

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE

TONY MELO

**A RELAÇÃO ENTRE O DIREITO PENAL E O DIREITO A PRIVACIDADE NO
CONTEXTO DAS INVESTIGAÇÕES CRIMINAIS**

São Paulo

2023

TONY MELO

Trabalho de Conclusão de
Curso apresentado como requisito
para obtenção do título de Bacharel
no Curso de Direito da
Universidade Presbiteriana
Mackenzie.

ORIENTADOR(A): EVANDRO FABIANI CAPANO

São Paulo

2023

TONY MELO

A RELAÇÃO ENTRE O DIREITO PENAL E O DIREITO A PRIVACIDADE NO
CONTEXTO DAS INVESTIGAÇÕES CRIMINAIS

Trabalho de conclusão de
curso apresentado como requisito
para obtenção do título de Bacharel
no Curso de Direito da
Universidade Presbiteriana
Mackenzie.

Aprovad(o)a em:

BANCA EXAMINADORA

Examinador(a):

Examinador(a):

Examinador(a):

AGRADECIMENTOS

Queridos familiares, amigos e todos que de alguma forma contribuíram para a realização deste trabalho,

Hoje, encontro-me aqui, no limiar de um momento que vai muito além das palavras impressas em um papel. O que trago é o resultado de um esforço coletivo, uma jornada que não seria possível sem o amor, o apoio e a compreensão de cada um de vocês.

À minha família, que foi o alicerce deste caminho, não tenho palavras suficientes para expressar minha gratidão. Cada encorajamento, cada palavra de ânimo e cada gesto de apoio foram combustíveis essenciais para superar os desafios que surgiram ao longo desta trajetória. Vocês foram meu porto seguro, minha fonte de inspiração, e por isso, este trabalho é tanto de vocês quanto meu.

Aos verdadeiros amigos da Arca, Jiu-jistu, a minha estimada amiga Priscila que compartilharam risos, deram suporte nos momentos difíceis e celebraram as pequenas vitórias, agradeço do fundo do coração. Vocês foram a rede de apoio que transformou os obstáculos em oportunidades de crescimento e aprendizado.

Aos professores, mentores e colegas, que compartilharam conhecimento, insights e experiências, meu sincero agradecimento. Cada conversa, cada conselho, moldou não apenas este trabalho, mas também a minha própria jornada acadêmica.

Este TCC é mais do que um documento acadêmico; é uma representação tangível de sacrifícios, noites em claro, superação de dúvidas e a celebração de conquistas. Cada página é uma pequena vitória, cada parágrafo é o resultado de dedicação e paixão pelo conhecimento.

Portanto, de coração aberto, agradeço a todos que fizeram parte desta jornada. Se hoje estou aqui, é porque cada um de vocês contribuiu de maneira única e especial. Este trabalho é um tributo ao esforço coletivo, à resiliência diante dos desafios e ao poder transformador do apoio mútuo.

Obrigado por fazerem parte deste capítulo da minha vida. Vocês são a razão pela qual este momento é tão significativo

A RELAÇÃO ENTRE O DIREITO PENAL E O DIREITO A PRIVACIDADE NO CONTEXTO DAS INVESTIGAÇÕES CRIMINAIS

Tony Melo

RESUMO:

O artigo aborda o conflito entre o direito penal e o direito à privacidade, especialmente no contexto das investigações criminais. Destaca o impacto da tecnologia no campo penal, enfatizando a necessidade de adaptação às ferramentas avançadas de investigação. Apesar do progresso tecnológico, destaca-se a importância de respeitar as garantias constitucionais para evitar ações arbitrárias do Estado. É abordado também as técnicas contestadas, como interceptação de comunicações e vigilância, ressaltando a crescente preocupação com a privacidade na sociedade moderna. Aborda a evolução do conceito de privacidade e sua relação com os direitos fundamentais, considerando-o um componente essencial da democracia. O artigo propõe uma análise de conceitos fundamentais do direito penal e da privacidade, discute as técnicas de investigação e destaca os limites legais para proteger a privacidade.

Palavras chaves: direito à privacidade, investigação criminal, direitos fundamentais.

ABSTRACT:

The article addresses the conflict between criminal law and the right to privacy, especially in the context of criminal investigations. It highlights the impact of technology in the legal field, emphasizing the need to adapt to advanced investigative tools. Despite technological progress, the importance of respecting constitutional guarantees to prevent arbitrary actions by the state is emphasized. Contested techniques, such as communication interception and surveillance, are also discussed, underscoring the growing concern for privacy in modern society. The evolution of the concept of privacy and its relationship with fundamental rights is explored, considering it an essential component of democracy. The article proposes an analysis of fundamental concepts in criminal law and privacy, discusses investigative techniques, and emphasizes legal limits to protect privacy.

Key words: right to privacy, criminal investigation, fundamental rights.

1. **SUMÁRIO:** 2. Introdução. 3.fundamentação do direito penal e a investigação criminal.
3.1 o conceito de investigação criminal. 3.2 a origem da investigação criminal. 3.3 princípios na investigação criminal. 4. Fundamentação do direito a privacidade. 4.1. Direito a privacidade conceito. 4. 2.origem do direito a privacidade. 4.3 .normas e princípios que regem o direito a privacidade. Normas e princípios que regem o direito a

privacidade. 5. técnicas e meios de investigação utilizadas pelas autoridades. 6. Impacto da investigação na privacidade dos indivíduos. 7. Limites impostos pelo ordenamento jurídico na proteção da privacidade. 8. Conclusão. 9. Referências bibliográficas.

2. INTRODUÇÃO

O direito penal e o direito à privacidade são dois campos do direito que frequentemente se chocam no contexto das investigações criminais. E o objetivo deste artigo é discutir a tensão entre o direito à privacidade dos indivíduos e a necessidade de coletar evidências para a persecução penal.

O incremento da tecnologia no âmbito penal, estende a capacidade de investigação das autoridades policiais e nas últimas décadas vem ganhando cada vez mais destaque nas discussões jurídicas. Como consequência deste avanço tecnológico, essa mudança representou uma necessidade de adaptação para contar com essas ferramentas e mecanismos cada vez mais avançados e inovadores no âmbito da investigação criminal. A implementação de novas tecnologias e técnicas na persecução criminal representa uma relevante evolução e avanço, porém que necessita observar as garantias constitucionais, a fim de reprimir quaisquer ações arbitrárias por parte do Estado, bem como afirma Noberto Bobbio, "a proteção dos cidadãos no âmbito dos processos estatais é justamente o que diferencia um regime democrático daquele de índole totalitária" (Lima, 2020).

Os métodos utilizados pelas autoridades para obter informações e provas em investigações criminais são frequentemente contestados pelos defensores dos direitos civis e da privacidade. Algumas das técnicas mais controversas incluem a interceptação de comunicações, a vigilância por câmeras de segurança e o monitoramento de atividades na internet.

Neste contexto, é incontestável a crescente preocupação com o direito à privacidade nos últimos anos, sendo a representação da sociedade atual, que é amplamente dependente dos meios de comunicação e as inúmeras redes sociais, trazendo um novo retrato do conceito de privacidade. Bem como o enquadramento do direito à privacidade com um direito à

personalidade, sendo considerado um direito fundamental o que representa a importância de seu tratamento se adequando às questões da sociedade atual.

Desta forma, será necessário abordar conceitos fundamentais do direito penal e do direito à privacidade, bem como as normas e os princípios que regem o tema. Em seguida, são discutidas as técnicas de investigação utilizadas pelas autoridades responsáveis pela aplicação da lei e como elas podem afetar a privacidade dos indivíduos. Além disso, são apresentados os limites impostos pelo ordenamento jurídico para garantir a proteção da privacidade e os direitos fundamentais dos cidadãos. Por fim, são apresentadas algumas considerações sobre a importância do equilíbrio entre o direito penal e o direito à privacidade, bem como a necessidade de uma abordagem equilibrada e proporcional nas investigações criminais.

3. FUNDAMENTAÇÃO DO DIREITO PENAL E A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

3.1 O conceito de investigação criminal

A investigação criminal não possui uma definição de conceito em nenhum dispositivo legal da legislação brasileira, muito embora o Código de Processo Penal no seu artigo 4º, caput, a Constituição Federal no artigo 144, §1º, incisos I e IV, e §4º e a Lei 12.830/13 nos artigos 1º e 2º, caput, e §§1º e 2º façam alusão a atividade descrita como investigação criminal.

Mesmo fora do processo crime, a investigação está relacionada a origem do saber e do conhecimento. O homem sempre estará em busca do conhecimento, logo a investigação em si é o ponto inicial para tudo que o homem pretende conhecer.

No âmbito do direito criminal, a investigação possui um objetivo muito maior do que a busca pelo apedizado de algo para fins pessoais. Tendo em vista a necessidade desta atividade de forma determinada e amparada pela lei, objetivando a satisfação do interesse público, surgindo assim a investigação como algo imprescindível para a persecução criminal pois representa "necessidade de pesquisa da verdade real e dos meios de poder prová-la em juízo"(ALMEIDA,1973) visando a correta e efetiva aplicação da lei.

Desta forma devemos partir do ponto que a investigação criminal é o ponto inicial da persecução penal, tendo como objetivo a apuração e verificação de um fato que supostamente seja uma infração penal.

Quanto ao conceito da investigação criminal, consiste preliminarmente na ação de pesquisa ou indagação dirigida aos vestígios, de acordo com Manuel Monteiro:

“É um olhar inquiridor sobre os vestígios deixados e os rastros não apagados de um facto ou acontecimento de forma a que se chegue a um conhecimento, a uma verdade”GUEDES, 2010).

Assim, podemos compreender que a investigação criminal é uma espécie de pesquisa que direcionada a uma situação indeterminada buscará a sua transformação, conforme o autor Eliomar:

“...a investigação, em seu sentido mais geral possível, é a transformação controlada ou dirigida de uma situação indeterminada em uma outra determinada. Essa transformação passa pelo estabelecimento de um problema e pela determinação de uma solução, em cuja base essencial de raciocínio cumprem um carácter igualmente operativo tanto os fatos quanto as ideias.”(PEREIRA,2022).

Desta forma, a investigação criminal pode ser definida com uma atividade privativa do Estado, podendo ser entendida de acordo com o mesmo autor como uma pesquisa procesualente orientada a estabelecer a verdade fática com relação a uma lesão penalmente relevante ao bem jurídico (PEREIRA, 2022). Por meio do processo de coleta, análise e pesquisa de evidências relacionadas para buscar a verdade dos fatos, identificar suspeitos, reunir provas e reunir informações que possam ser usadas no processo criminal como um todo.

3.2 A origem da investigação criminal

A investigação criminal possui uma longa história de formação, ao qual tem sido vista como um instrumento que contribui para a redução da violência social e estatal na civilização, buscando meios de conhecimento que diminuam a necessidade do uso da força, tendo em conta a história das instituições processuais.

No entanto, historicamente, a investigação se baseou em conceitos ambíguos, como "cognitio" e "inquisitio", que influenciaram sua forma jurídica institucional básica, o inquérito.. De acordo com o estimado autor Eliomar da Silva Pereira, em seu livro A Teoria da Investigação Criminal, essa forma jurídica se consolidou entre o final do século XII e

início do século XIII, com o IV Concílio Laterano (1215), onde o poder político confisca o conflito penal, instituindo o inquérito como substituto do processo por duelos e outras provas não racionais. Suas fontes mais imediatas se encontram em antigos institutos jurídicos que se observam em certas práticas religiosas e administrativas da época merovíngia (sec. V-VIII) e carolíngia (sec. VIII-IX), ao qual os modelos de gestão espiritual e de bens viriam a ser o embrião do inquérito do processo inquisitório (PEREIRA, 2022).

A respeito das origens do princípio e sua ambiguidade fundamental (*cognitio*, *inquisitio*), o autor Eliomar vem elucidar que a respeito de *cognitio*, podemos compreender que:

“...a investigação criminal como instrumento do poder punitivo, na história das instituições penais e processuais penais, parece encontrar-se na noção de *cognitio*, a essa se seguindo imediatamente a noção de *inquisitio*, sem a qual a própria *cognitio* parece não ser compreensível historicamente, embora possamos distingui-las semanticamente. A *cognitio*, inicialmente, em um sentido ordinário, significa um “*accertamento di fatti*”, não apenas em sentido jurídico, mas como uma premissa para uma decisão qualquer a tomar.”(PEREIRA, 2022).

Assim em um sentido técnico-jurídico, corresponde a uma fase especificamente individualizada de um procedimento. É este significado que subsiste na cultura latina, como atividade de conhecimento.

Enquanto a *inquisitio*, segundo Eliomar, é associada à época do Império, onde o magistrado e outros funcionários imperiais não agiriam com iniciativa própria, mas somente segundo instruções do imperador.

“...mas segundo instruções centrais do imperador, que estabelece critérios aos quais a repressão se deve ater. Ela se estabelece à medida que o sistema da *accusatio* decai. E, portanto, é na *cognitio extra ordinem* que ela se torna mais evidente.” (PEREIRA, 2022).

Desta forma, apesar de não serem conceitos correlatos a *cognitio* será remetida necessariamente a noção de *inquisitio*. Embora que semanticamente possa reconhecer uma aquisição de conhecimento, se trata da representação da ação de ofício do poder que se reconhece em oposição à acusação.

3.3 Princípios na investigação criminal

A investigação criminal é um dever incontestável do Estado, ao qual irá desempenhar tal função por meio de diversos órgãos, sendo o principal a polícia judiciária que possui força constitucional para tal, onde caberá a instauração de inquerito policial e a apuração do fato, a fim de encontrar elementos que apontem a tipicidade e o seu autor.

O processo legal é regido por diversos princípios penais, que devem sempre ser atentamente observados para que seja possível obter uma punição justa. No entanto, muito se aponta a respeito da aplicação destes princípios no processo crime, mas não assua devida relevância na fase da investigação policial.

Neste sentido, vem o doutrinador Guilherme de Souza Nucci, afirmar em seu livro “Os Princípios Constitucionais penais e Processuais Penais” que é um equívoco pressupor que todos os princípios penais e processuais penais se aplicam somente ao processo criminal:

“...a persecução estatal pode oprimir o indivíduo desde o início, que ocorre na fase do inquérito. Diante disso, mantêm-se ativos durante a devida investigação penal os princípios da legalidade, da retroatividade benéfica, da culpabilidade, da imunidade à autoacusação, da vedação das provas ilícitas, dentre outros, perfeitamente compatíveis com a atividade do Estado na busca do crime e de seu autor.”(NUCCI,2015):

Diante disto, em face da investigação criminal podemos observar que os princípios penais e processuais penais alguns destes incluem a legalidade, anterioridade, retroatividade benéfica, humanidade, responsabilidade pessoal, individualização da pena, intervenção mínima, taxatividade, proporcionalidade, vedação à dupla punição, culpabilidade, presunção de inocência, ampla defesa, plenitude de defesa, contraditório, juiz natural e imparcial, publicidade, vedação à produção de provas ilícitas, economia processual, princípios relativos ao Tribunal do Júri, duplo grau de jurisdição, promotor natural e imparcial e vedação ao duplo processo pelo mesmo fato. Esses princípios desempenham um papel fundamental na investigação criminal, afirmando que a legalidade exige que a tipicidade do crime seja considerada desde o início da investigação.

4. FUNDAMENTAÇÃO DO DIREITO A PRIVACIDADE

4.1. Direito a privacidade conceito

O direito à privacidade possui um conceito complexo que é baseado na ideia de que os indivíduos possuem o direito inalienável de manter aspectos de suas vidas privada em sigilo e de poderem decidir quem tem acesso às suas informações pessoais. Essa questão abrange diversos aspectos, incluindo o direito à privacidade pessoal ao qual abrange o próprio corpo e mente, o direito à privacidade da família, o direito à privacidade de comunicações como correspondência e comunicações eletrônicas, bem como o direito à privacidade de dados que são informações pessoais armazenadas em bancos de dados.

Neste sentido vem o estimado autor Elimar Szaniawski em seu artigo “Direito de personalidade e sua tutela” o direito a vida privada consistem em:

“consiste no conjunto de regras que visam à proteção da vida pessoal e familiar e à intimidade do lar dos indivíduos. Conseqüentemente, trata-se de um direito que cada um tem para assegurar a paz, a tranquilidade de uma parte de sua vida, a parte que não está consagrada a uma atividade pública. O direito ao respeito à vida privada diz respeito à vida privada, à vida familiar e à vida do lar, à integridade física e moral, à honra e à reputação, ao fato de não ser apresentado sob um falso aspecto, à não divulgação de fatos inúteis e embaraçosos, à publicação, sem autorização, de fotografias privadas, à proteção contra a espionagem e às inscrições injustificáveis ou inadmissíveis, à proteção contra a utilização abusiva de comunicações privadas, à proteção contra a divulgação de informações comunicadas ou recebidas confidencialmente por um particular”(SZANIAWKI,1993).

Em uma definição mais abrangente a respeito do direito a privacidade e a intimidade, vem Edilsom Pereira de Farias, amparado na lição de Tércio Sampaio Ferreira Junior, afirmar:

“a intimidade, como exigência moral da personalidade para que em determinadas situações seja o indivíduo deixado em paz, constituindo um direito de controlar a indiscrição alheia nos assuntos privados que só a ele interessa, tem como um de seus fundamentos o princípio da exclusividade, formulado por Hannah Arendt com base em Kant. Esse princípio, visando a amparar a pessoa dos riscos oriundos da pressão

social niveladora e da força do poder político, comporta essencialmente três exigências: ‘a solidão (donde o desejo de estar só), o segredo (donde a exigência do sigilo) e a autonomia (donde a liberdade de decidir sobre si mesmo como centro emanador de informações)’.”(FARIAS, 1996).

O mesmo Edilson Pereira de Farias, vem trazer a distinção entre o direito a intimidade e vida privada, onde “a intimidade é o âmbito do exclusivo que alguém reserva para si, sem nenhuma repercussão social, nem mesmo ao alcance de sua vida privada que, por mais isolada que seja, é sempre um viver entre os outros (na família, no trabalho, no lazer em comum)... já a vida privada envolve a proteção de formas exclusivas de convivência. Trata-se de situações em que a comunicação é inevitável (em termos de relação de alguém com alguém que, entre si, trocam mensagens), das quais, em princípio são excluídos terceiros”(FARIAS,1996).

Havendo assim uma clara distinção entre a vida privada e a intimidade, uma vez que a intimidade está relacionada conforme acima a algo que será reservado a si, enquanto a vida privada se será a proteção das formas de convivência.

4.2. Origem do direito a privacidade

O direito à privacidade é tido de forma consensual como uma criação do common law, onde de acordo com o autor Carlos Frederico Bentivegna, teve o seu nascimento identificado no artigo “the right of privacy” de Samuel D. Warren e Louis Brandeis em 1890 (BENTIVEGNA,2019). Onde o artigo apontava a necessidade de conhecer a existência de um princípio legal que tivesse a pretensão de alguém de proteger a sua intimidade, e sob a hipótese de haver este amparo legal, definir qual seria a natureza e o alcance desta proteção. Tendo também os mesmos autores designado o direito a intimidade, conforme assevera Edilson Pereira:

“Warren e Brandeis utilizam no seu estudo, além da expressão right to privacy, também uma outra para designar o direito à intimidade. Trata-se da locução right to be let alone, formulada originalmente pelo Juiz Cooley em sua obra de 1873: The elements of torts”(FARIAS, 1996).

Com a ascensão e o destaque destes direitos na comunidade jurídica, especificamente nos Estados Unidos da América, vem Carlos Frederico Bentivegna nos advertir sobre o sentido que é nos emprestados pelos juristas norte-americanos é distinto da ideia trazida para a língua portuguesa como direito à privacidade ou direito à intimidade na

vida privada:

“...isso porque deve-se partir da própria contraposição entre publicidade e privacidade: “a privacy designa antes de mais o que pertence só a um sujeito, por oposição ao que é público; mas público aqui é o social, e não o político”(BENTIVEGNA,2019).

Neste mesmo sentido o autor Diego Leite de Campos em seu artigo vem afirmar que:

“(isto) favorece a equiparação ao ‘direito de estar só’: a criação de uma zona reservada, com escassa valoração ética. Está assim o caminho aberto para se transformar o Direito da Personalidade no direito dos egoísmos individuais e para o apagamento da comunhão social”(CAMPOS,2004)

No âmbito internacional de acordo com Bentivegna, as primeiras declarações de direitos do século XVIII não houve qualquer menção ao direito à intimidade, tendo ocorrido apenas na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, de Bogotá, aprovada em 1948 (em seu art. 5º) que tal direito apareceu pela primeira vez em documentos internacionais; voltando, logo em seguida, com a DUDH da ONU, de 1948 a fazer-se presente, no artigo 12 daquele documento.

4.3. Normas e princípios que regem o direito a privacidade

O **direito à privacidade** é considerado um direito fundamental e a sua inviolabilidade é amparada na Constituição Federal do Brasil, artigo 5º, inciso X, XI e XII, ao qual é assegurada a proteção da vida privada e pessoal de qualquer indivíduo:

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

XI – 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;

(Vide Lei nº 13.105, de 2015) (Vigência)

XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último

caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

De acordo com Alexandre de Moraes, a inviolabilidade do sigilo de dados presentes art. 5º, XII da Constituição Federal de 1988, complementa a previsão ao direito à intimidade e vida privada asserverado no art. 5º, X da mesma Constituição Federal, sendo ambas as previsões de defesa da privacidade regidas pelo princípio da exclusividade, que pretende assegurar ao indivíduo (MORAES, 2022).

Neste mesmo sentido vem o renomado autor Tercio Ferraz afirmar que:

“sua identidade diante dos riscos proporcionados pela niveladora pressão social e pela incontrastável impositividade do poder político. Aquilo que é exclusivo é o que passa pelas opções pessoais, afetadas pela subjetividade do indivíduo e que não é guiada nem por normas nem por padrões objetivos. No recôndito da privacidade se esconde, pois, a intimidade. A intimidade não exige publicidade porque não envolve direitos de terceiros. No âmbito da privacidade, a intimidade é o mais exclusivo dos seus direitos”(FERRAZ, 1992).

Em complemento a essa proteção constitucional ao direito a privacidade prevista na Constituição inserido pelo poder constituinte originário, temos também a Emenda Constitucional nº 115 de 2022, ao qual atendendo a necessidade de reforço ao amparo a proteção do direito a privacidade, incluiu o direito à proteção de dados pessoais no âmbito dos direitos e garantias individuais no inciso LXXIX, do artigo 5º da Constituição Federal:

LXXIX - é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais. (Inciso incluído pela Emenda Constitucional nº 115, de 10/02/2022).

Nesta mesma EC Nº115 foi estabelecido (art. 21, XXVI CF) em termos da lei a competência da União para fiscalizar a proteção e o tratamento dos dados pessoais, assim como a competência privativa da União de legislar sobre a proteção e tratamento destes dados pessoais (art. 22, XXX CF).

Há de se ressaltar que o direito a privacidade, bem como a intimidade possuem guarita também nos tratados internacionais sendo um ponto fundamental de sociedades que são e que pretendem ser democráticas. Tal proteção está assegurada como direito fundamental em alguns tratados internacionais, como na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, Declaração Universal de Direitos Humanos ao qual o Brasil é signatário,

assim como na Convenção Europeia de Direitos Humanos. Os tratados que abordam e tratam do tema, buscam atingir o direito da privacidade sob o aspecto da não ingerência na vida privada familiar, da correspondência e das comunicações, assim como o faz nossa Constituição Federal de 1988.

5. TÉCNICAS E MEIOS DE INVESTIGAÇÃO UTILIZADAS PELAS AUTORIDADES

Conforme abordado nos tópicos anteriores a investigação em si tem por finalidade o alcance e o conhecimento de informações sobre determinados fatos ou coisas. O Estado irá exercer de forma exclusiva esse “jus puniendi” através do poder de aplicar a lei penal nos envolvidos a prática de atos infratores.

No entanto, tal função para aplicação de tal função o Estado irá observar e seguir as diretrizes imposta no Direito Processual Penal. Neste sentido, na fase da persecução penal a investigação policial que concentrar o exercício da inteligência para chegar à autoria de um crime, o órgão Estatal irá se utilizar de técnicas e métodos de investigação para a conhecimento de tais informações.

O autor Jose Frederico Marcos vem esclarecer que existem três categorias de investigação, que são exemplificações da abrangência investigativa, sendo elas:

“a) administrativas: com auditorias e levantamentos internos, mediante procedimentos administrativos;

b) legislativas: no Poder Legislativo, nos termos da legislação, com as Comissões Parlamentares de Inquérito, apurando fatos que envolvam a função do parlamentar;

c) judiciárias: apuração de faltas funcionais de seus servidores, utilização de bens confiados a eles.”(MARQUES, 2001).

Nesta abrangência serão abordados os métodos na investigação que servirão como orientador e disciplinador para o alcance deste objetivo. O autor José Guilherme Pereira da Silva Marques, vem por meio do seu artigo “As modernas técnicas de investigação policial” especificar:

“...não se pode deixar de citar os métodos de investigação que são: lógica, dedutivo, analógico indutivo, intuitivo, da lógica absurda, presunção, hipótese, convicção e certeza...”(PEREIRA, 2019).

Ao se tratar de meios de investigação, alguns recursos utilizados são tidos como fundamentais para a obtenção do conhecimento e a busca da verdade real, sendo:

I. Campana

A “campana” ou vigilância, é considerada segundo o professor Coriolano Nogueira Cobra, como uma observação discreta, ao qual terá como objetivo conhecer os momentos do investigado, fiscalizando assim os seus movimentos e ligações. Sendo um acompanhamento para a obtenção de dados de hábitos, amizades, postura e lugares que o investigado frequenta, com a finalidade da observação discreta no intuito de não deixar transparecer ao investigado a conduta investigatória (COBRA, 1987).

II. Penetração e a Infiltração.

Para o autor Luiz Carlos Rocha a penetração nada mais é do que a tática de ingresso em determinados recintos, a fim de obter informações ou provas. Enquanto a infiltração é a introdução de um agente policial em ambientes específicos, onde ocorrerá a convivência temporária para a busca de elementos úteis para as investigações (ROCHA,2003).

III. AFIS (Automated Fingerprint Identification),

A tecnologia AFIS se trata de um Sistema de Identificação automatizada de Impressões Digitais. Este sistema é utilizado na comparação de impressões digitais com as impressões previamente armazenadas no banco de dados do sistema que irá permitir a busca automatizada e a consequentemente a identificação.

IV. Reconhecimento Visuográfica de Local de Crime

O relatório da Reconhecimento Visuográfica se trata de uma técnica imprescindível de investigação, pois ela traz em seu escopo segundo o autor José Guilherme Pereira da Silva Marques “...desde o local, hora, dia do fato e da semana como também condições climáticas então existentes, além de acrescentar subsídios coletados junto às testemunhas e pessoas que

tenham ciência dos acontecimentos. Traz ainda à colação, minuciosa observação sobre o cadáver, identidade, possíveis hábitos, características comportamentais, sustentadas pela vitimologia, além de croqui descritivo, resguardados os preceitos estabelecidos no artigo 6º, I, do Código de Processo Penal.”(PEREIRA, 2019).

V. Interceptação e escuta telefônica

Na interceptação telefônica nenhum dos dois interlocutores sabem que a conversa está sendo gravada por um terceiro. Na escuta, um dos dois interlocutores sabe que eles estão sendo gravados por um terceiro. Na gravação, um dos interlocutores é quem grava a conversa. Tanto a interceptação telefônica como a escuta precisam, necessariamente, de autorização judicial para que sejam consideradas provas lícitas, já a gravação telefônica pode ser feita sem a autorização do juiz.

Também é importante diferenciar interceptação telefônica de quebra de sigilo telefônico. Na primeira, quem intercepta tem acesso ao teor da conversa, já na quebra do sigilo, a única informação a que se tem acesso é o registro de ligações efetuadas e recebidas.

Apenas o juiz poderá autorizar a utilização da interceptação telefônica como meio de prova. Isso poderá ser feito de ofício ou a requerimento da autoridade policial, na investigação criminal; ou do Ministério Público, na investigação criminal e na instrução processual penal.

A ausência de autorização judicial para a captação de conversas enseja a declaração de nulidade da prova obtida, pois constitui vício insanável. Essa condicionante também alcança as mensagens armazenadas em aparelhos celulares, ainda que seja dispensável ordem judicial para a apreensão do aparelho.

Além destes meios, a autoridade policial poderá fazer uso de outras ferramentas e métodos para atingir o conhecimento nesta fase, dentre eles cabe mencionar a utilização de sistemas de cadastros de fotos criminais, como o FOTOCRIM e o PHOENIX que foram criados pela Polícia Militar do Estado de São Paulo e é alimentado com qualificações e fotografias de frente e de perfil dos criminosos bem como com fotografias de tatuagens e cicatrizes registradas de ângulos diferentes. Indicando também o crime que cometeram e se agiram com parceiros. Cabe mencionar também a utilização do RDO que consiste como principal fonte de alimentação de dados da Polícia Civil.

6. IMPACTO DA INVESTIGAÇÃO NA PRIVACIDADE DOS INDIVÍDUOS

Com o grande avanço científico em conjunto com a técnica, as intromissões na intimidade e na vida privada das pessoas agravaram-se (SZANIAWSKI,1993). Em comparação do cenário atual da sociedade moderna com o passado, a necessidade de estar só era atribuída à excentricidade, não se cogitava em isolamento. No entanto, hoje apresenta-se uma outra realidade. O avanço tecnológico provoca um aumento exarcebado nas possibilidades e na velocidade do acesso à informação, levando, conseqüentemente, a uma maior fragilidade da esfera privada, da intimidade das pessoas (COSTA, 2004).

Neste mesmo sentido de acordo com o autor Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, em seu livro “O processo penal e Constituição: princípios constitucionais do processo penal”, a vida privada corre severos riscos:

“A privacidade, nos dias de hoje, é posta em risco por grampos telefônicos, microcâmeras poderosas que captam imagens dentro do lar, microgravadores potentes que gravam conversas a grande distância, pela invasão de uma imprensa por vezes sensacionalista e irresponsável, pela circulação de dados individuais fornecidos para um determinado fim e utilizados para outro, pela quebra de sigilos constitucionais, especialmente pelas Comissões Parlamentares de Inquérito, pelas intervenções corporais realizadas pela polícia em suspeitos de prática de infração criminal, enfim, por uma série de atentados em potencial, somente possíveis em uma sociedade tecnológica e economicamente complexa em que o cidadão, para conviver e para sair do isolamento não mais possível nos séculos XX e XXI, é obrigado a estabelecer relações sociais e econômicas e, assim, expor a público uma parcela ponderável de sua intimidade e de sua família.”(CARVALHO,2014).

Essa situação atual nos remete a uma situação paradoxal onde as Constituições dos países democráticos e civilizados amparam o direito à privacidade, bem como a Constituição Federal do Brasil, de acordo com Luis Gustavo o progresso tecnológico vai urdindo uma fina malha pela qual a privacidade é facilmente aprisionada, às vezes sub-repticiamente, com maior ou menor grau de sofisticação(CARVALHO,2014)..

No âmbito da investigação criminal, este direito à privacidade e à intimidade é colocado a prova, na atividade processual que se destina à justificação probatória (verdade fática), antes que se faça a subsunção dos fatos à norma penal (verdade jurídica). A busca pela verdade, contudo, é apenas uma condição necessária, imprescindível é certo, mas não suficiente para legitimar as ações de pesquisa, em todas as suas formas, a considerar que a justiça processual reivindica da verdade a proeminência axiológica no conjunto dos valores em jogo.

Neste sentido vem o doutrinador Eliomar da Silva Pereira afirmar que:

“São os meios, portanto, não os fins, que justificam a investigação criminal, salvo se a ela pudermos atribuir fins outros além da busca da verdade, o que faz desta verdade um valor dependente de outros valores concorrentes. Se ao direito se impõe a prevenção de conflitos, ou sua solução posterior sem recurso à violência, como forma de promover a paz, não pode a investigação criminal, na busca por uma verdade, produzir mais problemas além do que tem a resolver, ou mesmo agravá-los.”(PEREIRA, 2022).

Desta forma o autor acima evidencia que a investigação criminal, neste sentido, é uma solução de problemas por meios menos danosos aos direitos fundamentais. E a sua maior eficiência na investigação não está atrelada ao aumento do poder com uma restrição de direitos cada vez maior, mas sim com um aumento do saber e do conhecimento com uma cada vez menor restrição de direitos.

Ainda de acordo com Eliomar, “não se pode ignorar que a investigação criminal é, sobretudo, uma forma de exercício do poder punitivo que se desenvolve no âmbito de uma ideologia penal, entre saber e poder”(PEREIRA, 2022).

A respeito dos impactos da investigação na vida privada, não se pode deixar de tratar das interceptações telefônicas e outros meios de comunicação. É de conhecimento comum que um Estado Democrático vigora o princípio da não culpabilidade, assim como o princípio da presunção de inocência, ao qual se presuma que todos, independente de cor, raça, gênero ou credo religioso são considerados inocentes até que se prove o contrário, resguardado desta forma ao indivíduo investigado garantias fundamentais e direitos, em específico o direito à intimidade e privacidade, que são direitos resguardados pela Constituição Federal.

Com isso resta evidente que a medida de interceptação não é exceção a regra processual, bem como não deve ficar à margem, ou até mesmo acima de tais preceitos fundamentais, sob pena de se ter um juízo social acusatório preliminar.

No entanto, a hermenêutica do texto constitucional apresenta que os direitos e garantias fundamentais, embora sejam considerados como indisponíveis e invioláveis, ainda podem ser relativizados. Especificamente se tratando da quebra de sigilo telefônico, há no próprio texto constitucional uma relativização destas garantias, desde que sejam observados os devidos requisitos e limitações, bem como não seja destoado o seu caráter garantista.

Para compreendermos melhor este direito, bem como a sua limitação, precisamos primeiramente compreender o texto constitucional que trata da quebra de sigilo telefônico, presente na parte final do inciso XII do artigo 5º da CFRB:

XII — é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

Tal dispositivo permite a quebra do sigilo telefônico, no entanto, se trata de uma norma de eficácia contida, uma vez que depende de outra norma para ter a sua efetiva aplicabilidade. Assim o dispositivo legal que veio regulamentar a gravação de comunicações telefônicas se deu através da Lei. 9.296/96, onde então, segundo os termos neste dispositivo legal, este tipo de interceptação em princípio, lícita.

A Lei n. 9.296/96 somente cuida da interceptação, enquanto a gravação ambiental é mencionada pela Lei n. 12.850/2013, que revogou as Leis n. 9.034/96 e 10.217/2001. A gravação clandestina ou escuta telefônica fica submetida genericamente ao ordenamento jurídico, não havendo lei ou dispositivo específico.

Tendo sido estabelecido nesta lei também que a realização de interceptação de comunicações telefônicas, sem a devida autorização judicial, se constitui crime no artigo 10 da lei 9.296:

“Art. 10. Constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei. Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996.”

Desta forma, o legislador constituinte originário, objetivando a satisfação do interesse público, surgindo assim a investigação como algo imprescindível para a persecução criminal, entendeu que o interesse social na busca da verdade real dos fatos apurados, quando em último recurso, nos casos de investigação ou instrução criminal, razoável se faria excepcionar tal garantia fundamental da vida privada e o seu direito ao sigilo, o que nesse caso, autoriza a interceptação das comunicações.

7. LIMITES IMPOSTOS PELO ORDENAMENTO JURIDICO NA PROTEÇÃO DA

PRIVACIDADE

A respeito dos limitadores existentes no ordenamento jurídico na proteção do direito à privacidade, com certeza os direitos fundamentais são um dos principais limitadores em específico na investigação criminal. Neste sentido vem o autor Eliomar da Silva Pereira, em seu livro “Teoria da Investigação Criminal”, asseverar que:

“Os direitos fundamentais são, nesse sentido, os limites jurídicos da investigação criminal, pois embora a lei não diga “o que fazer” (um método positivo) em todas as situações da investigação, estabelecendo o caminho necessário de pesquisa do crime, acaba delimitando o campo da investigação sob certos aspectos, na medida em que estabelece limites legais que dizem “o que não se pode fazer” (um método negativo), ou o que se pode fazer sob certas condições.”(PEREIRA,2022).

Desta forma, de acordo com o mesmo autor, os direitos fundamentais fazem parte da teoria da investigação criminal, em virtude de sua função limitativa das ações investigativas relativas, não se tratando apenas dos meios de obtenção de provas, mas também ao objeto de investigação. De acordo com Eliomar, essa função negativa, ou limitativa, abrange a todas as ações estatais do poder punitivo como o legislativo, executivo e judiciário, sob a perspectiva de regras e princípios de direito constitucional, entre as quais têm preeminência os direitos fundamentais, cuja compreensão exige um raciocínio de equilíbrio entre os diversos direitos existentes, assegurando-se uns e limitando-se outros.

Com isso há um contexto de uma interação recíproca entre os direitos decorrentes na investigação criminal, tendo em vista a busca do cumprimento do dever estatal e o dever protetivo dos direitos fundamentais, conforme elucida Eliomar:

“...tendo em conta a diversidade dos direitos decorrentes desses status, a investigação criminal acaba se desenvolvendo no contexto de uma interação recíproca, mas por vezes contraditória, entre direitos fundamentais positivos e negativos, que lhe exigem tanto uma atitude restritiva de direitos, visando a cumprir o dever estatal de promover a justiça penal, com a responsabilidade penal dos culpados, quanto uma atitude protetiva de direitos, pelo respeito à presunção de inocência, visando a evitar limitações infundadas. Essa imbricação se torna mais clara no discurso da dupla eficácia dos direitos fundamentais, com que

podemos ampliar a compreensão dessa dualidade fundamental subjacente aos limites jurídicos da investigação criminal.” (PEREIRA,2022).

Neste mesmo sentido, de acordo com o estimado autor Dimitri Dimoulis, os direitos fundamentais se apresentam como direitos oponíveis ao Estado e o seu poder, ao qual os efeitos operam em uma relação de estrutura vertical, em virtude da proeminência do Estado frente ao indivíduo. Sendo assim o Estado o principal destinatário do dever de observar e respeitar aos direitos fundamentais, no que se incluem todos os órgãos e suas autoridades, entre as quais se encontram também as autoridades responsáveis, direta ou indiretamente, pela investigação criminal (DIMOULIUS,2007).

8. CONCLUSÃO

A relação entre o direito penal e o direito à privacidade no contexto das investigações criminais é um tema complexo e em constante evolução, que requer um equilíbrio delicado entre a proteção dos direitos individuais e a busca da justiça criminal. O equilíbrio entre os diversos direitos existentes, assegurando alguns e limitando outros, é essencial para compreender a complexa dinâmica na investigação criminal. A interação recíproca entre direitos positivos e negativos durante esse processo destaca a necessidade de uma abordagem restritiva para cumprir o dever estatal de promover a justiça penal, ao mesmo tempo em que protege os direitos individuais, como a presunção de inocência, evitando limitações infundadas.

De um modo geral, a privacidade como um direito é uma das balizas de uma Democracia principalmente se tratando da brasileira, cuja democracia é jovem e foi transacionada por um regime autoritário. Assim a visão de que os direitos fundamentais são oponíveis ao Estado destaca a responsabilidade deste em observar e respeitar tais direitos.

Considerando o valor intrínseco do direito à privacidade, o legislador estabeleceu diversos dispositivos legais que funcionam como barreiras e salvaguardas para proteger a privacidade das pessoas.

Contudo, é inegável, especialmente quando se trata de direitos fundamentais, que a privacidade é percebida de forma singular por cada indivíduo. Portanto, situações em que ocorram possíveis violações desse direito devem ser avaliadas individualmente, seguindo o

princípio da proporcionalidade. Isso significa que a relativização do direito à privacidade deve ser analisada caso a caso, levando em consideração o grau de prejuízo e a identidade da pessoa afetada. Dessa forma, busca-se garantir uma abordagem equitativa que considere as circunstâncias específicas, permitindo que o direito à privacidade seja preservado ou não, conforme a gravidade do impacto e a identidade da pessoa envolvida.

Finalizo com o texto de Antonio Scarance Fernandes:

“Do fato de o país ser um Estado Democrático de Direito assentado no valor da dignidade humana, extrai-se pelo menos algumas regras básicas sobre como o processo penal deve ser construído e atuado: a) no processo deve-se proporcionar efetiva e contraditória participação das partes, a fim de que possam, de forma democrática, contribuir para o seu julgamento; b) na investigação, no processo condenatório, no processo de execução deve-se levar em conta a dignidade da pessoa submetida à persecução ou ao cumprimento da pena, sendo vedados atos atentatórios aos seus valores essenciais; c) em qualquer tipo de processo deve-se assegurar ao investigado, ao acusado ou ao condenado mecanismos para se defender contra atos violadores de sua dignidade humana, assegurando-lhe, por exemplo, meios para proteger a sua liberdade”(SCARANCE,2008).

8. REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**: volume único - 8. ed. rev., ampl. e atual. - Salvador. Ed. JusPodivm, 2020. p. 41.

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **Os princípios fundamentais do processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p.60.

M. M. Guedes Valente, Processo Penal. Tomo I, 2010, p. 31ss; M. M. Guedes Valente, **Teoria Geral do Direito Policial**, 2017, p. 457ss.

PEREIRA, Eliomar da S. **Teoria da Investigação Criminal**.: Grupo Almedina (Portugal), 2022, pg 12.

PEREIRA, Eliomar da S. **Teoria da Investigação Criminal.**: Grupo Almedina (Portugal), 2022, pg 39.

PEREIRA, Eliomar da S. **Teoria da Investigação Criminal.**: Grupo Almedina (Portugal), 2022, pg 41.

PEREIRA, Eliomar da S. **Teoria da Investigação Criminal.**: Grupo Almedina (Portugal), 2022, pg 42.

NUCCI, Guilherme de S. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais, 4ª edição**, Grupo GEN, 2015. *E-book*. ISBN 978-85-309-6296-8, 2015, pg 65.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela.** Considerações sobre o direito à intimidade das pessoas jurídicas. São Paulo: RT 657/25, São Paulo: RT, 1993.

FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de direitos. A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996. p. 113.

FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de direitos. A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996. p. 115.

BENTIVEGNA, Carlos Frederico B. **Liberdade de expressão, honra, imagem e privacidade: os limites entre o lícito e o ilícito.** [Digite o Local da Editora]: Editora Manole, 2019.

FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de direitos. A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996. p. 112.

BENTIVEGNA, Carlos Frederico B. **Liberdade de expressão, honra, imagem e privacidade: os limites entre o lícito e o ilícito.** Editora Manole, 2019. *E-book*. ISBN 9788520463321.

CAMPOS, Diogo Leite de. **A imagem que dá poder: privacidade e informática jurídica.** In: CAMPOS, Diogo Leite de. *Nós – estudos sobre o direito das pessoas*. Coimbra: Almedina, 2004. p. 100-102.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, 1988.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. [Digite o Local da Editora]: Grupo GEN, 2022. *E-book*. ISBN 9786559771868. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559771868/>. Pg 90.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Sigilo de dados: **o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado**. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 1, 1992.

MARQUES, José Frederico. **Estudos de direito processual penal**. 2ª ed. São Paulo: Millennium, 2001, p. 54.

GUILHERME, José Pereira da Silva Marques. **As modernas técnicas de investigação policial**. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/as-modernas-tecnicas-de-investigacao-policial/#_ftnref6

ALMEIDA, José Raul Gavião de. MORAES, Maurício Zanoide de. FERNANDES, Antonio Scarance. **Sigilo no processo penal – eficiência e garantismo**. São Paulo: RT, 2008.