

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

Wagner Eno Lopes

O USO DE DADOS PESSOAIS EM MATÉRIA CRIMINAL: os limites constitucionais
de intervenção na persecução penal

Florianópolis

2022

WAGNER ENO LOPES

O USO DE DADOS PESSOAIS EM MATÉRIA CRIMINAL: os limites constitucionais
de intervenção na persecução penal

Trabalho de Conclusão de Curso submetido ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Francisco Quintanilha Veras Neto

Coorientador: Me. Antônio Leonardo Amorim

Florianópolis

2022

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

LOPES, WAGNER ENO

O USO DE DADOS PESSOAIS EM MATÉRIA CRIMINAL : OS LIMITES
CONSTITUCIONAIS DE INTERVENÇÃO NA PERSECUÇÃO PENAL /
WAGNER ENO LOPES ; orientador, Francisco Quintanilha Veras
Neto, coorientador, Antônio Leonardo Amorim, 2022.

66 p.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) -
Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências
Jurídicas, Graduação em Direito, Florianópolis, 2022.

Inclui referências.

1. Direito. 2. direitos fundamentais. 3. dados
pessoais. 4. processo penal. I. Quintanilha Veras Neto,
Francisco. II. Amorim, Antônio Leonardo. III. Universidade
Federal de Santa Catarina. Graduação em Direito. IV. Título.

Wagner Eno Lopes

O USO DE DADOS PESSOAIS EM MATÉRIA CRIMINAL: os limites constitucionais
de intervenção na persecução penal

Este Trabalho de Conclusão de Curso foi julgado adequado para obtenção do título de
Bacharel em Direito e aprovado em sua forma final pelo Curso de Direito.

Florianópolis, 06 de dezembro de 2022.

Insira neste espaço
a assinatura

Coordenação do Curso

Banca examinadora

Insira neste espaço
a assinatura

Prof.(a) Dr. Francisco Quintanilha Veras Neto
Orientador(a)

Insira neste espaço
a assinatura

Esp. Mestranda Hélen Rejane Silva Maciel Diogo
Instituição UFSC

Insira neste espaço
a assinatura

Esp. Mestranda Iara Maria Machado Lopes
Instituição UFSC
Florianópolis, 2022.

À Valéria, Carol e Malu, ao Matheus e ao Fernando.

AGRADECIMENTOS

Agradeço especialmente à minha família por me ensinarem que esta palavra não possui um sentido formalmente atribuído a laços de sangue, sendo de forma material a concretização de amor e cuidado, independentemente de todo o resto.

E não posso fazer sem personificar esse amor na figura da minha tia Valéria, da qual não existem palavras suficientes para demonstrar a minha gratidão. Se reuni as condições necessárias para chegar até aqui, foi absolutamente por conta de todo apoio recebido dela.

Em especial à Malu, minha namorada, minha inspiração, e a pessoa mais linda e inteligente que já conheci, meu exemplo de determinação e comprometimento. Sem o seu apoio, amor e carinho não seria possível esta trajetória.

Aos meus tios Márcio e Clarissa, por me mostrarem a necessidade de se levar a vida com bom humor, companheirismo e integridade.

Ao meu irmão, Ricardo, pelo apoio nas horas difíceis, sendo um braço fraterno estendido sempre que necessário.

De modo especial, ao ensino fundamental, médio e superior, público, gratuito e de qualidade, que me acompanhou por toda a trajetória. Aprendi no ensino público valores que não poderia ter extraído de nenhum outro lugar, permanecerei sempre na luta em sua defesa.

Essencialmente aos professores que participaram desta jornada desde o começo, sou o que sou e o que posso ser por conta deles.

Em especial aos professores Dr. Francisco Quintanilha Veras Neto, pelos ensinamentos durante a graduação e ao Me. Antônio Leonardo Amorim, pelo apoio na conclusão do presente trabalho.

Agradeço também aos membros da banca, Hélen Rejane Silva Maciel Diogo e Iara Maria Machado Lopes por gentilmente terem aceitado compor a banca de avaliação e pelas considerações que indubitavelmente engrandecerão o presente trabalho.

Podiam desnudar, nos mínimos detalhes, tudo quanto houvesse feito, dito ou pensado; mas o ímo do coração, cujo funcionamento é um mistério para o próprio indivíduo, continuava inexpugnável.

George Orwell, 1984

RESUMO

Este trabalho analisa o uso de dados pessoais em matéria criminal sob a ótica dos direitos fundamentais positivados na Constituição Federal, estabelecendo os limites de intervenção por parte do Estado na persecução penal, analisando as possibilidades de uso das novas tecnologias como ferramentas de controle biopolítico e a necessidade de aplicar uma ótica garantista na atuação penal. O núcleo fundamental do direito à proteção de dados em seu âmbito de proteção promove o resguardo de dados pessoais, com isso, a proposta dessa pesquisa é refletir sobre as possibilidades de intervenção nesse núcleo por meio de princípios como o da proporcionalidade. Os objetivos do presente trabalho são de estabelecer os conceitos do garantismo penal e os seus princípios na busca de efetivar a aplicação dos limites de intervenção do poder estatal, contextualizar o processo de surgimento do direito fundamental à proteção de dados pessoais e situar a aplicação deste direito no processo penal, demonstrar o atual entendimento jurisprudencial acerca do tema, propor uma análise crítica sobre a ausência de balizas que limitam o uso, tratamento e coleta de dados por parte do poder estatal em matéria criminal. A proposta inicial é de que a intervenção sem estrita fundamentação legal viola o direito fundamental à proteção de dados pessoais. O trabalho faz uso de revisão bibliográfica e legislativa, assim como análise de precedentes paradigmáticos. A metodologia utilizada foi a dedutiva, partindo-se de premissas abrangentes para se chegar à análise de uma possibilidade de limitação do poder estatal em sua inserção em direitos fundamentais.

Palavras-chave: Dados Pessoais. Direitos Fundamentais. Garantismo Penal. Processo Penal Crítico.

ABSTRACT

This work analyzes the use of personal data in criminal matters from the perspective of fundamental rights enshrined in the Federal Constitution, delimiting the limits of intervention by the State in criminal prosecution, analyzing the possibilities of using new technologies as tools of biopolitical control and the need to apply a guaranteeing perspective in criminal action. The fundamental core of the right to data protection in its scope of protection, promotes the protection of personal data, therefore, the purpose of this research is to reflect on the possibilities of intervention in this core through principles such as proportionality. The objectives of the present work are to establish the concepts of criminal guaranteeism and its principles in the search to effect the application of the limits of intervention of the state power, to contextualize the process of emergence of the fundamental right to the protection of personal data and to situate the application of this right in criminal proceedings, demonstrate the current jurisprudential understanding on the subject, propose a critical analysis of the absence of beacons that limit the use, treatment and collection of data by the state power in criminal matters. The initial proposal is that intervention without strict legal grounds violates the fundamental right to the protection of personal data. The work makes use of a bibliographical and legislative review, as well as an analysis of paradigmatic precedents. The methodology used was deductive, starting from comprehensive premises to arrive at the analysis of a possibility of limiting state power in its insertion in fundamental rights.

Keywords: Personal data. Fundamental rights. Criminal Guarantee. Critical Criminal Process.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
BVerfG	Tribunal Constitucional Federal da Alemanha
CF	Constituição Federal
COAF	Conselho de Controle de Atividades Financeiras
COMPAS	Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions
CP	Código Penal
CPP	Código de Processo Penal
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas
LGPD	Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais
LIT	Lei de Interceptações Telefônicas
MP	Ministério Público
MPRS	Ministério Público do Rio Grande do Sul
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJRS	Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	12
2. A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS COMO DIREITO FUNDAMENTAL	15
2.1. DADOS PESSOAIS E SUA PROTEÇÃO INEFICIENTE PARA O DIREITO PENAL	15
2.2. CONTEXTO EUROPEU NA PROTEÇÃO DOS DADOS	17
2.3. INCLUSÃO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA	20
2.4. NÚCLEO DE PROTEÇÃO	24
3. O USO DE DADOS PESSOAIS NA PERSECUÇÃO PENAL	28
3.1. <i>DATAVEILLANCE</i>	28
3.2. SEGURANÇA PÚBLICA, PERSECUÇÃO PENAL E PRIVACIDADE	34
3.3. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL	36
3.3.1. Caso Marielle Franco	37
3.3.2. O Caso PROSEGUR	39
3.3.3. O Caso da Boate Kiss	41
4. OS LIMITES DE INTERVENÇÃO	44
4.1. INTERVENÇÃO, VIOLAÇÃO E JUSTIFICAÇÃO	46
4.2. PROIBIÇÃO DA PROVA ILÍCITA E TERCEIROS AFETADOS	49
4.3. A VERDADE REAL COMO LEGITIMADORA DA VIOLAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO ACUSADO	53
4.4. GARANTISMO PENAL	55
CONCLUSÃO	58
REFERÊNCIAS	61

1. INTRODUÇÃO

O escopo desse trabalho é analisar o direito à proteção de dados pessoais, positivada no art. 5º, inciso LXXIX, da Constituição Federal, como direito fundamental, no âmbito criminal, estabelecendo conceitos e limites de intervenção do poder persecutório penal neste direito.

Diversas situações de violação dos dados pessoais têm ocorrência recente no sistema de justiça criminal brasileiro, sempre apresentado como uma forma de necessidade para a busca da verdade real sobre o delito se demonstra necessária para investigação científica.

Com o surgimento de novas tecnologias, surgem também novas formas de interação social tanto com o ambiente quanto com as diferentes formas de conexões pessoais. Além disso, novas possibilidades do desenvolvimento humano nesses espaços digitais — como as redes sociais —, a rede integrada de computadores e uma variedade de *softwares* são criados para que a sociedade se mantenha cada vez mais conectada. Como exposto por Hoffmann-Riem (2014, n.p):

As tecnologias oferecem um enorme potencial, e não é exagero referir-se às oportunidades decorrentes da sociedade da informação. Na maioria dos aspectos da vida diária, os cidadãos são hoje obrigados a utilizar as novas tecnologias para não serem social e economicamente marginalizados. Mas as novas tecnologias também trazem consigo um potencial de perigo: não só o de terceiros, incluindo o Estado, penetrando na esfera privada, mas também o desenvolvimento de um poder de comunicação e de poder econômico que impõe seus interesses seletivamente através de manipulação ou por outros meios (HOFFMANN-RIEM, 2014; online)

Neste contexto, uma nova realidade obriga a construção de novas ferramentas de apoio ao desenvolvimento humano neste universo. Essa conjuntura proporciona a revisão de conceitos e fundamentos, ou até mesmo a elaboração de novos termos para que a estrutura jurídica se adapte a essas novas possibilidades de existência.

A simples positivação de um direito não garante a sua aplicação, nem mesmo o fato de ser elencado como direito fundamental pressupõe uma lógica absoluta e intocável. Deste modo, se discorrerá sobre a evolução histórica do direito à proteção de dados pessoais, utilizando a experiência alemã para conceituar o entendimento sobre o núcleo de proteção deste direito e as possibilidades de intervenção neste núcleo na persecução penal (MENDES e BRANCO, 2021; WOLTER, 2018). Pretendendo, assim, estabelecer um conceito de limites para a atuação estatal

objetivando a máxima aplicação das garantias individuais, porém sem efetuar uma restrição que torne inoperantes as novas tecnologias na seara da segurança pública.

Nesse sentido, essa pesquisa apresenta o seguinte problema: o sistema de garantias processuais é violado quando o Estado portador do monopólio do *ius puniendi* faz uso irrestrito dos dados pessoais e digitais do investigado na persecução penal?

O objetivo do presente trabalho visa contextualizar a teoria do garantismo penal, estabelecendo os seus conceitos e seus princípios na busca da efetivação e aplicação dos limites de intervenção do poder estatal. Tudo isso conectado com o processo de surgimento do direito fundamental à proteção de dados pessoais, situando sua aplicação no processo penal.

Também será necessário demonstrar o atual entendimento jurídico acerca desta aplicação e os seus efeitos práticos, utilizando-se de decisões judiciais recentes que envolvem a aplicação do tema, a fim de propor uma análise crítica sobre a ausência de balizas que limitam o uso, tratamento e coleta de dados por parte do poder estatal em matéria criminal.

É primordial a discussão do tema, visto o vazio legal existente no que se refere a matéria, causando um nível de desproteção tanto para o indivíduo quanto para a coletividade. Além disso, essa insegurança também influencia no braço da segurança pública do poder estatal, visto não possuir um arcabouço legal que dê sustentação a sua atuação. Para tanto, é necessário estabelecer um diálogo crítico com a produção teórica existente para traçar métodos de limitação e atuação estatal no âmbito do novo universo digital existente e das novas relações que surgem deste universo.

Os conceitos sobre os dados pessoais e a sua concepção como direito fundamental serão expostos, traçando um paralelo com o panorama europeu, buscando elementos de ligação com a definição e aplicação brasileira, assim como a sua inclusão na Constituição Federal.

Continuamente irá se abordar as formas de uso dos dados pessoais na persecução penal, trazendo os conceitos de *dataveillance*¹ e elencando as definições de segurança pública e privacidade, assim como as linhas estabelecidas neste diálogo. Colaciona-se o entendimento jurisprudencial nacional para buscar qual o entendimento e qual a aplicação dada a essas questões.

¹ Tradução nossa: vigilância de dados.

Por fim, o presente trabalho discorre sobre os limites de intervenção do poder estatal nesse direito fundamental, especificamente na persecução penal, trazendo os conceitos de intervenção, violação e justificação, assim como irá se explorar a proibição da prova e os terceiros afetados.

Será estabelecida uma conclusão acerca do direito fundamental à proteção de dados pessoais e a sua aplicação em matéria criminal, buscando compreender quais são os limites de intervenção por parte do poder estatal, demonstrando a necessidade de se aplicar uma ótica garantista que busque limitar as violações a este direito.

O método que será utilizado nesta pesquisa é o dedutivo, partindo-se de premissas abrangentes para se chegar à análise de uma possibilidade de limitação ao poder estatal em sua inserção em direitos fundamentais de forma injustificada.

Para o desenvolvimento do presente trabalho, foi analisada a jurisprudência nacional acerca do direito fundamental à proteção de dados pessoais e realizado o levantamento bibliográfico nas áreas de direito constitucional, direito processual penal, direito penal, criminologia e direito digital, com o intuito de estabelecer conceitos e delimitações. De igual modo, foi utilizada a consulta a legislação constitucional e infraconstitucional, assim como uma análise de projetos de lei que pretendem legislar sobre a matéria.

O presente trabalho estrutura-se em três seções, sendo a primeira utilizada para apresentar os conceitos referentes aos dados pessoais, o seu panorama histórico, focado no desenvolvimento dentro do panorama europeu como direito fundamental, e a sua respectiva inserção na Constituição Federal brasileira. Na segunda, irá ser introduzido o universo dos dados pessoais na persecução penal, mostrando os instrumentos tecnológicos disponíveis para ser utilizado pela segurança pública, assim como irá se elencar casos paradigmáticos da jurisprudência brasileira que denotem como tratamos do tema no âmbito nacional, analisando os efeitos dessa ausência de entendimento e delimitação sobre o tema. Na terceira seção, irá se levantar as questões referentes a essas intervenções e possíveis violações, assim como irá se discorrer sobre proibições da prova e a conexão desse panorama com o garantismo penal.

2. A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Os Direitos Fundamentais têm por objetivo garantir ao indivíduo sua liberdade pessoal e democrática, delimitando a intervenção do poder estatal. Porém, mesmo depois de tanta construção teórica e positividade das garantias individuais, o Direito Fundamental à proteção de dados não é legitimado constitucionalmente por muitos Estados, ainda que sejam implicitamente positivados (SARLET, 2022).

Dessa forma, faz-se necessário traçar um panorama histórico do desenvolvimento do direito da proteção de dados pessoais, desde o seu surgimento até a sua alçada como direito fundamental na Constituição Brasileira. Além disso, atualmente, é de suma importância definir os conceitos de dados pessoais e entrar na seara constitucional para definir os limites de proteção desses direitos, visto que eles não possuem um caráter absoluto, podendo, a depender do caso, sofrer limitação ou restrição (MENDES e BRANCO, 2021).

Nestes moldes, pretende-se extrair o núcleo duro ou núcleo inviolável do Direito Fundamental à proteção de dados pessoais. À vista disso, é imperativo explorar o contexto histórico de formação deste direito de proteção aos dados pessoais — por meio do estudo dos processos constitucionais alemão e europeu —, assim como analisar os conceitos de direitos fundamentais e sua flexibilidade no ordenamento jurídico brasileiro, investigando as possibilidades estatais de intervenção.

2.1. DADOS PESSOAIS E SUA PROTEÇÃO INEFICIENTE PARA O DIREITO PENAL

Como ato introdutório, faz-se necessário classificar e definir os conceitos existentes sobre dados pessoais, a fim de delimitar uma questão que será de extrema importância para análise do núcleo duro da proteção dos dados pessoais. Sabe-se que a legislação brasileira incorporou, recentemente, uma Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) que dispõe sobre o tratamento desses dados, incluindo os que estão presentes nos meios digitais, com o intuito de proteger os direitos de liberdade e privacidade dos indivíduos (BRASIL, 2018).

A LGPD classifica, no âmbito civil, esses dados em três tipos: dados pessoais (informações relacionadas à pessoa natural identificável), dados pessoais sensíveis (relativos a informações intrínsecas do indivíduo) e dados anonimizados (relativos ao titular que não possa ser identificado).

Em semelhança, Mendes e Branco (2021) classificam os dados pessoais como fatos, comunicações e ações relacionadas a circunstâncias pessoais ou materiais de um indivíduo identificado ou identificável. E, por possuírem um vínculo objetivo com seu titular, merecem tutela jurídica, por constituir um atributo da personalidade da própria pessoa.

Na definição de Pinheiro (2020), dado pessoal é toda a informação produzida por uma pessoa que a identifique ou seja suficiente para identificá-la. Verifica-se que esta definição também está em consonância com o que consta na própria LGPD, que trata o dado pessoal sensível como informações que merecem um nível maior de proteção, como exposto em seu Art. 5º, II:

II - dado pessoal sensível: dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural (BRASIL, 2018).

Verifica-se que na LGPD, criada para o âmbito civil, o legislador optou por diferenciar e classificar os dados de acordo com um nível de proteção, com o intuito de se adequar ao direito positivado na constituição de proteção aos dados pessoais. Além disso, estabelece ainda o conceito, já citado, de dado anonimizado, que é o dado relativo a titular que não possa ser identificado, considerando a utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis na ocasião de seu tratamento (BRASIL, 2018).

Esta compreensão do legislador na elaboração da LGPD é fundamental para a discussão acerca da utilização de dados na ótica criminal.

A LGPD exclui categoricamente a sua aplicação no âmbito da segurança pública — conforme disposto no seu Artigo 4º, inciso III — e dispõe a imposição de uma legislação complementar que regule o assunto, conforme consta no mesmo Artigo 4º, § 1º:

O tratamento de dados pessoais previsto no inciso III será regido por legislação específica, que deverá prever medidas proporcionais e estritamente necessárias ao atendimento do interesse público, observados o devido processo legal, os princípios gerais de proteção e os direitos do titular previstos nesta Lei (BRASIL, 2018).

Essa regulação ainda não existe, pois a própria LGPD restringe o uso da mesma para fins de segurança pública, defesa nacional, segurança do Estado ou atividades de investigação e repressão de infrações penais, conforme o seu Art 4º:

Art. 4º Esta Lei não se aplica ao tratamento de dados pessoais:

[...]

III - realizado para fins exclusivos de:

- a) segurança pública;
- b) defesa nacional;
- c) segurança do Estado; ou
- d) atividades de investigação e repressão de infrações penais (BRASIL, 2018).

Desse modo, essa situação ocasiona um vácuo legislativo e um descompasso entre a realidade e o direito positivado, o que gera um terreno fértil para diversas violações. Ademais, essa conjuntura também acaba por reprimir o trabalho da segurança pública, que não encontra arcabouço legal para a sua atuação, acarretando em uma ilegalidade posterior que pode invalidar todo o processo, conforme alguns casos já ocorridos.

Assim sendo, faz-se necessário estabelecer as regras do jogo para a segurança pública e a persecução penal, garantindo uma atuação do poder estatal baseada na estrita legalidade e garantindo ao cidadão uma proteção aos seus direitos fundamentais.

Utilizou-se a LGPD, inaplicável em âmbito penal conforme já disposto, para ambientar as questões. É evidente que, para uma discussão referente ao tratamento e uso dos dados em matéria penal, os conceitos podem mudar e possivelmente não se submetem a uma cópia da definição da LGPD, pois o objeto é substancialmente diferente, necessitando também de uma lógica diferente de conceituação. Para exemplificação, há dados que não são considerados sensíveis na LGPD por não fazer sentido sob a ótica civil, mas que fazem sentido sob uma ótica criminal.

Por conseguinte, abre-se espaço para abordar o contexto europeu na proteção de dados, ressaltando seu surgimento e aplicabilidade.

2.2. CONTEXTO EUROPEU NA PROTEÇÃO DOS DADOS

Não há como falar em direito à proteção de dados pessoais sem expor o desenvolvimento e a experiência europeia no tema, com grande enfoque no direito constitucional alemão. A Constituição Alemã já produz normas e teorias referentes à proteção de dados pessoais desde o ano de 1983 e serviu de influência para vários ordenamentos jurídicos. O conceito de proteção de dados pessoais, incluindo os

digitalizados, conforme disposto na nossa Constituição, foi baseado no direito constitucional alemão (MENDES, 2020).

O marco temporal do presente trabalho irá utilizar a decisão sobre o recenseamento alemão de 1983, pois entende-se que a discussão acerca dos direitos de personalidade — que já havia sido exposto desde a década de 50 — não compreende o objetivo do presente trabalho.

Embora compreenda-se que a construção jurisprudencial e conceitual da época contribuiu de forma significativa para o direito à autodeterminação informativa, assim como para o desenvolvimento da compreensão do direito a personalidade, optou-se por realizar a exposição acerca do direito à personalidade e sua compreensão com a proteção de dados pessoais da Constituição Brasileira (MENDES, 2020).

Tem-se que, na decisão referente ao recenseamento (1983), o Tribunal Constitucional Alemão (BVerfG) marcou o surgimento do direito à autodeterminação informativa. Porém, não se ignora que já existia, desde os anos 1970, no parlamento alemão, a utilização do conceito de autodeterminação informativa, conforme Franzius (2015):

Várias linhas de argumentação da jurisprudência do Tribunal, que já na decisão do microcenso, com recurso à sua jurisprudência sobre a dignidade humana, atribuiu ao cidadão individual uma esfera inviolável da vida privada, da qual se supõe que a influência da autoridade pública deve ser removida (FRANZIUS, 2015, p. 260).

Fez-se necessário para melhor desenvolvimento do tema, utilizar a decisão de 1983, a qual concentra os avanços referentes à discussão sobre os direitos de personalidade e o debate sobre a autodeterminação informativa. Visualiza-se na decisão o surgimento de um direito constitucional alemão de autodeterminação informativa, vinculado diretamente, ao já elencado direito fundamental à dignidade da pessoa humana. Este novo direito protegeria o cidadão de um processamento automatizado dos seus dados, pois impossibilitaria ao indivíduo decidir sobre o fornecimento dos seus dados a terceiros, inclusive ao Estado (MARTINS, 2005). Segundo Mendes (2020):

Decisivo para a concepção do direito à autodeterminação informativa é o princípio segundo o qual não mais existiriam dados insignificantes nas circunstâncias modernas do processamento automatizado de dados. O risco do processamento de dados residiria mais na finalidade do processamento e nas possibilidades de processamento do que no tipo dos dados tratados (MENDES, 2020, p.11).

Verifica-se que neste momento é positivado um entendimento que se espelha no nosso ordenamento jurídico pátrio, na já mencionada LGPD, inclusive dispendo sobre dados pessoais anonimizados e a necessidade de anonimizar esses dados. No mais, há ainda a construção de uma esfera de proteção individual no âmbito privado, que será uma manifestação de uma esfera íntima resguardada sobre o mantra do direito à personalidade.

Há ainda, no desenvolvimento dessa concepção, na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, assinada em 7 de dezembro de 2000, um tópico destinado especificamente para o tema, assim disposto:

Artigo 8. Proteção de dados pessoais

1. Todas as pessoas têm direito à proteção dos dados de caráter pessoal que lhes digam respeito.
2. Esses dados devem ser objeto de um tratamento leal, para fins específicos e com o consentimento da pessoa interessada ou com outro fundamento legítimo previsto por lei. Todas as pessoas têm o direito de aceder aos dados coligidos que lhes digam respeito e de obter a respectiva retificação.
3. O cumprimento destas regras fica sujeito a fiscalização por parte de uma autoridade independente (UNIÃO EUROPEIA, 2020, p. 11).

De forma contínua, no ano de 2016, a União Europeia, baseada não só na produção alemã mas bastante influenciada, elaborou o seu Regulamento Geral sobre Proteção de Dados, do qual se extrai que:

Os princípios e as regras em matéria de proteção das pessoas singulares relativamente ao tratamento dos seus dados pessoais deverão respeitar, independentemente da nacionalidade ou do local de residência dessas pessoas, os seus direitos e liberdades fundamentais, particularmente o direito à proteção dos dados pessoais. A presente diretiva destina-se a contribuir para a realização de um espaço de liberdade, segurança e justiça (UNIÃO EUROPEIA, 2016, p. 89).

Não se ignora que o direito constitucional alemão não foi o único a produzir conceitos que positivam este entendimento, visto que parte da decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia, no caso *Digital Rights Ireland* (UNIÃO EUROPEIA, 2014, n.p), reconheceu a existência de um direito fundamental à proteção de dados pessoais e a necessidade de aplicação do princípio da proporcionalidade em qualquer tentativa de intervenção:

Só podem ser introduzidas restrições a esses direitos e liberdades se forem necessárias e corresponderem efetivamente a objetivos de interesse geral reconhecidos pela União ou à necessidade de proteção dos direitos e liberdades de terceiros.

Dessa forma, extrai-se que o contexto alemão e europeu do surgimento de um direito de proteção de dados pessoais foi baseado na proteção de uma esfera privada individual e ancorado em uma leitura de um direito à personalidade. Conforme exposto, essa dinâmica acabou por influenciar toda a legislação europeia sobre o tema, assim como a legislação brasileira, conforme será visto no próximo tópico.

2.3. INCLUSÃO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA

Conforme analisado no tópico anterior, sob forte influência de um direito constitucional alemão, a Constituição Brasileira aderiu a algumas definições do direito produzido em terras germânicas. Porém, como toda importação de caráter jurídico, há definições que devem ser ajustadas para que se possa adequar corretamente o assunto.

Neste tópico, pretende-se discutir essa adequação, utilizando-se das decisões da Corte Suprema que geraram e adequaram esse direito fundamental ao ordenamento pátrio, assim como o conceito e o alcance dos direitos fundamentais pela nossa teoria constitucional.

A primeira legislação no ordenamento jurídico pátrio que se dispôs a tratar exclusivamente sobre o âmbito virtual foi o *Marco Civil da Internet*, que estabeleceu e apontou alguns princípios, assim como garantias e deveres no uso da *internet*. Entretanto, é uma legislação que, apesar de apontar princípios de proteção à privacidade e aos dados pessoais, não trouxe em detalhes essa regulamentação, como exposto no Art. 3, da Lei n. 12.965/2014:

Art. 3º A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios:
[...]
II - proteção da privacidade;
III - proteção dos dados pessoais, na forma da lei (BRASIL, 2014).

No capítulo reservado às garantias e deveres dos usuários, são apresentados os direitos dos usuários nos Arts. 7º e 8º, da Lei n. 12.965/2014:

Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:
I - inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;
II - inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, salvo por ordem judicial, na forma da lei;

III - inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial;

[...]

Art. 8º A garantia do direito à privacidade e à liberdade de expressão nas comunicações é condição para o pleno exercício do direito de acesso à internet.

Parágrafo único. São nulas de pleno direito as cláusulas contratuais que violem o disposto no caput, tais como aquelas que:

I - impliquem ofensa à inviolabilidade e ao sigilo das comunicações privadas, pela internet (BRASIL, 2014).

Já havia uma discussão anterior ao Marco Civil da Internet, que se misturava com a proteção de dados pessoais, com o advento da Lei de Interceptações Telefônicas (LIT), que regula o disposto no inciso X e XII do Art. 5º da Constituição² (BRASIL, 1996).

Não se ignora que a Lei de Interceptações Telefônicas regulamenta o poder do estado em intervir na esfera individual do cidadão quanto às informações (telefônicas e telemáticas), e até mesmo à escuta ambiental. Porém, a mesma não se aplica ao conceito de dados pessoais digitalizados, estando em descompasso com a atual ciência de dados.

Para exemplificar, a referida legislação não pode ser aplicada em quebra e/ou obtenção de dados de geolocalização, ou até mesmo no uso de banco de dados para fim de coleta de informações, ou investigação criminal, através, por exemplo de infiltrações em sistemas informáticos, não estando atualizada com os novos conceitos e a nova cultura de proteção aos dados pessoais.

Para síntese, a LIT tem como objetivo uma regulamentação que autoriza a interceptação do fluxo de telecomunicações e não deve ser confundida com um fundamento que autorize o levantamento de dados de conexão ou de histórico de localização — fato mais perceptível quando se trata de infiltrações em aparelhos telefônicos por meio de *malwares*. Nem mesmo de forma desautorizada, pois uma interceptação de comunicação não se confunde com uma infiltração em aparelho ou banco de dados e tal compreensão já é visível em alguns casos jurisprudenciais.

Conforme já citado, a LGPD foi a primeira a tratar especificamente sobre o assunto, porém se trata de legislação infraconstitucional. Neste ponto têm-se que,

² Inciso 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;

[...]

Inciso 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 (BRASIL, 1996).

como ela foi sancionada em 14 de agosto de 2018, existiu somente a partir deste ponto e, no tocante à proteção dos dados pessoais no ordenamento jurídico nacional, é uma legislação infraconstitucional com direitos e garantias mais ampla do que a disposta na Constituição Federal. Segundo Sarlet (2022, n.p):

Tal questionamento, por sua vez, assume ainda maior relevo com a edição e iminente entrada em vigor da nova Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais do Brasil — LGPDB (Lei nº 13.709/2018, porquanto embora tal legislação não sirva de base e justificação constitucional direta para o reconhecimento de um direito fundamental à proteção de dados pessoais, o conteúdo e o alcance da regulação legal (infraconstitucional) carece de limitação a partir do marco normativo constitucional, ainda mais levando em conta o leque de direitos fundamentais e mesmo outros bens e interesses de estatura constitucional por ela protegidos, mas também limitados (SARLET, 2022, online).

Esta disparidade entre legislação infraconstitucional e constitucional fica evidente quando do julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) n. 6.387, 6.388, 6.389, 6.393 e 6.390, na qual, no voto da Ministra Rosa Weber na ADI 6.387 MC-Ref/DF, referendado pela corte, fez com que o Supremo Tribunal Federal reconhecesse a proteção de dados pessoais como direito fundamental autônomo.

A decisão se dava no escopo de um pedido de medida cautelar em ADI proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil contra o inteiro teor da Medida Provisória nº 954, de 17 de abril de 2020. Essa medida versava sobre o compartilhamento de dados por empresas de telecomunicações prestadoras de Serviço Telefônico Fixo Comutado e de Serviço Móvel Pessoal com a Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), para fins de suporte à produção estatística oficial durante a situação de emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (COVID-19), de que trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020 (BRASIL, 2020a).

No bojo desta decisão o STF estabeleceu, no voto do Ministro Luiz Fux, referendando o voto da Ministra Rosa Weber, a aplicação do conceito de autodeterminação informativa no texto constitucional pátrio:

A proteção de dados pessoais e a autodeterminação informativa são direitos fundamentais autônomos, que envolvem uma tutela jurídica e âmbito de incidência específicos. Esses direitos são extraídos da interpretação integrada da garantia da inviolabilidade da intimidade e da vida privada (art. 5º, X), do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e da garantia processual do habeas data (art. 5º, LXXII), todos previstos na Constituição Federal de 1988 (STF, 2020, p.8).

Ainda, no voto do Ministro Gilmar Mendes (2020, p. 22):

É importante ainda assentar que essa afirmação de um novo direito fundamental não resulta de um criacionismo jurisprudencial dissociado da própria tradição jurídica brasileira, naquilo que foi transformada pelos recentes influxos legislativos. A rigor, entre nós, há mais de duas décadas, já se ensaia a evolução do conceito de privacidade a partir da edição de legislações setoriais que garantem a proteção de dados pessoais, tais como o Código de Defesa do Consumidor, a Lei do Cadastro Positivo, a Lei de Acesso à Informação, o Marco Civil da Internet – que inclusive assegura aos usuários da internet, entre outros direitos, a inviolabilidade e o sigilo do fluxo de comunicações e dos dados armazenados (art. 7º, II e III) – e, mais recentemente, a Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018). Este último diploma assenta de maneira clara que “a disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos o respeito à privacidade e a autodeterminação informativa” (art. 2º, incisos I e II).

Extraí-se com o exposto a evolução do conceito de autodeterminação informativa, desde o surgimento no contexto legislativo e constitucional alemão até a sua difusão como parâmetro para o surgimento de uma legislação europeia de proteção de dados pessoais, positivada na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia.

Estes componentes serviram para fundamentar a legislação de proteção de dados pessoais no contexto brasileiro, que, apesar de surgir de um contexto infraconstitucional, aparece reconhecida pelo STF como direito fundamental autônomo extraído de direitos fundamentais já positivados na Constituição.

A proposta de Emenda Constitucional nº 17, de 2019, que tinha como ementa incluir na Constituição Federal a proteção de dados pessoais entre os direitos fundamentais acabou por ser aprovada pelo Plenário do Senado e da Câmara. A Emenda Constitucional nº 115 de 10/02/2022, por fim, positivou o direito à proteção de dados pessoais no rol dos direitos fundamentais (BRASIL, 2019a; BRASIL, 2022a), como exposto:

Art. 1º O caput do art. 5º da Constituição Federal passa a vigorar acrescido do seguinte inciso LXXIX:

"Art. 5º

LXXIX - é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais."

Art. 2º O caput do art. 21 da Constituição Federal passa a vigorar acrescido do seguinte inciso XXVI:

"Art. 21.

XXVI - organizar e fiscalizar a proteção e o tratamento de dados pessoais, nos termos da lei."

Art. 3º O caput do art. 22 da Constituição Federal passa a vigorar acrescido do seguinte inciso XXX:

"Art. 22.

XXX - proteção e tratamento de dados pessoais."

Art. 4º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação (BRASIL, 2022a).

Demonstrado o surgimento dos conceitos de dados pessoais no ordenamento jurídico europeu, assim como a demonstração do avançar da discussão no ordenamento jurídico pátrio, há uma diferença que se dá na percepção do surgimento do direito. Em termos brasileiros, parte de uma concepção infraconstitucional para uma derivação de reconhecimento constitucional pelo STF, e é ao mesmo tempo positivado como direito fundamental pelo legislativo.

Esta concepção é importante, pois demonstra que a discussão jurídica dos limites e aplicação do conceito ainda é recente no nosso contexto, principalmente quando relacionada a um direito fundamental com um caráter abrangente e que demanda uma regulação. Regulação essa que, em esfera criminal e escopo do presente trabalho, ainda não existe, demandando uma construção teórica que possibilite a criação de ferramentas para este fim.

2.4. NÚCLEO DE PROTEÇÃO

Estando a proteção de dados pessoais no âmbito dos direitos fundamentais, é necessário entender este alcance, visto que até mesmo essa gama possui uma limitação quando em confronto com outros direitos da mesma dimensão, não sendo, portanto, absolutos e invioláveis. Nesse aspecto, colaciona-se o entendimento de Fischer (2022, p. 47):

A premissa de que não existem princípios, regras ou valores absolutos, atentando para o fato de que essa relativização não significa debilidade, ao contrário, demonstra o fortalecimento mútuo dos princípios, bem como de suas dimensões (FISCHER, 2022, p. 47).

Na mesma linha, tem-se o posicionamento do ministro Gilmar Mendes: “da análise dos direitos fundamentais pode-se extrair a conclusão direta de que direitos, liberdades, poderes e garantias são passíveis de limitação ou restrição” (MENDES, 2021, p. 416).

Para entender o ponto de restrição ou limitação, faz-se necessário estabelecer e pontuar que o direito à proteção de dados pessoais é majoritariamente entendido como um direito decorrente dos direitos da personalidade. Observa-se que essa corrente se origina no direito constitucional alemão e é adotada pela nossa doutrina, sendo possível visualizar essa questão na recente decisão sobre o compartilhamento

de dados entre o COAF e o Ministério Público, tema debatido no Recurso Extraordinário n.º 1.055.941/SP (BRASIL, 2019b), em Repercussão Geral (Tema 990), assim disposto no voto do ministro Gilmar Mendes:

[...] o direito constitucional à autodeterminação informacional é compreendido, no contexto normativo alemão, como o direito do indivíduo de dispor livremente sobre os dados relativos à sua pessoa, sem interferência, podendo determiná-los como deseja. Tal prerrogativa, ligada ao direito constitucional da intimidade, bem como ao sistema de proteção de dados fiscais e bancários de um modo geral, não está disposta, entretanto, de forma expressa na Constituição alemã (das Grundgesetz). Todavia, o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (das Bundesverfassungsgericht) compreende esse direito como um corolário dos direitos da personalidade (Persönlichkeitsrecht), previstos nos artigos 1, 1. e 2, 1. da Constituição alemã (SPIROS, Simitis. Die informationelle Selbstbestimmung – Grundbedingung einer verfassungskonformen Informationsordnung. 1984, p. 398–405) (BRASIL, 2019b, p. 9)

Com este ponto estabelecido, faz-se entender que, estando situado como um direito derivado dos direitos da personalidade, há uma ocorrência objetiva do seu objeto de proteção. Aqui, abre-se a necessidade de pontuar e conceituar os direitos da personalidade, por meio do entendimento de Carlos Alberto Bittar (2000), que divide os direitos da personalidade em três tipos:

a) direitos físicos; b) direitos psíquicos; c) direitos morais; os primeiros referentes a componentes materiais da estrutura humana (a integridade corporal, compreendendo: o corpo, como um todo; os órgãos; os membros; a imagem, ou efígie); os segundos, relativos a elementos intrínsecos à personalidade (integridade psíquica, compreendendo: a liberdade; a intimidade; o sigilo) e os últimos, respeitantes a atributos valorativos (ou virtudes) da pessoa na sociedade (o patrimônio moral, compreendendo: a identidade; a honra; as manifestações do intelecto). (BITTAR, 2000, p. 16-17).

Ainda, colaciona-se o entendimento de Maria Helena Diniz, que define esses direitos como “absolutos, intransmissíveis, indisponíveis, irrenunciáveis, ilimitados, imprescritíveis, impenhoráveis e inexpropriáveis [...] extrapatrimoniais” (DINIZ, 2005, p. 122-123). Diante dessas interpretações acerca do objeto de proteção dos direitos da personalidade e do seu alcance, parece, *a priori*, que o que interessa é estabelecer o alcance dessa proteção à intimidade e à privacidade quando se fala de dados pessoais e persecução penal.

Na já mencionada ADI 6.387/DF, o Ministro Gilmar Mendes afirma que o Direito à Proteção de Dados Pessoais em sua dimensão subjetiva impõe ao legislador o ônus de apresentar uma regulamentação que justifique uma intervenção neste direito, sendo a preservação da proteção a regra. Acentua o Ministro que somente se permite

uma intervenção de maneira excepcional que justifique a intervenção “deve ser traduzida na identificação da finalidade e no estabelecimento de limites ao tratamento de dados em padrão suficientemente específico, preciso e claro para cada área” (BRASIL, 2020b, p.24).

Ainda estabelece, utilizando do direito comparado, que existem alguns subprincípios que surgem com o direito à proteção de dados pessoais:

Dentre tais subprincípios se destacam:

- a) Princípio da proibição (art. 7º, art. 4º, n. 11, art. 6º, par. 1, alínea a, do RGPD), segundo o qual todo tratamento de dados carece de justificação;
- b) Princípio da vinculação à finalidade (art. 1º, par. 1, alínea b, do RGPD), que impõe que os dados só podem ser tratados e utilizados pela instância responsável para a finalidade para a qual foram captados;
- c) Princípio da transparência (art. 5º, par. 1, alínea a, do RGPD), que se desdobra, por um lado, no direito do titular dos dados de ter condições de proceder a um controle próprio da forma como se lida com os dados e, por outro, no dever de o responsável pelo tratamento proceder a uma verificação prospectiva da licitude do tratamento de dados, acompanhada de um dever de documentação (BRASIL, 2020b, p. 24).

A definição utilizada pelo eminente Ministro elabora um caminho de princípios e subprincípios que devem ser utilizados para a concepção de um núcleo de protetivo do direito fundamental à proteção de dados pessoais. Este núcleo é chamado pela doutrina como núcleo essencial dos direitos fundamentais ou conteúdo essencial dos direitos fundamentais, explicado nas palavras de Guerra Filho (2002, p. 59): “O núcleo essencial de um direito fundamental consiste num âmbito que não pode ser violado. Mesmo que precise fomentar um outro princípio, o intérprete não pode desrespeitar o núcleo essencial”.

Tratar o direito à proteção de dados pessoais como um direito derivado do direito ao livre desenvolvimento da personalidade torna necessário buscar a concepção doutrinária acerca deste núcleo essencial. Tal busca tem o intuito de delimitar um conteúdo essencial deste direito fundamental, possibilitando extrair os limites de intervenção, assunto tratando especificamente no terceiro capítulo.

Por ora, é importante conceituar que o direito à proteção de dados também abarca o que a doutrina chama de direito ao desenvolvimento da personalidade, onde se extrai uma dimensão referente à liberdade geral de ação. De acordo com Miranda (2013, p. 1189):

A liberdade geral de ação protege a atividade humana no geral, incluindo a liberdade física, a de expressão, criação, atuação jurídica, tutela da autonomia privada e etc. Essa garantia não confere tão somente ao indivíduo o direito de agir de forma livre, – ação tanto no sentido comissivo quanto

omissivo –, mas impõe também a terceiros (particular e Estado) o dever de não interveniência no desenvolver da personalidade. Dessa forma, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade confere ao indivíduo o direito de agir da forma que lhe convier, e impõe uma obrigação de não intervenção de terceiros

Novamente, essas concepções e conceituações sobre os direitos fundamentais de personalidade e de liberdade geral de ação encontram um arcabouço doutrinário bastante presente no constitucionalismo alemão, que foi amplamente influenciado pelas teorias das esferas (*Sphärentheorie*), criada por Hubmann e utilizada pelos demais doutrinadores para conceituar os níveis de proteção do direito ao desenvolvimento da personalidade e sua relação com outros direitos.

Atualmente, entre os autores alemães predomina o reconhecimento de três esferas, que são: a) a esfera íntima; b) a esfera privada; c) a esfera pública. Considera-se intangível a esfera mais interior da vida de uma pessoa, o mesmo não ocorrendo em relação à esfera privada que se situa fora desse núcleo intangível. **A intangibilidade da esfera mais interna é consagrada pela dignidade da pessoa humana (art. 1, 1 da Lei Fundamental), que lhe dá proteção absoluta.** Ao núcleo central intangível pertencem basicamente as formas de expressão da sexualidade. As demais esferas, por seu turno, têm proteção relativizada contra interesses de posição similar ou superior (, Zanini, 2020, p. 278, grifos nossos).

O que interessa para essa pesquisa é o núcleo referente à esfera interna e intangível deste direito fundamental e a sua relação com a persecução penal, de forma a encontrar uma relação que permita ou não a intervenção na esfera privada do indivíduo na persecução penal.

3. O USO DE DADOS PESSOAIS NA PERSECUÇÃO PENAL

O presente capítulo objetiva caracterizar, expor e contextualizar o atual cenário do uso de dados pessoais pelo Estado no seu exercício persecutório, levantando quais são as tecnologias disponíveis e de que forma elas podem violar os direitos expostos no capítulo anterior.

Para tanto, é necessário traçar este panorama atual, fazendo o levantamento de como o Estado está utilizando e lidando com esta questão, colacionando casos paradigmáticos na jurisprudência brasileira, assim como elencando no contexto sociológico o surgimento de uma nova manifestação de controle biopolítico e como este controle se reflete na persecução penal em um discurso fundamentado em uma segurança pública eficiente.

Em síntese, parte-se de uma definição das tecnologias existentes e o potencial de controle delas, assim como a sua esfera de violação aos direitos existentes, para traçar um paralelo com o uso deste biopoder como forma de controle de determinados grupos e indivíduos.

3.1. DATAVEILLANCE

Na realidade atual, o uso de dados pessoais por entidades públicas e privadas tornou-se uma consequência do extenso desenvolvimento tecnológico advindo da globalização. O manuseio dessas informações decorreu de uma vigilância, eletrônica e em massa, e uma manipulação de dados realizadas por grandes grupos privados e potências militares, processo esse chamado de *surveillance*.

Faz-se necessário informar, porém, que essa expressão não pode ser traduzida literalmente somente para o termo “vigilância”, visto que sua abrangência é multifatorial e polissêmica (MENEZES NETO; MORAIS; BEZERRA, 2017; MENEZES NETO, 2016). Conforme Menezes Neto (2016, p. 159):

Um dos processos-chave para caracterizar a *surveillance* é o atual uso de bancos de dados indexáveis no processamento de dados para diversas finalidades. Entende-se, portanto, que as novas infraestruturas da tecnologia da informação, ao permitirem o processamento em tempo real e o armazenamento ilimitado de dados, não apenas “qualificam” a vigilância, mas introduzem mudanças qualitativas que permitem um “salto” em direção ao conceito de *surveillance*

Desse modo, é possível definir a *surveillance* como uma vigilância caracterizada por ser sistematizada, normalizada e concentrada. A primeira característica está relacionada ao fato de que é deliberadamente definida (e não somente aleatória) e que segue determinados protocolos e objetivos. O segundo aspecto diz respeito a sua normalização no cotidiano das sociedades contemporâneas, uma vez que sua atuação é onipresente. Por último, sua ação se concentra especificamente sobre os indivíduos selecionados, mesmo que os dados sejam adquiridos em massa (AMARAL e DIAS, 2019).

Nessa conjuntura, a expressão *surveillance* passou a compreender o de *dataveillance*, uma junção dos nomes *data* e *surveillance*, representando o monitoramento e análise de dados e metadados de usuários considerados de risco, com base em modelos matemáticos.

Essa vigilância retrata indícios do controle social existente na contemporaneidade e, por isso, é possível aplicar a ideia de biopolítica a essa expressão (AMARAL e DIAS, 2019; MENEZES NETO, 2016). De acordo com Menezes Neto (2016, p. 184-185):

[...] as informações geradas pelo corpo — por exemplo, identificação biométrica — ou pelo seu movimento — como é o caso da geolocalização de pessoas — são utilizadas na tentativa de domesticar as incertezas, especialmente aquelas relacionadas à segurança do mundo em constante medo.

Conforme Foucault (1998), o biopoder pode ser praticado por qualquer organização, seja ela pública ou privada, que tenha capacidade de realizar a coleta e análise de informações. Com base nisso, há o surgimento de um novo tipo de biopolítica, capaz de monitorar os indivíduos de forma eletrônica e através de algoritmos, sendo utilizado por grandes empresas de domínio privado e pelo Estado.

Um exemplo é a ferramenta de gerenciamento automatizado do sistema prisional nos Estados Unidos chamada *Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions* (COMPAS), que é utilizada para avaliar o risco de reincidência dos indivíduos. Conforme explica o Ministro Gilmar Mendes na ADI 6.649/DF:

Essa ferramenta funciona a partir de árvore decisória, que classifica os detentos em um espectro de risco que varia de um a nove, sendo nove o mais alto e um o mais baixo. Em 2017, a Suprema Corte de Wisconsin manteve a condenação de um réu que foi acusado de fugir da polícia ao dirigir um carro anteriormente utilizado em um tiroteio. Ele havia sido condenado previamente

por agressão sexual e, após uma avaliação do algoritmo, considerou-se que havia alto risco de cometer outro crime, tendo sido condenado, assim, a uma sentença de seis anos (BRASIL, 2022b, p.18).

Esta realidade é maximizada quando se introduz a figura do *Big Data*³, que se refere a banco de dados digitais onde se é possível processar e armazenar dados de diversas naturezas, inclusive os pessoais.

Este processamento resulta, conforme exemplo exposto acima do COMPAS, em uma forma do poder estatal exercer uma forma de prevenção preditiva. Esta análise preditiva nada mais é do que uma espécie de previsão do futuro, baseada na utilização de dados históricos para se traçar tendências futuras. Esta concepção abre espaço para a análise referente a um fenômeno especialmente novo nas relações sociais que, segundo Lyon (1994, p. 53):

[...] transcende a distância, a escuridão e as barreiras físicas. Transcende o tempo, o que pode ser visto, especificamente, na capacidade de armazenamento e recuperação que possuem os computadores; informações pessoais podem ser 'congeladas', para usar a expressão de Goodwin e Humphrey. Ela é de baixa visibilidade ou invisível; os indivíduos cujos dados são coletados possuem cada vez menos ciência disso. Ela é frequentemente involuntária, como notamos anteriormente. A prevenção é a sua maior preocupação; pense nas bibliotecas com livros com código de barras ou nos shopping centers com câmeras de segurança que estão lá para prevenir a perda, não para ensinar que roubar é imoral. Ela [a surveillance] faz uso intensivo de capital, não do trabalho, o que a torna economicamente mais atrativa. Ela envolve políticas descentralizadas de autocontrole; mais uma vez, notamos como participamos no nosso próprio monitoramento. Isso leva a uma mudança da identificação específica de indivíduos em direção a uma suspeita categórica. Ela é, simultaneamente, mais intensiva e mais extensiva. Utilizando a metáfora de Stanley Cohen, a rede é mais fina, mais maleável e mais ampla (LYON, 1994, p. 53, tradução livre⁴).

Há no ramo da segurança pública, especificamente no que tange a polícia, o uso do termo denominado de polícia preditiva, assim conceituado por Quevedo (2020, n.p) como “um modelo de polícia que utiliza dados obtidos de diferentes fontes, analisando-os através de algoritmos e atuando de acordo com os resultados que

³ “Big Data pode ser definido com base em grandes volumes de dados amplamente variados que são gerados, capturados e processados em alta velocidade” (GUNTHER et al, 2017,online).

⁴ No original: “It transcends distance, darkness and physical barriers. It transcends time, and this can be seen especially in the storage and retrieval capacity of computers; personal information can be ‘freeze-dried’, to use Goodwin and Humphreys’ term. It is of low visibility or invisible; data-subjects are decreasingly aware of it [...]. It is frequently involuntary, as we noted above. Prevention is a major concern; think of bar-coded library books or shopping mall video cameras, which are there to prevent loss, not to teach the immorality, of theft. It is capital – rather than labour – intensive, which makes it more and more economically attractive. It involves decentralized self-policing; again, we noted above how we participate in our own monitoring. It triggers a shift from identifying specific suspects to categorical suspicion. It is both more intensive and more extensive. In Stanley Cohen’s metaphor, the net is finer, more pliable, and wider.”

permitem antecipar, prever e responder ao crime futuro”. Este termo e essa prática confluem com o tema do presente projeto, pois visualiza-se até onde o uso de dados pode chegar, e os perigos às garantias e liberdades — coletivas e individuais — que podem ocorrer.

No mesmo artigo supracitado, há uma demonstração prática do uso de banco de dados para esse policiamento preditivo:

No caso da cidade de Chicago, provavelmente a maior representante de uma Polícia Preditiva mobilizada a partir de algoritmo (operado por um programa de computador chamado CompStat), inúmeras informações, providas inclusive (mas não apenas) pelas forças policiais, são inseridas em um sistema que realiza um cálculo matemático capaz de prever prováveis localidades para novas ocorrências. O sistema utilizado pela Polícia de Chicago foi capaz de emitir uma lista contendo nomes de cidadãos que *poderiam incorrer* em atividade criminosa em algum momento no futuro, representando assim o ápice do policiamento preditivo: os agentes eram capazes de ir até a casa dessas pessoas para ter uma conversa e alertá-los de que, caso não cessassem as atividades suspeitas, logo poderiam ser presos (QUEVEDO, 2020, n.p.).

Observa-se, neste ponto, a incidência de outra questão que já é possível visualizar na prática da segurança pública pátria, assim como na própria estrutura do direito penal, reforçado por essas novas tecnologias (uso de ferramentas para criminalização de determinados grupos e comportamentos). Os algoritmos são pré-definidos para estabelecer parâmetros configurados como adequados e todo comportamento que fuja deste padrão será considerado um comportamento perigoso.

Esse é um novo passo na possibilidade de combate ao inimigo no direito penal, conforme cita Zaffaroni (2011, p. 18):

A essência do tratamento diferenciado que se atribui ao inimigo consiste em que o Direito lhe nega sua condição de pessoa. Ele só é considerado sob o aspecto de ente perigoso ou daninho. Por mais que a ideia seja matizada, quando se propõe estabelecer a distinção entre cidadão e inimigo, faz-se referência a seres humanos que são privados de certos direitos individuais, motivo pelo qual deixaram de ser considerados, e esta é a primeira incompatibilidade que a aceitação do hostis, no direito, apresenta com relação ao princípio do Estado de Direito.

E, ainda:

Como ninguém pode prever exatamente o que algum de nós - nem sequer nós mesmos - fará no futuro, a incerteza do futuro mantém aberto o juízo de periculosidade até o momento em que quem decide quem é o inimigo deixa de considerá-lo como tal. Com isso, o grau de periculosidade do inimigo - e, portanto, da necessidade de contenção - dependerá sempre do juízo subjetivo do individualizador, que não é outro senão o de exercer o poder (ZAFFARONI, 2011, p. 25).

Desta forma, a possibilidade de criminalização de determinados grupos — visto estarmos situados em um sistema que pune majoritariamente o jovem pobre, negro e periférico —, estabelece uma compreensão de qual seriam os parâmetros definidos como desviantes pela segurança pública para estabelecer uma lista de possíveis suspeitos.

Neste ponto, a fim de sair do plano teórico, cita-se a existência de casos concretos de utilização de banco de dados, principalmente os de fotografias, para identificação de possíveis suspeitos em condutas criminosas, que acabam por gerar um falso reconhecimento. Saliba (2022, n.p) expõe os casos:

A existência dos álbuns de suspeitos faz indagar como essas imagens foram parar nas delegacias. É recorrente que sua origem sejam redes sociais, flagrantes ou grupos em aplicativos de comunicação utilizados por policiais. Sem saber o porquê, essa arbitrariedade na definição de “suspeito” pode fazer com que uma acusação inverídica fundamente decisão judicial condenatória. A exibição das fotos viola não apenas o direito constitucional à intimidade (art. 5º, X), como também a presunção de inocência (art. 5º, LVII) — já que, se está naquele catálogo, *assume-se* ser um criminoso, mesmo sem provas. Essa violação tem viés racial evidente: segundo o relatório do CONDEGE, 80% de erros em reconhecimentos fotográficos são de pessoas negras, dado reiterado pela Coordenação de Defesa Criminal da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, com 83% de pessoas negras apontadas como suspeitas sendo inocentadas após reconhecimento fotográfico em sede policial

A utilização de banco de dados para este policiamento preditivo em termos de segurança pública resulta em uma espécie de etiquetamento social⁵ — ou ainda, no biopoder, citado por Foucault (1998), para discriminar um determinado grupo de indivíduos e comportamentos considerados como desviantes. Conforme cita Ferrajoli (2007, p. 335):

A formação, o acesso e a disponibilidade, pela polícia ou pelas empresas, de grandes bancos de dados sobre qualquer indivíduo, incluindo talvez os seus dados genéticos e de saúde, com o seu conjunto de anomalias e de prognósticos ameaçadores, é, na verdade, destinada não somente a operar, no plano econômico e social, como um novo fator de discriminação, colocando em risco vagas de emprego e sistemas de previdência, mas, também, para gerar, no plano cultural e no senso comum, uma nova antropologia da desigualdade.

Neste ponto, remete-se ao filme *Minority Report*, baseado no conto de Philip K. Dick, onde o enredo concentra-se na existência de um departamento de polícia capaz

⁵ “Labeling Approach Theory: uma teoria criminológica marcada pela ideia de que as noções de crime e criminoso são construídas socialmente a partir da definição legal e das ações de instâncias oficiais de controle social a respeito do comportamento de determinados indivíduos” (ORTEGA, 2015, n.p).

de realizar a previsão de comportamentos criminosos e agir antes do crime em potencial ocorrer. O filme utiliza a figura de três videntes que possuem a capacidade de realizar essas visões. No mundo atual, é possível a analogia com o uso de *Big Data* para realizar essa análise preditiva.

Na realidade brasileira, baseado no Anuário Brasileiro de Segurança Pública (FÓRUM ANUÁRIO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2022) e no relatório do sistema penitenciário (BRASIL, 2022c), por exemplo, é possível a extração de dados (referentes à cor/raça, gênero, faixa etária, escolaridade e faixa de renda) do perfil dos condenados e/ou investigados em ação penal. Baseado nestes dados, é possível elaborar um registro histórico capaz de direcionar uma análise preditiva capaz de prever qual grupo ou qual tipo de comportamento do indivíduo poderá gerar uma desviante capaz de resultar em um desvio criminoso. Entretanto, é óbvio que essa previsão assume conceitos explicitamente discriminatórios e racistas.

Em Londres, a polícia metropolitana utiliza uma base de dados, nos moldes da descrita acima, totalmente discriminatória e racializada:

A base de dados de mapeamento de gangues da Polícia Metropolitana de Londres, conhecida como Gangs Matrix, foi criada em 2012 integrada na resposta altamente politizada aos motins de Londres de 2011. Nela são listadas pessoas como “gang nominals” (membros de gangues) e a cada indivíduo é atribuída uma classificação automática de grau de violência com as cores verde, âmbar ou vermelho. Em outubro de 2017 estavam listadas 3 806 pessoas na Matrix. Mais de três quartos (78%) dos identificados na Matrix são negros – número que é desproporcional aos próprios dados da Polícia Metropolitana londrina, os quais mostram que apenas 27% dos responsáveis por grave violência juvenil são negros. A pessoa mais nova na Matrix tem 12 anos e 99% dos listados na base de dados são do gênero masculino (AMNISTIA INTERNACIONAL, 2018, n.p).

Além disso, não faltam exemplos da utilização do *dataveillance*, inclusive no Brasil, como explica Lucena (2019, p. 11):

No entanto, o uso de polícia preditiva, com aplicação de Big Data, tem chamado a atenção de políticos e corporações. Técnicas de prevenção situacional, que é a matriz de aplicação destes modelos, como o PredPol, já existem de certa forma no Brasil, em versões de teste, dentro do próprio modelo do Detecta, com experiência em outras cidades paulistanas, como em outros estados, tal como na Bahia, e nas intervenções da cidade do Rio de Janeiro, nas Unidades de Polícia Pacificadora (UPPs). As críticas que recaem aos sistemas de prevenção situacional no Brasil são próximas das trazidas por críticos dos modelos implantados por softwares de Inteligência Artificial nos Estados Unidos.

É certo que o tema se relaciona com o escopo do presente trabalho, pois explicita os perigos de uma ausência de regulamentação ou compreensão sobre a

proteção dos dados pessoais. Dessa forma, o presente cenário de ausência de controle resulta em práticas discriminatórias e evidentemente violadoras tanto pelo Estado quanto por órgãos privados⁶.

3.2. SEGURANÇA PÚBLICA, PERSECUÇÃO PENAL E PRIVACIDADE

Um dos desafios que se expressa no presente tema é referente à capacidade do Estado de conciliar a sua atividade penal e fornecer segurança para os indivíduos sem intervir de forma injustificada e não autorizada na esfera da privacidade. Essa conjuntura se mostra explícita quando tratamos do tema ora debatido, visto que surge a tensão entre garantir os direitos individuais à privacidade — expressos na forma do livre desenvolvimento da personalidade — e o direito fundamental à proteção de dados pessoais e, de outro lado, permitir ao Estado uma busca ilimitada na persecução penal para resolução ou prevenção de delitos.

A tensão existente é justa, visto que a existência de direitos que limitem a atuação do poder estatal pode resultar em uma maior dificuldade do Estado no desempenho de suas atribuições, porém, não pode o ente estatal nessa busca pelo cumprimento do dever e do conceito de obter uma verdade real utilizar essa competência para derivar uma autorização.

Em termos, não se pode validar que derive da competência estatal de combater a criminalidade uma autorização para intervir em direitos fundamentais. Segundo Greco (2018, p. 38), “no plano de fixação da competência, o Estado simplesmente distribui entre os seus o que incumbe a quem. Parece claro, contudo, que uma distribuição interna de tarefas não dá a ninguém um direito de adentrar na esfera de um terceiro”.

Isso resulta em um limite de atuação dos entes persecutórios do Estado, baseado exclusivamente no que no direito brasileiro é positivado como princípio da legalidade ou reserva legal — já supracitado no capítulo anterior — e norteador do nosso processo penal.

⁶ Em Porto Alegre, 1.550 ônibus já analisam, diariamente, os rostos de 240 mil usuários do transporte público (KANNENBERG, 2015). Caso o rosto do passageiro não seja o mesmo daquele armazenado pela empresa, é gerada uma notificação que pode resultar na suspensão ou até mesmo no cancelamento do benefício da gratuidade (KANNENBERG, 2015).

Lopes Júnior (2018, p. 36) estabelece que, em termos de processo penal, não basta a existência de qualquer processo ou a figura de uma mera legalidade. Somente um processo penal que esteja devidamente fundamentado nas regras constitucionais, tanto na dimensão formal quanto na substancial, é capaz de ser instrumento de promoção do respeito à democracia e às regras do jogo.

Explica Lopes Júnior (2018, p. 34) que “a Constituição da República escolheu a estrutura democrática sobre a qual há que existir e se desenvolver o processo penal, forçado que está – pois modelo pré-constituição de 1988 – a adaptar-se e conformar-se a esse paradigma”.

Dito isso, é comum ver a expressão que o direito processual penal é um processo penal constitucional, ou direito constitucional aplicado. De acordo com Luís Greco (2018, p. 29):

Em 1959, já afirmava Sax, que o direito processual penal é “direito constitucional aplicado”. *Eb. Schmidt*, provavelmente o mais importante processualista da nova República Federal da Alemanha, qualificava o código de processo penal como a “lei de execução da Lei Fundamental”, e o tratado de direito processual penal de *Roxin*, hoje nas mãos de seu discípulo *Schunemann*, é quase que aberto com a afirmação de que o processo penal é o “sismógrafo da constituição do Estado”.

Ademais, conforme assevera Lopes Júnior (2021, p. 539), “o direito penal e o processo penal estão cravados no Princípio da Legalidade, na forma e nos limites ao exercício do poder previsto em lei”. Portanto, não pode o Ministério Público utilizar da sua competência, prevista no art. 127, da Magna Carta⁷, para derivar uma autorização em intervir em direitos fundamentais em nome de uma defesa da ordem jurídica, sem que a mesma seja devidamente autorizada e prevista no ordenamento jurídico, em defesa do supracitado princípio da legalidade.

Essa vedação também é imposta aos demais membros do Poder Judiciário e da atividade policial. O discurso da segurança pública que abarca um uso de forma desvirtuada do instituto da proporcionalidade e da ponderação na busca de uma intangível verdade real no processo penal acaba por anular o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, esvaziando-os de significado.

O discurso que fundamenta esta atuação — e dá margem para a invasão em direitos fundamentais por parte do poder persecutório estatal — se estabelece sempre

⁷ “Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (Constituição Federal)

em defesa de um combate à criminalidade e ao fortalecimento do Estado de segurança do cidadão.

Entretanto, essa busca inalcançável não se pode fundamentar em argumentos genéricos, visto que não há como se afirmar que o Estado ao utilizar destas práticas possua uma maior eficiência no combate a práticas elencadas como criminosas. De acordo com Amaral e Dias (2019, p. 26):

Essa fantasia se mescla com a realidade biopolítica, que executa a ampliação técnica e tecnológica como parte de sua estratégia de controle, utilizando o discurso da segurança como escusa para legitimar as exceções da atuação por meio do sistema penal.

O uso dos dados pelo Estado sob o pretexto da busca da verdade real na persecução criminal é clara demonstração de uma realidade de biopoder, oportunidade em que aquele que detém o poder conseguirá ingerir com seus desejos pessoais e bélicos.

3.3. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL

O uso indiscriminado de dados pessoais por parte da segurança pública pode violar diversos direitos e garantias fundamentais. Desta forma, para desenvolvimento do trabalho é necessário pesquisar como a jurisprudência pátria vem tratando essa questão. Aqui, abre-se espaço para buscar decisões que envolvam a matéria estudada e como a nossa estrutura jurídica julga o assunto, sendo perceptível as inúmeras violações sendo cometidas na atual conjuntura.

Em conexão com o parágrafo anterior, cita-se o Agravo Regimental no Recurso em Mandado de Segurança n. 68.119/RJ de relatoria do Ministro Jesuíno Rissato, julgado em 28 de março de 2022. No agravo, foi estabelecido que a quebra de sigilo de dados considerados estáticos não pode atingir um número indeterminado de pessoas, pois viola o princípio da proporcionalidade. Porém, neste ponto, há uma demonstração lógica de possibilidade de quebra de sigilos estáticos, já delimitada pelo próprio Superior Tribunal de Justiça.

No mais, há a decisão do Superior Tribunal de Justiça, com a seguinte ementa:

Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança 61.302/RJ – Rio de Janeiro. Recurso em mandado de segurança. Direito à privacidade e à intimidade. Identificação de usuários em determinada localização geográfica. Imposição que não indica pessoa individualizada. Ausência de ilegalidade ou de violação dos princípios e garantias constitucionais.

Fundamentação da medida. Ocorrência. Proporcionalidade. Recurso em mandado de segurança não provido. Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz, 26 de agosto de 2020 (STJ, 2020, ementa).

À vista disso, já há o estabelecimento de uma regulação por parte do tribunal citado, em que estabelece conceitos de possibilidade e de impossibilidade do uso de alguma gama desses dados. O que se pretende conceituar é se, dentro dos conceitos de direitos fundamentais, de proteção a esses direitos, de dados pessoais como direitos fundamentais, sob uma perspectiva garantista de estrita legalidade, há uma validade na regulação jurisprudencial.

No âmbito da Corte Suprema, dentro do HC 168.052/SP de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, publicado em 02 de dezembro de 2020, há o reconhecimento do Direito Fundamental à vida privada, com a garantia do sigilo das comunicações e da proteção de dados. No caso concreto, reconheceu-se a violação ao acesso aos dados do celular do apreendido, visto a inexistência de autorização judicial e a não demonstração de um consentimento válido, declarando todas as provas obtidas como ilícitas, assim como todas derivadas delas.

No mesmo sentido, em caso mais recente, a afetação desta questão em regime de repercussão geral pelo STF (Tema 977) foi discutida, colacionando-se a licitude da prova produzida durante o inquérito policial subsistente no acesso, sem autorização judicial, de registros e informações contidas em aparelho de telefonia celular relacionado à conduta delitiva, hábeis a identificar o agente do crime.

Foram selecionados alguns casos paradigmáticos sobre o tema proposto, em que é possível analisar como o ordenamento jurídico trata o assunto e estabelecer os limites que são utilizados pela jurisprudência. Além disso, também foi explorada a sua relação com a proteção de dados e as intervenções nos direitos fundamentais do investigado e de terceiros.

3.3.1. Caso Marielle Franco

A análise de dados é um instrumento eficaz nas investigações criminais, visto que auxilia no monitoramento de risco e na identificação de informações relevantes para a retidão do processo. Entretanto, esse acesso informatizado deve respeitar os direitos fundamentais e as liberdades individuais. Conforme Josino (2021, p.28), “a

disponibilidade da tecnologia não autoriza seu uso indiscriminado pelo Estado, sem antes passar pelo crivo dos direitos fundamentais”.

Este tópico foi abordado no caso da vereadora Marielle Franco e de seu motorista, Anderson Gomes, executados em março de 2018 no bairro da Lapa, no centro do Rio de Janeiro/RJ. O acontecimento teve grande repercussão midiática e foi considerada de cunho político, visto que a vereadora vinha denunciando a atuação agressiva da polícia nas favelas (VALENÇA, 2020).

Durante a investigação do crime, a 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça em 2020 decidiu pela quebra do sigilo telemático de dispositivos determinados pela geolocalização, com o intuito de identificar as pessoas envolvidas. Pretendia-se obter dados de todos os usuários que estavam nas imediações de onde foi visto o automóvel dos atiradores nos 15 minutos que sucederam o crime, bem como verificar as buscas realizadas no Google que procuravam termos específicos, como “Marielle Franco” e “agenda vereadora Marielle” (JOSINO, 2021). A decisão de fornecer essas informações foi questionada pela empresa Google, que alegou:

(...) no ordenamento jurídico brasileiro, não se admitem quebras de sigilo e interceptações genéricas, sem a individualização das pessoas afetadas. A provedora alegou ainda que a medida, determinada de forma genérica, é desproporcional. A empresa defende que a questão em jogo é que fornecer esses dados à investigação viola a privacidade de milhões de usuários que nada tinham a ver com o crime para poder chegar aos culpados (JOSINO, 2021, p. 28).

A empresa também alegou que a quebra de sigilo é uma medida de caráter excepcional, justificada somente pela existência de indícios concretos de atividade considerada ilícita e que possam ser corroborados pelas decisões judiciais. Porém, o STJ negou o recurso e manteve a decisão de fornecimento de dados dos usuários (VALENÇA, 2020; JOSINO, 2021). Conforme expõe o relator, Ministro Rogério Schietti Cruz:

Para a quebra do sigilo de dados armazenados, de forma autônoma ou associada a outras informações pessoais, a autoridade judiciária não é obrigada a indicar previamente as pessoas que estão sendo investigadas, mesmo porque o objetivo da medida é justamente proporcionar a identificação de usuários do serviço ou de terminais utilizados (STJ, 2020, Ementa)

Outras justificativas foram evocadas para a negação, como a de que o sigilo é um Direito Fundamental, porém não um direito absoluto e, dessa forma, pode ser restrito quando cabível ao interesse público. Outrossim, Cruz também declarou que a

quebra era relativa aos dados informáticos, e não havia relação com interceptações das comunicações. De acordo com Valença (2020, p. 16):

A justificativa é no sentido de que não há como dar interpretação extensiva aos dispositivos da Lei de Interceptação Telemática porque a ordem é dirigida a um provedor de serviço de conexão ou aplicações de internet, cuja relação é prevista no Marco Civil da Internet, o qual não prevê, entre os requisitos que estabelece para a quebra do sigilo, que a ordem judicial especifique previamente as pessoas objeto da investigação ou que a prova da infração (ou da autoria) possa ser realizada por outros meios.

Entre os votos, apenas o Ministro Sebastião Reis Júnior divergiu. Segundo o Ministro, tal decisão, ainda que não identifique inicialmente o indivíduo, busca o reconhecimento final. Desse modo, ele não concordou com a determinação, visto que, em seu entendimento, não havia justificativa suficiente para a apresentação das informações pedidas. Assim, é possível perceber que o caso de Marielle e Anderson é um exemplo da atuação à margem das garantias individuais, ainda presente no cenário judiciário brasileiro quanto a essa situação, uma vez que essa medida ainda não está totalmente legalizada no ordenamento jurídico (VALENÇA, 2020).

É possível observar que essa infiltração digital é um importante aspecto para a coleta de provas *on-line*, mas que limites precisam ser estabelecidos para torná-la legal. Faz-se necessário uma adequação desse cenário, visto que, no empenho por encontrar provas, a privacidade de muitos usuários é violada. Além disso, muitos indivíduos podem ser investigados criminalmente sem justo motivo por causa de suas buscas *on-line* ou geolocalização.

3.3.2. O Caso PROSEGUR

O segundo caso escolhido para análise é o relacionado ao assalto a uma empresa de segurança e transporte de valores (PROSEGUR), em Ribeirão Preto/SP, no ano de 2016.

A magistrada responsável pelo processo, durante a investigação, deferiu o pedido formulado pela autoridade policial para levantamento de dados individuais armazenados por parte de empresas de tecnologia (Google, Apple e Microsoft), referentes a existência de conexões ativas nos aparelhos celulares presentes em um raio de 500 metros do local do fato criminoso. Além disso, a determinação judicial também permitiu outros pedidos:

[...] autorizou-se a quebra de sigilo de dados telemáticos para que fosse averiguada a existência de conexões ativas de usuários que se encontravam em determinada localidade, em local e intervalo de data delimitados, com determinação para que os provedores individualizassem os "IMEIs" dos aparelhos sincronizados e fornecessem, por conseguinte, os dados do usuário da conta de e-mail, incluindo, ainda, dados cadastrais, relações de locais salvos no Google Maps e, por fim, histórico de localização e deslocamento dos últimos 30 dias (RMS 51.133/SP). (2016, p.2).

O que justifica a escolha do presente caso é o fato da fundamentação da magistrada ter se dado no escopo da LIT e ela ter relativizado a adoção da medida baseada no princípio da ponderação e do interesse público. Assim como, segundo a própria juíza, existe dificuldade para obter a prova de outro modo, sendo desta forma, na sua visão, possível intervir nos direitos fundamentais dos indivíduos e terceiros ora afetados.

Porém, é fato, conforme disposto no capítulo anterior, que a LIT não possui essa autorização. Conforme exposto no parágrafo único do art. 1º⁸, a referida legislação regula a interceptação de um fluxo de comunicação, sendo claro que dados armazenados não se referem ao fluxo de comunicação entre indivíduos. Nas palavras de Gleizer (2019, n.p):

A LIT não contém autorização para acesso a dados (telemáticos) *armazenados* em dispositivos digitais. Dados telemáticos não são necessariamente provenientes de um processo de telecomunicação, que pressupõe uma troca de informações entre ao menos duas *peessoas naturais (communis)* à distância (*tele*); o acesso a dados pela internet não se dá obrigatoriamente por troca de conteúdo entre duas pessoas naturais, sendo possível que se dê entre uma pessoa e um sistema informático; digitar um endereço virtual, como "www.a.com", estabelece uma conexão com o servidor endereçado, que confere acesso a seus dados e informações.

No mais, inexistente qualquer legislação no ordenamento jurídico nacional que regulamente e possibilite de forma clara e determinada a intervenção por parte do poder público nesses dados. Conforme exposto, sendo o princípio da legalidade regente do processo penal, a ausência de uma norma precisa impossibilita a atuação do poder persecutório estatal, ainda mais, quando se trata de intervenção em direito fundamental.

É verdade que, posteriormente, a decisão foi reconsiderada pela magistrada limitando as informações originalmente requeridas à dados cadastrais, localizações

⁸ “[...] Parágrafo único. O disposto nesta Lei aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática” (Lei 9.296, 1995, n.p.).

salvas no Google Maps e histórico de localização e deslocamentos nos últimos 30 dias (Gleizer, 2019).

Ainda assim, estas diligências foram suspensas posteriormente pelo TJSP, que estabeleceu uma limitação geográfica ao pedido, e que as senhas de acesso aos serviços utilizados só poderiam ser quebradas após a identificação e individualização dos alvos da investigação (GLEIZER, 2019).

3.3.3. O Caso da Boate Kiss

Em termos de jurisprudência recente, o caso da Boate Kiss é um dos mais importantes e paradigmáticos sobre o tema pesquisado, visto já se encontrar sobre a ótica da LGDP. Apesar dessa lei não nortear e nem se aplicar ao processo penal, revela, em uma ótica social, grande preocupação do legislador no uso dos dados pessoais.

Assim, teve ainda os recursos de apelações dos réus julgados já sobre a existência da posituação do direito fundamental à proteção de dados pessoais. Isso deu ao julgador, conforme será demonstrado, a necessidade de se adentrar nesse mérito, tornando imprescindível a análise do caso para consolidar um entendimento de como o Judiciário lidou com o tema.

O contexto situa-se no julgamento de apelação referente ao julgamento pelo tribunal do júri da Comarca de Santa Maria, que condenou os acusados pela responsabilidade das mortes ocorridas em um incêndio em uma boate no município de Santa Maria no Rio Grande do Sul.

O caso teve enorme repercussão nacional pelo grande número de vítimas da tragédia, tendo uma extensa cobertura midiática desde o fato até o julgamento do recurso de apelação. Os processos que envolvem uma cobertura midiática possuem uma tendência maior para a condenação, e que essa visibilidade coloca um peso maior nas partes do processo, tanto para advogados quanto para os promotores (BASTOS, 1999). Conforme observa Bastos (1999, p. 117):

[...] se a pressão e a influência da mídia tendem a produzir efeitos sobre os juízes togados, muito maiores são esses efeitos sobre o júri popular, mais sintonizado com a opinião pública, de que deve ser a expressão. [...]. Com os jurados é pior: envolvidos pela opinião pública, construída massivamente por campanhas da mídia orquestradas e frenéticas, é difícil exigir deles conduta que não seguir a corrente.

Desse modo, o Ministério Público, na figura dos seus promotores e objetivando dar uma resposta aos anseios da população por uma condenação, exerce suas prerrogativas nos limites de suas competências. Entretanto, tal situação não pode ensejar quebra de direitos dos acusados⁹. Conforme visto no presente caso, têm-se que o julgamento foi anulado em grau de recurso pela 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul por onze nulidades.

Porém o que importa ao presente tema diz respeito ao uso, pelo MPRS, do banco de dados da Secretaria de Segurança Pública do Rio Grande do Sul (Sistema Consultas Integradas) para analisar a vida dos possíveis jurados e impugná-los baseados em elementos subjetivos.

Entendeu o TJRS que houve uma violação ao direito fundamental à proteção de dados pessoais, conforme se retira trecho do Acórdão:

FORMAÇÃO DO CONSELHO DE SENTENÇA. UTILIZAÇÃO DO SISTEMA CONSULTAS INTEGRADAS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, COM PROJEÇÃO PARA A PRESENTE SESSÃO, A REFORÇAR A DISPARIDADE DE ARMAS, PERFILAMENTO DISCRIMINATÓRIO.

O Ministério Público utilizou-se das informações sobre os jurados que obteve, via compartilhamento, no sistema Consultas Integradas, tendo escrutinado integralmente a lista geral para 2021, clara a disparidade de armas no preparo do júri da Kiss, a par do perfilamento discriminatório **(97 pessoas foram expurgadas porque, mercê de relações familiares e afetivas, visitaram detentos, algumas há duas décadas), a ferir inclusive o direito fundamental à proteção de dados pessoais** e regras da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Constituição Federal, Art.5º, LXXIX, e Lei nº 13.709/2018), com reflexos na pluralidade institucional do Tribunal do Júri e na efetiva possibilidade de exercer a função de jurado (Arts. 436, § 1º, 439 e 440 do Código de Processo Penal) (TJRS, 2022, ementa, grifos nossos).

O caso se coaduna com o conteúdo exposto nos últimos capítulos, visto que realiza uma síntese acerca do tema. Trata-se uma forma expressa de atuação do MPRS de utilização de um sistema de *Big Data* (Consultas Integradas) para

⁹ Recentemente houve o julgamento dos quatro réus acusados pela tragédia que vitimou 242 pessoas, que, na data de 27/01/2013, frequentavam a Boate Kiss em Santa Maria. O resultado do júri foi o seguinte: Elissandro Spohr, sócio da boate: 22 anos e seis meses de prisão por homicídio simples, praticado com dolo eventual; Mauro, 31; Hoffmann, sócio da boate: 19 anos e seis meses de prisão por homicídio simples, praticado com dolo eventual; Marcelo de Jesus, vocalista da banda: 18 anos de prisão por homicídio simples, praticado com dolo eventual; Luciano Bonilha, auxiliar da banda: 18 anos de prisão por homicídio simples, praticado com dolo eventual. Essa decisão proferida pelo Conselho de Sentença, formado por sete jurados (seis homens e uma mulher), causou uma revolta no mundo jurídico. Não se trata de uma indignação simplesmente de advogados, pois, se fosse, poderia ser tomada como um corporativismo de classe. É uma revolta de advogados, de delegados de polícia sérios e honestos juridicamente, de promotores de justiça comprometidos com a ordem jurídica – e daqui excluo os vindicativos, sanguinários cujo cordel vermelho da beca representa o rubor da vergonha típica de uma acusação que sabem excessiva, ou seja, promotores de acusação a exemplo daqueles que atuaram em plenário [...] (CANAL CIÊNCIAS CRIMINAIS, 2021, n.p).

estigmatizar um grupo de pessoas — no caso os jurados —, baseada em informações algorítmicas e, por meio disso, buscando a condenação dos acusados. Essa conjuntura violou não só as garantias relativas ao processo penal e a paridade de armas, mas também o direito fundamental à proteção de dados pessoais dos jurados.

A análise demonstra a realidade da discussão acerca da proteção de dados pessoais no contexto da persecução penal, assim como a ausência de dispositivos que regulamentem e impeçam a atuação persecutória na esfera individual dos envolvidos, ou até mesmo dos terceiros afetados (no caso, os jurados), tema que será discutido no próximo capítulo.

4. OS LIMITES DE INTERVENÇÃO

É necessário concretizar que os direitos fundamentais são, em primeiro lugar, direitos de defesa ou de proteção do indivíduo frente ao poder estatal. Tais direitos são capazes de impor uma omissão ao Estado, como exemplo do direito fundamental à vida, que é, ato primário, o direito de não ser morto pelo poder estatal (GRECO, 2018, p. 35).

No universo de garantia dos Direitos Fundamentais, ocorrem colisões¹⁰ entre os próprios direitos fundamentais, sempre que para a efetivação de determinado direito se adentre na esfera, ou conforme exposto no capítulo anterior, no núcleo de proteção de outro direito fundamental, o que causa a necessidade de se criar mecanismos para que o Estado intervenha em direitos fundamentais somente quando estritamente necessário.

Mas não são somente os direitos fundamentais que entram em conflito entre si, como acontece também com determinadas regras processuais¹¹. A solução adotada por Alexy (2014) para resolver o conflito de colisões entre regras processuais é a introdução de uma cláusula de exceção que invalide uma determinada regra em detrimento de outra, conforme exposto:

Um exemplo para um conflito entre regras que pode ser resolvido por meio da introdução de uma cláusula de exceção é aquele entre a proibição de sair da sala de aula antes que o sinal toque e o dever de deixar a sala se soar o alarme de incêndio. Se o sinal ainda não tiver sido tocado, mas o alarme de incêndio tiver soado, essas regras conduzem a juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si. Esse conflito deve ser solucionado por meio da inclusão, na primeira regra, de uma cláusula de exceção para o caso do alarme de incêndio (ALEXY, 2014, p. 92).

¹⁰ As colisões de direitos fundamentais em sentido estrito são divididas em colisões de direitos fundamentais idênticos e colisões de direitos fundamentais diferentes. As colisões de direitos fundamentais idênticos podem ser divididas em 4 (quatro) tipos (Alexy, 2014, p.95):

a) quando os dois sujeitos são afetados em relação ao mesmo direito fundamental, estando ambos do mesmo lado. Ex: 2 (dois) grupos pedem para fazer uma manifestação no mesmo lugar e no mesmo horário (direito de reunião);

b) quando os dois sujeitos são afetados em relação ao mesmo direito fundamental, porém enquanto um exerce um direito de defesa liberal, o outro tenta exercer um direito de proteção. Ex: quando um policial mata um sequestrador para salvar o refém (direito à vida);

c) quando entram em conflito o lado positivo e o negativo do mesmo direito. Ex: direito à crença (direito de praticar ou não alguma crença);

d) quando entram em conflito o lado jurídico e o lado fático do mesmo direito. Ex: gratuidade da justiça (igualdade formal/jurídica e igualdade material/ fática).

¹¹ "[...] o ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes" (ALEXY, 2014, p.98).

Porém, para o conflito de princípios, Alexy (2014) não entende ser possível essa cláusula de exceção, pois não há como invalidar um direito fundamental em detrimento de outro, nem que haja uma relação de hierarquia entre eles. Desta forma, Alexy (2014, p. 95) introduz a necessidade de uma técnica de ponderação¹² e defende que "as condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência".

Neste panorama, surge o que foi entendido e adotado pelo Poder Judiciário nacional como princípio da proporcionalidade ou razoabilidade¹³, que adota o raciocínio trifásico baseado em argumentos básicos voltados à avaliação de que — se a Constituição consagra a regra da proporcionalidade e o ato questionado não respeita essa exigência — ele é, portanto, um ato inconstitucional.

A definição de proporcionalidade na doutrina pátria pode ser extraída de Silva (2002, p. 23), que assim dispõe:

[...] uma regra de interpretação e aplicação do direito, [...] empregada especialmente nos casos em que um ato estatal, destinado a promover a realização de um direito fundamental ou de um interesse coletivo, implica a restrição de outro ou outros direitos fundamentais. O objetivo da proporcionalidade [...] é fazer com que nenhuma restrição a direitos fundamentais tome dimensões desproporcionais

Portanto, observa-se que uma das justificativas utilizadas para uma intervenção em direito fundamental é justamente sobre o mantra do princípio da proporcionalidade, utilizado largamente pela jurisprudência nacional, conforme extrai-se:

Segundo o ministro Luís Roberto Barroso, os tribunais brasileiros, especialmente o Supremo Tribunal Federal, vem encontrando, direta ou indiretamente, nesse princípio um fundamento constante para suas razões de decidir. Na mesma direção, o ministro Gilmar Mendes alega que os precedentes do Supremo Tribunal Federal parecem indicar que não são raras as vezes em que a verificação da compatibilidade de uma lei se dá por meio da aplicação dos critérios da proporcionalidade (SANTOS, 2021, N.P).

O princípio da proporcionalidade na visão de Alexy (2014) carrega consigo subprincípios, quais sejam os da adequação, da necessidade e da proporcionalidade

¹² A técnica do balanceamento, do sopesamento ou da ponderação foi desenvolvida pelo Tribunal Constitucional Alemão, tendo sido utilizada pela primeira vez em 1958, no caso Lüth²⁵⁷, para resolver um conflito entre direitos fundamentais (CARDOSO, 2016, p.145).

¹³ Há uma clara confusão de conceitos, visto que a adoção de proporcionalidade e razoabilidade pelo ordenamento jurídico nacional parece desarrazoada com a origem do próprio princípio, destacando-se também que pode um ato ser razoável e desproporcional.

em sentido estrito (SILVA, 2002, p. 31), nota-se que essa visão aparece, por exemplo, no Código de Processo Penal, como obrigação do juízo:

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, **observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida** (BRASIL, 1941, grifos nossos).

Entretanto, a lógica muitas vezes punitiva e permissiva das decisões judiciais acaba por esvaziar um conceito criado para limitar as intervenções em direitos fundamentais¹⁴, servindo apenas como uma ferramenta para se relativizar um direito em detrimento do outro a gosto do juiz, o que acaba por banalizar os estas normas e o instrumento do direito penal, conforme expõe Bitencourt (2015, p. 19):

O caráter fragmentário do Direito Penal significa que o Direito Penal não deve sancionar todas as condutas lesivas a bens jurídicos, mas tão somente aquelas condutas mais graves e mais perigosas praticadas contra bens mais relevantes. É, ainda, um corolário do princípio da intervenção mínima e da reserva legal, como aponta o autor. A filtragem ou controle processual do caráter fragmentário encontra sua justificativa e necessidade na inegável banalização do Direito Penal.

No presente capítulo irá se extrair, baseado nos princípios e fundamentos expostos ao longo do trabalho, sob uma ótica da teoria garantista, as possibilidades e os limites de intervenção por parte do poder estatal na persecução penal, estabelecendo os conceitos de intervenção, violação e justificação, e demonstrando como a ausência do respeito aos princípios e fundamentos supracitados causam uma série de violações.

4.1. INTERVENÇÃO, VIOLAÇÃO E JUSTIFICAÇÃO

É importante destacar que a persecução penal é de forma absoluta uma medida de intervenção nos direitos fundamentais individuais. Por conta disso, traz como norte o princípio da intervenção mínima, conceituado nas palavras de Bitencourt (2015, p. 25):

¹⁴ Sob esse raciocínio, o descaso judicial com os três exames consagrados pela doutrina apenas contribui para que a substância da proporcionalidade torne-se justamente mais reduzida e fluida, ficando à disposição do magistrado para o uso de acordo com sua própria conveniência e interesse. Tendo em vista que a proporcionalidade serve como um meio para que o Judiciário possa verificar a legitimidade de decisões legislativas, a constante inobservância de seus exames ainda pode tornar mais fácil que o STF modifique o status quo, decidindo contra o sistema majoritário e representativo do Poder Legislativo.

O princípio da intervenção mínima, também conhecido como *ultima ratio*, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. Se outras formas de sanções ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização será inadequada e desnecessária. Se para o restabelecimento da ordem jurídica forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas que devem ser empregadas e não as penais. Por isso, o direito penal deve ser a *ultima ratio*, isto é, deve atuar somente quando os demais ramos do direito revelarem-se incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade.

Sendo o direito penal ferramenta que deve ser utilizada em último caso, os instrumentos internos do processo penal também devem ser utilizados com cautela, observando os princípios dispostos no texto constitucional e na legislação infraconstitucional, pois há todo um sistema que reflete a vontade do legislador em proteger os direitos fundamentais de violações por parte do Estado no exercício da persecução penal.

Extrai-se de Greco (2018, p. 33) que “toda proibição ou imposição de um comportamento pelo Estado é intervenção em direito fundamental, de modo que necessita de justificação (formal, lei e material, proporcionalidade)”. Desta forma, fica nítida a imposição da necessidade de uma norma formal que autorize a intervenção, como, por exemplo, diversas leis infraconstitucionais que regulamentam sobre a possibilidade de a persecução penal adentrar na esfera dos direitos e garantias individuais¹⁵.

Porém, no caso referente ao direito fundamental à proteção de dados pessoais, não existe legislação em termos penais que autorize e regule expressamente a atividade persecutória do Estado.

Importante pontuar que a necessidade de legislação para fundamentar intervenções em direitos fundamentais é base do sistema judiciário, positivada na CF, no art. 93, IX, como garantia do cidadão ter as decisões que lhe afetem fundamentadas:

Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação (BRASIL, 1998, grifos nossos).

¹⁵ Destaca-se a já citada LIT, a Lei n.º 12.850, de 02 de agosto de 2013 (Lei de Repressão às Organizações Criminosas), a Lei n.º 13.964, de 24 de dezembro de 2019 (Pacote anticrime).

Além disso, é preciso conceituar a diferença entre intervenção e violação, tendo que uma intervenção em direito fundamental é uma ação ou omissão do poder persecutório que necessita de justificação, e uma violação trata-se de forma lógica de uma intervenção não-justificada.

Quando se fala de intervenção, necessita-se saber se esta intervenção possui uma justificação positivada (formal) e proporcional (material) baseada nos subprincípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, caso contrário será uma violação a direito fundamental. Ainda, nas palavras de Amorim (2022, p. 3):

Com as alterações advindas pelo Pacote Anticrime (Lei n. 13.964/2019), o juiz ao decidir sobre as medidas cautelares, terá que enfrentar todos os argumentos deduzidos pelas partes (quando oportunizado contraditório), bem como deverá fundamentar sua decisão a partir dos elementos de informação ou provas, conforme assegura os artigos 312, 313 e 315, todos do CPP, responsáveis por instituir novos paradigmas decisoriais para o magistrado.

Um componente essencial de justificação de intervenção em direito fundamental é o que, no ordenamento jurídico é definido como reserva de lei (disposto no Art. 5º, inciso II, da CF), atribuído também como princípio norteador do Código Penal¹⁶. Positivado também na CF¹⁷, de forma que “sem lei específica que preveja de forma relativamente clara a intervenção e lhe imponha limites materiais e procedimentais, não será lícito intervir no direito fundamental (GRECO, 2018, p. 37) por clara e expressa ausência de fundamento legal. Nestes moldes, explicam Fedato e Kazmierczak (2020, p. 485):

Ainda, nesse sentido, estão o art. 564, V, do Código de Processo Penal (CPP), que trata das nulidades e que prevê sua ocorrência quando houver decisão carente de fundamentação, o art. 283, do CPP, dizendo que ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de sentença condenatória transitada em julgado, e o artigo 215, também do CPP, que determina que a decisão que decretar, substituir ou denegar a preventiva será sempre motivada e fundamentada.

¹⁶ “Art. 1º. Não há crime sem lei anterior que o defina nem pena sem prévia cominação legal” (Lei 2.848, 1940, n.p).

¹⁷ “Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;” (BRASIL, 1988, n.p).

Reforça-se, conforme exposto anteriormente, que não se pode extrair de uma competência uma norma autorizadora, nem se aplicar o supracitado princípio da proporcionalidade para flexibilizar uma intervenção em direito fundamental. Caso o legislador entenda que determinada medida de investigação ou produção de prova que deve o mesmo positivar de forma específica e determinada esta autorização, não podendo, o órgão estatal de investigação ou de persecução penal derivar de forma automática essa autorização de sua competência (GRECO, 2018, p. 38).

Dito isso, passa-se de forma concreta para análise das possibilidades de intervenções no direito fundamental à proteção de dados pessoais, visto que, conforme demonstrado, inexistente norma expressa que autorize e regule a intervenção no âmbito de proteção do referido direito. Porém, é bem verdade que essa intervenção é possível mesmo sem norma justificadora, desde que o que esteja em conflito seja o âmbito de proteção de dois direitos fundamentais.

Não se espera que se tenha a violação de um direito fundamental de proteção à vida ou a dignidade da pessoa humana em nome de uma salvaguarda ilimitada ao direito à proteção de dados pessoais. Esta ponderação deve ser feita, entretanto, não em busca de uma verdade real do processo penal ou em nome de uma defesa abstrata da segurança pública e combate à criminalidade.

4.2. PROIBIÇÃO DA PROVA ILÍCITA E TERCEIROS AFETADOS

O ordenamento jurídico brasileiro invalida de forma expressa as provas obtidas por meios ilegais, dispendo de forma literal na Constituição Federal (BRASIL, 1988, n.p.):

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

E espelhado, quase que integralmente, no Código de Processo Penal:

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as

derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras (BRASIL, 1941, n.p).

Nos ensinamentos de Lopes Júnior há ainda no entendimento jurídico a definição de prova atípica, que assim define a sua possibilidade de admissão:

Não se trate de uma prova “típica”, mas sim feita em desconformidade com o padrão legal estabelecido, pois, nesse caso, a atipicidade decorre de uma violação da forma, da lei que estabelece seus requisitos, e essa defraudação conduz a ilicitude probatória. Portanto, cuidado: o fato de admitirmos as provas atípicas não significa que permitimos que se burle a sistemática legal. Assim, não pode ser admitida uma prova “disfarçada” de inominada quando na realidade ela decorre de uma variação (ilícita) de outro ato estabelecido na lei processual penal, cujas garantias não foram observadas. Exemplo típico de prova inadmissível é o reconhecimento do imputado por fotografia, utilizado, em muitos casos, quando o réu se recusa a participar do reconhecimento pessoal exercendo seu direito de silêncio (*nemo tenetur se detegere*). O reconhecimento fotográfico, como explicaremos a seu tempo, somente pode ser utilizado como ato preparatório do reconhecimento pessoal, nos termos do art. 226, inciso I, do CPP, nunca como um substitutivo àquele ou como uma prova inominada. (LOPES JÚNIOR, 2021, p. 243).

Porém, este posicionamento causa estranheza aos ditames constitucionais já expostos, visto não possuir vontade do legislador em aplicar expressamente o referido entendimento no contexto criminal, sendo essa definição de utilização da prova atípica transportada do Código de Processo Civil (CPC)¹⁸.

Não se ignora a função subsidiária do CPC, entretanto, em caráter de estrita legalidade, que deveria ser o norteador do estado democrático de direito, evidente que somente as provas expressamente positivadas no ordenamento jurídico poderiam ser utilizadas para se buscar a condenação de um acusado, pois nem mesmo o direito à prova tem caráter absoluto.

Diverge de quando se trata de uma prova absolutória, visto que haveria a incidência da necessidade de se observar a garantia do direito fundamental à liberdade e o núcleo duro da dignidade humana. Porém, para restringir um direito fundamental, parece que o rol de produção, coleta e utilização das provas do processo penal deve ser taxativo, pois o é expressamente positivado pelo legislador.

Frisa-se também a impossibilidade da derivação de uma prova lícita de uma prova ilícita, disposto também na redação do Art. 157 supracitado, que constituem o que a doutrina denomina de teoria dos frutos da árvore envenenada:

¹⁸ “Art. 369. As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz” (Lei 13.105, 2015, n.p).

O princípio da contaminação tem sua origem no caso *Silverthorne Lumber & Co. v. United States*, em 1920, tendo a expressão *fruits of the poisonous tree* sido cunhada pelo Juiz Frankfurter, da Corte Suprema, no caso *Nardone v. United States*, em 1937. Na decisão, afirmou-se que “proibir o uso direto de certos métodos, mas não pôr limites a seu pleno uso indireto apenas provocaria o uso daqueles mesmos meios considerados incongruentes com padrões éticos e destrutivos da liberdade pessoal”. A lógica é muito clara, ainda que a aplicação seja extremamente complexa, de que se a árvore está envenenada, os frutos que ela gera estarão igualmente contaminados (por derivação). (LOPES JR, 2021, p. 251).

A forma que o entendimento jurisprudencial encontra para fundamentar essas provas ditas por atípicas, ou até mesmo as derivadas, é a adoção de uma forma indiscriminada do princípio já citado da proporcionalidade e da verdade real, para a manutenção de um sistema estritamente punitivo e inquisitório:

Trata-se, todavia, de cultura com total guarida nos tribunais superiores – extremamente flexíveis no que tange à robustez da fundamentação de decisões penais -, conformando um cenário de ampla possibilidade de utilização de elementos inquisitoriais provenientes do inquérito policial cuja fiscalização é ofuscada por uma cultura de criptomotivação decisional que, ao cabo, impede o debruçar de olhares atentos ao funcionamento de um devido processo penal pautado em valores democráticos (SAMPAIO; RIBEIRO; FERREIRA, 2020, p. 206, *apud* AMORIM, 2022).

Extraí-se que não podem os órgãos de persecução penal, no âmbito de um processo penal que deve assegurar as garantias e direitos fundamentais, agir dessa forma, pois somente através da atuação garantista que pode o processo penal manter a sua legitimidade. Visto que, em termos de dados pessoais, um processo penal que disponha, relativize e flexibilize os conceitos relativos à sua proteção acaba por perder a sua legitimidade e dignidade.

Neste sentido, baseado, por exemplo, em um aumento da taxa de crimes, o cidadão, na cultura de medo pela ausência do respeito às formalidades pelo poder estatal na garantia dos seus direitos e garantias fundamentais (em nome do combate a essa criminalidade), se veria obrigado a viver em permanente estado de vigilância, frente às suas comunicações, manifestações, interações sociais (WOLTER, 2018, p. 94-95).

Baseado nas novas tecnologias já expostas no presente trabalho, fica exposto que a capacidade atual do poder estatal, se não limitada, tem o poder de intervir e vigiar as esferas íntimas de cada indivíduo, ou de um grupo determinado de indivíduo, para obter provas de suspeitos ou não suspeitos, ou até mesmo para se utilizar de parâmetros discriminatórios na tentativa de previsão de crimes.

Quando se trata de terceiros afetados, a situação fica mais explícita quanto aos problemas da ausência de regulação por parte do poder estatal, visto que no ordenamento jurídico não existem positivados elementos que regulem a matéria. Portanto, a pertinência da análise do Caso Kiss para este trabalho, considerando que os jurados, sendo terceiros afetados pela atuação do órgão de persecução, tiveram suas vidas devastadas e sua idoneidade questionada.

Fato conexo acontece nas violações de sigilo entre advogados e clientes, utilizando-se de lógica estritamente punitiva e inquisitória para se criar uma condenação¹⁹. Em termos de dados pessoais, surge inclusive a questão referente à proibição de testemunho por cônjuge, ou ainda o princípio da não autoincriminação.

A discussão guarda relevância e atualidade visto ainda o Tema 977, debatido no STF, no qual a Corte Suprema se divide sobre a possibilidade de licitude da prova produzida durante o inquérito policial subsistente no acesso, sem autorização judicial, de registros e informações contidas em aparelho de telefonia celular relacionado a conduta delitiva, do qual se extrai as duas correntes, uma liderada pelo Ministro Dias Toffoli:

É lícita a prova obtida pela autoridade policial, sem autorização judicial, mediante acesso a registro telefônico ou agenda de contatos de celular apreendido ato contínuo no local do crime atribuído ao acusado, não configurando esse acesso ofensa ao sigilo das comunicações, à intimidade ou à privacidade do indivíduo (CF, art. 5º, incisos X e XII) (TOFFOLI, 2020).

E, de outro modo, a redação do Ministro Gilmar Mendes:

O acesso a registro telefônico, agenda de contatos e demais dados contidos em aparelhos celulares apreendidos no local do crime atribuído ao acusado depende de prévia decisão judicial que justifique, com base em elementos concretos, a necessidade e a adequação da medida e delimite a sua abrangência à luz dos direitos fundamentais à intimidade, à privacidade e ao sigilo das comunicações e dados dos indivíduos (CF, art. 5º, X e XX) (MENDES, 2020).

Entretanto, conforme verifica-se nas movimentações processuais, tais votos e entendimentos são anteriores a posituação de um direito fundamental à proteção de dados pessoais, sendo possível afirmar que a esfera de proteção do indivíduo dada pela constituição frente ao acesso de seus dados contidos em aparelho celular atingiu uma nova dimensão, o que demandará uma reanálise do caso nos ditames

¹⁹ CANÁRIO, P. "Lava jato" grampeou 462 ligações de defesa de Lula por 23 dias. Consultor Jurídico, 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-dez-19/lava-jato-grampeou-462-ligacoes-defesa-lula-23-dias>>. Acesso: 25 nov. 2022.

Todavia, parece claro que, quanto ao impedimento de produção de provas relativas a terceiros não envolvidos em atividade suspeita ou não colocados nessa condição de forma anterior não deve ser admitida pelo ordenamento jurídico, que o acesso a esses dados viole as garantias de terceiros não envolvidos, não investigados e não colocados previamente em situação de investigação.

Caso contrário, entraria no que Rosa denomina como *fish expedition*:

O termo se refere à incerteza própria das expedições de pesca, em que não se sabe, antecipadamente, se haverá peixe, nem os espécimes que podem ser fígados, muito menos a quantidade, mas se tem "convicção" (o agente não tem provas, mas tem convicção). Com o uso de tecnologia (Processo Penal 4.0), cada vez mais se obtém a prova por meios escusos (especialmente em unidades de inteligência e/ou investigações paralelas, todas fora do controle e das regras democráticas), requeitando-se os "elementos obtidos às escuras" por meio de investigações de origem duvidosa, "encontro fortuito" dissimulado ou, ainda, por "denúncias anônimas *fakes*" (ROSA, 2021, n.p).

Têm-se que a necessidade de se respeitar de forma expressa os princípios norteadores da Constituição e do Código de Processo Penal é o único método de proteger o indivíduo e até mesmo a legitimidade do poder estatal frente às novas possibilidades tecnológicas. Não se admitindo, conforme demonstrado, a flexibilização de conceitos em nome de uma busca pela verdade real do processo.

4.3. A VERDADE REAL COMO LEGITIMADORA DA VIOLAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO ACUSADO

Não pode haver busca pela verdade no processo penal ao preço de violação de Direito Fundamental. Nas palavras de Lopes Júnior (2021), o processo penal serve para buscar uma verdade dita "real" é uma herança de sistemas inquisitórios e autoritários:

A visão de que o processo penal busca a mitológica "verdade real" é um ranço inquisitório superado há séculos. Trata-se de uma concepção vinculada ao sistema inquisitório e aos sistemas autoritários, que em nome da "busca da verdade" legitimaram as maiores atrocidades que a história da humanidade conheceu. Ademais é uma tese absurda, na medida em que confunde o real com o imaginário, pois o crime é sempre passado, logo, nunca é real. É memória, história, imaginação. É sempre imaginário, nunca é real (LOPES JÚNIOR, 2021, p. 263).

Essa busca pela verdade no processo penal é de todo modo inalcançável, visto até mesmo a definição de que a verdade é abstrata, de forma que o modelo inquisitório

e autoritário citado por Lopes Júnior (2021) se baseia neste fundamento de perseguição de uma verdade que não é comprometida de modo algum com a forma, diferença essa que deve estar presente no processo penal moderno.

Visto que forma é conteúdo, estando o valor do processo acusatório moderno no seu conteúdo ético “externado no estrito respeito às regras do jogo (forma) e, principalmente, no fato de que condenação ou absolvição são equivalentes axiológicos para o resultado” (LOPES JÚNIOR, 2021, p. 232).

Rosa (2014, p. 11) entende que:

Parto, assim, da noção de que a conduta posta em julgamento - a imputação - é um fato singular, único, desconhecido e de impossível reconstrução, **sendo o processo uma aventura presente de olhar para o passado com o que for possível. O julgamento depende da confluência de diversos fatores lançados no processo** e somente se trabalha com expectativas, tendo-se aversão aos platônicos da verdade real (grifado pelo autor).

Neste mesmo sentido:

O mito da verdade real está intimamente relacionado com a estrutura do sistema inquisitório; com o “interesse público” (cláusula geral que serviu de argumento para as maiores atrocidades); com sistemas políticos autoritários; com a busca de uma “verdade” a qualquer custo (chegando a legitimar a tortura em determinados momentos históricos); e com a figura do juiz-ator (inquisidor) (ROSA, 2014, p. 11).

Ocorre que, esta ilusão motiva o andamento do processo penal e acaba por flexibilizar todos os conceitos já citados no presente trabalho. Sob o mantra dessa busca pela verdade, cria-se até a figura da já citada prova atípica. Fato é que, no sendo a proteção de dados pessoais uma matéria recente e pouco compreendida pela doutrina e jurisprudência, o alcance e inflexibilidade material de um direito fundamental que proteja o livre desenvolvimento da personalidade converte-se em um cenário de total insegurança frente aos abusos do poder persecutório estatal em busca dessa verdade. Badaró (2005, p. 343.) afirma que:

O reconhecimento do caráter relativo da verdade buscada em qualquer tipo de processo, inclusive no processo penal, impede que sejam utilizadas provas ilícitas ou produzidas com violação de princípios que regem o justo processo, sob o fundamento de que permitirão a descoberta da verdade material.

É evidente que o ordenamento jurídico pátrio se utiliza destes instrumentos e discursos²⁰ para se legitimar violações a direitos fundamentais. Entretanto, conforme

²⁰ Assim como a supremacia do interesse público e do desconhecido princípio do *in dubio pro societate*.

amplamente demonstrado nos capítulos anteriores, esse não pode ser o fundamento de uma intervenção. Intervenções baseadas nessas estruturas são claras violações a direitos fundamentais, pois carecem de caráter formal e material, baseando-se exclusivamente em conceitos abstratos e arbitrários.

4.4. GARANTISMO PENAL

Diante de todo o exposto, faz-se necessário estabelecer uma racionalidade que delimite o uso de dados na persecução penal sob a ótica garantista. Essa lógica tem o intuito de criar mecanismos que não gerem um entrave à investigação criminal, mas sim uma barreira de proteção para que essa persecução penal esteja totalmente pautada na legalidade e não viole as garantias fundamentais.

Na obra *Direito e Razão*, Ferrajoli traz três definições distintas de Garantismo, sendo a primeira:

“Garantismo” designa um modelo normativo de direito: precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de “estrita legalidade” SG, próprio do Estado de direito, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos. É conseqüentemente, “garantista” todo sistema penal que se conforma normativamente com tal modelo e que o satisfaz efetivamente (FERRAJOLI, 2007, p. 785-786).

Percebe-se então, nessa primeira definição, que o Garantismo se propõe a estabelecer um modelo de controle ao poder punitivo do Estado, obrigando-o a agir sob “estrita legalidade”, dando segurança ao cidadão contra os arbítrios do Estado.

Ato contínuo, o autor elenca a segunda definição, baseada agora na teoria crítica do direito:

“Garantismo” designa uma teoria jurídica da “validade” e da “efetividade” como categorias distintas não só entre si, mas, também, pela “existência” ou “vigor” das normas. Neste sentido, a palavra garantismo exprime uma aproximação teórica que mantém separados o “ser” e o “dever ser” no direito; e, aliás, põe como questão teórica central, a divergência existente nos ordenamentos complexos entre modelos normativos (tendentemente garantistas) e práticas operacionais (tendente antigarantistas), interpretando-a com a antinomia – dentro de certos limites fisiológica e fora destes patológica – que subsiste entre validade (e não efetividade) dos primeiros e efetividade (e invalidade) das segundas (FERRAJOLI, 2007, p. 786).

Neste ponto, é interessante perceber que o autor estabelece uma crítica ao modelo de ordenamento que até pode conter um caráter garantista, mas que na prática operacional isso não se concretiza.

O terceiro conceito estabelecido pelo autor atribui um sentido mais filosófico externo, buscando atribuir uma finalidade para o garantismo:

neste último sentido, o garantismo pressupõe a doutrina laica da separação entre direito e moral, entre validade e justiça, entre ponto de vista interno e ponto de vista externo na valoração do ordenamento, ou mesmo entre o “ser” e o “dever ser” do direito (FERRAJOLI, 2007, p. 787).

Na interpretação de Freitas, Mandarino e Rosa (2016, p. 144):

A teoria garantista representa ao mesmo tempo o resgate e valorização das normas constituintes como elementos fundamentais para limitar os abusos estatais rotineiros na demanda penal. Logo, as bases teóricas do garantismo constituem instrumentos estratégicos para mitigar os abusos que o Estado Penal comete contra os excluídos sociais, mais especificamente para defender e bem equacionar o constitucional Estado Democrático de Direito,

No mais, ensina Ferrajoli (2007, p. 100), o objetivo do garantismo consiste em trazer efetividade para “os direitos fundamentais dos cidadãos contra os poderes do Estado, os interesses dos fracos respectivamente aos dos fortes, a tutela das minorias marginalizadas ou dissociadas em relação às maiorias integradas”.

Entretanto, afirma, abrindo mão de ilusões, que as garantias jurídicas não são alcançadas somente pela efetivação da norma jurídica, não existindo condições de subsistência para nenhum direito fundamental sem que haja concretamente uma luta que apoie esta atuação por parte de quem é titular. E, conforme Ferrajoli (2014, p. 867), “pela solidariedade com esta, de forças políticas e sociais; que, em suma, um sistema jurídico, porquanto tecnicamente perfeito, não pode por si só garantir nada”.

Lopes Júnior (2021, p. 533) citando Ferrajoli traz que:

El modelo penal garantista equivale a un sistema de minimización del poder y de maximización del saber judicial, en cuanto condiciona la validez de las decisiones a la verdad, empírica y lógicamente controlable, de sus motivaciones (FERRAJOLI, 1997).

Deste modo, têm-se que a teoria garantista, no cenário apresentado no presente trabalho, onde há uma constante recusa em se aplicar os princípios e garantias constitucionais, faz-se coerente, visto a constante relativização e flexibilização do princípio da legalidade em nome da busca de uma inalcançável

verdade real, utilizando-se de ferramentas como a proporcionalidade para instrumentalizar violações aos direitos e garantias fundamentais.

Mendes (2021, p. 61) *apud* Amorim (2022), aponta que:

Regras definidas a partir de garantias processuais penais que se expressam no contexto de um sistema garantista, por sua vez incorporado mais ou menos na íntegra às constituições e codificações dos ordenamentos jurídicos desenvolvidos [...].

No contexto de avanço tecnológico, do aumento do poder estatal através de ferramentas que coletam informações pessoais de forma generalizada e desvirtuada, urge a necessidade de se estabelecer uma visão estritamente garantista do processo penal, a fim de proteger os direitos fundamentais do arbítrio estatal.

CONCLUSÃO

O presente trabalho partiu do objetivo de contextualizar o direito fundamental à proteção de dados pessoais como novo direito fundamental positivado na Constituição Federal brasileira. Para isso, partiu da análise do surgimento deste do mesmo no plano do direito comparado, trazendo em consideração o direito constitucional alemão e demais legislações europeias sobre o tema.

Para entender a necessidade da criação deste novo direito, se adentrou na esfera do desenvolvimento de novas tecnologias e das novas realidades que essas inovações impõem às relações humanas, tanto entre os indivíduos quanto ao Estado perante os indivíduos. Foi feito um histórico do surgimento deste direito no ordenamento jurídico nacional, em que se observou que a referida positivação partiu prioritariamente de um entendimento infraconstitucional e jurisprudencial, para então atingir preceito constitucional.

Diante disso, surgiu a necessidade de se estabelecer qual seria o núcleo fundamental deste direito e qual o bem jurídico protegido, no qual, conclui-se através de análise dedutiva que se trata de um direito oriundo dos direitos da personalidade e do livre desenvolvimento da personalidade.

Adentrando-se na matéria criminal, conclui-se que, apesar do direito à proteção de dados pessoais ter sido positivado na Constituição, inexistente norma regulamentadora em matéria penal que delimite a atuação do poder persecutório estatal, de forma contrária ao que existe no direito civil, com a LGPD, que expressamente se declara inapta para fins de persecução penal.

Ainda, neste ponto, conclui-se sobre a ausência de legislação expressa que trate sobre a intervenção por parte do poder estatal no núcleo do direito fundamental à proteção de dados, trazendo conceitos e interpretações do porque legislações (como a Lei de Interceptações Telefônicas) não se aplicam.

Elencou-se de forma específica o surgimento do conceito de *dataveillance* e os perigos do uso indiscriminado deste tipo de vigilância, conceituando o biopoder e a teoria do etiquetamento social como forma de se vislumbrar o uso desses bancos de dados por parte do poder estatal como forma de controle social do indivíduo. Utilização essa que poderia gerar um uso discriminatório, atualizando-se ainda as possibilidades de caça ao inimigo no direito penal, dada a possibilidade de criminalização de grupos de indivíduos.

Ainda, conclui-se pelos perigos de uso pela força ostensiva do poder estatal desses bancos de dados para análise e monitoramento populacional, através do conceito de policiamento preditivo, prática geradora de diversas condutas discriminatórias.

Verificou-se a existência de uma tensão entre garantia da segurança pública por meio do poder estatal e garantia do direito à privacidade e livre desenvolvimento da personalidade, concluindo-se que não pode o Estado em nome de um combate genérico a criminalidade adentrar em esferas que não possuem estrita autorização legal.

Colacionou-se diversos entendimentos jurisprudenciais do ordenamento jurídico nacional para estabelecer a dificuldade de entendimento que há sobre o novo direito a proteção de dados pessoais, estabelecendo-se que existe ainda uma falta de compreensão sobre o alcance e limitação deste direito, havendo não raras vezes intervenções injustificadas, as ditas violações, por partes dos órgãos persecutórios do estado, conforme a análise dos casos elencados.

Conforme estabelecido, sendo os direitos fundamentais garantias do indivíduo frente ao poder estatal, é necessário que o Estado, no exercício da sua tutela penal, na ausência de norma autorizadora de atuação, se abstenha de derivá-las de regras de competência.

Fica claro que há uma certa fundamentação desenfreada do poder estatal em busca de uma inalcançável verdade real, através de instrumentos criados (como análise de ponderação e razoabilidade para relativizar direitos fundamentais). É certo que, conforme elencado, não há possibilidade constitucional para que haja a relativização de um direito fundamental em face de uma violação a outro direito fundamental, ou seja, não pode o poder persecutório utilizar de regras processuais e conceitos abstratos para violar direitos como a dignidade da pessoa humana, a liberdade e o direito ao livre desenvolvimento da personalidade.

Infere-se, portanto, que o poder estatal deve agir estritamente sobre o mantra da legalidade e da intervenção mínima em direitos fundamentais, não utilizando-se de subterfúgios para introduzir uma ótica punitiva e persecutória. Além disso, sob uma ótica garantista, o Estado deve agir na estrita legalidade, não flexibilizando conceitos e princípios para fundamentar uma ação estritamente persecutória, punitiva e inquisitória. Essa atuação legal deve ser ainda mais corroborada, visto que, com o advento de novas tecnologias e de novas possibilidades de intervenções e violações

do poder estatal no âmbito individual (e ainda sem o estrito cumprimento às regras do jogo), se terá um Estado cada vez mais violador dos direitos e garantias fundamentais.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2014. p. 90.

AMARAL, A. J.; DIAS, F. V. *Surveillance* e as “novas” tecnologias de controle biopolítico. **Revista Veritas (PUCRS)**, v. 64, n. 1, 2019.

AMORIM, A. L. **A ilegalidade da prisão preventiva pela ausência de fundamentação: análise do RHC 216.284/SP julgado pelo Supremo Tribunal Federal**. In: Congresso Internacional de Direitos Humanos, XIX, 2022, Mato Grosso do Sul.

BADARÓ, G. H. R. I. Provas atípicas e provas anômalas: inadmissibilidade da substituição da prova testemunhal pela juntada de declarações escritas de quem poderia ser testemunha. In: YARSHELL, F. L.; MORAES, M. Z. **Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ Ed., 2005.

BASTOS, Márcio Thomaz. Júri e mídia. In: **Tribunal do júri: Estudo sobre a mais democrática instituição jurídica brasileira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

BRASIL. Decreto-Lei nº **3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Brasília, DF: Casa Civil, 1941.

BRASIL. **Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996**. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. Brasília, DF: Casa Civil, 1996.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016].

BRASIL. **Marco Civil da Internet**. Lei 12.965/14. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, DF: Secretaria-Geral. 2014. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 15 nov. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Brasília, DF: Presidência da República, 2018.

BRASIL. Senado Federal. **Proposta de Emenda à Constituição nº 17, de 2019**. Acrescenta o inciso XII-A, ao art. 5º, e o inciso XXX, ao art. 22, da Constituição Federal para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos fundamentais do cidadão e fixar a competência privativa da União para legislar sobre a matéria. Brasília, DF: Senado Federal, 2019a.. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/135594>>. Acesso em: 20 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 1.055.941**. Relator Ministro Dias Toffoli, Brasília, 04 de dezembro de 2019b.

BRASIL. **Lei nº 13.979, de 06 de fevereiro de 2020**. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Brasília, DF: Presidência da República, 2020a.

BRASIL. ADI 6.387/DF. **Ação Direta de Inconstitucionalidade**. Relator: Ministra Rosa Weber. Brasília, 07 de maio de 2020b. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5895165>>. Acesso: 20 nov. 2022.

BRASIL. Constituição (1988). **Emenda constitucional nº 115, de 10 de fevereiro de 2022**. Altera a Constituição Federal para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos e garantias fundamentais e para fixar a competência privativa da União para legislar sobre proteção e tratamento de dados pessoais. 2022a Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/norma/35485358>>. Acesso em: 20 nov. 2022.

BRASIL. ADI 6.649/DF. **Ação Direta de Inconstitucionalidade**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 16 de setembro de 2022b. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6079238>.> Acesso em: 22 nov. 22.

BRASIL. INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Reincidência criminal no Brasil: relatório de pesquisa**. Rio de Janeiro: Ipea, 2022c. 75 p.

CANAL CIÊNCIAS CRIMINAIS. **O caso Boate Kiss foi um terrível erro do judiciário**. 2021. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/o-caso-daboate-kiss-foi-um-terrivel-erro-judiciario/>>. Acesso em: 25 nov. 2022.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro**. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005, v. I.

FEDATO, Matheus Arcangelo; KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. Prisão Cautelar, argumentação e proporcionalidade: uma proposta para fundamentação das decisões judiciais. **Rev. Bras. de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 6, n. 1, p. 483-514, jan.-abr. 2020.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón – teoría del garantismo penal**. 2. ed. Madrid, Trotta, 1997. p. 22.

FERRAJOLI, L. **Principia iuris: Teoria del diritto e della democrazia**. Bari: Laterza, v. 2, 2007.

FISCHER, Douglas. O que é Garantismo (Penal) Integral? In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (Org.). **Garantismo Penal Integral: Questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil**. 4. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2017. p. 59–118.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA – FBSP. **Anuário brasileiro de Segurança Pública**. Edição VIII. São Paulo, ano 16, 2022.

FOUCAULT, M. **História da sexualidade I: a vontade de saber**. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. 13. ed. Rio de Janeiro: Graal, v. 1, 1998, 152 p.

FRANZIUS, C. Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung. **Zeitschrift für das Juristische Studium**, p. 259-270, 2015. Disponível em: <https://www.zjs-online.com/dat/artikel/2015_3_906.pdf>. Acesso em: 26 nov. 2022.

GLEIZER, O. **Busca estatal por informações digitais e intervenções em direitos fundamentais no processo penal**. Jota, 2019. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/penal-em-foco/busca-estatal-por-informacoes-digitais-e-intervencoes-em-direitos-fundamentais-no-processo-penal-31072019>>. Acesso em: 25 nov. 2022.

FREITAS, M. H. D. A.; MANDARINO, R. P.; ROSA, L. Garantismo Penal para quem? O discurso penal liberal frente à sua desconstrução pela criminologia. **Sequência** (Florianópolis), n. 75, p. 129-156, 2017. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2017v38n75p129>>. Acesso em: 25 nov. 2022.

GRECO, L. Organização, introdução e tradução. In: WOLTER, Jünger. **O inviolável e o intocável no direito processual penal: Reflexões sobre dignidade humana, proibições de prova, proteção de dados (e separação informacional de poderes) diante da persecução penal**. 1ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Sobre Princípios Constitucionais Gerais: Isonomia e Proporcionalidade**. **Revista dos Tribunais**, v. 719. São Paulo, 2002. p. 59.

GÜNTHER, Wendy Arianne et al. **Debating big data: A literature review on realizing value from big data**. *The Journal of Strategic Information Systems*, [s. l.], v. 26, n. 3, p. 191–209, 2017.

HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. **Innovaciones en La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán, a Propósito de la Garantía De Los Derechos Fundamentales En Respuesta A Los Cambios Que Conducen A La Sociedad De La Información**. *ReDCE*, n. 22, 2014.

JOSINO, C. N. **Dados pessoais, segurança pública e investigação criminal: um panorama da proteção de dados e seus desafios regulatórios no Brasil**. Fortaleza, 2021. 53 p. Monografia (Bacharel em Direito) - Universidade Federal do Ceará.

LOPES JÚNIOR, A. **Direito Processual Penal**. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

LUCENA, P. A. C. Viés e racismo no policiamento preditivo: casos estadunidenses e os reflexos de conexão com o Brasil. **Revista de Direito e as Novas Tecnologias**, v.

7, 2020. Disponível em: <<https://www.google.com/url?q=https://www.thomsonreuters.com.br/content/dam/ew-p-m/documents/brazil/pt/pdf/other/rdtec-7-vies-e-racismo-no-policiamento-preditivo.pdf&sa=D&source=docs&ust=1669804670214268&usg=AOvVaw11XG-EUZYybqSyBQEB1Nnk>>. Acesso: 26 nov. 2022.

LYON, David. **The Electronic Eye: The Rise of Surveillance Society**. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1994. 270 p.

MARTINS, L. Introdução à jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão. In: SCHWABE, J.; MARTINS, L. (org). **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Montevideu: Fundação Konrad Adenauer, p. 33-130, 2005.

MENDES, L. S. F. Autodeterminação informativa: a história de um conceito. **Pensar**, v. 25, n. 4, p. 1-18, 2020. Disponível em: <<https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/10828/pdf>>. Acesso: 15 nov. 2022.

MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. **Curso de Direito Constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

MENEZES NETO, E. J. Vigilância ou *surveillance*? Proposta para começar a compreender corretamente este fenômeno. **Revista dos tribunais**, v. 103, n. 939, p. 159-180, 2014.

_____. **Surveillance, democracia e direitos humanos: os limites do Estado na era do Big Data**. São Leopoldo, 2016. 291 p. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade do Vale do Rio dos Sinos.

MENEZES NETO, E. J.; MORAIS, J. L. B.; BEZERRA, T. J. S. L. O projeto de lei de proteção de dados pessoais (PL 5276/2016) no mundo do big data: o fenômeno da *dataveillance* em relação à utilização de metadados e seu impacto nos direitos humanos. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 7, n. 3, p. 184-198, 2017.

ORTEGA, F. T. **Teoria do Etiquetamento Social**. 2015. Disponível em: <<https://draflaviaortega.jusbrasil.com.br/noticias/322548543/teoria-do-etiquetamento-social>>. Acesso: 25 nov. 2022.

SARLET, I. W. A EC 115/22 e a proteção de dados pessoais como Direito Fundamental I. **Revista Consultor Jurídico**, 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-mar-11/direitos-fundamentais-ec-11522-protacao-dados-pessoais-direito-fundamental#:~:text=De%20acordo%20com%20o%20texto,n%C2%BA%20115%2C%20de%202022.>)>. Acesso em: 15 nov. 2022.

SILVA, V. A. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais 798**, 2002. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/1495/1179>>. Acesso em: 25 nov. 2022.

STF - **ADI: 6387/DF**. 0090566-08.2020.1.00.0000, Relator: ROSA WEBER, Data de Julgamento: 07/05/2020, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 12/11/2020.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Proteção de dados pessoais: comentários à Lei n. 13.709/2018 (LGPD)**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

QUEVEDO, Jéssica Veleda. Polícia preditiva. In.: FRANÇA, Leandro Ayres (coord.); QUEVEDO, Jéssica Veleda; ABREU, Carlos A F de (orgs.). **Dicionário Criminológico**. Porto Alegre: Editora Canal de Ciências Criminais, 2020. Disponível em: <https://www.crimlab.com/dicionario-criminologico/policia-preditiva/54>.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia (Grande Secção). **Digital Rights Ireland Ltd versus Minister for Communications, Marine and Natural Resources e Kärntner Landesregierung**. Acórdão de 8 de abril de 2014. Item nº 38 do Acórdão. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=150642&pageId=x=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=5863500>. Acesso: 16 nov. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. **Diretiva 2016/680/EC** do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais pelas autoridades competentes para efeitos de prevenção, investigação, deteção ou repressão de infrações penais ou execução de sanções penais, e à livre circulação desses dados, e que revoga a Decisão-Quadro 2008/977/JAI do Conselho, 27 abr. 2016. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016L0680&from=HR.>. Acesso: 16 nov. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. **Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia**. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/pt/treaties/index.htm>. Acesso em: 16 nov. 2022.

VALENÇA, L. A. A. **A proteção do fluxo informacional na lei de interceptação telefônica e os desafios da persecução penal**. Mossoró, 2020, 20 p. Artigo (Bacharel em Direito) - Universidade Federal Rural do Semiárido (UFERSA).

WOLTER, Jünger. **O inviolável e o intocável no direito processual penal: Reflexões sobre dignidade humana, proibições de prova, proteção de dados (e separação informacional de poderes) diante da persecução penal**; Organização, introdução e tradução Luís Greco; Tradução Alaor Leite, Eduardo Viana. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

ZAFFARONI, E. R. **O inimigo no direito penal**. 3.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 2 ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 11

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**, Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2015