitucionais. Nessa segunda situação estão em jogo direitos fundamentais e bens da coletividade ou do Estado constitucionalmente protegidos.

Alexy (2008, p. 94-95) traz um interessante exemplo de choque entre direitos fundamentais e interesses do Estado julgado pelo Tribunal Constitucional alemão. Um acusado em um processo penal estaria impossibilitado de participar de uma audiência em razão do risco de sofrer um derrame cerebral ou um infarto. Nesse caso haveria uma colisão entre o direito estatal de garantir uma aplicação adequada do Direito Penal e o interesse do acusado de manter incólume sua vida e sua integridade física.

Para solucionar o problema, o doutrinador alemão constata que abstratamente ambos os interesses estão no mesmo plano e propõe que seja feito um sopesamento<sup>37</sup> entre os interesses conflitantes no caso concreto para decidir qual deles deve prevalecer, aplicando-se o princípio da proporcionalidade para se chegar à solução adequada.

De acordo com esse princípio, três máximas parciais devem ser observadas. A primeira, da adequação, impõe que o meio empregado deve ter idoneidade para alcançar o resultado pretendido. É um critério negativo que elimina meios não adequados. Além disso, se

---

<sup>36</sup> Na obra *A Teoria da Argumentação Legal*, Alexy busca responder a questão de como argumentar de forma legal os *hard cases*, “*where and to what extent value-judgments are required, how the relationship between these value-judgments and the methods of legal interpretation as well as the propositions and concepts of legal dogmatics are to be determined, and how these value-judgments can be rationally grounded or justified*”. Conferir Alexy (1989, p. 7).

<sup>37</sup> “*A lei de colisões significa, em primeira linha, àquilo que resulta das colisões. Porém, ela não trás nenhuma evidencia de como tais embates devam ser resolvidos. É aí que entram em cena as chamadas ponderações de princípios. A técnica de ponderação é que trará a medida mais efetiva para a resolução das colisões como ocorre com a vida e a dignidade na anencefalia fetal; através dela, afasta-se o princípio que, diante das condições fáticas e jurídicas observadas no caso concreto, tenha um peso menor. Para tanto, a ponderação estrutura-se por três fases gradativas: a primeira defini o grau de limitação a um princípio; na segunda, se verifica a importância de se efetivar outro comando principiológico e na terceira, pondera-se se a efetivação de um princípio justifica a limitação do primeiro*” (XAVIER, 2012, p.228).

existir mais de um caminho a ser trilhado, aquele menos gravoso deve ser escolhido. Por fim, deve ser realizada a ponderação propriamente dita (ALEXY, 2008, p. 116-117).

As máximas parciais da adequação e da necessidade expressam mandamento a ser otimizado em relação às possibilidades fáticas e não tratam de ponderação, mas do modo de evitar intervenções em direitos fundamentais que sem custos para outros princípios são evitáveis. A máxima parcial da proporcionalidade em sentido restrito se refere às possibilidades jurídicas, que são os princípios ou normas de direitos fundamentais em jogo na colisão. É o campo onde se efetiva a ponderação.

A técnica da ponderação desenvolvida por Alexy é objeto de críticas especialmente apresentadas por Habermas<sup>38</sup>, que propõe o modelo do discurso de aplicação proposto por Klaus Günther, segundo o qual o debate jurídico comporta dois níveis discursivos: discursos de justificação e de aplicação. A teoria criada por Günther é que a justificação de normas e a aplicação de normas, sejam elas regras ou princípios, têm objetivos diferentes e são guiadas por princípios norteadores específicos. Somente a fundamentação de normas é orientada pelo princípio da universalidade, idealizado por Habermas – assim representado por Günther: (U) – ao passo que a aplicação de normas já fundamentadas aos casos concretos exige uma perspectiva distinta. Logo, Günther visa exonerar o instante da fundamentação do excesso de tarefas que fariam corretas as críticas que apontam à inviabilidade prática de (U). O próprio Habermas aceitou a necessidade de reformulação do princípio (U) nos termos em que Klaus Günther sugere. (HABERMAS, 1997, p.215-216).

A técnica da ponderação não significa uma simples solução silogística, mas um

---

<sup>38</sup> Oliveira (2004, p. 535) considera a resposta obtida por meio da ponderação como inadequada ao paradigma procedimental do Estado democrático de direito, apontando os seguintes problemas que sintetizam as críticas de Habermas:

- a) ao se admitir uma compreensão dos princípios jurídicos como mandamentos de otimização, aplicáveis de maneira gradual, Alexy emprega uma operacionalização própria dos valores: isso faria, então, com que os princípios perdessem a sua natureza deontológica, transformando o código binário do Direito em um código gradual;
- b) como consequência desse raciocínio, o Direito passaria a indicar o que é preferível, em vez de o que é devido;
- c) o Direito – como pretensão de universalidade sobre a correção de uma ação – então, não mais pode ser considerado como um “trunfo”, como quer Dworkin, nas discussões políticas que envolvam o bem-estar de uma parcela da sociedade; desnatura-se, portanto, a tese sobre a prevalência do justo sobre o bem, como preceitua Rawls;
- d) a tese de Alexy nega a diferenciação entre discursos de justificação e discursos de aplicação, transformando a atividade judiciária em um poder constituinte permanente;
- e) olvida-se da racionalidade comunicativa, uma vez que todo o raciocínio é pautado por uma racionalidade instrumental, deixando a aplicação jurídica a cargo de um raciocínio de adequação de meios a fins, ficando em segundo plano a questão da legitimidade da decisão jurídica; exatamente por isso o raciocínio sobre a ponderação acaba por cair em um decisionismo de cunho irracionalista, isto é, ausência de uma racionalidade comunicativa.

processo explícito e transparente de argumentação legal. O objetivo é estabelecer um critério que permita a replicação do julgamento para avaliar sua precisão. Apesar disso, devido à limitações cognitivas humanas, a argumentação legal nunca vai ter a precisão de um cálculo matemático, mas pelo menos inclui o elemento da racionalidade na atividade (MENÉDEZ, 2004, p.10).

Nas investigações criminais que versam sobre crimes cibernéticos, a busca dos vestígios de autoria e materialidade frequentemente deve ser realizada por meio de técnicas de investigação que podem se chocar com os direitos fundamentais previstos nos incisos X, XI e XII do artigo 5º da Constituição Federal Brasileira, quais sejam, direito à privacidade, inviolabilidade do domicílio e das comunicações, que serão analisados mais adiante neste estudo.

Fernandes (2009, p. 10-12), após reforçar que não há antagonismo entre eficiência e garantismo, ressalta que a utilização de meios especiais de investigação e de produção de prova, em especial referente à criminalidade organizada, podem representar limitações a direitos ou garantias constitucionais e, portanto, para serem aceitos devem atender ao princípio da proporcionalidade, com lei prévia que as regule, com as seguintes especificações:

- a) pessoas legitimadas a solicitar o uso desses meios especiais de investigação, as autorizadas a empregá-los em suas atividades e as encarregadas de fiscalizar a sua utilização;
- b) condicionamento do uso do meio em causa a prévia, circunstanciada e fundamentada decisão judicial, com exceções somente para situações em que, em virtude de urgência, isso seja impossível ou desaconselhado;
- c) enunciação dos requisitos para sua concessão.

Interessa saber até onde a atividade de investigação criminal pode ir sem que ofenda esses direitos do investigado e quando, mesmo que possa haver ofensa a esses direitos, será razoável relativizá-los, em sede legal ou judicial, em prol do direito da coletividade à segurança pública e do dever do Estado de promovê-la.

As técnicas investigativas serão objeto do terceiro capítulo deste estudo, mas antes de iniciá-lo, serão abordados o direito à privacidade, o sigilo de dados e a inviolabilidade do domicílio e das comunicações em face da necessidade de promoção da investigação criminal.

### *2.3.1 Direito à privacidade*

Para que o indivíduo possa se autodeterminar e desenvolver sua personalidade, precisa ter liberdade de ação para agir e decidir longe da perturbação de terceiros. Sem sigilo, o desenvolvimento intelectual pode ficar prejudicado. Por isso, o constituinte brasileiro de 1988 declarou o direito fundamental à privacidade no inciso X do seu artigo 5º ao considerar como invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas. No entanto, especialmente após o advento dos avanços tecnológicos, está cada vez mais fácil o acesso a informações pessoais privadas<sup>39</sup>.

O termo privacidade é utilizado em uma acepção ampla, para incluir as manifestações da esfera íntima da pessoa física, tais como sua forma de vida, as relações familiares e afetivas, seus hábitos, sua particularidade, seus pensamentos, seus segredos, seus planos futuros. É o direito de estar só, ou *right of an individual to live a life of reclusion and anonimity*, como decorrência do direito à privacidade<sup>40</sup>, consagrado na doutrina e jurisprudência americana desde 1873 por meio do Juiz Cooly (BULOS, 2007, p.147).

A privacidade, como direito subjetivo fundamental, tem por conteúdo a faculdade de constranger os outros ao respeito e de resistir à violação do que lhe é próprio, isto é, das situações vitais que, por dizerem só respeito a ele, deseja manter para si, ao abrigo de sua única e discricionária decisão. O objeto desse direito, ou seja, o bem a ser protegido, que pode ser uma coisa, não necessariamente física, é a integridade moral do sujeito (FERRAZ JÚNIOR, 1993, p. 440).

Rodatá (2008, p.93) destaca dois aspectos em torno do conceito de privacidade determinados pelas mudanças decorrentes das tecnologias da informação. De um lado, ocorreu

uma redefinição do conceito de privacidade que, além do tradicional poder de exclusão, atribui relevância cada vez mais ampla e clara ao poder de controle. Por outro lado, o objeto do direito à privacidade amplia-se, como

---

<sup>39</sup> Segundo Silva (2006, p.209), o amplo sistema de informações computadorizadas gera um processo de esquadramento das pessoas, que ficam com sua individualidade inteiramente devassada. O perigo é tão maior quanto mais a utilização da informática facilita a interconexão de fichários com a possibilidade de formar grandes bancos de dados, que desvendem a vida dos indivíduos, sem sua autorização e até sem seu conhecimento.

<sup>40</sup> O Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) reconheceu em 13 de maio de 2014 o direito dos cidadãos de serem “esquecidos” na *internet*, ou seja, de poderem pedir ao Google e a outros buscadores que retirem os *links* a informações que os prejudicam ou já não são pertinentes. Somente em um dia (30/05/2014), a empresa Google recebeu 12 mil pedidos de internautas europeus para que seus nomes desapareçam do seu motor de buscas, ao que a imprensa chamou de um novo “direito ao esquecimento”, que nada mais é que uma decorrência do direito à privacidade. (Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/tec/2014/06/1463681-google-recebeu-12-mil-pedidos-de-direito-ao-esquecimento-em-um-dia.shtml>> Acesso em 04 jun 2014).

efeito do enriquecimento da noção técnica da esfera privada, a qual compreende um número sempre crescente de situações juridicamente relevantes.

...

hoje a sequência quantitativamente mais relevante é “pessoa-informação-circulação-controle”, e não mais apenas “pessoa-informação-sigilo”, em torno da qual foi construída a noção básica 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.

Nesse contexto, é importante ressaltar que a vida privada<sup>41</sup> protegida constitucionalmente é aquela íntima, abrangendo inclusive as informações armazenadas em meios digitais, como computadores pessoais e *smartphones*. Contudo, a proteção constitucional não inclui a vida exterior, divulgada para um número irrestrito de pessoas, mormente na atual sociedade informatizada, onde as pessoas estão a todo tempo expondo suas vidas em redes sociais.

Conforme constatado por Rodatá (2008, p. 105), o reconhecimento do direito à privacidade como direito fundamental vem acompanhado de um sistema de exceções que tende a determinar sua aceitação social e sua compatibilidade com interesses coletivos.

As formas de limitação mais difundidas, que chegam a sacrificar a tutela da privacidade em prol de outros interesses, considerados temporariamente ou não como prevalentes, são bem conhecidas e em muitos casos estão previstas na própria legislação sobre bancos de dados. Dizem respeito sobretudo a interesses do Estado (segurança interna ou internacional, polícia, justiça) ou a relevantes direitos individuais e coletivos (tradicionalmente, o direito à informação, sobretudo como liberdade de imprensa; e cada vez mais intensamente o direito à saúde, principalmente em sua dimensão coletiva).

Considerando a crescente utilização dos meios digitais para a prática de crimes ou a presença de vestígios nessas plataformas que possam elucidar a autoria ou a materialidade

---

<sup>41</sup> Vida privada e intimidade são conceitos que carregam consigo uma grande controvérsia no campo do direito, razão pela qual trataremos os dois termos como sinônimos nesse estudo. De acordo com Dotti (1980, p.137), a mobilidade e a extensão do bem jurídico protegido, ou seja, a liberdade através do isolamento, não permitem e nem recomendam a formulação de um conceito definitivo, mesmo porque não é possível estabelecer os limites físicos e espirituais dos ambientes de privacidade.

delitiva, tem-se como razoável o afastamento do direito à privacidade para a investigação criminal, prevalecendo o dever do Estado de promover a persecução penal em face do direito individual do investigado de ter sua privacidade resguardada. Mas é preciso analisar o caso concreto para saber se é necessária autorização judicial para o desenvolvimento da técnica investigativa, bem como se não há outro meio disponível para a coleta da prova.

Nesse sentido, Tucci (1993, p. 419) assevera que os proclamados direitos do indivíduo integrante da comunidade põem-se como autênticas barreiras contra a atuação dos agentes estatais da persecução penal e dos órgãos do Poder Judiciário, limitando-a no interesse da privacidade, cuja asseguuração constitui exigência inarredável do Estado de Direito. Mas o Estado, no exercício do poder-dever de punir, no curso da persecução penal, pode limitar a tutela da intimidade e da vida privada do indivíduo, nos termos da Lei Maior. A diminuição, porém, há que estar vinculada e ser proporcional ao fato perquirido. (PITOMBO,2012, p. 685)

### 2.3.2 Sigilo de dados, inviolabilidade do domicílio e das comunicações

A intimidade, espécie de privacidade, mantém forte ligação com os direitos declarados nos incisos XI e XII do artigo 5º da Constituição Federal, quais sejam, a inviolabilidade de domicílio e o sigilo de correspondências e da comunicação de dados. Contudo, como esclareceu Carvalho (2007, p.137) ao tratar do sigilo bancário, o objeto de proteção do inciso XII é a comunicação de dados informáticos, ou seja, o ato de transmitir e receber dados eletronicamente para que a informação repassada não venha a ser conhecida por pessoa estranha à relação comunicativa, enquanto que o inciso X protegeria os dados informáticos de forma estanque, desde que o seu conhecimento por terceiros afete ou possa afetar a privacidade de alguém. Portanto, temos o sigilo de dados como decorrência do direito à privacidade<sup>42</sup>.

A inviolabilidade do domicílio, por sua vez, está protegida pelo inciso XI da Constituição Federal, nos seguintes termos: *“a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”*.

Quanto ao conceito de casa e domicílio, a doutrina consolidou, ao longo dos anos, interpretação bastante ampla, destacando que devem ser considerados domicílio, para fins de

---

<sup>42</sup> Nesse sentido, conferir Ferraz Júnior, 1993, p. 439: *“a inviolabilidade do sigilo de dados é correlata ao direito fundamental à privacidade”*.

busca e apreensão, as casas e os apartamentos propriamente ditos, devidamente habitados, bem como as áreas contíguas, como quintais e garagens. Também será considerada casa o quarto de hotel, de pousada, de pensão ou qualquer outro lugar fechado utilizado como morada de alguém (por exemplo: edifício abandonado que esteja sendo utilizado como moradia de andarilhos). Igualmente serão considerados casa, para fins de busca domiciliar, o consultório médico, o escritório de advocacia ou outro lugar não aberto ao público em que alguém exerce profissão (BADARÓ, 2008, p. 272).

A inviolabilidade das comunicações, por fim é a garantia de cada indivíduo poder se relacionar com outras pessoas e, para tanto, utilizar os instrumentos de comunicação existentes, sem que o conteúdo de suas conversas seja disponibilizado a terceiros sem seu consentimento. Existem certas manifestações da pessoa que se destinam a permanecer inacessíveis ao conhecimento alheio, ou acessíveis a um grupo reduzido de pessoas, a quem o sujeito permita tal comunicação (FREGADOLLE, 1998, p. 87).

O inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal prevê a inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas. Gomes Filho (1997, p. 121), ao tratar da questão do sigilo das comunicações, esclarece que

tradicionalmente, até porque essa era a única forma de comunicação entre as pessoas que estavam em lugares diversos, o objeto da proteção estava limitado à correspondência epistolar, mais recentemente, com os avanços da tecnologia, problemas correlatos e delicados surgiram igualmente em relação às formas modernas de comunicação, e especialmente as telegráficas, de dados informatizados e telefônicas.

O preceito constitucional em tela, portanto, se destina a todo tipo de comunicação e protege o particular contra ações infundadas do Estado, assim como os demais membros da coletividade. Sobre os progressos tecnológicos, especialmente na área de telefonia, Avolio (2003, p. 90) destaca que

o emprego de meios eletrônicos para conhecer ou documentar o conteúdo de conversações telefônicas é, atualmente, bastante comum e difundido. Devido aos progressos da tecnologia, são, na prática, acessíveis não apenas às autoridades públicas, mas também ao homem comum.

Apesar disso, o sigilo das comunicações é um valor constitucional a ser protegido pelo Estado, apenas podendo ser afastado dentro das condições previstas constitucionalmente e na Lei nº 9.296/96, que inclusive criminaliza a interceptação clandestina de comunicação com pena de dois a quatro anos de reclusão<sup>43</sup>.

Ao tratar das técnicas de investigação especiais que têm reflexos sobre esses direitos e garantias fundamentais, voltaremos ao assunto, mas antes, será feita uma breve análise do tratamento dado ao tema pelo direito norte-americano.

### 2.3.3 Privacidade e investigação criminal nos Estados Unidos da América

No direito norte-americano, o assunto está regulamentado pela quarta emenda à Constituição Federal dos Estados Unidos, que prevê que

o direito do povo à inviolabilidade de suas pessoas, casas, papéis e haveres contra busca e apreensão arbitrárias não poderá ser infringido; e nenhum mandado será expedido a não ser mediante indícios de culpabilidade confirmados por juramento ou declaração, e particularmente com a descrição do local da busca e a indicação das pessoas ou coisas a serem apreendidas<sup>44</sup>.

A jurisprudência da corte suprema norte-americana criou um conceito para a aplicação racional/proporcional de técnicas investigativas que relativizem a inviolabilidade das pessoas, casas, papéis e haveres, que é o seguinte: *reasonable expectation of privacy* (expectativa razoável de privacidade). Del Carmen e Hemmens (2010, cap.1), analisam o caso paradigma *Katz vs. Estados Unidos* e outros subsequentes, além de algumas leis do mencionando país para explorar o que chamam de vigilância eletrônica em uma investigação criminal e dar as bases necessárias para se entender o conceito de expectativa razoável de privacidade.

---

<sup>43</sup> Sobre o bem jurídico tutelado pela vedação à interceptação telefônica não autorizada, Medroni (2012, p. 132) cita duas teorias, originariamente alemãs, uma que afirma que deve ser protegida a *confidencialidade* da palavra, fundamentada pelo perigo de que as palavras desautorizadamente cheguem pelo seu prolator ao conhecimento de pessoas estranhas, e outra, majoritária, que considera o direito à palavra falada, embasada no direito que as pessoas têm de decidir quem pode gravar a sua voz e, uma vez gravada, quem e quando poderá ter acesso ao teor da gravação e à sua voz.

<sup>44</sup> Disponível em <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-à-criação-da-Sociedade-das-Nações-até-1919/constituicao-dos-estados-unidos-da-america-1787.html>>. Acesso em 26 nov 2014.

O precedente *Katz vs. Estados Unidos* de 1967<sup>45</sup> foi levado à corte suprema norte-americana para que fosse verificada a legalidade da condenação de Charles Katz com base na transmissão de informações sobre apostas por meio de aparelho de telefone utilizando linhas do Estado. A Polícia Federal Americana, o FBI, instalou dispositivos de escuta em um telefone público que era usado por Katz e gravou as ligações feitas por ele, no interior da cabine telefônica que era parcialmente feita de vidro, de forma que ele podia ser visto de fora enquanto realizava as ligações. A coleta dessa evidência havia sido considerada legal pela corte inferior, tendo em vista que os policiais não entraram fisicamente na cabine telefônica e, portanto, conforme precedentes *Olmstead vs. Estados Unidos* (1928)<sup>46</sup> e *Goldman vs. Estados Unidos* (1942)<sup>47</sup>, não teriam violado a quarta emenda.

A questão a ser enfrentada pela corte suprema americana era se uma cabine de telefone público era um local constitucionalmente protegido, de forma que a utilização de um aparelho eletrônico de escuta pelo lado de fora seria uma violação ao direito de privacidade do usuário, pois até então, a escuta telefônica não violava a quarta emenda, desde que a área sob proteção constitucional, como o domicílio, por exemplo, não fosse violada.

*Justice* (ministro da corte suprema) Stewart, ao proferir sua decisão sobre o caso de Charles Katz, considerou que a questão de fundo sobre a quarta emenda era se um indivíduo demonstrou uma expectativa subjetiva de privacidade que a sociedade considera razoável<sup>48</sup> e que, portanto, a emenda protegia pessoas e não lugares, de forma que o que a pessoa conscientemente expõe ao público, mesmo em sua própria casa ou escritório não é objeto de proteção constitucional, mas aquilo que a pessoa pretende manter privado, mesmo em uma área acessível ao público, pode ser constitucionalmente protegida (DEL CARMEN e HEMMENS, 2010, p. 18).

*Justice* Harlan seguiu o mesmo entendimento de que a quarta emenda protege pessoas e não lugares e concluiu que a verdadeira questão era saber que tipo de proteção a

---

<sup>45</sup> Disponível em <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/389/347/case.html>>. Acesso em 27 nov 2014.

<sup>46</sup> Disponível em <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/277/438/case.html>>: “*Evidence of a conspiracy to violate the Prohibition Act was obtained by government officers by secretly tapping the lines of a telephone company connected with the chief office and some of the residences of the conspirators, and thus clandestinely overhearing and recording their telephonic conversations concerning the conspiracy and in aid of its execution. The tapping connections were made in the basement of a large office building and on public streets, and no trespass was committed upon any property of the defendants. Held, that the obtaining of the evidence and its use at the trial did not violate the Fourth Amendment*”. Acesso em 27 nov 2014.

<sup>47</sup> Disponível em <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/316/129/case.html>>: “*The use by federal agents of a detectaphone, whereby conversations in the office of a defendant were overheard through contact on the wall of an adjoining room, did not violate the Fourth Amendment, and evidence thus obtained was admissible in a federal court*”. Acesso em 27 nov 2014.

<sup>48</sup> *Whether an individual has exhibited a subjective expectation of privacy that society considers reasonable*”.

norma constitucional confere, tendo definido o padrão de ponderação que é utilizado até hoje, segundo o qual são necessários dois requisitos para proteção constitucional à privacidade: primeiro, a demonstração de uma atual expectativa subjetiva de privacidade e segundo, que esta expectativa seja tal que a sociedade está preparada a reconhecer como razoável (DEL CARMEN e HEMMENS, 2010, p. 19). Assim, os cidadãos que demonstrem a razoável expectativa de privacidade podem usufruir da proteção prevista na quarta emenda em relação às suas atividades e conversas onde quer que estejam.

Após o caso Katz, algumas leis americanas passaram a dizer até onde a investigação policial pode ir na vigilância eletrônica independente da obtenção de ordem judicial, dentre elas o *Omnibus Crime Control and safe Streets Act of 1968 (Title III)*, o *Electronic communications an Privacy Act of 1986 (ECPA)*, o *Communications Assistance for Law Enforcement Act de 1994 (CALEA)* e o *Patriot Act* de 2001, este último que flexibiliza algumas regras no caso de terrorismo e, por ser considerado uma regra de exceção, não será objeto deste estudo.

O CALEA<sup>49</sup> teve por objetivo tornar claro o dever de cooperação das empresas de telecomunicação com as agências estatais de persecução penal, estabelecendo que elas devem possibilitar as interceptações legalmente autorizadas e proteger a privacidade individual em face do grande poder das novas tecnologias. Em resumo, a norma pretende conferir proteção aos direitos individuais e simultaneamente conferir aos órgãos do Estado permissão para monitorar e acessar comunicações eletrônicas.

No caso *Berger vs. Nova Iorque*<sup>50</sup>, foram estabelecidos os requisitos para obtenção válida de ordem judicial que autorize a vigilância eletrônica, devendo ser elaborado um requerimento que contenham as circunstâncias da *probable cause*<sup>51</sup> (causa provável), expressão contida na quarta emenda. Del Carmen e Hemmens (2010, p. 27) enumeram cinco condições para o atendimento do requisito da causa provável, decorrentes desse julgamento e posteriormente incorporados à legislação norte-americana: a) identificar qual crime está sendo cometido; b) descrever o local onde a interceptação será feita ou como será feita ou usada; c) especificar o tipo de comunicação que se pretende interceptar; d) identificar a pessoa, se conhecida, que está praticando o ato ilícito e qual comunicação será interceptada; d) declarar que outros meios investigativos foram tentados e falharam ou que é improvável que outros

---

<sup>49</sup> Disponível em < <http://thomas.loc.gov/cgi-bin/bdquery/z?d103:HR04922:>>. Acesso em 27 nov 2014.

<sup>50</sup> Disponível em < <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/388/41/case.html>>. Acesso em 27 nov 2014.

<sup>51</sup> De acordo com Lehman e Phelps (2005, p. 118), causa provável é um nível razoável de crença baseado em fatos que podem ser articulados de que uma situação seja verdadeira para justificar uma intervenção policial em alguns casos com prévia e outros sem prévia autorização judicial.

meios tenham sucesso ou que sejam muito perigosos.

Em suma, da análise do direito americano podemos trazer os conceitos de causa provável e expectativa razoável de privacidade para auxiliar na ponderação do caso concreto entre direito à privacidade dos investigados e o dever do Estado de promover a segurança pública por meio da investigação criminal e em que casos será necessária autorização judicial para tanto. A título de ilustração, traz-se a colação alguns precedentes da suprema corte americana nos quais foi considerada dispensável a obtenção de ordem judicial para o emprego de técnicas de investigação que podem ter reflexo sobre o direito fundamental à privacidade do investigado.

No caso Estado Unidos vs. Knotts de 1983<sup>52</sup> ficou estabelecido que a polícia pode usar tecnologia comum como lanternas e binóculos para aumentar seus sentidos sem violar a quarta emenda. No caso Smith vs. Maryland de 1979<sup>53</sup> foi considerado que o uso de *pen registers*<sup>54</sup> para obtenção de registros telefônicos de um investigado independe de autorização judicial, pois quando o usuário do telefone voluntariamente digita um número de outro telefone e expõe à companhia a informação no curso normal do negócio de telefonia, assume o risco de que a operadora revele essa informação. Nesse caso, ficou decidido que não há expectativa de privacidade sobre informações que a pessoa repassa a terceiros. Por fim no caso Estados Unidos vs. Karo de 1984<sup>55</sup>, foi considerada desnecessária a obtenção de ordem judicial para instalação de *beeper* e outros dispositivos de rastreamento, desde que o objeto monitorado esteja em uma área pública, mas quando estiver em área protegida pela inviolabilidade constitucional, a autorização judicial passa a ser exigida.

---

<sup>52</sup> Disponível em < <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/460/276/case.html>>. Acesso em 27 nov 2014.

<sup>53</sup> Disponível em < <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/442/735/case.html>>. Acesso em 27 nov 2014.

<sup>54</sup> Dispositivos que capturam registros de ligações telefônicas sem interceptar seu conteúdo.

<sup>55</sup> Disponível em < <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/468/705/case.html>>. Acesso em 27 nov 2014.

### 3. INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DE FRAUDES BANCÁRIAS ELETRÔNICAS

Após analisar as características da sociedade da risco e da informação e seus reflexos sobre o sistema de justiça criminal no primeiro capítulo e com a definição do paradigma constitucional para o desenvolvimento válido da investigação criminal no segundo capítulo, nesta terceira parte do trabalho o foco são as fraudes bancárias eletrônicas, espécie de crime cibernético, e as principais técnicas investigativas utilizadas na sua apuração criminal.

#### 3.1 Crimes cibernéticos

Dentro da nova sociedade de risco e informacional surgem novos bens jurídicos que clamam por proteção, quais sejam, a informação e os sistemas informatizados. Como o Direito Penal tem por escopo a defesa dos valores mais caros em uma sociedade, deve, por isso, evoluir junto com ela e amparar esses novos bens. Castro (2003, p.9) conceitua os tipos penais elaborados com o escopo de proteger esses novos bens jurídicos como

aquele praticado contra o sistema de informática ou através deste, compreendendo os crimes praticados contra o computador e seus acessórios e os perpetrados através de computador. Inclui-se nesse conceito os delitos cometidos através da Internet, pois pressuposto para acessar a rede é a utilização de um computador.

Sob uma perspectiva mais ampla, o Departamento de Justiça dos Estados Unidos define os crimes cibernéticos como *“quaisquer violações de leis criminais que envolvam, para sua perpetração, investigação ou persecução, o conhecimento de tecnologia de computador”* (HERMAN, 2013, p.47).

Outras nomenclaturas são amplamente usadas na literatura para se referir a esses crimes, taxando-os de informáticos, *e-crimes*, *hi-tech*, eletrônicos, digitais ou virtuais. Prefere-se adotar o termo crimes cibernéticos, que foi consagrado pela Convenção de Budapeste<sup>56</sup>, um tratado internacional de Direito Penal e Processo Penal firmado no âmbito no Conselho da Europa para definir de forma harmônica os crimes praticados por meio de

---

<sup>56</sup> Disponível em < [http://www.coe.int/t/dg1/legalcooperation/economiccrime/cybercrime/ConventionOtherLg\\_en.asp](http://www.coe.int/t/dg1/legalcooperation/economiccrime/cybercrime/ConventionOtherLg_en.asp)>. Acesso em 13 nov 2014.

computadores e as formas de sua persecução. Apesar de o Brasil não ter aderido ao mencionado instrumento de regulamentação e cooperação internacional, principalmente por não ter participado dos debates que culminaram no seu texto final, é importante seguir alguns parâmetros internacionais sobre o tema, em especial porque para esse tipo de delito as distâncias e as barreiras físicas territoriais de cada nação não impedem sua prática.

A partir do conceito apresentado acima, pode-se agrupar os crimes cibernéticos em duas classes. Na primeira, tem-se os crimes cibernéticos próprios e, na segunda, os chamados crimes cibernéticos impróprios (VIEIRA, 2009). Os crimes cibernéticos próprios, também conhecidos como puros ou de alta tecnologia se referem aos novos fatos socialmente lesivos e demandam a atualização legislativa para a criação de novos tipos penais, pois têm como alvo o próprio sistema de informação e os computadores, ou seja, novos bens jurídicos que não eram tutelados anteriormente pela lei penal. Como exemplo, pode-se citar os ataques de negação de serviço<sup>57</sup> contra algum sítio na *internet*.

Já os crimes cibernéticos impróprios, podem ser subdivididos em dois grupos: comuns e mistos. Os comuns são aqueles já eram praticados antes da popularização do computador e da *internet*, mas a tecnologia atua como um facilitador ou um meio de comunicação. Como exemplo, pode-se citar o delito de contrabando, previsto no artigo 334 do Código Penal. O fato típico continua sendo a introdução em território nacional de mercadoria proibida, mas toda a negociação prévia entre os envolvidos no crime se dá por meio da *internet*, por meio de *sites* de vendas ou leilão e por mensagens de correio eletrônico, sem que as pessoas nem mesmo se conheçam pessoalmente.

Os crimes impróprios mistos, por sua vez, também não têm como objeto jurídico os sistemas de informação e os computadores, mas se utilizam deles como instrumento indispensável para sua prática. Podem ser cometidos por outras vias, de outras formas, mas configuram verdadeiros novos *modus operandi* de crimes que já existiam antes do advento dos meios tecnológicos. Como exemplo, pode-se citar as fraudes bancárias eletrônicas que são objeto deste estudo.

Apenas a título de ilustração, pode-se classificar como crimes cibernéticos próprios, puros ou de alta tecnologia a divulgação de segredo (art. 153, §1-A, do Código Penal) o crime contra a ordem tributária previsto no artigo 2º, V, da Lei nº 8.137/90, a

---

<sup>57</sup> Ataques de negação de serviço são repetidas requisições de acesso a uma página na internet de forma a tornar o seu acesso por outras pessoas mais lento (perturbação) ou tirá-la do ar (interrupção). Esse fato passou a ser penalmente relevante após a promulgação da Lei nº 12.737/2012 que incluiu o § 1º no artigo 266 do Código Penal que atribuiu a pena abstrata de detenção de 1 a 3 anos para quem interrompe serviço telemático ou de informação de utilidade pública, ou impede ou dificulta seu restabelecimento.

inserção de dados falsos em sistema de informação (artigo 313-A do Código Penal) e a invasão de dispositivo informático (artigo 154-A do Código Penal). Como crimes cibernéticos impróprios ou impuros, pode-se enquadrar os crimes contra a honra por meio da *internet* (artigos 138, 139 e 140 do Código Penal), o racismo na *internet* (artigo 20 da Lei nº 8.081/90), o contrabando (artigo 334 do Código Penal) e ameaça pela *internet* (artigo 147 do Código Penal). Por fim, como crimes cibernéticos impróprios mistos, pode-se mencionar a divulgação de pornografia infantil por meio da *internet* (artigo 241-A da lei nº 8.069/90), a violação de direito autoral (artigo 184, §3º, do Código Penal) e a fraude bancária eletrônica (artigo 155, §4º, II, do Código Penal).

É importante ressaltar que para crimes cibernéticos impróprios é possível a aplicação da legislação penal vigente, pois, como já se disse, trata-se simplesmente de técnica nova para cometimento de delitos que já existem, não havendo que se falar em violação ao princípio da analogia in malam partem. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar os primeiros casos de crimes cibernéticos impróprios no HC nº 76689<sup>58</sup>, entendeu que o meio técnico pode ser posterior à edição da lei, comparando o caso ao crime de homicídio, pois não foi necessária sua redefinição após a invenção da pólvora, tratando-se meramente de nova técnica, o uso da arma de fogo, para praticar fato que já era típico, matar.

Tratou-se no primeiro capítulo, no item 1.2, sobre a governança da *internet* no Brasil, que fica a cargo do Comitê Gestor da Internet. Na sua estrutura, existe o Centro de Estudos, Resposta e Tratamento de Incidentes de Segurança no Brasil – CERT.br, que é responsável por tratar incidentes de segurança em computadores que envolvam redes conectadas à *internet* brasileira, atuando como um ponto central para notificações e tratamento de incidentes em rede, além de conscientizar sobre os problemas de segurança, analisar tendências e correlação entre eventos na *internet* brasileira, com o objetivo de aumentar os níveis de segurança e de capacidade de tratamento desses incidentes. Suas atribuições estão regulamentadas no inciso IV do artigo 1º do Decreto Presidencial nº 4.829, de 03 de setembro de 2003<sup>59</sup>.

Um incidente de segurança pode ser definido como qualquer evento adverso, confirmado ou sob suspeita, relacionado à segurança de sistemas de computação ou de redes

---

<sup>58</sup> **Habeas corpus nº 76689/PB**, da 1ª Turma. Relator: Sepúlveda Pertence. Brasília, DF. 1998. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 12 nov. 2012.

<sup>59</sup> Art. 1º, IV - promover estudos e recomendar procedimentos, normas e padrões técnicos e operacionais, para a segurança das redes e serviços de Internet, bem assim para a sua crescente e adequada utilização pela sociedade.

de computadores<sup>60</sup>. São exemplos de incidentes em rede: tentativas de ganhar acesso não-autorizado a sistemas ou dados; ataques de negação de serviço; uso ou acesso não autorizado a um sistema; modificações em um sistema, sem o conhecimento, instruções ou consentimento prévio do dono do sistema; desrespeito à política de segurança ou à política de uso aceitável de uma empresa ou provedor de acesso (SPAM).

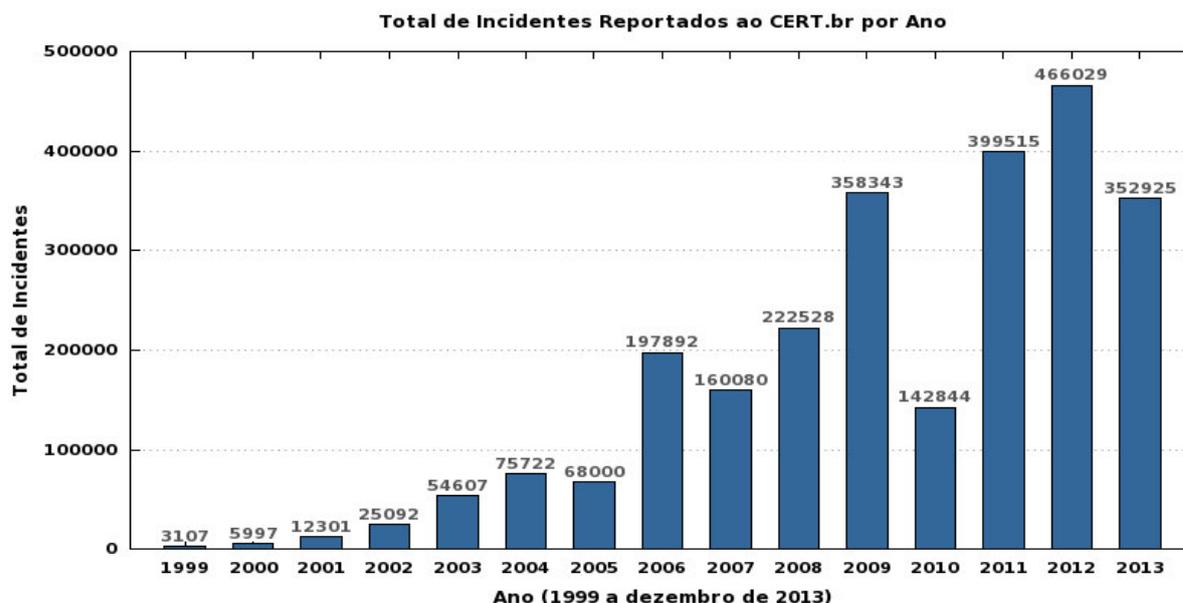
Alguns desses eventos adversos já são penalmente relevantes no Brasil, enquanto outros podem configurar atos preparatórios para execução de crimes cibernéticos impróprios ou meros fatos atípicos. De acordo com estatísticas coletadas pelo CERT.br, só no ano de 2013 foram reportados 352.925 (trezentos e cinquenta e dois mil, novecentos e vinte e cinco) incidentes em redes brasileiras conectadas à *internet*. Esses dados começaram a ser coletados no ano de 1999 e vinham em escala ascendente até o ano de 2012, acompanhando a expansão do acesso à *internet* no país, mas houve uma queda de aproximadamente 25% (vinte e cinco por cento) de 2012 para 2013.

Não é possível afirmar com certeza o motivo dessa queda, mas é preciso ter em mente a falta de cultura de comunicação de incidentes que ainda é grande no país, apesar de todo o trabalho de conscientização que vem sendo feito pelo CGI através do CERT.br, bem como a maior difusão dos conhecimentos referentes à segurança da informação na gestão dos sistemas de informação e das redes. Por outro lado, considerando que o nosso país sediou grandes eventos nos últimos três anos e que o maior deles aconteceu em 2014, a Copa do Mundo da FIFA, acredita-se que quando a coleta de dados relativa ao ano de 2014 for fechada, o número será maior que em 2013. Abaixo está colacionado gráfico com os resultados estatísticos coletados pelo CERT.br<sup>61</sup>.

---

<sup>60</sup> Conceito disponível em <<http://cartilha.cert.br/mecanismos/>>. Acesso em 13 nov 2014.

<sup>61</sup> Disponível em <<http://www.cert.br/stats/incidentes/>> . Acesso em 14 nov 2014.



Especificamente em relação ao ano de 2013, os incidentes reportados foram agrupados de acordo com o tipo de ataque praticado<sup>62</sup>. A maior incidência foi de *Scan*, definido como notificações de varreduras em redes de computadores, com o intuito de identificar quais computadores estão ativos e quais serviços estão sendo disponibilizados por eles. É amplamente utilizado por atacantes para identificar potenciais alvos, pois permite associar possíveis vulnerabilidades aos serviços habilitados em um computador. Do total de ataques, 46,86% (quarenta e seis, oitenta e seis por cento) foram enquadrados nessa modalidade que pode ser considerada um ato preparatório de um ataque mais grave.

Em segundo lugar, aparecem as fraudes com 24,28% (vinte e quatro, vinte e oito por cento) do total de ataques. Segundo Houaiss (2014), fraude é "*qualquer ato ardisoso, enganoso, de má-fé, com intuito de lesar ou ludibriar outrem, ou de não cumprir determinado dever; logro*". Esta categoria engloba as notificações de tentativas de fraudes, ou seja, de incidentes em que ocorre uma tentativa de obter vantagem. Essa categoria será mais aprofundada abaixo, pois está diretamente relacionada ao nosso estudo.

Na categoria *worm*, referente a vírus, programas maliciosos de computador, foram reportados 7,93% (sete, noventa e três por cento) dos incidentes. Na categoria *Web*, ataque visando especificamente o comprometimento de servidores *Web* ou desfigurações de páginas na *internet* (*defacement*), foram enquadrados 5,30% (cinco, trinta por cento) dos incidentes do ano de 2013. Já em relação aos casos classificados como invasão, que significa um ataque

<sup>62</sup> Definições da tipologia utilizada na análise e gráfico disponíveis em <<http://www.cert.br/stats/incidentes/2013-jan-dec/tipos-ataque-acumulado.html>>. Acesso em 14 nov 2014.

bem sucedido que resulte no acesso não autorizado a um computador ou rede, foram 3,18% (três, dezoito por cento) dos casos. Por fim, na categoria DoS – *Denial of Service* (ataque de negação de serviço) – já conceituados na nota 57 acima, foram apenas 0,29% (zero, vinte e nove por cento) dos incidentes. Casos não enquadrados em qualquer das categorias anteriores, foram 12,16% (doze, dezesseis por cento). Veja-se o gráfico com o resumo dos dados analisados:

### Incidentes Reportados ao CERT.br -- Janeiro a Dezembro de 2013



Voltando a uma análise mais específica da categoria fraudes, convertendo o percentual em números, temos 85.690 (oitenta e cinco mil, seiscentas e noventa) fraudes reportadas no ano de 2013. Essas fraudes foram subclassificadas pelo CERT.br em quatro grupos: cavalos de troia com objetivos financeiros, páginas falsas<sup>63</sup> com objetivos financeiros, direitos autorais e outras. Os dois primeiros grupos são diretamente ligados à prática de fraudes bancárias eletrônicas e totalizaram 91,65% (noventa e um, sessenta e cinco por cento) das fraudes reportadas, o que significa 78.534 casos reportados. Observe-se o gráfico com os resultados obtidos pelo CERT.br<sup>64</sup>:

<sup>63</sup> Os conceitos de cavalo de troia e página falsa serão explorados no item 3.2.2.

<sup>64</sup> Disponível em <<http://www.cert.br/stats/incidentes/2013-jan-dec/fraude.html>>. Acesso em 14 nov 2014.

## Incidentes Reportados ao CERT.br -- Janeiro a Dezembro de 2013



No cenário mundial, estudo sobre a globalização do crime publicado pelo *United Nations Office on Drugs and Crime* (UNODC, 2010), escritório da Organização das Nações Unidas, revelou no capítulo destinado aos crimes cibernéticos que a cada ano mais de 1.500.000 (um milhão e quinhentas mil) de pessoas são vítimas de furto de identidade, gerando perdas anuais estimadas de cerca de U\$1.000.000.000,00 (um bilhão de dólares). Além disso, o estudo também demonstrou que 32% das informações que são negociadas no mercado negro da *internet* se referem a dados de cartões bancários e 19% são relativas a informações de contas bancárias, o que significa que 51% de todas as informações negociadas neste submundo em escala mundial poderão ser potencialmente usadas para a prática de fraudes bancárias eletrônicas.

Após a análise desses dados estatísticos, percebe-se a relevância e grande incidência das fraudes bancárias eletrônicas dentre os crimes cibernéticos praticados no Brasil e no mundo, de forma que é necessária uma efetiva ação repressiva dessa conduta nociva ao convívio social.

### 3.2 A fraude bancária eletrônica

#### 3.2.1 Conceito e atuação da Polícia Federal

De acordo com o teor do inciso I do §1º do artigo 144 da nossa Carta Fundamental, é atribuição constitucional da Polícia Federal a apuração das infrações penais cometidas contra empresas públicas federais, dentre as quais se inclui a Caixa Econômica

Federal. Esta instituição financeira vinha sendo objeto de inúmeras fraudes bancárias eletrônicas, que são subdivididas em duas modalidades de crimes: o furto por meio de internet banking e a clonagem de cartões bancários.

O número de fraudes reportadas apenas nessas duas modalidades era tamanho que estava consumindo boa parte da capacidade operacional da Polícia Federal, tendo em vista que para cada fraude noticiada era instaurado um inquérito policial, em respeito ao princípio da obrigatoriedade.

Por outro lado, as investigações eram conduzidas pela representação da Polícia Federal com circunscrição sobre o local onde ficava situada a agência vinculada à conta bancária de cada vítima, em atendimento a interpretação do Superior Tribunal de Justiça quanto ao artigo 70 do Código de Processo Penal que fixa a competência criminal como regra no local onde se consumar a infração penal. No entanto, percebeu-se que as fraudes não eram cometidas isoladamente, mas sim por quadrilhas que dificilmente estavam situadas no mesmo local da vítima, de forma que poucos vestígios do crime ali eram encontrados, resultando em investigações pouco efetivas.

Na verdade, com o auxílio dos meios tecnológicos e da *internet*, pouco importava para as quadrilhas onde se encontrava a vítima, pois é possível capturar suas credenciais bancárias à distância, através do envio de mensagens eletrônicas falsas ou programas maliciosos, por exemplo. Assim, as autoridades policiais tinham que se utilizar com muita frequência de cartas precatórias para dar andamento às apurações, conduzindo a investigação à distância e sem a necessária celeridade, perdendo-se em muitos casos a oportunidade da colheita da prova da materialidade delitiva.

Ressalte-se, ainda, que as empresas provedoras de acesso à *internet* se negavam a fornecer meros dados cadastrais de seus usuários que praticavam as fraudes, fato que levava à necessidade de ajuizamento de representação criminal para o conhecimento desses dados para cada caso investigado, retardando a descoberta da autoria do crime.

Para solucionar esses problemas, a Polícia Federal desenvolveu em parceria com a Caixa Econômica Federal o Projeto Tentáculos no ano de 2008, por meio do qual foi proposta a centralização da comunicação dessas fraudes em meio digital à unidade central da Polícia Federal que atua na área, arquivando-se todas as investigações em andamento que não estivessem em estágio avançado e alimentando as informações já colhidas em uma Base Nacional de Fraudes Bancárias Eletrônicas.

Novas investigações somente passaram a ser iniciadas após uma minuciosa

análise dos dados contidos nessa base com o auxílio de ferramentas tecnológicas avançadas, capazes de reunir, exibir, cruzar e analisar dados. Após esse trabalho de busca de vínculos entre fraudes, cada notícia de crime passou a ser enviada ao possível local onde se encontra situada a quadrilha, não mais se levando em consideração obrigatoriamente o lugar de situação da vítima.

O Projeto Tentáculos já provou o seu sucesso. Realizaram-se 13 operações policiais, houve redução de 99% (noventa e nove por cento) no número de inquéritos policiais em andamento versando sobre fraudes bancárias eletrônicas na Polícia Federal, as ações policiais passaram a ter maior eficiência e eficácia, o uso de recursos humanos e materiais foi otimizado e a área responsável pelo projeto na Caixa Econômica Federal restou contemplada com o Prêmio CAIXA de Gestão Pública em razão da economia de R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais) com gastos com papel após a digitalização e centralização das comunicações de fraudes para o órgão policial (SOBRAL; BEZERRA, 2012).

### 3.2.2 Tipificação penal

O artigo 155 do Código Penal dispõe que configura furto a subtração, para si ou para outrem, de coisa alheia móvel. Trata-se de um crime que tem como objeto jurídico a proteção do patrimônio e, por isso, está contido no Título II da Parte Especial do Código Penal.

Nelson Hungria (1955, p.6), ao tratar dos crimes contra o patrimônio, assinala que

a nota predominante do *elemento patrimonial* é o seu caráter econômico, o seu valor traduzível em pecúnia; mas cumpre advertir que, por extensão, também se dizem patrimoniais aquelas coisas que, embora sem valor venal, representam uma utilidade, ainda que simplesmente moral (*valor de afeição*) para o seu proprietário.

Todo e qualquer bem, portanto, que tenha algum valor, mesmo que apenas afetivo, pode ser objeto dos delitos tratados neste título do Código Penal. No entanto, a tutela não se restringe apenas à propriedade, mas à posse também.

O núcleo do tipo do crime de furto é o verbo subtrair que significa tirar as escondidas ou com fraude (HOLANDA, 2002, p. 650). É um crime comum, pois pode ser praticado por qualquer pessoa e de dano, tendo em vista que pressupõe a ocorrência de efetiva

lesão para sua configuração. É também crime de ação livre que pode ser executado das mais diversas maneiras, direta ou indiretamente.

É importante não confundir com o delito de apropriação indébita, previsto no artigo 168 do Código Penal. Neste, apesar de também haver lesão patrimonial, a coisa já se encontrava na detenção ou posse do agente. Outra distinção que não pode deixar de ser mencionada é a da configuração do crime de roubo, que tem como núcleo do tipo a subtração, a qual, todavia, deve ser executada mediante violência ou grave ameaça.

O sujeito ativo é aquele que subtrai a coisa móvel alheia e o sujeito passivo é aquele que detinha sua posse ou sua propriedade. Como não há previsão expressa da modalidade culposa, apenas quando houver dolo do agente o crime se caracterizará<sup>65</sup>. Caso o agente, por exemplo, subtraia coisa alheia, ignorando essa circunstância por engano, pensando que, na verdade, trata-se de coisa própria, incorre em erro de tipo<sup>66</sup>, pelo que sua conduta será considerada atípica.

Para a configuração do crime de furto, o Código Penal exige, ainda, que a subtração ocorra com uma finalidade especial, qual seja, que o apossamento seja para si ou para outrem. O assenhoreamento apenas transitório, com posterior devolução da coisa, constitui furto de uso, fato atípico. Segundo Capez (2005, p. 374),

a consumação do furto ocorre com a inversão da posse, ou seja, no momento em que o bem passa da esfera de disponibilidade da vítima para a do autor. A subtração ocorre no exato instante em que o possuidor perde o poder e o controle sobre a coisa, tendo de retomá-la porque não está mais consigo.

É importante notar que, a princípio, o Superior Tribunal de Justiça entendia que o sujeito ativo deveria ter a posse mansa e pacífica da coisa furtada, não bastando tão-somente a inversão da posse. Essa condição seria imprescindível para a consumação do delito, configurando apenas tentativa a posse que não tivesse mencionados adjetivos<sup>67</sup>. Atualmente,

---

<sup>65</sup> Art. 18, parágrafo único, do Código Penal.

<sup>66</sup> Conferir art. 20 do Código Penal

<sup>67</sup> Furto. Crime consumado (momento). Tentativa (reconhecimento).

I. Diz-se consumado o furto quando o agente, uma vez transformada a detenção em posse, tem a posse tranqüila da coisa subtraída.

II. Segundo o acórdão recorrido, "em nenhum momento o réu deteve a posse tranqüila da res furtiva, porquanto foi imediatamente perseguido e capturado pelos policiais militares que efetuavam patrulhamento no local".

III. Caso, portanto, de crime tentado, e não de crime consumado.

IV. Recurso especial do qual se conheceu pelo dissídio, porém ao qual se negou provimento. Decisão por maioria de votos.

seguindo posição do STF, a jurisprudência do STJ está pacífica no sentido de que a coisa não precisa sair da esfera de vigilância da vítima<sup>68</sup>.

Apesar dos fundamentos apresentados, ousa-se divergir do entendimento dessas cortes superiores. Não se trata de exigir condição não prevista no tipo penal, mas sim elemento da própria subtração. A simples tomada da coisa não configura inversão da posse, mas detenção precária que só se converteria em posse com a disponibilidade tranquila, por mais ínfimo período de tempo que seja. De acordo com Nucci (2007),

O furto está consumado tão logo a coisa subtraída saia da esfera de proteção e disponibilidade da vítima, ingressando na do agente. É imprescindível, por tratar-se de crime material que o bem seja tomado do ofendido, estando, ainda que por breve tempo, em posse mansa e tranqüila do agente.

O parágrafo 4º do artigo 155 do Código Penal trata das formas qualificadas do delito de furto. São modos de execução do crime que revelam uma conduta grave do agente, seja por destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa, por agir com abuso de confiança, mediante fraude, escalada ou destreza, pelo emprego de chave falsa ou mediante o

---

(REsp 663.900/RS, Rel. Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, Rel. p/ Acórdão Ministro NILSON NAVES, SEXTA TURMA, julgado em 16/12/2004, DJ 27/06/2005 p. 463)

<sup>68</sup> HABEAS CORPUS. FURTO. MOMENTO DA CONSUMAÇÃO DO DELITO. DESNECESSIDADE DE POSSE MANSO E PACÍFICA. PRECEDENTES. ACÓRDÃO QUE REFORMOU A SENTENÇA ACERTADO. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA.

I. Considera-se consumado o crime de furto com a simples posse, ainda que breve, do bem subtraído, não sendo necessária que a mesma se dê de forma mansa e pacífica, bastando que cesse a clandestinidade, ainda que por curto espaço de tempo. Precedentes deste STJ e do STF.

II. Ordem denegada.

(HC 92.352/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 07/10/2008, DJe 28/10/2008) PENAL. RECURSO ESPECIAL. FURTO. CONSUMAÇÃO. ART. 155, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL. ALTERAÇÃO DE REGIME PRISIONAL. PREJUDICADO. PACIENTE EM LIVRAMENTO CONDICIONAL.

I - O delito de furto se consuma no momento em que o agente se torna possuidor da res subtraída, pouco importando que a posse seja ou não mansa e pacífica.

II - Para que o agente se torne possuidor, é prescindível que a res saia da esfera de vigilância da vítima, bastando que cesse a clandestinidade. (Precedentes do STJ e do c. Pretório Excelso).

III - "A jurisprudência do STF (cf. RE 102.490, 17.9.87, Moreira; HC 74.376, 1ª T., Moreira, DJ 7.3.97; HC 89.653, 1ª T., 6.3.07, Levandowski, DJ 23.03.07), dispensa, para a consumação do furto ou do roubo, o critério da saída da coisa da chamada "esfera de vigilância da vítima" e se contenta com a verificação de que, cessada a clandestinidade ou a violência, o agente tenha tido a posse da "res furtiva", ainda que retomada, em seguida, pela perseguição imediata" (cf. HC 89958/SP, 1ª Turma, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 27/04/2007).

IV - Resta prejudicado o pedido de fixação do regime inicial semi-aberto.

Writ parcialmente conhecido e, nesta parte, denegado.

(HC 86.609/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 07/08/2008, DJe 20/10/2008)

A posse tranqüila é mero exaurimento do delito, não possuindo o condão de alterar a situação anterior. O entendimento que predomina no STJ é o de que não é exigível, para a consumação dos delitos de furto ou roubo, a posse tranqüila da res (STJ. Sexta Turma. Min. Jane Silva, desembargadora convocada do TJ/MG. AgRg REsp 859952/RS. Data do julgamento: 27/05/2008).

concurso de duas ou mais pessoas. Ao presente estudo interessam a segunda e a quarta qualificadora.

O furto qualificado pelo concurso de duas ou mais pessoas gera polêmica quanto à necessidade de que todos os agentes realizem atos de execução. Para Nelson Hungria (1955, p.44), “é necessária a presença in loco dos concorrentes, ou seja, a cooperação deles na fase executiva do crime”. Ainda segundo o ilustre autor, deve haver “uma consciente combinação de vontades na ação conjunta”. O Superior Tribunal de Justiça segue esse entendimento<sup>69</sup>.

Outra corrente defende que a qualificadora deve ser aplicada ainda que os agentes não realizem atos de execução e mesmo que não estejam no local do crime, pois o concurso de pessoas abrange a co-autoria e a participação. Capez (2005, p. 392) informa que esta é a corrente perfilhada por Damásio de Jesus e Mirabete e considera a melhor

pois concurso de agentes é gênero, do qual são espécies a co-autoria e a participação, de maneira que não importa o modo pelo qual o sujeito concorre para o crime, havendo a incidência da qualificadora em qualquer caso.

É importante não confundir essa qualificadora com o crime autônomo de quadrilha ou bando previsto no art. 288 do Código Penal. Este se caracteriza pela associação permanente de quatro ou mais pessoas com o objetivo de praticar crimes reiteradamente, tratando-se de delito formal que independe da efetiva prática de qualquer outro crime para a sua consumação.

No furto qualificado pelo concurso de agentes, por outro lado, o crime de furto é praticado com o auxílio de duas ou mais pessoas. É possível, inclusive, que os agentes sejam responsabilizados pela prática dos dois delitos em concurso material, desde que estejam presentes os requisitos de ambos, sem que se configure *bis in idem*<sup>70</sup>.

---

<sup>69</sup> A qualificadora do concurso de pessoas tem lugar em face da maior ameaça ao bem jurídico tutelado. No caso de furto onde apenas um dos agentes subtrai a coisa, cabendo ao outro ocultá-la, não se configura a qualificadora do concurso de pessoas. Seria necessário que ocorresse a cooperação de ambos na subtração da coisa para que fosse aplicada a qualificadora (STJ, 6ª Turma, REsp 90451 / MG. Relator: Ministro Anselmo Santiago. Data do julgamento: 10/06/1997).

<sup>70</sup> PROCESSUAL PENAL. PENAL. ART. 155, § 4º, II e IV, CÓDIGO PENAL. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. QUADRILHA OU BANDO. FURTO QUALIFICADO PELO CONCURSO DE AGENTES. BIS IN IDEM. INEXISTÊNCIA. DOSIMETRIA.

1. Autoria e materialidade comprovadas.

2. O concurso material entre o delito de quadrilha ou bando e o de furto qualificado pelo concurso de agentes não caracteriza bis in idem.

3. *omissis*

4. *omissis*

Quando a conduta pode configurar duas ou mais qualificadoras, uma compõe o tipo penal qualificado e a outra é considerada como agravante ou circunstância judicial desfavorável <sup>71</sup>.

Passa-se a analisar o furto qualificado pelo emprego de fraude. Fraude é o meio empregado para enganar uma pessoa com a intenção de prejudicá-la. É o artifício utilizado para iludir a vítima e obter uma vantagem indevida. Quando objetivo colimado com a prática da fraude é subtrair coisa móvel de terceiro, temos a qualificadora do inciso II do §4º do artigo 155 do Código Penal.

Outro delito que tem a fraude como elemento do tipo é o estelionato. Previsto no artigo 171 do Código Penal, caracteriza-se pela obtenção, para si ou para outrem, de vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento.

No entanto, ambos não se confundem. No estelionato, a própria vítima é enganada e entrega a coisa de forma espontânea ao criminoso, sem que haja subtração. Já no furto, a fraude é empregada para subtrair a coisa. É um meio de facilitar a tirada da coisa da vítima, sem o seu consentimento.

Para fazer o adequado enquadramento legal das fraudes bancárias eletrônicas, é preciso entender como elas funcionam. Em primeiro lugar, o usuário da rede mundial de computadores (internauta) tem a sua máquina infectada por algum tipo de vírus, quando é levado a fornecer suas credenciais bancárias em sites falsos, quando acessa *links*<sup>72</sup> a partir dos quais são baixados e instalados em seu computador o programa malicioso, mesmo que involuntariamente ou ainda quando é levado a fazer o *download* diretamente, por meio de anexos a mensagens de correio eletrônico. Na maior parte das vezes, trata-se de um *Trojan*

---

(TRF 3ª Região, relator: JUIZ ANDRÉ NEKATSCHALOW, APELAÇÃO CRIMINAL 26233, 200361810065322-SP, QUINTA TURMA, Data da decisão: 20/10/2008 Documento: TRF300197432, DJF3 DATA:11/11/2008)

<sup>71</sup> HABEAS CORPUS. PENAL. FURTO QUALIFICADO. SENTENÇA QUE CONSIDEROU UMA DAS QUALIFICADORAS COMO CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. POSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA.

1. Consoante jurisprudência iterativa do Superior Tribunal de Justiça, é possível que, havendo mais de uma qualificadora, uma seja considerada para compor o tipo penal qualificado, e a outra como agravante ou circunstância judicial desfavorável ao réu.

2. No presente caso, a qualificadora "fraude" (art. 155, § 4º, inciso IV) deu ensejo ao tipo penal qualificado furto e o concurso de pessoas (inciso IV do mesmo dispositivo legal) foi utilizado como circunstância judicial desfavorável.

3. Ordem denegada.

(HC 103.514/DF, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 19/06/2008, DJe 04/08/2008)

<sup>72</sup> Link é uma ligação entre um texto que está sendo acessado e outro texto ou outra parte do próprio documento que está sendo lido. Quando o link é acessado, o internauta é redirecionado para outro site onde está hospedado o vírus.

*Horse*, termo inglês que significa Cavalo de Troia, em alusão à lenda grega.

De acordo com o Centro de Estudos, Respostas e Tratamentos de Incidentes em Rede – CERT, órgão vinculado ao Comitê Gestor da Internet – CGI, responsável pela organização da internet no Brasil, Cavalo de Tróia

é um programa, normalmente recebido como um “presente” (por exemplo, cartão virtual, álbum de fotos, protetor de tela, jogo, etc.), que, além de executar funções para as quais foi aparentemente projetado, também executa outras funções normalmente maliciosas e sem o conhecimento do usuário. Algumas das funções maliciosas que podem ser executadas por um cavalo de Tróia são: instalação de *keyloggers* ou *screenloggers*; furto de senhas e outras informações sensíveis, como números de cartões de crédito; inclusão de *backdoors*, para permitir que um atacante tenha total controle sobre o computador; alteração ou destruição de arquivos (CERT.br, 2014).

A outra possibilidade de captura de dados do correntista é através do seu direcionamento a páginas falsas das instituições bancárias, através de emails isca (*phishing scam*), onde pensando que está fazendo o cadastramento de dados ou mesmo acessando sua conta, acaba informando suas credenciais bancárias para o fraudador. Recordando os dados coletados pelo CERT.br e analisados no item 3.1 deste trabalho, só no ano de 2013 foram 78.534 casos de cavalo de troia e páginas falsas reportados no Brasil.

Em seguida, quando o internauta utiliza o serviço de *internet banking*, seus dados de acesso, inclusive senha, são enviados para algum endereço de correio eletrônico, independente de seu consentimento. De posse desses dados, o criminoso faz transferências bancárias, paga boletos bancários, adquire créditos de celular.

Como se pode observar, a vítima é enganada para fornecer suas credenciais bancárias, sem que ocorra a entrega do dinheiro. Na verdade, a fraude é forma de facilitar a subtração, configurando essa conduta o delito de furto qualificado mediante fraude e não estelionato. Nesse sentido, consolidou-se a jurisprudência do STJ.<sup>73</sup> Pierangeli (2005, p. 355)

---

<sup>73</sup> PROCESSUAL PENAL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. CRIME POR COMPUTADOR. CRIME DE INFORMÁTICA COMUM. TRANSFERÊNCIA FRAUDULENTA VIA INTERNET DE DINHEIRO PARA CONTRA DO AGENTE OU DE LARANJA. CRIME DE FURTO QUALIFICADO. CONSUMAÇÃO. JUÍZO COMPETENTE. 1. O crime de informática comum é aquele em que o agente se utiliza do sistema de informática, que não é essencial, como meio para perpetração de crime tipificado em lei penal. 2. No crime de furto mediante fraude, o agente age ardilosamente para capturar a senha, a fim de ter acesso ao banco. De posse da senha, pratica o furto, agindo, já agora, de forma adequada e normal para o computador, apresentando-se como se fosse o próprio cliente, usuário habilitado, ou se tivesse sido por ele

também defende esse entendimento, pois no furto o engodo possibilita a subtração; no estelionato, a vítima, induzida a erro, transfere livremente a posse da coisa ao agente.

Por fim, cabe ainda ressaltar que com a promulgação da Lei nº 12.737/2012, um ato preparatório para prática da fraude bancária passou a ser penalmente relevante, pois o artigo 3º desta Lei incluiu um parágrafo único no artigo 298 do Código Penal que equiparou a documento particular o cartão de crédito ou de débito, de forma que a pessoa que clonar cartões já pode vir a ser responsabilizada ainda que não chegue a usar esse cartão para prática de uma fraude. Nessa alteração legislativa percebe-se um claro efeito da sociedade de risco sobre o direito penal, com a antecipação do momento consumativo, mas necessária em face da grande quantidades de fraudes.

### 3.2.3 Organizações criminosas

Para que uma fraude bancária eletrônica tenha sucesso, é imprescindível o envolvimento de diversas pessoas. Em primeiro lugar, deve existir a figura do programador que é aquele responsável pela criação do programa de captura de senhas, o *Trojan Horse*, citado no capítulo anterior.

No entanto, o programador não costuma usar seu produto, mas sim vendê-lo para algum usuário que receberá as informações captadas pelo programa. De posse dessas informações, o usuário passa a acessar as contas. Em razão dos atuais limites de valor estabelecidos pelos bancos para as transações, o usuário que tem realizar várias transações para que a empreitada criminosa traga mais lucro.

Além disso, para que não seja facilmente identificado, o usuário necessita do auxílio de laranjas, tomando emprestadas suas contas bancárias para poder receber o dinheiro proveniente da fraude, mediante o pagamento de alguma quantia. É possível, ainda, que haja a participação de empresários, que auxiliam na subtração de valores da conta da vítima através da aceitação de boletos bancários fraudulentos.

Fica claro, portanto, que existe uma composição hierarquizada e organizada para o cometimento da subtração fraudulenta. Não a partir do programador, mas sim do usuário que tem que criar toda uma estrutura criminosa para a execução dos delitos.

---

autorizado, e, assim, opera a transferência de valores (CP, art. 155, § 4º, inciso II – furto qualificado). O computador não age por erro, pois, aceita a senha correta. Não é a vítima, na hipótese, quem transfere o dinheiro para o agente, nem quem autoriza a transferência. O dinheiro é subtraído contra a vontade, expressa ou presumida, do cliente, a vítima.<sup>3</sup> *omissis*. (CC n. 2007.01.00.005749-4/GO, rel. Des. Federal TOURINHO NETO, DJ de 16.03.2007).

A atual configuração do ordenamento jurídico não está preparada para combater toda a plenitude de delitos que podem ser cometidos através da *internet*, mas é possível enquadrar boa parte das condutas lesivas em tipos já existentes, sendo a rede apenas um novo instrumento para praticá-los no caso das fraudes bancárias eletrônicas.

Não se quer dizer aqui que a conduta do programador seja atípica. Ele é partícipe dos delitos de furto que venham a ser executados com seu programa, pois quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade<sup>74</sup>. Este personagem do cenário criminoso, portanto, responde por furto qualificado mediante fraude e com a circunstância judicial desfavorável de participação de duas ou mais pessoas, já que o código penal não prevê essa circunstância como agravante.

Apesar disso, não se pode presumir que há relação de hierarquia entre o programador e a rede criminosa criada pelo usuário. Com efeito, na prática se verifica que na maior parte dos casos essa relação inexistente, pois o programador realiza apenas contatos virtuais com o usuário até concluir a venda do programa.

O Estatuto Legal que tratava das organizações criminosas no Brasil era a Lei nº 9.034/1995 que regulamentava a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. Contudo, mencionada Lei não conceituava organização criminosa.

Dentro de nosso ordenamento jurídico, é possível que a reunião de pessoas configure o concurso de agentes, previsto no artigo 29 do Código Penal, o delito de quadrilha ou bando, previsto no artigo 288 do mesmo Código e a associação para o tráfico, prevista no artigo 35 da Lei nº 11.343/2006. Ressalte-se que estes dois últimos são tipos penais autônomos.

Em face da omissão do legislador pátrio, buscava-se a integração do ordenamento na Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional, a chamada Convenção de Palermo que foi promulgada pelo Decreto nº 5.015 de 12 de março de 2004. A alínea “a” do artigo 2º da mencionada Convenção define grupo criminoso organizado como:

grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material.

---

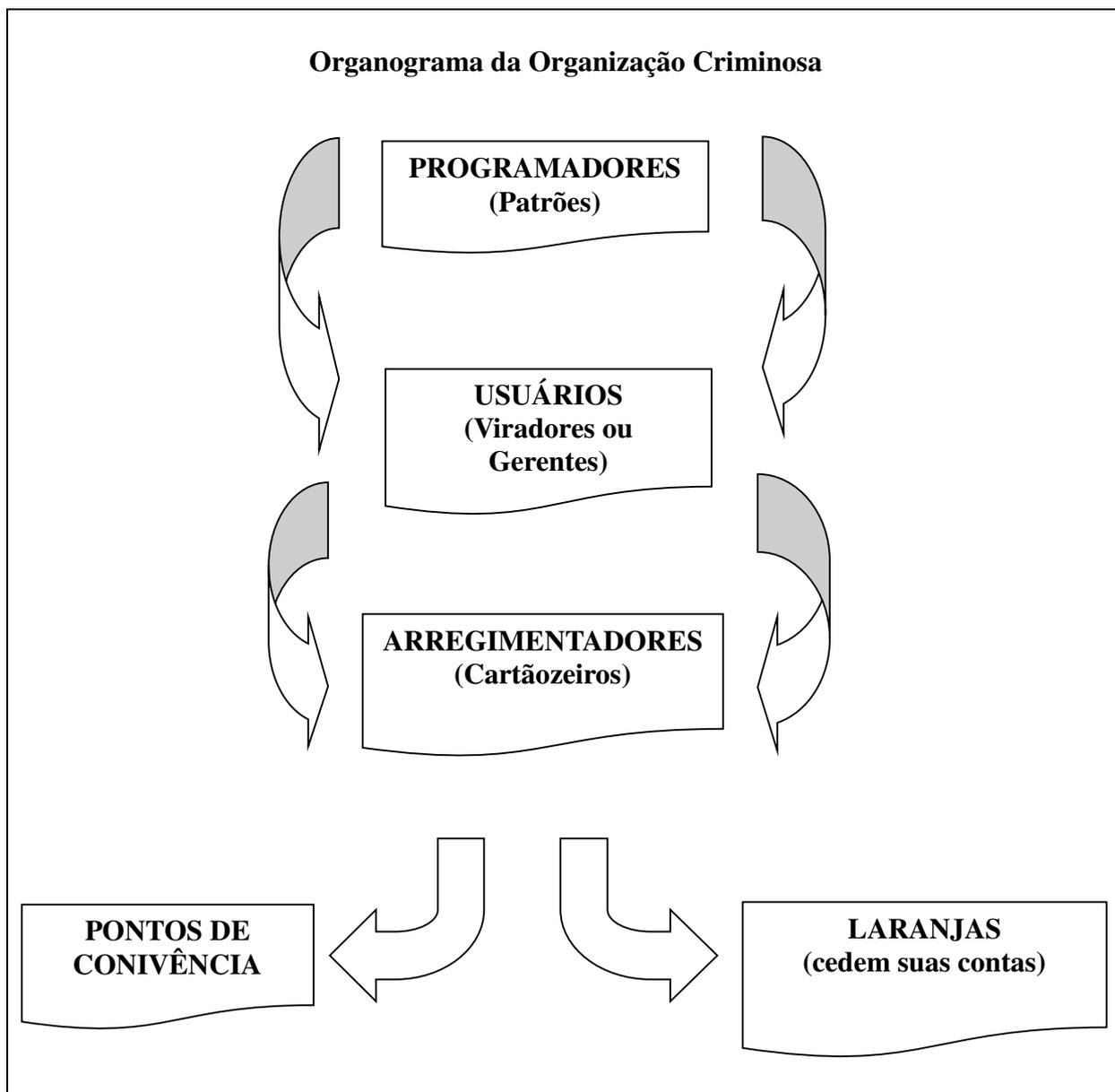
<sup>74</sup> Artigo 29 do Código Penal.

Com a edição da Lei nº 12.850/2013, essa lacuna no ordenamento jurídico brasileiro foi suprida e hoje temos um conceito legal de organização criminosa, previsto no §1º do artigo 1º do mencionado instrumento legal, nos seguintes termos:

Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

As organizações formadas pelo usuário do programa malicioso para prática de fraudes bancárias eletrônicas preenchem tais requisitos e podem ser qualificadas como criminosas. Existe uma clara divisão de atividades e costuma-se ter a participação de pelo menos quatro figuras. O programador, que cria as páginas falsas, as mensagens eletrônicas e os programas maliciosos para venda, também conhecido como patrão. O usuário, que explora diretamente o aplicativo desenvolvido pelo programador, enviando milhares de mensagens pela rede mundial de computadores, coletando as mensagens recebidas as credenciais bancárias das vítimas e efetuando as transferências e pagamentos de boletos bancários. O arregimentador de “laranjas”, responsável pela aquisição de cartões bancários e arrecadação de boletos, além da efetivação de saques. Por fim, os “laranjas” que aluga a conta para receber os créditos fraudulentos, entrega boleto para pagamento por valor menor que o do título ou recebe créditos em seu telefone móvel e os pontos de convivência onde são realizadas compras simuladas.

O seguinte organograma representa uma típica organização criminosa envolvida com a prática de fraudes bancárias eletrônicas:



A importância de se enquadrar a atuação de bandos especializados em praticar fraudes bancárias eletrônicas como organização criminosa não é meramente acadêmica. Além de possibilitar a responsabilização por meio de tipo penal autônomo daquele que promove, constitui, financia ou integra, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa (artigo 2º), esse enquadramento permite a utilização dos diversos meios de obtenção de prova durante as investigações, previstas no artigo 3º da Lei 12.850/2013, quais sejam:

- I - colaboração premiada;
- II - captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos;
- III - ação controlada;
- IV - acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados

cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais;

V - interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, nos termos da legislação específica;

VI - afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal, nos termos da legislação específica;

VII - infiltração, por policiais, em atividade de investigação, na forma do art. 11;

VIII - cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal.

Esses instrumentos de investigação são importantíssimos para uma célere e eficiente investigação criminal. Por exemplo, por meio da medida prevista no inciso IV, o delegado de polícia pode requisitar diretamente, independente de ordem judicial, aos provedores de acesso à *internet* os dados cadastrais do usuário do *Internet Protocol* utilizado para acessar indevidamente a conta de uma vítima de por meio do canal de *internet banking* de uma instituição financeira, um dos primeiros passos para o início da investigação que deixa de ser judicializado, de forma que a informação é obtida mais rapidamente.

Além de envolver a participação de mais de uma pessoa, a fraude através da *internet* não conhece fronteiras territoriais. Glenn (2011, p.4) pesquisou sobre a atuação dos criminosos cibernéticos que praticam fraudes bancárias eletrônicas mundo afora, conhecidos como “*carders*” ou “*bankers*” e concluiu que eles têm o cuidado de utilizar técnicas evasivas para evitar a responsabilização penal. Os fraudadores pesquisam e exploram as discrepâncias entre as legislações dos diversos países, evitando, por exemplo, vitimar correntistas americanos para não ficar sob sua jurisdição ou utilizar computadores situados fisicamente no leste europeu para evitar a responsabilização.

No Brasil, os fraudadores bancários eletrônicos se utilizam da amplitude do nosso vasto território para praticar o crime em locais diversos de onde se situam fisicamente. Muitas vezes, o programador está fixado em um estado, o usuário em outro, o arregimentador e os laranjas em uma terceira unidade federativa e as vítimas espalhadas por todo o país e isso tem reflexos na fixação da competência para processar e julgar e na atribuição para investigar que passaremos a analisar.

### 3.2.4 Fixação de competência para investigação

De acordo com o artigo 70 do Código de Processo Penal, a competência será, de regra, determinada pelo lugar em que se consumar a infração, ou, no caso de tentativa, pelo lugar em que for praticado o último ato de execução. Trata da definição da competência territorial, ou seja, em que local será investigado, processado e julgado o crime.

Esclarecido que as fraudes bancárias através da *internet* configuram furto qualificado e não estelionato, e que o furto qualificado se consuma apenas quando a posse invertida se torna mansa e pacífica, veja-se o entendimento do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. FRAUDE ELETRÔNICA NA INTERNET. TRANSFERÊNCIA DE VALORES MANTIDOS EM CONTA CORRENTE SOB A GUARDA DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. FURTO QUALIFICADO. CONSUMAÇÃO NO LOCAL DE SUBTRAÇÃO DO BEM.

1. Configura crime de furto qualificado a subtração de valores de conta corrente, mediante transferência bancária fraudulenta, sem o consentimento do correntista. Precedentes.
2. É competente o Juízo do local da consumação do delito de furto, qual seja, que se dá onde o bem é subtraído da vítima, saindo de sua esfera de disponibilidade.
3. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo Federal da Segunda Vara da Seção Judiciária do Estado do Rio Grande do Sul, suscitante.” (Conflito de Competência n. 72.738/RS, 3ª Seção, DJ 20.08.2007).

Ao fixar que no local da conta é onde deve ser realizada a persecução da fraude eletrônica bancária, o STJ só deixou uma opção para a Polícia Judiciária, qual seja, a investigação através de Carta Precatória. E essa mesma dificuldade será enfrentada no decorrer do processo criminal. Como se demonstrou no decorrer do trabalho, para a execução da fraude é necessária a associação de diversas pessoas e estas, em regra, estão fisicamente em algum lugar do país, mas lesam contas dos mais diversos Estados da Federação.

Conhecedores das mais recentes decisões judiciais, certamente os criminosos não fraudarão mais contas do Estado onde estão fixados, com o único objetivo de se beneficiar das

dificuldades que serão enfrentadas para investigá-los. Ademais, a investigação do crime a partir de cada fraude fará com que seja iniciado um procedimento investigatório para cada fraude.

Esses procedimentos estão abarrotando as prateleiras das Delegacias de Polícia espalhadas por todo o país comprometendo a celeridade da persecução criminal. Além do grande volume, acaba que as investigações estão invertidas. Quem deveria estar investigando a quadrilha que atua fisicamente em seu estado está mandando Carta Precatória para investigar quadrilhas de outros estados.

Não se pode olvidar que a competência territorial é caso de competência relativa e que a fixação dessa competência tem por objetivo uma atuação jurisdicional de maior qualidade. Como bem esclarece Pacelli (2006, p. 228),

a maior preocupação da legislação ordinária é, pois, com a reconstrução da verdade processual, atentando-se sobremaneira à qualidade da instrução probatória e às regras atinentes e pertinentes à formação do convencimento judicial.

Nesse contexto é preciso flexibilizar a regra do artigo 70 do Código de Processo Penal com o objetivo de ser chegar a uma instrução melhor do processo criminal. No caso sob estudo, onde, senão no local em que a quadrilha está fisicamente atuando, as provas seriam colhidas da melhor maneira? Apesar de ser uma exceção aceitável ao princípio do juiz natural por questões puramente práticas, a utilização de cartas precatórias jamais revelará uma verdade processual mais próxima da verdade real.

Ao invés de se utilizar do permissivo legal do artigo 109 do Código de Processo Penal e declarar de ofício a incompetência relativa, é preciso que os magistrados se declararem competentes e julguem as fraudes cometidas por quadrilha que estão instaladas na sua circunscrição, evitando a impunidade<sup>75</sup>.

Melhor seria se o CPP tivesse adotado a teoria da ubiquidade para fins de fixação da competência e não só a teoria do resultado. Os conflitos seriam resolvidos pela prevenção e, em cada caso concreto, o magistrado poderia aferir onde realmente seria melhor colher os elementos comprobatórias da materialidade e da autoria delitiva.

---

<sup>75</sup> Fiorillo e Conte (2013, p. 268), fazem a ressalva apenas ao critério da proibição de jurisdições irrazoáveis, pelo qual se deve evitar a fixação de uma jurisdição que não tenha relação com nenhum dos pontos finais ou iniciais da conexão ou comunicação utilizada para prática do delito.

Antevendo situações como a objeto do presente estudo, Pacelli (2006, p.230) reconhece a superioridade da teoria da ubiuidade e defende que

A prevenção é uma regra de fixação de competência subsidiária das demais, é dizer, cuja aplicação depende da insuficiência das demais. Assim, segundo nos parece, seria perfeitamente possível sua inclusão como norma subsidiária à regra do lugar, cuja aplicação ocorreria, além dos casos já previstos no Código de Processo Penal, na hipótese de crime praticado em um lugar, com consumação em outro (os chamados crimes plurilocais).

Ainda assim, mesmo com a adoção da teoria do lugar, é possível que o juiz do local onde esteja estabelecida a quadrilha e não o de onde está a vítima, processe e condene os criminosos, pois a inobservância da competência territorial é caso de nulidade relativa e para que a arguição de incompetência que venha a ser ajuizada tenha sucesso, é preciso que o acusado demonstre prejuízo<sup>76</sup>. Na verdade, até o próprio acusado tem a ganhar, pois sua defesa poderá ser exercida de forma mais ampla no local onde esteja fixado.

Por outro lado, deve-se levar em consideração quem é o sujeito passivo material do delito de furto mediante fraude praticado por meio de *internet banking*, se o titular da conta lesada ou a instituição bancária. Furlaneto Neto, Santos e Gimenes (2012, p.55) defendem que existe uma

dupla subjetividade passiva material no furto mediante fraude praticado por meio de *internet banking*, já que tanto o correntista como a instituição bancária devem figurar como vítimas, tendo em vista que a fraude atingiu inicialmente o correntista e possibilitou a obtenção de seus dados sigilosos, viabilizando, posteriormente, ao sujeito ativo do crime, o acesso ao *net banking*, de forma a se passar por titular da conta-corrente e consumir a subtração.

Com efeito, como se trata de um crime patrimonial, a verdadeira vítima da fraude é o banco<sup>77</sup>, tendo em vista que, no final das contas, se o banco não conseguir demonstrar que se tratou de auto-fraude praticada pelo próprio correntista, é a instituição bancária que vai

---

<sup>76</sup> Art. 563 do Código de Processo Penal.

<sup>77</sup> Frederico Marques faz a distinção entre sujeito passivo e prejudicado pelo crime, não concordando com a tese da dupla subjetividade passiva material (cf. MARQUES, 1997, p. 47).

arcar com o prejuízo. Fazendo valer essa premissa, o delito de furto só estaria consumado quando o dinheiro saísse da guarda da instituição financeira e não só da disponibilidade do correntista.

Sabe-se que o crime de quadrilha ou bando é secundário e não serve para fixar a competência, mas não se pode ignorar que enquanto o dinheiro está em algum banco, o meliante não tem sua posse pacífica, bastando um simples comando de bloqueio para que o golpe não tenha sucesso. O dinheiro até sai da esfera de disponibilidade do cliente, mas ainda está sob a guarda e vigilância do banco e o prejuízo, a verdadeira subtração, só se configura quando o valor é sacado ou quando uma conta é paga, refletindo na fixação da competência.

Por fim, resta falar da competência em razão da matéria. Segundo o artigo 109, IV, da Constituição Federal, os crimes cometidos em detrimento das empresas públicas federais são de competência da Justiça Federal. Aqui, diferentemente da competência territorial, a inobservância da regra implica na nulidade absoluta dos atos processuais praticados. Em havendo um crime de competência federal, todos os demais conexos deverão ser julgados pela Justiça Federal<sup>78</sup>.

Na prática, significa dizer que se houver uma conta fraudada vinculada à Caixa Econômica Federal, todas as demais fraudes praticadas pela mesma quadrilha deverão ser julgadas pela Justiça Federal.

### **3.3 Principais técnicas investigativas utilizadas**

Explorados os aspectos matérias relativos às fraudes bancárias eletrônicas, passa-se à análise das questões processuais penais relativas aos meios de investigação comumente empregados para apuração de sua autoria e materialidade.

#### *3.3.1 Acesso a dados cadastrais e pesquisas em fontes abertas*

Dados cadastrais não se encontram protegidos constitucionalmente por qualquer tipo de sigilo, pois referidos dados contém apenas informações qualificativas, relativas ao nome, documentos e endereço de um determinado consumidor de um serviço. São dados que apenas identificam um indivíduo no meio social e que são utilizados em suas relações públicas com pessoas físicas e jurídicas.

---

<sup>78</sup> Compete à Justiça Federal o processo e julgamento unificado dos crimes conexos de competência federal e estadual, não se aplicando a regra do artigo 78, II, 'a', do CPP.

Essas informações são muito utilizadas pelas empresas que as detém, por exemplo, ao ligarem indiscriminadamente para os terminais telefônicos de qualquer brasileiro oferecendo seus serviços. Não revelam, portanto, qualquer aspecto de intimidade ou vida privada, porque expostos a vários atos da vida social, não fazendo qualquer sentido a existência de sigilo sobre tais informações.

Como bem pontua Ferraz Júnior (1993, p. 450),

a inviolabilidade de dados referentes à vida privada só tem pertinência para aqueles associados aos elementos identificadores usados nas relações de convivência, as quais só dizem respeito aos que convivem. Dito de outro modo, os elementos de identificação só são protegidos quando compõem relações de convivência privativas: a proteção é para elas, não para eles. Em consequência, simples cadastros de elementos identificadores (nome, endereço, R.G., filiação, etc.) não são protegidos.

Diversos precedentes judiciais nas cortes nacionais consagram esse entendimento<sup>79 e 80</sup>.

Dessa forma, como meros dados cadastrais não estão protegidos por sigilo, é desnecessária a obtenção de decisão judicial para acesso a esse tipo de informação. Esse entendimento da jurisprudência brasileira foi consagrado com a Lei nº 12.683 de 09 de julho de 2012, que acrescentou o art. 17-B na Lei de Lavagem de Dinheiro (9.613/1998) com a

---

<sup>79</sup> HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO AÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. DADOS CADASTRAIS DE E-MAIL. REQUISIÇÃO AUTORIDADE POLICIAL. ORDEM JUDICIAL. DESNECESSIDADE. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO DIREITO FUNDAMENTAL À PRIVACIDADE.

I. O resguardo do sigilo de dados, genericamente considerado, possui, como garantia que é, função instrumental, no sentido de viabilizar a efetiva realização de direitos individuais relativos à incolumidade da intimidade e da vida privada. Isso significa dizer que a garantia, conceitualmente, por si só, não tem qualquer sentido satisfatório, sendo antes uma projeção do direito cuja tutela instrumentaliza (STF, MS 23452 / RJ - RIO DE JANEIRO, Rel. Min. Celso de Melo). Nesse contexto, o campo de manifestação da garantia informa-se exatamente pela latitude da necessidade de tutela do direito, a entendermos, consequentemente, que não se cogitando de ameaça ou efetiva lesão ao direito à intimidade e vida privada, igualmente não se pode cogitar em garantia de sigilo de dados.

II. O conhecimento de dados meramente cadastrais, inclusive de e mail, quando disso não se extrapola para a dimensão de informações sobre o status ou modus vivendi da pessoa, não atinge a intimidade ou a vida privada de alguém, não estando submetido à cláusula de reserva de jurisdição. Licitude da prova produzida nesses termos.

... (HC 3265 DF 2007.01.00.003265-4, DESEMBARGADOR FEDERAL CÂNDIDO RIBEIRO, julgamento em 08/05/2007, TERCEIRA TURMA, publicado em 22/06/2007 DJ p.17).

<sup>80</sup> AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LIMINAR. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. INQUÉRITO. FORNECIMENTO DE DADOS CADASTRAIS. USUÁRIOS DE TELEFONIA MÓVEL E FIXA.

A mera identificação e obtenção do endereço dos usuários de telefones fixos e móveis não configura quebra de sigilo das comunicações telefônicas (interceptação), ou de “comunicação de dados”... (TRF4, AI 2006.04.00.031773-3/RS. Desembargador Federal Edgard Antônio Lippman Júnior, DE 05.03.2007).

seguinte redação:

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

Apesar da mencionada Lei tratar especificamente de lavagem de dinheiro, entende-se que esse dispositivo, que se encontra posicionado nas disposições gerais, aplica-se à investigação de qualquer tipo de delito, pois a norma legal apenas consagra que meros dados cadastrais não merecem proteção para a investigação criminal conduzida pela autoridade policial, o delegado de polícia, e para a instrução da ação penal, conduzida pelo representante do Ministério Público.

A Associação Brasileira de Concessionárias de Serviço Telefônico Fixo Comutado – ABRAFIX ajuizou ação direta de inconstitucionalidade autuada sob o número 4906/2013-DF, questionando mencionado dispositivo legal, alegando que haveria ofensa ao artigo 5º, X, da Constituição Federal. Apesar de não ter havido ainda julgamento, a Procuradoria Geral da República já apresentou parecer pela improcedência da ação, sob o argumento de que dados cadastrais não são informações de cunho estritamente privadas e íntimas, de forma que é razoável e proporcional o acesso a tais dados independente de ordem judicial.<sup>81</sup>

Recentemente, outro instrumento legal, a Lei nº 12.850/2013, que conceitua organizações criminosas e relaciona meios de obtenção de prova em qualquer fase da persecução penal, confirmou, no seu artigo 15, a prescindibilidade da reserva de jurisdição para o acesso a dados cadastrais nos seguintes termos:

O delegado de polícia e o Ministério Público terão acesso, independentemente de autorização judicial, apenas aos dados cadastrais do investigado que informem exclusivamente a qualificação pessoal, a filiação e o endereço mantidos pela Justiça Eleitoral, empresas telefônicas, instituições financeiras, provedores de internet e administradoras de cartão de crédito.

---

<sup>81</sup> Disponível <[http://noticias.pgr.mpf.mp.br/noticias/noticias-do-site/copy\\_of\\_constitucional/acesso-a-dados-pessoais-de-investigado-por-lavagem-de-dinheiro-e-constitucional](http://noticias.pgr.mpf.mp.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_constitucional/acesso-a-dados-pessoais-de-investigado-por-lavagem-de-dinheiro-e-constitucional)> . Acesso em 13 nov 2014.

Por outro lado, a pesquisa em fontes abertas na *internet* também configura uma importante ferramenta à disposição da polícia para obter dados relevantes para a investigação criminal sem a necessidade de obtenção de autorização judicial para tanto, já que se trata de informação que está disponível para qualquer pessoa na rede, não havendo razoável expectativa de privacidade sobre ela.

Não existe uma regulamentação específica no Brasil para o recolhimento desse tipo de informação para fins de instrução criminal, mas ela é amplamente utilizada pelo mundo, inclusive em nível de inteligência policial, como se pode observar no item 4 do artigo 25 do regramento elaborado pelo Conselho da União Europeia que trata do tema em relação à sua polícia, a Europol<sup>82</sup>.

Bravo (2014), estabelece os seguintes requisitos para que uma informação disponível na rede mundial de computadores seja considerada como fonte aberta:

- a) se a conduta praticada não é expressamente proibida pelo Direito Processual Penal de um País;
- b) se a conduta praticada é proporcional ao objetivo pretendido, ou seja, necessária, adequada e proporcional, e em simultâneo garantir o mínimo dano aos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos;
- c) se a conduta praticada não dependeu da ultrapassagem e ou da anulação de alguma forma de proteção de carácter técnico do serviço ou plataforma em causa, então, a informação proveniente dessa conduta pode ser considerada como extraída ou obtida a partir de fontes abertas e de forma lícita.

### 3.3.2 Acesso a dados armazenados nas nuvens

Com a difusão dos equipamentos informáticos, tornou-se comum iniciar a edição de um texto no trabalho e a sua conclusão em casa, por exemplo. Para tanto, no início, eram utilizados dispositivos móveis denominados disquetes, por meio dos quais um dado digital poderia ser levado de um computador para outro. Depois surgiram os *pen-drives*, que servem para o mesmo fim, mas com uma capacidade de armazenamento infinitamente superior.

---

82 Disponível em < [https://www.europol.europa.eu/sites/default/files/council\\_decision.pdf](https://www.europol.europa.eu/sites/default/files/council_decision.pdf)>. Acesso em 28 nov 2014: “*In addition to the processing of data from private parties in accordance with paragraph 3, Europol may directly retrieve and process data, including personal data, from publicly available sources, such as media and public data and commercial intelligence providers, in accordance with the data-protection provisions of this Decision. In accordance with Article 17, Europol shall forward all relevant information to the national units*”.

Esse tipo de serviço de armazenamento remoto ficou conhecido como *cloud computing* ou, em tradução livre para nossa língua, computação nas nuvens. Gilman (2011, p.2) apontou que o termo se consagrou em razão da inclusão da imagem de uma nuvem em apresentações feitas pelos responsáveis por esse tipo de serviço para empresários com o objetivo de facilitar o entendimento de que os dados ficam armazenados em um local diferente de onde se encontra a pessoa que os acessa, muitas vezes até em outros países.

Com a utilização desse serviço, o usuário pode então começar a escrever um texto no trabalho e terminá-lo em casa sem precisar portar consigo qualquer tipo de dispositivo. Pode, ainda, armazenar todas suas fotografias, planilhas e arquivos que contenham informações relativas à sua vida privada e sejam de interesse para uma investigação criminal<sup>83</sup>. No Brasil, os provedores de armazenamento de dados nas nuvens mais difundidos são *dropbox*, *skydrive* e *googledrive*, vinculados a empresas sediadas nos Estados Unidos.

É possível que criminosos utilizem o armazenamento de dados nas nuvens para guardar informações que podem servir como prova da ocorrência de um crime ou de sua autoria. Muitos assim o fazem com o objetivo de evitar a jurisdição das cortes dos países onde residem, preferencialmente armazenando seus arquivos em servidores situados em nações com pouca tradição em cooperação jurídica internacional.

Tratando-se de meros dados cadastrais, tais como nome de usuário e qualificação, a autoridade policial responsável pela investigação criminal, no Brasil, pode requisitar diretamente essas informações. No entanto, tratando-se de dados amparados pela inviolabilidade prevista no inciso X do art. 5º da Constituição Federal, decorrente do direito fundamental à privacidade, é necessária a obtenção de uma ordem judicial para seu acesso.

A questão que se põe é se empresas com sede no exterior estão submetidas às decisões das cortes brasileiras e às requisições das autoridades policiais, bem como se é válido que um juiz nacional determine a busca de dados que são acessíveis virtualmente do Brasil, mas que estão fisicamente armazenados em outro lugar do mundo, fora de sua jurisdição.

Vaciago (2011, p. 124-129) apresentou três possíveis soluções jurídicas para o problema levantado. Uma primeira, que denominou de abordagem tradicional, seria de que em razão do princípio da territorialidade, apenas a corte com jurisdição sobre o local onde o dado está fisicamente armazenado é que teria competência para ordenar o fornecimento dos dados. Critica essa posição asseverando que inviabilizaria a investigação criminal, pois muitas vezes nem mesmo o provedor de armazenamento de dados na nuvem sabe onde estes dados

---

<sup>83</sup> Mason e George (2011) destacam que a importância da admissão de evidência obtida das nuvens vai ser cada vez maior no futuro.

estão fisicamente com exatidão.

A segunda abordagem proposta tem como fundamento o princípio da nacionalidade, de forma que a corte competente seria aquela do país de origem do criminoso. A censura feita a essa tese se dá em razão do criminoso poder ser um estrangeiro praticando atos ilícitos em determinada nação, em especial porque o crime cibernético é geralmente transnacional e não necessita de proximidade física. Ademais, aduz o professor italiano que dados não têm nacionalidade, pois são atributos de um indivíduo.

A última solução se daria com base no princípio da bandeira, pela qual os crimes cometidos a bordo de navios, aeronaves e naves espaciais estariam submetidos à jurisdição do país da bandeira do meio de transporte, independente de sua localização física. Como o dado digital está constantemente mudando de localização assim como as embarcações, Vaciago defende que se aplique essa solução, apesar de enxergar o risco dos criminosos procurarem um provedor de serviço de armazenamento nas nuvens que atua sob uma “bandeira pirata”.

O autor italiano destaca, ainda, outra solução apresentada pelo Conselho da Europa no contexto do Projeto Global em Crimes Cibernéticos, denominada “abordagem do poder de disposição”, que superaria as questões legais enfrentada pelas demais e segundo a qual os agentes estatais poderiam acessar os dados do investigado armazenados nas nuvens desde que conseguissem obter legalmente seu nome de usuário e senha.

Como afirmado anteriormente, os provedores de armazenamento de dados nas nuvens mais difundidos no Brasil são *dropbox*, *skydrive* e *googledrive*, vinculados a empresas sediadas nos Estados Unidos. Presumindo-se que os computadores-servidores que armazenam os dados também estejam fisicamente situados nos Estados Unidos e aplicando-se a abordagem tradicional com base no princípio da territorialidade, a autoridade policial que entendesse necessário o acesso a dados armazenados em qualquer desses provedores deveria representar ao juiz competente para processar as medidas cautelares criminais relativas à investigação que conduz no Brasil para que fosse expedida uma carta rogatória para cumprimento por autoridade judiciária americana, seguindo os demorados e burocráticos canais diplomáticos, incompatíveis com a necessidade de rápido acesso à informação em uma investigação criminal.

Felizmente, o arcaico instituto da carta rogatória vem sendo substituído por mecanismos mais modernos, versáteis e compatíveis com a necessidade de célere acesso à informação, como, por exemplo, o pedido de auxílio direto baseado em acordos bilaterais,

chamados *Mutual Legal Assistance Treaties* ou *MLATs*<sup>84</sup>. O Brasil celebrou um acordo dessa natureza com os Estados Unidos, promulgado em nosso país por meio do Decreto nº 3.810/2001. Apesar de menos demorado, o tempo médio para obtenção de uma resposta por meio desse mecanismo é de alguns meses, pois ainda é necessária a manifestação de uma autoridade central americana para que se consiga as informações desejadas.

Em caso recentemente julgado<sup>85</sup>, o Superior Tribunal de Justiça, por meio da sua Corte Especial, parece ter adotado a abordagem com base no princípio da bandeira quando determinou à Google Brasil Internet Ltda. que cumprisse ordem judicial de quebra de sigilo das comunicações de seu provedor de correio eletrônico, o Gmail. A ministra relatora pontuou que com a quebra do sigilo, haveria razoável expectativa de se obterem importantes elementos de prova e que o que se pretendia era a entrega de mensagens remetidas e recebidas por brasileiros em território nacional, envolvendo supostos crimes submetidos indubitavelmente à jurisdição brasileira.

Não foi acatada a alegação da Google Brasil de que seria impossível cumprir a ordem de quebra de sigilo das comunicações porque os dados em questão estariam armazenados nos Estados Unidos e, por isso, sujeitos à legislação daquele país, que considera ilícita a divulgação. A empresa teria indicado a via diplomática para a obtenção dessas informações, fazendo menção ao acordo de assistência judiciária em matéria penal em vigor entre o Brasil e os Estados Unidos (Decreto 3.810/01).

Em seu voto, a ministra Laurita Vaz afirmou que o fato de estarem armazenados em qualquer outra parte do mundo não transforma esses dados em material de prova estrangeiro, a ensejar a necessidade da utilização de canais diplomáticos para sua transferência. *“Nenhum obstáculo material há para que se viabilize o acesso remoto aos dados armazenados em servidor da empresa Google pela controlada no Brasil, atendidos, evidentemente, os limites da lei brasileira. A ordem pode ser perfeitamente cumprida, em território brasileiro, desde que haja boa vontade da empresa. Impossibilidade técnica, sabe-se, não há”* – disse a ministra.

A referida ministra destacou, ainda, que a Google Brasil foi constituída em conformidade com as leis brasileiras e, evidentemente, deve se submeter à legislação pátria, não podendo invocar leis americanas para se esquivar do cumprimento de requisição

---

<sup>84</sup> Para saber mais sobre os mecanismos de cooperação jurídica internacional no Brasil, conferir TOFOLLI e CESTARI (2008).

<sup>85</sup> Não foi possível acesso ao inteiro teor nem ementa do acórdão, pois o caso ainda está sob sigilo de justiça, constando apenas notícia sobre o julgamento disponível no site do próprio Superior Tribunal de Justiça ([www.stj.jus.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=109906](http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=109906), Acesso em 30 mar 2014).

judicial. E acrescentou: “*Não se pode admitir que uma empresa se estabeleça no país, explore o lucrativo serviço de troca de mensagens por meio da internet – o que lhe é absolutamente lícito –, mas se esquite de cumprir as leis locais.*”

Apesar de específico para o acesso a mensagens eletrônicas, o mesmo raciocínio pode ser aplicado para os demais dados armazenados nas nuvens. Podemos concluir, portanto, que para o Superior Tribunal de Justiça, caso a empresa responsável pelo provimento do serviço de armazenamento nas nuvens tenha filial no Brasil, ainda que os dados estejam armazenados em outro país, deve respeitar as leis locais e cumprir as ordens judiciais independente de cooperação internacional. Destarte, para os serviços de armazenamento *googledrive* e *skydrive*, oferecidos pelas empresas Google e Microsoft, as quais têm sede no exterior, mas filiais no Brasil, basta a obtenção de uma decisão judicial local para acessar os dados de investigados mantidos por essas empresas, ainda que armazenados fisicamente no exterior. O que significa que o STJ adotou a abordagem com base no princípio da bandeira, pelo menos da bandeira da filial.

Por outro lado, essa mesma solução não poderia ser aplicada no caso do provedor de armazenamento nas nuvens *dropbox*. Com efeito, não se tem notícias de que exista filial desta empresa no Brasil, apesar de muitos brasileiros utilizarem esse serviço. Nesta situação, caso seja seguido o critério da bandeira, é preciso utilizar o MLAT.

Caso não seja oportuno para a investigação aguardar o trâmite do MLAT, considera-se possível, nesta hipótese, utilizar a abordagem do poder de disposição, desde que se observe as devidas cautelas legais. Assim, a autoridade policial poderia representar pela interceptação de dados telemáticos do investigado e obter o nome de usuário e senha para acesso ao armazenamento remoto, por exemplo, utilizando técnicas de engenharia social<sup>86</sup> ou de programas espíões. De posse do meio de acesso e autorizado judicialmente, poderia ser feito o espelhamento de todo o conteúdo armazenado remotamente para análise criminal e posterior utilização como evidência na fase judicial da persecução penal<sup>87</sup>.

### 3.3.3 Busca domiciliar

---

<sup>86</sup>Expressão consagrada no livro *A Arte de Enganar* do cracker americano Kevin Mitnik, significando a utilização de técnicas sob-reptícias que levam a pessoa a entregar as informações que se deseja obter.

<sup>87</sup>No ordenamento jurídico brasileiro, não nos parece razoável na ponderação entre segurança pública/repressão a crimes e direito à privacidade/devido processo legal a utilização dessa técnica para acessar dados armazenados nas nuvens independente de ordem judicial, como aceito pela Corte Suprema italiana na decisão nº 16556, de 14 de outubro de 2009, a não ser que haja uma lei específica autorizando o acesso direto pelas agências de persecução penal, como entendeu a Suprema Corte alemã ao julgar a inconstitucional essa possibilidade em 20 de dezembro de 2006. Para maiores detalhes sobre os dois julgamentos, conferir Vaciago, 2011.

A busca constitui diligência cautelar, normalmente operada na fase de investigação e, muitas vezes, no momento mesmo da prática delituosa ou logo após, em decorrência de perseguição ao autor do crime. Dada a sua natureza de providência cautelar, exigem-se para sua perfeita efetivação os requisitos do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*.

Normalmente, a busca na pessoa suspeita ou em residência é justificada pela urgência na sua perpetração, pois quase sempre existe o risco de se perderem vestígios do crime, importantes para a demonstração do corpo de delito ou outros elementos probatórios relevantes, os quais poderão desaparecer antes de serem apreendidos. O *fumus boni iuris* é exigido expressamente pelo Código. Dispõe o §1º do art. 240 do Código de Processo Penal que a busca domiciliar será efetivada quando “*fundadas razões a autorizarem*”. O art. 244 repete a exigência para a busca pessoal.

Assim, é pressuposto essencial da busca que a autoridade, com base em elementos concretos, possa fazer um juízo positivo, embora provisório, da existência de motivos que possibilitem a diligência. Deve dispor de elementos informativos que lhe façam acreditar estar presente a situação legal legitimadora da sua atuação. Mais dificultosa é a avaliação do *fumus boni iuris* nas hipóteses em que o agente ou a autoridade policial, por suspeita de flagrante, deva ingressar no domicílio sem mandado. Nessa situação, haverá necessidade de informes que façam surgir razoável convicção da prática delituosa. Deve-se supor, com assento em dados obtidos previamente que a coisa ou pessoa procurada se encontra naquela determinada residência. Não se exige, contudo, que a diligência seja cercada de êxito, com a conseqüente apreensão da pessoa ou coisa procurada. É suficiente ter a autoridade, antes do ingresso, razoáveis motivos para suspeitar da ocorrência de crime e forte convencimento de que irá prender determinadas coisas ou pessoas necessárias à demonstração da prática ilícita. (GRINOVER; FERNANDES e GOMES FILHO, 2001, p. 170-171).

O §1º do art. 240 do CPP também elenca rol exemplificativo com as finalidades dessa técnica investigativa, quais sejam:

- a) prender criminosos;
- b) apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos;
- c) apreender instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos;
- d) apreender armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a

fim delituoso;

e) descobrir objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu;

f) apreender cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato;

g) apreender pessoas vítimas de crimes;

h) colher qualquer elemento de convicção.

De acordo com Medroni (2012, p.177), *“o cumprimento de mandado de busca e apreensão é atividade tipicamente policial. São eles treinados e preparados para agir, podendo antever eventuais problemas a serem encontrados no âmbito da operacionalização da diligência”*.

Tucci (2012, p.1231) define o instituto da busca e apreensão se trata de *“meio de prova, de natureza acautelatória e coercitiva, consubstanciado no apossamento de elementos instrutórios, quer relacionados com objetos, quer com as pessoas do culpado e da vítima, quer, ainda, com a prática criminosa que tenha deixado vestígios”*.

Apesar do Código de Processo Penal tratar a busca e apreensão como instituto singular, ambos não se confundem. A busca tem como objetivo encontrar vestígios, coisas ou pessoas relacionadas a um fato que está sendo investigado, restringindo certos direitos fundamentais como a inviolabilidade de domicílio e a privacidade. A apreensão, por sua vez, é meio cautelar de obtenção de provas e tem por objetivo assegurar elementos indispensáveis à comprovação do fato e convencimento do juiz. (COLLI, 2010, p.141). Tem como finalidade guardar e proteger pessoas e coisas que foram retiradas – com intento maior de constituir prova em juízo – do poder daqueles que as detinham ou retinham (PITOMBO, 2005, p.117).

Assim, um instituto é diferente e independente do outro, podendo haver busca sem apreensão, quando, por exemplo, a coisa procurada não é localizada. Por outro lado, também pode haver apreensão sem busca, como no caso de apresentação voluntária de material de interesse para a investigação.

Por se tratar de medida investigativa que limita o exercício de direitos fundamentais, a busca deve estar em perfeita consonância com as regras previstas na legislação processual penal, sob o risco de nulidade das provas eventualmente coletadas. Colli (2010, p.142) classifica as formalidades a serem observadas em dois grupos. O primeiro composto pelas regras relativas à expedição da ordem judicial previstas no artigo 243 do Código de Processo Penal<sup>88</sup> e o segundo grupo relativo à forma de sua execução,

---

<sup>88</sup> Art. 243. O mandado de busca deverá:

regulamentada pelo artigo 245 do mencionado instrumento legal<sup>89</sup>.

É preciso esclarecer, ainda, para que tipo de local é necessária a obtenção de ordem judicial para se proceder à busca. O inciso XI do artigo 5º da Constituição Federal utiliza o termo “casa” e o Código de Processo Penal no artigo 240 e seguintes o termo “domicílio”. A doutrina considera ambos como sinônimos e consolidou entendimento ampliativo à proteção. De acordo com Badaró (2008, p. 272),

devem ser considerados domicílio, para fins de busca e apreensão, as casas e os apartamentos propriamente ditos, devidamente habitados, bem como as áreas contíguas, como quintais e garagens. Também será considerada ‘casa’ o quarto de hotel, de pousada, de pensão ou qualquer outro lugar fechado utilizado como morada de alguém (por exemplo: edifício abandonado que esteja sendo utilizado como moradia de andarilhos). Igualmente serão considerados casa, para fins de busca domiciliar, o consultório médico, o escritório de advocacia ou outro lugar não aberto ao público em que alguém exerce profissão.

A jurisprudência brasileira acompanha esse entendimento, incluindo na proteção não apenas imóveis residenciais, mas também todos aqueles locais não abertos ao público em geral como escritórios de empresas, escritórios profissionais<sup>90</sup> e quartos de hotéis ocupados<sup>91</sup>.

---

I - indicar, o mais precisamente possível, a casa em que será realizada a diligência e o nome do respectivo proprietário ou morador; ou, no caso de busca pessoal, o nome da pessoa que terá de sofrê-la ou os sinais que a identifiquem;

II - mencionar o motivo e os fins da diligência;

III - ser subscrito pelo escrivão e assinado pela autoridade que o fizer expedir.

§ 1º Se houver ordem de prisão, constará do próprio texto do mandado de busca.

§ 2º Não será permitida a apreensão de documento em poder do defensor do acusado, salvo quando constituir elemento do corpo de delito.

<sup>89</sup> Art. 245. As buscas domiciliares serão executadas de dia, salvo se o morador consentir que se realizem à noite, e, antes de penetrarem na casa, os executores mostrarão e lerão o mandado ao morador, ou a quem o represente, intimando-o, em seguida, a abrir a porta.

§ 1º Se a própria autoridade der a busca, declarará previamente sua qualidade e o objeto da diligência.

§ 2º Em caso de desobediência, será arrombada a porta e forçada a entrada.

§ 3º Recalcitrando o morador, será permitido o emprego de força contra coisas existentes no interior da casa, para o descobrimento do que se procura.

§ 4º Observar-se-á o disposto nos §§ 2o e 3o, quando ausentes os moradores, devendo, neste caso, ser intimado a assistir à diligência qualquer vizinho, se houver e estiver presente.

§ 5º Se é determinada a pessoa ou coisa que se vai procurar, o morador será intimado a mostrá-la.

§ 6º Descoberta a pessoa ou coisa que se procura, será imediatamente apreendida e posta sob custódia da autoridade ou de seus agentes.

§ 7º Finda a diligência, os executores lavarão auto circunstanciado, assinando-o com duas testemunhas presenciais, sem prejuízo do disposto no §4º.

<sup>90</sup> “Para os fins da proteção jurídica a que se refere o art. 5º, XI, da Constituição da República, o conceito

Antes de finalizar a análise da busca domiciliar, é preciso destacar o entendimento defendido por Costa e Lobo que classificam a medida investigativa de acesso a dados armazenados nas nuvens, tratada no item 3.3.2 deste estudo, como modalidade de busca e apreensão classificada como digital<sup>92</sup>.

### 3.3.4 Interceptação telefônica e telemática

Uma das ferramentas mais eficazes na obtenção de elementos probatórios que demonstrem a atuação de organizações criminosas é a interceptação das suas comunicações, pois por meio dela é possível desvendar os papéis desempenhados por cada um de seus integrantes e acompanhar em tempo real as suas atividades ilícitas. Ao tratar da interceptação telefônica, Medroni (2012, p.132) considera a técnica como de

Considerável grau de importância como meio de produção de prova, já que planejamento, ordens e execuções de crimes invariavelmente passam por necessidade de comunicação entre os agentes, principalmente tratando-se de organização criminosa.

Conforme definição de Castro (2003, p.21), interceptar é interromper o curso originário, impedir a passagem, ter contato com o teor da comunicação, mas sem impedir que ela chegue ao seu destinatário. Ferraioli e Dalia (2001, p. 657) conceituam interceptação como a captação, mediante instrumento mecânico ou eletrônico, de comunicações ou

---

*normativo de "casa" revela-se abrangente e, por estender-se a qualquer compartimento privado não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade (CP, art. 150, § 4º, III), compreende, observada essa específica limitação espacial (área interna não acessível ao público), os escritórios profissionais, inclusive os de contabilidade, "embora sem conexão com a casa de moradia propriamente dita" (HC 82788/RJ, Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 14/04/2005, DJ de 02/06/2006, p. 43).*

<sup>91</sup> *"Para os fins da proteção jurídica a que se refere o art. 5º, XI, da Constituição da República, o conceito normativo de 'casa' revela-se abrangente e, por estender-se a qualquer aposento de habitação coletiva, desde que ocupado (CP, art. 150, § 4º, II), compreende, observada essa específica limitação espacial, os quartos de hotel. Doutrina. Precedentes. - Sem que ocorra qualquer das situações excepcionais taxativamente previstas no texto constitucional (art. 5º, XI), nenhum agente público poderá, contra a vontade de quem de direito ('invito domino'), ingressar, durante o dia, sem mandado judicial, em aposento ocupado de habitação coletiva, sob pena de a prova resultante dessa diligência de busca e apreensão reputar-se inadmissível." (RHC 90376/RJ, Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 03/04/2007, DJ de 18/05/2007, p.113).*

<sup>92</sup> *"A busca e apreensão de dados armazenados em servidores remotos pode ser realizada se o mandado judicial respectivo indicar, expressamente, que as informações devem ser buscadas e apreendidas em servidor de acesso remoto e se esse mesmo mandado judicial impuser, também, que o administrador do sistema forneça nome de usuário e senha para a execução dessa ordem" (COSTA e LOBO, 2011, p.203).*

conversações que ocorrem à distância, por meio de telefone ou outros meios de telecomunicações, ou entre pessoas presentes em um mesmo contexto ambiental por pessoa que não participa da conversa e não é destinatário da comunicação interceptada. No primeiro caso temos a interceptação de telecomunicações e, no segundo, a interceptação ambiental.

Grinover, Fernandes e Gomes Filho (2001, p. 175), exemplificam as várias modalidades de “captação eletrônica da prova”:

- a) interceptação da conversa telefônica por terceiro, sem o conhecimento dos dois interlocutores;
- b) a interceptação da conversa telefônica por terceiro, com o conhecimento de um dos interlocutores;
- c) a interceptação da conversa entre presentes, por terceiro, sem o conhecimento de nenhum dos interlocutores;
- d) a interceptação da conversa entre presentes por terceiro, com o conhecimento de um ou algum dos interlocutores;
- e) gravação clandestina da conversa telefônica por um dos sujeitos, sem o conhecimento do outro;
- f) gravação clandestina da conversa pessoal e direta, entre presentes, por um dos interlocutores, sem o conhecimento dos outros.

A finalidade inicial da interceptação, quando começou a ser desenvolvida nos Estados Unidos ainda na década de 60, era de caráter militar, de forma a possibilitar o monitoramento e espionagem das atividades do inimigo e estar preparado para possíveis ataques, porém, com o fim da Guerra Fria, os projetos de interceptação foram voltados ao combate da criminalidade (ASSUMPÇÃO, 2009, p. 172), apesar da recente volta de seu uso para o combate ao terrorismo.

Como se trata de uma medida de produção antecipada de prova no processo penal, com reflexos sobre os direitos fundamentais ao sigilo das comunicações e à privacidade, é necessária a obtenção de autorização judicial para sua execução. A própria Constituição Federal já prevê a possibilidade de utilização dessa técnica no inciso XII do artigo 5º, mas apenas para produção de prova em investigação criminal e em instrução processual penal.

Quando realizada dentro dos parâmetros previstos no ordenamento jurídico, precedida de autorização judicial fundamentada que avalia a presença dos requisitos que justificam as medidas cautelares, o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*, o resultado da interceptação é considerado fonte de prova e o meio de prova a ser introduzido no processo é

a gravação e sua transcrição (GRINOVER; FERNANDES e GOMES FILHO, 2001, p. 176).

No Brasil, o estatuto legal que regulamenta a interceptação de comunicações é a Lei nº 9.296 de 24 de julho de 1996. No parágrafo único do seu artigo 1º, prevê que a norma não se aplica somente às interceptações telefônicas, mas também às interceptações do fluxo de comunicações em sistemas de informação e telemática. A literatura diverge quanto à constitucionalidade da interceptação telemática. Para Pitombo (2005, p.123) e Greco Filho (1996, p.10), a medida seria vedada constitucionalmente em razão do inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal não permitir expressamente a medida.

Prado (1997, p.13) defende a necessidade de adaptação da sociedade às novas formas de cometimento de delitos, afastando eventual inconstitucionalidade do delito. Oliveira (2006, p. 297), no mesmo sentido, aponta

A possibilidade de autorização judicial também para a interceptação do fluxo de comunicações em sistema de informática e telemática, como ali previsto, é perfeitamente constitucional, e vem completar o rol de proteção do inc. XII do art. 5º CF, estabelecendo que em todas as hipóteses ali mencionadas a quebra do sigilo exigirá autorização judicial fundamentada.

Concorda-se com o entendimento pela constitucionalidade da interceptação telemática, em especial pelo fato que esse meio vem sendo amplamente utilizado para tratativas relativas a atos ilícitos, não sendo razoável uma mera interpretação literal restritiva do texto constitucional, que na verdade tem por finalidade é estabelecer a reserva de jurisdição para o afastamento do sigilo das comunicações em geral. A título de ilustração, veja-se algumas das principais ações criminosas tipificadas e classificadas como crimes cibernéticos em que se registra a viabilidade no manejo da interceptação telemática:

- a) No capítulo dos crimes contra a administração pública, especialmente no que e refere aos artigos 313-A e 313-B do Código Penal;
- b) Divulgar, sem justa causa, informações sigilosas ou reservadas, contidas ou não nos sistemas de informações ou banco de dados da administração pública, encontra adequação penal no artigo 153, §1.º, do Código Penal;
- c) A violação do sigilo funcional prevista no artigo 325 do Código Penal;
- d) As práticas de crimes de pornografia infanto-juvenil por meio da internet, alcançada pelo disposto no artigo 241 do Estatuto da Criança e do Adolescente, com atenção especial para a atual redação determinada pela Lei n.º 11.829/08;

e) A prática ou incitação de racismo via rede mundial, que encontra reprimenda penal no artigo 20, caput e §2.º, da Lei n.º 7.716/89;

f) O furto mediante fraude bancária eletrônica, tipificado no artigo 155, §4º, inciso IV, do Código Penal, como visto acima.

A execução da interceptação será conduzida pela autoridade policial, nos termos do artigo 6º da Lei nº 9.296/1996<sup>93</sup>. São considerados pressupostos legais para adoção da medida: a) estar em curso investigação policial ou instrução processual penal; b) existirem indícios razoáveis de autoria; c) inexistir a possibilidade de utilização de outro meio de prova; d) estar prevista a pena de reclusão para o delito investigado.

Recentemente, a República Federativa do Brasil foi condenada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos pela promoção de atos de investigação conduzidos em procedimentos irregulares. No caso *Escher e Outros vs. Brasil*, julgado em julho de 2009, estava ausente instrumento formal de investigação a dar supedâneo a medidas cautelares, conforme se observa nos trechos do julgamento abaixo transcritos<sup>94</sup>:

De acordo com o artigo 1º da Lei n. 9.296/96, a interceptação telefônica deve ter o propósito de investigar criminalmente ou de instruir um processo penal. No presente caso, apesar de indicar a necessidade de investigar supostas práticas delitivas, quais sejam, o homicídio de Eduardo Aghinoni e o desvio de recursos públicos, a solicitação do major Neves não foi apresentada no marco de um procedimento investigativo que tivesse por objeto a verificação dos fatos. O pedido de interceptação sequer mencionou os autos da investigação do homicídio que se encontrava a cargo da polícia civil de Querência do Norte, cujo delegado de polícia não teria sido notificado a respeito. Outrossim, tampouco consta que na época dos fatos existisse uma investigação pelo suposto desvio de recursos públicos por parte dos dirigentes da COANA e da ADECON. Quanto ao pedido do sargento Silva, este não apontou o propósito das interceptações pretendidas nem sua vinculação com uma investigação ou processo penal. Desse modo, em detrimento do artigo 8º da Lei Nº 9.296/96, o Pedido de Censura foi uma diligência isolada e não tramitou em autos anexos a um procedimento de

---

<sup>93</sup> “Deferido o pedido, a autoridade policial conduzirá os procedimentos de interceptação, dando ciência ao Ministério Público, que poderá acompanhar a sua realização”.

<sup>94</sup> Disponível em <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_200\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_200_por.pdf)>, p. 41 e 45. Acesso em 04 fev 2015.

investigação ou processo criminal iniciados anteriormente. Portanto, ambas as solicitações descumpriram com o disposto nos artigos supracitados.

A Corte conclui que as interceptações e gravações das conversas telefônicas objeto deste caso não observaram os artigos 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 6º e 8º da Lei nº 9.296/96 e, por isso, não estavam fundadas em lei. Em consequência, ao descumprir o requisito de legalidade, não resulta necessário continuar com a análise quanto à finalidade e à necessidade da interceptação.

Outra questão polêmica se refere à obtenção dos extratos de ligações telefônicas. Assim como os dados cadastrais dos usuários de linhas telefônicas e de protocolos de *internet* fornecidos pelas provedoras de acesso, não se encontram protegidos por reserva de jurisdição, por não configuram ofensa ao sigilo das comunicações, entende-se também que os extratos telefônicos podem ser requisitados diretamente pela autoridade policial no âmbito da investigação criminal e pelo representante do Ministério Público no curso do processo penal.

Apesar de literatura contrária a esse posicionamento, como se observa em Gomes e Cervini (1997, p.103), para quem os registros ou dados telefônicos só poderão ser obtidos através de ordem judicial, que deve se ater na avaliação do princípio da proporcionalidade, já existem julgados que afastam a reserva de jurisdição, como o a seguir colacionado:

Investigação criminal – Requisição para que seja apresentado o número de chamadas entre aparelhos telefônicos – Violação do art. 5º, XII, da CF – Inocorrência – Inteligência art. 5º, XII, da CF – Inocorre violação ao princípio constitucional do sigilo das comunicações telefônicas, caso para fins de investigação criminal se pretenda somente a obtenção dos números de chamadas entre aparelhos telefônicos, não sendo pretendida a escuta ou a conversação telefônica entre pessoas, vez que, nessa hipótese, incorre invasão da privacidade. (MS nº 238.416/4, julgado em 6.5.1993, 1ª Câmara, relator Pires Neto, Voto Vencedor: Silva Rico, RJDTACrim 18/167).

Como esse entendimento ainda é minoritário em âmbito jurisprudencial, na prática, ainda se representa em juízo para acesso aos registros de ligações telefônicas.

## CONCLUSÕES

Vive-se em uma sociedade caracterizada pela pluralidade de riscos, complexidade e insegurança nas relações sociais, econômicas e culturais. O risco sempre existiu, mas o que o diferencia no tempo presente do passado é sua natureza de situação de perigo ou possibilidade de perigo potencializada pela comunicação em massa e pelos avanços tecnológicos, que o torna muitas vezes imperceptível e de consequências incertas. Apesar do desenvolvimento dos conhecimentos humanos ter levado à capacidade de detecção e a possibilidade de se evitar alguns riscos desnecessários, a falta de controle total dos processos de produção de riquezas gera a sensação de medo e insegurança, como se transitássemos em um bonde desgovernado, o que leva ao questionamento do trabalho das instituições responsáveis pelo desempenho das diversas atividades estatais, dentre elas, em especial, as que fazem parte do sistema de justiça criminal.

Além disso, a convergência da evolução social e das tecnologias da informação criou uma nova base material para o desempenho de atividades em toda a estrutura social. Essa base material é construída em redes e define os processos sociais predominantes, consequentemente dando forma à própria estrutura social. As noções de espaço público e privado agora incluem também o espaço cibernético, o ciberespaço, que tem a internet como sua maior representante. É a era da informação, onde as pessoas estão se relacionando nesse novo ambiente, executando atos corriqueiros como compras, estudo, comunicação, mas também praticando ações nocivas ao bom convívio em sociedade, como ilícitos penais, e, por isso, o Estado é demandado, por um lado, a respeitar a privacidade de seus cidadãos que navegam pela rede mundial de computadores e, por outro lado, a uma atuação positiva na promoção de segurança pública.

A forte sensação de insegurança e falta de controle em face dos novos riscos surgidos a partir da potencialização das condutas lesivas ao convívio social praticadas com auxílio dos avanços do conhecimento humano e dele decorrente, bem como por pessoas organizadas em redes de atuação, gerou uma sobrecarga no sistema penal como forma de resposta do Estado aos anseios de seus cidadãos. As demandas da sociedade de risco e informacional enfraqueceram os dogmas do Direito Penal estabelecidos na era liberal individualista da primeira modernidade, com a razão jurídica fundamentada no contrato social, na proporcionalidade das penas, controle e limitação do poder estatal.

Pode-se identificar como efeito do novo arranjo social a inflação de tipos penais e

a flexibilização de alguns conceitos básicos necessários para a imputação de responsabilidades, além do questionamento das próprias finalidades do sistema na seara da criminologia. Novos bens jurídicos foram eleitos, alguns supra-individuais de conteúdo difuso, outros relativos à proteção de dados e à criminalização de agrupamentos de pessoas que objetivam praticar ilícitos, bem como à aplicação do sistema penal a alguns situações sem a existência de lesão concreta ao bem jurídico tutelado.

Com base na crença de que o Direito Penal é o único meio eficaz para realização do controle social, o sistema penal não lida mais apenas com lesões a interesses individuais, mas é utilizado para regulamentar uma série de temas, como atividade econômica, meio ambiente, atividades tecnológicas, gerando uma verdadeira inflação de tipos penais que devem ser investigados pelo Estado, somados àqueles que lesionam apenas bens individuais. O tipo penal que era uma garantia do cidadão deixou de ser claro, certo e hermético passando a ser complexo, aberto, contemplado muitas normas penais em branco.

A exacerbada ampliação da esfera de atuação do sistema penal tem apresentando um mero efeito simbólico de atuação, insuficiente para fazer frente à força ganha pela criminalidade organizada através da utilização dos meios tecnológicos para prática de delitos, que servem tanto com novos instrumentos para a produção de resultados lesivos em quantidade infinitamente maior, quanto para a facilitação da comunicação entre os membros das associações criminosas e proteção das suas lideranças, mediante a utilização de identidades virtuais. Há uma maior dificuldade na satisfação das exigências para imputação de responsabilidades pela ocorrência dos fatos delituosos que passaram a ser mais complexos, pois são praticados com o auxílio de meios tecnológicos e com a participação de diversas pessoas que se relacionam anonimamente através da rede mundial de computadores.

Como última instância de controle social, o Direito Penal não pode ser afastado da tutela dos bens jurídicos mais caros a uma sociedade, ainda que precise se adaptar para atingir esse mister, em especial para abarcar os riscos graves que se apresentam a toda uma coletividade, bem como buscar formas de responsabilizar a rede envolvida na execução do ato socialmente lesivo. Assim, à medida que a sociedade evolui, novas situações devem ser consideradas como crime e outras deixarem de ser. Todavia, não pode ser flexibilizado ao extremo, tornando-se um mero instrumento de política criminal e se afastando de sua função de também limitador do poder punitivo estatal.

É preciso depurar a fase de criminalização primária, por meio da proibição penal apenas de condutas que sejam efetivamente lesivas para a sociedade como um todo, não

apenas para as classes dominantes, e pela proteção somente de bens jurídicos que não sejam passíveis de tutela eficaz por outros ramos do direito, de forma que os esforços dos órgãos responsáveis pela persecução criminal durante a fase de criminalização secundária sejam focados somente nos casos mais importantes, promovendo uma seletividade positiva, descompromissada com a manutenção do *status quo* e que garanta políticas efetivas de segurança pública de combate à criminalidade organizada, mas que também respeitem os direitos fundamentais.

Os órgãos que compõem o sistema de justiça criminal devem agir de maneira equilibrada em face da demanda por eficiência na segurança social, não deixando de resguardar o indivíduo que é submetido à persecução penal em relação aos seus direitos fundamentais. O modelo penal garantista como aquele que tem como parâmetro os ditames constitucionais que servem como limites ao exercício do poder punitivo do Estado e paradigma para análise da sua validade substancial e não apenas formal. Um modelo de racionalidade e contenção da intervenção estatal na seara criminal, baseada nos direitos fundamentais.

O paradigma constitucional válido para o exercício da investigação criminal consiste na observância de limites à incidência do sistema penal, contendo eventuais excessos da persecução penal, de forma a possibilitar a sua viabilidade jurídica, por meio de uma ação estatal válida, mas também pela sua viabilidade material, através da eficiente promoção de segurança pública, para que o sistema penal desempenhe seu papel vital de defesa do ordenamento jurídico como última instância de controle social e instrumento de garantia de segurança pública, sem violar os direitos humanos constitucionalmente consolidados dos investigados.

Dentre os três modelos de investigação criminal existentes no mundo, o constituinte brasileiro de 1988 adotou o modelo inglês do inquérito policial, cabendo à Polícia Judiciária a sua condução como regra, só podendo haver outros órgãos legitimados para essa atividade em caráter excepcional, mediante expressa previsão legal. Não se concebe a existência de um procedimento de investigação criminal ou com finalidade criminal, realizado sem o amparo do direito e da lei. No caso, tais instrumentos de investigação não podem embasar, sem ofensa ao devido processo legal, ação penal cujo propósito final é a condenação do indivíduo a penas que poderão lhe restringir a vida, liberdade ou propriedade.

A investigação preliminar conduzida pela Polícia Judiciária sempre será necessária quando ainda não estiverem presentes elementos suficientes para a promoção da

ação penal e tem três finalidades principais: a) servir de filtro processual, fundamentando a decisão do processo ou não processo, evitando uma acusação aventurada; b) esclarecimento de fato oculto que rompe com as regras de convivências social; c) salvaguarda da sociedade por meio de medidas cautelares com natureza pessoal, patrimonial ou probatória. A investigação criminal é uma proteção ao cidadão no sentido de que não será submetido a um processo abusivamente, mas também uma defesa conferida à sociedade de que os atos ilícitos serão efetivamente reprimidos, ainda que aquele que os praticou tente se furtar da responsabilização penal por meio da ocultação do fato criminoso ou de seus instrumentos e proveitos.

O atual sistema constitucional brasileiro, inaugurado pela Constituição Federal de 1988, caracteriza-se pela sua abertura e dinamicidade em razão da capacidade de mutação das significações normativas com o objetivo de se adaptar às novas realidades sociais, por meio da interpretação e aplicação das normas jurídicas. É composto por regras e princípios, sendo o conflito dos primeiros resolvido no campo da validade, por hierarquia, cronologia ou especialidade, enquanto a colisão dos segundos é solucionada pelo balanceamento de interesses, de acordo com seu peso no caso concreto.

Aos diversos direitos fundamentais previstos na Carta Maior, aplica-se a mesma teoria de resolução de conflitos por ponderação, de sorte que não há direito absoluto, pois podem ser limitados por outros direitos ou por outros valores e bens da coletividade constitucionalmente protegidos. Nas investigações criminais que versam sobre crimes cibernéticos, a busca dos vestígios de autoria e materialidade frequentemente deve ser realizada por meio de técnicas de investigação que podem se chocar com os direitos fundamentais previstos nos incisos X, XI e XII do artigo 5º da Constituição Federal Brasileira, quais sejam, direito à privacidade, inviolabilidade do domicílio e das comunicações. No caso do conflito entre o direito à privacidade, fundamento para o sigilo de dados, e o dever do Estado de promover a persecução penal, deve ser feita a ponderação e prevalecer a possibilidade de acesso a esses dados, desde que seja adequado e necessário à investigação criminal, por meio de autorização judicial, apenas quando o núcleo do direito fundamental for atingido.

Os crimes cibernéticos são aqueles praticados contra os sistemas de informação ou através deles e podem ser classificados em próprios ou impróprios, de acordo com o bem jurídico tutelado. Os primeiros vêm demandando inovação legislativa, pois se referem a bens que ainda não eram tutelados em âmbito jurídico, enquanto aos segundos já se pode aplicar os

tipos penais já existentes, pois ou são novas formas de praticar velhos crimes (impróprios mistos) ou a tecnologia é apenas um facilitador ou meio de comunicação (impróprios comuns).

Conforme dados coletados pelo Centro de Estudos, Resposta e Tratamento de Incidentes de Segurança no Brasil – CERT.br, vinculado ao Comitê Gestor da Internet, a maior parte dos eventos adversos reportados neste país tem relação a atos preparatórios ou a fraudes propriamente ditas através do furto de identidade. Em escala mundial, estudo da *United Nations Office on Drugs and Crime* também comprova a grande incidência desse tipo de fraude.

As fraudes bancárias eletrônicas se dão de duas formas: furto por meio de internet banking e clonagem de cartões bancários. Cabe à Polícia Federal brasileira a investigação daquelas praticadas em face da Caixa Econômica Federal, por se tratar de empresa pública federal. Para enfrentar a grande quantidade de notícias de crime nessas modalidades, a Polícia Federal desenvolveu em parceria com a Caixa Econômica Federal o Projeto Tentáculos no ano de 2008, centralizando a comunicação dessas fraudes em meio digital à unidade central da Polícia Federal que atua na área, arquivando-se todas as investigações em andamento que não estivessem em estágio avançado e alimentando as informações já colhidas em uma Base Nacional de Fraudes Bancárias Eletrônicas, ou seja, a Polícia Judiciária da União utilizou dos meios tecnológicos em seu favor, mas com o cuidado de observar as limitações legais.

Em relação à sua tipificação, as fraudes bancárias eletrônicas configuram o delito de furto qualificado mediante fraude e não estelionato, tendo em vista que o meio ardiloso é empregado com o objetivo de facilitar a subtração, independente da vontade da vítima e não para obter o seu consentimento viciado na entrega da coisa. A simples tomada da coisa não configura inversão da posse, mas detenção precária que só se converteria em posse com a disponibilidade tranquila, por mais ínfimo período de tempo que seja. Para a consumação do delito de furto é necessária que a posse do agente seja mansa e pacífica.

É inerente a esse tipo de fraude a participação de várias pessoas na sua elaboração e execução, podendo ser configurado o concurso de agentes, o delito de quadrilha ou bando e, até mesmo, crime organizado. São sujeitos ativos das fraudes bancárias os programadores, usuários, arregimentadores e os laranjas e passivos os titulares das contas bancárias lesadas. É possível o concurso material entre o crime de furto qualificado pelo concurso de pessoas com o delito de quadrilha ou bando, sem que se configure *bis in idem*, pois o primeiro é crime material praticado em conjunto e o segundo é delito formal que independe da efetiva prática

de qualquer outro crime para a sua consumação.

O enquadramento da atuação de bandos especializados em praticar fraudes bancárias eletrônicas como organização criminosa possibilita a responsabilização do seu financiador por meio de tipo penal autônomo previsto no artigo 2º da Lei nº 12.850/2013 e a utilização dos diversos meios de obtenção de prova durante as investigações discriminados no artigo 3º da citada lei, para que a persecução penal estatal seja mais célere e eficiente.

O entendimento do Superior Tribunal de Justiça segundo o qual as fraudes bancárias eletrônicas devem ser julgadas no local onde está a agência à qual é vinculada a conta lesada implica em uma persecução criminal através de cartas precatórias e na multiplicação de procedimentos investigatórios espalhados por todo o país investigando as mesmas pessoas de forma pouco eficaz. Assim, a fixação da competência no local do resultado pode ser flexibilizada com o objetivo de se obter uma melhor instrução processual e convencimento judicial mais seguro.

Existe uma dupla subjetividade passiva material na fraude bancária eletrônica, onde a vítima da fraude é também a instituição financeira e não só seu cliente, pois é a primeira quem arca com o prejuízo. Além disso, o dinheiro só sai da guarda e esfera de vigilância do banco quando é sacado ou utilizado para pagar um título bancário, pois até então, a posse não é mansa e pacífica, refletindo na fixação da competência. A competência para julgar as fraudes cometidas em desfavor da Caixa Econômica Federal e seus correntistas é da Justiça Federal, bem como das demais lesões praticadas em conexão.

Dentre as principais técnicas investigativas utilizadas para a investigação de crimes cibernéticos, destacam-se o acesso a dados cadastrais, pesquisas em fontes abertas, acesso a dados armazenados nas nuvens, busca domiciliar e as interceptações telefônicas e telemáticas. A aplicação das duas primeiras técnicas prescindem de autorização judicial, pois não há privacidade a ser protegida na obtenção de informações relativas à qualificação dos investigados ou voluntariamente tornadas públicas, as quais são de livre manuseio pela autoridade policial responsável pela investigação criminal.

Para as demais técnicas, a reserva de jurisdição está presente. No que se refere à busca de dados armazenados em equipamentos informáticos e disponíveis por meio da rede mundial de computadores, a computação nas nuvens, cabe dizer que é indispensável para muitas apurações criminais desenvolvidas na atualidade, em especial devido à difusão do uso desses meios, que fez com que boa parte das informações relevantes passasse a ser guardada em meios digitais. Mas é preciso que essa coleta se dê de forma célere, sob pena de

perecimento da prova ou perda da oportunidade de seu uso.

A maior parte desses dados está guardada fisicamente em outros países e o serviço de armazenamento é oferecido por companhias estrangeiras. Assim, a interpretação tradicional com base no princípio da territorialidade que implicaria na representação pela expedição pela demorada Carta Rogatória não se coaduna com a necessidade de rápido acesso à informação. Nem mesmo o procedimento mais simplificado dos acordos de cooperação bilateral é suficiente.

Nesse contexto, andou bem o Superior Tribunal de Justiça ao adaptar sua interpretação à nova realidade e aplicar o princípio da bandeira da empresa de provimento do serviço de armazenamento, quando houver representação legal da empresa no Brasil, não aceitando o argumento de que a matriz da empresa ou os dados estejam em outro país. Ora, se executa suas atividades aqui, deve obedecer às ordens das autoridades locais. E no caso da empresa que oferece a guarda de dados não ter representação legal no Brasil, deve ser aplicada a abordagem do poder de disposição para permitir um rápido acesso aos necessários à investigação criminal.

Quanto à técnica de busca domiciliar, é preciso observar sua regulamentação disposta a partir do artigo 240 do Código de Processo Penal, que já consagra a reserva de jurisdição em decorrência da inviolabilidade de domicílio prevista constitucionalmente, e apresentando os requisitos para requerimento, deferimento e execução da medida. Não se deve confundi-la com a apreensão, que não é técnica de investigação, mas meio cautelar de obtenção de provas que tem por objetivo assegurar elementos indispensáveis à comprovação do fato e convencimento do juiz. O conceito de casa também gera polêmica e deve-se levar em consideração o entendimento doutrinário e jurisprudencial que incluem na definição qualquer compartimento privado não aberto ao público onde alguém exerce profissão ou atividade, assim como qualquer aposento de habitação coletiva, desde que ocupado.

No que concerne à utilização da interceptação telefônica, deve-se observar os ditames da Lei nº 9.296/1996 para sua aplicação regular, onde constam os requisitos para requerimento, deferimento e execução da medida, também presente a reserva de jurisdição em decorrência da inviolabilidade de comunicações prevista constitucionalmente, que também não veda a utilização de interceptação telemática judicialmente autorizada. Por outro lado, considera-se mais acertado o entendimento já defendido em algumas decisões judiciais de que não há quebra de sigilo de comunicações na obtenção apenas de registros de ligações para fins de investigação criminal.

Em resumo, ficou evidenciado neste estudo que a fraude bancária eletrônica é uma conduta lesiva ao convívio social, típica da sociedade de risco e da informação, com a atuação de pessoas organizadas em rede que se utilizam dos meios tecnológicos e do amplo acesso à informação e das novas formas de interação possibilitadas pelo espaço cibernético, causando grandes prejuízos financeiros e demandando a atuação do sistema de justiça criminal que precisa do auxílio de técnicas investigativas especiais que podem se chocar com direitos fundamentais do investigado. Portanto, é necessário que a investigação das fraudes bancárias eletrônicas atenda aos paradigmas constitucionais de proteção e promoção dos direitos fundamentais, sob pena da possibilidade de invalidação dos seus frutos na fase judicial da persecução penal.

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008.
- \_\_\_\_\_. A theory of legal argumentation. Oxford: Oxford University Press, 1989.
- ALMEIDA NETO, Wilson Rocha de. Atividade de inteligência como instrumento de eficiência na tutela de direitos fundamentais. In: Garantismo penal integral: questões penais e processuais criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil. Organizadores: Bruno Calabrich, Douglas Fischer e Eduardo Pelella. Salvador: Juspodivm, 2013.
- ARANA, Raúl Pariona. El derecho penal “moderno”: sobre la necesaria legitimidad de las intervenciones penales. Doutrinas Essenciais de Direito Penal I. Vol.2. p.1049-1064. São Paulo: Revista dos Tribunais, out.2010.
- ASSOCIAÇÃO PARA PROMOÇÃO E DESENVOLVIMENTO DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO (APDSI). Glossário da Sociedade da Informação. Lisboa: APDSI, 2011.
- ASSUMPCÃO, Luciano Castilho. Dificuldades em interceptações autorizadas de chamadas VOIP. In Revista Criminal: ensaios sobre a atividade policial. Ano 03. Vol. 07. São Paulo: Fiuza, abr/jun 2009.
- ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2005.
- AVOLIO, Luiz Torquato. Provas ilícitas – Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. Direito processual penal. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociológica do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
- BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. Princípio constitucional da eficiência administrativa. Belo Horizonte: Lumen Juris, 2004.
- BAUMAN, Zygmunt. Modernidade líquida. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.
- BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. São Paulo: Martin Claret, 2006.
- BECK, Ulrich. La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad. Trad. Jorge Navarro, Daniel Jimenez e Maria Rosa Borrás. Buenos Aires: Ed. Paidós, 1998.
- BOITEUX, Luciana. Crimes informáticos: reflexões sobre a política criminal inseridas no contexto internacional atual. Doutrinas Essenciais de Direito Penal I. Vol.8. p.945-966. São

Paulo: Revista dos Tribunais, out.2010.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BOLT, Raphael. Criminologia midiática: do discurso punitivo à corrosão simbólica do garantismo. Curitiba: Juruá, 2013.

BRAVO, Rogério. "Open sources" na investigação do cibercrime: conceito e implicações. Lisboa: ed. do a., 2014.

BRÜSECKE, Franz Josef. A técnica e os riscos da modernidade. Florianópolis: UFSC, 2001.

BUENO, Amilton; CARVALHO, Salo de. Aplicação da pena e garantismo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

BULOS, Uadi Lammêgo. Constituição Federal anotada. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CADEMARTORI, Sérgio. Estado de direito e legitimidade. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1999.

CALLEGARI, André Luís; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. Sistema penal e política criminal. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2010.

CAMARGO, Antonio Luiz Chaves. Imputação objetiva e direito penal brasileiro. São Paulo: Cultural Paulista, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CAPELLA, Juan Ramón. Os cidadãos servos. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1998.

CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal. Volume 2. 5ª ed. Saraiva: São Paulo, 2005.

CARVALHO, Márcia Haydée Porto de. Sigilo Bancário. Curitiba: Juruá, 2007.

\_\_\_\_\_. Hermenêutica constitucional: métodos e princípios específicos de interpretação. Florianópolis: Obra Jurídica, 2008.

CARVALHO, Salo de. Antimanual de criminologia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CARNELUTTI, Francesco. Derecho Procesal Civil y Penal. Trad. Enrique Figueroa Alfonso. Mexico: Episa, 1997.

CASTELLS, Manuel. A Sociedade em rede – a era da informação: economia, sociedade e cultura. v.1. Trad. Roneide Venancio Majer. 6ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

CASTRO, Carla Rodrigues Araújo de. Crimes de informática e seus aspectos processuais. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CERT.br. Cartilha de Segurança para a internet. Disponível em <<http://cartilha.cert.br>>. Acesso em 26 mai. 2014.

CHAI, Cássius Guimarães. Jurisdição constitucional concreta em uma democracia de riscos.

São Luís: AMPEM, 2007.

CHOUKR, Fauzi Hassan. Garantias constitucionais na investigação criminal. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

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

COLLIARD, Claude-Albert. Libertés publiques. Paris: Dalloz, 1972.

COPETTI, André. Direito penal e estado democrático de direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

COPETTI NETO, Alfredo. Uma perspectiva garantista do liberalismo e da democracia - Marcos históricos e possibilidades contemporâneas edificados a partir de Principia Iuris. In: Tulio Vianna; Felipe Machado. (Org.). Garantismo Penal no Brasil- Estudos em Homenagem a Luigi Ferrajoli. 1ª ed. Belo Horizonte: Forum, 2013.

COPETTI NETO, Alfredo; FISCHER, Ricardo Santi. O paradigma constitucional garantista em Luigi Ferrajoli: a evolução do constitucionalismo político para o constitucionalismo jurídico. In: Revista de Direitos Fundamentais e Democracia. Curitiba. V.14, nº14. P. 409-421, julho/dezembro de 2013.

COSTA, Helena Regina Lobo da; LEONARDI, Marcel. Busca e apreensão e acesso remoto a dados em servidores. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol.88, p. 203-217. São Paulo: Revista dos Tribunais, Jan. 2011.

DE GIORGI, Raffaele. Direito Democracia e Risco: vínculos com o futuro. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998.

DEL CARMEN, Rolando V.; HEMMENS, Graig. Criminal procedure and the supreme court: a guideline to the major decisions on search and seizure, privacy, and individual rights. Plymouth: Rowman & Littlefield Publisher Inc, 2010.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Questões fundamentais de direito penal revisitadas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel Costa. Criminologia – o homem delincente e a sociedade criminógena. Editora Coimbra: Coimbra, 1992.

FANTINI, Daniel Fábio. Devido processo legal e investigação criminal. In: Revista Brasileira de Ciências Policiais. Brasília, vol. 1, nº 2, p. 11-40, jul/dez 2010.

FERNANDES, Antônio Scarance. Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

\_\_\_\_\_. O equilíbrio na repressão ao crime organizado. In: Crime organizado: aspectos

processuais. Coordenação de Antônio Scarance, José Raul Gavião de Almeida e Maurício Zanoide de Moraes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

\_\_\_\_\_. Processo penal constitucional. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERRAIOLI, Marzia; DALIA, Andrea Antonio. Manuale di diritto processuale penale. 4ª ed. Mião: Cedam, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. Garantismo: una discusión sobre derecho y democracia. Madrid: Editorial Trotta, 2006.

\_\_\_\_\_. Principia Iuris: teoría del derecho e de la democracia. 1. Teoría del derecho. Madrid: Editorial Trotta, 2011.

\_\_\_\_\_. Direito e Razão: teoria do garantismo penal. 4ª ed. Trad. Ana Paula Zomer Sica et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

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

FERREIRA, Helder; FONTOURA, Natália de Oliveira. Sistema de justiça criminal no brasil: quadro institucional e um diagnóstico de sua atuação. Brasília: IPEA, 2008.

FERREIRA, Júlio Danilo Souza. A investigação criminal no Brasil e no direito comparado. In: Revista Segurança Pública e Cidadania. Brasília, Vol. 5, nº 1, p.91-110, jan/jun 2012.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco; CONTE, Christiany Pegorari. Crimes no meio ambiente digital. São Paulo: Saraiva, 2013.

FREGADOLLE, Luciana. Direito à intimidade e a prova ilícita. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

FURLANETO NETO, Mário; SANTOS, José Eduardo Lourenço dos; GIMEMES, Eron Veríssimo. Crimes na internet e inquérito policial eletrônico. 1ª ed. São Paulo: EDIPRO, 2012.

GARLAND, David. A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea. Trad. André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008

GIDDENS, Anthony. Mundo em descontrole: o que a globalização está fazendo de nós. 2º ed. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Record, 2002.

GILMAN, Rick. Cloud Computing Evolves. American Agent & Broker. Vol.83, Núm.3, março 2011. Disponível em <http://vlex.com/vid/cloud-computing-evolves-259496154>, Acesso em 11 jun 2013.

GLENNY, Misha. Dark market: cyberthievesm cybercops and you. NovaYork: Nnopf, 2011.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Risco e Processo Penal. Salvador: Juspodivm, 2009.

GOLDBLATT, David. A sociologia do risco – Ulrich Beck. Teoria social e ambiente. Trad. Anra Maria André. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

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

GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. O direito penal na era da globalização. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raul. Interceptação telefônica. São Paulo: RT, 1997

GRECO, Rogério. Atividade policial: aspectos penais, processuais penais, administrativos e constitucionais. 5ª ed. Niterói: Impetus, 2013.

GRECO FILHO, Vicente. Interceptação telefônica. São Paulo: Saraiva, 1996.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães Gomes. As nulidades no processo penal. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GUIMARÃES, Claudio Alberto Gabriel. Reflexões acerca do controle social formal: revisitando os fundamentos do direito de punir. Revista da Faculdade de Direito da UERJ – RFD. Rio de Janeiro, v.1, n.23, 2013.

HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. 2 v. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HASSEMER, Winfried. Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. Pena y Estado: función simbólica de la pena, Barcelona, p. 23-36, set./dez. 1991.

\_\_\_\_\_. Três temas de direito penal. Porto Alegre: AMP/Escola Superior do Ministério Público, 1993.

HERMAN, Susan N. Os desafios do crime cibernético. Trad. Rafaela Dutra de Oliviera. In: Revista Eletrônica de Direito penal e Política Criminal. UFRGS. VOL. 1, Nº 1, 2013.

HOLANDA, Aurélio Buarque de. Minidicionário da Língua Portuguesa. 4ªed. 7ª Impressão: Rio de Janeiro, 2002.

HOUAISS, Antônio. Dicionário houaiss da língua portuguesa. São Paulo: Houaiss, 2014.

HULSMAN, Louk. Alternativas à Justiça Criminal. In. PASSETI, Edson. Curso Livre de Abolicionismo Penal. Rio de Janeiro: Revam, 2004. p. 35-68.

HUNGRIA, Néelson. Comentários ao código penal, v. 7. Rio de Janeiro: Forense, 1955.

JAKOBS, Günther. Direito penal do inimigo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

JARDIM, Afrânio Silva. Ação penal pública: princípio da obrigatoriedade. 5º ed. Rio de

Janeiro, Lumen Juris, 2011.

KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LASSALE, Ferdinand. A essência da Constituição. 3ª ed. São Paulo: Liber Juris, 1988.

LEHMAN, Jeffrey; PHELPS, Shirelle. West encyclopedia of american law. Thomson Gale: Farmington Hills, 2005.

LIRA, Cláudio Rogério Sousa Lira. Direito penal na pós-modernidade: a racionalidade legislativa para uma sociedade de risco. Curitiba: Juruá, 2013.

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

\_\_\_\_\_. (Des)velando o risco e o tempo no processo penal. In: A qualidade do tempo: para além das aparências históricas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004a.

\_\_\_\_\_. Introdução crítica ao processo penal (Fundamentos da Instrumentalidade Garantista). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004b.

\_\_\_\_\_. Direito processual penal e sua conformidade constitucional. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, v.1.

LOPES JÚNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Investigação preliminar no processo penal. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LUHMANN, Niklas. Risk: a sociological theory. New York: Aldine de Gruyter, 1993.

\_\_\_\_\_. Trad. Javier Torres Nafarrate. Introducción a La teoría de sistemas. Guadalajara: Universidade Iberoamericana, 1996.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. Sociedade de risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências políticos-criminais. São Paulo: IBCCRIM, 2005.

MARQUES, Garcia; MARTINS, Lourenço. Direito da informática. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2006.

MARQUES, José Frederico. Tratado de direito penal, v. II. Campinas: Bookseller, 1997

MASON, Stephen e GEORGE, Esther. Digital evidence and “cloud” computing. In Computer Law & Security Review. Vol. 27. Elsevier: Londres, 2011.

MEDRONI, Marcelo Batlouni. Crime Organizado: aspectos gerais e mecanismos legais. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MENDES, Gerri Adriani. O paradigma constitucional de investigação criminal. 363 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais). PUC/RS: Porto Alegre, 2010.

MENÉNDEZ, Agustín José. Constitutional rights through discourse: on Robert Alexy’s legal theory – european and theoretical perspectives. Oslo: ARENA, 2004.

MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio da eficiência. Revista Interesse Público, Ano 2, n° 7, julho/setembro de 2000, São Paulo: Ed. Notadez, 2000, p. 65-75.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. Direito Processual Penal. 1ªed. Salvador: Juspodivm, 2007.

NETTO, Alamiro Velludo Salvador. Tipicidade Penal e Sociedade de Risco. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

NEVES, Marcelo. Teoria da inconstitucionalidade das leis. São Paulo: Saraiva, 1988.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 7ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_. A investigação criminal e a atuação do ministério público. Doutrinas Essenciais de Processo Penal. Vol.2. p.181-186. São Paulo: Revista dos Tribunais, jun.2012.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Argumentação jurídica e decisionismo: um ensaio de teoria da interpretação jurídica enquanto teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). Crise e desafios da Constituição: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal. 6ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

OLIVEIRA, Marcos de. Primórdios da rede: a história dos primeiros momentos da internet no Brasil. Pesquisa Fapesp on line. Fev 2011. Disponível em: <<http://revistapesquisa.fapesp.br/art=4337&bd=1&pg=1&lg=>>>. Acesso em 05 de novembro de 2014.

PAREJO, Luciano Alfonso. Seguridad pública y policía administrativa de seguridad – problemas de siempre y de ahora para el deslinde, la decantación y la eficacia de una responsabilidad nuclear del estado administrativo. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.

PERAZZONI, Franco. O delegado de polícia no sistema jurídico brasileiro: das origens inquisitoriais ao garantismo penal de Ferrajoli. In: Revista segurança pública & cidadania. Brasília. Vol. 4, n° 2, p.77-110, jul/dez 2011.

PEREIRA, Flávia Goulart. Os crimes econômicos na sociedade do risco. Doutrinas Essenciais de Direito Penal I. Vol.8. p.291-305. São Paulo: Revista dos Tribunais, out.2010.

PITOMBO, Sérgio M. De Moraes. Inquérito policial: novas tendências. Belém: CEJUP, 1987.

PITOMBO, Cleunice A. Valetim Bastos. Considerações sobre a tutela da intimidade de vida privada no processo penal. Doutrinas Essenciais de Direito Penal I. Vol.1. p.685-703. São Paulo: Revista dos Tribunais, Jun.2012.

\_\_\_\_\_. Da busca e apreensão no processo penal. São Paulo: RT, 2005.

PITOMBO, Antônio Sérgio Altieri de Moraes. Organização criminosa: nova perspectiva do tipo legal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PRADO, Geraldo. A interceptação das comunicações telefônicas e o sigilo constitucional de dados operados em sistemas informáticos e telemáticos. Boletim IBCCRIM. São Paulo n.15, 1997.

RODATÁ, Stefano. A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje. Trad. Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do contrato social. São Paulo: Martin Claret, 2003.

ROXIN, Claus. A proteção de bens jurídicos com função do direito penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. A expansão do direito penal: aspectos da política criminal na sociedade pós-industrial. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SANCTIS, Fausto Martin de. Constituição e regime das liberdades. IN: CUNHA, Rogério Sanches; TAQUES, Pedro; e GOMES, Luís Flávio. Limites constitucionais da investigação. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos humanos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001.

\_\_\_\_\_. A eficácia dos direitos fundamentais. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SCHMITT, Carl. Teoría de La constitución. Trad. Francisco Ayala. Madri: Alianza, Universidad Textos, 1982.

SCHÜNEMANN, Bernd. Consideraciones críticas sobre la situación esperitual de la ciencia jurídico-penal alemana. Trad. Manuel Cancio Meliá. Bogotá: Universidad Externado de Colombia: 1996.

\_\_\_\_\_. O direito penal é a última ratio da proteção de bens jurídicos! – sobre os limites invioláveis do direito penal em um estado de direito liberal. Doutrinas essenciais de direito penal I. Vol. 1. p. 321-335. Revista dos Tribunais: São Paulo, out.2010.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

\_\_\_\_\_. Em face da constituição federal de 1998, o ministério público pode realizar e/ou presidir investigação criminal, diretamente?. Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional. Vol.4. p.1155-1169. São Paulo: Revista dos Tribunais, out.2011.

SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. O direito na sociedade da informação. Revista do curso de direito do centro universitário das faculdades metropolitanas reunidas. Ano XVII, n. 25. São Paulo: UniFMU, 2003.

SMEND, Rudolf. Trad. José María Beneyto Pérez. Constitución y derecho constitucional. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

SOBRAL, Carlos Eduardo Miguel; BEZERRA, Clayton da Silva. O papel da Polícia Federal na promoção de segurança pública no espaço cibernético. In: RESENDE, André. Governo brasileiro no futuro: sugestões e desafios para o Estado (2012-2022). São Paulo: Cubzac, 2012. p. 37-45.

SYDOW, Spencer Toth. Crimes Informáticos e suas vítimas. São Paulo: Saraiva, 2013.

TOFOLLI, José Antonio Dias Toffoli e CESTARI, Virgínia Charpinel Junger. Mecanismos de cooperação jurídica internacional no Brasil. In Manual de Cooperação Jurídica Internacional e Recuperação de Ativos – Matéria Penal. 1ª ed. Brasília: Artecor, 2008, p. 31-38.

TUCCI, Rogério Lauria. Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro. Tese para concurso de Professor Titular de Direito Processual Penal, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo : Saraiva, 1993.

\_\_\_\_\_. Busca e apreensão (direito processual penal). Doutrinas Essenciais de Processo Penal I. Vol.3. p.1231-1239. São Paulo: Revista dos Tribunais, Jun. 2012.

UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. The globalization of crime: a transnational organized crime threat assessment. Viena: UNODC, 2010.

VACIAGO, Giuseppe. Remote forensics and cloud computing: italian and european legal overview. In Digital evidence and electronic signature law review. Núm 8, outubro 2011, p. 124-129. Disponível em <http://internacional.vlex.com/vid/forensics-cloud-an-andeuropean-overview-330829794>. Acesso em 15 mar 2014.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. Teoria geral do direito policial. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2009.

\_\_\_\_\_. Processo Penal. Tomo I. 3ª ed. Lisboa: Almedina, 2010.

VALLE, Juliano Keller do. Crítica à delação premiada: uma análise através da teoria do garantismo penal. São Paulo: Conceito, 2012.

VATTIMO, Gianni. El Fin de La Modernidade. México: Gedisa, 2004.

VIEIRA, Tatiana Malta. A convenção de Budapeste sobre crimes cibernéticos e o ordenamento jurídico nacional. Revista de Direito de Informática e Telecomunicações – RDIT, Belo Horizonte, v. 4, n.6, p. 197-232, jan.2009.

WILSON, James Q. e KELLING, George L. Broken windows: the police and neighborhood safety. The Atlantic Monthly. Boston: Atlantic Monthly Co., março, 1982, p. 29-38.

XAVIER, Luciano Bittencourt e. Crítica de Habermas a teoria alexyana dos direitos fundamentais no aborto por anencefalia fetal. Revista da Faculdade Mineira de Direito. Vol. 15, nº 30, jul/dez. 2012.

ZAFFARONI, E. Raúl. Direito Penal Brasileiro. Vol. I. Rio de Janeiro: Revan, 2003.