



UnB

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO
MESTRADO EM DIREITO, ESTADO E CONSTITUIÇÃO

Rafael de Deus Garcia

**O USO DA TECNOLOGIA E A ATUALIZAÇÃO DO MODELO
INQUISITORIAL:
GESTÃO DA PROVA E VIOLAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS
NA INVESTIGAÇÃO POLICIAL NA POLÍTICA DE DROGAS**

Brasília

2015

RAFAEL DE DEUS GARCIA

**O USO DA TECNOLOGIA E A ATUALIZAÇÃO DO MODELO
INQUISITORIAL:
GESTÃO DA PROVA E VIOLAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS
NA INVESTIGAÇÃO POLICIAL NA POLÍTICA DE DROGAS**

Dissertação de mestrado apresentada para o Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília tendo como finalidade a obtenção do título de mestre em Direito.

Orientador: Professor Dr. Evandro Charles Piza Duarte

Brasília

2015

Folha de Aprovação

O uso da tecnologia e a atualização do modelo inquisitorial:
Gestão da prova e violação de direitos fundamentais na investigação policial na
política de drogas

Rafael de Deus Garcia

Dissertação apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade de Brasília, como
requisito parcial para obtenção do grau de
mestre em Direito.

Orientador: Evandro Charles Piza Duarte.

Brasília, 12 de maio de 2015

Banca examinadora:

Prof. Dr. Evandro Charles Piza Duarte
(Orientador)

Prof. Dr. Elmir Duclerc
(Membro externo)

Profa. Dra. Camila Cardoso de Mello Prando
(Membro interno)

Profa. Dra. Beatriz Vargas Ramos Gonçalves
de Rezende
(Membro interno)

AGRADECIMENTOS

Tenho pra mim que, se os pecados existem, o pior deles é a ingratidão.

Muitas forças me fizeram chegar onde estou e é muito difícil pontuá-las. Peço perdão, portanto, àquelas pessoas que não foram lembradas nominalmente neste curto espaço. Espero poder agradecer-lhes um dia propriamente.

Contudo, não posso deixar de mencionar a transformação que sofri ao longo desses anos de graduação e de pós. Entrei no curso de direito já com sede de justiça e, à época, justiça me parecia ser prender pessoas, fazendo cumprir a lei penal.

Mas me sensibilizei. Aliás, fui sensibilizado. Pelas mães, irmãs e esposas, principalmente. Percebi o sofrimento e a miséria que circunda esse tal direito da pena. Sem deixar de lado também o sofrimento da vítima, comecei a me perguntar se não era possível uma realidade diferente, onde tanto sofrimento não era a regra.

Vasculhando, então, essa contradição da nossa sociedade traduzida em direito penal, me deparei com o tráfico de drogas, o olho do furacão.

Afinal, quem é a vítima do tráfico de drogas? Quem é o autor do tráfico de drogas? A lupa logo nos diz que são perguntas difíceis de responder. Bom, com a ajuda de muita gente, esta dissertação tenta trazer alguns pequenos indícios de resposta. Longe de estar sozinho, saio agora da pós-graduação ainda com a mesma sede de justiça, e ainda querendo fazer cumprir a lei penal, mas por outro ângulo.

Para eternizar o que a cabeça teima em esquecer,

Por esta dissertação agradeço:

Em primeiro lugar, sempre, aos meus pai e mãe, Zé Carlos e Cida.

Ao meu amigo Evandro Piza Duarte, que, como quem guia o cego, orientou-me.

Às professoras Beatriz Vargas, Camila Prando, Elmir Duclerc, Loussia Félix, Alexandre Veronese, Alexandre Bernardino, Marcelo Neves, Paulo Blair, Juliano Zaiden e Michelangelo Trigueiro.

Ao pessoal da secretaria do PPGD/UnB, Valgmar, João, Carlinhos, e, especialmente, Euzilene de Moraes e Kelly Martins.

Ao pessoal da pesquisa empírica, Felipe Augusto Damaceno, Hellen Silvestre, Giovana Vieira, Lane Ferreira, Camila Fernandes, Gabriella Cruz, Letícia Goulart, Luna

Ariela, Miguel Novaes, Pedro Vítor Resende, Rodrigo Moraes, Ângelo Gamba, Lohanna Santiago, Edson Silva, Ana Gabriella Reis, Arthur Nobre, Flaviane Siqueira, Júlio Cesar Marques, Malu Rodrigues, Antônio Grossi, Thalita Rocha, Igor Nascimento e Mariel Muraro.

À turma Bukowina e aos colegas de mestrado Eduardo Borges, Fernando Antunes, Celina Gordilho, Kelton Gomes, Karoline Martins, Bruna Amaral, Andréa Guimarães, André Cruz, Renata Dutra, Matheus Utzig, Luciana Coelho, Mozart Machado, Laila Galvão, Raquel Cerqueira, Edemilson Paraná, Gianmarco Ferreira, Laís Maranhão, Pedro Mahin, Ludmila Correia e José Nunes.

Aos meus colegas de graduação que me acompanharam no mestrado, Lara Parreira, Aimée Feijão, Pedro Júlio D'Araújo, Rafael de Acypreste, Renata Costa, Gabriela Rondon, Sinara Gumieri, Luna Borges, Marcos Vinícius Queiroz e ao gentil Guilherme Del Negro.

Aos meus amigos que, de uma forma ou de outra, fizeram parte do meu mestrado, Marcel Fortes Portela, Hector Vieira, Fábio Loureiro, Gisela Aguiar, Gabriela Ponte, Oberdan Costa, Andreia Marreiro, Ana Paula Duque, Priscilla Freire, Diego Nardi, Thiago Ferrare, Thomaz Amaral, Mariana Lombardi, Rodrigo Mesquita, Luciana Ramos, Eduardo Rocha, Augusto César Valle, Luísa Anabuki, Gabrielle Fernandes, Juliana Atrock, Caio Castro, Ingrid Martins, Vítor Magalhães, Guilherme Crespo, Fernanda Potiguara, Fátima Montenegro, Felipe Frazão e Érika Medeiros.

Ao Messias e à Vânia, por me permitirem um acesso ao trabalho policial.

Ao João Gabriel Lopes e ao Johnatan Razen, com quem, ensinando, sempre aprendo muito.

À Marina Lacerda e Silva e ao Danilo Borges não só agradeço como dedico esta dissertação. Parte da autoria é de vocês.

Ao Diego Veloso, revisor, amigo e irmão.

À Paula Macedo que, com amor e paciência, foi quem mais sustentou o peso do mestrado comigo.

E à Fernanda de Deus Garcia, base fundamental da minha vida.

RESUMO

A partir de pesquisa empírica realizada com grupo focal de policiais militares, bem como com análise de processos referentes a crimes de drogas, percebeu-se a realização de uma gerência da prova produzida com o auxílio da tecnologia. Essa prova passava a compor ou não o processo penal a depender da discricionariedade do poder acusatório. Essa gerência da prova pode ser apontada como uma das formas de gestão da política repressiva às drogas. A amostra dos processos analisados apresentou a alta seletividade racial dessa política de repressão, cujo alvo preferencial foram pessoas em vulnerabilidade social presas em flagrante delito portando pequenas quantidades de crack ou maconha. A partir da pesquisa empírica e com o amparo teórico a respeito da tecnologia e sua relação com a sociedade, problematizou-se a fórmula epistemológica dos discursos de adesão dessas tecnologias, em especial em relação ao processo penal. Assim, buscou-se denunciar a presença de uma atualização do modelo inquisitorial por meio do inquérito policial, cuja validação se dá de maneira automática e acrítica por parte do Judiciário, que convalida o *racial profiling* presente nas práticas investigatórias policiais. Dessa forma, a tecnologia torna-se um elemento de atualização desse modelo que atua sistematicamente para a higienização social e para o controle de pessoas vulneráveis e da população negra. Foi observado, então, que a tecnologia no processo penal não tem correspondido à efetivação de direitos fundamentais, nem tem contribuído para a construção de um Estado efetivamente democrático. A partir disso, enfatizaram-se os direitos à vida privada e à intimidade como forma de constitucionalização e de controle judicial das atividades investigatórias e de persecução criminal que utilizam tecnologias.

Palavras-chave: Processo Penal. Tecnologia. Modelo Inquisitorial. Gestão da Prova. Investigação Policial. Política de Drogas. Racismo. Direitos Fundamentais.

ABSTRACT

After empirical research on military police officers and on criminal cases related to drug crimes, occurrence of the management of criminal evidence obtained with technological support was identified. This management depended on the discretionary power of prosecution officers, and can be considered one of the forms of law enforcement on drug policy. The sample of cases examined showed the high level of racial selectivity of this drug policy, demonstrating that its prime target were people in social vulnerability, who were arrested in *flagrante delicto* carrying small amounts of crack or marijuana. Supported by empirical research, as well as by the theoretical literature concerning technology and its relation to society, I questioned the epistemological formula of those discourses that push technological equipment into criminal proceedings. Thus, I sought to debunk the presence of an update of the inquisitorial model used on police investigation, which gets validated automatically and uncritically by the Judiciary, which consents racial profiling in police investigative practices. Hence, technology becomes an element to update this inquisitorial model that systematically works for social hygienization and for the control of vulnerable people and the black population. It was observed that technology in criminal proceedings has not corresponded to the establishment of fundamental rights, nor has contributed to the construction of a truly democratic State. Such observation has led to an emphasis on the right to privacy as a way to constitutionalize and judicially control investigative activities and criminal prosecution that use technologies.

Key-words: Criminal Procedure. Technology. Inquisitorial Model. Evidence Management. Police Investigations. Drug policy. Racism. Fundamental Rights.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
CAPÍTULO 1. A TECNOLOGIA: FENÔMENO, RACIONALIDADE E MODELO INQUISITORIAL.....	19
1.1 Tecnologia: ontologia e fenômeno	19
1.1.1 Ontologia da tecnologia e o mito da neutralidade	20
1.1.2 O problema da legitimação na tecnocracia.....	24
1.1.3 O fenômeno da tecnologia e seu potencial	29
1.1.4 Apontamentos iniciais sobre as tecnologias no Sistema de Justiça Criminal.....	39
1.2 Racionalidade do inquérito e o regime de verdade no processo penal.....	43
1.2.1 O inquérito como dispositivo de conservação	45
1.2.2 Tecnologias não como oportunidade, mas como conveniência. Os discursos de adesão das novas tecnologias.....	52
<i>1.2.2.1 O punitivismo neoliberal.....</i>	<i>53</i>
<i>1.2.2.2 O utilitarismo neoliberal e a economia de pessoas.....</i>	<i>58</i>
<i>1.2.2.3 Racionalidade Burocrática e Exceção.....</i>	<i>63</i>
1.2.3 A racionalidade inquisitória do Sistema de Justiça Criminal brasileiro. O problema da <i>gestão da prova</i>	<i>68</i>
<i>1.2.3.1 Antes da verdade das provas, sua gestão</i>	<i>70</i>
<i>1.2.3.2 A gestão da prova a partir da verdade material inquisitória.....</i>	<i>72</i>
1.2.4 O direito à prova	75
<i>1.2.4.1 O problema da verdade material e o “esquecimento” seletivo do modelo inquisitorial.....</i>	<i>81</i>
<i>1.2.4.2 A questão das provas ilícitas e derivadas.....</i>	<i>84</i>
<i>1.2.4.3 A Quarta Emenda da Constituição dos Estados Unidos da América e o controle da produção da prova</i>	<i>91</i>
CAPÍTULO 2. RACISMO E A POLÍTICA DE REPRESSÃO ÀS DROGAS NO BRASIL.....	95

2.1 A pesquisa empírica	95
2.1.1 Metodologia da pesquisa empírica.....	95
2.1.2 Apresentação dos produtos da pesquisa empírica.....	102
2.1.2.1 Representações gráficas do resultado da pesquisa empírica	103
2.1.2.2 Descrição dos processos da Amostra Parcial da pesquisa empírica.....	113
2.2 Crítica à política de Guerra às drogas.....	127
2.2.1 A política de repressão às drogas no Brasil e a Lei 11.343/06	131
2.2.1.1 A manutenção da criminalização do usuário.....	132
2.2.1.2 A afronta ao princípio da proporcionalidade.....	133
2.2.1.3 A previsão legal de investigação diferenciada.....	136
2.2.2 O combate e a construção do inimigo na guerra às drogas	138
2.3 Seletividade racial e controle de corpos negros na política de drogas.....	142
2.3.1 A política proibicionista no Brasil e seu viés racial.....	143
2.3.2 A genealogia do pensamento estrutural racista e autoritário no Brasil.....	145
2.3.3 O <i>racial profiling</i> da Polícia e a cegueira racial do judiciário.....	148
2.3.4 A tecnologia como fator de eficiência para higienização social a partir da política de drogas	152
CAPÍTULO 3. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS ATOS INVESTIGATÓRIOS E INSTRUTÓRIOS A PARTIR DOS DIREITOS DA VIDA PRIVADA E DA INTIMIDADE	159
3.1 Os direitos à vida privada e à intimidade.....	160
3.1.1 A privacidade e sua particularidade moderna.....	161
3.1.2 <i>Right to privacy</i> e a doutrina estadunidense	164
3.1.3 A teoria das esferas e a doutrina alemã	167
3.1.4 Vida privada e intimidade, a dicotomia proposta pela CF/88	168
3.1.5 As dimensões da privacidade/intimidade	172
3.1.5.1 <i>O corpo</i>	173
3.1.5.2 <i>A mente</i>	180
3.1.5.3 <i>O domicílio</i>	183

3.1.5.4 <i>O comportamento íntimo</i>	186
3.1.5.5 <i>A correspondência e as comunicações telegráficas e telefônicas</i>	190
3.1.5.6 <i>A vida familiar</i>	192
3.1.5.7 <i>Os dados pessoais</i>	192
3.2 A Lei 9.296/96 como parâmetro normativo para a quebra de sigilo de dados pessoais	195
3.3 A impossibilidade de “inutilização” de informações colhidas em violação a direito fundamental.	201
CONCLUSÃO	207
REFERÊNCIAS	210
ANEXO: Tabela de processos	220

INTRODUÇÃO

O presente estudo procura compreender o uso das tecnologias no contexto da política de drogas e sua relação com os direitos fundamentais, especialmente os da vida privada e da intimidade.

De início, a intenção foi examinar a recepção das fontes e meios de prova no processo judicial criminal, buscando analisar como o uso de tecnologias para produção da prova no inquérito era admitido e gerido pelos julgadores. No entanto, a pesquisa exploratória¹ nos processos a que tivemos² acesso logo mostrou que o inquérito nos crimes de drogas é bastante lacônico, limitando-se, na maioria das vezes, à descrição do flagrante e à perícia da droga apreendida.

Em contrapartida, a pesquisa que realizamos junto a policiais militares indicou que a tecnologia era comum em seu trabalho cotidiano, pelo menos em relação ao tráfico de drogas. Diante disso, nos deparamos com um novo problema de pesquisa. De fato, a Polícia usa as tecnologias em seu trabalho, porém, o registro desse uso quase não é judicializado. Quando o é, vale-se por mera conveniência do poder inquisitório.

A sistemática processual nos crimes de drogas permite que o flagrante, lastreado pelo testemunho dos policiais que o realizaram, seja o elemento probatório central no processo. Quando a tecnologia passa a compor o processo, é essencialmente como força subsidiária desse elemento.

Dessa maneira, a análise dos processos judiciais e de como as provas foram ali produzidas nos diria muito pouco a respeito do uso da tecnologia na política de drogas. O que a pesquisa exploratória indicou, logo de início, foi que o *não dito* teria muito mais a dizer que propriamente o *dito*. Ou seja, para a compreensão do objeto, deveríamos nos voltar mais para a *gerência* do registro do uso da tecnologia que propriamente para sua utilização no processo.

Em outras palavras, para melhor compreender o uso da tecnologia no combate aos crimes de drogas, tanto no processo quanto no inquérito, deveríamos nos voltar para o problema da gestão da prova produzida a partir da tecnologia. Por que o registro do uso das tecnologias pela Polícia quase não é autuado? Em que ocasiões o registro é autuado? Por que há, de fato, uma necessidade jurídica de autuação (judicialização) do uso das tecnologias pelo poder policial?

¹ Remete-se ao item 2.1., sobre a metodologia da pesquisa empírica.

² Eu e meu orientador Evandro Piza Duarte.

O problema fundamental a ser enfrentado, portanto, é o avanço das tecnologias no sistema da Justiça Criminal, uma vez que pode significar um aprofundamento das contradições e das recorrentes violações de direitos fundamentais. Nesse sentido, buscamos denunciar a crise de legitimidade³ do sistema penal, mostrando que essa questão [a legitimidade] acaba não sendo o problema de uma agência judicial de funcionalidade burocrática, que se reduz a solucionar casos conforme o casuísmo e o mero legalismo (ZAFFARONI, 2001, p. 83).

Os direitos fundamentais elencados no art. 5º da Constituição Federal de 1988 evidenciam a importância da inviolabilidade domiciliar e da correspondência, da defesa da integridade moral e física dos acusados, e da necessidade da proteção da intimidade e da vida privada. Se podemos afirmar que as tecnologias atuam significativamente na vida das pessoas, em especial no potencial de macular esses direitos fundamentais elencados, como o direito deve regular a atuação estatal em seu avanço tecnológico? Como o trabalho policial, principalmente o investigativo, adaptar-se-á ao avanço das tecnologias? E como será o recebimento e a apreciação de provas quando elas forem obtidas por meio dessas tecnologias?

Para realizar uma análise mais pontual desse cenário, escolhemos o tema da gestão da prova tecnológica na política de repressão às drogas. A escolha se baseou em dois motivos principais: 1) a política de repressão às drogas, ao mesmo tempo em que está em pleno funcionamento no Brasil, é alvo de críticas cada vez mais frequentes, que demonstram sua ineficiência e mazelas; 2) o avanço das tecnologias e o aprimoramento técnico das Polícias alcançam, em primeiro lugar, a política de repressão às drogas. Isso se deve, em tese, à demanda pelo combate ao crime organizado, que demanda um tipo de policiamento diferenciado.

Dessa forma, escolhemos os crimes de drogas por acreditar que o Sistema de Justiça Criminal brasileiro encontra aí seu maior ponto de efervescência, onde potencialmente se encontram suas maiores contradições e inovações, tanto no trabalho policial quanto no judicial e no sistema carcerário. Salo de Carvalho assim sintetiza o problema:

A política criminal de drogas, desde o ponto de vista dos processos de criminalização, de sua estruturação dogmática e da operacionalidade das agências repressivas, define espécie de tipo ideal (Weber) de repressão e de gestão do sistema penal nacional. Em outros termos, a política criminal de drogas assumiu, a partir da assunção dos projetos transnacionalizados pelas

³ Assim como Zaffaroni, “por *legitimidade do sistema penal* entendemos a característica outorgada por sua *racionalidade*” (2001, p. 16). Porém, não qualquer racionalidade, mas a racionalidade que procura manter uma coerência interna, que busca ser aquilo que sua justificação (de existência) apregoa.

agências centrais aos países periféricos, o papel significativo de definição dos horizontes de punitividade (CARVALHO, 2010, p. 01).

Com o enfoque na política criminal de drogas, questionamos o fato de as tecnologias estarem sendo consideradas como a grande solução dos problemas penais. Questionamos os discursos que apelam para a adesão das tecnologias à persecução criminal em detrimento de qualquer discussão sobre legitimidade. Dessa maneira, problematizou-se a fórmula (imiscuída nos discursos punitivistas) epistemológica dos discursos de adesão das novas tecnologias, de modo a trazer a questão para os aspectos qualitativos (para que) da prestação jurisdicional, procurando superar seu viés quantitativo (quanto).

Para compreender o problema, a pesquisa foi dividida em três capítulos. Em síntese, o primeiro volta-se à delimitação conceitual de tecnologia e ao contexto de tecnocracia que o sistema criminal brasileiro está inserido. O segundo apresenta a pesquisa empírica que foi realizada ao longo do mestrado acadêmico, cujo produto sugere a intensa seletividade racial e social da política repressiva às drogas. O terceiro capítulo, em tom mais sugestivo, apresenta a discussão doutrinária a respeito dos direitos fundamentais da vida privada e da intimidade, que dão o embasamento argumentativo para a necessidade de judicialização dos procedimentos policiais, ou, em outros termos, da constitucionalização do inquérito.

Nesse sentido, a parte inicial do primeiro capítulo (item 1.1) questiona a noção de neutralidade do desenvolvimento tecnológico, mostrando que ele se insere em um contexto político que deve estar submetido ao processo de legitimação crítica. Sem isso, o próprio desenvolvimento passa a se realizar em um caminho de via única, ou seja, fundado em uma racionalidade instrumental dirigida a fins específicos e diferentes daqueles que originalmente justificou esse desenvolvimento.

No caso do processo penal, a adesão das tecnologias se insere em que contexto político? É possível que o uso das tecnologias no processo penal seja considerado para além de sua função ideológica? A quem e a que modelo as tecnologias realmente servem? Seus efeitos e suas dimensões são realmente considerados ou elas são aceitas com um aplauso que ensurdece os destinatários de seus reais resultados? Elas estão de fato favorecendo o regime democrático de direito ou estão servindo à manutenção das violações de direitos que tanto se observa na prática criminal?

A intenção é de questionar a tecnologia no nível ontológico, buscando reconhecer que o desenvolvimento tecnológico no contexto do sistema criminal não está necessariamente de acordo com um agir racional que busca a legitimação do Estado Democrático de Direito.

Ao contrário, aponta-se para a possibilidade de esse desenvolvimento estar agindo sob um viés meramente instrumental que se organiza para dar mais eficácia ao controle social.

Esse início está voltado também para a compreensão fenomenológica da tecnologia. Isso porque se reconhece que o potencial transformador das tecnologias atinge diretamente os sujeitos, alterando-os em significação ontológica e no nível ético, delimitando ou ampliando horizontes.

Os conceitos trabalhados no primeiro capítulo, portanto, são fundamentais para a compreensão dos sentidos que as tecnologias têm na vida das pessoas, de forma que a própria concepção que cada um tem de si e do outro se transforma. Além do mais, esse debate é fundamental para se entender a dinâmica dos princípios da intimidade e da vida privada e suas transformações atuais em razão do impacto da tecnologia.

Ainda no primeiro capítulo, o item 1.2 faz uma análise do inquérito enquanto dispositivo de conservação. Considerar o inquérito como dispositivo significa entendê-lo enquanto um instrumento de poder pelo qual se perpetuam as opressões presentes no sistema penal, sendo ele o momento de gerenciamento e de articulação da prova produzida pelos poderes acusatórios. Este item procura demonstrar que o inquérito acaba exercendo a função de aproximar o Sistema de Justiça Criminal atual do modelo inquisitório que a racionalidade moderna tanto buscou rejeitar.

Busca-se denunciar que as agências inquisitoriais, ao mesmo tempo que gerenciam a prova produzida, reiteram a ideia de verdade real, que desconsidera a complexidade epistemológica da questão da *verdade*. Ignora-se, portanto, a prova como *comunicação* (DUCLERC, 2004, p. 16), como *linguagem*, o que afasta o processo do modelo acusatório, do devido processo legal constitucionalmente interpretado.

O item 1.2, por fim, tem a intenção de fazer uma crítica epistemológica dos discursos de adesão das tecnologias ao processo penal. Nesse contexto, emerge o punitivismo neoliberal como contorno discursivo, utilizando-se de uma lógica individualista, burocrática e excludente, principalmente a partir da noção de inimigo, que vem a atingir populações bem determinadas.

O capítulo 02 se subdivide em três partes. Na primeira (item 2.1), é apresentada a metodologia da pesquisa empírica que subsidiou esta dissertação⁴, bem como seus produtos.

⁴ A descrição está presente logo no início do capítulo 02. Trata-se da pesquisa – conduzida por Evandro Piza Duarte (orientador desta dissertação) – e que foi vencedora do Edital nº 01/2012 do projeto Pensando a Segurança Pública, lançado pela Secretaria Nacional de Segurança Pública do Ministério da Justiça (SENASP) e pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD. Contribuí na pesquisa como pesquisador

A pesquisa é apresentada por meio de gráficos que expõem dados estatísticos e por meio da descrição detalhada dos processos que continham o registro do uso da tecnologia no flagrante.

No segundo momento do capítulo (item 2.2), faz-se uma crítica à política de drogas, especialmente no Brasil. A temática se justifica porque expõe as razões pelas quais se afirmou que a política de drogas está no centro da política criminal, inclusive sendo o principal vetor da adesão das tecnologias à investigação policial e da construção discursiva de inimigo. Dessa maneira, partindo da crítica à política de guerra às drogas, apontam-se os principais elementos normativos da Lei 11.343/06 – que regula essa política criminal no Brasil – que flexibilizam direitos e garantias fundamentais, podendo ser consideradas uma afronta ao devido processo legal.

Entende-se que a redação da atual lei de drogas afronta o princípio da proporcionalidade na medida em que tipifica condutas muito díspares uma da outra no mesmo dispositivo legal. Dessa forma, condutas que apresentam graus de ofensividade muito distantes acabam recebendo o mesmo, ou similar, tratamento legal. A lei propicia às autoridades policiais e judiciais um alto grau de atuação. Assim, os aspectos subjetivos para aferição de cada conduta prescrita acabam sustentando uma “zona gris de alto empuxo criminalizador” (CARVALHO, 2010, p. 211).

Sustenta-se que a descriminalização do usuário, na verdade, esteve longe de se tornar realidade. Fato é que, com a política de repressão às drogas e com a Lei 11.343/06, o usuário ainda é alvo das agências de segurança pública e estão constantemente submetidos à prisão processual⁵ que, porventura, tem somente na sentença o alvará de soltura motivado pela desclassificação da conduta de tráfico para uso de drogas.

Ainda na crítica à lei, questionam-se os dispositivos que possibilitam o aumento dos poderes investigatórios nos crimes de drogas, para além dos previstos no Código de Processo Penal (CPP). Ao reservar condições especiais ao poder investigativo, a lei de drogas acaba por

colaborador, o que me rendeu grande parte dos estudos e dos trabalhos atinentes ao mestrado, que foi realizado no biênio 2013-2014. A pesquisa deu resultado, dentre outros, a um capítulo de um livro publicado pela SENASP-MJ. A investigação proposta na pesquisa pretendeu compreender parte da dinâmica institucional sobre a construção da condição de suspeito, como ela se relacionava com preconceitos sociais contra o abordado, especialmente aqueles relativos à classe e ao pertencimento raça/cor no grupo negro (pretos e pardos)⁴, nas ações preventivas e repressivas da Polícia Militar ao tráfico e uso de drogas ilícitas em três cidades brasileiras (Brasília, Salvador e Curitiba).

Para esta dissertação, utilizou-se essencialmente os processos das Varas de Entorpecentes de Brasília. A Amostra Total contou com 35 processos, enquanto a Amostra Parcial – composto por aqueles processos que apresentaram o registro do uso de tecnologia do flagrante – contou com 09 processos.

⁵ Prisão processual é aquela que antecede à condenação, aplicada durante a instrução processual. Não raro, a própria sentença condenatória é acompanhada de alvará de soltura, uma vez que a pena imposta é inferior à que o acusado já cumpriu em sede processual, ou até mesmo pelo fato de a decisão impor uma sentença que sequer impõe pena restritiva de liberdade.

incentivar procedimentos de ordem absolutamente inquisitoriais, indo na contramão da sedimentação da nova ordem democrática constitucional brasileira.

A última parte do segundo capítulo (item 2.3) tem o objetivo de mostrar como a lógica autoritária e arbitrária na definição de suspeitos nos crimes de drogas pela Polícia tem servido enquanto controle populacional e higienização racial. Nesse sentido, validadas pelo judiciário a partir de uma cegueira racial institucionalizada, bem como a partir de um aparato hermenêutico-jurídico também autoritário, as tecnologias têm entrado no processo penal como mais um elemento de eficiência desse controle.

Como os dados da pesquisa empírica mostram que o principal alvo da política repressiva às drogas é a população negra e em vulnerabilidade social, inclusive com forte repressão ao porte de insignificante quantidade de crack, o item tem o objetivo de mostrar que esse fenômeno não é mera coincidência.

Para tanto, o item (2.3) será subdividido em quatro. O primeiro (2.3.1) abordará as origens da política proibicionista no Brasil, mostrando como que o aparato repressivo de combate às drogas foi desenvolvido com forte viés racial. O segundo (2.3.2) fará uma genealogia da estrutura estatal brasileira, denunciando seu caráter autoritário e racista, e de como o mito da democracia racial blinda a visualização dessa estrutura. O terceiro (2.3.3) apontará o *racial profiling*⁶ das forças policiais e a cegueira racial do Judiciário, apontando o filtro racial na definição de suspeito e a negligência do Judiciário para essa questão. Por fim, o último subitem (2.3.4) buscará evidenciar como que a tecnologia entra na lógica seletiva do aparato repressor da política de drogas como um fator de eficiência de higienização e de controle social da população negra.

Dessa maneira, o segundo capítulo buscará sustentar a hipótese: de que as tecnologias no processo penal e no inquérito acabam gerando mais eficiência de controle e de condenações das populações negras e daquelas em vulnerabilidade social; e de que é o controle dessa população que está por trás da racionalidade (instrumental) da política de drogas.

No terceiro capítulo, a preocupação é com os direitos da vida privada e da intimidade, prescritos na Constituição Federal de 1988 em seu art. 5º, inciso X, XI e XII⁷. Partindo do

⁶ O termo indica uma atividade de seleção, no mesmo sentido de um filtro, que separa os alvos do escrutínio policial a partir da condição racial dos sujeitos envolvidos, condição esta que está necessariamente atrelada a aspectos culturais e geográficos (AMAR, 2005, p. 231).

⁷ CF/88, Art. 5º:

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

entendimento formulado no primeiro capítulo acerca da complexidade fenomenológica da tecnologia, volta-se aos direitos fundamentais da vida privada e da intimidade por entender que são eles os primeiros a serem violados em um Estado policialesco e de política criminal punitivista.

No mesmo sentido, é com base nos direitos fundamentais, em especial os da vida privada e da intimidade, que se justifica o controle judicial das atividades de persecução criminal, impondo a judicialização das fontes e dos meios de prova referentes à atividade dos órgãos investigatórios. No capítulo, portanto, questiona-se uma prática policial observada no material coletado na pesquisa. Trata-se do descarte, fruto do poder discricionário do poder acusatório, das informações pessoais levantadas em fase investigativa.

A investigação nos crimes de drogas demanda cada vez mais a utilização de meios tecnológicos. Trata-se de um movimento que acompanha a transformação social. Praticamente todos nossos dados estão, de alguma forma, registrados. Quanta informação sobre nós mesmos pode ser acessada nos nossos celulares? A que dados pessoais o *Google* e o *Facebook* têm acesso? E os bancos? O que o conteúdo do computador pessoal, com sua imensa capacidade de armazenamento, pode mostrar sobre nossa intimidade? Nossas conversas no *Whatsapp* podem ser utilizadas para traçar um perfil detalhado sobre nossas vidas e relacionamentos pessoais. Nossos celulares indicam quase sempre nossa localização exata. O que impede sua utilização para investigação policial? Enfim, muitas são as formas de acesso à nossa intimidade. E qual é a forma de controle do Estado para impedir uma invasão desenfreada, sem fundada suspeita e sem autorização judicial ou legal na vida das pessoas?

Não há prescrição legal (infraconstitucional) sobre como deve ser realizado o acesso a dados pessoais pelas forças do Estado. Como o dispositivo constitucional (art. 5º, XII) foi claro em deixar a exceção para a violação do sigilo das comunicações telefônicas, vedando para as demais, há um vácuo legal sobre como isso deve ser realizado.

Dessa forma, defende-se que, quando a investigação envolve a tecnologia, correspondendo a um potencial risco aos direitos da vida privada e da intimidade, impõe-se sua submissão ao crivo do judiciário e do contraditório. Da mesma forma, a partir da hermenêutica jurídica, na falta de dispositivo legal para prescrever a matéria, deve-se utilizar como parâmetro normativo a Lei 9.296/96, que regula a parte final do art. 5º, inciso XII,

XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;
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;

acerca da interceptação telefônica. Os limites legais impostos por essa lei reguladora devem lastrear, em termos de segurança jurídica mínima, as demais atividades estatais que envolvam a violação de direitos fundamentais como o da vida privada e da intimidade, além, é claro, da interpretação direta a partir da Constituição Federal.

O capítulo, nesse sentido, procede à investigação da discussão doutrinária acerca dos direitos fundamentais da vida privada e da intimidade, apresentando suas dimensões e facetas. Faz-se isso, no entanto, na sequência à argumentação iniciada no primeiro capítulo, principalmente a partir da relação entre tecnologia e corpo. Considerar o corpo como o centro da discussão sobre os direitos fundamentais se justifica porque é justamente o corpo, principalmente o corpo negro, que mais sofre com a atuação estatal abusiva e sem controle. Além disso, é reconhecer também que as transformações potencializadas pela tecnologia deslocam a força normativa dos direitos da vida privada e da intimidade para o corpo, que se amplia e se modifica ontologicamente pelas tecnologias. Isso porque os direitos não se estabelecem tão fortemente em termos de propriedade, como originalmente os entendemos, mas sim em termos de condições íntimas, sentimentos e relações pessoais.

CAPÍTULO 1. A TECNOLOGIA: FENÔMENO, RACIONALIDADE E MODELO INQUISITORIAL

1.1 Tecnologia: ontologia e fenômeno

“A questão suprema que nossa geração enfrenta atualmente – a questão da qual todos os outros problemas são meros corolários – é se a tecnologia pode ser colocada sob controle...”⁸. Essa frase, embora possa ser facilmente reproduzida nos dias de hoje sem causar qualquer estranhamento, foi escrita por Raymond Blaine Fosdick, em 1944, para o *Review for 1943*, da fundação Rockefeller, de Nova Iorque.

Fosdick, na verdade, estava preocupado se o ser humano se tornara senhor das tecnologias de poder destrutivo massivo ou se teria se tornado sua vítima. Um ano depois de escrever seu ensaio, Fosdick viu seu próprio país jogar as duas bombas atômicas sobre o solo japonês. É possível afirmar que esse fato teria dado uma resposta ao seu questionamento. A humanidade teria se tornado, ao mesmo tempo, senhora e vítima da tecnologia.

Na sequência à Segunda Guerra Mundial, começou a disputa tecnológica da Guerra Fria. Tanto os Estados Unidos da América quanto a União Soviética destinavam grande parte de seu orçamento para essa guerra de ordem tecnológica. Era possível dizer, portanto, que o ser humano já não dominava a tecnologia com tanta soberania, mas sim ela que pautava os critérios de desenvolvimento e de sucesso dos países. Contudo, o poderio atômico não se concretizou e hoje, 70 anos depois do ensaio de Fosdick, podemos conversar sobre a tecnologia com certa tranquilidade.

Essa conversa, no entanto, já se realiza em outro paradigma tecnológico. A preocupação não gira mais em torno do poderio bélico de países que se estranham no cenário mundial. Ela se depara quase que essencialmente com a revolução virtual que a sociedade vivencia hoje, cujo estudo crítico pouco consegue acompanhar.

Porém, nem mesmo esse percurso histórico, ou sequer a absoluta transformação devido à vivência com a tecnologia nos dias de hoje (comparada com a do tempo de Fosdick), impede que muitos problematizem a tecnologia em termos de: “ela não é boa nem má, a questão é o uso que se faz dela”. Parece que o olhar sobre a tecnologia pouco mudou nesses 70 anos. A tecnologia continua no imaginário como mero utensílio, um instrumento que auxilia a vida cotidiana, como um elemento externo que se submete aos desejos de seus

⁸Nota de rodapé número 39 do texto “Dialética do Esclarecimento”, de Adorno e Horkheimer (2015), sob a referência de “*The Rockefeller Foundation. A Review for 1943*. Nova York, 1944, p. 33 e seguintes”.

donos. Até mesmo o desenvolvimento tecnológico sobrevive no mito de que ele é orientado por demandas sociais, com o objetivo último de tornar a vida das pessoas mais confortável.

O presente estudo não dirige seu olhar à tecnologia dessa forma. O que se propõe é fazer jus à complexidade de seu fenômeno. Afirma-se, dessa forma, que a tecnologia e o ser humano não se relacionam em uma lógica unilateral. Que não basta a boa intenção para que a tecnologia gere bons frutos. Afirma-se, ao contrário, que a tecnologia sempre esteve presente na história da humanidade como uma condicionante complexa, que transforma a vida das pessoas em um nível profundo, inclusive transformando a própria concepção do eu e de sociedade. Não se pode mais cair no velho ilusionismo maniqueísta. A tecnologia não é má nem boa, não é útil nem inútil, não é externa aos seres humanos e não pauta a humanidade em sua própria linguagem. Ela é, antes de tudo, um fenômeno.

Este item tem a função, portanto, de dar o contorno terminológico e de sentido a esse complexo fenômeno, procurando expor os marcos teóricos principais da investigação, bem como os conceitos centrais a serem utilizados.

1.1.1 Ontologia da tecnologia e o mito da neutralidade

A contribuição teórica mais transformadora para a questão da tecnologia é referida a Heidegger, no pequeno ensaio *A questão da técnica* (*The Question Concerning Technology* em inglês). No texto, o autor se propõe a questionar qual é a essência da tecnologia. Logo de início, Heidegger destaca um ponto fundamental: a pior maneira de se questionar a tecnologia é considerar que ela é neutra. Essa é uma concepção que nos torna cegos para sua essência (HEIDEGGER, 2006, p. 11).

Começa dizendo que a tecnologia pode ser entendida em dois sentidos principais. O primeiro a considera como um instrumento [*contrivance*]. A segunda como uma atividade humana, uma técnica. Dessa forma, essa concepção considera tanto a dimensão instrumental quanto a dimensão antropológica de tecnologia.

No entanto, essa definição não é o suficiente para a compreensão do que a tecnologia é em essência. E é nesse ponto que Heidegger dá um passo à frente no debate sobre a tecnologia. Vai além de sua manifestação ôntica e entra na questão ontológica da tecnologia. A contribuição de Heidegger está precisamente em nos apontar como os seres humanos e a tecnologia se relacionam, indicando assim seu significado.

Heidegger explica que a relação do artesão com seu artesanato é uma relação que vai além da mera utilização de uma técnica em determinada matéria-prima para fabricação de um utensílio ou produto. Indica que a pro-dução [*bringing-forth*] do artesão é ela sua própria

elevação, fazendo eclodir no artista a verdade (*aletheia*), o conhecimento, o correto de uma determinada representação (HEIDEGGER, 2006, p. 16).

Para ilustrar melhor, é possível remeter-se à relação do músico com seu instrumento. A música representa o resultado dessa relação, um fim que não seria possível sem o sujeito, sua técnica e seu instrumento. A música, a pro-dução dessa relação, é a elevação do artista, é a potencialização de sua subjetividade, a realização de sua criatividade. Essa pro-dução é o movimento de trazer algo que ainda não existe, ou que ainda está encoberto, para a existência. Como ele mesmo coloca, “A pro-dução conduz do encobrimento [*concealment*] para o desencobrimento [*revealing*]” (HEIDEGGER, 2006, p. 16). Para cada pro-dução há um processo de desencobrimento.

“A técnica não é, portanto, um simples meio. A técnica é uma forma de desencobrimento. Levando isso em conta, abre-se diante de nós todo um outro âmbito para a essência da técnica. Trata-se do âmbito do desencobrimento, isto é, da verdade” (HEIDEGGER, 2006, p. 17). Para Heidegger, portanto, a tecnologia (ou técnica) não pode ser compreendida meramente como um *fazer* ou *manipular*, mas ela é uma forma de desencobrimento, de desvelamento. Na medida em que a tecnologia revela, descobre o que antes estava escondido, ela, tal qual o próprio conhecimento, está onde acontece *aletheia*, verdade (HEIDEGGER, 2006, p. 18).

Até agora, foi possível observar que a relação com as tecnologias é de fato bem mais complexa do que uma primeira análise pode fazer parecer. No entanto, a visão exposta acima ainda está muito associada a uma visão grega, cujo contorno não ajuda a verdadeiramente analisar seu fenômeno na modernidade. É justamente na modernidade que a tecnologia vai se desenvolver de maneira efetiva, principalmente devido ao amadurecimento das ciências exatas após a Revolução Científica. Também na Revolução Industrial, a tecnologia impõe à sociedade grande transformação em termos de convivência.

O desencobrimento na técnica moderna apresenta uma peculiaridade em relação à pré-moderna. Ela já não se restringe mais a um fenômeno de criação que eleva os objetos e os sujeitos a uma condição superior. “O desencobrimento, que rege a técnica moderna, é uma exploração [*challenging*] que impõe à natureza a pretensão de fornecer energia, capaz de, como tal, ser beneficiada e armazenada” (HEIDEGGER, 2006, p. 18-9).

O moinho de vento, que não armazenava, mas garantia energia de forma imediata, foi substituído pela usina hidrelétrica. O rio deixa de ser mero rio e passa a ser não só um fornecedor de energia, mas um verdadeiro reservatório de energia. A usina coloca o rio à disponibilidade [*standing-reserve*]. O rio transforma-se ontologicamente. Até mesmo seu

contorno se adapta à forma da usina, de modo que não é mais a usina que está no rio, mas o rio que está na usina. Da mesma maneira, o solo, de onde se explora carvão e minérios, passa a entrar no critério da disponibilidade. O trabalho do camponês é de tratar e de cuidar do solo, o do sujeito moderno é de observá-lo como um reservatório de minério e de carvão, e o solo está ali para ser explorado, revelado [*unlocked*], desencoberto (HEIDEGGER, 2006, p. 19-20). Porém, há de se pontuar, quem muda é o sujeito, compreendido em sua relação com a tecnologia, e não ela em si mesma.

Esse caráter de disponibilidade é o ponto nodal de entendimento para a relação das tecnologias com o sujeito moderno, pelo menos como entendido por Heidegger. O sujeito dispõe [*sets upon*] a natureza na medida em que a revela [*unlock*] e a expõe [*expose*]. O desencobrimento típico da modernidade é dispor da natureza em um sentido de exploração, colocando-a inicialmente como algo disponível. “Extrair, transformar, estocar, distribuir, reprocessar são todos modos de desencobrimento” (HEIDEGGER, 2006, p. 20). A partir disso, ainda, é possível falar do controle [*regulating*], outro elemento da relação do ser humano moderno com a tecnologia.

Nesse sentido, não basta que o sujeito moderno disponha da natureza para explorá-la. É necessário que isso seja feito de forma ordenada. Em resumo, o desencobrimento que se apresenta na modernidade por meio da tecnologia tem a característica fundamental da disponibilidade [*setting upon*], em um movimento de exploração [*challenging-forth*] ordenada e controlada. Explicado em um exemplo: o calor da madeira não serve mais para mero aquecimento. Se explorado de maneira ordenada e controlada, ela é posta a queimar para fazer funcionar um motor e é colocada à disponibilidade do ser humano para esse determinado uso (HEIDEGGER, 2006, p. 19-20).

A tecnologia está aí, portanto, como “disponibilizadora”. Já não existe mais a independência do objeto, como o resultado de um trabalho artesão. Os objetos são medidos em termos de sua utilidade, sua destinação. Sua relativa autonomia fica em xeque. É neste sentido que a tecnologia na modernidade ganha novos contornos. Dessa forma, já não se pode mais questioná-la em sua essência sem considerar que ela se relaciona com os seres humanos em um nível epistemológico.

Isso significa dizer que o ser humano se relaciona com a tecnologia em termos de sentido e de linguagem, de compreensão e de interpretação do mundo. A tecnologia moderna já chama o sujeito a uma forma específica de desencobrimento [*way of revealing*]. Essa forma específica de desencobrimento dá os contornos de concepção de mundo ao sujeito moderno. Ele se encontra adstrito a uma forma específica de conceber o mundo. “Trata-se da forma de

desencobrimto da técnica que o desafia a explorar a natureza, tomando-a por objeto de pesquisa até que o objeto desapareça no não-objeto da disponibilidade” (HEIDEGGER, 2006, p. 22).

Pode-se dizer, portanto, que na modernidade o processo de desencobrimto é a possibilidade de transformar um dado objeto em algo disponível. Como consequência disso, o sujeito é chamado a lidar com a ciência e a tecnologia em um sentido único de desencobrimto. Um desencobrimto direcionado à disponibilidade.

Para explicar melhor essa ideia, Heidegger apresenta o conceito de *com-posição* [*enframing*], que seria justamente o contorno de como a técnica moderna desafia os seres humanos. Trata-se da maneira com a qual o sujeito se dirige à tecnologia. “A com-posição pertence ao destino do desencobrimto [*destining of revealing*]. Estas afirmações dizem algo muito diferente do que a frase tantas vezes repetida: a técnica é a fatalidade de nossa época, onde fatalidade significa o inevitável de um processo inexorável e incontornável” (HEIDEGGER, 2006, p. 28).

Ao contrário do que pode parecer, quando se fala em tecnologia, não pode se remeter à ideia de fatalidade, como se estivéssemos condenados a uma entrega absoluta a ela, como uma coação da qual não se pode fugir. A tecnologia, no sentido que Heidegger aponta, se mostra também como uma forma de libertação, uma forma de se alcançar a verdade das coisas. É preciso, no entanto, combater essa com-posição [*enframing*], pois é justamente nela que vive o que o filósofo chama de *perigo*.

O perigo verdadeiro que cerca a tecnologia não é a ameaça de armas letais e bombas de poder destrutivo massivo. Isso já se mostrou, inclusive, bastante real. O perigo maior está justamente no fato de como o ser humano se depara com a tecnologia. O que tem pautado o desenvolvimento tecnológico pode colocar o ser humano em uma posição de absoluta cegueira, fazendo com que não se possa mais saber o porquê nem o como da relação das tecnologias se relacionam conosco e com o mundo. Heidegger expõe, então, duas possibilidades de como pode ser realizada essa relação com a tecnologia.

A primeira é justamente como tem sido essa relação, e é onde está o perigo. Quando ela é pautada em termos da com-posição [*enframing*], emerge a primeira possibilidade: a “de seguir e favorecer apenas o que se des-encobre na dis-posição e de tirar daí todos os seus parâmetros e todas as suas medidas” (HEIDEGGER, 2006, p. 28). Ou seja, é deparar-se com a tecnologia apenas esperando o resultado da disponibilização e do controle.

Em sentido contrário, porém, está a possibilidade que é trancada por essa via única da disponibilização, a possibilidade de o ser humano “empenhar-se, antes de tudo e sempre

mais e num modo cada vez mais originário, pela essência do que se des-encobre e seu des-encobrimento, com a finalidade de assumir, por sua própria essência, a pertença encarecida ao desencobrimento” (HEIDEGGER, 2006, p. 28 e 29).

Conclui-se que a essência da tecnologia moderna é de fato colocada em termos da com-posição [*enframing*]. Porém, não é somente assim que deve ser compreendida sua essência, pois ela guarda também a segunda possibilidade. Como ele mesmo coloca, “onde está o perigo, jaz também a possibilidade de salvação” (HEIDEGGER, 2006, p. 31).

Talvez a vivência atual com a tecnologia realmente esteja se realizando na primeira possibilidade, mas é necessário que nos voltemos à tecnologia também para seu potencial libertador. A atual relação com a tecnologia tem de fato bloqueado o ser humano de concebê-la em seu potencial emancipatório, de verdadeiro desencobrimento [*revealing*]. Porém, como se verá adiante, a discussão apenas começa em Heidegger, e é possível apresentar variáveis novas e cada vez mais abertas sobre as tecnologias.

1.1.2 O problema da legitimação na tecnocracia

Se Heidegger quem primeiro dedicou um olhar mais apurado à questão da tecnologia, foi Herbert Marcuse quem mais eficientemente demonstrou seu viés político. Seu grande mérito foi o de demonstrar como há verdadeira confusão entre técnica e dominação, racionalidade e opressão. Assim como Heidegger, Marcuse rejeitava a ideia de neutralidade, dizendo que “a noção tradicional de ‘neutralidade’ da tecnologia não mais pode ser sustentada. A tecnologia não pode, como tal, ser isolada do uso que lhe é dado” (MARCUSE, 1973, p. 19)

Marcuse fez uma crítica ao conceito (embora utilizando-o) de racionalidade de Max Weber. No livro *A ideologia da Sociedade Industrial* (1973) destaca como a racionalidade tecnológica do mundo moderno se realiza em um sentido unidimensional. Afirma que a própria racionalização se transforma e se confunde com dominação e opressão. No entanto, como no capitalismo os indivíduos adaptam seus interesses e necessidades ao sistema, essa opressão se dá de maneira ainda mais trágica, pois muda até mesmo os parâmetros de crítica e de consciência dos indivíduos.

De certa maneira, a concepção de Heidegger de que o sujeito moderno se depara com a tecnologia em uma via única de desencobrimento, que se dá no sentido do controle e da disponibilidade, pode ser associada à ideia de unidimensionalidade de Marcuse. Para este, o

pensamento unidimensional pode ser e é utilizado pelo poder político como promoção e manutenção de dominação (MARCUSE, 1973, p. 34). Nesse sentido, Marcuse nos mostra que

A racionalidade tecnológica revela o seu caráter político ao se tornar o grande veículo de melhor dominação, criando um universo verdadeiramente totalitário no qual sociedade e natureza, corpo e mente são mantidos num estado de permanente mobilização para a defesa desse universo (MARCUSE, 1973, p. 37).

Como explica Habermas, Marcuse demonstrou que o desenvolvimento técnico-científico não se realizou, falhando na função original de dar legitimidade crítica ao desenvolvimento político. Ao contrário, as forças produtivas têm se tornado o próprio fundamento de legitimação (HABERMAS, 1983, p. 315). É o desenvolvimento por si mesmo, a completa confusão entre fins e meios.

Essa é uma crítica que pode ser encontrada no livro *A Dialética do Esclarecimento* de Adorno e Horkheimer. Com o desenvolvimento da racionalidade moderna, os sujeitos passaram a confiar cegamente em seu desenvolvimento tecnológico e acabaram por renunciar ao pensamento crítico. Esse abandono de seu projeto de criar um “novo mundo” baseado em legitimação crítica da sociedade e do desenvolvimento se tornou a própria sujeição humana a um sistema que deixa a técnica “à solta”, que serve tão somente à manutenção das situações de opressão. Dessa forma, o desenvolvimento técnico-racional se encontra a serviço da dominação mansa, na forma de engano, de coação não sentida e ao mesmo tempo desejada (ADORNO; HORKHEIMER, 2015, p. 22).

Esse modelo político-social ficou conhecido por alguns pensadores da teoria crítica como tecnocracia. O modelo tecnocrático se vale de uma perda dos critérios subjetivos da vida social em prol dos objetivos, favorecendo uma gerência técnica que não é clara quanto às suas motivações políticas. O fator subjetivo, aquele que deriva das percepções sociais e das orientações de ação, é marginalizado em detrimento de um tecnicismo institucional, um administrativismo que dá as costas para a opinião pública e para o agir político racional. Esse modelo atua no sentido da eficiência funcional, automatizando o aparato estatal e, ao fazer isso, acaba por reduzir as condicionantes sócio-políticas que suportam o processo de legitimação das instituições públicas (OFFE, 1975, p. 78).

Marcuse explica que esse modo de organização é totalitário, pois ele atua justamente no potencial crítico da população. As pessoas passam a agir sob a ilusão do comando. Esse quadro impede o surgimento de uma oposição eficaz ao sistema, favorecendo de forma cada vez mais profunda sua manutenção opressora (MARCUSE, 1973, p. 24-25). A sociedade

industrial se realiza em sentido unidimensional justamente pela incapacidade de percepção das contradições da racionalidade tecnológica (MARCUSE, 1973, p. 88).

Nesse sentido, o sistema político abre as portas para o colapso de legitimidade. O efeito imobilizante de uma apatia política frente às instituições as levam para o automatismo do aparato estatal, para a determinação objetiva da gerência política. Agravam-se, portanto, a alienação política e a exclusão social do processo participativo democrático.

O desenvolvimento sem legitimação crítica se realiza em um caminho de via única. No caso das tecnologias no processo penal, sua aparência é absolutamente ofuscante quanto aos efeitos reais que ela causa e pode causar. O que de fato se quer quando uma nova tecnologia é apresentada para a persecução criminal? A quem as tecnologias realmente servem? Seus efeitos e dimensões são realmente considerados ou elas são aceitas com um aplauso que ensurdece os usuários de seus reais resultados? Elas estão de fato favorecendo o regime democrático de direito ou estão servindo à manutenção das violações de direitos que tanto se observa na prática criminal?

Cabe, portanto, perguntar se o advento alavancado das tecnologias no processo penal está de acordo com um agir racional que busca uma legitimação de um estado democrático de direito ou se estão agindo sob um viés meramente instrumental que se organiza para dar mais eficácia ao controle social. Afinal de contas, qual a ideologia reinante no advento e na prática das novas tecnologias do processo penal?

Habermas aponta que a racionalidade tecnocrática tem a peculiaridade de mostrar-se “menos” ideológica que as antigas formas de dominação política. Ao mesmo tempo, essa nova ideologia é ainda mais capaz de se realizar nas diversas instâncias sociais. E assim o faz porque “ela não somente justifica um interesse de dominação parcial de uma *classe determinada* e oprime a necessidade parcial de emancipação por parte *de outra classe*, como também atinge o interesse emancipatório da espécie humana, como tal” (HABERMAS, 1983, p. 335).

O problema está em perceber que o progresso científico, por si só, principalmente quando assimilado à administração, “tornou-se fundamento da legitimação” (HABERMAS, 1983, p. 335). Levado ao procedimento criminal, significa dizer que não há um movimento de busca para legitimar as tecnologias no processo. Ao contrário, a mera presença da tecnologia é que vai legitimar ainda mais o procedimento criminal como ele é, transparecendo a ideia de mais “eficiência”, “neutralidade”, “celeridade” etc.

Essa forma de legitimação sugere que

A nova ideologia fere, portanto, um interesse que se prende a uma das duas condições fundamentais da nossa existência cultural: a linguagem, ou, mais precisamente, a forma de socialização e de individuação determinada pela comunicação na linguagem corrente. Esse interesse se estende tanto à manutenção de uma intersubjetividade de compreensão mútua como à produção de uma comunicação livre de dominação. **A consciência tecnocrática faz desaparecer esse interesse prático, por trás do interesse pela ampliação do nosso poder de manipulação técnica.** A reflexão provocada pela nova tecnologia deve ir além de qualquer interesse historicamente determinado e pôr a descoberto a contextura de interesses de uma espécie, como tal, que se constitui a si mesma (HABERMAS, 1983, p. 337, grifo adicionado).

A manipulação técnica por si só se torna fundamento de legitimidade, impedindo qualquer espaço de medição das consequências e das causas do advento das novas técnicas. Não se pergunta a função real e o objetivo final dos procedimentos, mas se busca tão somente a manutenção “melhorada” das velhas técnicas de persecução. Assim, o advento das tecnologias no processo penal legitima o “mais do mesmo” e estanca os processos político-decisórios e de legitimação dos procedimentos administrativos e judiciais⁹.

Habermas aponta que o desenvolvimento técnico-científico somente pode transformar-se em potencial emancipatório quando houver uma *descompressão no domínio comunicativo*. Isso implica dizer que uma racionalização não pode ser simplesmente substituída por outra. O potencial emancipatório somente é possível a partir de uma interação verbalmente mediatizada, tendo essa interação o poder de questionar a tecnocrática ideologia de fundo, que buscará sempre a despolitização da população envolvida (HABERMAS, 1983, p. 341-342).

Como inferência central do pensamento crítico, se a tecnologia hoje aparece como força autolegitimável, é possível afirmar que a legitimidade proposta pela tecnocracia é

⁹O interrogatório por videoconferência, por exemplo, não entra no processo penal como uma forma de ampliação ao princípio da publicidade, da ampliação de direitos daqueles que se submetem ao interrogatório por carta precatória ou até mesmo como uma nova forma de se compreender melhor as reações dos interrogados. O interrogatório online não inova, apenas acelera e barateia o mesmo interrogatório que se fazia antes dele, porém, sem medir suas reais consequências.

A racionalidade tecnocrática apenas é capaz de observar os elementos que ela se predispõe a mudar, cegando-se para os demais. Ou seja, embora seja possível sim afirmar que há barateamento e aceleração, a visão unidimensional não consegue se dirigir às consequências mais diretas da videoconferência, tais como restrição ainda maior de direitos básicos (direito a um advogado) e cerceamento do direito de autodefesa. O que se apresenta é a sedimentação severa da protocolização do interrogatório do réu, transformando-o cada vez mais em mera formalidade processual.

Da mesma forma, as câmeras de segurança, que ao invés de se mostrarem como instrumentos realmente eficazes no combate ao crime, acabam por intensificar a sociedade vigilante e antidemocrática. As câmeras, no fim das contas, acabam se valendo apenas como anestésico da sensação de insegurança no espaço urbano. Tanto a videoconferência quanto as câmeras de vigilância indicam que há de fato incoerência nos critérios de legitimação. Mesmo sem apresentarem mudanças reais, as novas medidas apresentam-se como as melhores opções possíveis justamente por estarem inseridas na lógica de uma racionalidade tecnocrática.

imediate. Se o desenvolvimento tecnológico (ou tecno-científico) é o objetivo do desenvolvimento social (ou humano), podemos descartar a necessidade democrática de debate público e confiar que as tecnologias estão no curso ideal. Porém, o curso ideal segue alguma direção, uma dada ideologia.

Na tentativa de trazer à tona o pano de fundo ideológico que cerca o desenvolvimento tecnológico no processo penal, busca-se ao mesmo tempo identificar os critérios legitimadores reais que devem dar fundamento às tecnologias. Afinal de contas, como expõe Michelangelo Trigueiro:

Como outros processos sociais, a tecnologia requer uma legitimação, tanto por parte dos seus praticantes mais imediatos, como por outros setores da sociedade. Assim, não é suficiente compreender como se constitui a estrutura da prática tecnológica e de que modo se articulam seus vários componentes. Faz-se necessário, também, compreender como tal legitimação garante (ou não) uma ou outra configuração possível na atividade tecnológica (TRIGUEIRO, 2009, p. 95).

Convém, então, perguntar: se a intenção com as tecnologias é a de ampliar direitos, que tecnologias devem ser desenvolvidas? E como elas deverão ser utilizadas?

As perguntas são colocadas para enfatizar que o desenvolvimento técnico-científico não libertou o ser humano de seu devir político (HABERMAS, 2012, p. 533). Ao contrário, é possível observar que esse desenvolvimento colocou um enorme e novo desafio defronte aos indivíduos. A velocidade das transformações sociais a partir das tecnologias permite inferir que elas não reprimiram os conflitos ou as contradições sociais, mas as intensificaram.

Por melhor sucedidas que sejam as estruturas tecnocráticas no preenchimento de sua função de suprimir ou reprimir os problemas tradicionais de estabilidade e adaptação sócio-econômica, ao se estabelecerem, elas criam novas e não menos problemáticas situações de risco, cuja totalidade pode ser caracterizada como o dilema político da tecnocracia (OFFE, 1975, p. 71).

A tecnocracia, enquanto modelo que se dirige ao determinismo político da técnica e à apatia política decorrente de uma confiança cega das instituições públicas, deve ser substituída por um modelo efetivamente democrático. A questão é pôr em ação um discurso político efetivo e democrático sobre quais caminhos a racionalidade e o conhecimento técnico devem tomar. A intenção é tentar (re)tomar as rédeas do desenvolvimento social, devendo este pautar o desenvolvimento tecnológico e não o contrário, como tem ocorrido. “The

redeeming power of reflection cannot be supplanted by the extension of technically exploitable knowledge”¹⁰ (HABERMAS, 2012, p. 535).

Contudo, mesmo não sendo possível um novo debate público para cada advento tecnológico no procedimento criminal, é plenamente factível estabelecer preceitos gerais de legitimidade. Esses preceitos, que serão delineados mais adiante, estão associados diretamente a uma visão garantista com respeito aos direitos fundamentais, com subserviência à Constituição Federal de 1988. O caminho não pode ser outro senão o da justiça social, sendo essa compreendida como os mesmos do alicerce democrático que visa a um tratamento equânime e digno dos cidadãos, devendo o direito ser absolutamente intolerante com práticas discriminatórias e seletivas.

A igualdade entre cidadãos, tão explícita no texto constitucional e tão nebulosa na realidade social, significa também igualdade de uso e benefícios das tecnologias. É nesse sentido que se assevera a prática tecnológica do direito penal como sendo legítima apenas quando ela não serve apenas a alguns, a determinado grupo social em detrimento de outro. A utilização das tecnologias somente será legítima quando financiar de maneira equânime a qualidade da prestação jurisdicional.

1.1.3 O fenômeno da tecnologia e seu potencial

A perspectiva apresentada no item anterior parece deparar-se com a mesma encruzilhada que se enfrentou no começo do capítulo. A tecnologia no processo penal, afinal de contas, pode ser colocada simplesmente em termos de servir ou não servir à égide democrática? A resposta é não. Como se afirmou, a tecnologia não pode ser analisada meramente pelo uso que dela se faz.

Como indicou Heidegger, há uma transformação de nível ontológico quando se fala em tecnologias. A centralidade deste estudo está menos em qual modelo de processo penal se almeja e mais em qual a relação real que hoje se estabelece entre sociedade e as tecnologias da justiça criminal, o que será feito a partir do recorte estabelecido na metodologia.

Aqui se está dizendo que a tecnologia deve ser compreendida como um fenômeno que interage com a humanidade em um nível mais profundo do que aparenta. Defende-se que a tecnologia atua na concepção da própria realidade, operando como um pano de fundo que interage com as coisas e com as pessoas no nível de definições. Pensar a tecnologia em termos

¹⁰ Tradução livre: O poder redentor da reflexão não pode ser suplantado pelo alargamento do conhecimento tecnicamente explorável.

de ontologia é buscar compreender não seu significado em si, mas que significados novos a realidade passa a ter para os indivíduos.

“When we look for the essence of a technology, we are engaging in speculation, but not in airy speculation. Our speculation involves where we plant our feet, who we are, and what we choose to be”¹¹ (HEIM, 2012, p. 550). A questão está, portanto, em procurar a direção, o foco, com a qual devemos lidar com o problema da tecnologia.

Essa visão encontra respaldo na fenomenologia de Merleau-Ponty. Para o filósofo, a fenomenologia não cuida de compreender qual a essência das coisas em si. Compreender a essência das coisas é antes compreender o que ela é para os sujeitos (MERLEAU-PONTY, 2006, p. 13), na perspectiva de que a relação do ser humano com a tecnologia atua fenomenologicamente em nível intra e intersubjetivo, alterando a percepção que os sujeitos têm do mundo e de si mesmos. Por isso, sua preocupação supera a velha intenção filosófica de compreender o mundo como ele de fato é. Ao contrário, com a fenomenologia, reconhece-se que a busca pela essência do mundo é inútil e até perigosa.

O mundo fenomenológico é não o ser puro, mas o sentido que transparece na intersecção de minhas experiências, e na intersecção de minhas experiências com aquelas do outro, pela engrenagem de umas nas outras; ele é portanto inseparável da subjetividade e da intersubjetividade que formam sua unidade pela retomada de minhas experiências passadas em minhas experiências presentes, da experiência do outro na minha (MERLEAU-PONTY, 2006, p. 18).

Para melhor compreensão da relação entre ser humano e tecnologia, é possível apontar uma dicotomia que, apesar de falsa, ajuda a superar alguns vícios comuns de análise. Trata-se da dicotomia *oponente/componente*. Michael Heim (2012) expõe a ideia comum de que a tecnologia se apresenta (nível ôntico) como um oponente ao ser humano. O conceito de inteligência artificial, que desafia a inteligência humana é parte desse pensamento. O jogo de xadrez é paradigmático para explicar essa relação. O ser humano é colocado em uma condição de desafiado, que deve superar a inteligência por ele mesmo criada. Da mesma forma, os demais aparatos do dia-a-dia aparentemente nos colocam sempre no limite em apontar se são efetivamente nós que usamos as tecnologias ou se são as máquinas que fazem com que nos adaptemos a elas¹².

¹¹ Tradução livre: Quando procuramos a essência de uma tecnologia, estamos nos engajando em especulações, mas não em especulações vazias. Nossa especulação envolve onde firmamos raízes, quem somos, e o que escolhemos ser.

¹² Hubert Dreyfus é talvez o principal filósofo que faz uma análise da relação entre humanos e tecnologia a partir da oposição. É possível também observar essa relação representada no cinema, em filmes como Inteligência Artificial (Spielberg, 2001), Wall-E (Stanton, 2008), Her (Jonze, 2013) e Transcendência (Wally Pfister, 2014).

A antítese mente/programa, contudo, não é capaz de oferecer uma análise suficientemente profunda da relação que se estabelece. Ela pode, no máximo, dar caminho para uma análise superficial, não ultrapassando o nível ôntico. A perspectiva do confronto não permite a compreensão da dimensão colaborativa da relação, que se apresenta muito mais simbiótica.

Os computadores se mostraram tão adaptáveis e flexíveis ao processo de pensamento que hoje em dia eles são muito mais compreendidos enquanto componentes do que desafiadores. A simples atividade de escrever no computador se tornou automatizada, não sendo preciso pensar cada movimento para que as palavras se realizem na tela. O lápis não deixa de ser também uma tecnologia, uma vez que permite a escrita. Da mesma forma, o teclado cumpre a mesma função, e os movimentos já estão tão (ou mais) incorporados ao processo da escrita que sequer são percebidos.

Porém, a escrita pelo computador fornece poucos elementos para uma efetiva compreensão. Heim apresenta os limites atuais dessa relação simbiótica com a tecnologia a partir da realidade virtual. “Perhaps the essence of VR [Virtual Reality] ultimately lies not in technology, but in art, perhaps art of the highest order. Rather than control or escape or entertain or communicate, the ultimate promise of VR may be to transform, to redeem our awareness of reality”¹³ (HEIM, 2012, p. 553).

Isso se dá pelo fato de a realidade virtual permitir novas formas de interação que antes seriam absolutamente impossíveis. Para além da mera simulação com ares de artificialidade, a RV permite a completa imersão corporal em determinado ambiente, podendo inclusive ser outro corpo. Já se usa a RV para a educação de movimentos perfeitos em esportes. O aprendiz pode “imersão” no corpo do tutor copiando cada milímetro de seu movimento, estando *dentro* dele, não ao lado.

No mesmo sentido, a RV permite até mesmo que o usuário se defronte com sua própria identidade. O avatar, que é a representação do usuário no mundo virtual, normalmente é caricaturizado com os mesmos traços da pessoa. No entanto, ele pode transfigurar-se na representação de qualquer traço físico, forçando uma relação de empatia com aquelas pessoas que compartilham desse traço. Nesse sentido, um homem pode ser uma mulher no mundo virtual ou um branco pode ser um negro. Essa possibilidade de variação identitária pode trazer questionamentos acerca da própria concepção de eu e de outro que o usuário tenha.

¹³ Tradução livre: Talvez a essência da Realidade Virtual esteja ancorada não na tecnologia, mas na arte, e na arte em seu sentido mais elevado. Ao invés de controlar ou escapar ou entreter ou comunicar, a promessa derradeira da RV está em transformar, em redimir nossa concepção de realidade.

Essa concepção, apesar do tom demasiadamente otimista, é retórica em mostrar as potencialidades da realidade virtual. Mostra que há uma série de variantes complexas nas relações virtuais e no que o ser humano é capaz de fazer e de experimentar. No mesmo sentido, Pierre Lévy explica esse fenômeno do virtual. O autor entende que é um erro opor o virtual ao real.

A virtualização não é uma desrealização (a transformação de uma realidade num conjunto de possíveis), mas uma mutação de identidade, um deslocamento do centro de gravidade ontológico do objeto considerado (...). Virtualizar uma entidade qualquer consiste em descobrir uma questão geral à qual ela se relaciona, em fazer mudar a entidade em direção a essa interrogação e em redefinir a atualidade de partida como resposta a uma questão particular (LÉVY, 2015, p. 7).

De fato, o virtual não pode ser imediatamente colocado em oposição ao real. Ele é, em última instância, uma nova forma de visualização, uma nova forma de experiência da realidade.

O que aqui se denuncia explicitamente é que não se pode conceber a virtualização como uma simples representação. Assim como a fotografia e a filmagem sempre encontrarão limitações em seu poder representativo, a RV não pode ser compreendida como uma alternativa fácil à intermediação física, pois ela desloca os objetos também em um nível ontológico, redefinindo os pontos centrais de interpretação de uma realidade dada.

A fenomenologia de Merleau-Ponty ajuda bastante para se entender melhor essa relação do ser humano com a tecnologia. O filósofo desenvolveu a concepção de corpo enquanto unidade sistêmica, e que se relaciona com a tecnologia de forma orgânica. Apresenta, para tanto, a ideia de motricidade.

A motricidade, nesse sentido, não pode ser considerada mera serva da consciência (MERLEAU-PONTY, 2006, p. 193), mas sim um movimento que se apresenta como uma significação já possível do eu no mundo. A motricidade se vincula à intencionalidade operante e não à intencionalidade de ato. Esta é a que busca explicar o fenômeno linguístico, sua tradução; aquela (a intencionalidade operante) é a que se mostra como unidade natural e antepredicativa do mundo e de nossa vida e que antecede a reflexão (MERLEAU-PONTY, 2006, p. 16).

Então, se um corpo se movimenta, não é porque a consciência o ordenou, conseguindo localizá-lo no espaço e no tempo, mas porque ele pode ser reconhecido *habitando* no espaço e no tempo. A noção de habitar indica uma continuidade que se estabeleceu no tempo e no espaço. Se uma pessoa consegue manusear determinado instrumento, ela não precisa *recordar* cada movimento necessário para fazê-lo. Como ele

mesmo indica, “A aquisição do hábito é sim a apreensão de uma significação, mas é a apreensão de uma significação motora” (MERLEAU-PONTY, 2006, p. 198).

Para explicar, o francês apresenta o famoso exemplo da bengala do cego e também da pluma do chapéu vestido pela mulher (MERLEAU-PONTY, 2006, p. 198). Argumenta que a extremidade da bengala é para o cego como uma zona sensível, que aumenta a amplitude do tocar. Ou seja, a bengala deixa de ser percebida como mero objeto, como externalidade. Da mesma forma é a pluma do chapéu para a mulher, que consegue saber exatamente sua dimensão espaço-temporal, evitando assim qualquer possível dano. Dessa forma: “Habituar-se a um chapéu, a um automóvel ou a uma bengala é instalar-se neles ou, inversamente, fazê-los participar do caráter volumoso de nosso corpo próprio” (MERLEAU-PONTY, 2006, p. 199).

justamente o fenômeno do hábito convida-nos a remanejar nossa noção do ‘compreender’ e nossa noção do corpo. Compreender é experimentar o acordo entre aquilo que visamos e aquilo que é dado, entre intenção e a efetuação – e o corpo é nosso ancoradouro em um mundo (MERLEAU-PONTY, 2006, p. 200).

Com essa síntese, além de permitir uma compreensão melhor da função cognitiva do corpo na percepção do mundo, em um sentido de determinação epistemológica, Merleau-Ponty indica outro conceito, o de *esquema corporal*, que é “esse sistema de equivalências, esse invariante imediatamente dado pelo qual as diferentes tarefas motoras são instantaneamente transponíveis” (MERLEAU-PONTY, 2006, p. 196).

O cego e sua bengala [uma tecnologia] deixam de ser dois corpos e passam a se apresentar como um esquema. Deixando-se penetrar por uma nova significação, ou seja, utilizando-se de um objeto para se relacionar com o mundo, o cego “assimilou a si um novo núcleo significativo” (MERLEAU-PONTY, 2006, p. 203).

A partir disso, é possível afirmar que a compreensão de um esquema corporal, ou uma forma sistêmica de percepção a partir de um corpo entendido como algo para além do biológico, indica uma abertura para se ver a tecnologia como possível amplificadora de sentidos. Ressalta-se, portanto, que, para Merleau-Ponty, a tecnologia não é mera coisa, mero artefato.

Isso significa a possibilidade de ampliação do próprio eu a partir da tecnologia, pois “O corpo é o veículo do ser no mundo, e ter um corpo é, para um ser vivo, juntar-se a um meio definido, confundir-se com certos projetos e empenhar-se continuamente neles” (MERLEAU-PONTY, 2006, p. 122). “Procuramos despertar uma relação carnal com o mundo e com o outro” (2012, p. 226) e, se ampliamos essa relação carnal com o mundo, como

faz o cego com sua bengala, ampliamos a nós mesmos e, simultaneamente, o que o mundo é para nós.

No entanto, a constatação que se segue à análise de Merleau-Ponty não apresenta o mesmo tom otimista que aparenta até então. O próprio autor reconhece os limites impostos pela relação com a tecnologia, que podem significar uma perda significativa de percepção.

Don Ihde, apresentando novos conceitos, dá continuidade à perspectiva de Merleau-Ponty. O autor sugere que a interação humana com as tecnologias se realiza em um contínuo de três elementos, dando-se em relações: de encorporamento [*embodiment*], hermenêuticas e de alteridade.

Don Ihde reconhece em Merleau-Ponty o alicerce de sua construção teórica acerca do conceito de *embodiment* (IHDE, 2009, p. 11, p. 36). Aponta, contudo, uma perspectiva teórica que se divorcia em parte da fenomenologia do antecessor, e cria uma nova proposta chamada pós-fenomenologia. Diz ele que, embora a pós-fenomenologia deva suas raízes à fenomenologia, “it is a deliberate adaptation or change in phenomenology that reflects historical changes in the twenty-first century”¹⁴ (IHDE, 2009, p. 5)¹⁵.

Esse esclarecimento sobre a pós-fenomenologia de Ihde é fundamental para compreender seu conceito de *embodiment*. Assim, busca uma perspectiva teórica que se situa historicamente no século XXI, o que impõe uma superação da terminologia reducionista da qual a fenomenologia clássica não conseguiu escapar.

Para Ihde, *embodiment* é o que ocorre quando a tecnologia atua na experiência determinando-a a um modo particular de percepção, por ter se realizado *por meio* (*through*) dessa tecnologia (IHDE, 2012, p. 507). No *embodiment*, a intencionalidade do corpo “extends through the artifact into the environing world in a unique technological mediation”¹⁶ (IHDE, 2009, p. 36). Nesse sentido, as relações de *embodiment* são relações que incorporam o material tecnológico na experiência corporal (PREESTER, 2010, p. 4).

Ihde explica que as relações de *embodiment* guardam um desejo profundo de serem sentidas em total transparência. Nesse caso, a tecnologia seria o próprio corpo e sentidos.

¹⁴ Tradução livre: Trata-se de uma adaptação ou mudança deliberada na fenomenologia que é reflexo das transformações históricas no século XXI.

¹⁵No entender de Helena de Preester, a pós-fenomenologia não indica precisamente uma superação à fenomenologia, mas sim um hibridismo entre a fenomenologia e o pragmatismo (PREESTER, 2010, p. 3), dois pontos de partida que são reconhecidos por Ihde. A intenção da pós-fenomenologia de Ihde é superar as visões dicotômicas, dualistas, representativas de mundo e da percepção, reconhecendo uma relação prática com o mundo, uma relação simbiótica com o ambiente (IHDE, 2009, p. 9-10) e, por óbvio, com a tecnologia.

¹⁶ Tradução livre: [a intencionalidade do corpo] amplia-se através do artefato a um mundo circundante em uma mediação tecnológica única.

Assim, a bengala do cego, embora reconhecido por Ihde como uma relação de *embodiment*, ainda não poderia ser tida por total transparência¹⁷.

É bastante comum a lembrança da relação do músico com seu instrumento como uma relação de *embodiment*. Precisamente nesse exemplo, Merleau-Ponty, Don Ihde e Michael Heim se aproximam. Merleau-Ponty fala do organista, “Ele senta-se no banco, aciona os pedais, dispara as teclas, avalia o instrumento com seu corpo, incorpora-se a si as direções e dimensões” (MERLEAU-PONTY, 2006, p. 201). Ihde, a respeito do instrumentista, diz: “In embodiment cases, the sound-making instrument will be partially symbiotically embodied”¹⁸ (IHDE, 2012, p. 521).

Michael Heim, ao indicar “tecnologia enquanto componente”, também se utiliza do exemplo do músico. Embora não mencione explicitamente o termo *embodiment*, resta evidente sua afinidade com o conceito.

Computer technology is so flexible and adaptable to our thought process that we soon consider it less an external tool and more a second skin or mental prosthesis. Once acclimated to the technology, we play it much as a musician plays an instrument, identifying with it, becoming one with it. Writing on the language machine produces a new kind of writing and thinking¹⁹ (HEIM, 2012, p. 543).

A noção de *acclimated* em Heim é perfeitamente assemelhável à de hábito em Merleau-Ponty. Bem como a noção *becoming one with it* com *embodiment*, mostrando a relação simbiótica apontada por Ihde.

Somado ao encorporamento, Ihde explica que a relação humana com a tecnologia se realiza também em um nível hermenêutico. Essa forma de relação, embora parcialmente presente no que fora exposto sobre o encorporamento, é capaz de demonstrar a complexidade do fenômeno tecnológico em um nível ainda mais profundo.

Como já observado, o que permite o fenômeno do encorporamento é a possibilidade de transparência. Quanto mais imperceptível e habitual é a tecnologia, mais ela faz parte do corpo humano como um todo orgânico. A chave para a compreensão da relação hermenêutica é também a transparência, mas em outro nível.

¹⁷Casos de total transparência que talvez possam ser levantados são as lentes de contato, principalmente às que se dissolvem com o tempo no organismo da pessoa; e – para lembrar o cinema – o braço mecânico de Will Smith no filme “Eu, Robô” (2004, Alex Proyas), que é perfeitamente naturalizado pelo usuário sem apresentar qualquer distinção com o outro membro.

¹⁸ Em casos de “encorporamento”, o som emitido pelo instrumento será em parte incorporado simbioticamente.

¹⁹ Tradução livre: A tecnologia informática é tão flexível e adaptável para a nossa forma de pensar que logo nós a consideraremos menos como uma ferramenta externa e mais como uma segunda pele ou como uma prótese mental. Uma vez aclimatados à tecnologia, nós a tocamos tal qual o músico toca seu instrumento, identificando-se com ele, tornando-se um com ele. Escrever na linguagem da máquina é produzir uma nova maneira de escrever e de pensar.

No caso do músico, por exemplo, o encorporamento permite o controle sobre o instrumento e, juntamente, a naturalização dos movimentos necessários para acioná-lo corretamente. Porém, o resultado, a música que entoa, é necessariamente limitada e, de alguma forma, preconcebida. O músico não concebe uma música para além das possibilidades do seu instrumento. Ou seja, o resultado está adstrito à linguagem que aquele determinado instrumento permite.

Com o advento da eletricidade, foi possível a construção de guitarras elétricas, caixas amplificadoras e instrumentos de efeitos e distorções. Essas novas descobertas tecnológicas permitiram a criação de novos estilos musicais e, por consequência, uma nova concepção de música, uma nova forma de se entender o que é música.

O exemplo da música se estende para a língua. Como indica Ihde, a escrita [uma tecnologia] se tornou uma técnica hermenêutica incorporada na representação do mundo (IHDE, 2012, p. 514). Da mesma forma que o instrumento do músico limita o resultado da música, a língua também limita o potencial descritivo. O entendimento do mundo encontra suas amarras e contornos na língua de quem fala.

Oliver Sacks, no livro *Vendo Vozes* (2010), explica que as crianças surdas, até muito pouco tempo atrás, eram colocadas junto às crianças com limitações mentais. A surdez estava quase sempre acompanhada de deficiência mental. Esse quadro começou a mudar quando as crianças surdas passaram a receber a educação da linguagem. Com o aparato técnico da linguagem de sinais, as crianças surdas passaram a se comunicar nos mesmo níveis que crianças não surdas, permitindo um desenvolvimento saudável. Isso significa dizer que as limitações de linguagem, justamente por falta da técnica da comunicação, limitavam necessariamente as formas de compreensão do mundo.

Para um exemplo mais simples e direto, Ihde diz que a forma como se entende o termômetro é uma forma de relação hermenêutica. Ao se observar a marcação de 10 graus Celsius, já se entende que está frio, como uma relação direta de entendimento. O mesmo não se pode dizer da marcação de 50 graus Fahrenheit que, embora seja a mesma temperatura, a compreensão não é imediata, pois o interlocutor não tem a linguagem da medição em Fahrenheit em um nível transparente, não interagindo no nível hermenêutico²⁰.

²⁰“A hermeneutic relation mimics sensory perception insofar as it is also kind of seeing as ___; but it is a referential seeing, which has its immediate perceptual focus seeing the thermometer” (IHDE, 2012, p. 515). Tradução livre: Uma relação hermenêutica imita a percepção sensorial na medida em que é também uma forma de ver como ___; mas é uma forma de ver referencial, que tem seu foco perceptual imediato no termômetro.

Em síntese, se o encorporamento une o *eu* com o *instrumento* em direção ao *mundo* [(Eu-tecnologia) → mundo], a relação hermenêutica coloca o *eu* em direção ao *instrumento* com o *mundo* [Eu → (tecnologia-mundo)]. Nesse modelo didático, a utilização tecnológica comum, como o uso de um martelo simples, se dá na forma [Eu-instrumento-mundo].

Nesse sentido, a relação hermenêutica não é mera extensão do eu no mundo. Ela se realiza no nível do entendimento do mundo e acaba por penetrar a concepção que se tem dele e de nós mesmos. Ela se dá no nível do implícito, do pano de fundo, do que não está necessariamente desvelado. Ela não está no esforço da interpretação, mas, antes disso, ela está nos contornos limítrofes da interpretação.

Há ainda o terceiro elemento de interação possível entre humanos e tecnologia. Trata-se da relação de alteridade. Don Ihde amplia o conceito de alteridade de Emmanuel Lévinas, levando a possibilidade de alteridade para com a tecnologia, indo além das relações interpessoais a que se referia Lévinas.

Como é possível, então, estabelecer uma relação de alteridade com a tecnologia? A princípio, cumpre dizer que a outridade da tecnologia se realiza em um quase-outro, mais forte que a relação com coisas simples, porém mais fraca que relações humanas (IDHE, 2012, p. 523).

Assistir, por exemplo, a um documentário sobre fome na África pode despertar emoções de engajamento que não se dirigem diretamente à tela, mas indiretamente *pela* tela (IDHE, 2012, p. 527). As emoções são reflexo da tecnologia no sentido em que as cenas apresentam uma narrativa específica do que se filma. Para que se efetive uma relação de quase-alteridade, o mero assistir a cenas de pessoas passando fome na África talvez não fosse suficiente. É necessário todo um aparato tecnológico construído para que a mensagem seja efetivamente repassada. Edição e captação de imagem e som, direção, adição de trilha sonora, equipamento específico para certas iluminações etc. Tudo é construído com o intuito de passar uma mensagem específica, passando então um sentimento específico.

O que ocorre é que muito provavelmente a vivência no próprio local, no caso do exemplo da África, despertaria outras emoções e ensejaria outras práticas. Ou seja, por meio de um aparato tecnológico, efetivou-se uma relação única, antes impossível. Travou-se uma nova realidade.

Nesse sentido, as tecnologias emergem enquanto entidades focais que podem descobrir um novo e único significado ético, dando azo à representação e formação de novos *outros* (IDHE, 2012, p. 528). No esquema didático proposto por Idhe, as relações de alteridade com a tecnologia se realizam da seguinte forma: [Eu → Tecnologia-(-mundo)].

Nesse cenário, a interação se realiza primeiramente com a tecnologia, e o mundo mantém-se distante, sujeito às alterações e à linguagem da tecnologia usada. Ele explica:

I have placed the parentheses thusly to indicate that in alterity relations there may be, but need not be, a relation through the technology to the world (although it might well be expected that the usefulness of any technology will necessarily entail just such a referentiality). The world, in this case, may remain context and background, and the technology may emerge as the foreground and focal quasi-other with which I momentarily engage²¹ (IDHE, 2012, p. 528).

Em uma perspectiva que pode ser colocada ao lado das relações humanas com a tecnologia no nível da alteridade, Donna Haraway, em seu *Manifesto Ciborgue* (2012), vê no possível hibridismo humano/tecnologia uma possibilidade para o abandono das velhas dicotomias, principalmente no que se refere à construção patriarcal de gênero. Enxergando além do poder biopolítico apontado por Foucault, Haraway vê nos ciborgues um amplo campo de possibilidade política (HARAWAY, 2012, p. 434).

Colocando o deslocamento ontológico a partir das possibilidades de mutação e redirecionamento biológico, a autora aponta no horizonte uma revolução feminista construída por ciborgues, reconhecendo neles a luta política pela não codificação biunívoca e maniqueísta de mundo, que traduzem a realidade em direção ao dogma do falocentrismo (HARAWAY, 2012, p. 442).

Diz que seu *mito do ciborgue* “significa fronteiras transgredidas, potentes fusões e perigosas possibilidades – elementos que as pessoas progressistas podem explorar como um dos componentes de um necessário trabalho político” (HARAWAY, 2009, p. 8). Nesse sentido, a tecnologia se apresenta como instrumento revolucionário, instrumento de luta contra aquela tecnologia opressora e alienante desenvolvida pelo capitalismo, mas que deve estar associada a uma nova compreensão perceptiva do mundo, o que passa necessariamente pelas transformações no corpo através das tecnologias.

De fato, a relação humana com implantes, próteses, anabolizantes; com a possibilidade de sentidos intensificados artificialmente; com a modificação genética e reconstituições por células-tronco; com o avanço da biotecnologia; com a circulação e fluxo contínuo de bytes e bits nos corpos humanos; e até mesmo a ampliação da comunicação

²¹ Tradução livre: Eu coloquei os parênteses desta forma para indicar que nas relações de alteridade pode haver, mas não necessariamente ser, uma relação através da tecnologia para o mundo (embora possa muito bem ser esperado que a utilidade de qualquer tecnologia implicará necessariamente apenas como uma referencialidade). O mundo, nesse caso, pode permanecer contexto e pano de fundo, e a tecnologia pode emergir como o primeiro plano e como quase-outro [uma entidade] focal com o qual momentaneamente se engaja.

corporal sentida em nível virtual, de pessoas conectadas a programas; constitui um novo horizonte para a ontologia do ser humano (TADEU, 2009, p. 12-13).

O debate acerca das novas tecnologias e de seu potencial transformador é importante por mostrar a possibilidade de transformação dos sujeitos. O conceito de encorporamento, por exemplo, ajuda a compreender melhor o uso das tornozeleiras eletrônicas. Nas relações de alteridade, por sua vez, passamos a compreender melhor como um sistema de videovigilância pode transformar a concepção do outro para nós, alterando as relações sociais no nível ético.

No mesmo sentido, os conceitos aqui trazidos são fundamentais para compreensão dos sentidos que as novas tecnologias têm na vida das pessoas, como, por exemplo, os celulares e as mídias sociais. O aumento das comunicações instantâneas, quase sempre registradas enquanto dados na virtualidade, confere novo sentido à comunicação entre os sujeitos e, por consequência, à própria concepção que cada um tem de si e do outro. A forma de registro e o meio em que as comunicações são realizadas ampliam os horizontes do indivíduo em termos éticos, transformando sua ontologia. A partir disso, buscar-se-á compreender como se dão essas novas relações com as tecnologias, principalmente em relação aos princípios da vida privada e da intimidade, o que será assunto do capítulo terceiro do presente estudo.

1.1.4 Apontamentos iniciais sobre as tecnologias no Sistema de Justiça Criminal

Como foi possível observar, o sentido filosófico da palavra tecnologia pode agregar também, sem prejuízo, a técnica. Isso indica que, por exemplo, o próprio trabalho policial, na medida em que é fruto de táticas e estratégias militares, bem como a linguagem jurídica e o procedimento judicial, podem tranquilamente entrar no objeto de estudo.

A técnica, podendo ser compreendida como uma ação não aleatória e precisa que se destina a um fim específico, será trabalhada na condição de pressuposto terminológico. Nesse sentido, quando se fala em tecnocracia, utilitarismo, eficientismo etc, pressupõe-se a utilização de determinadas técnicas, principalmente no nível institucional e de projeção discursiva, utilizadas com a pretensão última de dar uma destinação específica para a tecnologia. Essa destinação, que é a maneira com a qual a tecnologia acaba de fato gerando suas consequências na sociedade, será trabalhada nos capítulos seguintes.

Contudo, é com o foco em tecnologias específicas que esta dissertação é construída. Isso porque se acredita que a separação entre técnica e tecnologia acaba sendo meramente didática. Como já anteriormente demonstrado, não é possível fazer a distinção entre uso e

destinação, entre meios e fins, entre instrumento e ação, enfim, entre tecnologia e técnica, sem cair em erro prévio de análise.

Na racionalidade tecnocrática, a distinção entre técnica e tecnologia representa um recurso “neutralizador” que despolitiza o debate e leva as tecnologias novamente para aquele campo que inicialmente se rejeitou. É necessário que se evite, sempre que possível, o mito da neutralidade, o mito de que a questão da tecnologia é em termos do uso que lhe é dado. As tecnologias em si fazem parte constitutiva das técnicas de poder, e as técnicas de poder somente existem como tais porque as tecnologias inventadas e utilizadas são resultados e consequências dessas técnicas.

Cada vez mais imersos na virtualidade, damos ao corpo novas dimensões e sentido. Como indica Rogério Luz, a construção dessa nova realidade é motivo de preocupação porque ela não se mostra apenas em contornos meramente estéticos, mas se apresenta nos limites éticos e políticos (LUZ, 2008, p. 54). A questão, portanto, de como se realiza a interação humana em termos éticos e políticos no mundo tecnológico é também uma questão sobre o corpo e seu controle.

Essa ideia nos remete de volta ao pensamento de Heidegger. Com a usina hidrelétrica, o próprio rio mudou de acepção para o sujeito, o que indica a transformação deste. A partir da ideia de disponibilidade e de controle, a visão unidimensional do sujeito moderno impõe uma relação determinada com a natureza. No mesmo sentido, as câmeras de segurança (o que inclui as utilizadas no trabalho policial) não podem ser compreendidas para além do fenômeno vigilantista e punitivista.

O que primeiro se combate nesta dissertação, portanto, é o discurso da neutralidade quanto ao uso das tecnologias. O discurso de divórcio entre meios e fins, entre técnica e tecnologia, e até entre prática e teoria, é tão absurdo quanto a falsa e estratégica distinção entre ação e intenção. Entorpecidos no discurso da boa intenção, ficamos presos na ação maliciosa, e sem ter a potencialidade crítica para combatê-la. O primeiro embate é no nível da linguagem, no nível epistemológico. Foi o que se pretendeu demonstrar neste primeiro momento.

A análise aqui proposta não procura classificar ou debater o que a legislação ou a doutrina entende por crimes ou tipificações informáticas. Aldemário Araújo Castro os define como “as condutas descritas em tipos penais realizadas através de computadores ou voltadas contra computadores, sistemas de informática ou os dados e as informações neles utilizados (armazenados ou processados)” (CASTRO, 2003). Isso porque a intenção é anterior a esse debate. O debate proposto há de se realizar no nível epistemológico, dos pressupostos,

identificando que até mesmo a aplicação e criação de tipos penais acerca da informática estão imersos na realidade fenomênica que se busca analisar.

Afinal, de que tecnologia se fala no presente estudo? Antes de responder a essa pergunta central, outra também se faz conveniente: quais são as tecnologias do Sistema de Justiça Criminal?

Para a resposta, podemos recorrer à lista de James Byrne e Gary Marx (2011)²². Os autores dividem as tecnologias em dois grandes ramos, *hard* e *soft*. As tecnologias *hard* se referem às materiais, físicas ou de hardware. As *soft*, por sua vez, são os sistemas e programas de computação.

	Tecnologias de Hard (físicas)	Tecnologias de Soft (sistemas e programas)
Prevenção de crimes	<ul style="list-style-type: none"> – CCTV (Câmeras de Segurança); – Iluminação Pública; – Instrumentos de proteção ao cidadão (cassetete, taser etc); – Detectores de metal; – Sistema Desbloqueador de ignição (para motoristas embriagados). 	<ul style="list-style-type: none"> – Instrumentos de avaliação da ameaça; – Instrumentos de avaliação de risco; – Registro de criminosos sexuais; – Avaliação de risco antes da ação involuntária; – “Perfilização” de potenciais infratores; – Software de reconhecimento facial usado em conjunto com a CCTV.
Trabalho Policial	<ul style="list-style-type: none"> – Instrumentos de proteção do policial (capacetes, vestimentas, carros, edifícios); – Armas aprimoradas e novas; – Computadores embutidos na viatura – Veículos de controle remoto (<i>drones</i>); – Identificador de delinquentes e cidadãos por digitais ou biomedicação; – Central de dados móvel; – Câmeras nos carros de patrulha; – Câmeras na vestimenta (<i>bodycamera</i>); – Grampo (microfones, escutas); – Aparelho de GPS; – Aparelho de detecção térmica ou infravermelha. 	<ul style="list-style-type: none"> – Mapeamento de Crime (<i>hot spots</i>); – Análise de Crime por programas; – Melhoria dos sistemas de dados de antecedentes criminais; – Informações compartilhadas entre Sistema de Justiça Criminal com o setor privado; – Novas tecnologias para monitorar e identificar comunicações (telefone, correio, internet) e localizações de indivíduos visados; – Sistemas de alerta (<i>ambaralerts</i>); – Criação de listas de observação de potencial violento infratores; – Dispositivos de localização de arma de fogo.

Nesse sentido, são tecnologias *hard*: capacete e escudo do policial ou do agente penitenciário, cassetete, *walktalkie*, colete a prova de balas, algemas, armas de fogo, granadas, veículos, computadores, câmeras (fotográfica, de segurança ou de filmagem), detectores de

²² A tabela foi traduzida livremente e ampliada. Ela não apresenta um rol exaustivo.

metal, máquinas de raio-x, grampos de interceptação etc. A novidade das tecnologias *hard* são a tornozeleira eletrônica (regulada pela Lei 12.258/2010) e os *tasers*, que são as armas que disparam dardos eletrificados com o fim de imobilizar um potencial delinquente. Aqui é possível citar, embora a cargo da imaginação, a ideia de *chips* rastreadores e o já real *Google Glass*.

As tecnologias *soft* apresentam um rol mais amplo. É nessa seara que está a amplitude e a complexidade da discussão das tecnologias no procedimento criminal. A própria internet, em sua generalidade, pode ser considerada uma tecnologia *soft*. Mais especificamente, podemos citar: sistema de videoconferência (regulado pela Lei 11.900/09), GPS (*Global Positioning System*), *softwares* de identificação (de rostos, de situações de risco, de potenciais infratores etc.), sistemas de mapeamento de crimes, *softwares* de rastreamento de mensagens ou de padrões comportamentais, *softwares* de localização etc.

A referência a esse tipo de aplicativos se justifica porque a grande questão que se coloca hoje é como o Sistema de Justiça Criminal, seja no trabalho policial ou no trabalho judicial, irá lidar com essa notável transformação social na vivência. Como fica a interpretação dos princípios da vida privada e da intimidade agora que os segredos individuais estão cada vez menos atrelados ao próprio corpo e ao domicílio? Considerando o atraso legislativo na elaboração de leis específicas, como fica a recepção de provas virtuais por parte do judiciário? E em que nível essas provas são transformadoras na construção da narrativa processual?

Os direitos fundamentais elencados no art. 5º da Constituição Federal de 1988 são bastante claros quanto à inviolabilidade domiciliar e de correspondência, quanto à defesa da integridade moral e física dos acusados, quanto à honra e à imagem das pessoas etc. Se é possível dizer que as tecnologias atuam significativamente na vida das pessoas, transformando a própria concepção que se tem de si mesmo e do mundo, como o direito pode apresentar-se enquanto solucionador ou apaziguador de conflitos adequado para essa nova realidade? Como o trabalho policial, principalmente o investigativo, se adaptará a essas emergências de novas tecnologias? E como será o recebimento e a apreciação de provas quando essas são obtidas cada vez mais a partir de uma narrativa construída tecnologicamente? São essas questões que serão trabalhadas adiante.

1.2 Racionalidade do inquérito e o regime de verdade no processo penal

Logo no início do livro *Força de Lei*, Derrida faz um questionamento que demonstra a dificuldade do tema que vai tratar na sequência. Referindo-se ao termo da língua alemã *Gewalt*, que significa ao mesmo tempo violência e poder legítimo, o autor pergunta

Como distinguir entre a força de lei de um poder legítimo e a violência pretensamente originária que precisou instaurar essa autoridade, e que não podia ela mesma autorizar-se por nenhuma legitimidade anterior, de tal forma que ela não é, naquele momento inicial, nem legal nem ilegal, outros diriam apressadamente nem justa nem injusta? (DERRIDA, 2010, p. 10).

Kelsen, para fugir do tema da legitimidade do ordenamento legal, teorizou a norma fundamental, que seria uma pressuposição lógico-transcendental de validação objetiva de uma ordem jurídica positiva, isto é, da norma (KELSEN, 2006, p. 224). Isso porque Kelsen não estava preocupado com os critérios de legitimação do direito e, para ele, bastava que a ciência do direito descrevesse a lógica de validação objetiva das normas, em uma ordem hierárquica que culminava na famigerada norma fundamental²³. Na sequência, Kelsen propõe a ideia de *moldura*, uma espécie de limite semântico que o texto da lei dava ao juiz. Não poderia então o juiz tomar uma decisão fora dessa moldura.

Porém, Kelsen deixou uma série de questões em aberto. O que acontece com o juiz que decide para além dessa moldura? Essa decisão é inválida? Sempre que o juiz decide dentro da moldura, ele está automaticamente respaldado por uma espécie de validação automática? Se a decisão é válida, mas não legítima, poderia a ilegitimidade invalidar a lei judicial? Se Kelsen de fato criou uma teoria pura, fez isso justamente porque conseguiu fugir das questões essenciais do direito, como a da legitimidade.

A validação como critério objetivo, nos termos formulados por Kelsen, é uma aceitação tácita e prévia de qualquer conteúdo possível, fazendo de sua teoria pura um instrumento muito pouco útil para a compreensão do fenômeno *direito* e, ao mesmo tempo, muito útil para ordens jurídicas autoritárias²⁴.

Eventualmente, no direito processual penal, caímos no mito que se criou a partir de Kelsen de que a validação acontece por uma decorrência lógica, objetiva e interna do

²³ É o que Tércio Sampaio Ferraz Jr. chama de ciência do direito em seu modelo analítico (FERRAZ JR., 1980).

²⁴ Veja, não se está dizendo que a teoria pura de Kelsen seja de ordem autoritária. Ao contrário, Kelsen era um democrata e preocupado com essa questão. No entanto, a aplicação de sua teoria – frise-se: a má aplicação – que permitiu o desenvolvimento de regimes jurídicos autoritários. Para tanto, ver Warat (1982) e sua crítica à construção do *senso comum teórico dos juristas*. A referência que se faz a Kelsen é em relação à importação (descabida) do sistema de validação das normas por um critério objetivo (validação pela norma superior), sem que essa validação seja avaliada em termos de legitimidade política. No caso, o inquérito é validado quando simplesmente passa a compor o processo, o que revela uma cultura institucional judiciária autoritária, tal como explicado por Warat.

ordenamento jurídico. No mito de que a questão da legitimidade é exterior ao direito, de que ela não importa aos olhos de sua ciência. No mito de que a violência não precisa ser justificada em termos de legitimidade, mas tão somente em termos de validação de uma norma superior.

A lógica de validação objetiva da norma não está em nada distante da validação automática dos atos policiais, cuja autoridade no cotidiano se coloca sempre como válida²⁵. Onde fica a questão da legitimidade da autoridade policial? Quem (ou o que) pode questioná-la? Quem tem a “validação normativa” que autoriza julgar as práticas policiais e então poder avaliar se a violência está respaldada pelo poder legítimo? Porém, se essa autoridade que está autorizada a julgar os atos policiais está também na mesma lógica da validação objetiva, onde resta a possibilidade de questionamento da legitimidade? Estaríamos, então, em um verdadeiro estado de exceção (porque ilegítimo) juridicamente validado.

Kant de Lima expõe o paradoxo em que o policial é colocado. Por um lado, a formação do policial acaba “condicionando-o a obedecer ordens irreflexivamente, seguindo comandos” (KANT DE LIMA, 2007, p. 87) e, ao mesmo tempo, seu trabalho no cotidiano é justamente agir reflexivamente para conter ou administrar conflitos na sociedade.

Esse paradoxo leva ao que Kant de Lima chama de “distorção cognitiva”, levando os policiais a ignorar a formação formal e oficial das academias e a incorporar o treinamento da prática, desenvolvendo o *tirocínio* a partir da experiência transmitida pelos mais antigos.

Se (pelo menos) parte das práticas policiais é reconhecidamente dissonante da ordem democrática de direito e da ordem constitucional vigente no país, uma parcela da responsabilidade dessa música que não agrada cabe ao Judiciário. Afinal, a Polícia não toca sozinha. Kant de Lima explica que, paralelamente a essa cultura policial,

a cultura jurídica brasileira tem fundado sua autoridade na chamada dogmática jurídica, que é transmitida através de procedimentos escolásticos, também encontráveis na prática judiciária cotidiana. Tais procedimentos não só não buscam posições comuns de consenso que estabeleçam os ‘fatos’, mas utilizam a técnica da vitória de uma tese sobre a outra, que prevê sua incomunicabilidade, com a conseqüente impossibilidade de argumentação consensual. Dá-se, assim, precedência aos argumentos de autoridade sobre a autoridade dos argumentos, opondo-se frontalmente esta tecnologia de produção de verdades às formas de produção, legitimação e consagração da verdade vigentes na academia contemporânea, em especial no campo das ciências humanas e sociais, ao qual deveria estar subordinado o campo jurídico, se pretendesse a ele pertencer (2007, p. 87).

²⁵ Aqui se apresenta o problema da importação (mal feita) do modelo kelseniano. Mesmo que vários atos policiais estejam à margem da lei (fora da moldura ou formalmente inválidos), eles acabam sendo validados pela autoridade judiciária, muitas vezes recorrendo à ideia de fé pública.

Se uma das funções do Judiciário é garantir minimamente uma previsibilidade de comportamentos sociais, no caminho da ordem social, inclusive com controle “externo” do poder do executivo, cabe a ele a valoração de adequação legal e de legitimidade das práticas policiais. Isto é, ainda dentro da concepção da tripartição dos poderes, cabe ao Judiciário valorar a adequação das práticas policiais (executivo) às leis e à Constituição (legislativo). No entanto, se esse controle não é realizado, ou se o controle é a aceitação tácita do arbítrio do poder executivo, temos uma ordem jurídica suspensa, no caminho do estado de exceção.

Neste item (1.2) se questiona por que o modelo jurídico do Sistema de Justiça Criminal (o sistema acusatório), considerado o mais adequado à ordem jurídica brasileira atual, não consegue se efetivar. O que acaba ocorrendo, de fato, é a verdadeira atualização, adaptação, perpetuação, do modelo inquisitorial, cuja rejeição é meramente retórica.

O inquérito policial, na medida em que pode ser compreendido como um meio pelo qual se articulam diversos elementos de poder; onde ocorre uma verdadeira gestão do dito e do não dito; um instrumento de conexão entre o aparato administrativo e o judicial; o documento que oficializa o trabalho e as investigações policiais; o documento a lastrear a denúncia e também a decisão judicial etc. deve ser entendido também como instrumento de poder. Por ele, perpetuam-se velhas opressões, velhas lógicas e uma gestão da verdade. Pelo inquérito, é possível apontar uma racionalidade, um regime de verdade. Esse, portanto, é o tema deste item.

1.2.1 O inquérito como dispositivo de conservação

Foucault dedica uma parte de sua obra ao inquérito. Na conferência nº 2 de *A Verdade e as Formas Jurídicas* (2013), descreve o procedimento de busca da verdade de Édipo para, por fim, desmontar o mito do Ocidente de que o saber é uma oposição ao poder. Foucault indica que, ao contrário, ambos os elementos estão juntos e é o poder que indica o saber, a verdade (FOUCAULT, 2013, p. 56). Necessário, portanto, unir dois elementos que a modernidade insiste em dissociar. O saber e o poder. Ao final da terceira conferência, ele mesmo resume:

O inquérito é precisamente uma forma política, uma forma de gestão, de exercício do poder que, por meio da instituição judiciária, veio a ser uma maneira, na cultura ocidental, de autenticar a verdade, de adquirir coisas que vão ser consideradas como verdadeiras e de as transmitir. O inquérito é uma forma de saber-poder. É a análise dessas formas que nos deve conduzir à análise mais estrita das relações entre os conflitos de conhecimento e as determinações econômico-políticas (FOUCAULT, 2013, p. 79).

Nesse sentido, o inquérito não se racionalizou como em um progresso linear, como a história contada pelos modernos parece mostrar. O inquérito apenas adaptou-se às novas medidas do saber-poder. E onde a racionalidade é o parâmetro para se dizer a verdade das coisas e do mundo, o inquérito precisa, antes de tudo, mostrar-se racional. Foucault, então, vai indicar que o inquérito se vale enquanto um “validador” do poder, ritualizando uma disputa política, agindo simbolicamente sob o véu da racionalidade. Esconde, assim, que o teatro, as formas e as formalidades são apenas a validação do mais forte, do detentor do poder.

Se o inquérito moderno se difere do medieval ou do grego, é porque ele tem que se apresentar de acordo com as leis vigentes de seu tempo. O modelo racional é facilmente oponível ao modelo de “jogo das provas” que outrora existiu, porém o resultado da equação continua sendo a validação das relações de poder. No entanto, como mostra Foucault, o inquérito tem servido para mascarar-se enquanto instrumento de poder.

É possível apontar o inquérito, então, como um *dispositivo*²⁶. Por meio dele, saber e poder se confundem. O instrumento que diz a verdade só pode estar assentado na lógica racional. Quem pode, afinal, dizer a verdade? O que vale e o que não vale no jogo da prova? Quem avalia a prova, quem a produz e quem pode refutá-la? E, mais importante, quem é submetido ao inquérito? Todo o jogo de saber/poder que existe a partir do inquérito está sustentado por uma pretensa racionalidade de constituição da verdade.

Dessa forma, como será feito adiante, importante questionar o problema da *gestão da prova*, pois se trata justamente de reconhecer que o inquérito não serve para dizer a verdade sobre um fato. Partindo de outra lógica, é pelo inquérito que diversas forças político-sociais atuam. Nesse sentido, o inquérito pode ser apontado como um dispositivo que atua para a *conservação* das formas de poder.

É justamente no contratualismo que se encontra a mais retórica justificação do direito penal moderno. Se o crime deixou de ser um litígio privado ou de interesse real, a ideia de contrato social passou a entender o crime como um litígio contra o corpo social (ZAFFARONI, 2013, p. 73). Mais do que isso, o contratualismo tinha como pressuposto a argumentação racional, buscando um sentido real e humano para suas instituições.

En realidad, los contratualistas se ocupaban de imaginar y programar el estado y la cuestión criminal les resultaba central, porque lo que planificaban

²⁶ Nas próprias palavras do Foucault: “Através deste termo [dispositivo] tento demarcar, em primeiro lugar, um conjunto decididamente heterogêneo que engloba discursos, instituições, organizações arquitetônicas, decisões regulamentares, leis, medidas administrativas, enunciados científicos, proposições filosóficas, morais, filantrópicas. Em suma, o dito e o não dito são os elementos do dispositivo. O dispositivo é a rede que se pode estabelecer entre estes elementos” (FOUCAULT, 2015, p. 138).

conforme a sus concepciones era el poder mismo. Esta íntima relación – inescindible – del poder con la criminología fue lo que se perdió de vista en la última mitad del siglo XIX, cuando se quiso hacer de ésta cuestión *científica y aséptica*, extraña al poder y separada de la idea misma del estado, tendencia que no se abandona hasta la actualidad (ZAFFARONI, 2013, p. 73)²⁷.

Essa assepsia e (pseudo) científicidade do direito penal é justamente aquilo que se mencionou na crítica à importação do modelo de Kelsen. Também na questão da gestão da prova, o que deve ser reconhecido por aqueles que trabalham com a questão criminal é de que seu gerenciamento está intimamente ligado com o poder estatal e, logo, com as forças que o sustentam.

O princípio da conservação, dentre vários elementos que podem ser apontados para a justificação do Estado Moderno é um ponto nodal para a compreensão do fenômeno da gestão criminal a partir do inquerito. A *conservação* é, nesse sentido, um elemento central na construção da modernidade. O sujeito moderno, não mais protegido pelo poder divino, deve agora procurar sua proteção em uma construção ativa dos próprios seres humanos. Não à toa, para justificar o poder político, cada contratualista cria o próprio sentido do estado de natureza, estado esse que deve ser substituído pelo estado civil e humano.

Para Hobbes, no estado natural, o homem dispõe de poderes e direitos ilimitados de agir no sentido de garantir sua preservação [ou conservação]. É o que ele afirma no capítulo XIV de *Leviatã*, “O direito de natureza, a que os autores geralmente chamam *jus naturale*, é a liberdade que cada homem possui de usar seu próprio poder, da maneira que quiser, para a preservação de sua própria natureza, ou seja, de sua vida”(HOBBS, 2004, p. 113). Assim, “Hobbes não aceitava qualquer direito de resistência à opressão (...). Sua resposta era que qualquer opressão é preferível ao caos”²⁸ (ZAFFARONI, 2013, p. 74).

Para Locke, por sua vez, o estado de natureza, em contraposição ao estado civil, não está próximo nem do paraíso de Éden nem tão próximo do estado “de guerra” descrito por Hobbes, mas se apresenta como uma situação onde não há um juiz com autoridade, onde não há possibilidade de ganhar socorro de alguém investido de poder (GOUGH, 2013, p. 07).

Também em Rousseau está presente a justificativa para a organização política a partir do princípio da conservação. Nisto, ele é categórico: “O tratado social tem como fim a

²⁷Tradução livre: Na realidade, para os contratualistas, imaginar e programar o estado e a questão criminal era uma preocupação central. Esta relação íntima - inseparáveis - do poder com a criminologia foi o que foi perdido de vista na segunda metade do século XIX, quando se quis fazer esta matéria *científica e asséptica*, estranho ao poder e separado da própria ideia de Estado, tendência que não é abandonada até hoje.

²⁸Tradução livre de “Hobbes no aceptaba ningún derecho de resistencia a la opresión (...) Su respuesta era que cualquier opresión es preferible al caos”.

conservação dos contratantes” (ROUSSEAU, 2005, p. 101). Argumenta que quem vive em segurança, devendo sua vida ao Estado, coloca-a como “dom condicional do Estado” (Idem).

Contudo, é somente em Espinosa que a conservação aparece explicitamente de forma mais complexa, como um *conatus*: “O esforço para se conservar é o primeiro e único fundamento da virtude²⁹” (ESPINOSA, 2004, p. 358-359). Ele explica, mais a frente, no capítulo IX do apêndice: “Nada existe mais útil ao homem para conservar seu ser e gozar da vida racional do que o homem que é conduzido pela Razão” (ESPINOSA, 2004, p. 399).

Para Espinosa, um homem livre é aquele que vive sob a conduta da razão (ESPINOSA, 2004, p. 445-446). O homem livre, portanto, é aquele que é senhor de si próprio. Assim, a liberdade não suprime a necessidade de ação, mas sim a dispõe (ESPINOSA, 2004, p. 445-446).

Em análise do *conatus* da conservação (“o primeiro e único fundamento da virtude” ESPINOSA, 2004, p. 358-359), Adorno e Horkheimer indicam que ele “contém a verdadeira máxima de toda a civilização ocidental (ADORNO E HORKHEIMER, 2015, p. 16)”. Os autores justificam essa assertiva dizendo que, “segundo o juízo do esclarecimento, bem como o do protestantismo, quem se abandona imediatamente à vida sem relação racional com a autoconservação regride à pré-história” (ADORNO E HORHEIMER, 2015, p. 16).

Interpretando Hobbes, Agamben indica que o estado civil, em contraposição com o da natureza, não reflete a cessão livre dos indivíduos de seu direito natural, “mas, sobretudo, na conservação, da parte do soberano, de seu direito natural de fazer qualquer coisa em relação a qualquer um, que se apresenta então como direito de punir” (AGAMBEN, 2010, p. 106). Assim, não se trata da conservação dos súditos, daqueles que se submetem à lei, mas sim da conservação do próprio poder instituído.

Então, na modernidade, a vida pessoal e em sociedade devem ser regradas por parâmetros racionais, sob pena de perda de legitimidade, sob pena de o indivíduo dever ser submetido à pré-história, ao estado de natureza. Nesse sentido, o inquirido e os critérios de produção e avaliação da prova, antes de tudo, devem ser racionais, pelo menos em tese.

Nesse sentido, a conclusão é de que o princípio da conservação se apresenta no meio de um grande paradoxo. Ao mesmo tempo em que há o apelo ao racional, há um temor irracional e mítico do estado de natureza. Esse mito da modernidade coloca o sujeito moderno

²⁹*Conatus se seconservandi primum etunicum virtutis est fundamentum (Ethica. Parte IV. Prop. XXII, Corolário). “O conatus, assim, se refere diretamente às essências dos modos singulares, que estão contidas nos atributos divinos, e que devem ser entendidas como potências que expressam, de maneira certa e determinada, a potência de Deus” (PEREIRA, 2008, p. 73).*

em uma posição inerte, incapaz de observar e criticar sua posição histórica e sua possibilidade de ação. Assim, o sujeito moderno crê estar na dianteira de sua própria história, crê exercer a liberdade que conquistou, mas, na verdade, está imerso em uma lógica que pouco consegue notar, sob poderes que se sustentam em parâmetros não racionais, ou seja, contrários àquilo que legitima esse mesmo poder.

Quanto mais devoção à racionalidade e quanto mais ojeriza ao mito, mais o sujeito moderno transforma essa mesma racionalidade em operações mecânicas e automáticas, o que, por fim, desloca o olhar crítico a uma cegueira patológica e seletiva. É o que ocorre com o legalismo. A repetição massiva e estanque do ditado “deve-se cumprir a lei” transforma seu sentido em algo inatingível, com os mesmos ares mitológicos que outrora se recusou. “Quanto mais se desvanece a ilusão mágica, tanto mais inexoravelmente a repetição, sob o título da submissão à lei, prende o homem naquele ciclo que, objectualizado sob a forma da lei natural, parecia garanti-lo como um sujeito livre” (ADORNO; HORKHEIMER, 2015, p. 8-9).

É nessa lógica que opera a recepção do inquérito pelo Judiciário. Legitimada retoricamente pela sua racionalidade, a partir da qual o sujeito é afastado de qualquer apreciação subjetiva e crítica, seu caráter político de manutenção dos poderes instituídos ficam tacitamente legitimados e conservados. O dever da apreciação não somente das provas em si, mas do reconhecimento da gestão da prova e do controle de sua produção, coloca o sujeito à mercê de um automatismo técnico inatingível, mítico. Nisso, as ações humanas em direção à liberdade e à emancipação ficam paralisadas. A partir do princípio da conservação, o sacrifício ao Estado e à sua lei é uma ratificação da vida predestinada pré-moderna.

Salo de Carvalho (2011) mostra como que a transição do modelo inquisitório medieval para o moderno se deu com solavancos contraditórios, permitindo que a tradição inquisitorial ainda se mantivesse em pleno modelo racional-acusatório.

No entanto, é imprescindível perceber (...) que as reformas oitocentistas no discurso penal e processual penal, ponto máximo do processo que se inicia no século XVI, apesar de estabelecerem como variável fundamental a secularização, com a radical separação entre direito (delito) e moral (pecado), não lograram exorcizar a lógica inquisitorial da cultura penal do Ocidente (CARVALHO, 2011, p. 788).

Em sua análise, as transformações políticas – cujo pico foi a Revolução Francesa de 1789 e a Revolução Científica, inclusive com o conhecimento médico que questionou as forças demoníacas e com a distinção entre delito e pecado – não foram suficientes para extirpar o modelo inquisitório do direito penal. “Parece, pois, que a conclusão possível após esta leitura da história da organização da persecução penal é de que o processo de

desconstrução do sistema processual, operado na Ilustração a partir da idéia de secularização, obteve como êxito ‘parcial laicização’ (CARVALHO, 2011, p. 789).

Parte do motivo parece estar assentado na ditadura Napoleônica e seu sistema processual “misto”. O regime autoritário de Napoleão, que veio a sedimentar as aspirações burguesas ao mesmo tempo que conseguia manter parte da estrutura conservadora da França, recepcionou o modelo acusatório de forma contraditória. “A burla de etiquetas do Código Napoleônico (Processo Misto) apenas mantém viva estrutura cuja principal característica primordial é a concentração dos poderes instrutórios na figura do juiz (ator)” (CARVALHO, 2011, p. 789).

Muito se associa o viés inquisitorial do Código de Processo Penal pátrio com os momentos autoritários que o país vivenciou. Fato é que há íntima relação entre práticas inquisitoriais e uma política centralizada e autoritária. Porém, tal relação não pode desviar o olhar crítico às práticas judiciárias de cunho inquisitorial no interior da ordem democrática, tampouco sobre sua atividade legiferante.

A “crise” do inquérito é tema tratado por Aury Lopes Jr. Reconhece em seu texto, inclusive a partir de dispositivos legais ainda presentes no ordenamento³⁰, que o sistema acusatório do processo acaba por sofrer da influência direta da natureza inquisitorial do inquérito, não conseguindo efetivar, de fato, o devido contraditório.

Nessa estrutura inquisitória, o poder e o controle sobre a produção do saber não se vêem diminuídos ou enfraquecidos pelo sistema acusatório, que chega tarde demais, quando o cenário está montado. Quando entra em cena o (ingênuo) julgador, o cenário já está montado e o roteiro definido. Então lhe são apresentadas a ‘verdade histórica’ e o juízo de fato, obtidos na fase inquisitória, para que ele diga o direito aplicável ao caso. O próprio

³⁰Questiona-se, nesse sentido, a edição dos arts. 155 e 156 do Código de Processo Penal, cuja redação foi dada pela Lei nº 11.690/08. Nota-se que a lei foi promulgada em plena democracia estabelecida, o que não impediu seu viés autoritário e inquisitorial. Embora a lei tenha inovado em outros dispositivos, como na explicitação da necessidade de se desentranhar as provas ilícitas do processo (art. 157), ela apresenta um vício constitucional nos arts. 155 e 156. O problema do art. 155 está justamente no termo “exclusivamente”. A interpretação possível do dispositivo parece indicar que poderia o juiz fundamentar sua decisão em prova produzida em fase inquisitorial, desde que não *exclusivamente*. O entendimento aqui é de que o dispositivo exige uma interpretação conforme a Constituição, devendo esta ignorar o termo *exclusivamente* para considerar que o juiz não pode fundamentar sua decisão em elementos produzidos sem o contraditório, ressalvados os casos especificados em rol taxativo do artigo. Quanto ao art. 156, pugna-se, juntamente com Aury Lopes Jr., por sua inconstitucionalidade completa, na medida em que desloca a lógica inquisitorial para o interior do processo, no qual deveria valer a lógica acusatória (LOPES JR., 2013, p. 579). O primeiro contrassenso já está logo no início do dispositivo, dando o ônus da prova àquela parte que fizer a alegação. Ora, o ônus da prova incumbe exclusivamente à acusação. A defesa está livre do ônus. Não deve o réu provar sua inocência, ela é sempre um pressuposto, mas, ao contrário, deve a acusação sempre provar as alegações que imputam o réu a um crime. O outro problema do dispositivo está na confusão sobre a posição do juiz, colocada como instrutor e julgador. Faculta-se ao juiz ordenar, *antes mesmo do início da ação penal*, a produção de provas. O modelo inquisitório está aí escancarado. Diante de uma possível inércia das instâncias acusadoras, poderia o juiz requerer diligências, de ofício, para provar que o réu é culpado? No futuro dessa ação penal, caberia a esse mesmo juiz o julgamento da causa?

contraditório passa a ser simbólico, e não real e efetivo. É exatamente esse o problema do inquérito policial brasileiro, que ao integrar os autos do processo e poder ser utilizado como elemento de convencimento do julgador, acaba por transformar o processo penal num jogo de cartas marcadas, ou melhor, dadas a critério do investigador. Ingênuos são os juízes que com elas jogam sem dar-se conta disso... (LOPES JR., 2013, p. 579).

Enfim, este item procurou demonstrar que a posição do inquérito aproxima o Sistema de Justiça Criminal atual do modelo inquisitório de outrora, que a racionalidade moderna tanto buscou rejeitar. Essa rejeição, contudo, mostra-se meramente retórica. Como pontua Aury Lopes Jr., a gestão da prova, tal como realizada hoje, transforma o processo penal em um jogo de cartas marcadas, com fim pré-determinado e já conhecido.

A verdade produzida no inquérito, representando a verdade histórica, real, material, etc., é recebida no processo judicial com força praticamente inquebrável. Isso porque não houve completo desprendimento histórico do modelo com a concepção epistemológica de verdade. Esta que deve corresponder não aos anseios de um inquisidor que busca descrever os fatos tal como aconteceram, mas sim a partir da ideia de que essa noção é impossível, e a única verdade admissível e possível é aquela que decorre dos autos. Estes mesmos autos que contam não só a história de um caso concreto, mas do modelo penal, de uma política criminal, de uma política do Estado em direção aos seus cidadãos.

Considerar o inquérito como dispositivo, portanto, significa entendê-lo enquanto um instrumento de poder pelo qual se perpetuam as opressões presentes na sociedade brasileira, fazendo isso de maneira velada e mascarada por uma lógica que se pretende racional, lógica e jurídica. Nesse sentido, a gestão da prova do inquérito, no fim das contas, vale como mero protocolo, um caminho de cartas marcadas com desfecho já escrito. Os sujeitos ali envolvidos já são conhecidos e já estão julgados. A partir daí, finalizado o inquérito, há o automatismo de sua recepção pelo Judiciário, que valida as provas realizadas sem contraditório.

A validação automática do inquérito policial é momento da exceção. A validação feita pelo soberano carrega consigo sua legitimidade, que vem blindada de crítica e, conseqüentemente, de possibilidade de reação. Ao mesmo tempo, a aplicação da norma com fundamento em uma racionalidade explícita e aberta é suspensa para a aplicação da mesma norma com uma racionalidade instrumental, direcionada e unidimensional, tal como desejada pelo poder violento exercido pelo soberano. “Em todos os casos, o estado de exceção marca um patamar onde lógica e práxis se indeterminam e onde uma pura violência sem *logos* pretende realizar um enunciado sem nenhuma referência real” (AGAMBEN, 2004, p. 63).

Volta-se, então, para a questão da distinção entre violência *per se* e violência legítima, colocada no começo do capítulo. O inquérito, assim, vale-se de um dispositivo pelo

qual se suspende a aplicação da lei (que deve ter sua racionalidade em disputa, em constante trabalho dialético) para aplicar o poder instituído na forma da violência. Faz isso pelo automatismo dogmático que, como diz Kant de Lima, garante a perpetuação da força das autoridades em detrimento da ascensão da força dos argumentos (KANT DE LIMA, 2009, p. 43-44).

A produção de verdade a partir do inquérito não é somente em relação a cada caso em particular. Mais do que isso, a produção de verdade a partir do inquérito é de um verdadeiro estado de exceção legitimado juridicamente, no qual o inimigo é alvo determinado e específico. Nesse cenário, a força de lei se aplica de cima para baixo em vários sentidos, socialmente, juridicamente, institucionalmente. Seu viés horizontal e democrático, dialógico e racional, fica capenga, agonizando nas questões das provas de faculdade e no exercício intelectual.

1.2.2 Tecnologias não como oportunidade, mas como conveniência. Os discursos de adesão das novas tecnologias

Diante desse cenário, como que o inquérito absorve as novas tecnologias? As tecnologias não aparecem como oportunidade, mas como conveniência. Isso significa já apontar o direcionamento deste trabalho, que é justamente o de analisar as tecnologias enquanto mais um elemento estruturante e de solidificação de uma lógica procedimental já antiga, já há muito aplicada. Ou seja, as tecnologias são incorporadas ao processo penal e ao inquérito não como oportunidade construtiva e dialógica de resolução de conflitos sociais, mas, ao contrário, surgem como cúmplices do modelo que já está aí. Aprofundam, portanto, o direcionamento unidimensional do Sistema de Justiça Criminal, aprofundam sua seletividade, aprofundam suas contradições e suas opressões.

Para Isabel Loureiro, Marcuse defende que “O progresso científico e técnico passa a funcionar como cimento ideológico e faz parecer pueril a ‘promessa de felicidade’ da cultura pré-tecnológica. Numa época de mercantilização acelerada, quem promete felicidade – e não cumpre, porque não pode fazê-lo – são as mercadorias” (LOUREIRO, 2013, p. 184-185). Toma-se emprestada a frase da autora para expressar o entendimento sobre a adesão das tecnologias no procedimento criminal. No mesmo movimento, a adesão paulatina e linear às tecnologias corresponde a uma expectativa de que elas irão finalmente dar uma solução para o problema do crime.

As tecnologias têm aparecido como a grande solução dos problemas penais. Não somente a vigilância massiva, na ilusão de que ela pode dar cabo da criminalidade,

controlando-a e reduzindo-a, mas também como aperfeiçoamento do trabalho técnico policial, dispondo o agente de meios melhores para atingir os objetivos do trabalho policial. É com esse teor que a tecnologia se apresenta. Reiterando o que já foi sustentado acima, o progresso técnico-científico entra no mundo penal com legitimidade já formada. Não há pesquisas para embasar sua adesão, não há análise sociológica de impacto, expectativas objetivas, variáveis etc., há tão somente uma adesão cega e automática. Dessa forma, não tem outro destino a não ser o da conservação (da estrutura inquisitorial do Sistema de Justiça Criminal). A adesão tecnológica, sem uma mudança mínima da lógica utilizada na aplicação e compreensão das normas penais, corresponde a um necessário aprofundamento das contradições, impasses e defeitos do Sistema de Justiça Criminal.

Para tanto, impõe-se uma análise do discurso de adesão das novas tecnologias. O avanço tecnológico, por apresentar uma maior possibilidade de controle, vigilância, agilidade e baixo-custo, flerta com um processo penal fortemente influenciado pelas demandas sociais por uma Justiça Criminal “eficiente”.

Os que defendem uma Justiça Criminal altamente tecnológica, ainda que preocupados com a questão do direito de acesso à justiça, acabam por se submeter a uma ideologia *eficientista*. É recorrente que os defensores do avanço tecnológico na justiça brasileira associam propostas fundadas em valores antidemocráticos a um raciocínio contabilista de diminuição dos custos e aumento dos efeitos.

Todavia, a eficiência poderá servir apenas como disfarce para visualizarmos finalidades realmente distantes dos objetivos ora pensados. Quando os resultados a serem obtidos estão pré--definidos sob parâmetros já estabelecidos, tais como “guerra às drogas” e “eliminação do inimigo interno”, a proposta de eficiência não pode conduzir ao garantismo, mas a novas reedições do totalitarismo. Neste item 1.2.2, busca-se realizar uma análise de quais discursos, e como, estão sustentando essa adesão *eficientista* e utilitária das tecnologias no processo penal, favorecendo o quadro de conservação da estrutura inquisitorial do Sistema de Justiça Criminal.

1.2.2.1 O punitivismo neoliberal

Assinala Loïc Wacquant que está em curso uma “inconteste hegemonia do pensamento neoliberal sobre segurança (...)” (WACQUANT, 2007, p. 20). Nas políticas públicas do *Law and Order* e do *Law Enforcement*; na vibração da opinião pública do *modelo Tropa de Elite* de combate ao crime; e na mídia que bombardeia diariamente discursos alarmantes sobre violência urbana; a retórica das novas tecnologias “contribui para a

construção política de uma penalização reforçada e ostensiva, encarregada de conter as desordens causadas pela generalização do desemprego, do subemprego e do trabalho precário” (WACQUANT, 2001, p. 73). Esse discurso, apesar de soar agradável aos ouvidos de grande parcela da opinião pública, cria uma verdadeira cultura do medo, que realimenta novamente a política de enrijecimento penal.

Nesse contexto, o retorno da “mão invisível” e seu complementar recrudescimento do “punho de ferro”³¹ do Estado punitivo e vigilante (WACQUANT, 2007, p. 32), tem grande reflexo no Judiciário. Com o discurso neoliberal, nota-se uma tendência do Judiciário em flexibilizar cada vez mais as garantias processuais. Nesse sentido, a adesão tecnológica à política criminal acaba também por estar envolta nesse pressuposto.

O discurso neoliberal é, grande parte, uma retomada principiológica e epistemológica que remete ao começo da construção da democracia estadunidense, marcado pela ética protestante e por grandes teóricos do liberalismo clássico. Sua retomada, especialmente a partir da década de 1970, deu-se como uma crítica político-social ao modelo do *welfarestate*, que indicava sinais de desgaste, e também como uma resposta política das classes dominantes ao fim da segregação racial e da emancipação política dos negros nos Estados Unidos³².

Zaffaroni aponta que o começo de um discurso liberal-conservador data de 1964, na campanha presidencial de Barry Goldwater, grande influente da retomada de um pensamento conservador nas décadas seguintes. Na sequência, o presidente Richard Nixon declarou a famosa guerra às drogas, fator fundamental para um efetivo encarceramento em massa nos Estados Unidos. O pensamento teve continuidade, em especial, com os presidentes Reagan e Bush (pai), para então eclodir com a guerra ao terrorismo declarada pelo Bush (filho) (ZAFFARONI, 2013, p. 196). O pensamento neoliberal punitivista teve também especial destaque na década de 1990, na prefeitura de Rudolph Giuliani na cidade de Nova Iorque (WACQUANT, 2001), que aplicou com *mãos de ferro* o combate ao crime na cidade³³.

³¹ WACQUANT (2007), em referência à “mão invisível” autorreguladora do mercado, explica que o avanço do discurso neoliberal nas políticas públicas nos EUA atua no sentido de fortalecer o Estado Punitivo, recrudescendo a força policial, diminuindo e burocratizando a assistência social, aumentando o índice de encarceramento e marginalizando a parcela vulnerável da população (2007, p. 25-74).

³² Agradeço essa reflexão, bem como a de todo este item, a Marcos Vinícius Lustosa Queiroz, com quem escrevi um artigo, com a orientação do prof. Evandro Piza, sobre o assunto. O artigo está publicado no livro do PET-Dir-UnB (DEUS GARCIA; QUEIROZ, 2014).

³³ No Brasil, sua influência é bastante notável já no governo Collor, ganhando amadurecimento no governo Fernando Henrique. No governo PT de Lula e de Dilma, pelo em menos em matéria de política criminal, não houve significativa mudança. Ao contrário, com a edição da nova lei de drogas, de 2006, o discurso punitivista, com encarceramento em massa, parece estar em vertiginoso crescimento. Não é coincidência o fato de que o esse discurso veio acompanhado de um momento econômico favorável no Brasil, nos quais as classes pouco

Com o neoliberalismo, ocorre a retomada pela construção discursiva sobre igualdade e liberdade em um modelo de sociedade já previamente definido. Isso, no entanto, pouco tange a questão da desigualdade, seja no aspecto material ou moral, vindo a refletir como intolerância em relação àquilo que se refere a projetos ou modelos de vida diversos. Pois de acordo com esse discurso, a liberdade, indissociável do discurso religioso do livre arbítrio, pressupõe a existência de uma igualdade de oportunidades, em que todas as pessoas possuem as ferramentas necessárias para que possa se valer como corpo útil de trabalho para a comunidade. Tem-se, portanto, a concepção de que ninguém tem um lugar pré-determinado na sociedade, e que a condição ocupada na estratificação social depende somente de seu esforço individual.

Tal ideologia encontra aí a justificativa para punir o desviante. Ora, se todos são iguais em oportunidades, direitos e liberdades, o desviante faz isso por pura liberalidade individual, o que justificaria sua punição severa. Nesse contexto, a ascensão material das classes mais baixas passa a ser um indicativo de que essa igualdade mínima foi alcançada, de modo que o discurso punitivista possa agora ser aplicado sem ressalvas ou desculpas.

Tendo isso em vista, o anormal/estranho/desviante/inimigo dentro da razão neoliberal é aquela pessoa que não trabalha, não possui um emprego, que não possui a sua própria renda ou que não possui “ambição” de mudar sua condição de subemprego, o que por sua vez leva esse indivíduo a não “contribuir” para o desenvolvimento social e econômico da sociedade, sendo comparado ao inimigo do corpo social. Em outros termos, o que se combate é a própria pobreza, que se constitui como um estado intolerável contra esse modelo ético do liberalismo econômico, o qual concebe os Estados Unidos como a “terra das oportunidades” (WACQUANT, 2003, p. 42).

Esse argumento serviu de base tanto para o crescente índice de encarceramento depois da década de 1970, como também para o movimento de retirada da assistência social com a diminuição contínua do Estado social. Enquanto as verbas para o sistema carcerário e de segurança crescem de forma exponencial, as medidas de redistribuição de renda e amparo aos mais pobres permaneceram estagnadas, quando não sofrem um retrocesso (WACQUANT, 2001, p. 77-82).

Como há de ser observado, o discurso neoliberal punitivista ganha bastante respaldo com a doutrina de combate ao inimigo, podendo este variar, ora a droga, ora o não-

privilegiadas ascenderam no estrato social com poder de compra, inserindo-se e consumindo em espaços antes privativos das classes dominantes.

trabalhador e ora o terrorista. O local dos desviantes é bastante claro na política neoliberal. A concepção de “corpo livre” ou de “cidadão” encontra em seu cerne um indivíduo que deve se valer como corpo útil, contribuindo para a sociedade através do trabalho. A acumulação de capital, representação de sucesso individual, significa uma contribuição positiva ao bem estar de toda a sociedade. Weber explica a lógica desse discurso:

Na verdade, essa idéia tão peculiar do dever do indivíduo em relação à carreira, que nos é familiar atualmente, mas na realidade tão pouco óbvia, é o que há de mais característico na ética social da cultura capitalista e, em certo sentido, constitui sua base fundamental. É uma obrigação que se supõe que o indivíduo sinta, e desato sente, em relação ao conteúdo de sua atividade profissional, não importa qual seja, particularmente se ela se manifesta como uma utilização de suas capacidades pessoais ou apenas de suas posses materiais (capital) (WEBER, 2005, p. 21).

O processo de consolidação dessa *moral do trabalho* contextualiza-se nos ideais de universalidade e racionalidade modernos. Ou seja, qualquer visão semântica dissonante da estabelecida pelos padrões oficiais deve ser excluída, tomada como uma anormalidade em relação ao corpo social.

Quando o poder público e sua consequente política criminal se associam a parâmetros morais homogeneizadores, ele acaba partindo do pressuposto de que a organização estatal deve existir apenas com o objetivo de garantir o modelo econômico e a defesa da propriedade. O objetivo final, portanto, é de um efetivo mecanismo de controle social, avesso a modificações políticas e influente nos mais diversos espaços de convivência, o que demonstra sintonia com a ideia de conservação, trazida logo acima.

Assim, a formação da racionalidade moderna e de suas abstrações, que deram base e foram alimentadas pelo Estado liberal, ao refletir certas relações de poder e concepções morais, inclusive propondo uma narrativa padrão a ser seguida, significou uma economia de pessoas e comportamentos que marginalizou tudo aquilo que não se encaixava na sua ordem. Esse modelo que dá as formas da normalidade por meio da vigilância e de um controle ou (1) torna úteis os corpos para a manutenção das relações de trabalho necessárias e da estrutura do poder; ou (2) controla os corpos dos indesejáveis, garantindo-lhes o lugar que lhes convém, longe dos olhos e das relações pessoais do sujeito universalizador.

Nessa lógica moderna, a função do Estado encontra-se organizada burocraticamente também para *categorizar, separar, estratificar, colocar em padrões pré-estabelecidos, hierarquizar*, buscando o controle absoluto sobre seu objeto. Isso pode ser bem observado na análise feita por Wacquant, que entende que o discurso neoliberal veio a adaptar os programas de assistência social, fazendo isso “classificando” seus destinatários (WACQUANT, 2007, p.

155). Assim, não há ruptura ou um abandono da assistência social, mas elas são adaptadas até transformarem-se em instrumento de controle por parte do Estado (WACQUANT, 2007, p. 184).

Não é raro ouvir o brado do senso comum a respeito dos custos de um preso e afirmações de que este deveria “trabalhar forçado para pagar o que fez”. Preso aqui sequer é visto sob a ótica do crime que cometeu, sendo apenas uma categoria de sujeito que foi excluído por alguma causa justa e merecida. Zaffaroni faz uma crítica ao que ele chama de Criminologia Midiática, dizendo que esta contribui para criação de um senso comum (absolutamente irracional) punitivista na sociedade. O maior problema disso, no entanto, é que ela acaba pautando as políticas de Estado da questão criminal (ZAFFARONI, 2013, p. 241).

Nessa lógica, o tratamento dado ao estranho deve ser o de menor custo possível, o de procedimento célere e distante, dada a sua natureza perigosa. Sob este ponto de vista, portanto, a definição de *eficiência* aparece necessariamente vinculada a critérios meramente econômicos e de uma segurança pública orientada sob o paradigma da exclusão e da homogeneidade. Nesse caminho, os direitos fundamentais restam preteridos, e mesmo o *porquê* da jurisdição se perde em uma significação que não lhe cabe.

Sob o contexto desse *eficientismo penal*, o sujeito é reificado, reduzido a uma partícula deslocada que, não podendo ser excluída definitivamente, deve ser gerenciada ao menor custo possível, numa verdadeira *economia de pessoas*. Também não se deve negligenciar a função pública da pena, cujo efeito moralizador é central (FOUCAULT, 2011, p. 105 e 126).

Isso quer dizer que o discurso que legitima as medidas sob a lei do “menor custo e menor risco”, aplaudidas em grandes audiências, é o significado de que o direito penal está cumprindo com sua função de corrigir – de controle social – de forma eficiente, deixando de ser cada vez mais um entrave à lógica produtivista do neoliberalismo. Questiona-se, no entanto, a intenção moralizadora de um direito penal punitivista. O problema é que essa função moralizadora, quando tomada a cabo, revela-se meramente retórica.

O aparente (mas falso) paradoxo é que o neoliberalismo, principalmente o mais conservador, invoca em seus princípios a educação de valores morais e o intenso respeito à autoridade. Sob esse ponto de vista, o modelo ideal é aquele em que as pessoas não cometem crimes por vontade própria, ideia que corretamente remete ao princípio do imperativo categórico de Kant. A tecnologia sendo usada para incremento da sociedade do controle, na medida em que carrega consigo o peso de um autoritarismo acrítico com ares *stalinistas*,

parece estar sustentada pela lógica do princípio do imperativo hipotético, adaptado aos *behavioristas*.

Essa adesão do neoliberalismo às tecnologias de controle e de vigilância escancara mais uma vez a contradição do universalismo kantiano. O direcionamento ético do *eu* para o mundo não passa de mais uma tentativa colonizadora do sujeito moderno, que faz projeções de si para os outros e para o mundo. Assim, coloca uma grande barreira em qualquer tentativa genuína de alteridade. O que antes, nos tempos de Kant, poderia ser considerado como genuína tentativa de alteridade, hoje já não pode ser visto senão como hipócrita tentativa de mascarar uma velha opressão.

Nesse mundo penal de princípios *novos* liberais, o *eu* não ganhou nova cor, novo gênero, nem nova naturalidade. O *outro* continua presente na representação impossível. As regras e os princípios do novo liberalismo não são válidos para o outro, já que este é tratado de forma diferente. Pergunta-se: que sentido faria esperar do outro, que é o outro, nada além do não-eu, que aja e pense como eu? O universalismo só pode e deve ser aplicado para meus iguais, e somente deles que se espere a educação de valores morais, somente dos iguais que se espere o respeito à autoridade. Somente ao mesmo convém a pergunta “qual a legitimidade da autoridade?”. Aos demais, a educação de valores não pode ser esperada, e a aplicação da força da autoridade não pode esperar qualquer pergunta, impondo sua aplicação imediata, sem questionamento.

Nesse ponto mais uma vez se entra no debate sobre o automatismo da aplicação da força do estado por parte da Polícia, bem como se sua recepção branda por parte do Judiciário. O questionamento da legitimidade da autoridade só pode ser questionada pelos iguais, pelo *eu universalizado*, jamais pelo outro. Mas quando a autoridade se confunde com o *eu*, a pergunta é dispensada, desnecessária.

1.2.2.2 O utilitarismo neoliberal e a economia de pessoas

Para Foucault, o neoliberalismo significou uma generalização da lógica econômica de mercado a outros campos não econômicos. A “generalização da forma econômica do mercador no neoliberalismo americano, além das próprias trocas monetárias, funciona como princípio de inteligibilidade, princípio de decifração das relações sociais e dos comportamentos individuais” (FOUCAULT, 2008, p. 334). Após explicar esse processo, a aplicação dessa lógica de mercado às formas de vida não econômicas acaba invadindo os critérios e a prática da governabilidade (Idem, p. 337). Assim, os critérios que antes serviam

de lei natural do mercado são importados para a gestão pública, pautando seus excessos, políticas, gastos e, finalmente, sua validade.

Essa nova prática governamental vai, por fim, pautar as políticas da questão criminal. Ela passa a ser gerenciada em termos de utilidade em uma somatória de efeitos que são reduzidos a termos mercadológicos. Nesse sentido, o direito penal almejado na política criminal neoliberal apresenta dois princípios norteadores básicos: eficiência e baixo custo (FOUCAULT, 2008, p. 341-342).

A partir de um levantamento com diversos autores consagrados na doutrina pátria, é possível identificar as palavras que usualmente servem de fundamento ao argumento favorável às novas tecnologias de comunicação no processo penal. São elas: *modernização, agilidade ou celeridade, baixo custo, riscos com deslocamento, alta periculosidade dos envolvidos* etc.

Na questão da videoconferência, por exemplo, a doutrina nacional majoritária pode ser observada neste fragmento de Damásio de Jesus, no qual diz que a Lei 11.900/09 “representou, a meu ver, notável avanço no sentido de modernizar e agilizar a prática da Justiça Criminal, evitando gastos e riscos desnecessários, com deslocamentos de presos de alta periculosidade” (JESUS, 2009, p. 28-29).

É fundamental que se problematize epistemologicamente essa fórmula argumentativa. Os critérios para a adesão das novas tecnologias no processo penal devem estar explícitos, afinal é daí que se avalia a fonte legitimadora da prática penal. Quando o argumento é lastreado por critérios utilitários, subsidiários de sua função principal, esta fica mascarada, oculta à crítica direta, flutuante em legitimidade. Nesse caso, a argumentação fica limitada a aspectos quantitativos (como) da prestação jurisdicional, quase nunca alcançando seu aspecto qualitativo (para quê).

Não é preciso reduzir ao cálculo numérico, nem sistematizar as variáveis da vida humana, tampouco sopesar friamente a potencialidade danosa dos instrumentos usados [como proporia Bentham (2002, p. 265)]. É possível afirmar que a aceitação tácita das tecnologias no processo penal é validada argumentativamente a partir de uma lógica utilitarista. O instrumento medido acaba sendo validado em termos de utilidade, e o critério para definir essa utilidade gira em torno de custos e celeridade, e não em termos de qualidade da prestação jurisdicional.

Para se compreender melhor porque o argumento comumente utilizado para legitimar a adesão às novas tecnologias é de ordem utilitarista, é válida a análise desenvolvida pelo economista Amartya Sen³⁴ (2011). O autor ensina que, “na verdade, o raciocínio utilitarista é um amálgama de três axiomas distintos: (1) consequencialismo, (2) *Welfarismo* e (3) *ranking* pela soma” (2011, p. 253).

O *consequencialismo* impede a visão do problema como algo estrutural, limitando-se ao caso concreto e imediato. Dessa maneira, para um caso específico, a medida pode até parecer mais benéfica, mas não há o olhar voltado para os efeitos da aplicação de determinado dispositivo em larga escala. A conjuntura de uma medida aplicada em dimensões nacionais tem efeitos específicos que são incomensuráveis a partir de uma visão microscópica ou casuística.

Se em determinado caso a violação da privacidade de alguém foi fundamental para que um fato delituoso não ocorresse, em larga escala, a violação da privacidade é o primeiro passo tomado pelos governos totalitários. Daí a importância histórica da defesa dos direitos individuais. A visão utilitarista não permite esse deslocamento crítico para os efeitos estruturais de uma medida processual eletrônica, por exemplo, de modo que se torna inaceitável o argumento que encontra fundamento em mero casuísmo ou particularidade.

O *welfarismo*, por sua vez,

insiste que os estados de coisas devem ser julgados exclusivamente pelas informações de utilidade (como felicidade ou satisfação dos desejos) relacionadas a eles – não importando quais possam ser as outras características dos estados de coisas consequentes, como a execução de ações específicas, por mais desagradáveis que sejam, ou a violação das liberdades alheias, por mais pessoas que sejam (SEN, 2011, p. 253).

O axioma do *welfarismo* talvez seja o que mais se evidencia na adesão das tecnologias adotadas pelo Judiciário e também pela Polícia. Ele impõe que todos os critérios possíveis para avaliação da medida sejam reduzidos em termos de utilidade. Basta que o instrumento apresente algum elemento de utilidade para determinado fim específico que logo ele é aceito.

Um bom exemplo para a ilustração do axioma do *welfarismo* é a adoção em larga escala da medida de videoconferência. A medida apresenta contornos de utilidade bastante óbvios e fáceis de visualização, como a diminuição de custo e desnecessidade de traslado do

³⁴ Vencedor do prêmio Nobel de economia em 1998.

preso a juízo. No entanto, o debate sobre o interrogatório online demonstra a enorme complexidade da intermediação indireta³⁵.

No entanto, a perspectiva proporcionada pelo viés utilitarista bloqueia a análise multidimensional do problema, conseguindo se dirigir à medida adotada apenas em termos objetivos e desumanizados, sempre retornando à lógica da impessoalidade e objetividade, muito distantes do que de fato se procura na prestação jurisdicional.

O *ranking* pela soma, terceiro axioma, representa a exigência que o utilitarismo impõe de que as desigualdades, ou diferenças, sejam medidas de igual forma para o resultado final esperado (SEN, 2011, p. 253), o que significa que não há qualquer espécie de peso para avaliar o que determinada medida pode representar na vida de uma pessoa, que será sempre considerada no modelo unitário e genérico de representação.

Nessa lógica, é fácil de perceber como que os interesses do réu, já considerado como altamente perigoso tanto pelo Judiciário como pela opinião pública, serão sempre tidos como o menor elemento dessa soma. Ora, a economia de recursos será sempre superior à possibilidade de dano ao sujeito submetido à nova tecnologia.

Hannah Arendt, em sua crítica à lógica utilitarista, sugere que o problema não é o da instrumentalidade (usar um meio para determinado fim), mas quando “a serventia e a utilidade são estabelecidas como critérios últimos para a vida e para o mundo dos homens” (ARENDR, 2010, p. 197). Ou seja, quando a utilidade e a instrumentalidade se valem como fundamento final para avaliação das coisas, gera-se a ausência de significado (ARENDR, 2010, p. 192), acarretando inclusive na reificação do ser humano, que passa a trabalhar não mais para algo com um significado-fim, mas para sua própria instrumentação, sendo ele mesmo um meio.

Utilizar-se da racionalidade utilitarista é insistir na arbitrariedade de um sistema criminal que já pouco considera seus jurisdicionados enquanto sujeitos de direitos. Sopesar interesses dessa forma corresponde, em última instância, a reprimir direitos há muito conquistados. A lógica utilitarista se vale necessariamente da insensibilização e impessoalidade completas, uma vez que sua prática pode acarretar em violações de direitos e liberdades, reificando os seres humanos e seus interesses, reduzindo-os a um plano matemático no qual a humanidade é vista como vício.

³⁵É o que argumentam diversos autores da doutrina pátria, como Sérgio Pitombo, Luiz Flávio Borges D’Urso, Aury Lopes Jr. e outros.

No subitem anterior (1.2.2.1), tentou-se demonstrar como se dá essa redução de subjetividade na ideologia neoliberal. O sujeito passa a ser considerado como mais uma célula *livre e autônoma* do corpo social. O papel que uma possível desigualdade pode ocasionar na personalidade e nas oportunidades de um indivíduo não entra (e não tem como entrar) na conta utilitarista. O violador dessa política do corpo social, nessa lógica, acaba sendo destinado à punição. Punição esta, por sua vez, que deve corresponder aos critérios de celeridade, eficiência e baixo custo.

Para Foucault, no liberalismo clássico, na toada que levou também Beccaria, Bentham e Mill, o mecanismo utilizado pelos liberais para controlar o crime de forma econômica foi a lei. O legalismo teria se sustentado, inicialmente, não por uma questão lógico-racional, nos critérios-padrão da modernidade, mas porque seria a forma mais econômica de controlar os desviantes. “A lei é a solução mais econômica para punir devidamente as pessoas e para que essa punição seja eficaz” (FOUCAULT, 2008, p. 341).

Nessa ideia, os liberais vão sugerir um sistema mecânico de gestão do sujeito infrator. Como coloca Foucault, primeiro se define a relação entre lei e crime. Segundo, a pena deve estar definida pela lei. Terceiro, a gravidade da pena deve acompanhar a gravidade do delito. Quarto, o objetivo final, o tribunal deve tão somente aplicar a pena ao crime, ambos já especificados (FOUCAULT, 2008, p. 341). Dessa forma, o *homo penalis*, aquele que se submete ao poder penal, vira *homo oeconomicus*, pois “é a lei que permite, precisamente, articular o problema da penalidade com o problema da economia” (FOUCAULT, 2008, p. 341).

O legalismo, no entanto, entrou finalmente em crise. Também o liberalismo e o positivismo entraram em crise. Mas nada impediu que, após curto período de dormência, voltassem com o prefixo “neo”, renovado em discurso, e em aparente legitimidade. No caso do automatismo mecânico, isso fica bastante evidenciado com a herança de Kelsen. Seu legado no Brasil, que ajudou a contribuir com a formação do senso comum teórico dos juristas (WARAT, 1982), ainda é percebido hoje de forma latente não só na educação formal das escolas jurídicas, mas principalmente na prática forense. Como se observa, mecanização da aplicação legal é hoje percebida na mecanização da produção e da gestão da prova produzida, pelo menos em se tratando de tráfico de drogas.

Essa crítica, da recepção automática do inquérito policial por parte do juiz do processo, sem questionamento da narrativa histórica, que está sendo contada sub-repticiamente, será mais bem trabalhada em momento oportuno, quando se discutirá a política de drogas e os alvos privilegiados desse sistema repressor. Mais do que uma gestão

econômica e moral dos cidadãos de uma sociedade, a política neoliberal, com seu automatismo acrítico frio, tem em seu cerne o seletivismo penal. Ou melhor, seu exclusivismo penal. Não se trata mais de um modelo racional com fins de alcançar um objetivo comum, em homogeneidade social e política. Ao contrário, toda a ação está em racionalizar uma prática irracional de exclusão e de controle.

1.2.2.3 Racionalidade Burocrática e Exceção

O que se evidencia na utilização das tecnologias no processo penal e no inquérito, e com a recepção automática de seu uso sem que se passe por um crivo crítico constitucional ou pela questão da legitimidade, é a presença de uma racionalidade que ofusca parte das consequências sociais e políticas. Essa racionalidade, que já foi apontada ao longo deste capítulo, pode ser mais bem colocada no conceito de *racionalidade burocrática*, assim conhecido pelo sociólogo Zygmunt Bauman.

A partir da problemática que se observa na aplicação de uma racionalidade que se perde em seu meio (eficiência), não questionando sua finalidade (para quê), emerge a importância de se trazer o holocausto como um dos elementos norteadores para este estudo. Para Bauman, o holocausto representa o bem sucedido modelo de organização dessa sociedade burocrática (BAUMAN, 1998, p. 32). “Foi o mundo racional da civilização moderna que tornou viável o Holocausto” (BAUMAN, 1998, p. 32).

Com isso, o que se busca especificamente neste item é compreender como se estabelecem as relações éticas em um modelo de Justiça que tem por fundamento essa racionalização burocrática. Nesse sentido, na medida em que se discorreu sobre os diferentes discursos e atores envolvidos nessa gestão penal, trata-se agora de entender melhor o processo de dessensibilização e da construção de uma “cegueira moral” (BAUMAN, 1998, p. 44) dos atores jurídicos. Falar do holocausto é “crucial para a nossa compreensão do moderno modo burocrático de racionalização não apenas, nem basicamente, porque nos lembra (...) até que ponto é formal e eticamente cega a busca burocrática de eficiência” (BAUMAN, 1998, p. 34).

Questionou-se a possibilidade de o holocausto ter sido consequência da obra de fanáticos ou fruto dos prazeres de sádicos. No entanto, refuta-se essa ideia. Ao contrário, para integrar os “grupos de ação”, eram evitados “(...) indivíduos entusiasmados, de muita carga emocional ou ideologicamente super zelosos” (BAUMAN, 1998, p. 39). Esse distanciamento ético, portanto, se desenvolve de maneira estrutural, e depende de uma conjuntura institucional que é historicamente determinada. Assim, o modelo acaba por alcançar pessoas simplesmente por estarem inseridas em um determinado paradigma.

Como explica Bauman:

O sucesso técnico-administrativo do Holocausto deveu-se em parte à hábil utilização de ‘pílulas de entorpecimento moral’ que a burocracia e a tecnologia modernas colocavam à disposição. Dentre elas, destacavam-se a natural invisibilidade das relações causais num sistema complexo de interação e o ‘distanciamento’ dos resultados repugnantes ou moralmente repulsivos da ação ao ponto de torná-los invisíveis ao ator (BAUMAN, 1998, p.46).

Os mandantes dos extermínios quase nunca estabeleciam contato direto e pessoal com as vítimas, mantendo-se na distância dos memorandos, recursos tecnológicos, telefonemas e conferências (BAUMAN, 1998, p. 44). Não é com as mãos que se cometem as maiores atrocidades, mas atrás de uma escrivadinha com o poder de ordem, na necessidade de que o outro se mantenha o mais distante possível, sem ter sua presença humana sentida. “O uso da violência é mais eficiente e menos dispendioso quando os meios são submetidos a critérios instrumentais e racionais e, assim, dissociados da avaliação moral dos fins” (BAUMAN, 1998, p. 122).

Bauman (1998) cita o estudo de Gerth e Mills sobre o conceito de administração pública de MAX WEBER para explicar como funciona essa racionalização:

Precisão, rapidez, clareza, conhecimento dos arquivos, continuidade, descrição, unidade, estrita subordinação, redução do atrito e dos custos materiais e pessoais – tudo isso é levado a um grau de otimização na administração burocrática... (...) O desempenho ‘objetivo de um negócio significa basicamente um desempenho segundo regras mensuráveis e ‘sem considerações com pessoas’ (GERTH; MILLS *apud* BAUMAN, 1998, p. 33-34).

Nesse sentido, em uma sociedade com recursos tecnológicos altamente desenvolvidos, esse perigo da racionalidade burocrática é potencializado. É cada vez mais fácil operacionalizar as relações humanas, distanciando-as pelos recursos digitais e virtuais, aproximando os seres humanos a códigos ou números (GINZBURG, 2001, p. 211). “Como se viu, a distância, quando levada ao extremo, pode gerar uma falta de compaixão absoluta para com os outros seres humanos” (GINZBURG, 2001, p. 211-212).

O maior perigo consiste justamente em considerar o aparato tecnológico como algo eticamente neutro (BAUMAN, 1998, p. 126), nos mesmos termos da discussão proposta no item 1.1 deste capítulo. “Reduzidos, como todos os outros objetos de gerenciamento burocrático, a meros números desprovidos de qualidade, os objetos humanos perdem sua identidade” (BAUMAN, 1998, p. 127). Se a linguagem de intermédio entre julgador/acusador e réu, que vai servir como meio de narração, é analisado sob o ponto de vista puramente

técnico, livre de qualquer perspectiva ética e humana, temos que também o outro é submetido a esse olhar desumanizado.

Por trás de toda essa aventura tecnológica que adentra inclusive a linguagem, a burocracia reina. “É programada para medir essa solução ótima em termos tais que não fizesse distinção entre um e outro objeto humano ou entre objetos humanos e desumanos. O que importa é a eficiência e a diminuição dos custos para produzi-la” (BAUMAN, 1998, p. 129). Nessa política de racionalidade burocrática e mecanicista do holocausto, quando o extermínio de corpos “supérfluos” era necessário, o procedimento deveria ser feito também sob a lógica do “menor custo e menor risco”, o que orientou as maneiras eficientes de extermínio nos campos de concentração.

A indiferença é o primeiro e mais fundamental passo para a aniquilação do outro. É levá-lo a uma condição que não se encontra nem no mundo dos vivos nem no mundo dos mortos. “The real horror of the concentration and extermination camps lies in the fact that the inmates, even if they happen to keep alive, are most effectively cut off from the world of living than if they had died, because terror enforces oblivion”³⁶ (ARENDRT, 2000, p. 124)³⁷.

Os judeus, comumente referidos como “ratos”, foram exterminados não por sua humanidade perversa, mas por sua não humanidade. A propaganda massiva não era de criar exatamente inimigos a serem combatidos, mas de criar a imagem de indivíduos que não mereciam a condição de humanidade. Ratos, animais nojentos que são, causam repulsa. Da repulsa vem o procedimento sanitário, o extermínio (BAUMAN, 1998, p. 95).

Seres humanos não seriam submetidos à inanição e à tortura – muitas vezes em nome da própria ciência – senão sob esse tipo de *entorpecimento moral* que insensibilizava a relação com o outro, que o colocava exatamente na lógica dos mecanismos tecnológicos.

Hannah Arendt, em sua análise sobre o contraditório Eichmann, revela seu inconformismo sobre como o julgamento foi levado pela corte julgadora. Para ela, faltou o reconhecimento de um novo tipo de criminoso (ARENDRT, 2013, p. 297), um criminoso como

³⁶ “O verdadeiro horror dos campos de concentração e de extermínio reside no fato de que os internos, mesmo que consigam manter-se vivos, estão mais isolados do mundo dos vivos do que se tivessem morrido, porque o horror compele ao esquecimento”(ARENDRT, 1989, p. 390).

³⁷No longa metragem “Julgamento de Nuremberg” (2000), de Yves Simoneau, às 2 horas e 28 minutos, em um diálogo célebre com o promotor-chefe, o psicólogo designado a estudar os réus, as altas autoridades do regime nazista a serem julgadas pelas atrocidades dos campos de concentração, conclui o seguinte: “*I told you once that I was searching for the nature of evil. I think I’ve come close to defining it: a lack of empathy. It is one characteristic that connects all the defendants, a genuine incapacity to feel with their fellow men. Evil, I think, is the absence of empathy*”. Em tradução livre: Eu lhe disse uma vez que estava procurando a natureza do mal. Acho que estou perto de defini-la: é uma falta de empatia. É uma característica comum a todos os réus, uma genuína incapacidade de ter sentimentos para com outras pessoas. O mal, acredito, é a ausência de empatia.

Eichmann, que não precisou ter nenhum contato direto com as milhões de vítimas do holocausto para que a ele pudesse ser apontado responsabilidade.

Durante seu processo, evidenciou-se uma motivação quase que exclusivamente formal. Sua ética se resumia a realizar bem o serviço que dele se esperava, almejando com isso ascender no quadro hierárquico do sistema político-militar nazista. Eichmann era, essencialmente, um burocrata.

A banalidade do mal a que se refere Arendt é a completa incapacidade de vinculação moral, de empatia mínima, com aqueles sujeitos reais representados em seus documentos e afazeres burocráticos. Para Arendt, uma falha “no caráter de Eichmann era sua quase total incapacidade de olhar qualquer coisa do ponto de vista do outro” (ARENDDT, 2013, p. 60).

Eichmann chegou a dizer: “Minha única língua é o oficialês [*Amtssprache*]” (ARENDDT, 2013, p. 61). E aqui está o ponto nodal, pois, para todos os efeitos, de maneira alguma Eichmann pode ser considerado uma pessoa fora dos padrões de normalidade mental, tendo sido analisado por alguns especialistas, além de ter sido considerado bom pai de família de maneira geral. Nesse sentido, a análise de Arendt se coaduna muito bem com a explicação de Bauman sobre o comportamento dos nazistas.

Além do distanciamento ético, outra questão a ser apontada é a construção discursiva do outro enquanto inimigo. Aliás, ambos os movimentos são complementares. O distanciamento ético que se destina a completar uma racionalidade burocrática com fins de destruição está ligado justamente a essa vontade de aniquilamento do outro. O outro, no caso, varia conforme a conjuntura histórica. Ora foi o negro liberto, ora o subversivo, ora o judeu, ora o imigrante, ora o terrorista, ora o traficante de drogas. Mas sempre o inimigo, o outro.

Nesse sentido, é o pensamento maniqueísta que mais está presente nos regimes políticos de exceção. A reprodução constante do discurso que diferencia o “nós” do “eles”, sempre à tona nos diferentes momentos em que a exceção política foi clamada, faz-se fortemente presente no discurso da defesa social (BARATTA, 2002, p. 17), em que “bandidos” se valem como verdadeira antítese da buscada unidade sistêmica da sociedade. Especificamente, no Brasil, o destinatário principal desse discurso é o traficante de drogas. A guerra às drogas – tema do próximo capítulo – tomada a cabo, é justamente o que legitima as práticas judiciais e policiais de exceção, sempre a partir da construção do “inimigo”.

É justamente esse discurso da defesa social que alimenta o discurso do efficientismo penal, cuja intenção é um Judiciário mais célere e eficiente na persecução desses “criminosos”. Tal prática, bem visualizada na gestão da prova no processo penal nos crimes

de drogas, reproduz a argumentação retórica de uma racionalidade moderna em que a relação com o outro é uma relação de poder.

Foucault (2011) situa historicamente o período de transição do modelo punitivo, com a tomada do poder pela burguesia, momento no qual o direito penal – agora mais nítido, abrangente, suave – passa a exercer uma função moralizadora, de controle (2011, p. 85-86). Como já apontado anteriormente, esse mecanismo de poder, essa *economia de pessoas*, não tem mais no criminoso o inimigo do déspota, mas do corpo social como um todo.

Nesse contexto da defesa social, a prisão exerce uma função bem específica: “limpa o corpo social da infâmia temporária que lhe afligem aqueles [inimigos], entre seus membros que cometeram crimes” (WACQUANT, 2007, p. 346), servindo como mecanismo de referência para construção de uma cidadania pautada na busca por uma população etnicamente e moralmente homogênea. O que se percebe ao se efetivar a prestação jurisdicional, na verdade, não são as singularidades de um sujeito, mas uma partícula desviante de um corpo social genérico e universalizado em ideologias pré-determinadas.

Nesse sentido, o discurso da mídia enquanto doutrinação ideológica das elites é um dos meios de se atingir os objetivos do totalitarismo, qual seja, a redução completa de múltiplas subjetividades em um ideal único de ser humano (ARENDETT, 1989, p. 386).

Daí a necessidade de o regime nazista ter o conhecimento, devendo ser sempre explícito, de quem era judeu ou não. Como coloca Bauman (1998, p. 61), lutar contra o “imundo” impõe a separação de identidades, a identificação classificatória de quem são os desviantes.

Trata-se de um discurso que constrói o outro em uma condição de humanidade suspensa, com graus de bestialidade. E aqui entram os conceitos, amplamente utilizados, como o da “alta periculosidade”. O que essa classificação da “alta periculosidade” faz é simplesmente desumanizar o indivíduo, permitindo, assim, uma resposta diferenciada a sua humanidade “diferenciada”. Como bem situa Agamben, “A vida do bandido – como aquela do homem sacro – não é um pedaço de natureza ferina sem alguma relação com o direito e a cidade; é, em vez disso, um limiar de indiferença e de passagem entre o animal e o homem (...)” (AGAMBEN, 2010, p. 105).

Nesse cenário, o réu – ou até mesmo o suspeito ou o indiciado – se apresenta meio como homem, meio como monstro. É o que Agamben (2010) chama de *lobisomem* (2010, p. 104-110), uma pessoa que é “não simplesmente *besta fera* e vida natural, mas, sobretudo zona de indistinção entre humano e ferino, lobisomem, homem que se transforma em lobo e lobo que torna-se homem: vale dizer, banido: *homo sacer*” (2010, p. 105).

1.2.3 A racionalidade inquisitória do Sistema de Justiça Criminal brasileiro. O problema da gestão da prova

A respeito dos discursos que envolvem o modelo inquisitório, no artigo *A Hiper-racionalidade Inquisitória* (2011), Leonardo Marques expõe: “Como a origem do procedimento inquisitório está relacionada ao fator político, o primeiro componente a ser desvelado é a política que orienta a intervenção penal: defesa social e eficiência punitiva” (MARQUES, 2011, p. 479). Com isso, ocorre o que autor chama de “hiper-racionalidade inquisitória”, fruto de um discurso político e repressor, fundado no efficientismo e de combate à criminalidade, ou no discurso falso de defesa dos direitos sociais, que atua no fim das contas diminuindo a importância e a efetivação dos direitos fundamentais.

A hiper-racionalidade inquisitória é uma patologia proveniente do culto à razão promovido pelo Ocidente. Essa patologia conduz ao monismo interpretativo e à especialização do discurso, tornando a autoridade a fonte primeira de todo conhecimento. Como racionalidade superior, a inquisitorialidade relativiza a argumentação jurídica na produção do conhecimento, desvirtuando-a do horizonte do processo.

A mentalidade inquisitória é autoritária, inteligente e dissimulada. Ao mesmo tempo que se fecha em si mesma, consegue estratificar em diversos componentes que, em conjunto, obtêm estrategicamente o controle pleno da justiça criminal (MARQUES, 2011, p. 484).

Citando Goldschmidt, Lopes Jr. mostra que não é possível separar os princípios e as práticas do processo penal com a política geral de um Estado, e que o processo penal se vale como um termômetro dos seus elementos autoritários (LOPES JR., 2013, p. 57). Em outras palavras, a política decorrente do processo penal está intimamente relacionada, sendo dela reflexo, das políticas públicas que o Estado assume no trato de seus cidadãos.

Trata-se, em última instância, de reconhecer que a racionalidade financiadora da política criminal é que de fato dá os contornos reais dos significantes decorrentes da legislação. O trabalho de interpretação e aplicação dos dispositivos legais e constitucionais, portanto, se dá em um âmbito essencialmente político. Assim também entende Kant de Lima, dizendo que a formação do policial e sua prática nas ruas devem ser entendidas como “parte da política geral de expressão da cidadania e da universalização dos direitos; a Polícia é um serviço público para a proteção e defesa da cidadania (KANT DE LIMA, 2007, p. 77)”.

Sendo o inquérito policial baseado no modelo inquisitório, vale o princípio do “quem não deve não teme”, e o silêncio, ao contrário do disposto por lei, é sim interpretado em prejuízo para o acusado. Isso sem contar quando o silêncio, a falta de “convite” para a entrada

em domicílio, não é motivo para ameaças e violências, sejam elas físicas, psicológicas ou simbólicas.

O modelo inquisitório, partindo da premissa de que o investigado é culpado (não inocente, como prescreve a Constituição), deve não somente retirar-lhe a confissão, mas tomá-lo por “mentiroso” até que ela seja feita. Ela que é ainda a rainha das provas, pelo menos em sede de inquérito. Em paralelo, os agentes da lei, que arrancam a confissão e os demais elementos de prova, têm a presunção da verdade, a premissa de que representam o interesse de direitos coletivos.

Como embasar-se tão somente nas palavras do inquisidor para a condenação? Como não lhe questionar a verdade e obrigá-lo a demonstrá-la? Trata-se, no fim das contas, de uma representação do *ethos* inquisitorial. A palavra do inquisidor é lastreada pela fé absoluta, e a palavra do acusado é tomada pela dúvida, pela mentira. Uma verdadeira inversão do sistema constitucional de direitos vigente.

O *ethos* inquisitorial está, portanto, necessariamente vinculado ao autoritarismo. Tomando como mote “culpado até que se prove o contrário”, o trabalho policial não está em resolver conflitos e promover harmonia entre os agentes sociais. Seu papel passa a ser a do extermínio de conflitos, da solução pela violência.

O Estado – e a Polícia – definem-se, assim, como instituições não só separadas, mas externas ao conjunto de cidadãos que precisam não apenas controlar, mas, fundamentalmente, manter em seu devido lugar, reprimir. (...) Esta [a Polícia] não atuará como mediadora da administração de conflitos, mas como autoridade intermediária em sua interpretação, para promover sua extinção e punição, não sua resolução: ou se aceita a sua conciliação forçada ou se enfrenta as possibilidades de punição mais rigorosa pelas autoridades ‘superiores’ (KANT DE LIMA, 2007, p. 83).

Por que se falar, então, da recepção ou da discussão da produção da prova produzida no inquérito policial? Por que se falar do automatismo da recepção dessa prova em sede judicial? Porque é justamente aí que está o elemento que distingue efetivamente o sistema acusatório do inquisitório. É como defende Lopes Jr.: para se definir se o sistema é acusatório ou inquisitório, não basta olhar para elementos acessórios do processo (oralidade, publicidade, separação de atividades etc.), pois “o ponto nevrálgico é a identificação de seu *núcleo*, ou seja, do princípio informador, pois é ele quem vai definir se o sistema é inquisitório ou acusatório (LOPES JR., 2013, p. 119-124). Trata-se da *gestão da prova*.

O autor sustenta que o problema está em como a prova colhida no segredo da inquisição é tão facilmente reproduzida e recebida em juízo, bastando a palavra do julgador

para imunizar a prova. Para ele, há de fato uma “fraude de etiquetas”, na qual o processo é transformado em mera repetição ou encenação do inquérito (LOPES JR., 2013, p. 120).

1.2.3.1 Antes da verdade das provas, sua gestão

Roberto Lyra, penalista brasileiro do século passado, em um de seus artigos sobre prova, relata um dos casos que vivenciou enquanto promotor de justiça. Cuidava-se de um homicídio na própria residência da vítima. Na ocasião, um dos indícios avaliados pela acusação havia sido o fato de os vizinhos não terem ouvido latido algum do cachorro da vítima, o que indicaria que o agressor já era conhecido. Lyra conta que citou esse indício apenas por alto em plenário, uma vez que vários motivos poderiam haver para que o cachorro não se manifestasse. No entanto, eis que o mais influente dos jurados disse: “Nós todos podemos nos enganar. Cachorro não se engana. Foi o homem mesmo”. Lyra, então, conclui: “O decisivo foi o indício que considerava mais fraco” (LYRA, 1955, p. 61-62)³⁸.

No mesmo artigo, Lyra narra um episódio vivido por Nelson Hungria, justamente a ele, foi responsável pela elaboração do ainda atual código penal brasileiro. No caso, ao tomar posse como delegado, Hungria destruiu a palmatória, momento em que ouviu o protesto de um investigador: “Nesta delegacia não vai haver mais confissão” (LYRA, 1955, p. 25).

Segundo Aury Lopes Jr. o livro *Directorium Inquisitorium* (Manual dos Inquisidores, de 1376), orientava os investigadores da seguinte maneira: “o suspeito que tem uma testemunha contra ele é [deve ser] torturado. Um boato e um depoimento constituem, juntos, uma semi-prova e isso é suficiente para uma condenação” (LOPES JR., 2013, p. 225).

Dois casos relatados no presente estudo³⁹ podem servir de exemplo de como se opera a gestão da prova. Os casos servem de exemplo, juntos com os relatados logo acima, para pontuar as seguintes questões: o que é suficiente para se dizer a verdade sobre um fato? A quais limites os investigadores estão adstritos para a obtenção dessa verdade?

No primeiro, a acusada morava em uma residência que era mencionada como a boca de fumo da rua. Alguns familiares da ré já haviam sido presos e havia a suspeita de que ela estaria dando continuidade à prática delitiva. A Polícia Civil resolveu então realizar uma campanha na frente da residência, a fim de captar imagens da traficância. No entanto, ao ver a ré se aproximar da casa, resolveram abordá-la, ocasião em que também entraram em sua

³⁹ São os casos referentes aos processos nº 2012.01.11.68444-7 (1ª VECPDF) e o nº 2011.01.1.094478-9 (2ª VECPDF). Relatados no item 2.1.2.2.

residência e apreenderam drogas. As únicas imagens são da fachada da casa e da rua, em justificativa da dificuldade de se realizar a monitoração, muito embora o relatório policial tenha mencionado que a investigação já durava cerca de 5 meses.

Na sentença, para condenar a ré, as principais justificativas foram o resultado negativo do exame toxicológico, o que afastava a alegação de posse para consumo, e a palavra dos policiais. O teor foi o seguinte:

No que tange à importância do depoimento policial consigne-se que em crimes de tráfico de drogas, na grande maioria das vezes praticados às escondidas, tem como únicas testemunhas os policiais que efetuam a prisão em flagrante, e a palavra deles deve ser tomada com maior peso (Sentença, fl. 138).

No outro caso, o réu foi acusado de vender drogas na frente de sua residência. Os policiais anexaram as filmagens que, aparentemente, mostravam um usuário adquirindo drogas na frente da residência do acusado (como relatado pelo Ministério Público à folha 151). O relato dos policiais em juízo foi de que avistaram a situação de traficância realizada pelo réu. Nesse caso, contudo, as filmagens foram avaliadas como não conclusivas pelo juiz, gerando a absolvição.

É claro o juiz está respaldado pela livre apreciação da prova, podendo dispor nela o peso de sua convicção. No entanto, ambos os casos apresentam o relato dos policiais sobre o delito. Porém, no segundo caso, a filmagem se deu como um elemento a mais de convicção, servindo para refutar o testemunho policial. No primeiro, não havia essa prova “extra” e o juízo entendeu ser suficiente somente o testemunho dos policiais, mesmo tendo esses relatado a dificuldade de conseguir as filmagens.

Muitas hipóteses para essa diferença podem ser levantadas. Contudo, fica evidente que a questão da prova no processo está muito além do mero alcance de uma *verdade*. A sentença não se fundamenta, tampouco pode, na ideia de verdade. O que de fato vale e deve valer é a convicção do julgador, na discricionariedade que o poder lhe concede de pôr fim a um processo cheio de incertezas e versões. Porém, isso deve estar às claras, de forma que o julgador não se coloque atrás do *valor* ou da *verdade* das provas. Afinal, a pessoa que julga é o valor e a verdade das provas. Pelo menos, é ela que vai dar sentido e seu nexos em relação à sentença, o fim do processo.

A partir dos relatos acima expostos, levanta-se finalmente o questionamento da *gestão* da prova. Afinal, o que é suficiente para condenar? Mais do que a verdade decorrente das provas, mais do que os elementos de convicção disponíveis ao juiz, está presente, antes, a política de como essa prova é produzida, levada e recebida no processo judicial.

A partir dos casos, é possível lançar várias perguntas. O procedimento adotado pelos policiais, no trabalho de conseguir as provas, foi escolhido por que razões? Por que os policiais se sentiram à vontade, com a convicção íntima de que aquela prova seria porventura recepcionada pelo Judiciário? Por que, no Brasil, há uma cultura jurídica que pouco condiciona a ação policial a autorizações judiciais? Por que há tantas entradas em domicílio sem mandado, mesmo tendo ela sido sustentada por investigações prévias que permitiriam a valoração do juízo? É de se esperar que as práticas policia sejam recebidas pelo Judiciário de maneira equânime em relação às classes sociais, raciais ou de gênero? Por que a forma com que se consegue a ‘confissão’ em sede policial é tão pouco discutida no Judiciário?

1.2.3.2 A gestão da prova a partir da verdade material inquisitória

A respeito da diferença entre as *sensibilidades jurídicas* dos modelos estadunidense e brasileiro, Kant de Lima traça um perfil comparativo de como é o trabalho jurisdicional sobre a construção da verdade no processo penal. Aponta como que, no Brasil, o acusado pouco tem a possibilidade de trabalhar a questão da narrativa processual, cabendo-lhe quase nenhum espaço na constituição da verdade processual. A verdade é dada de maneira vertical, a partir de uma autoridade que tem a faculdade de acolher ou não as teses levantadas pelas partes.

Explica Kant de Lima:

Aqui [no Brasil], dada a desigualdade legal e explícita entre os interlocutores, é o argumento de autoridade que prevalece na administração dos conflitos e não a autoridade do argumento, que convence as partes envolvidas. Isto se reflete também nos debates jurídicos e políticos, que levam a que decisões coletivas se constituam na soma de decisões singulares, mesmo quando elas são proferidas em espaços coletivos, como os tribunais de segunda e terceira instâncias. Os saberes particulares não precisam do consenso, e nem o desejam, para concordar, porque o consenso não legitima, pelo contrário, “contamina” suas formas particularizadas de acessar o conhecimento jurídico (KANT DE LIMA, 2009, p. 43-44).

Dois importantes julgados brasileiros⁴⁰ ilustram bem a questão do decisionismo e da incapacidade de o sistema judicial penal brasileiro se construir a partir de uma lógica minimamente dialógica, restando apenas a validade da autoridade. São eles o HC 81.305, julgado no STF e o HC 257.002, julgado no STJ⁴¹.

⁴⁰ Para quem não é familiarizado com o linguajar do direito: o entendimento de um tribunal é expressado por meio de julgados, sínteses das decisões judiciais. A referência para os julgados depende da ação ou do recurso que os motivou. No caso, o julgado se refere a um *habeas corpus*.

⁴¹ STF, HC 81.305, Rel. Min. Ilmar Galvão, Primeira Turma, DJ 22/02/2002.STJ, HC 257.002/SP, Rel. Min. Marco AurélioBellizze, Quinta Turma, DJe: 19/12/2013.

No HC julgado no STF, de relatoria do Ministro Ilmar Galvão, por unanimidade, o tribunal entendeu ilegalidade na abordagem feita por policiais, que resolveram abordar o sujeito pelo fato de estar vestido com um “blusão”. De acordo com a ementa, confere-se o entendimento de que “a ‘fundada suspeita’, prevista no art. 244 do CPP, não pode fundar-se em parâmetros unicamente subjetivos, exigindo elementos concretos que indiquem a necessidade da revista, em face do constrangimento que causa”. A consequência do julgado foi o trancamento do inquérito.

Já no julgado do STJ pela Quinta Turma, sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio Bellizze, o HC foi denegado e se refere à seguinte situação. Em revista em coletivo interestadual, policiais abordaram um sujeito, que demonstrou muito nervosismo. Os policiais nada encontraram na revista pessoal, no entanto, diante do nervosismo e de falas ‘desconexas’ por parte do abordado, resolveram levá-lo para exame radioscópico. No exame, foram encontradas várias cápsulas de drogas no estômago e no intestino dos suspeitos.

Para além da controvérsia a respeito da auto-incriminação, do deslocamento ao hospital para averiguação e do conflito entre direitos coletivos e direitos fundamentais, chama atenção o seguinte trecho do voto do Ministro Relator:

No caso em apreço, não se pode dizer que os réus foram aleatoriamente escolhidos para a revista, legitimada estava, então, a atuação policial, sendo a suspeita, inclusive, objetivamente demonstrada ao se encontrar os entorpecentes escondidos no corpo do condenado (Voto do Relator, p. 4-5).

O choque entre as decisões é evidente. São apresentadas duas lógicas diferentes. No julgado do STF, fica clara a ideia de que suspeição baseada apenas em critérios subjetivos não é legal. Nesse sentido, mesmo que a ilegalidade tenha sido encontrada com o acusado, a abordagem ilícita contamina todo o procedimento e o futuro processo.

Já no julgado do STJ, o nervosismo foi elemento suficiente para a legalidade da abordagem. A “objetividade” da suspeita foi demonstrada *a posteriori*, no momento em que foram encontradas as drogas no intestino do indivíduo. Ou seja, o encontro com o ilícito validou toda a abordagem, inclusive justificando a locomoção dos suspeitos.

Juntamente com outros julgados já relatados (como a comparação feita entre os dois processos de tráfico de drogas logo acima), evidencia-se uma série de questões. A falta de uma possibilidade de consenso entre as partes, com a conseqüente batalha de duas verdades a serem valoradas pelo julgador, abre espaço para o decisionismo judicial.

⁴² Agradeço à Gisela Aguiar a primeira análise comparativa dos dois julgados, exposta em sua monografia de conclusão de curso.

A autoridade dos argumentos pouco tem força, valendo sim os argumentos da autoridade. O problema é que a autoridade é variável. Nesse sentido, os mesmos direitos fundamentais, os mesmos dispositivos constitucionais e legais, são submetidos a diferentes julgadores e avaliados de forma absolutamente contrastantes. Isso sem mencionar a diferença de julgamento de um mesmo julgador.

É de se notar que o suspeito do “blusão” era um advogado, tendo ele mesmo impetrado o *habeas corpus*. E não se tratava de um crime de tráfico de drogas, como a do abordado em coletivo. Dessa forma, considerando apenas esses dois casos, seria possível afirmar que a flexibilidade quanto à violação de direitos fundamentais não está lastreada por uma questão lógico-jurídico-racional, em que o julgador baseia sua decisão em princípios e regras gerais, buscando a harmonia do sistema do direito, formando aí a segurança jurídica e a formação de expectativas razoáveis acerca do comportamento dos agentes do Estado sobre a vida individual.

Quando o lastro de uma decisão judicial, no momento da ponderação principiológica, baseia-se em critérios não explicitamente colocados, a ponderação se transforma em manipulação, e o direito, em um jogo de palavras. As duas decisões, expostas a título de exemplo, teriam como fonte de prova principal o trabalho realizado por policiais. No caso do exame radiográfico, sua produção (autoria e materialidade) se deu exclusivamente sob a égide inquisitorial. Não houve qualquer possibilidade de escolha no deslocamento do sujeito ao exame, tampouco a possibilidade de sua contradição. Com as cápsulas da droga levadas a juízo, a própria materialidade do delito, como fica a possibilidade de contradição? A única possibilidade de defesa estava justamente no questionamento sobre a fundada suspeita, sobre o real motivo (critérios objetivos e subjetivos) do deslocamento forçado do suspeito ao hospital. Diante do fato de a revista pessoal ter resultado em nada, o que permitia a valoração, por parte dos agentes policiais, de que o nervosismo indicava drogas no intestino do suspeito? A formulação “o sujeito ficou nervoso com a abordagem, logo tenho motivos para levá-lo ao hospital e submetê-lo ao exame radiológico” parece estrondosamente absurda.

A gestão da prova envolve os limites a que o Estado deve estar submetido para realizar a busca da “verdade”. No caso, o julgado mencionado garante uma abertura de discricionariedade extremamente grande ao poder policial, maior até mesmo que o poder que a Constituição concede ao próprio juiz. Pela decisão, podemos inferir que o sistema jurídico brasileiro permite que o nervosismo diante de uma revista pessoal autorize o policial a realizar uma locomoção forçada a exame radioscópico. No caso, parece ter prevalecido a lógica

inquisitorial da busca da verdade, a lógica do “quem deve não teme”, a lógica da autoridade ilimitada em poder e sem qualquer controle externo, um verdadeiro estado de exceção.

1.2.4 O direito à prova

O que dá início à ação penal é o recebimento da denúncia pelo juiz. No entanto, até por uma questão de previsão legal, é raro o início da ação penal sem investigações prévias. Em sede policial, portanto, há o inquérito, que trata justamente das investigações⁴³ prévias que deverão garantir o fundamento mínimo, ou a justa causa, para que a denúncia seja recebida. As investigações podem também ser conduzidas pelo Ministério Público. Contudo, é incompatível, no sentido jurídico, o Judiciário exercer a função de investigador. A competência do julgador em sede investigatória pré-processual se limita à função de garantidor, no controle das violações de direitos fundamentais, expedindo autorizações judiciais e controlando o trabalho do poder executivo.

Para Aury Lopes Jr., o fundamento da existência das investigações preliminares são 1) *a busca do fato oculto*, 2) *a função simbólica* e 3) *evitar acusações infundadas – filtro processual* (LOPES JR., 2013, p. 257-263). Em um sintético resumo, a existência das investigações preliminares se justificaria para que a conduta delituosa seja desvendada, bem como o possível criminoso. Nesse sentido, o Estado atua no nível simbólico, mostrando o movimento institucional para que o fato criminoso seja desvendado. Essa fase também é responsável por dar garantias mínimas para a apuração do delito, seja pelas cautelares como pelas apreensões das fontes de prova. Assim, são protegidos os bens materiais envolvidos, as pessoas, bem como as provas a serem avaliadas. Por fim, as investigações preliminares serviriam para a proteção dos indivíduos, que não devem ser submetidos a uma ação penal sem justa causa mínima, evitando-se o processo judicial de inocentes e, ao mesmo tempo, garantindo alto nível de eficiência para o sistema judicial criminal.

Contudo, os crimes de drogas apresentam uma particularidade. São crimes de perigo abstrato e que não deixam vestígios, seus delitos quase nunca se dão às claras e a estrutura das organizações do tráfico dedica grande esforço a esconder suas atividades. Nesse sentido, de maneira geral, a investigação policial se volta essencialmente para a antecipação do agente que irá cometer um delito, ou seja, o policial se prepara quase sempre para a estrutura do

⁴³ O sentido dado aqui para investigações é aberto, indicando qualquer tipo de pesquisa, busca, levantamento, o que se faz por depoimentos, perícia etc. O debate, usualmente levantado pela Polícia Militar e Civil do que seria propriamente “investigações” não será tratado em momento oportuno.

flagrante esperado. Nesse momento, o indivíduo e a localidade do futuro crime já conhecidos são mapeados pelos agentes policiais.

Dessa forma, nos deparamos com uma marcante contradição: o conceito de inteligência⁴⁴ aplicado à lógica policial. Embora a justificativa legal para a Polícia Militar seja o policiamento ostensivo preventivo, parte de sua estrutura é dedicada ao flagrante, pelo qual se avalia grande parte de sua “eficiência”⁴⁵. Isso se deve, inclusive, à pressão pelos órgãos políticos, que constantemente requerem a apresentação de números, estatísticas, enfim, presos.

O “grosso” da luta contra o tráfico de drogas, portanto, não se dá no caminho da prevenção, de seu mapeamento, no dismantelamento de sua estrutura, no conhecimento de seus agentes principais, ainda que no contexto de uma região específica. Ao contrário, o trabalho policial, civil e militar (como bem demonstra os processos a que se teve acesso) é direcionado especialmente ao flagrante, à prisão do traficante que está próximo ao usuário⁴⁶.

Por mais que haja uma seção especial da Polícia Militar destinada à “inteligência”, ao levantamento de informações e de dados, o sentido mais técnico de inteligência não permite que esse trabalho policial seja assim definido. A noção de flagrante esperado é antagônica ao conceito de inteligência. Esta se dedica tão somente à prevenção, à neutralização, ao que é realizado por reflexo de investigações anteriores que literalmente impedem o cometimento do ilícito.

Embora a Polícia Civil se dedique mais (até mesmo por uma questão de competência constitucional) ao trabalho investigativo, ela foi pensada para investigações tais como

⁴⁴ Como demonstrado na pesquisa do prof. Evandro Piza, grande parte do trabalho da PM, nos crimes de drogas, é dependente dos serviços de investigações realizados pela inteligência (P2). Na posse de informações obtidas pelo policiamento velado, os policiais fardados passam então à espera do flagrante. Esse fluxo interno de informações é parte essencial do trabalho policial nos crimes de drogas. É o que se observa nas seguintes falas dos policiais, ditas nos grupos focais em cada cidade pesquisada: “Na carreira usamos as três identificações, tanto por parte tomada pelo agente, por informações dadas na central, e por investigações. Porém o de maior ocorrência é o ‘faro’ policial” (PMBA); “Depende da iniciativa do policial, que vem por informações de vizinhos ou conhecidos do suspeito, junto com a confirmação dos serviços de investigação” (PMPR); “Frequentemente a identificação depende da iniciativa do policial militar, pelo fato de estar desenvolvendo o policiamento ostensivo preventivo. Mas também precisamos contar com o apoio de investigações e também denúncias da comunidade cidadã à central, pois, na maioria das vezes, quando a pessoa nota a presença da Polícia, já disfarça, dificultando o nosso trabalho e fica mais fácil para a população no geral saber onde e quando acontece o uso e porte de drogas dependendo assim do apoio da comunidade para podermos atuar” (PMPR).

⁴⁵ Prova disso é a fala de um PMBA: “(...) Se a gente trabalha o dia a dia e não prende ninguém, a gente fica triste (...)” (DUARTE et al, 2014, p. 94).

⁴⁶ É o que indica a fala de um PMDF no grupo focal realizado em Brasília: “Para você caracterizar tráfico, você precisa de quem está comprando, quem está vendendo, dinheiro, material, tudo. Precisa materializar tudo. E os delegados hoje em dia têm, eu não sei se é medo ou receio, mas eles costumam andar bem na linha e quando você anda na linha o direito é bem complexo porque acaba beneficiando o cara” (Duarte et al, 2014, p. 91).

colocadas por Aury Lopes Jr. no trecho acima. Em poucas palavras, para a elucidação da autoria e da materialidade de um crime já ocorrido. Nesse sentido, a mesma lógica se aplica ao trabalho da Polícia Civil. Ou seja, mesmo que seu trabalho seja exatamente de investigações, seu objetivo final acaba também sendo o flagrante, a prisão, não a neutralização ou desmantelamento do tráfico⁴⁷. O trabalho está muito mais relacionado à responsabilização de agentes que propriamente associado a uma política de redução do uso ou do próprio tráfico.

Como expõe Fernando Fernandes no artigo *Inteligência ou Informações* (2006):

Quando determinado órgão diz que ‘fez Inteligência’, no desbaratamento de ações ilícitas – seja de que natureza for –, ‘dando por encerrado um caso’, está cometendo um equívoco, pois o fato delituoso já aconteceu – passado – e a ação, normalmente, desconectada de um contexto de nível estratégico, descaracteriza o que se entende por Inteligência (FERNANDES, 2006, p. 17).

Dessa forma, para que haja a subida de nível do plano informacional para o plano de inteligência, é necessário que haja um planejamento estratégico que se desdobra ao longo do tempo de forma ordenada e refletida para transformação do futuro (FERNANDES, 2006). Por mais que uma instituição utilize técnicas de inteligência (grampos, vigilância, recrutamento, monitoramento etc.), tais práticas somente serão inteligência se ordenadas de maneira tal que os cenários futuros se tornem previstos e passíveis de transformação, o que não é feito pela somatória de casos específicos⁴⁸.

Nesse sentido, o aumento de prisões e de flagrantes ao longo dos anos parece significar, aos olhos da Polícia, um bom trabalho de contenção ao tráfico de drogas. Ora, essa análise se apresenta como latente contradição. Não parece irracional defender que um bom

⁴⁷ Por uma questão de competência territorial, a Polícia Federal tem muito mais recursos e possibilidades de atuar no sentido de neutralização e desmantelamento do tráfico. Embora a Polícia Federal não seja objeto de estudo específico desta dissertação, não se duvida da hipótese de que sua lógica de funcionamento não esteja tão distante das polícias estaduais. Acredita-se, inclusive, que sua lógica seja também a do flagrante esperado, o combate localizado, ainda que em larga escala. Em resumo, acredita-se que o trabalho da PF esteja menos voltado a uma política geral de combate e neutralização do tráfico e mais a uma política criminal de responsabilização dos principais agentes do tráfico, o que, sabe-se bem, não reflete em diminuição de consumo ou de marginalidade.

⁴⁸ Em outras palavras: “Fazer Inteligência não é simplesmente descobrir quem cometeu um ilícito – independente de sua natureza – ou quando este se dará. A atividade de Inteligência busca o entendimento sobre ações futuras e, principalmente, sobre o que isso significará, de forma isolada ou conjugada com outras situações semelhantes ou até diferentes” (FERNANDES, 2006, p. 19).

Um conceito de Inteligência, mais associado à Inteligência competitiva, é dado por Steven M. Shaker e Mark P. Gembicki: “Generally speaking, *intelligence* is a compilation and analysis of data and information provided by any and every source, human or otherwise, that has foresight and can render an insightful picture of intentions, capabilities, or activities, as well as their possible implications and consequences” (GEMBICKI; SHAKER, 1998).

trabalho de contenção ao tráfico de drogas seria justamente o contrário, uma paulatina redução no número de flagrantes e de prisões, uma vez que um número menor de flagrantes deveria significar uma eficiência na prevenção da prática do ilícito.

Outra contradição entre o trabalho de inteligência e o trabalho policial é o que mais interessa para este trabalho. O trabalho de inteligência não deve e não pode ser conhecido, ser mostrado ao mundo: “sendo a Inteligência uma atividade de assessoramento estratégico, suas ações e resultados devem primar pela discrição e sigilo, obedecendo a outro princípio que a rege: a salvaguarda destas ações e resultados” (FERNANDES, 2006, p. 18). O trabalho investigativo que se destina à neutralização de uma atividade para o seu não cometimento deve estar lastreado pela excepcionalidade, por uma proteção legal-jurídica que simplesmente não faz sentido para o trabalho policial.

O trabalho policial é meio de obtenção de prova, envolve a violação de direitos, como o da intimidade e o da vida privada, para que se possa formular os elementos necessários à pretensão punitiva estatal. Os meios de obtenção de prova, nesse sentido, não podem estar submetidos à excepcionalidade da inteligência estatal, cujo segredo é absolutamente necessário para seu sucesso. Trata-se da prova como direito fundamental.

No processo penal, as questões de *como se alcançou uma informação, qual o meio para a obtenção de prova, como foi realizado o procedimento de depoimento ou de reconhecimento*, simplesmente não podem estar fora do crivo judicial. Além do mais, é inaceitável um Estado Democrático de Direito sequer sustentar a possibilidade de um poder policial que atua com a excepcionalidade da inteligência, onde nada precisa ser provado ou demonstrado. Ao contrário, o Judiciário acaba tendo a função de ser o protetor dos limites legais e constitucionais do trabalho policial, cuja legalidade deve ser sempre auferida.

No entanto, o que se observa é um verdadeiro “submundo” das investigações policiais nos crimes de drogas. Como sustentado pelos policiais militares, o trabalho auxiliado pela tecnologia é bastante comum, inclusive com infiltrações, mesmo que desamparadas pela autorização judicial (DUARTE et al, 2014, p. 90). No mesmo sentido, não é de se desacreditar que a Polícia Civil também se utiliza dessa metodologia, talvez com ainda mais recursos técnicos. Como se buscará demonstrar no capítulo que apresenta os resultados da pesquisa empírica, a autuação das provas obtidas pela tecnologia parece se limitar aos casos em que há uma apreensão menor de drogas, objetivando a não desclassificação para uso. Nesse caso, a utilização da tecnologia, bem como sua não autuação ao processo, revela-se como uma condição necessária para o trabalho investigativo, uma vez que sua aparição pode representar

o fim do “segredo” típico da inteligência que, quando revelado, acaba dificultando sua perpetuidade enquanto método.

Entretanto, o problema não pode estar focado somente no trabalho policial. Em verdade, o maior problema está justamente na não recepção dos meios e das fontes de prova aos autos do processo. Nesse sentido, o poder policial acaba por ganhar uma armadura legal e plena liberdade investigativa, favorecendo o quadro autoritário já latente na realidade brasileira, principalmente em regiões periféricas e em populações vulneráveis e excluídas.

É nesse sentido que se volta a atenção para o direito à prova. “Liga-se o direito à prova estritamente aos direitos de ação e de defesa (SCARANCE FERNANDES, 2012, p. 80)”. Do direito à prova, que deve ser visto como direito subjetivo público ou cívico (Idem), Scarance Fernandes, amparado pelo estudo de Antonio Magalhães Gomes Filho, destaca oito postulados decorrentes do direito à prova:

a) direito de requerer a produção da prova; b) direito a que o juiz decida sobre o pedido de produção da prova; c) direito a que, deferida a prova, esta seja realizada, tomando-se todas as providências necessárias para sua produção; d) direito a participar da produção da prova; e) direito a que a produção da prova seja feita em contraditório; f) direito a que a prova seja produzida com a participação do juiz; g) direito a que, realizada a prova, possa manifestar-se a seu respeito; h) direito a que a prova seja objeto de avaliação pelo julgador (SCARANCE FERNANDES, 2012, p. 81).

No caso em tela, contudo, o direito à prova deve ser considerado em sentido extensivo. “O ‘direito à prova’ é uma expressão sintética que compreende o direito de todas as partes de buscar as fontes de prova, requerer a admissão do respectivo meio, participar de sua produção e apresentar uma valoração no momento das conclusões” (TONINI, 2002, p. 83). Assim se entende para que de fato se efetive o direito ao contraditório, uma vez que o contraditório somente à prova processual não é suficiente para concretizá-lo em conformidade com a Constituição.

Estende-se o direito à prova, então, para *o direito ao acesso aos meios e às fontes de prova*. Isso porque a prova, uma vez já pronta para o crivo do contraditório ao longo do processo, já está absolutamente desequilibrada (pesando para a acusação) quando somente um dos lados tem acesso aos meios e às fontes que a produziu. Há absoluta desigualdade de armas. A presunção de legalidade das fontes de prova garante que as provas já cheguem ao processo sem que se dê a oportunidade de discussão acerca de sua produção, prejudicando a construção da narrativa para o lado da defesa.

Nesse cenário, uma vez a acusação podendo livremente escolher que “provas” atuar e que “provas” excluir, a possibilidade de um real contraditório se torna severamente

prejudicado. Trata-se, na lógica processual, de uma confusão entre atos de prova e atos de investigação. Como expõe Aury Lopes Jr., os atos de prova são aqueles que

a) estão dirigidos a convencer o juiz da verdade de uma afirmação; b) estão a serviço do processo e integram o processo penal; c) dirigem-se a formar um juízo de certeza – tutela da segurança; d) servem à sentença; e) exigem estrita observância da publicidade, contradição e imediação; f) são praticados ante o juiz que julgará o processo (LOPES JR., 2013, p. 324).

Por outro lado, os atos de investigação:

a) não se referem a uma afirmação, mas a uma hipótese; estão a serviço da investigação preliminar, isto é, da fase pré-processual e para o cumprimento de seus objetivos; c) servem para formar um juízo de probabilidade, e não de certeza; d) não exigem estrita observância da publicidade, contradição e imediação, pois podem ser restringidas; e) servem para a formação da *opinio delicti* do acusador; f) não estão destinados à sentença, mas a demonstrar a probabilidade do *fumus commissi delicti* para justificar o processo (recebimento da ação penal) ou o não processo (arquivamento); g) também servem de fundamento para decisões interlocutórias de imputação (indiciamento) e adoção de medidas cautelares pessoais, reais ou outras restrições de caráter provisional; podem ser praticados pelo Ministério Público ou pela Polícia Judiciária (LOPES JR., 2013, p. 324-325).

Nesse sentido, também por se tratar de um trabalho essencialmente de cunho administrativo, os atos de investigação têm limitado valor probatório.

Ora, vamos à realidade. Nos processos sobre os crimes de drogas, as provas produzidas no inquérito acabam sendo, além da perícia da droga: o depoimento policial, que consiste na reprodução das informações contidas no inquérito; as imagens produzidas em inquérito (quando há), agora submetidas ao contraditório, em que pese a exclusão prévia daquelas que não interessam à acusação (o que é feito pela própria acusação e não pelo juízo); o depoimento/confissão do indiciado no rito inquisitório (não se pode ser ingênuo de crer que esse elemento não serve de convicção ao juízo); e a condução – forçada – do indiciado a sua residência, onde eventualmente são encontradas mais drogas ou balanças de medição.

Como se vê, as provas produzidas em juízo estão extremamente adstritas ao trabalho policial. Nesse caso, se limita a defesa a criar outra versão sobre o que já é existente e pré-constituído, sendo muitas vezes forçada a produzir novo conjunto probatório para de fato provar a inocência ou a versão diversa da inicialmente produzida. Fica a defesa efetivamente defronte à inversão do ônus da prova, em uma realidade em que até mesmo a negativa do exame toxicológico fundamenta a versão de traficância⁴⁹.

⁴⁹ Os argumentos aqui sustentados serão mais bem fundamentados na apresentação dos dados da pesquisa empírica, o que é feito no capítulo 02.

Como, então, efetivamente garantir o contraditório? Pelo direito ao acesso aos meios de prova. Pela desconstrução da legalidade presumida do trabalho investigativo policial. Pela constante submissão dos meios de prova e meios de investigação ao crivo judicial e, principalmente, à defesa. Se assim for, entende-se que não somente se trará nova realidade para o exercício da defesa no processo penal, como se diminuirá o excesso de arbitrariedades do poder repressor estatal direcionado a populações e regiões marginalizadas.

Para evitar qualquer mal entendido, não se está defendendo a total publicidade e o controle judicial de todos os atos investigativos. Natural o entendimento de que as investigações policiais devam correr com o devido sigilo, até para que se mantenha o mínimo de eficiência do trabalho policial. O que se defende neste estudo é que os atos de investigação, uma vez realizados e que já deram origem ao processo, sejam também submetidos ao crivo judicial, à possibilidade de questionamento para a defesa, ainda que *a posteriori*. Nisso consiste o direito ao acesso aos meios de prova. No mesmo sentido, entende-se que nem todos os atos de investigação possam ser realizados sem a ciência do Judiciário. Como será defendido no capítulo terceiro, aqueles atos de investigação que violam direitos fundamentais devem sempre ser autorizados judicialmente.

1.2.4.1 O problema da verdade material e o “esquecimento” seletivo do modelo inquisitorial

Prova, no sentido dado por Elmir Duclerc, pode ser entendida como “comunicação, como troca de mensagem entre emissores (partes, testemunhas, peritos) e receptor (o juiz), que deve receber, processar, interpretar e valorar os dados que lhe são transmitidos, como etapa necessária do processo decisório” (DUCLERC, 2004, p. 16). A prova se destina ao juiz, quem deverá concebê-la como elemento de narrativa sobre determinado fato e sobre a qual (a narrativa) deverá tomar sua decisão. Trata-se de um conceito que se aproxima à concepção de linguagem, o meio pelo qual se constrói uma mensagem, uma narrativa.

Nesse sentido, “o processo penal é um instrumento de retrospectiva, de reconstrução aproximativa de um determinado fato histórico” (LOPES JR., 2013, p. 535), o que é feito a partir da prova. “É a prova que permite a atividade recognoscitiva do juiz em relação ao fato histórico (*story of the case*) narrado na peça acusatória” (Idem, p. 536). Em poucas palavras, o processo tem por fim a decisão, que se realiza sobre uma narrativa que é construída a partir das provas.

A prova tem por objetivo a construção de uma narrativa, não a construção de uma verdade. Epistemologicamente não faz sentido falar em verdade. “A verdade não ‘escolhe’ a forma de sua manifestação e nem ‘imprime força de convencimento’ às palavras. Tal coisa

somente poderia ocorrer no terreno da ficção, da magia, do mito, onde não há limites, ou da crença religiosa, onde o limite é Deus – que não tem limites” (VARGAS, 2011, p. 146).

Todo memória, seja ela pessoal ou documental, é a reconstrução de um determinado fato histórico, nunca ele em si mesmo. Uma vez alcançando o passado apenas por “meios”, só se pode falar em revisita, em percepção. Até mesmo se fosse possível a reprodução exata de um fato por todos os ângulos possíveis, os ânimos dos agentes seriam já outros.

A realidade aparece às pessoas como uma infinidade de sinais cognitivos, o que é “filtrado” pela percepção. As percepções, realizadas pelos sentidos limitados dos seres humanos, não encontram por si só um sentido para o que o corpo recebe, necessitando para isso o juízo, a mente, que vem a interpretar, explicar, numa atividade lógica de conclusão, aquilo que foi percebido (MERLEAU-PONTY, 2006, p. 62). “A percepção torna-se uma ‘interpretação’ dos signos que a sensibilidade fornece conforme os estímulos corporais, uma ‘hipótese’ que o espírito forma para ‘explicar-se suas impressões’” (MERLEAU-PONTY, 2006, p. 61-62).

No mesmo sentido, Oliver Sacks entende que toda percepção é também um ato de vontade. “os processos perceptivos-cognitivos, enquanto fisiológicos, também são pessoais – não se trata de um mundo que a pessoa percebe e constrói, mas de *seu próprio* mundo -, e levam a, estão ligados a, um eu perceptivo, com uma vontade, uma orientação e um estilo próprios” (SACKS, 2006, 139). Somando a essa ideia, Merleau-Ponty vai dizer que não há reflexão que não seja também uma transformação do próprio eu. “A reflexão só é verdadeiramente reflexão se não se arrebatava para fora de si mesma, se se conhece como reflexão-sobre-um-irrefletido e, por conseguinte, como uma mudança de estrutura de nossa existência” (MERLEAU-PONTY, 2006, p. 97).

Falar do passado é também falar da memória. A respeito, François Ost, em *Tempo do Direito* (2005), disserta sobre os quatro paradoxos da memória.

Primeiro paradoxo: a memória é social e não individual. (...) Acontece que nossas lembranças, até as mais pessoais e mais íntimas, só conseguem se exprimir em termos tomados de empréstimo à tradição; eles só fazem sentido, por outro lado, sendo tomados por uma comunidade afetiva e social que não demora, aliás, em retrabalhá-los (OST, 2005, p. 57).

Segundo paradoxo: longe de proceder do passado, a memória opera a partir do presente. (...) assim, então, não somente a recordação é social, mas ainda resulta, em ampla medida, de uma reelaboração com a ajuda dos dados tomados de empréstimo ao presente, tanto quanto ao passado próximo, ou seja, às reconstruções intermediárias que já interpretaram consideravelmente, por sedimentações sucessivas, o material originário. Logo, nada de memória sem (re)interpretação coletiva (Idem, p. 57).

O terceiro paradoxo da memória situa-se no prolongamento direto do precedente: se a memória opera a partir do presente e não do passado, é que ela é uma disposição ativa, voluntária mesmo, antes que uma faculdade passiva e espontânea (Idem, p. 58).

Entretanto, falta-nos ainda indicar um quarto – e não dos menores paradoxos da memória – ligado desta vez à sua relação com o esquecimento: longe de se opor ao esquecimento, a memória o pressupõe. Melhor dizendo, qualquer organização da memória é igualmente organização de esquecimento. Nada de memorização sem triagem seletiva, nada de comemoração sem invenção retrospectiva. Logo, a memória pode tanto ser fundadora e instituinte como acabamos de sublinhar, como pode mostrar-se manipuladora e mistificadora: estas duas funções são necessariamente solidárias (Idem, p. 60).

Em resumo, a memória é: social, e dependente da tradição e das construções afetivas; é avaliada a partir do presente, que dele toma empréstimo de elementos de elaboração; é um ato de vontade; e, talvez o mais importante, é *esquecimento*.

A memória pressupõe o esquecimento. Ser esquecimento significa dizer que é justamente aquilo que buscamos esquecer que constitui a memória. Essa ideia é de suma importância para o que se vem tentando defender: a necessidade da presença dos meios e de fontes de prova ao processo, para avaliação, em conjunto, do fato a ser lembrado. Ora, quando uma das partes já escolhe os elementos de convicção que serão descartados (esquecidos) ou não, já está sendo feita aí a construção ativa da narrativa a ser avaliada pelo juízo⁵⁰.

Essa possibilidade de a acusação ter liberdade de escolha sobre quais elementos devem ou não entrar no processo garantem o descompasso na balança judicial. Esse sobrepeso a um dos lados é uma efetiva e cruel afronta ao contraditório. Dessa forma, entende-se que o equilíbrio entre as partes somente pode ser alcançado quando todos os elementos que podem contribuir para a construção da narrativa do fato estiverem presentes no processo e sujeitos à devida contraposição.

No entanto, essa não é a realidade do processo penal brasileiro, grande parte, porque se aceita o inquérito (e aquilo que o antecede) em sua natureza inquisitória, que se destina à construção de uma verdade real. A verdade processual, aquela que se dirige à decisão, que se

⁵⁰ Dessa maneira, é possível concluir, pelas palavras de Ferrajoli, que “nenhuma prova, indício ou conjunto de provas e de indícios, garante inimpugnavelmente a verdade da conclusão fática. Não existe, a rigor, provas suficientes” (FERRAJOLI, 2002, p. 109). Porém, a impossibilidade epistemológica de se dizer a verdade sobre determinado fato não exclui a possibilidade de decisão, desde que esta seja compreendida enquanto uma “justificação relativa”. Isso significa que a decisão não precisa pressupor que se alcançou a verdade dos fatos, mas tão somente que a narrativa construída a partir das provas foi suficiente para que uma decisão fosse tomada, o que também não indica o caminho ao decisionismo, mas a uma sentença devidamente juridicamente fundamentada.

refere a uma conclusão sobre as narrativas construídas a partir das provas presididas sob o contraditório, não interessa à investigação preliminar.

Como, então, uma investigação policial pode adequar-se à epistemologia dos fenômenos, negando a existência de uma verdade real? A negação de uma verdade real está intimamente ligada à negação do modelo inquisitório, onde ainda se fala em obtenção da verdade, fins justificando meios, confissão forçada, violência física etc. A sedimentação do modelo acusatório, de uma lógica garantista em que se busca garantir os direitos fundamentais da CF/88 enquanto a carta dos princípios democráticos, depende dessa negação à verdade real e de uma busca constante desses direitos.

No caso do trabalho policial ou ministerial em sede de inquérito, a realização dessa negação da matriz inquisitória e da afirmação dos ideais democráticos somente será possível quando houver alinhamento pleno das atividades investigativas com os direitos fundamentais. O controle dessa atividade, a ser feito pela proximidade com o Judiciário enquanto garantidor (não instrutor), deve ser feito pelo absoluto rechaço à produção ilícita de provas.

1.2.4.2 A questão das provas ilícitas e derivadas

A discussão acerca das provas ilícitas surgiu com o próprio início do direito moderno a partir de uma questão fundamental: qual o limite para obtenção da verdade? Com os dogmas do livre convencimento do juiz, bem como pelo falecido princípio da investigação da verdade, ainda na crença epistêmica de uma possível verdade real, a admissibilidade da obtenção de provas por meios estranhos à lei era mais comum que sua inadmissibilidade (AVOLIO, 2012, p. 44).

Com o desenvolvimento das ordens democráticas, principalmente após as vivências com governos totalitários e ditatoriais, prevaleceu a noção de que as provas obtidas por meios ilícitos não deveriam ser admitidas no processo. Como expõe Scarance Fernandes, trata-se de um tema bastante em voga no direito processual penal ainda hoje. “Em virtude do grande desenvolvimento da tecnologia, a vida privada, a intimidade, a honra da pessoa humana tornou-se mais facilmente vulnerável. Isso impõe ao legislador cuidado para, na outorga dos mecanismos hábeis e eficiente repressão à criminalidade, não autorizar invasões desnecessárias ou desmedidas na vida da pessoa” (SCARANCE FERNANDES, 2012, p. 89).

A Constituição Federal de 1988 (art. 5º, LVI) e o Código de Processo Penal (art. 157), com as modificações da Lei 11.690/08, garantem o espectro normativo da vedação das provas ilícitas⁵¹. A conceituação normativa, por sua vez, encontra-se no *caput* do art. 157, que prescreve que as provas ilícitas devem ser entendidas como aquelas que são “obtidas em violação de normas constitucionais ou legais”⁵². Como coloca Avolio:

Estariam nesse rol, por exemplo, as provas obtidas: contra a garantia constitucional que permite o acusado permanecer em silêncio; através de interrogatórios proibidos (realizados de forma atentatória à liberdade, dignidade, integridade física e moral do acusado); mediante intervenções corporais não autorizadas (exames de alcoolemia, DNA etc.); com violação do domicílio; com violação do sigilo da correspondência e das telecomunicações; com violação da proteção à intimidade familiar; com violação da proteção do sigilo profissional (AVOLIO, 2012, p. 148).

O texto legal (CPP, art. 157, §1º) veda também as provas que decorrem das provas obtidas por meios ilícitos, as provas ilícitas por derivação. Trata-se de uma adesão à doutrina dos frutos da árvore envenenada (ou venenosa) (do original em inglês: *fruits of the poisonous tree*)⁵³. A doutrina se refere ao princípio da contaminação⁵⁴. Uma vez admitindo a prova

⁵¹ CF/88, art. 5º, LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos; CPP, 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.

§ 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.

§ 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.

§ 4º (VETADO).

⁵² Boa parte da doutrina divide as provas vedadas (inadmissíveis) em prova ilícita e prova ilegítima. Esta seria aquele que fere norma de direito processual penal, enquanto a prova ilícita, norma de direito material ou constitucional. A distinção e seus desdobramentos, para o presente trabalho, revelam-se pouco relevantes, de modo que escolhi a menção ao tema apenas nesta breve nota.

⁵³ A adesão da doutrina é o entendimento do STF, que pode ser observada, por todos, no julgado unânime do HC 93.050/RJ, publicado em 31/07/2008 e de relatoria do min. Celso de Mello. Segue trecho selecionado da ementa: A QUESTÃO DA DOUTRINA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA (“*FRUITS OF THE POISONOUS TREE*”): A QUESTÃO DA ILICITUDE POR DERIVAÇÃO. - Ninguém pode ser investigado, denunciado ou condenado com base, unicamente, em provas ilícitas, quer se trate de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude por derivação. Qualquer novo dado probatório, ainda que produzido, de modo válido, em momento subsequente, não pode apoiar-se, não pode ter fundamento causal nem derivar de prova comprometida pela mácula da ilicitude originária. - A exclusão da prova originariamente ilícita - ou daquela afetada pelo vício da ilicitude por derivação - representa um dos meios mais expressivos destinados a conferir efetividade à garantia do “*due process of law*” e a tornar mais intensa, pelo banimento da prova ilicitamente obtida, a tutela constitucional que preserva os direitos e prerrogativas que assistem a qualquer acusado em sede processual penal. Doutrina. Precedentes. - A doutrina da ilicitude por derivação (teoria dos “frutos da árvore envenenada”) repudia, por constitucionalmente inadmissíveis, os meios probatórios, que, não obstante produzidos, validamente, em momento ulterior, acham-se afetados, no entanto, pelo vício (gravíssimo) da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal. Hipótese em que os novos dados probatórios somente foram conhecidos, pelo Poder Público, em razão de anterior transgressão praticada, originariamente, pelos agentes estatais, que desrespeitaram a garantia constitucional da inviolabilidade

derivada da ilícita, a eficácia da vedação seria seriamente comprometida, tornando insipiente a intenção constitucional de proteção a direitos fundamentais. Tal princípio ganha importância quando se se depara com a realidade da busca probatória brasileira, em que pouco se discute as fontes de prova em sede judicial. Aury Lopes Jr. entende “que o vício se transmite a todos os elementos probatórios a partir do ato maculado, literalmente contaminando-os com a mesma intensidade” (2013, p. 601). Nesse sentido, a prova derivada da ilícita é tão ilícita quanto a original, devendo sofrer ambas o mesmo tratamento, que é a exclusão da prova pelo desentranhamento processual.

Entretanto, não são provas derivadas aquelas que não evidenciam nexo de causalidade com a prova ilícita e aquelas que foram alcanças por uma fonte independente. O texto indica que a derivação da ilicitude de uma prova depende de nexo causal em relação às demais. Uma vez inexistente esse nexo, não há de se falar em ilicitude. Relacionada à questão do nexo causal, está a teoria da fonte independente (*independent source doctrine*) e da teoria da descoberta inevitável (*inevitable discovery*) (LOPES JR., 2013, p. 601)⁵⁵.

Contudo, como pontua Aury Lopes Jr., “o maior inconveniente é a timidez com que os tribunais tratam da questão, focando no ‘nexo causal’ de forma bastante restritiva para verificar o alcance da contaminação” (LOPES JR., 2013, p. 601). Trata-se de verdadeira manobra para permitir a entrada das provas ilícitas ao processo, principalmente em relação à atividade policial, merecendo muitas vezes um tratamento não de prova, mas de mero item informativo. Além disso, as teorias da fonte independente e da descoberta inevitável tendem a mitigar a eficácia da vedação das provas ilícitas, fazendo com o que o princípio da contaminação seja severamente atenuado (Idem, p. 603).

A discussão acerca da temática das provas ilícitas permite inúmeros desdobramentos. Para o item não ficar à deriva e se restringir ao cerne do que interessa, serão pontuadas duas problemáticas acerca das provas ilícitas. A primeira é quanto à possibilidade de admissão da

domiciliar. - Revelam-se inadmissíveis, desse modo, em decorrência da ilicitude por derivação, os elementos probatórios a que os órgãos estatais somente tiveram acesso em razão da prova originariamente ilícita, obtida como resultado da transgressão, por agentes públicos, de direitos e garantias constitucionais e legais, cuja eficácia condicionante, no plano do ordenamento positivo brasileiro, traduz significativa limitação de ordem jurídica ao poder do Estado em face dos cidadãos. - Se, no entanto, o órgão da persecução penal demonstrar que obteve, legitimamente, novos elementos de informação a partir de uma fonte autônoma de prova - que não guarde qualquer relação de dependência nem decorra da prova originariamente ilícita, com esta não mantendo vinculação causal -, tais dados probatórios revelar-se-ão plenamente admissíveis, porque não contaminados pela mácula da ilicitude originária.

⁵⁴ A origem decorre do caso *Silverthorne Lumber & Co. v. United States*, de 1920.

⁵⁵ Aury Lopes Jr. (2013, p. 601) aponta dois julgados estadunidenses emblemáticos, que tratam da questão da teoria da fonte independente e da teoria da descoberta inevitável. Respectivamente: *Murray v. United States*, 487 U.S. 533 (1988), e *Nix v. Williams*, 467 U.S. 431 (1984).

prova ilícita com base no princípio da proporcionalidade. A segunda é a necessidade de um controle normativo e judicial da prova emprestada no processo.

De acordo com parte da doutrina brasileira, a inadmissibilidade da prova ilícita pode sofrer certa relativização a partir da teoria da proporcionalidade. De acordo com essa teoria, poderiam ser admitidas as provas ilícitas se em confronto com outros interesses preponderantes, permitindo ao julgador a escolha acerca da vedação ou não (AVOLIO, 2012, p. 60)⁵⁶.

No entanto, trata-se de uma perigosa doutrina, principalmente em um país em que a “ordem pública”, um conceito vago e impreciso tanto serve para a supressão de direitos fundamentais. “A teoria encerra um subjetivismo ínsito, que já deflui da impossibilidade dos seus elementos essenciais – interesses e valores – num plano abstrato” (AVOLIO, 2012, p. 65). “É um imenso perigo (grave retrocesso) lançar mão desse tipo de conceito jurídico indeterminado e, portanto, manipulável, para impor restrição de direitos fundamentais” (LOPES JR., 2013, p. 596). Como indicam os autores citados, a utilização da teoria acaba servindo à cultura autoritária, e se baseia ainda na ideia de verdade real e da ultrapassada dicotomia interesse público/privado.

“Entendemos que *sociedade* deve ser compreendida dentro da fenomenologia da coexistência, e não mais como um ente superior, de que dependem os homens que o integram” (LOPES JR., 2013, p. 597). A prevalência da ideia de sociedade como sendo meramente a somatória de indivíduos acaba por refletir em uma perversa relativização da inadmissibilidade das provas ilícitas, mantendo o atual e perturbador quadro de constante violação dos direitos humanos e fundamentais.

Também não se pugna pela absoluta inadmissibilidade da prova ilícita. A exceção para tanto deve estar, no entanto, de acordo com o modelo acusatório, em que a relação de pesos entre defesa e acusação há de pender sempre para a acusação, para o poder do Estado, devendo o processo penal efetivar o equilíbrio. Nesse sentido, entende-se pela admissibilidade da prova ilícita a partir da proporcionalidade quando *pro reo*, “em que a ponderação entre o

⁵⁶ Outra corrente (embora mínima), porém no mesmo sentido, entende que poderia haver a admissibilidade das provas ilícitas desde que ela também seja acompanhada de processamento pela violação legal. “A crítica a essa corrente nasce exatamente dessa paradoxal situação criada: um mesmo objeto, diante da ilicitude com que foi obtido, seria considerado como corpo de delito para ensejar a condenação de alguém e, ao mesmo tempo, seria perfeitamente válido para produzir efeitos no processo penal. Como dito, no Brasil hoje, é uma posição que não encontra mais qualquer abrigo na jurisprudência” (LOPES JR., 2013, p. 594-595)

direito de liberdade de um inocente prevalece sobre um eventual direito sacrificado na obtenção da prova (dessa inocência)” (LOPES JR., 2013, p. 597).

A teoria da proporcionalidade da prova ilícita aplicada à comprovação da inocência de um acusado é defendida por praticamente toda doutrina e jurisprudência brasileira (AVOLIO, 2012, p. 66). No entanto, como adverte Aury Lopes Jr., a admissibilidade da prova ilícita *pro reo* não imuniza a prova de sua ilicitude, o que significa dizer que ela continua com a vedação constitucional, não podendo ser utilizada como prova para condenar ou processar um terceiro (LOPES JR., 2013, p. 598).

Outra discussão que interessa ao presente estudo, ainda no tema das provas ilícitas, é o controle acerca da prova emprestada. “Por prova emprestada entende-se aquela obtida a partir de outra, originalmente produzida em processo diverso” (LOPES JR., 2013, p. 583). A relevância do tema se justifica pela crescente utilização de tecnologias para investigação e levantamento de informações sobre infrações penais, atingindo diretamente a intimidade e a vida privada das pessoas, o que acaba por provavelmente envolver a conduta de terceiros, bem como condutas diversas do próprio investigado que não eram alvo da persecução que deu origem à investigação.

Quanto à prova documental, quando de natureza pública, não há que se falar em vedação ao empréstimo. Ora, se uma nova produção da prova documental irá produzir exatamente o mesmo teor, nada impede que haja o empréstimo. O mesmo não vale para documentos que envolveram quebra de sigilo. A quebra de sigilo não torna o documento público, devendo, quando em outro processo, depender de novo mandado judicial para a quebra, respeitando-se assim o direito à intimidade e à vida privada de cada indiciado em particular (LOPES JR., 2013, p. 583).

Já quanto à prova testemunhal ou técnica, embora bastante comum na prática judicial, partilhamos do entendimento de Aury Lopes Jr. de que devem ser respeitadas as particularidades de cada contexto fático. Não se pode simplesmente ignorar que, para cada fato, há uma relação semiótica específica, para o qual as perguntas são especialmente formuladas. Nesse caso, tratando-se de réus diferentes em processos distintos, o testemunho de uma pessoa não pode ser emprestado, devendo ela ser novamente intimada para a produção de nova prova. O mesmo vale para a perícia técnica. Argumenta Aury Lopes Jr. que “se realmente existisse tal interesse probatório, ambos os processos deveriam ter sido reunidos

para julgamento simultâneo por força da conexão probatória (art. 76, III, do CPP)⁵⁷; se não o foram, é porque essa prova não tem essa importância comum” (LOPES JR., 2013, p. 584).

Nesses termos, tem-se que, quando uma prova técnica ou testemunhal que se refere a um interesse probatório determinado é emprestada para processo de diverso interesse, ela deve ser declarada ilícita. Isso porque a prova não foi produzida devidamente sob o contraditório específico da defesa, que potencialmente pode se ver prejudicada por ter que se submeter a um contraditório que não lhe convém.

De regra geral, para o controle da importação de provas de um processo para o outro, recorre-se ao princípio da especialidade da prova. A relevância da discussão se mostra quando determinada investigação acaba por descobrir delitos diversos daqueles que inicialmente a justificaram. Trata-se da serendipidade (do inglês, *serendipity*) ou, ainda, descoberta fortuita de provas⁵⁸. O assunto ganha especial destaque quando em referência à Lei 9.296/96, que regula as interceptações telefônicas, principalmente acerca de seu art. 2º *caput*, incisos e parágrafo único⁵⁹. Volta-se a atenção para essa lei porque, como será argumentado no capítulo 3, é ela que deve servir de parâmetro legal para as hipóteses em que as investigações policiais ou ministeriais colidem com os direitos fundamentais referenciados no art. 5º, inciso XII, da Constituição Federal.

A respeito, o autor mais citado sobre o assunto é Luiz Flávio Gomes que, a partir da doutrina estrangeira, dividiu a serendipidade em dois graus. A de 1º grau é quando o encontro fortuito se refere a delito que está em continência ou conexão com o delito que justificou a

⁵⁷ **Art. 76.** A competência será determinada pela conexão:

.....
 III - quando a prova de uma infração ou de qualquer de suas circunstâncias elementares influir na prova de outra infração.

⁵⁸ Sobre o assunto, válido observar trechos dos seguintes julgados:

HC 187.189-SP, Sexta Turma, DJe 23/8/2013; e RHC 28.794-RJ, Quinta Turma, DJe 13/12/2012. HC 282.096-SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior: O fato de elementos indiciários acerca da prática de crime surgirem no decorrer da execução de medida de quebra de sigilo bancário e fiscal determinada para apuração de outros crimes não impede, por si só, que os dados colhidos sejam utilizados para a averiguação da suposta prática daquele delito. Com efeito, pode ocorrer o que se chama de fenômeno da serendipidade, que consiste na descoberta fortuita de delitos que não são objeto da investigação.

AgAi 626.214/MG, 2ª Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 21/09/2010, unânime: O Supremo Tribunal Federal, como intérprete maior da Constituição da República, considerou compatível com o art. 5º, XII e LVI, o uso de prova obtida licitamente conduzida, ainda que crime descoberto, conexo ao que foi objeto da interceptação, seja punido com detenção.

⁵⁹ Lei 9.296/96: Art. 2º Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses:

I - não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal;

II - a prova puder ser feita por outros meios disponíveis;

III - o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção.

Parágrafo único. Em qualquer hipótese deve ser descrita com clareza a situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada.

medida investigativa. Por sua vez, a serendipidade de 2º grau é o encontro de crimes não conexos e sem continência com aquele que justificou a medida⁶⁰.

Toma-se a classificação elaborada por Luiz Flávio Gomes para, no entanto, se posicionar conforme Luiz Francisco Torquato Avolio, que sintetiza seu argumento no trecho:

Concordo com a utilização da matéria que envolve hipóteses de conexão e continência, mas tenho forte restrição em relação ao material que destoa do objeto da investigação, pois não é porque foi encontrado no curso de interceptação lícita que a notícia-crime pode ser reputada igualmente lícita, eis que nada justificaria utilizar-se indiscriminadamente da autorização judicial concedida para a investigação com relação a terceiros e situações diversas. A menos que a notícia-crime servisse para a prisão em flagrante da pessoa que estivesse praticando crime permanente, como o de sequestro, ou para medida de caráter urgente, como a desativação de uma bomba ou o impedimento da consecução de um crime grave, o que seria admissível com base no critério da proporcionalidade. O direito à prova, por si só, não é suficiente para legitimar a notícia-crime obtida dessa forma, carecendo de justa causa eventual inquérito policial instaurado com base nela. Redundaria numa interceptação prospectiva, repudiada pela doutrina (AVOLIO, 2012, p. 189).

No entanto, faz-se a ressalva em relação ao crime permanente. Concordando que para realização de flagrante em que há inequívoco *periculum in mora* da medida, nada mais razoável que a realização do flagrante, como no citado exemplo de sequestro de pessoas. Nos crimes de drogas, por sua vez, principalmente em referência à inviolabilidade domiciliar, entendo que deve preponderar a proteção constitucional prevista no art. 5º, impondo à autoridade policial que realize o flagrante em domicílio somente devidamente amparado por mandado judicial, para o qual se justificará o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*, argumento já defendido em outra oportunidade.

⁶⁰ Como explica Luiz Flávio Gomes em seu artigo:

“Em relação ao encontro fortuito de fatos conexos (ou quando haja continência) parece-nos acertado falar em serendipidade ou encontro fortuito de primeiro grau (...). Nesse caso a prova produzida tem valor jurídico e deve ser analisada pelo juiz (como prova válida). Pode essa prova conduzir a uma condenação penal.

Quando se trata, ao contrário, de fatos não conexos (ou quando não haja continência), impõe-se falar em serendipidade ou encontro fortuito de segundo grau (ou em fatos que não estão na mesma situação histórica de vida do delito investigado). A prova produzida, nesse caso, não pode ser valorada pelo juiz. Ela vale apenas como *notitia criminis*.

Conclusão: se o fato objeto do "encontro fortuito" é conexo ou tem relação de continência (concurso formal) com o fato investigado, é válida a interceptação telefônica como meio probatório, inclusive quanto ao fato extra descoberto. Essa prova deve ser valorada pelo juiz. Exemplo: autorização dada para a investigação de um tráfico de entorpecente; descobre-se fortuitamente um homicídio, em conexão teleológica. De outra parte, se se descobre o envolvimento de outra pessoa no crime investigado (de tal forma a caracterizar a continência do art. 77), também é válido tal meio probatório. Nessas duas hipóteses, em suma, a transcrição final da captação feita vale legitimamente como meio probatório e serve para afetar ("enervar") o princípio da presunção de inocência” (GOMES, 2009).

Outra ressalva bastante válida é o questionamento deixado por Aury Lopes Jr.: “O que se pode entender por ‘crime conexo’, especificamente nessa matéria de especialidade da prova? Serve a sistemática do art. 76 do CPP?” (2013, p. 589). Para o autor, com quem compartilho entendimento, o termo conexão deve ser compreendido na sistemática do art. 76 do CPP, evitando-se a abertura semântica da palavra para qualquer crime que apenas tenha relação com a prova autorizada. Quando não há de fato a conexão ou a continência, deve o a informação encontrada servir no máximo de mero *starter*, de notícia-crime (LOPES JR., 2013, p. 588-590).

Enfim, muitas nuances podem ser levantadas na questão da serendipidade. A conclusão é que o princípio da especialidade, nos termos do art. 2º da Lei 9.296/96, é que deve basilar a matéria, juntamente com os princípios atinentes ao art. 5º da CF/88. A decisão judicial que autorizou a prova, no sistema acusatório, está adstritamente vinculada ao pedido, no mesmo sentido em que está vinculada ao material colhido na investigação, devendo este se manter restrito à apuração que deu razão para a decisão judicial autorizadora (LOPES JR., 2013, p. 585).

1.2.4.3 A Quarta Emenda da Constituição dos Estados Unidos da América e o controle da produção da prova

Nos Estados Unidos da América, o controle da atividade policial e investigativa em geral é determinada principalmente pela Quarta Emenda à Constituição Americana, pela qual, a partir dos princípios gerais da liberdade e da privacidade, avalia-se a legalidade da atividade administrativa e judicial na questão criminal. Sem desviar da crítica à política criminal estadunidense, o objetivo do estudo da jurisprudência americana servirá como parâmetro e possibilidade de interpretação da atividade investigativa estatal. O que se observa é que a atividade judicial americana acaba exercendo um controle muito mais embasado na principiologia constitucional e menos em dispositivos legais infraconstitucionais, como no Brasil, que pouco ajudam no combate à extensa violação aos direitos fundamentais.

O texto da Quarta Emenda pode ser assim traduzido: o direito do povo à inviolabilidade de suas pessoas, casas, documentos e propriedades, em face de buscas e apreensões, não deve ser violado, e nenhuma autorização judicial será expedita, exceto quando amparada por causa provável e calcada por juramento ou declaração e, especialmente,

com a descrição do local a ser investigado, bem como das pessoas ou das coisas a serem apreendidas⁶¹.

Ao longo dos anos, sua redação foi alvo de diversas interpretações. No entanto, a gênese permaneceu no sentido de que a violação de direitos fundamentais, quando em confronto com investigações, somente pode ocorrer se amparada por autorização judicial (*warrant*). Porém, até mesmo a autorização judicial somente pode ser considerada legal quando demonstrada a causa provável para a medida, que deverá fundamentar a decisão. É a partir da Quarta Emenda, portanto, que se faz o controle judicial dos mandados de busca e apreensão, das abordagens e revistas policiais, das interceptações telefônicas, das entradas em domicílio, dos mandados de prisão etc⁶².

O controle a partir da Quarta Emenda pode ter como consequência a aplicação da *exclusionary rule* (regra da exclusão), cujo resultado é a exclusão das provas obtidas por meios ilícitos, e tem como objetivo desencorajar procedimentos investigativos ilegais (ANDERSON; GARDNER, 2013, p. 218). No entanto, para não divagar nos inúmeros conceitos e das diferenças de entendimento acerca do tema, concentrar-se-á nos casos jurisprudenciais mais relevantes para a temática do presente estudo, o que será também feito ao longo dos demais capítulos.

O caso que sedimentou a mais atual interpretação da Corte Suprema americana sobre a aplicação da Quarta Emenda está no julgado *Katz v. United States* 389 U.S. 347 (1967). No caso, Katz era suspeito de praticar uma atividade ilícita, o que era realizada a partir de ligações telefônicas de Los Angeles a Miami e Boston. Para averiguar o delito, a Polícia colocou uma escuta no telefone público que Katz utilizava para a atividade. Diante das informações colhidas, Katz foi condenado em todas as instâncias inferiores à Suprema Corte, inclusive com indicações de precedentes (*Olmstead v. United States* e *Goldman v. United States*).

O caso é emblemático porque, antes dessa decisão, a Quarta Emenda era essencialmente interpretada de maneira mais literal, cuja proteção deveria se estender àquelas elementares presentes em sua redação, como pessoas, casas, documentos etc. Nesse sentido,

⁶¹Tradução livre de: The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.

⁶²No caso *Chimel v. California*, 395 U.S. 752 (1969), tratou-se da seguinte questão: pode um mandado de prisão, em domicílio, justificar a busca na casa? Entendeu o Estado da Califórnia que não. Para que haja a busca domiciliar deveria haver outro mandado. O julgado virou a chamada regra de Chimel, ou *Chimelrule*.

as questões (*issues*) que marcaram a decisão foram as seguintes: é o telefone público um lugar protegido pela Quarta Emenda? A intromissão física é necessária para a definição de busca?

No entanto, o entendimento da Corte para o caso estabeleceu o giro hermenêutico que veio a pautar as decisões a partir da Quarta Emenda desde então. É como mostra o voto vencedor, que concedeu a liberdade a Katz por entender que a medida policial violou seus direitos fundamentais, devendo ter sido realizada sob mandado.

Por causa do enganoso caminho em que foram formuladas as questões, as partes tem outorgado muita importância à caracterização da cabine telefônica pública em que o acusado realizava suas chamadas. O acusado argumentou energicamente que a cabine era constitucionalmente protegida. O governo defendeu o contrário com igual vigor. Porém, esse esforço para decidir se realmente ‘uma área’ dada está constitucionalmente ‘protegida’, vista em abstrato, desvia a atenção do problema que envolve o caso. A Quarta Emenda protege as pessoas, não os lugares. O que a pessoa expõe ao público em consciência, ainda que em sua própria casa ou oficina, não é objeto de proteção pela Quarta Emenda. De fato, o que se procura conservar como privado, ainda que em área acessível ao público pode ser protegido constitucionalmente (KATZ, 389 U.S. p. 351)⁶³.

Em síntese, a proteção garantida pela Quarta Emenda não se refere a lugares ou a coisas, mas à *expectativa de privacidade*. Dessa forma, o critério de avaliação das legalidades a partir do controle da Emenda se refere a essa simples pergunta: a medida fere a legítima expectativa de privacidade? Em caso de resposta positiva, tem-se que há a necessidade de mandado judicial, sem o qual a prova deve ser considerada ilícita e ser excluída⁶⁴.

⁶³Tradução livre do voto do juiz Stewart, que fundamentou a decisão: “Because of the misleading way the issues have been formulated, the parties have attached great significance to the characterization of the telephone booth from which the petitioner placed his calls. The petitioner has strenuously argued that the booth was a ‘constitutionally protected area.’ The Government has maintained with equal vigor that it was not. But this effort to decide whether or not a given ‘area,’ viewed in the abstract, is “constitutionally protected” deflects attention from the problem presented by this case. For the Fourth Amendment protects people, not places. What a person knowingly exposes to the public, even in his own home or office, is not a subject of Fourth Amendment protection. But what he seeks to preserve as private, even in an area accessible to the public, may be constitutionally protected” (KATZ, 389 U.S. p. 351).

⁶⁴ A aplicação do princípio da expectativa legítima de privacidade foi aplicada também em outro caso emblemático, *California v. Greenwood*, 486 U.S. 35 (1988)⁶⁴. No caso, a Polícia realizou uma busca no lixo de Greenwood, suspeito de realizar traficância, já em depósito na frente de sua residência. Os policiais encontraram elementos que indicavam o manuseio de substâncias ilícitas, o que foi suficiente para conseguir uma autorização judicial para busca e apreensão no domicílio do indiciado, que foi em seguida preso e condenado por tráfico. A defesa argumentou que a busca violava sua expectativa de privacidade, o que importaria a necessidade de mandado judicial. No entanto, a corte estadual entendeu pela manutenção da condenação de Greenwood, entendendo que não há expectativa de privacidade sobre o lixo já descartado.

Em outro caso, *Smith v. Maryland*, 442 U.S. 735 (1979), a Corte Suprema entendeu que não há expectativa de privacidade quanto ao número da ligação privada realizada em empresa que registra todos os números discados, podendo o número ser utilizado para prova.

A esse respeito⁶⁵, relevante o recente caso *Riley v. California*, 573 U.S. (2014), sobre a utilização de informações obtidas sem mandado judicial em celular, em que a Corte Suprema entendeu, unanimemente, que a busca de conteúdo de celular sem mandado judicial é uma clara violação da Quarta Emenda, devendo ser considerada inconstitucional.

A argumentação da Corte se deu no sentido de que, além de o celular não representar nenhum risco para os policiais que efetuam uma prisão, os celulares, hoje em dia, não podem ser considerados como mera conveniência tecnológica. O fato de um indivíduo poder carregar tanta informação pessoal em sua mão não faz dessa informação menos digna da proteção constitucional (*Riley v. California*, 573 U.S. 28).

A decisão de Riley aponta para uma mudança de concepção acerca do controle da Quarta Emenda na era digital, tirando o domicílio de seu cerne. Como a própria Corte argumentou: de fato, a busca em um celular pode expor ao governo muitas informações e em muito mais detalhes que a busca em uma casa. Esse tipo de violação é vislumbrada tanto pela “teoria da propriedade” quanto pela “teoria da expectativa de privacidade”. De todo modo, é a proteção às informações pessoais e não a informações do domicílio que deve servir de parâmetro para a interpretação da Quarta Emenda (BUTLER; ROTENBERG, 2014).

Enfim, os exemplos do controle judicial americano a partir da Quarta Emenda sobre a invasão aos direitos de liberdade e de privacidade servem para mostrar a possibilidade e a necessidade desse tipo de discussão na atividade judicial brasileira. Não somente as fontes e os meios de prova são injustificadamente omitidos no processo penal brasileiro, como a própria atividade policial, ao contrário do que ocorre nos EUA, é absolutamente ignorada como potencial geradora de ilicitudes. A manutenção da atividade policial enquanto mero movimento administrativo inquisitorial é desviar o olhar da realidade de que a produção da prova é muito relevante para as condenações, sem levar em conta que essa “ignorância” se dá por mera conveniência e conivência em relação às diárias violações a direitos fundamentais dos suspeitos e dos presos.

⁶⁵ Sobre o assunto, acompanhar também o caso *U.S. v. Quatodavis*, que discute a possibilidade de obtenção da localização pessoal a partir do celular. Até o momento, tem entendido as Cortes Federais que há necessidade de mandado judicial para obtenção da localização.

CAPÍTULO 2. RACISMO E A POLÍTICA DE REPRESSÃO ÀS DROGAS NO BRASIL

Este capítulo tem o objetivo de apresentar a pesquisa empírica que subsidiou grande parte desta dissertação. Os dados apresentam uma significativa seletividade racial da política de drogas no Brasil, o que se buscará fundamentar por meio da revisão bibliográfica atinente ao tema.

O capítulo, portanto, inicia-se com a apresentação da pesquisa, a partir da delimitação metodológica escolhida e com a apresentação dos seus produtos. Em seguida, é feita uma análise crítica da atual política de repressão às drogas, bem como da Lei 11.343/2006, que regula essa política criminal. Por fim, é realizado o estudo bibliográfico que fornece os elementos de compreensão do viés racial da política de drogas e do porquê de esse viés ser tão difícil de ser considerado e visualizado.

Em poucas palavras, o intuito é demonstrar que a política de repressão às drogas, que se encontra a plenos pulmões na política criminal brasileira, é responsável pelo controle e pela higienização de corpos negros no espaço urbano. Porém, o intuito principal é o de mostrar que a tecnologia entra nesse contexto muito mais para efetivar esse controle da população negra que propriamente para combater os problemas da droga e do tráfico. Nesse cenário, a tecnologia se contextualiza por meio de uma racionalidade instrumental e burocrática, imiscuindo-se no cotidiano da prática policial não para transformar sua lógica, mas para aprofundar suas contradições e sua incapacidade de dar soluções positivas na política de combate às drogas.

2.1 A pesquisa empírica

Este item tem o objetivo de apresentar a pesquisa empírica realizada ao longo do mestrado e que veio a subsidiar esta dissertação. Primeiramente, será apresentada a metodologia empregada. Na sequência, serão apresentados seus produtos, a) pela disposição dos dados estatísticos em gráficos e b) pela descrição detalhada dos processos em que se constatou a utilização de tecnologias no Auto de Prisão em Flagrante.

2.1.1 Metodologia da pesquisa empírica

No ano de 2013, Evandro Piza Duarte, orientador desta dissertação, coordenou uma pesquisa vencedora do Edital nº 01/2012 do projeto Pensando a Segurança Pública, lançado pela Secretaria Nacional de Segurança Pública do Ministério da Justiça (SENASP) e pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD. Contribuí na pesquisa como

pesquisador colaborador⁶⁶, o que me rendeu grande parte dos estudos e dos trabalhos atinentes ao mestrado, que foi realizado no biênio 2013-2014. A pesquisa deu resultado, dentre outros, a um capítulo de um livro publicado pela SENASP-MJ⁶⁷.

A investigação proposta na pesquisa pretendia compreender parte da dinâmica institucional sobre a construção da condição de suspeito, como ela se relacionava com preconceitos sociais contra o abordado, especialmente aqueles relativos à classe e ao pertencimento raça/cor no grupo negro (pretos e pardos)⁶⁸, nas ações preventivas e repressivas da Polícia Militar ao tráfico e uso de drogas ilícitas em três cidades brasileiras (Brasília, Salvador e Curitiba).

Para tanto, pretendeu-se: a) Identificar como a definição racial dada no Inquérito Policial⁶⁹, de branco ou de negro era utilizada na definição da condição de “suspeito”, e, a seguir, de usuário ou traficante; b) Identificar como se articula a definição racial com a condição de suspeito ao longo da cadeia de atividades desenvolvidas pela Polícia, mesmo antes da formalização do flagrante, nos registros policiais e boletins de ocorrência; c) Identificar como a variável racial está articulada com outras características, tais como: ausência de testemunhas além dos policiais que efetuaram o flagrante, prova colhida durante o período noturno, maior ou menor quantidade de droga apreendida, localização geográfica do suspeito (em região com maior ou menor renda), veículo automotor que o suspeito conduzia e características sociais do local de apreensão.

A pesquisa incluiu essencialmente três atividades metodológicas:

a) análise de processos, em que os Inquéritos Policiais iniciaram com Auto de Prisão em Flagrante posteriores à entrada em vigor da Nova Lei de Drogas (Lei 11.343/2006) e que tivessem sentença definitiva com trânsito em julgado no segundo semestre de 2012, nas varas criminais de Brasília, Curitiba e Salvador. A análise dos processos incluiu a aplicação de

⁶⁶ Juntamente com Marina Lacerda e Silva.

⁶⁷ Ver nas referências bibliográficas: (DUARTE, et al. 2014)

⁶⁸ A pesquisa acompanhou o entendimento do IBGE de unir na categoria “negro” aquelas pessoas de cor preta ou parda. Para mais detalhes, visualizar o artigo *O sistema classificatório de ‘cor e ou raça’ do IBGE*, de Rafael Osorio. Apresenta-se um trecho de justificção: “Portanto, a agregação de pretos e pardos e sua designação como negros justificam-se duplamente. Estatisticamente, pela uniformidade de características socioeconômicas dos dois grupos. Teoricamente, pelo fato de as discriminações, potenciais ou efetivas, sofridas por ambos os grupos, serem da mesma natureza. Ou seja, é pela sua parcela preta que os pardos são discriminados. A justificava teórica é obviamente mais importante, pois ao fornecer uma explicação para a origem comum das desigualdades dos pretos e dos pardos em relação aos brancos, coloca os dois grupos como beneficiários legítimos de quaisquer ações que venham a ser tomadas no sentido de reverter o quadro histórico e vigente dessas desigualdades” (OSORIO, 2003, p. 24).

⁶⁹ A definição da cor dos acusados, portanto, foi feita a partir da identificação presente nos inquéritos de cada processo.

questionário detalhado em todos os processos, tendo como foco a compreensão dos padrões de abordagem e suas repercussões no processo em relação a réus negros e brancos;

b) Análise dos elementos constitutivos da Matriz Curricular Nacional, discurso dos projetos pedagógicos, currículos e ementas das disciplinas dos Cursos de Formação de Praças e Oficiais das Polícias Militares do Distrito Federal e dos Estados do Paraná e Bahia, bem como dos sites de cada unidade da PM, buscando encontrar elementos sobre o modo como essas instituições respondem às demandas por igualdade racial, especialmente nas abordagens policiais⁷⁰;

c) Realização de grupos focais com policiais militares das três cidades pesquisadas que tivessem atuado na repressão ao tráfico de drogas nos últimos cinco anos e realização de grupos focais com jovens negros.

Como resultado, portanto, para os trabalhos desta dissertação, tínhamos disponíveis os processos selecionados em formato PDF, uma vez que todos foram digitalizados; a cópia da matriz curricular dos cursos de formação de praças e de oficiais das Polícias Militares do Distrito Federal, da Bahia e do Paraná; e o conteúdo dos Grupos Focais⁷¹ realizados junto aos policiais militares de cada uma das instituições mencionadas e com jovens negros das respectivas cidades. Contudo, fruto de aproveitamento direto para este estudo foi a cópia dos processos digitalizados do Distrito Federal. Os processos dos demais Estados, as matrizes curriculares, bem como o conteúdo dos Grupos Focais, foram utilizadas de maneira indireta para subsídio argumentativo.

A presente dissertação acompanhou o recorte definido na pesquisa junto à SENASP, de modo que a metodologia utilizada para definição da amostra de processos foi a mesma. Para a definição do recorte amostral dos processos a serem pesquisados no Distrito Federal,

⁷⁰ Para ter acesso aos documentos, foi feito um requerimento formal às instituições de ensino, bem como ao Comando-Geral, de cada corporação, que, sempre cordialmente, dispunha-se a fornecer o material. Somente fomos vedado o acesso a materiais “secretos” de treinamento.

⁷¹ Em poucas palavras, a metodologia empregada para os Grupos Focais com policiais militares se deu da seguinte forma: inicialmente, era feito um requerimento formal à Corporação para liberação de cerca de 10 policiais, dispostos sexualmente na porcentagem de cada PM, com o objetivo de uma reunião para discussão e aplicação de questionários a respeito do tema da pesquisa, com ênfase na questão racial. O grupo focal era realizado na discussão de pontos dispostos nesta seguinte ordem: Apresentação da pesquisa; Descrição, pelos policiais das atividades de policiamento; Opinião sobre as regras legais de abordagem e sobre a formação; Percepção sobre racismo no Brasil; Procedimentos de Abordagem; e Avaliação sobre a Formação policial. O encontro durava entre duas e três horas.

No mesmo sentido, eram realizados os grupos focais com os jovens negros de cada cidade. Os jovens eram contatados por meio do próprio meio universitário ou a partir de movimentos sociais organizados. O jovens continham uma faixa etária que girava em torno dos 20 anos de idade. A disposição do GF se dava nesta ordem: Guia de Identificação; Perguntas Gerais sobre Segurança Pública; Vivências sobre atividades de policiamento e vigilância; Refletindo sobre o elemento suspeito; Sugestões para evitar e diminuir incidentes discriminatórios; Opinião acerca do grupo focal.

determinou-se que deveriam ser processos com sentença e trânsito em julgado no segundo semestre de 2012, somente das varas especializadas de entorpecentes⁷². O foco foram processos cujas sentenças estavam em referência à: absolvição; desclassificação (para uso, por exemplo); condenação; extinção da punibilidade por morte do agente (art. 107, I); e extinção da punibilidade pela prescrição (art. 107, IV). Procedeu-se, então, à depuração das sentenças, que obedeceu aos seguintes critérios:

a) os fatos narrados deveriam ser posteriores à vigência da Nova Lei de Drogas (Lei 11.343/06), buscando-se, dessa forma, o mesmo tratamento legal e político dos réus e dos processos a serem analisados⁷³;

b) as sentenças deveriam ter trânsito em julgado definitivo. Evitar os processos em trânsito foi necessário para que não houvesse alteração da situação jurídica dos réus (salvo a exceção da Ação de Revisão Criminal), bem como para viabilizar o acesso aos processos;

c) as sentenças não poderiam ter tramitado em segredo de Justiça⁷⁴;

d) deveriam estar arquivados; neste caso, o arquivamento não indica uma mudança no status do réu, mas do processo, o qual comumente tem partes copiadas que são anexadas à Carta Guia e encaminhadas ao Juiz de Execução, para em seguida serem arquivadas ou na própria vara ou no Arquivo Judiciário⁷⁵.

Em termos sintéticos, os processos deveriam: a) referir-se a fatos posteriores à vigência da Lei 11.343/06; b) ter sentença com trânsito em julgado no segundo semestre de 2012; c) não ter corrido em segredo de justiça; d) ter tido arquivamento definitivo no segundo semestre de 2012.

Inicialmente, buscou-se o período de todo o ano de 2012, no entanto, a quantidade de processos seria demasiada, o que poderia até mesmo inviabilizar a pesquisa. Foi restringido, no entanto, ao período de todo o segundo semestre de 2012. Tal recorte permitiu a análise de que sujeitos acabam sofrendo da “celeridade” processual, o que veio a sustentar a hipótese de

⁷² No Distrito Federal, há quatro varas especializadas de entorpecentes.

⁷³ Entretanto, todos os processos alcançados eram correspondentes a fatos posteriores à vigência da nova lei de drogas.

Observe-se, ainda assim, que o tempo máximo de processamento desses processos é maior que 05 anos, um prazo relativamente longo para o julgamento de um crime dessa espécie, no que se refere à pena mínima e à prescrição. Como se pode notar, os processos apresentam distintas particularidades quanto ao tempo de julgamento e diferentes padrões de defesa e julgamento, o que é importante para o objetivo da pesquisa que pretende compreender padrões diferenciados de tratamento.

⁷⁴ A razão é óbvia, uma vez que não se pode ter acesso a esses processos. No entanto, como é raríssimo que os processos dessa natureza tramitem em segredo, não houve prejuízo algum para a pesquisa

⁷⁵ No caso, essa condição se revelou absolutamente necessária. Todos os processos estavam disponíveis já no Arquivo do TJDF, o que facilitou bastante o acesso para fotocópia. Os processos arquivados ficam no Complexo de Armazenamento do TJDF, no Setor de Armazenagem e Abastecimento Norte (SAAN).

automatismo seletivo do procedimento criminal. Além disso, a ênfase era de fato buscar a lógica jurídica aplicada na primeira instância, quem de fato mais está próxima dos efeitos repressores da política de drogas, evitando-se, assim, a discussão de quantas ou de que forma as sentenças são reformadas ou mantidas pelos tribunais hierarquicamente superiores. Importante ressaltar, ainda, que uma das intenções da presente pesquisa foi de avaliar como a primeira instância recebe as provas produzidas com o auxílio da tecnologia, e não de como os tribunais avaliam o tratamento dispensado pela primeira instância a essas provas.

Para coleta dos processos necessários para análise, foi feito o levantamento no Diário Eletrônico do Tribunal de Justiça de todas as sentenças referentes ao segundo semestre de 2012. Foram baixados todos os diários de justiça eletrônicos do TJDFT disponibilizados entre 01/07/2012 e 31/12/2012 no sítio eletrônico do TJDFT. Em cada um deles, foram coletadas as sentenças relativas às varas de entorpecentes, num total de 302.

Registrados na planilha de controle o mês de publicação do diário e a vara que emitiu a sentença e o número do processo, iniciou-se a segunda etapa de seleção da amostra. Essa consistiu em verificar o andamento dos processos enumerados no site do TJDFT⁷⁶.

A terceira fase consistiu em registrar as sentenças que tiveram trânsito em julgado no segundo semestre de 2012, e em eliminar as sentenças que não foram arquivadas neste mesmo período.

Na quarta fase, seriam eliminados casos cuja autuação fosse anterior a 2007, porém não houve qualquer caso arquivado em 2012 que se encontrasse em tais condições.

Em síntese, foram elencados 302 processos e verificou-se que 43 correspondiam ao recorte temporal previsto. Desses, apenas 35 atendiam a todos os requisitos necessários para seguir com as análises do projeto de pesquisa, contando com 45 acusados⁷⁷⁷⁸⁷⁹.

Em posse dos processos, já com o recorte definido⁸⁰, procedeu-se à análise que consistiu em explorar as seguintes perguntas:

⁷⁶ No sítio eletrônico: <http://www.tjdft.jus.br/consultas>.

⁷⁷ Originalmente, foram 37 processos, no entanto, os processos de nº 2011.01.1.001325-2 e de nº 2012.01.1.066839-2, ambos da 1ª VECPDF, foram descartados do recorte. O primeiro trata de arquivamento de inquérito, quase não havendo elementos para análise. O segundo trata de pedido de Reabilitação, não havendo processo-crime.

⁷⁸ Na 1ª Vara de Entorpecentes e Contravenções Penais do Distrito Federal (VECPDF), listou-se 10 processos; na 2ª Vara, 13 processos; na 3ª Vara, 03 processos; e na 4ª Vara, 09 processos. Todos os processos selecionados foram digitalizados.

⁷⁹ A coleta dos processos físicos para digitalização, devido à distinta organização do Arquivo do TJDFT, foi feita junto aos servidores do Serviço de Arquivo Intermediário Judiciário de 1ª Instância – SERAIP, em especial do Supervisor Substituto da SERAIP. Todos os processos físicos foram localizados e digitalizados. A cordialidade e a atenção dispensadas pelo corpo técnico do Arquivo do TJDFT foi fundamental para o sucesso da pesquisa.

⁸⁰ Os processos da Amostra Total foram:

a) Como e com que frequência o registro do uso das tecnologias pela Polícia (Militar e Civil) na realização dos flagrantes dos crimes de drogas está presente no processo?

A partir desta pergunta exploratória inicial, verificou-se que a utilização das tecnologias nos flagrantes era estritamente a partir de câmeras de fotografia ou de filmagem. Desse modo, não foram encontrados casos de perícia em aparelho celular (como em alguns processos de Curitiba), *drones* ou demais aparelhos tecnológicos. Dessa forma, entendeu-se por bem reduzir à pesquisa em dois grupos: o grupo de processos nos quais houve a utilização desse tipo de mídia visual (câmeras foto/videográficas) e o grupo de processos nos quais não houve essa utilização⁸¹. Nesse estudo, em referência ao grupo total de processos é usado o termo “Amostra Total”. Ao grupo de processos em que houve o amparo do uso de tecnologias é dado o termo “Amostra Parcial”.

Contudo, cada processo apresenta uma particularidade quanto ao uso dessas tecnologias visuais, sendo imperativo perguntar: qual o critério para se considerar o uso ou não das tecnologias visuais no flagrante?

Para tanto, considerou-se que bastava uma menção ao uso dessas tecnologias para que o processo fosse identificado no grupo da Amostra Parcial, mesmo que eventualmente a imagem nunca fosse anexada ou autuada no processo. A principal justificativa para essa escolha é porque o objetivo da pesquisa foi o de observar como se dá a dinâmica da utilização das tecnologias no flagrante. Nesse sentido, a mera possibilidade de uso da tecnologia – mesmo sem seu registro – por parte dos policiais está abarcada na intenção de pesquisa⁸².

Na 1ª Vara de Entorpecentes e Contravenções Penais do Distrito Federal (VECPDF): 2011.01.1.001325-2; 2012.01.1.068444-7; 2012.01.1.017407-3*; 2012.01.1.085249-4; 2012.01.1.066839-2; 2012.01.1.004339-9; 2012.01.1.047233-8; 2012.01.1.078212-7; 2012.01.1.003509-8; 2012.01.1.014184-0*; 2012.01.1.008034-5; 2011.01.1.186510-7*.

Na 2ª VECPDF: 2010.01.1.159448-2; 2009.01.1.108329-4; 2012.01.1.100509-2; 2012.01.1.084256-5; 2011.01.1.117110-3; 2012.01.1.099566-5; 2012.01.1.016240-3*; 2008.01.1.103074-9*; 2012.01.1.029225-3*; 2011.01.1.094478-9; 2012.01.1.030061-6; 2011.01.1.186689-9*; 2012.01.1.082382-2.

Na 3ª VECPDF: 2012.01.1.030061-6; 2011.01.1.186689-9; 2012.01.1.082382-2.

Na 4ª VECPDF: 2011.01.1.132369-9*; 2012.01.1.000442-9; 2012.01.1.018776-5; 2012.01.1.014167-3*; 2012.01.1.060055-8; 2012.01.1.058530-5; 2010.01.1.151661-6*; 2012.01.1.027141-7; 2012.01.1.040617-4.

Os processos marcados com um asterisco (*) contaram com dois réus.

Os processos da Amostra Parcial foram:

Apenas para esclarecimento, os processos de nº 2011.01.1.117110-3 e de nº 2012.01.1.082382-2, apesar de contarem inicialmente com 03 réus, foram desmembrados, dando origem a outros processos que estavam em trânsito no ano de 2013, razão pela qual foram retirados (os réus) da pesquisa. Contudo, manteve-se a análise quanto ao réu referente ao processo original.

Não há casos de autor repetido.

⁸¹O trabalho tecnológico de perícia no material apreendido nos crimes de drogas não foi considerado para exame neste estudo por uma questão de relevância e conveniência.

⁸² Por exemplo, em determinado processo, mesmo estando com a tecnologia disponível para filmar a situação delitiva, os policiais optaram pela não utilização, não somente dispensando seu uso, como justificando o motivo

Baseado então nessa premissa, limitada pela pesquisa exploratória inicial, formulou-se as demais perguntas:

b) Como, se, e com que frequência, as tecnologias de vigilância (como sistemas de CCTV⁸³ privado ou público) foram utilizadas para a produção de provas e para a realização de flagrantes nos crimes de drogas?⁸⁴

c) Qual a disposição de processos em que houve o auxílio da tecnologia para a realização do flagrante em relação à instância/autoridade condutora do flagrante (Polícia Civil, Polícia Militar e Agentes Penitenciários)?

d) Qual a disposição racial e sexual dos acusados/indiciados, comparativamente, entre a amostra total e a amostra parcial⁸⁵?

e) Qual a natureza e a quantidade das drogas apreendidas nas amostras total e parcial?

f) Qual a diferença quanto ao resultado da sentença (absolvição, condenação, desclassificação etc.) em cada amostra e em relação a acusados/indiciados negros?

As respostas foram dispostas em análise qualitativa, o que é feita ao longo do texto, e a partir da produção de dados estatísticos, apresentados em 12 gráficos.

Os gráficos dispõem-se da seguinte forma: Gráfico 1: Incidência de registro do uso das tecnologias visuais, para efetuação do flagrante, dispostas por réus e por processos; Gráfico 2: Aferição da quantidade, por grama, da droga apreendida nos flagrantes e sua relação com o uso de tecnologia; Gráfico 3: Aferição da natureza da droga apreendida; Gráfico 04: Aferição da realização do flagrante quanto à natureza da autoridade policial; Gráfico 05: Aferição da disposição dos flagrantes realizados pela Polícia Civil em termos de uso ou não da tecnologia; Gráfico 06: Separação por sexo na incidência do uso de tecnologias no flagrante; Gráfico 07: Aferição quanto ao resultado da sentença nas Amostras; Gráfico 08: Aferição quanto ao resultado da sentença somente para os processos em que o flagrante foi

para tal. Essa informação se revela importante para a compreensão de como a polícia gerencia a tecnologia, bem como de como o judiciário recebe essa escolha.

No mesmo sentido, na prática forense que realizei como advogado, observei o delegado referindo-se à filmagem como forma de coação ao depoente, em uma tentativa de “forçar a verdade”. O objetivo com a pesquisa, portanto, é de poder observar a dinâmica do uso dessas tecnologias, não somente observar como ela é atuada no processo. Daí a necessidade de considerar, na Amostra Parcial, aqueles processos em que houve mera menção ao uso das tecnologias.

⁸³ Sigla para *Closed-circuit television*, ou, circuito fechado de televisão, usualmente utilizado para nomear os circuitos de câmeras de segurança em estabelecimentos.

⁸⁴ Em nenhum dos processos, inclusive nos de Curitiba e de Salvador, houve utilização de imagens produzidas por CCTV. No entanto, esta pesquisa não procurou desenvolver uma análise para este resultado, deixando isso para momento oportuno.

⁸⁵ Como já explicado, neste estudo, em referência ao grupo total de processos é usado o termo “Amostra Total”. Ao grupo de processos em que houve o amparo do uso de tecnologias é dado o termo “Amostra Parcial”.

conduzido pela Polícia Civil; Gráfico 09: Aferição da cor do réu nas Amostras; Gráfico 10: Aferição da cor do réu nas Amostras em relação ao resultado da sentença; Gráfico 11: Aferição do resultado da sentença nas Amostras somente para os réus negros; Gráfico 12: Aferição do resultado da sentença nas Amostras somente para os réus negros em referência apenas à condenação e à absolvição/desclassificação.

Na sequência, procedeu-se para a descrição dos processos da Amostra Parcial, no conjunto de 9 processos, em que figuraram 12 acusados. Para tanto, selecionou-se os trechos em que houve a menção à tecnologia, com enfoque no Auto de Prisão em Flagrante e na Sentença. O objetivo com a descrição é dar subsídio à análise qualitativa, sustentando, principalmente, o argumento de automatismo na apreciação da prova e a prevalência do testemunho policial em detrimento das demais provas⁸⁶.

2.1.2 Apresentação dos produtos da pesquisa empírica

Neste subitem (2.1.2), serão apresentados os produtos da pesquisa descrita acima. Primeiramente, serão dispostos os gráficos com os dados estatísticos referentes às perguntas formuladas na metodologia (item 2.1.2.1). Posteriormente, será feita uma descrição dos processos da Amostra Parcial, aqueles em que se constatou o registro da utilização das tecnologias para realização do flagrante (item 2.1.2.2). Neste último, ainda, será feita uma breve síntese dos resultados apresentados, com o objetivo específico de dar início à análise dos itens seguintes.

⁸⁶A Amostra Parcial corresponde a 09 processos dos 35 processos analisados no total. São eles: Na 1ª VECPDF: Processo nº 2: 2012.01.11.68444-7; Processo nº 3: 2012.01.1.017407-3; Processo nº 06: 2012.01.1.004339-9; Processo nº 11: 2012.01.1.008034-5. Na 2ª VECPDF: Processo nº 2: 2012.01.11.68444-7; Processo nº 3: 2012.01.1.017407-3; Processo nº 06: 2012.01.1.004339-9; Processo nº 11: 2012.01.1.008034-5. Na 3ª VECPDF: Processo nº 3: 2012.01.1.080704-4.

A pesquisa junto à SENASP fez também um trabalho junto aos processos de Curitiba e de Salvador, nas mesmas condições que foi feita em Brasília. No entanto, não houve nenhum caso de utilização de tecnologias nos flagrantes de Salvador e, para Curitiba, os questionários mostraram que houve em apenas 01 (um), dos 57 analisados

2.1.2.1 Representações gráficas do resultado da pesquisa empírica

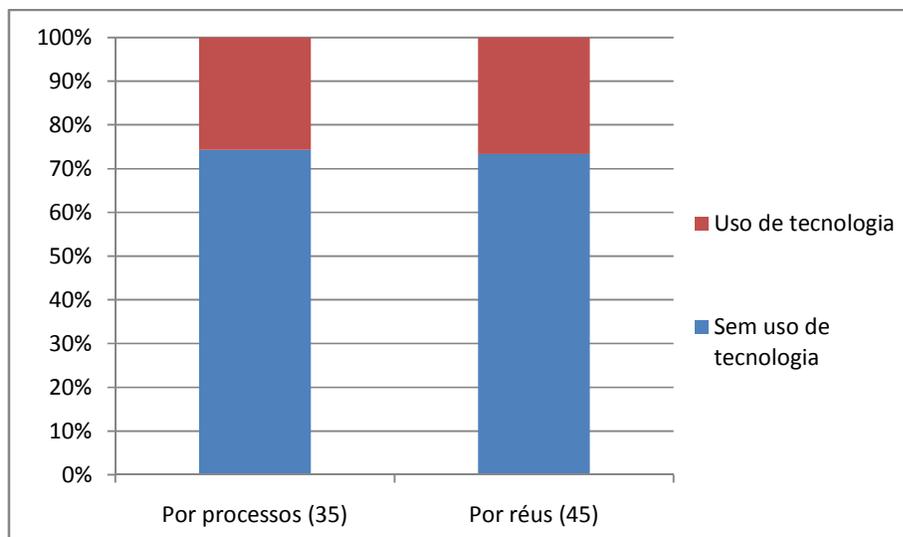


Gráfico 01: Incidência do uso das tecnologias visuais, para efetuação do flagrante, dispostas por réus e por processos.

O gráfico 1 mostra a disposição da incidência de registro⁸⁷ de uso das tecnologias para realização do flagrante. A amostra apresenta o total de 35 processos, nos quais são processados 45 réus. Nas colunas da esquerda, dos 35 processos, em 09 houve incidência do uso de tecnologia no flagrante, o que corresponde à 25,7%. Por réus, a incidência é virtualmente a mesma, de 26,6%.

Uma segunda intenção com esta amostragem foi a de avaliar se o uso da tecnologia no flagrante é mais comum em delitos que envolvam mais de uma pessoa. A hipótese de que uma campana policial equipada tecnologicamente estaria mais presente em crimes que envolvessem mais suspeitos – como em associação para o tráfico – não foi confirmada.

⁸⁷ Considerou-se o uso, na verdade, como o registro do uso. Isso porque é impossível apontar os processos em que se utilizou a tecnologia, mas somente aqueles em que houve efetivo registro desse uso. Ou seja, mesmo crendo que o uso tenha sido mais frequente, considerou-se o uso da tecnologia o que foi registrado.

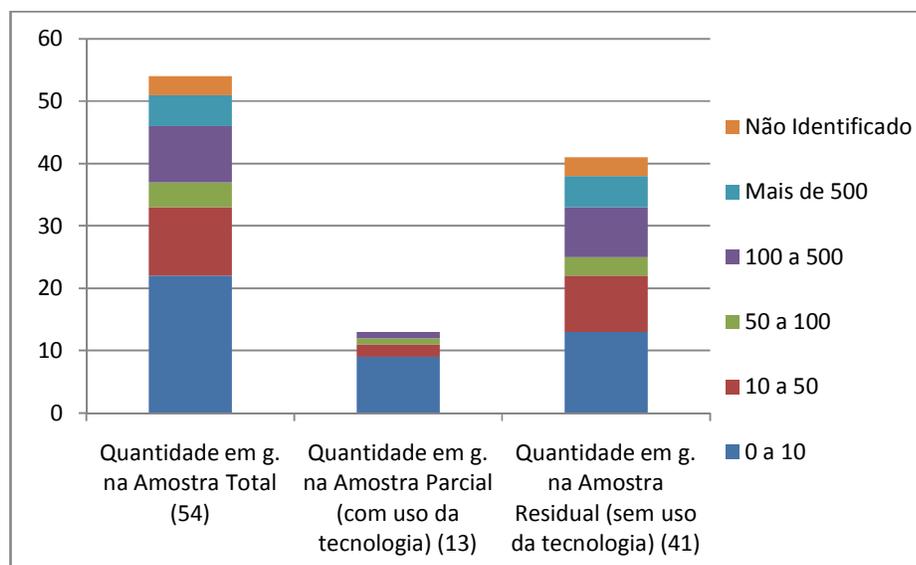


Gráfico 02: Aferição da quantidade, por grama, da droga apreendida nos flagrantes e sua relação com o uso de tecnologia.

Em tabela, por números absolutos e por porcentagem, o mesmo gráfico ficaria assim:

Quantidade de droga apreendida (em gramas)	Incidência na Amostra Total (em números absolutos)	Incidência na Amostra Total (em %)	Incidência na Amostra Parcial (em números absolutos)	Incidência na Amostra Parcial (em %)
0 a 10	22	40,74%	9	69,23%
10 a 50	11	20,37%	2	15,38%
50 a 100	4	7,41%	1	7,69%
100 a 500	9	16,67%	1	7,69%
Mais de 500	5	9,26%	0	0
Não Ident.	3	5,55%	0	0
Total	54	100%	13	100%

Tabela G2

Os dados sugerem que o uso da tecnologia no flagrante não tem relação com a alta quantidade de droga a ser apreendida. Ao contrário, é possível afirmar que os flagrantes realizados com uso de tecnologia são menos eficientes em apreender drogas em grandes quantidades.

Quando há uso da tecnologia, o que se nota é uma elevação significativa da incidência de flagrantes que apreenderam menos de 10 gramas de drogas. Ao mesmo tempo, o uso da tecnologia em flagrantes que apreenderam maior quantidade de drogas diminuiu linearmente, o que não ocorre na amostra total.

Em caráter residual, como se observa, a quantidade de drogas apreendidas quando o flagrante não tem o amparo da tecnologia acaba sendo mais significativa.

A hipótese possível para explicação desses dados pode estar no fato de que o suspeito de tráfico que é submetido ao monitoramento eletrônico é o de varejo, que fica na calçada ou em local determinado realizando a atividade de traficância. O varejista, inclusive, pode estar mais sujeito a denúncias anônimas que aquele que trafica distante do consumidor. De fato, a metáfora do *iceberg* parece mais que justa. A ponta que fica visível aos olhos é ainda mais ressaltada com as tecnologias visuais, enquanto que a parte submersa fica ainda mais inacessível.

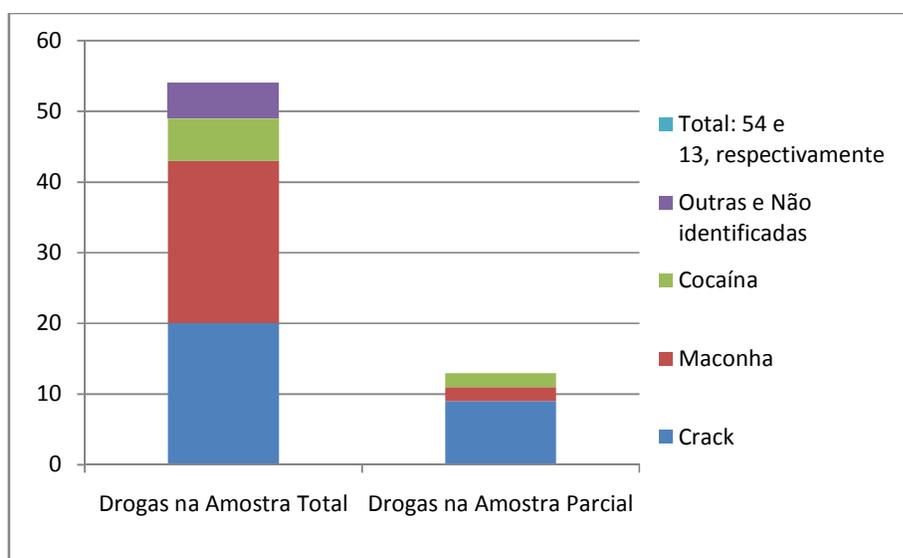


Gráfico 03: Aferição da natureza da droga apreendida.

Natureza da droga apreendida	Incidências de apreensão na Amostra Total (em números absolutos)	Incidências de apreensão na Amostra Total (em %)	Incidências de apreensão na Amostra Parcial (em números absolutos)	Incidências de apreensão na Amostra Parcial (em %)
Crack	20	37,04%	9	69,23%
Maconha	23	42,59%	2	15,38%
Cocaína	6	11,11%	2	15,38%
Outras e N.I.	5	9,25%	0	0
Total	54	100%	13	100%

Tabela G3:

O gráfico acima parece mostrar um resultado consonante com o do anterior. O que se observa é um aumento considerável na apreensão do crack nos flagrantes amparados pelo uso da tecnologia. Também se observa a diminuição da apreensão da maconha, sugerindo que esta

droga não seria o alvo preferencial desse tipo de intervenção, não justificando a mobilização do aparato tecnológico.

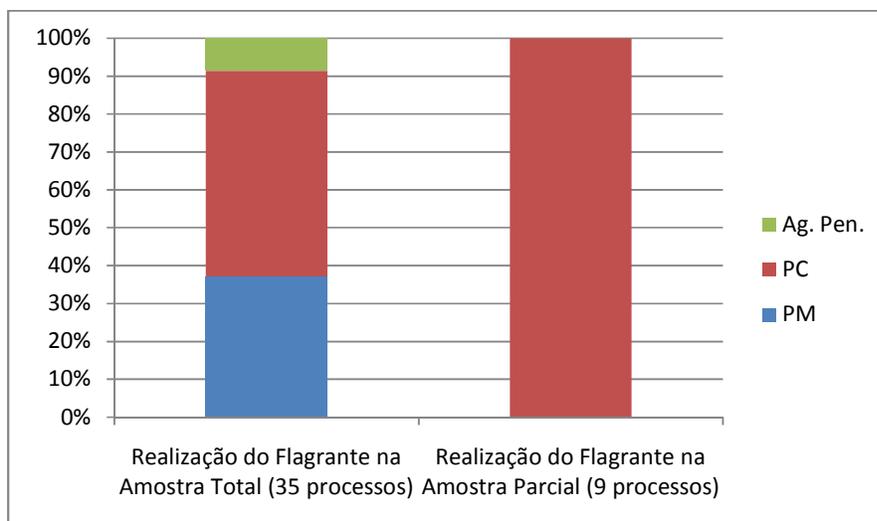


Gráfico 04: Aferição da realização do flagrante quanto à natureza da autoridade policial.

Dos 35 processos, a PM conduziu a operação em 13 (37,14%); a PC conduziu em 19 (54,29%); e os Agentes Penitenciários em 3 (8,57%). Não há casos de ação conjunta.

Nesses dados destaca-se a prevalência da Polícia Civil como única utilizadora de recursos tecnológicos nas operações de flagrante em tráfico de drogas. Nenhum dos flagrantes realizados pela Polícia Militar, ou em sede de Penitenciária, deu-se com auxílio de captação de imagens.

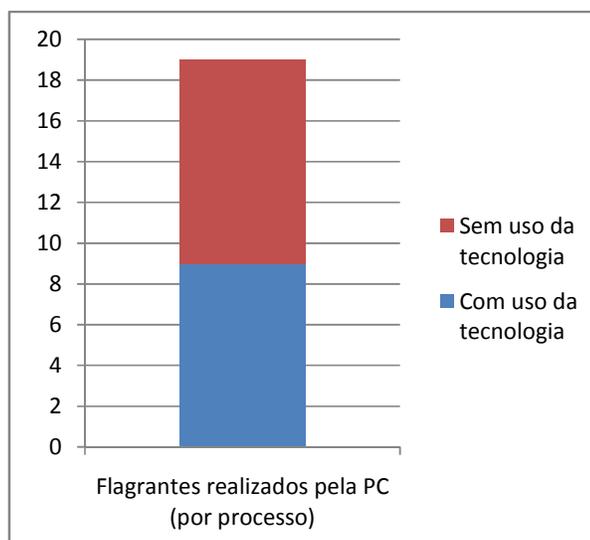


Gráfico 05: Aferição da disposição dos flagrantes realizados pela Polícia Civil em termos de uso ou não da tecnologia.

Os dados revelam que, dos 19 processos em que a PC conduziu a operação, em 09 houve utilização de tecnologia como suporte.

No Distrito Federal, a atuação da Polícia Civil nos crimes de tráfico de drogas foi bastante superior em relação a Salvador e Curitiba⁸⁸. Também se destaca no que se refere ao uso de tecnologias como suporte para as operações. Como se observa, virtualmente a metade (9/19) das operações se deu com o suporte. Em Salvador, não houve casos dessa utilização. Em Curitiba, apenas em um (01) processo foi registrado o uso de tecnologias no flagrante.

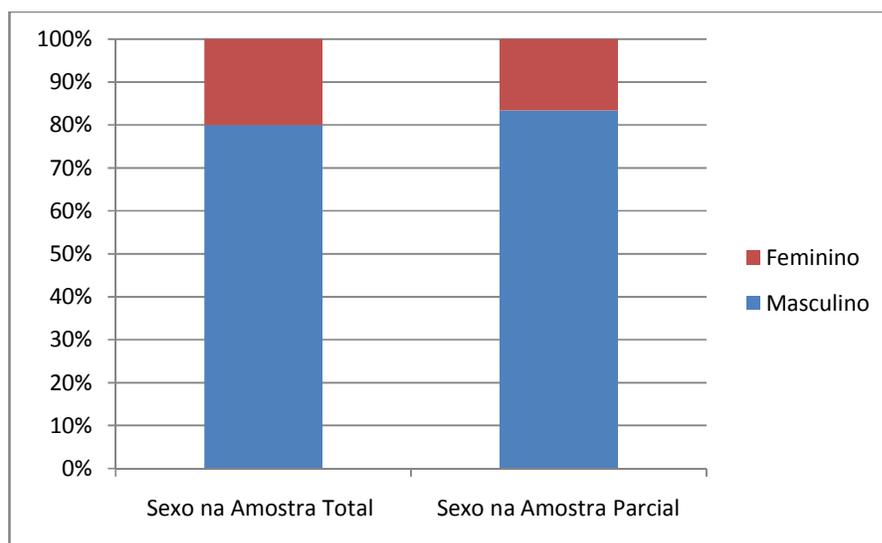


Gráfico 06: Separação por sexo na incidência do uso de tecnologias no flagrante.

Como se observa, 80% (36/45) dos réus são do sexo masculino na Amostra Total. Na Amostra Parcial, o número fica bastante próximo: 83,33% (10/12).

⁸⁸ A atuação da Polícia Civil do Distrito Federal parece ser bem maior que nas demais cidades pesquisadas. Para essas, a participação da PC foi menor que 20% em Curitiba e menor que 40% em Salvador (Relatório Final, 2013, p. 112).

Relatório Final da Pesquisa: *Quem é suspeito do crime de tráfico de drogas? A dinâmica e influência dos preconceitos raciais e sociais na identificação e definição das condutas de usuário e traficante de drogas pela polícia*. Evandro Charles Piza Duarte (coord.). Pensando a Segurança Pública 2ª Edição (Convocação 001/2012), Carta Acordo nº 24302, organizado pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento PNUD e Secretaria Nacional de Segurança Pública do Ministério da Justiça SENASP. Projeto BRA/04/029- Segurança Cidadã, Segurança Pública e Questões Raciais 2013.

Quando o relatório final da pesquisa for citado daqui em diante, será usado a referência (Relatório Final, 2013)

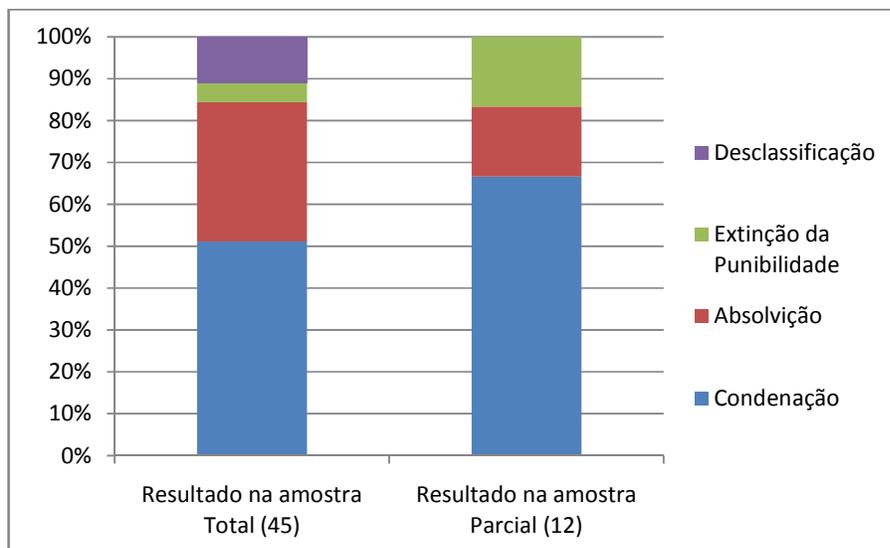


Gráfico 07: Aferição quanto ao resultado da sentença nas amostras.

Resultado da Sentença	Condenação	Absolvição	Extinção da Punibilidade	Desclassificação
Na amostra total (45)	23 (51,1%)	15 (33,3%)	2 (4,4%)	5 (11,1%)
Na Amostra Parcial (12)	8 (66,7%)	2 (16,7%)	2 (16,7%)	0

Tabela G7

Como se pode observar, há uma diferença (aumento) do número de condenações no grupo de réus que foram abordados com algum tipo de tecnologia. No entanto, como não houve registro de flagrantes realizados pela Polícia Militar com o auxílio da tecnologia, torna-se mais conveniente a análise dentro do próprio padrão da Polícia Civil, excluindo-se assim os processos em que o flagrante foi conduzido pela PM ou por Agentes Penitenciários, o que está disposto no próximo gráfico.

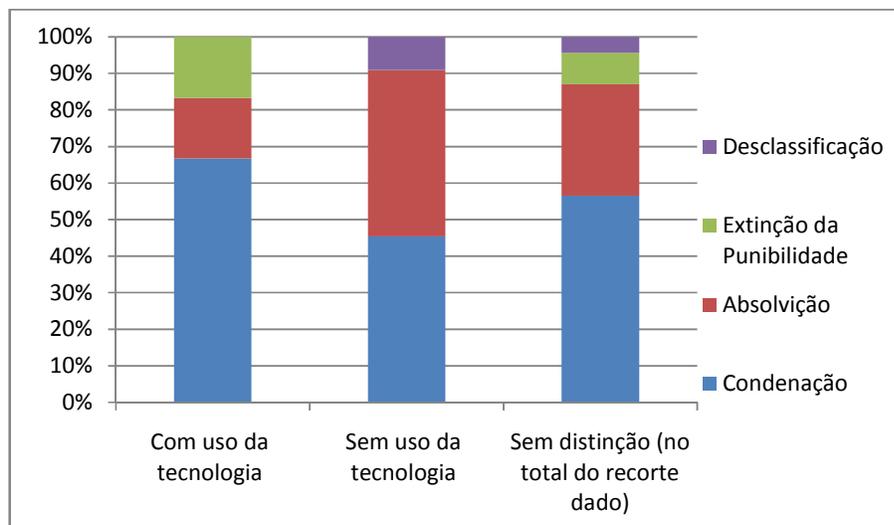


Gráfico 08: Aferição quanto ao resultado da sentença somente para os processos em que o flagrante foi conduzido pela Polícia Civil.

O gráfico 08 retrata apenas aqueles processos em que a Polícia responsável pela operação foi a Polícia Civil. Justifica-se o levantamento porque somente a PC utilizou recursos tecnológicos⁸⁹. Serve, portanto, para responder mais precisamente à pergunta: Há uma diferença quanto ao número de condenações quando a operação do flagrante é auxiliada pela tecnologia?

Neste recorte são contados 19 processos (do total de 35), nos quais são acusados 23 (do total de 45) pessoas.

Como é possível observar, há um maior número de condenações quando há aparato tecnológico envolvido. Houve um único caso de desclassificação e dois casos de extinção de punibilidade, estando esses dois no mesmo processo, dados que pouco ou nada dizem para a análise. Ou seja, é possível dizer que a variação é realmente em termos de absolvição e condenação. Diante desse quadro, lança-se a hipótese de que o uso das tecnologias no momento anterior ao flagrante pode significar mais eficiência em termos de condenações. No caso, a taxa de condenação do grupo de acusados que não foram flagrados com o auxílio da tecnologia para o grupo de acusados que foram flagrados com o auxílio, apresentou um aumento de 45,5% para 66,7%.

⁸⁹ Novamente, reitera-se: somente houve registro de uso de tecnologia quando a polícia condutora foi a PC. Não se está dizendo que a PM não usa tecnologia para o flagrante, mas que não há registro do uso da tecnologia pela PM nos processos.

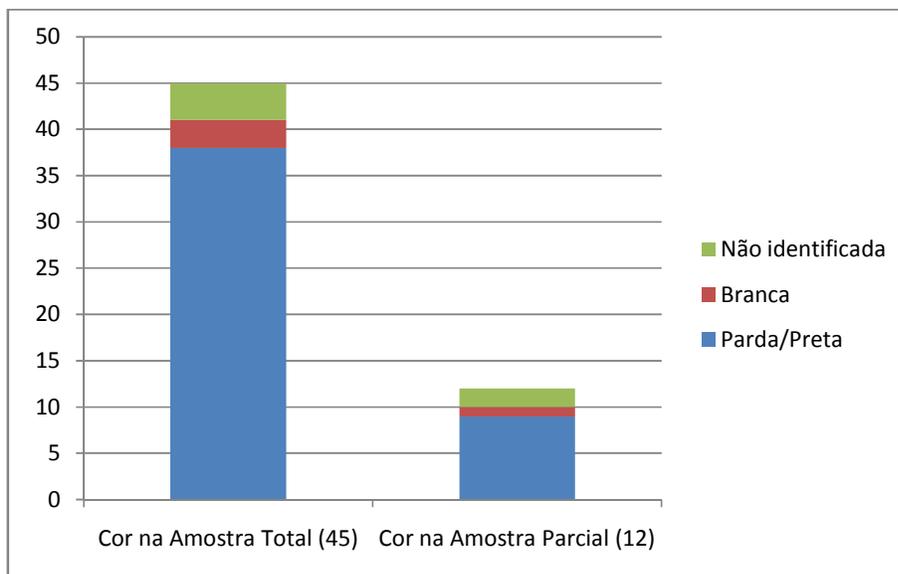


Gráfico 09: Aferição da cor do réu nas Amostras.

	Branco	Negro	Não identificado	Total
Amostra Total	6,6% (03)	84,4% (38)	8,9% (04)	45
Amostra Parcial	8,4% (01)	75% (9)	16,6% (02)	12

Tabela G9

O gráfico, que apresenta a incidência racial dos acusados nos grupos analisados, mostra que não há significativa alteração quanto ao alvo da vigilância policial, sustentando, mais uma vez, que a seletividade racial precede essa diferença (de uso ou não da tecnologia).

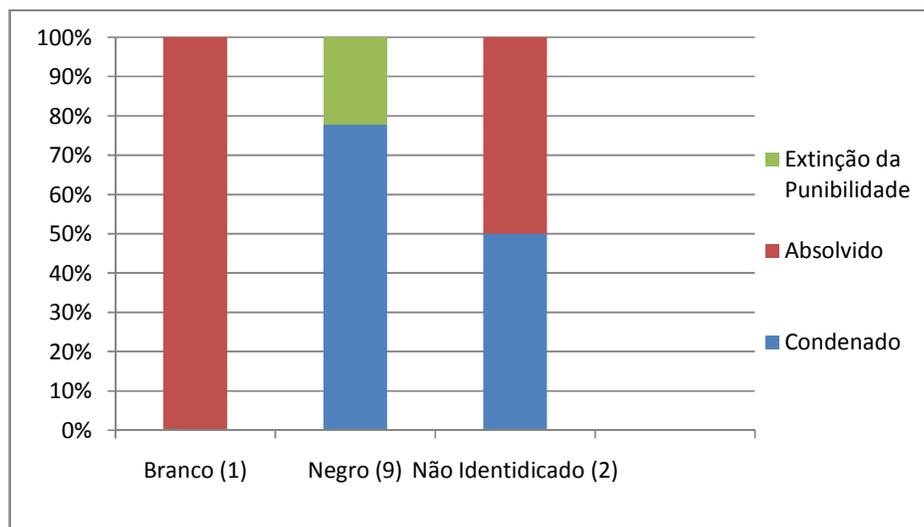


Gráfico 10: Aferição da cor do réu nas Amostras em relação ao resultado da sentença.

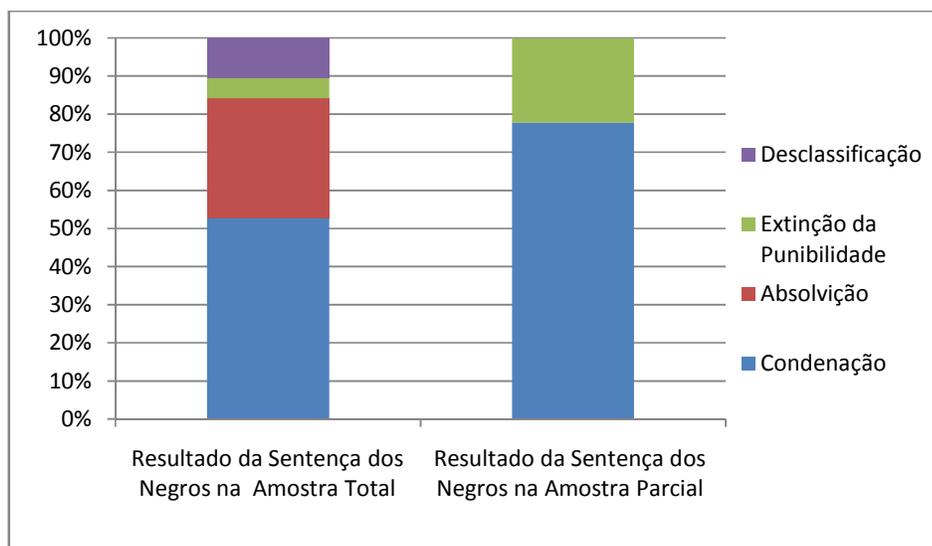


Gráfico 11: Aferição do resultado da sentença nas Amostras somente para os réus negros

Os dois gráficos acima se referem à cor dos réus, o primeiro mostrando a disposição nos processos pela cor dos réus, e o segundo em relação específica com o resultado da sentença.

No total da amostra, dos 45 réus, havia apenas 03 brancos, 38 negros (pretos ou pardos) e a respeito de 04 não havia declaração racial no processo. Na amostra parcial, em que foi considerada a operação policial com auxílio da tecnologia para realização do flagrante, dos 12 réus, havia 01 branco, 09 negros e a respeito de 02 não havia declaração racial. Desses 09 negros processados, 07 foram condenados e 02 tiveram sentença declaratória de extinção da punibilidade. Dos 02 não identificados racialmente, 01 foi absolvido e 01 foi condenado.

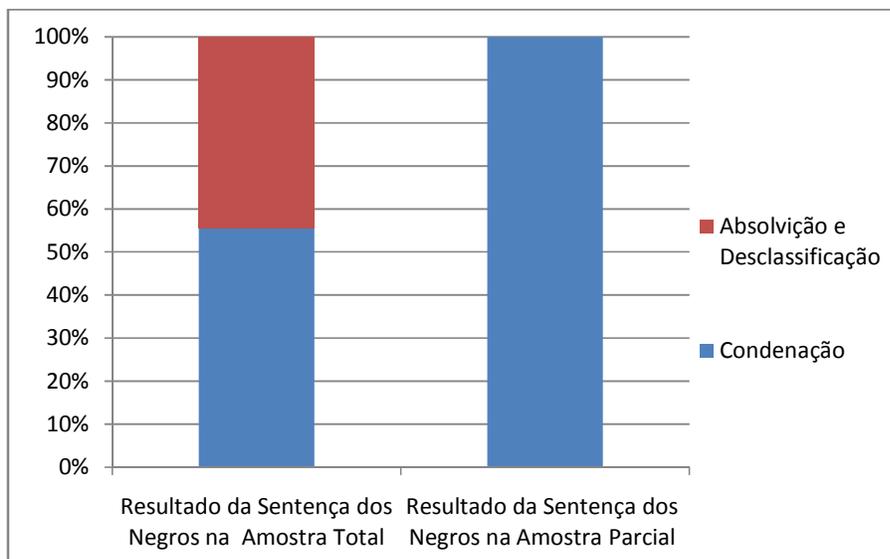


Gráfico 12: Aferição do resultado da sentença nas Amostras somente para os réus negros em referência apenas à condenação e à absolvição/desclassificação.

O gráfico acima desconsidera a extinção da punibilidade, e coloca a desclassificação e a absolvição no mesmo grupo. No grupo dos negros dentro da Amostra Total (38/45), 20 foram condenados (52,6%); 12 foram absolvidos (31,6%); 04 tiveram a conduta desclassificada (10,6%); e a 02 coube a extinção da punibilidade (5,3%). Já no grupo de negros dentro da Amostra Parcial (09/12), 07 foram condenados. Aos outros dois coube a extinção da punibilidade, sendo os mesmos 02 da Amostra Total.

Dentro do recorte dado pela pesquisa, dos 45 réus, 38 eram negros e somente 03 eram brancos. Não foi possível a identificação de 04 réus. No grupo dos 12 réus em que o flagrante foi dado com o auxílio da tecnologia, 09 eram negros e apenas 01 branco, o que sugere que o uso da tecnologia segue o padrão de seletividade do policiamento cotidiano. No entanto, os dados sugerem que o índice de condenações dos negros cresce quando nos processos em que houve o uso das tecnologias.

Outro elemento que surgiu é quanto à quantidade da droga apreendida nos casos em que houve auxílio da tecnologia. Excluindo o caso de uso, que gerou a extinção da punibilidade, tem-se o seguinte quadro: dos 10 restantes (menos os 02 excluídos), 08 portavam somente crack, dos quais 06 em quantidade inferior a 10 gramas; 01 portava entre 10 e 50 gramas; e 01 portava entre 50 e 100 gramas de crack. 01 portava apenas maconha, na quantia de 100 a 500 gramas, tendo sido absolvido. E apenas 01 portava duas drogas distintas, maconha e crack, ambas em quantia inferior a 10 gramas.

2.1.2.2 Descrição dos processos da Amostra Parcial da pesquisa empírica

Procede-se agora para a descrição dos 09 processos que compõem a Amostra Parcial, ou seja, aqueles em que se considerou a utilização da tecnologia para realização do flagrante⁹⁰.

Caso nº 01

Em auto de prisão em flagrante, narra o policial condutor que havia a informação de que a suspeita R., após a prisão dos pais por tráfico de drogas, havia dado continuidade à atividade ilícita na residência da família. Os policiais, um homem e uma mulher, dirigiram-se ao local para preparar uma campana, no entanto, avistaram a suspeita chegando ao local, ocasião em que decidiram abordá-la. No auto de prisão em flagrante, relata o policial condutor que a “abordagem da autuada ocorreu na entrada da residência, ainda no quintal do lote,(...) ; “QUE a Agente S. levou R. para um dos Cômodos da casa onde realizou a busca pessoal (...)” (folha 02).

Em relatório do agente condutor ao delegado (fls. 31-4) é informado que as investigações a respeito da residência, sobre a qual havia suspeita de se tratar de boca de fumo, já duravam cerca de 05 meses. Tais investigações haviam resultado em diversos flagrantes e a prática de traficância era passada de pessoa para pessoa, sendo a última a ora suspeita R. O policial passa então a especificar as dificuldades de realizar a monitoração:

Com estas informações passamos, agora, a monitorar R., no entanto as investigações restaram por muitas vezes prejudicadas, pelo fato, de que na Vila D., a realização de campanas e filmagens são instrumentos de investigação raros de serem realizados, pois por se tratar de uma Vila seu espaço geográfico e limitado e as suas ruas são extremamente vigiadas por pessoas comprometidas com tráfico (sic) no local.

(...)

Mencionamos também fotos da Vila D., bem como fotos próximas a residência de R. mostrando a dificuldade de serem realizadas as investigações no local e de se abordar usuários deixando a boca de fumo (Relatório Policial, fl. 32)

⁹⁰ Os processos que compuseram a Amostra Parcial foram: na 1ª VECPDF: 2012.01.11.68444-7; 2012.01.1.017407-3; 2012.01.1.004339-9; 2012.01.1.008034-5. Na 2ª VECPDF: 2011.01.1.117110-3; 2012.01.1.016240-3; 2008.01.1.103074-9; 2011.01.1.094478-9. Na 3ª VECPDF: 2012.01.1.080704-4. Na 4ª VECPDF não houve processos. Os processos estão referidos, respectivamente, como “Caso nº 1”, “Caso nº 2” e assim por diante.

Para evitar constrangimentos, os nomes presentes nas transcrições, ou outro elemento de identificação dos envolvidos, serão representados por siglas.

As 07 fotos apresentadas na sequência são da mencionada rua e da fachada da residência da investigada. Nenhuma das fotos, no entanto, registra qualquer prática de atividade ilícita ou qualquer atividade humana. O objetivo das imagens é justificar a dificuldade de investigação.

Em sentença, o juiz argumenta:

Como se vê, ante o laudo de exame toxicológico negativo, as firmes e seguras palavras da policial ouvida em juízo e a apreensão da droga que era trazida pela ré, pode-se concluir que os entorpecentes tinham a finalidade de difusão ilícita, não havendo que se falar em absolvição ou desclassificação para a conduta prevista no art. 28 da LAD⁹¹.

No que tange à importância do depoimento policial consigne-se que em crimes de tráfico de drogas, na grande maioria das vezes praticados às escondidas, tem como únicas testemunhas os policiais que efetuam a prisão em flagrante, e a palavra deles deve ser tomada com maior peso (Sentença, fl. 138).

Diante desse e de outros argumentos, o juiz condenou a ré em 02 anos e 06 meses, a ser cumprido em regime inicialmente aberto. Juntamente com a sentença, foi expedido alvará de soltura, uma vez que a ré encontrava-se presa.

Embora as investigações tenham durado cerca de 05 meses, sem nenhuma fotografia ou filmagem da prática delituosa, tendo a Polícia apenas coletado imagens da rua e da casa da acusada, não houve qualquer restrição à legalidade da prática. No processo não há registro algum dessas informações coletadas ao longo do tempo de investigação, sequer das denúncias citadas pelos policiais. A única autuação da atividade investigativa policial se deu no sentido de mostrar sua dificuldade.

No caso, valeu a já conhecida validação *a posteriori*. Ou seja, todo o trabalho policial de investigação, bem como a entrada não consentida e sem mandado à residência, é validado quando na abordagem é encontrado o ilícito.

Como se observa, a tecnologia usada para coleta de provas no momento da campana foi dispensável, tendo se apresentado como mero item informativo, mero extra para elementos de convicção. Isso porque, mesmo com o relatório policial evidenciando a dificuldade de registrar o ilícito, o depoimento dos policiais, por si só, já foi suficiente.

⁹¹ Tal argumentação é bastante recorrente. A alegação de usuário é contraditada com o exame toxicológico. Trata-se da inversão do ônus da prova para a defesa e o uso do interrogatório em seu prejuízo, na contramão da natureza de autodefesa, e tão somente, do interrogatório.

Caso nº 02

O caso desse processo é bastante rotineiro na prática policial em Brasília, com exceção de uma particularidade. Trata-se de patrulhamento de rotina da Polícia Civil no Setor Comercial Sul, localidade conhecida pela atividade de tráfico e de consumo de entorpecentes. A exceção é justamente o relato de filmagens por parte dos policiais.

Há relato das filmagens em três momentos: no auto de prisão em flagrante (fl. 03), na denúncia (fl. 06) e na sentença (fl. 162).

Agentes de polícia, durante filmagens realizadas em local conhecido por ser ponto de comercialização de entorpecentes, avistaram os denunciados no momento em que vendiam drogas para alguns usuários, não identificados.

Ato contínuo, os policiais procederam a abordagem dos denunciados, momento em que os usuários empreenderam em fuga (Denúncia, folha 03).

Nesta data, por volta das 16h00min se encontrava na Quadra 06 do Setor Comercial Sul, local conhecido pela prática da comercialização de drogas; Que naquele momento, juntamente, com o policial F. realizava filmagens do movimento naquele local; Que em dado momento perceberam quando as pessoas de S. e K. comercializavam drogas com usuários naquele local (...) (Auto de Prisão em Flagrante, Folha 06).

Extrai-se da prova acima colacionada que os policiais civis responsáveis pelo flagrante foram até o local de sua ocorrência em virtude de lá ser conhecido como ponto de tráfico de drogas, ocasião em que fizeram campanha, inclusive com filmagem.

Do local de onde se posicionaram, os policiais viram os dois réus vendendo drogas para vários usuários.

(...) A mídia, ao contrário do que alegado pela doughta defesa, foi juntada aos autos às fls. 116 e seu conteúdo comprova a palavra dos policiais no sentido de que os acusados estavam no local dos fatos fazendo movimentos característicos as mercancia ilícita, consistente em troca de objetos (Sentença, folha 162).

Do interrogatório dos acusados, há apenas a pergunta, para um deles, se as filmagens haviam sido mostradas na delegacia, tendo a resposta sido negativa. Alegou também que não conhecia das provas acostadas nos autos. Não há elementos para confirmar se a filmagem foi mostrada em audiência para os acusados.

Como se observa pelo teor da sentença, as filmagens formaram elemento de convicção do juízo para a condenação dos acusados⁹².

⁹² A um dos acusados, o exame constatou lesões características de agressão corporal. “Esquimose avermelhadas nas seguintes regiões: malar esquerda, peitorais superiores, cervical posterior e torácica à direito. Escoriações discretas na região esternal superior e na região clavicular direita” (fl. 35).

Caso nº 03

O caso é a respeito de um homem suspeito de traficar drogas em determinada localidade. De acordo com o policial condutor, “em virtude de notícias anônimas e outras atividades investigativas, tomou conhecimento de que se estava a praticar o tráfico ilícito de drogas em via pública” (fl. 02). Diante disso, a Polícia resolveu monitorar o suspeito, ocasião em que realizou filmagens da atividade.

Nas gravações, destaca-se o comportamento atrevido do autuado, o qual, naquele instante e em público, vestindo uma camiseta do time de futebol do Fluminense, vendia com naturalidade, para um usuário, uma porção de COCAÍNA. Nesse contexto, depois de algum tempo de observação e da derradeira filmagem, foi até o multicitado local e, em seguida, à casa do J., (...) e conseguiu encontrar, nos dois mencionados locais, duas significativas porções de COCAÍNA (Auto de Prisão em Flagrante, fl. 02).

Foram realizadas campanas, durante as quais, foi possível identificar o acusado J., vulgo “G.”, como sendo a pessoa mencionada na denúncia, o qual se utilizava de sua bicicleta para a entrega dos botijões de gás, bem como para realizar a venda de drogas. Identificando o alvo do monitoramento, os policiais passaram a observá-lo, inclusive realizando filmagens acerca da movimentação que estaria sendo desenvolvida.

(...)

Merece destaque o fato de que o próprio acusado relatou que a mulher identificada nas filmagens, a qual estava consigo, o procurou a fim de adquirir drogas, tendo sido indicado pelo ‘meninos da praça’. Do conteúdo da mídia acostada aos autos, na qual estão registradas as imagens acima mencionadas, é possível verificar a calma do acusado ao abrir um saco plástico e passar a substância contida em seu interior para referida mulher, a qual experimenta, e na sequência [sic] sai com o acusado, fato, que por si só, rechaça a versão apresentada por ele, e reforça o conteúdo das declarações dos policiais que se encarregaram do procedimento investigatório (Sentença, fls. 182-4).

Do interrogatório do acusado em juízo (fls. 121-3) infere-se que as filmagens não foram mostradas a ele. Apenas há a passagem de que ele teria visto as filmagens na delegacia, mostradas pelos próprios policiais. No interrogatório, ainda, mesmo aparentemente sem ter acesso, foi questionado sobre as imagens, especificamente sobre uma mulher que aparece para, em tese, comprar droga.

A defesa (privada), em alegações finais, restringe-se a dizer: “Insta salientar que o vídeo feito pelos policiais civis, apenas mostra o Acusado fornecendo a droga a uma usuária e não vendendo como declara os policiais, em nenhum momento verifica-se o recebimento de dinheiro (...)” (fl. 173).

O réu foi condenado.

Caso nº 04

Neste processo, é relatado uma campanha policial em local que havia sido alvo de várias denúncias. O processo apresenta mídia com as gravações realizadas na campanha (fl. 25), bem como 08 imagens fotográficas da atitude considerada suspeita (fls. 30-3). As fotografias, apresentadas em relatório de agente policial a delegado, contam com uma legenda que, somadas à descrição da atividade, constroem a narrativa dos fatos feita pelos policiais e pela acusação.

No interrogatório em juízo (fl. 173), as imagens fotográficas são mostradas ao acusado. O réu aproveita a oportunidade para dar sua versão dos fatos a partir das imagens. Não há elementos sustentando que o vídeo tenha sido mostrado ao acusado.

Visando averiguar o conteúdo das delações anônimas, os policiais foram até o local indicado pelo anônimo e passaram a monitorar o acusado, inclusive com filmagens.

(...)

O conteúdo das filmagens relatado no documento de fls. 29/35 e condensado na mídia referida às fls. 24 e 119, de cujo conteúdo a douta defesa foi intimada por meio do despacho que proferi às fls. 144, ratifica igualmente a palavra dos policiais (...) (Sentença, fl. 225).

O caso é interessante por sua completude. Até mesmo as denúncias referentes à localidade foram citadas no auto de prisão em flagrante, porém, não foram reduzidas a termo no processo. Há a mídia com o vídeo e há também imagens realizadas durante campanha policial. Há, inclusive, a intimação à defesa quanto à mídia em decisão interlocutória, garantindo a possibilidade do contraditório: “Ao tomar ciência desta decisão, deverá a defesa ser cientificada da mídia mencionada à fl. 119. Caso queira, poderá solicitar cópia junto ao cartório deste juízo, mediante apresentação de mídia virgem ou pendrive” (fl. 144).

Nota-se, para além de apresentar uma gama muito superior de elementos processuais e probatórios em relação aos demais processos, a condenação do réu implicou em uma pena de 05 anos e 03 meses em regime inicial fechado, não obstante a comercialização ter sido de uma quantidade menor que 10 gramas para as duas drogas envolvidas, crack e maconha. A pena é bastante alta em comparação com as demais condenações, principalmente se se considerar a quantidade das drogas envolvidas e a condição de réu primário e sem maus antecedentes do acusado.

Relevante ressaltar que a defesa recorreu ao TJDFT que, no entanto, manteve a pena imposta no primeiro grau.

Caso nº 05

A equipe de repressão às drogas, juntamente com a Seção de Crimes Violentos, começou uma investigação para apurar denúncias anônimas que imputavam S., seu filho e outros na prática de tráfico de drogas. Dentre os investigados, consta como imputado o acusado do presente caso, F. O processo tem início com a Denúncia de S. e de A. No entanto, tal processo foi desmembrado e restou somente o de F. O próprio Ministério Público pede o arquivamento, por entender ausência de justa causa. Um dos motivos é justamente a imprecisão das informações contidas na mídia.

O policial coordenador e também condutor do flagrante, depôs que:

Diversas filmagens foram realizadas no local onde reside S.. As filmagens iniciaram-se no feriado de páscoa e se estenderam até a presente data, dia 11 de maio de 2011. Nesta data, 11 de maio de 2011, outras filmagens foram feitas no local. Um usuário, que comprou drogas na casa de S., foi identificado, preso e conduzido a esta Delegacia de Polícia, para prestar depoimento. As filmagens confirmaram a prática de tráfico de drogas (auto de prisão em flagrante, fl. 06).

No Relatório Sumário do Delegado de Polícia, apresenta-se a seguinte passagem:

As imagens produzidas na Seção de Crimes Violentos falam por si só. Não há dúvidas de que os autuados estavam traficando drogas há muito tempo nesta cidade satélite. As filmagens revelaram a participação do autuado F., o qual era responsável pela entrega de drogas e alguns usuários (Relatório Sumário, fl. 47).

Em peça incidental (fls. 57-8), o Ministério Público, logo após o indeferimento de liberdade provisória de F., requer ao Delegado de Polícia a cópia das mídias e das imagens pertinentes ao caso, uma vez que a mídia disponível continha vários títulos não identificados ou ilegíveis. Na sequência a essa requisição, pede a liberdade provisória. O pedido está assim requerido:

5) ofício requisitório ao Delegado de Polícia com respectivas atribuições para oferecer relatório circunstanciado com as principais fotos, buscando principalmente caracterizar a conduta de F., que a nosso ser (sic) não está individualizadas no auto de prisão em flagrante, (indicar auto de apreensão e laudo respectivo, se houver), bem como com principais indicações. Consta do CD vários títulos não identificados que não puderam ser abertos para visualização.

Mais à frente, em nova peça pedindo mais diligências à Delegacia de Polícia, e informando ao juiz que, em releção ao acusado F., não foi encontrado dinheiro ou drogas, o promotor designado diz que “De fato, as imagens do cd anexado demonstram que o indiciado

manteve contato com uma pessoa, porém, não restou suficientemente provado que tal contato fosse a realização de venda de droga” (fl. 148)⁹³.

Ao que tudo indica, houve um aparente problema técnico na mídia apensada pelo delegado. Em requisição de nova mídia por parte do promotor, não houve resposta. Não obstante a tamanha convicção do relatório policial de imputar o crime ao investigado, não foram colhidos o material de prova de rotina, as drogas e o dinheiro. Além disso, como a Polícia pareceu depositar no vídeo o valor probante mais contundente, não pôde o promotor deixar de pedir o arquivamento do processo, uma vez que ela não foi disponibilizada em sua integralidade.

O réu foi absolvido.

Caso nº 06

Trata-se de processo que decorreu de investigações intensas, inclusive com campanhas policiais, que imputaram duas pessoas nos crimes de tráfico de drogas.

Embora o auto de prisão em flagrante e o Relatório de agente policial ao delegado mostrem o trabalho de extensa investigação na localidade, inclusive com monitoramento dos acusados e realização de campanhas, somente 04 fotos foram registradas. Todas elas apenas com indicações das casas dos acusados. Com as seguintes legendas: *1 – Residência do P.. 2 – Residência dos baianos. 3 – Corredor de acesso à casa do P.. 4 – Residência de M.*(fl. 115). Não há registro fotográfico de práticas delituosas.

Diante disso, neste caso, não houve qualquer menção ao material coletado por meio tecnológico na denúncia ou na sentença. O que se deu foi a condenação em virtude quase tão somente dos depoimentos policiais.

Caso nº 07

Neste caso, o Ministério Público denunciou dois indiciados por uso, nos termos do art. 28 da Lei 11.343/06, por não terem comparecido em audiência que seria oferecida a transação penal. Na sequência, deu-se a prescrição, o que acabou gerando a extinção da punibilidade. No entanto, destaca-se apenas que o Relatório Policial indica a realização de intensas investigações em uma bar/restaurante que estava sendo alvo de denúncias. É possível ler o seguinte:

⁹³ Aparentemente, não houve resposta por parte da Delegacia de Polícia às requisições do *parquet*. Essa menção do promotor parece remeter tão somente aos arquivos legíveis da mídia que já estava em sua posse.

Enquanto os policiais G., C. e suas respectivas equipes de apoio se dispersaram para as adjacências do bar, o investigador M. – encarregado da filmagem, posicionou sua viatura policial em frente ao bar, de forma que lhe permitia visualizar toda a movimentação que ocorria dentro e fora do bar (Relatório Policial, fl. 53).

Embora haja essa menção à filmagem do trabalho policial, indicando inclusive que houve gravação do momento da abordagem, a mídia não consta no processo.

Foi declarada a extinção da punibilidade.

Caso nº 08

Trata-se de uma absolvição da imputação de tráfico de drogas. No caso, a mídia, uma filmagem realizada pelos policiais, é utilizada pelo juiz para a construção de uma narrativa que corrobora a versão do réu em audiência. O policial que testemunhou a ocorrência relata:

Que no dia dos fatos, um policial civil realizava filmagens na rua onde mora o acusado aqui presente; que o acusado foi visto mantendo contato com diversos supostos usuários para quem teria vendido drogas; em que dado momento, o depoente e outros policiais que o acompanhavam foram avisados para que abordassem um indivíduo de camisa azul, que depois constataram ser um morador de rua chamado E.; que com o usuário havia uma pedra de crack; que mostradas ao depoente as filmagens enviadas a este juízo, disse que contém imagens do exato momento em que o tal indivíduo de camisa azul teria se aproximado do acusado, encoberto por um poste, e dele comprado drogas; (...) (testemunho de policial em juízo, fl. 95)

Tentando garantir valor probante ao vídeo anexado aos autos, o membro do MP argumenta, em negrito, nas alegações finais:

O depoimento do policial, presente no momento da prisão do acusado, é verossímil e coerente com o conjunto probatório. Ademais, as filmagens mostram exatamente o momento em que o usuário adquiriu a droga, em frente à residência do acusado, conforme narrou a testemunha (Alegações Finais do MP, fl. 151 – grifos no original).

No entanto, o juiz, a partir do vídeo, entende que não é possível comprovar a autoria de prática delituosa, absolvendo o acusado.

Quanto a autoria, após detida análise do conjunto probatório, verifica-se que as provas constantes dos autos não são hábeis para condenar o acusado. Isso porque não se pode lhe atribuir a propriedade do crack apreendido no meio fio, em frente à sua casa, tampouco a venda da mesma substância efetuada no usuário E..

Quanto a primeira porção, apreendida na rua, não há elementos mínimos que possa ligá-la ao acusado pois no dia dos fatos D. sequer foi visto em frente a sua residência. Das filmagens realizadas pelos agentes policiais vê-se, isto sim, um primo do denunciado, com a camisa de um time de futebol, em situação típica de tráfico de drogas, sentado em frente à residência, no meio fio. Entretanto, não se pode afirmar que estivesse comercializando entorpecentes às ordens do réu.

Quanto a venda realizada ao usuário E., observa-se das filmagens que a transação realmente ocorreu. Contudo não foi possível identificar o autor da venda ilícita. As imagens realizadas pelos policiais não registraram o suposto traficante, que estava postado no interior da residência. Poderia tanto ser o acusado quanto seu primo, filmado no dia anterior comercializando drogas.

(...)

Assim sendo, diante das dúvidas quanto a autoria, deve ser aceita a versão apresentada pelo acusado no interrogatório (fls. 93/94), negando tanto a venda realizada ao usuário quanto a negativa referente a ser usuário de drogas, informação essa corroborada pelo laudo de exame toxicológico de fl. 31 (sentença, fls. 165-166).

No interrogatório do réu, não há menção alguma a respeito das filmagens. Interessante mencionar que, diante de pergunta de seu advogado, o réu relatou que os mesmos policiais que realizaram o flagrante entraram em seu domicílio no dia anterior sem mandado e lhe teriam dito que ainda iriam prendê-lo, embora não tivessem encontrado droga na ocasião (Interrogatório do réu, fl. 93).

O caso caminha na direção contrária dos demais, uma vez que o juízo considerou que o vídeo não corroborou as denúncias, mas que confirmou a versão do réu em interrogatório. À folha 176, pede o juiz a destruição do DVD com a mídia.

É o único processo em que há filmagens ou imagens fotográficas com réu registrado como branco.

Caso nº 09

Em decorrência de denúncias (são 09 citadas, mas não baixadas a termo) realizadas imputando ao acusado a prática de tráfico de drogas, a Polícia resolveu fazer campana para monitorar o acusado (auto de prisão em flagrante, fl. 07). As investigações duraram cerca de 02 meses. Em auto de prisão em flagrante, o policial

Disse que fez uma campana, com uma viatura descaracterizada, na frente do endereço constante nas denúncias (...), ocasião em que flagrou H. vendendo crack aos usuários, tendo realizado, inclusive, várias filmagens (em anexo) (Auto de prisão em flagrante, fl. 07).

O denunciado foi visto no local, tendo sido monitorado, inclusive com filmagens, que flagraram os contatos mantidos com usuários, que dele adquiriam entorpecente. Em um dado momento, o denunciado vendeu uma porção de crack para o usuário L., que foi abordado logo em seguida, oportunidade em que foi apreendida a porção de crack adquirida (denúncia, fl. 03).

Em interrogatório em juízo (fls. 111-112), o réu não foi confrontado com as mídias. Em alegações finais da defesa, também não se menciona as filmagens.

Em sentença (fls. 170 a 186), a juíza designada menciona as filmagens apenas como forma de aumentar a convicção das provas produzidas, no entanto, faz isso sem destrinchar ou descrever seu conteúdo, atendo-se mais às alegações dos policiais em audiência. Nesse caso, as filmagens não parecem ter muita relevância, uma vez que a defesa não as utiliza, e também a juíza pouco a considera.

Os parênteses, o caso de Curitiba.

Os processos de Curitiba, fotocopiados para fins da pesquisa junto à SENASP, não foram objeto direto desta dissertação. No entanto, os dados da pesquisa revelaram que houve a utilização de filmagem em apenas um processo, dos 57 analisados. Faz-se aqui o relato do processo, que se dá por mera questão de oportunidade⁹⁴.

Trata-se de flagrante de 03 pessoas, dois homens e uma mulher, que em tese associaram-se para o tráfico. No caso, uma viatura descaracterizada se dirigiu à rua em que foi realizado o flagrante para diligência específica de operação diversa. No entanto, chegando ao local, os policiais avistaram as 03 pessoas em atitude suspeita e, equipados de máquina fotográfica, resolveram registrar o ocorrido antes de realizar o flagrante.

No auto de prisão em flagrante, o condutor depôs que:

Estava realizando diligências investigativas no bairro S., em companhia da segunda testemunha, quando se depararam com os conduzidos comercializando drogas ilícitas em via pública. De imediato entraram em contato com outra equipe da DENARC solicitando apoio para realizarem a abordagem dos traficantes. Enquanto a equipe de apoio não chegava ficaram nas proximidades fotografando a ação do trio E., J.e B., ficando registrado por fotografia a comercialização de substância entorpecente a transeuntes. (...) (Auto de Prisão, p. 11 e 12)

Em audiência, o policial condutor e o policial testemunha informaram mais detalhes. Estavam cumprindo diligências de interceptação telefônica em relação a outro caso na mesma rua. Ao chegarem ao local, avistaram os três acusados, um estava deitado no chão e os outros dois estavam em aparente transação de compra e venda com eventuais transeuntes. Diante da suspeita, resolveram observar a situação. Um dos policiais afirmou que a viatura descaracterizada se manteve a 50 metros de distância, o outro informou que estavam a uma distância de 100 a 200 metros. Como estavam lá para diligência específica, carregavam consigo uma câmera fotográfica, com a qual registraram a ação dos suspeitos. O registro está no processo em 10 fotografias, dispostas em 05 folhas. Cada fotografia é acompanhada de

⁹⁴Trata-se do processo nº 0003529-84.2011.8.16.0013, que correu na 2ª Vara Criminal de Curitiba.

uma descrição. Somente 10 fotografias foram registradas. Não se sabe se houve um número maior de fotografias tiradas. Tal questionamento também não foi levantado pela defesa⁹⁵.

Uma vez que garantiram o fundamento da suspeita, chamaram outras equipes de apoio para realizar o flagrante. Ao chegarem, a equipe de apoio, juntamente com os policiais (a paisana) que testemunharam a situação, realizam o flagrante. Os acusados, de acordo com relato em audiência, assim que perceberam a presença dos policiais, dispuseram objetos no chão e tentaram fugir, mas foram detidos para o flagrante. No flagrante, encontraram no chão as pedras de crack, que foram colhidas para fonte de prova.

É de se ressaltar, com exceção do relato de agressão de um dos acusados, que os policiais agiram com acurada cautela para apreensão do material ilícito e dos suspeitos. Registraram a prática suspeita e só então partiram para o flagrante.

Também em juízo, destaca-se a possibilidade dada para a autodefesa de construir a narrativa dos fatos a partir das fotografias. A acusada, na oportunidade, negou praticar a traficância, e disse que na verdade realizou uma compra e venda de um aparelho celular com um motoqueiro flagrado em transação. Informou ainda que estava guardando, em suas vestes, não a droga, mas seu dinheiro que havia conseguido com seu trabalho.

A possibilidade de construir a narrativa a partir das fotografias não foi suficiente para absolvição de dois acusados. Porém, é importante destacar que o jovem que se manteve deitado durante quase toda a observação policial, conseguiu sustentar sua defesa de mero usuário, conseguindo por fim sua absolvição.

O caso é emblemático para sustentar a importância e o devido uso de equipamento tecnológico. O registro fotográfico permitiu não somente a avaliação da legalidade da suspeição policial, como também garantiu à defesa um amparo muito maior para a construção da narrativa do ocorrido. Tal atitude impediu que somente o relato policial sustentasse a narrativa, e protegeu o terceiro suspeito (que estava deitado) de ser colocado no mesmo patamar dos demais. É criticável, no entanto, sua prisão preventiva, uma vez que desde o início não havia indícios suficientes de participação. Mesmo assim, o Ministério Público, em denúncia, acusou os três de associação para o tráfico.

Outra questão a ser levantada é a possibilidade de filmagem ou registro fotográfico da abordagem policial. Ora, uma vez munidos de equipamento próprio, poderiam também ter

⁹⁵ O processo contém a cópia da mídia da audiência, na qual é possível ter acesso ao depoimento dos policiais e o interrogatório dos três acusados. A presença de câmera fotográfica, aparentemente, deve-se ao fato da diligência específica. A falta desse tipo de prática nos demais processos parece sugerir, com certo grau de certeza, que o trabalho rotineiro da Polícia Civil não é acompanhado do equipamento de filmagem.

registrado todo o procedimento policial. Novamente, coloca-se aqui a possibilidade, talvez necessidade, de que o equipamento tecnológico seja utilizado não somente para registro de práticas ilícitas dos cidadãos, mas também para garantia da legalidade do trabalho policial, inclusive para dar a oportunidade de o policial acusado de agressão ser afastado de tal ilegalidade com a devida clareza.

Expõe-se a seguir a síntese dos casos apresentados.

No caso nº 01, os policiais relataram a dificuldade de se conseguir filmagens ou fotografias de qualquer prática delituosa. Limitaram-se a apresentar fotografias das fachadas das casas dos envolvidos. Visualizando a suspeita entrar em sua residência, deliberaram abordá-la, o que foi feito. No caso, houve a entrada em domicílio. Embora não tenha havido a prova visual da prática criminosa, o juízo condenou a ré, exaltando a importância do testemunho policial. Nesse processo é possível observar, portanto, vários dos elementos discutidos anteriormente: prevalência da palavra dos policiais e do trabalho no flagrante; ausência de mandado judicial para entrada em domicílio, mesmo com a ré estando detida; ausência do registro da atuação policial. Não obstante o uso da tecnologia ter sido incapaz de registrar qualquer prática criminosa, o juízo entendeu pela culpabilidade, imputando à ré o crime de tráfico de drogas. Destaca-se que a droga apreendida foi o crack, na quantidade inferior a 10 gramas. A ré foi classificada como negra⁹⁶.

No caso nº 02, a sentença indica que as filmagens realizadas serviram para corroborar a palavra dos policiais. Não há elementos para confirmar se a filmagem foi mostrada em audiência para os acusados. Esse processo apresenta o padrão mais comum do uso da mídia, de que as imagens dão credibilidade à palavra dos policiais. Mais uma vez, a droga apreendida com os réus foi o crack, na quantidade inferior à 10 gramas. Os acusados foram classificados como negros.

O caso nº 03 segue o padrão do anterior. A droga apreendida foi o crack, na quantidade entre 50 e 100 gramas. Não foi possível a identificação da cor do acusado.

No caso nº 04, foi possível visualizar que a defesa do réu teve a oportunidade de ter acesso às mídias, inclusive com intimação. No entanto, o juízo entendeu que as filmagens corroboravam o depoimento dos policiais. Foram apreendidas as drogas crack e maconha, ambas em quantidades inferiores a 10 gramas. A condenação foi superior a 05 anos. O réu foi classificado como negro.

⁹⁶ Ver na metodologia, item 2.1, os critérios para a classificação.

O caso nº 05 apresenta uma interessante atuação do Ministério Público. Embora os policiais tenham relatado uma intensa atividade investigativa, com filmagens que perduraram por dias, a mídia disponível ao membro do *parquet* apresentou algum tipo de avaria técnica. O promotor requereu nova via, o que não foi realizado, de modo que não lhe sobrou alternativa senão pedir o arquivamento dos autos, gerando a absolvição do acusado. Não foi possível aferir a cor do acusado. Tratava-se de apreensão de maconha, na quantidade entre 100 e 500 gramas.

O caso nº 06 apresenta características similares ao Caso nº 01. As imagens acostadas aos autos mostram somente as fachadas dos locais investigados. Em sentença, as fotografias sequer são mencionadas. Contudo, novamente houve uma condenação que se baseou no depoimento policial. A droga apreendida com ambos foi o crack, numa quantidade inferior a 10 gramas. Tanto a ré quanto o réu foram classificados como negros.

O caso nº 07 tratou da denúncia por uso de cocaína. No entanto, foi decretada a extinção da punibilidade em decorrência da prescrição. Não foi possível aferir a cor dos acusados.

O caso nº 08 é o único que apresenta uma diferença significativa em relação à recepção da tecnologia. As filmagens imputaram o acusado no crime de tráfico de drogas e, em sede de alegações finais, o promotor ressaltou as filmagens como prova da traficância. No entanto, o juízo entendeu que as filmagens corroboravam a tese da defesa, refutando a palavra dos policiais, o que gerou a absolvição. A droga apreendida foi o crack, na quantidade inferior a 10 gramas. O acusado foi classificado como branco, o que contribui com a hipótese de que as tecnologias de fato são utilizadas como mais um instrumento de seletividade racial por parte do judiciário. O dado sugere que houve uma maior atenção à prova visual, com o juízo destrinchando seu conteúdo para absolver o acusado, um detalhamento de análise que simplesmente não esteve presente nos casos em que a mídia somente corroborava a palavra dos policiais.

Destoando dos demais processos, o juiz concedeu bastante atenção ao conteúdo das filmagens e contrariou a narrativa policial. No caso, de acordo com o Ministério Público (fl. 151), a filmagem se referia à compra de droga em frente à casa do acusado. No Caso nº 01, a situação não foi muito diferente. Tratava-se de suspeita de realização de tráfico em uma boca de fumo cujas transações ilícitas ocorreriam em frente ao domicílio, e, embora os policiais tenham registrado a dificuldade de captação de imagens, o depoimento policial foi considerado como peso definidor. Em outros casos, como já relatado acima, há apenas menção às filmagens (Casos nº 02 e nº 07). Nos casos, as filmagens, aparentemente, não

foram avaliadas pelas partes ou simplesmente não constavam no processo. Ainda para termos comparativos, no Caso nº 09, as filmagens parecem ter importância secundária em relação ao depoimento dos policiais, tendo aquela apenas servido para sustentar a versão policial. Já no caso nº 05, no qual não há identificação racial do acusado, também houve absolvição, sendo um dos principais motivos a ausência da mídia com a filmagem. Nesse caso, houve requisição à autoridade policial pelo Ministério Público, que pleiteou a absolvição por ausência de justa causa.

No caso nº 09, as filmagens referidas pelos policiais são pouco apreciadas pelas partes do processo, o que pode indicar, inclusive, sua ausência. Não obstante, houve a condenação do réu, mais uma vez, fundamentada essencialmente no depoimento policial. A droga apreendida foi o crack, na quantidade entre 10 e 50 gramas. O réu foi classificado como negro.

Por fim, volta-se à análise do caso de Curitiba, a título de parênteses. Na ocasião, 03 pessoas, dois homens e uma mulher, são acusados de tráfico de entorpecentes e associação para o tráfico. Os policiais, que estavam na posse de câmera por uma eventualidade, procederam para a captação de fotografias. Em juízo, as partes tiveram a oportunidade de criar sua própria versão dos fatos, o que se deu por iniciativa do próprio juízo. As imagens mostram apenas um dos homens e uma das mulheres na prática comercial, enquanto o terceiro aparece na maior parte do tempo deitado na calçada. Esse fato foi suficiente para a absolvição deste, embora aos demais tenha cabido a condenação. Ressalta-se que o procedimento adotado pareceu correto, inclusive dando a oportunidade de defesa aos acusados quanto à mídia, inclusive gerando a absolvição de um deles. Caso houvesse apenas o depoimento dos policiais, é possível lançar a hipótese de que essa prova – de que um dos réus estava apenas dormindo – tornaria mais difícil sua absolvição, uma vez que não é comum esse nível de detalhamento no auto de prisão em flagrante.

Resumidamente, pode-se dizer que o recebimento da prova visual no processo se dá de maneira vacilante. Na quase totalidade, seu conteúdo não é destrinchado a ponto de se tornar a principal prova. Ao contrário, a presença da tecnologia pareceu influenciar muito pouco no procedimento padrão dos processos de crimes da natureza.

É possível dizer que a presença das provas visuais foi tida como mero item de soma para a prova principal, que é o depoimento policial. Esse fato demonstra o automatismo judicial na gestão da prova que se procurou demonstrar até então. Em alguns casos, ainda, sua presença foi simplesmente tratada como dispensável. A ausência de uso das câmeras, mesmo disponíveis, não foi alvo de análise ou de elemento que sustentasse as teses da defesa.

Somente em dois casos foi possível ver uma diferença de tratamento quanto à prova visual. No primeiro, a iniciativa de arquivamento partiu do promotor, ao entender que esta prova era fundamental para a definição da justa causa, inclusive vindo a requerer a mídia à autoridade policial, o que não foi feito. O outro caso em que houve a diferença de tratamento foi, coincidentemente, em relação ao único acusado branco. Nesse caso, destoando dos demais, houve um detalhamento do conteúdo da mídia. A ênfase no destrinche dado a essa prova é importante para sustentar a tese de automatismo da gestão da prova. Para condenar, basta sua referência. Para absolver, é preciso que haja uma fundamentação mais profunda. Isso demonstra uma completa inversão do ônus da prova no processo penal, que cabe à acusação e somente ao fazer parecer que o trabalho do juiz para condenar precisa de menos valor probante que para absolver.

Feita a apresentação da pesquisa empírica e de seus resultados, parte-se para a análise dos dados a partir da contextualização fática e histórica do recorte selecionado. Para tanto, será realizada uma análise crítica da política de repressão às drogas com enfoque em sua seletividade racial.

2.2 Crítica à política de Guerra às drogas

No começo da sociedade industrial, houve uma crescente demanda por “alimentos droga” estimulantes, como o chá, café e os doces (VARGAS, 2008, p. 48). Se, de um lado, as drogas que atuavam no sentido da alteração perceptiva e de cunho “relaxante” começaram a sofrer paulatina restrição, por outro, aquelas que estão conforme os ditames do trabalho capitalista e do modelo disciplinar passaram a ser consideradas legítimas (VARGAS, 2008, p. 48). Não à toa, mesmo não estando no rol de drogas estimulantes, hoje se encontra em vertiginosa ascensão as drogas “disciplinares”, drogas lícitas sob controle dos médicos para controlar e disciplinar as pessoas nas atividades esperadas dos sistemas de produção e de normalidade. São as “drogas do controle”, como os antidepressivos e inibidores, para controlar ansiedade, déficit de atenção etc.

Não se pode negar que os critérios de aceitação social de determinadas drogas passam por elementos complexos demais para serem apreciados nesta ocasião. Porém, o caso da política de drogas é exemplar para mostrar aquilo que foi indicado por Adorno e Horkheimer (2015, p. 16), de que há algo além da pressuposição de racionalidade nas decisões políticas. A política de repressão às drogas mostra que ainda não se superou o peso mítico que tanto a racionalidade moderna buscou superar.

No entanto, a análise materialista, ou marxista ortodoxa, não encontra a amplitude necessária para a compreensão do fenômeno proibicionista. Para Ethan Nadelmann⁹⁷, os critérios de discriminação das drogas em lícitas ou ilícitas nada tem a ver com ciência ou saúde, mas com questões raciais. A questão está muito mais em *quem usa e quem é visado no uso* da droga. No caso do ópio, por exemplo, quando a maioria dos usuários eram mulheres de classe média para aliviar as dores, não havia uma política repressiva para a droga. Quando, no entanto, o usuário passou a ser o imigrante chinês, que usava a droga como analgésico para aliviar a dor dos trabalhos pesados, reproduzindo um costume de origem, foi então que o Estado passou a editar leis de proibição. No mesmo sentido, a cocaína foi alvo da proibição a partir de teorias racistas que diziam que os negros, ao usarem a droga, “estariam fora de seu lugar na sociedade”. Já a proibição da maconha esteve relacionada com a intenção de controle com os mexicanos nas regiões sul e leste dos EUA.

Embora a comunidade internacional tenha constantemente se organizado para desenvolver uma política de combate às drogas de nível global⁹⁸, foi somente no começo da década de 1970 que houve a “declaração” da *Guerra às Drogas*. Essa alcunha, que se refere a uma política altamente repressora, penalizadora, militarizada e intolerante, é creditada a Richard Nixon, presidente conservador nos Estados Unidos entre 1969 e 1974. Na sequência, a política da guerra às drogas foi reproduzida por diversos países, inclusive no Brasil.

A data mencionada não é aleatória. As décadas de 1950 e 1960, nos EUA, são simbolicamente lembradas como um momento único na história dos movimentos negros americanos, que se deu a partir de uma série de confrontos político-sociais contra a desigualdade provocada pelo regime “separados mas iguais”, ou o *aparthoid* racial americano. Esse período foi marcado pela emergência de novas pautas e de sujeitos políticos no debate público, que batalhavam por medidas que dificilmente se incorporariam no âmbito institucional pelos meios tradicionais de efetivação de direitos.

⁹⁷Nadelmann é diretor executivo da *Drug Policy Alliance*, uma organização na cidade de Nova Iorque sem fins lucrativos que se destina à pesquisa sobre a política de drogas.

⁹⁸ É possível dizer que a primeira medida de nível internacional para o controle da droga se deu em 1912, na “Convenção Internacional sobre o Ópio”, organizada pela Liga das Nações, realizada em Haia. Na sequência, a ONU tomou frente na política de repressão às drogas, pelo menos em nível institucional, com a busca de homogeneizar a política em termos globais. Foram realizadas três Convenções pela ONU que balizaram a política de drogas no mundo: A *Convenção Única sobre Entorpecentes*, aprovada em Nova Iorque em 1961; A *Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas*, de 1971; e A *Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas*, de 1988.

Ironicamente, a convenção de 1961 previu o prazo de 15 anos para a eliminação do consumo de opiáceos e de cocaína; e o prazo de 25 anos para a eliminação do consumo de maconha. Bom... não foi o que aconteceu.

As manifestações por direitos civis nos Estados Unidos se relacionavam com essa conjuntura global de movimentos que reivindicavam rupturas paradigmáticas na vida pública, uma vez que pleiteavam mudanças significativas no tratamento racial dado pelo Estado até então. Essa luta, assim como várias outras desse período histórico, foi formando uma rede articulada de reformadores e profissionais que visavam a dismantelar o regime jurídico-político segregacionista e excludente que era vigente no aparato formal dos Estados Unidos (AMAR, 2005, p. 235). Cientes do processo de controle social e de exclusão gerado por políticas racialmente dirigidas, esses movimentos “conseguiram apagar o racismo da maioria dos códigos formais e práticas ‘legíveis’ de poder estatal” (AMAR, 2005, p. 235). Apesar das mudanças, esse não foi o fim do racismo institucional⁹⁹ no contexto norte americano.

Uma vez não podendo justificar a segregação e o controle racial a partir do regime legal, passaram o Estado e as instituições de poder a realizar uma forma diferente desse controle. Foi então que houve um abrandamento do controle constitucional a partir da Quarta Emenda da Constituição, um aumento das medidas protetivas de segurança, um declínio político do regime de assistência social, um aprofundamento da ideologia neoliberal e a intensificação do combate às drogas. Não é de se estranhar que os alvos principais dessa nova política liberal-penal americana foram justamente os negros e os imigrantes latinos¹⁰⁰.

Como mostra Wacquant, a estabilidade da taxa de encarceramento das décadas de 1950 e 1960 (que ficou na faixa de 100 presos por 100 mil habitantes) deu espaço a uma taxa de encarceramento crescente das décadas seguintes. “Desde 1973, a taxa de encarceramento cresce de forma continuada e exponencial para chegar à casa dos 200 em 1985 e superar a barreira dos 480 no ano 2000” (WACQUANT, 2007, p. 211). Em 30 de junho de 2010, havia 732 presos para cada 100 mil habitantes (GLAZE, 2010).

A política da guerra às drogas também significou um redirecionamento político dos Estados Unidos em relação a sua política internacional, principalmente em relação à América Latina. “Tal redimensionamento fez com que o tema do narcotráfico crescesse de importância na agenda diplomático-militar dos EUA ao longo dos anos 1980, na medida em que diminuía a atenção dada ao ‘perigo comunista’” (RODRIGUES, 2008, p. 99).

Nesse sentido, a *Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas*, de 1988, foi um marco definidor das políticas de

⁹⁹ Como se verá adiante, o racismo institucional se refere a “práticas discriminatórias que não estão explicitamente definidas na lei ou codificadas na política, mas são reproduzidas (intencionalmente ou não) nas rotinas, administrações, normas, hábitos e práticas profissionais de instituições de educação, controle social, tecnologia ou cultura” (AMAR, 2005, p. 231).

¹⁰⁰ Mais detalhes dessa política será vista adiante no item 2.3.3.

drogas. “Assim, no final da década de 80 parecia que o consenso entre os governos tinha sido alcançado, considerando-se o fenômeno das drogas ilícitas como *um desafio coletivo global*, assentado nos princípios da cooperação e da co-responsabilidade, dentro da proposta repressiva” (BOITEUX et al, 2009a, p. 19).

Nesse momento e na década seguinte, a comunidade internacional apresentava particular homogeneidade. A política repressiva e proibidora era assentada basicamente na criminalização do comércio e do uso. Também era notável a intenção de eliminação completa de entorpecentes, o que mitigava intenções de redução de danos ou de prevenção. Tampouco havia uma discussão sócio-cultural sobre o uso de drogas para fins religiosos ou de tradição cultural (BOITEUX et al, 2009a, p. 21).

Foi esse o tom da política de drogas do século passado. No entanto, os resultados dessa política têm demonstrado seu estrondoso fracasso, o que deu espaço para uma mudança de postura em alguns países (como Holanda, Portugal e Uruguai), bem como uma mudança de tom das discussões sobre o tema no nível internacional.

Várias são as críticas ao modelo repressor de combate ao tráfico e ao uso de drogas. Dentre elas, como bem identificadas no Relatório da Comissão Global sobre Drogas, pode-se identificar: 1) ineficiência quanto à tentativa de diminuir o consumo¹⁰¹ ou o tráfico¹⁰², não havendo significativas variações de oferta e de demanda; 2) grave violação aos direitos humanos, com seletividade, estigmatização e marginalização de usuários e de culturas tradicionais; 3) aumento do crime organizado, com consequente recuo de atuação estatal positiva e aumento da violência, da corrupção e do tráfico de armas; 4) deficiência no investimento em saúde pública, mostrando ineficiência quanto à prevenção de doenças relacionadas ao uso de drogas¹⁰³, conscientização sobre o uso e também no tratamento de viciados; 5) irracionalidade do sistema repressor quanto à definição de drogas lícitas e

¹⁰¹ Como demonstra o Relatório da Comissão Global de Políticas sobre Drogas (2011), o que mais se buscou evitar com a guerra às drogas – o aumento do consumo – não surtiu efeito. No mundo, entre 1998 e 2008, houve um aumento do consumo de 34,5% de opiáceos, 17% de cocaína, 8,5% de *cannabis*.

¹⁰² Tal fato é reconhecido pela própria ONU. Em 2009, no encontro da Comissão de Narcóticos (CND) das Nações Unidas em Viena, chegaram à conclusão de que há “uma tendência global de estabilização na produção, no tráfico e no consumo de drogas” (UNODOC, 2015).

¹⁰³ No relatório da Comissão Global de Política sobre Drogas é demonstrado como os países que optaram por uma política de “redução de danos” foram mais eficazes em diminuir doenças relacionadas ao uso de drogas, como a AIDS. A porcentagem de pessoas com o vírus HIV em usuários de drogas injetáveis em países que tomaram políticas positivas em relação ao uso é menor de 5%. Ao contrário, os países que mantiveram a política repressora, intolerantes à política de redução de danos, apresentam uma taxa de soropositivos acima de 35% entre os usuários de drogas injetáveis (2011, p. 6).

ilícitas¹⁰⁴; 6) desvio de recursos para o combate às drogas, que poderiam ser investidos em outras áreas, como saúde e educação, além da arrecadação decorrente de impostos em caso de comércio lícito¹⁰⁵.

Os argumentos favoráveis à mudança da política de repressão às drogas têm ganhado crescente adesão. Em 2009, ocorreu em Viena a Comissão de Narcóticos (CND) das Nações Unidas com o objetivo de avaliar os resultados da política de drogas dos países membros. A reunião da CND tinha o objetivo de redigir uma declaração política que traçasse a política oficial da ONU para os dez anos seguintes, e também para reavaliar os dez anos desde a UNGASS (*United Nations General Assembly Special Session*) de 1998, cuja meta havia sido alcançar “um mundo livre de drogas em 2008”. No entanto, ao contrário das Convenções anteriores, esta foi marcada por um dissenso quanto à continuidade da política repressiva de combate às drogas.

Muitos países (especialmente na Europa e na Oceania) optaram por uma política de redução de danos e de um tratamento mais humanitário à questão da droga. De outro lado, países como Rússia, China e Estados Unidos, mantiveram fortes posições de manutenção da política de repressão às drogas. Desse modo, “Considera-se que essa Declaração [Viena, 2009] marca um momento importante na política internacional de drogas, pois pela primeira vez se expôs publicamente a falta de consenso entre os países com relação às medidas de controle de drogas” (BOITEUX et al, 2009a, p. 29).

2.2.1 A política de repressão às drogas no Brasil e a Lei 11.343/06

Como se observou, a política de repressão às drogas está em pleno curso no mundo inteiro, com alguns sinais de mudança, ainda que pontuais. No Brasil, a lei que regula essa política é a Lei 11.343/06. O estudo dogmático e exaustivo da atual lei de drogas brasileira não é o objeto central desta dissertação. Este item, contudo, justifica-se para apontar a abrangência penalizadora e violadora de direitos fundamentais que a lei acaba permitindo, inclusive sobre usuários. Para tanto, escolheu-se determinados aspectos da lei: a manutenção da criminalização do usuário (item 2.2.1.1); a afronta ao princípio da proporcionalidade (item

¹⁰⁴ Não há parâmetros científicos para a definição de drogas ilícitas e lícitas, baseando-se puramente em critérios políticos. Drogas como tabaco, álcool e os “tarja preta”, apesar de apresentarem alto risco de dependência e potencial destrutivo, são lícitas, enquanto a folha de coca, a maconha e o LSD, que apresentam baixo risco de dependência química, são tratadas como ilícitas.
Cf. COSTA (2014).

¹⁰⁵ Cf. MIRON (2005).

2.2.1.2); e o aumento dos poderes investigatórios em relação a crimes de drogas (item 2.2.1.3).

2.2.1.1 A manutenção da criminalização do usuário

Mesmo competindo com as leis anteriores¹⁰⁶, a primeira marcada por um autoritarismo racista e a segunda pela ditadura militar, a atual lei conseguiu superá-las no critério repressão. Como afirma Maria Lucia Karam, a atual lei é nova somente no tempo, pois em questão de política criminal, ela não apresenta novidade e vai de acordo com as determinações e convenções internacionais, acompanhando as diretrizes proibicionistas e repressoras da maioria e dos mais poderosos países do mundo (KARAM, 2008, p. 105).

Questionou-se, de início, a respeito de uma possível descriminalização do uso de drogas. Chegou-se a indagar que houve *abolitio criminis* para o uso de entorpecentes. Isso porque a lei não prevê pena de detenção ou de reclusão para o usuário, o que estaria de encontro à disposição do art. 1º da denominada Lei de Introdução ao Código Penal e à Lei de Contravenções Penais¹⁰⁷. No entanto, não é possível uma análise jurídica tão estanque sobre o conceito de crime, ainda mais quando há uma tendência de se questionar a (des)legitimação das penas privativas de liberdade, encaminhando o direito penal para a busca de penas alternativas menos danosas e mais eficientes. Houve, de fato, uma separação entre o usuário e o traficante de drogas, uma diferenciação necessária, até mesmo para o reconhecimento de uma situação de vulnerabilidade social do viciado¹⁰⁸.

¹⁰⁶ O próprio código penal de 1940, a Lei 6.368/76 e a Lei 10.409/02.

¹⁰⁷ Decreto-Lei nº 3.914/41, art. 1º: Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.

¹⁰⁸ O Supremo Tribunal Federal posicionou-se sobre a matéria da seguinte forma: Julgado: *Posse de droga para consumo pessoal: (art. 28 da L. 11.343/06 - nova lei de drogas): natureza jurídica de crime. 1. O art. 1º da LICP - que se limita a estabelecer um critério que permite distinguir quando se está diante de um crime ou de uma contravenção - não obsta a que lei ordinária superveniente adote outros critérios gerais de distinção, ou estabeleça para determinado crime - como o fez o art. 28 da L. 11.343/06 - pena diversa da privação ou restrição da liberdade, a qual constitui somente uma das opções constitucionais passíveis de adoção pela lei incriminadora (CF/88, art. 5º, XLVI e XLVII). 2. Não se pode, na interpretação da L. 11.343/06, partir de um pressuposto desapareço do legislador pelo "rigor técnico", que o teria levado inadvertidamente a incluir as infrações relativas ao usuário de drogas em um capítulo denominado "Dos Crimes e das Penas", só a ele referentes. (L. 11.343/06, Título III, Capítulo III, arts. 27/30). 3. Ao uso da expressão "reincidência", também não se pode emprestar um sentido "popular", especialmente porque, em linha de princípio, somente disposição expressa em contrário na L. 11.343/06 afastaria a regra geral do C. Penal (C. Penal, art. 12). 4. Soma-se a tudo a previsão, como regra geral, ao processo de infrações atribuídas ao usuário de drogas, do rito estabelecido para os crimes de menor potencial ofensivo, possibilitando até mesmo a proposta de aplicação imediata da pena de que trata o art. 76 da L. 9.099/95 (art. 48, §§ 1º e 5º), bem como a disciplina da prescrição segundo as regras do art. 107 e seguintes do C. Penal (L. 11.343, art. 30). 6. Ocorrência, pois, de "despenalização", entendida como exclusão, para o tipo, das penas privativas de liberdade. 7. **Questão de ordem resolvida no***

Salo de Carvalho pontua a ausência de uma “cláusula de barreira” para apreciação das condições de usuário e de traficante, um método que é utilizado em vários países. A cláusula de barreira seria uma distinção das figuras de usuário e de traficante a partir de se sua quantidade, o que pode variar de droga para droga. “A vantagem da cláusula de barreira é excluir, sob qualquer hipótese, a possibilidade de o usuário sofrer os sérios efeitos da imputação de tráfico, tanto em relação às consequências penais quanto às processuais” (CARVALHO, 2010, p. 226)¹⁰⁹. Quando se vislumbra a aplicação das prisões cautelares nos crimes de drogas, os efeitos reais de uma possível desclassificação são quase inexistentes, uma vez que a punição processual já se realizou, causando todos os seus danos atinentes.

O autor sustenta, ainda, que os aspectos subjetivos para aferição de cada conduta prescrita nos artigos 28 e 33 da Lei 11.343/06 acabam sustentando uma espécie de “zona gris de alto empuxo criminalizador” (CARVALHO, 2010, 211). Como algumas práticas típicas do consumo, tal como o fornecimento gratuito, também estão no rol para a tipificação de tráfico, a consequência para o imputado recai em obrigação de provar-se usuário. O que revela uma flagrante inversão do ônus da prova do processo criminal.¹¹⁰

De todo modo, não houve significativa mudança quanto ao tratamento dado para o uso de drogas. A conduta ainda é crime, e continua valendo para uma boa parte dos usuários uma real punição em sede ainda processual, o que acompanha a estigmatização, a seletividade e a exclusão social decorrente da criminalização.

2.2.1.2 A afronta ao princípio da proporcionalidade

Questionando a própria constitucionalidade da lei, Maria Lucia Karam indica problemas quanto ao princípio da lesividade, como especificidade da

sentido de que a L. 11.343/06 não implicou abolitio criminis (C.Penal, art. 107). II. Prescrição: consumação, à vista do art. 30 da L. 11.343/06, pelo decurso de mais de 2 anos dos fatos, sem qualquer causa interruptiva. III. Recurso extraordinário julgado prejudicado. (RE-QO 430105 / RJ - RIO DE JANEIRO/QUESTÃO DE ORDEM NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO / Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE / Julgamento: 13/02/2007 / Órgão Julgador: Primeira Turma. DJ 27-04-2007 PP-00069 EMENT VOL-02273-04 PP-00729) [Grifos acrescidos].

¹⁰⁹ Salo de Carvalho cita o exemplo da Espanha, que determina a quantidade de 50 gramas (para o caso de haxixe ou maconha) como cláusula de barreira. Nesse sentido, a apreensão de quantidade inferior a 50 gramas presume o uso, merecendo o tratamento dos procedimentos especiais. Os critérios para a definição da quantidade devem ser uma quantidade de consumo diário razoável e a projeção de uso por um tempo determinado (2010, p. 226).

¹¹⁰ Comum em alguns processos foi a negativa do exame toxicológico, o que, no entender do juízo, afastava a tese defensiva de ser apenas usuário. Foi o que se viu no processo nº 2012.01.11.68444-7, cuja sentença apresenta o trecho: “Como se vê, ante o laudo de exame toxicológico negativo, as firmes e seguras palavras da policial ouvida em juízo e a apreensão da droga que era trazida pela ré, pode-se concluir que os entorpecentes tinham a finalidade de difusão ilícita, não havendo que se falar em absolvição ou desclassificação para a conduta prevista no art. 28 da LAD” (Sentença, fl. 138).

proporcionalidade¹¹¹¹¹²(KARAM, 2008). “O princípio da proporcionalidade estabelece basicamente que o Estado não pode cometer excessos em sua atuação, especialmente quando restringe direitos individuais, e mais especialmente ainda quando exerce seu poder punitivo” (KARAM, 2008, p. 108). Em outras palavras, significa dizer que o Estado justifica a sua própria violência no fato de que sua aplicação impediria uma outra violência mais danosa.

¹¹¹ Acerca da vedação à liberdade provisória do art. 44 da lei e sua declaração incidental de inconstitucionalidade:

A redação do art. 44 da lei prevê que “Os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos”. Após intensas discussões acerca da legitimidade desse dispositivo, entendeu finalmente o STF que ele viola preceitos constitucionais. Dessa forma, houve uma declaração incidental de inconstitucionalidade do dispositivo, em plenário, nos autos do HC nº 97.256/RS. Na opinião de 08 ministros, a previsão legal de impossibilidade de liberdade provisória violaria a presunção de inocência e a dignidade da pessoa humana, valores constitucionais.

HC n.º 97.256/RS EMENTA: HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 44 DA LEI 11.343/2006: IMPOSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE. OFENSA À GARANTIA CONSTITUCIONAL DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA (INCISO XLVI DO ART. 5º DA CF/88). ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. O processo de individualização da pena é um caminhar no rumo da personalização da resposta punitiva do Estado, desenvolvendo-se em três momentos individuados e complementares: o legislativo, o judicial e o executivo. Logo, a lei comum não tem a força de subtrair do juiz sentenciante o poder-dever de impor ao delinqüente a sanção criminal que a ele, juiz, afigurar-se como expressão de um concreto balanceamento ou de uma empírica ponderação de circunstâncias objetivas com protagonizações subjetivas do fato-tipo. Implicando essa ponderação em concreto a opção jurídico-positiva pela prevalência do razoável sobre o racional; ditada pelo permanente esforço do julgador para conciliar segurança jurídica e justiça material. 2. No momento sentencial da dosimetria da pena, o juiz sentenciante se movimenta com ineliminável discricionariedade entre aplicar a pena de privação ou de restrição da liberdade do condenado e uma outra que já não tenha por objeto esse bem jurídico maior da liberdade física do sentenciado. Pelo que é vedado subtrair da instância julgadora a possibilidade de se movimentar com certa discricionariedade nos quadrantes da alternatividade sancionatória. 3. As penas restritivas de direitos são, em essência, uma alternativa aos efeitos certamente traumáticos, estigmatizantes e onerosos do cárcere. Não é à toa que todas elas são comumente chamadas de penas alternativas, pois essa é mesmo a sua natureza: constituir-se num substitutivo ao encarceramento e suas seqüelas. E o fato é que a pena privativa de liberdade corporal não é a única a cumprir a função retributivo-ressocializadora ou restritivo-preventiva da sanção penal. As demais penas também são vocacionadas para esse geminado papel da retribuição-prevenção-ressocialização, e ninguém melhor do que o juiz natural da causa para saber, no caso concreto, qual o tipo alternativo de reprimenda é suficiente para castigar e, ao mesmo tempo, recuperar socialmente o apenado, prevenindo comportamentos do gênero. 4. No plano dos tratados e convenções internacionais, aprovados e promulgados pelo Estado brasileiro, é conferido tratamento diferenciado ao tráfico ilícito de entorpecentes que se caracterize pelo seu menor potencial ofensivo. Tratamento diferenciado, esse, para possibilitar alternativas ao encarceramento. É o caso da Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas, incorporada ao direito interno pelo Decreto 154, de 26 de junho de 1991. Norma supralegal de hierarquia intermediária, portanto, que autoriza cada Estado soberano a adotar norma comum interna que viabilize a aplicação da pena substitutiva (a restritiva de direitos) no aludido crime de tráfico ilícito de entorpecentes. 5. Ordem parcialmente concedida tão-somente para remover o óbice da parte final do art. 44 da Lei 11.343/2006, assim como da expressão análoga “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”, constante do § 4º do art. 33 do mesmo diploma legal. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito *ex nunc*, da proibição de substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos; determinando-se ao Juízo da execução penal que faça a avaliação das condições objetivas e subjetivas da convalidação em causa, na concreta situação do paciente.

¹¹² Na CF/88, o conteúdo dos princípios está disposto no art. 5º:

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

Desse modo, as medidas adotadas pelo Estado, a partir do braço do direito penal, devem ser razoáveis e estar de acordo com sua finalidade.

Nesse sentido, seria defensável a tese de que o traficante internacional, que se ergue pela violência do crime organizado para praticar o comércio de entorpecentes de forma absolutamente descontrolada, merece o controle penal. Nada razoável, no entanto, crer que o usuário que compartilha sua droga com um terceiro em um domingo mereça o mesmo tratamento. O problema é que a legislação impõe a ambos o mesmo tratamento de “traficante”, como se ambos fossem igualmente danosos para a Saúde Pública (KARAM, 2008, p. 108).

Dessa forma, colocando todos os tipos penais em uma mesma dimensão, faz a lei criminalizar não somente o comércio de entorpecentes, mas também suas formas de consumo (como fornecer ou oferecer ainda que gratuitamente) e de preparação. Assim, a lei criminaliza também atos preparatórios.

São condutas que correspondem a um simples planejamento ou uma simples preparação de uma ação futura, relativamente distante no tempo, e que, assim, não ameaçam diretamente o bem jurídico que a lei criminalizadora anuncia pretender proteger – no caso do homicídio, a vida; no caso do ‘tráfico’, a saúde pública.

A criminalização antecipada contraria - e, portanto, viola - o princípio da lesividade (ou ofensividade) da conduta proibida, segundo o qual uma conduta só pode ser objeto de criminalização quando direta, imediata e significativamente afete um bem jurídico relacionado ou relacionável a direitos individuais concretos (KARAM, 2008, p. 107).

A criminalização de atos preparatórios está mais precisamente elencada no art. 34 da lei. Além de criar tipos penais vagos e imprecisos¹¹³, o que acaba por não oferecer uma previsibilidade mínima para a atividade cognoscente de proibição das condutas, é mais uma clara violação ao princípio da lesividade. “A incriminação de atos através da projeção de condutas futuras é inadmissível em regimes processuais penais balizados pelo princípio da presunção de inocência” (CARVALHO, 2010, p. 238-239).

¹¹³ Lei 11.343/06, Art. 34: *Fabricar, adquirir, utilizar, transportar, oferecer, vender, distribuir, entregar a qualquer título, possuir, guardar ou fornecer, ainda que gratuitamente, maquinário, aparelho, instrumento ou qualquer objeto destinado à fabricação, preparação, produção ou transformação de drogas, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.* Ou ainda no art. 33, § 1º, inciso I, em especial em sua parte final: *importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas;*

Para tanto, é válida a menção à discussão acerca da importação de sementes de maconha, conduta que, para parte do Judiciário, é crime. Paulo Queiroz explica porque essa conduta deve ser considerada atípica:

Primeiro, porque não é a semente, mas a planta produzida a partir dela, que constitui, esta sim, matéria-prima para a preparação de droga. Segundo, porque não faria sentido que a lei criminalizasse a preparação da preparação ou o perigo do perigo, antecipando tão extensamente a tutela penal da saúde pública, e, pois, tipificasse a simples aquisição de semente para semeadura, cultivo e colheita da planta; terceiro, porque, se assim fosse, violar-se-ia o princípio da ofensividade, seja porque a semente não dispõe do princípio ativo, seja porque não é passível de utilização para a efetiva preparação de droga; quarto, porque a lei só penaliza as condutas que imediatamente, e não apenas mediatamente, estão destinadas à produção de droga (QUEIROZ, 2015).

Como se vê, a lei acaba por permitir uma interpretação (embora com pouco apreço técnico) extensiva e intensamente criminalizadora sobre uma infinidade de condutas, o que mostra a gravidade repressora dos tipos penais abertos e de perigo abstrato. No caso, não só o perigo de uma conduta é criminalizado, mas o perigo do perigo. Não só a posse da matéria-prima em si é alvo da criminalização, mas a “matéria-prima” da matéria-prima, o que se estende a uma abstração absolutamente injustificável juridicamente, principalmente em termos de direito penal, em que deve prevalecer a interpretação restritiva, a não analogia e a busca por condutas de perigo concreto e de real lesão a bem jurídico.

2.2.1.3 A previsão legal de investigação diferenciada

Além da sensível majoração da pena¹¹⁴, a nova lei prevê uma dilatação considerável quanto ao tempo do inquérito. Enquanto o art. 10 do CPP prevê que o inquérito deva ser finalizado no prazo de 10 dias para réu preso e 30 para réu solto, a lei de drogas prevê um prazo 03 vezes mais extenso, de 30 dias para réu preso e 90 para réu solto (art. 51 da Lei 11.343/06)¹¹⁵. Como se não fosse o bastante, prevê ainda o parágrafo único do artigo 51 da lei que o prazo pode ser duplicado pelo juiz, prevendo a possibilidade, portanto, de um inquérito ser estendido a intermináveis 180 dias.

¹¹⁴A Lei 11.343/06 prevê uma pena mínima de 05 anos para o crime de tráfico de drogas. Ocorreu, portanto, uma sensível majoração da pena base para o tráfico de drogas, que antes era de 03 anos.

¹¹⁵CPP, Art. 10. O inquérito deverá terminar no prazo de 10 dias, se o indiciado tiver sido preso em flagrante, ou estiver preso preventivamente, contado o prazo, nesta hipótese, a partir do dia em que se executar a ordem de prisão, ou no prazo de 30 dias, quando estiver solto, mediante fiança ou sem ela.

Lei 11.343/06: Art. 51. O inquérito policial será concluído no prazo de 30 (trinta) dias, se o indiciado estiver preso, e de 90 (noventa) dias, quando solto.

Parágrafo único. Os prazos a que se refere este artigo podem ser duplicados pelo juiz, ouvido o Ministério Público, mediante pedido justificado da autoridade de polícia judiciária.

No entanto, o que é ainda mais grave é a possibilidade, prevista no parágrafo único do art. 52¹¹⁶ de, após a remessa dos autos ao juízo, permitir a continuidade das diligências inquisitoriais, ainda que o processo já esteja em procedimento judicial. A única condição estipulada para essa atividade “complementar” do poder de polícia é que ele seja entregue para apensamento aos autos até 03 dias antes da audiência de instrução e julgamento.

Trata-se de flagrante violação ao contraditório e à ampla defesa, bem como do devido processo legal. Além de ficar suprimida a possibilidade de aferição de nulidades nas peças preliminares, como defesa preliminar, a apresentação de novas diligências com apenas 03 dias de antecedência ao início da instrução fere a proporcionalidade, que no caso pode ser auferida pela média dos prazos processuais dispostos em várias fases.

Como indica Maria Lúcia Karam, as diligências policiais têm a finalidade única de apurar a possível prática de um crime, cabendo na sequência ao Ministério Público a valoração da necessidade de ação, quem de fato deve propor o início do processo criminal. “Proposta e admitida a ação penal condenatória, nenhuma prova de interesse da Acusação poderá ser produzida fora do processo” (KARAM, 2008, p. 115).

A redação do art. 52, parágrafo único, em seu inciso I, é absolutamente insustentável. Ora, se o trabalho do inquérito ainda não permite os elementos necessários para a formação de justa causa para ação, que a denúncia sequer seja formulada e, se formulada, que não seja recebida. Outra incoerência do dispositivo está no termo “plena elucidação do fato”. Em que pese a *plena* elucidação de qualquer fato ser epistemologicamente impossível (como sustentado no primeiro capítulo), no processo criminal, o momento de construção das narrativas sobre o fato só pode se dar em sede processual, submetido ao contraditório.

No mais, uma vez em curso, o processo não poderá receber qualquer prova realizada fora dele, principalmente se a participação da defesa estiver afastada. Revela-se, pois, a insustentável possibilidade de produção de provas fora do processo criminal já em curso. Na medida em que a denúncia já foi formulada, nada justifica qualquer ato investigativo sem conhecimento da defesa. Dessa forma, o processo penal, tendo que ter sempre dois pesos iguais de cada lado, pende fortemente para o lado da acusação, impedindo o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa.

¹¹⁶Art. 52.

Parágrafo único. A remessa dos autos far-se-á sem prejuízo de diligências complementares:
I - necessárias ou úteis à plena elucidação do fato, cujo resultado deverá ser encaminhado ao juízo competente até 3 (três) dias antes da audiência de instrução e julgamento;

Como se observa por essas condições especiais concedidas ao poder inquisitório, ressalta-se na lei de drogas o incentivo aos procedimentos de ordem absolutamente inquisitoriais, indo na contramão da construção da nova ordem democrática constitucional brasileira. É o caso, por exemplo, da infiltração de agentes prevista no art. 53, incisos I e II¹¹⁷. Além disso, existe um apelo que decorre da própria lei no sentido da valorização dos procedimentos investigatórios, como a utilização de diversos mecanismos e de aparelhos tecnológicos para a elucidação e conhecimento dos delitos de drogas.

2.2.2 O combate e a construção do inimigo na guerra às drogas

Se toda guerra implica a declaração de um inimigo, quem é o verdadeiro inimigo da guerra às drogas? A própria disposição discursiva desse combate é um mascaramento humano. Não é contra as drogas que se luta, mas contra pessoas. O lado de lá dessa política encontra um inimigo definido, que é alvo dessa guerra interminável. O ocultamento discursivo é de tentar desumanizar o ponto de partida, fazendo os defensores falarem incansavelmente que a droga é o inimigo, que ela é o grande mal que precisa ser exterminado. No entanto, o lado de lá, quem recebe a bala, quem sofre a repressão estatal não é a droga, mas pessoas. Nesse sentido, o comerciante de drogas ilícitas é colocado no patamar mais alto da *periculosidade*, da figura danosa, do verdadeiro causador de todo o mal. É essa a construção da figura do inimigo.

Como já mencionado no final do capítulo anterior, trata-se da construção do inimigo enquanto um sujeito não merecedor de sua humanidade, sendo levado a uma condição de bestialidade. É o monstro, que vive entre nós e que deve ser exterminado. Trazer a questão da droga para o direito penal é acreditar que o combate não se realiza no nível médico, no nível da saúde, dos direitos humanos ou de qualquer outro tipo de direito (à cidade, à moradia, ao emprego etc.). Afinal, como se argumentou no capítulo anterior, não está o direito penal (de cunho neoliberal) preocupado com a recuperação de viciados, com o tratamento dos

¹¹⁷Lei 11.343/06: Art. 53:

Em qualquer fase da persecução criminal relativa aos crimes previstos nesta Lei, são permitidos, além dos previstos em lei, mediante autorização judicial e ouvido o Ministério Público, os seguintes procedimentos investigatórios:

I - a infiltração por agentes de polícia, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes;

II - a não-atuação policial sobre os portadores de drogas, seus precursores químicos ou outros produtos utilizados em sua produção, que se encontrem no território brasileiro, com a finalidade de identificar e responsabilizar maior número de integrantes de operações de tráfico e distribuição, sem prejuízo da ação penal cabível.

Parágrafo único. Na hipótese do inciso II deste artigo, a autorização será concedida desde que sejam conhecidos o itinerário provável e a identificação dos agentes do delito ou de colaboradores.

envolvidos, com o ressarcimento familiar, mas simplesmente com a responsabilização, o castigo e a punição.

No caso da repressão às drogas, não é somente uma questão de encontrar o criminoso e puni-lo, mas também de criar uma sensação de batalha para aqueles que, de forma estigmatizada, encontram-se na condição de inimigo. Assim, fortemente embasado pelo discurso midiático da impunidade, a força policial atua também no sentido da criação de sensações (ZAFFARONI, 2013, p. 215). Para as classes demandantes da guerra às drogas, cria-se a sensação de insegurança. Para as classes alvos, cria-se a sensação de terror. Não à toa o aparato mais propício para isso é a militarização da força policial, tanto da PM quanto da PC¹¹⁸.

A questão militar faz referência, de um lado, “à existência de corpos políticos institucionalizados e armados, cujas funções e objetivos estão estreitamente ligados à gestão dos territórios, das pessoas e das coisas por um aparelho central que os dirige, o Estado” (SANTOS, 2011, p. 124). De outro lado, esses corpos políticos apresentam um *ethos*¹¹⁹. Desde a formação do policial, este aprende a cultura da guerra, mesmo sabendo que o inimigo é um cidadão do país que irá teoricamente defender. Esse *ethos* se concretiza com a construção de valores políticos e culturais a partir de canções, estratégias e símbolos (“faca na caveira”, por exemplo) (SANTOS, 2011, p. 124)¹²⁰.

Enfim, a crítica à formação da Polícia implica no reconhecimento de que qualquer estrutura de guerra, conseqüentemente militar, somente se justifica quando há claramente um inimigo a ser combatido. Desse modo, a tão sonhada desmilitarização da Polícia somente virá com o fim da guerra às drogas, com a desconstrução da noção de inimigo.

“Uma efetiva desmilitarização das atividades policiais só será possível através de uma necessária e urgente mobilização para romper com a proibição e sua política de ‘guerra às drogas’ e realizar a legalização e

¹¹⁸ Nesse ponto, enfatiza-se a dimensão estética da polícia, levando armamentos cada vez mais pesados para as batalhas, levando a falta de diálogo e o autoritarismo das operações.

¹¹⁹ Sobre a ideia de *Ethos* do policial, ver *O Ethos do policial civil na persecução penal* (persecutio criminis in iudicio) como elemento garantidor da segurança humana, de João Uzzum (2013). Porém, mais preciso em SANTOS (2011).

¹²⁰ Outra dimensão que pode ser levantada pelo lado estatal dessa guerra é a organização político-militar da instituição policial. Especialmente na Polícia Militar, ela reproduz a estrutura das Forças Armadas. Isso significa, dentre outras coisas, a divisão da corporação em dois pontos de entrada, de praças e de oficiais, o que se fundamenta basicamente em uma estrutura extremamente hierarquizada, e que a palavra do superior não pode e não deve ser questionada, mas sim cumprida. Nesse sentido, há uma valorização de uma estrutura disciplinar e hierárquica que é contrária ao diálogo e à construção coletiva, valores essencialmente democráticos. A consequência disso é a imensa dificuldade de mudança. A valorização da palavra do superior é usada também como verdade, como o jeito “correto” a ser seguido.

consequente regulação da produção, do comércio e do consumo de todas as drogas” (KARAM, 2013).

Porém, como tratar seu próprio cidadão como o inimigo? Como trazer a guerra para dentro do próprio território nacional? Isso somente é possível com a flexibilização da cidadania, com o “descredenciamento” dos sujeitos envolvidos. Somente é possível com a exceção. O estado de exceção não é um conceito exclusivamente jurídico ou político. A exceção “é a estrutura originária na qual o direito se refere à vida e a inclui em si através da própria suspensão” (AGAMBEN, 2010, p. 35).

A condição do sujeito colocado como inimigo, colocado nesse estado de exceção, é uma condição de abandonado. “Aquele que foi banido não é, na verdade, simplesmente colocado fora da lei e indiferente a esta, mas é *abandonado* por ela, ou seja, exposto e colocado em risco no limiar em que vida e direito, externo e interno, se confundem” (AGAMBEN, 2010, p. 35). Temos então que a primeira consequência da guerra às drogas é a criação de uma classe de sujeitos que sofrem um tratamento de abandono da lei. Não é que a lei não se aplica a eles, mas que ela é aplicada de forma diferente.

O próprio usuário de drogas, que não se submete mais às penas privativas de liberdade, é colocado nesse estado de exceção. “O fato de não irem à prisão, resultado das políticas de descriminalização do uso, não significa que os usuários deixem de ser assediados pelas forças estatais ou deixem de cumprir uma pena” (RODRIGUES, 2008, p. 101). Ao contrário, também são submetidos às forças de guerra do aparato estatal.

Dizer que o usuário não é mais preso é uma falácia. Como se observa nos processos analisados, há um número razoável de usuários que são submetidos à prisão processual, tendo suas condutas desclassificadas apenas na sentença, momento em que recebem também o alvará de soltura. Não é à toa que o número de encarcerados pelos crimes de drogas está entre os mais elevados, perdendo apenas para os crimes patrimoniais (BOITEUX et al, 2009a, p. 40). Sem contar também o alto número de prisões provisórias¹²¹.

¹²¹ Tampouco é somente o usuário e o traficante que são colocados nessa condição de subcidadania. Como bem demonstra o documentário “Elas da Favela” (2007), da diretora Dafne Capela, o terror causado pela guerra alcança os familiares e os envolvidos das regiões estigmatizadas. A fala de uma mãe exemplifica esse estado de terror causado pela força policial militar na favela. Ao chegar em casa e vê-la cheia de furos de balas e com as portas destruídas, ela é questionada por um policial que diz: “Tia, é melhor você ficar que do jeito que eles tão aí eles matam qualquer um” (11’). Em dados produzidos pelo CNJ, o Tráfico de drogas está ligado a 65% das prisões de mulheres no Brasil. Dois casos nos processos coletados de Brasília ilustram bem a situação da mulher encarcerada pelos crimes de drogas. O primeiro é o caso nº 1, relatado no item 2.2. Outro caso se refere ao processo de nº 2009.01.1.108329-4. Neste, a ré foi pega ao tentar entrar no presídio masculino com a quantia de 104,48 gramas de maconha em seu orifício vaginal. No caso, ouviu da companheira de outro detento que, se ela não levasse a droga, seu marido seria “violentado”. Sua intenção, portanto, não era obter lucro, mas resguardar a integridade física de seu marido. O detalhe desse caso é que se tratava de mulher aposentada por invalidez,

Dessa maneira, a exceção promovida pela guerra às drogas inverte o sentido originário do direito penal e das instituições jurídicas. “o processo de naturalização da exceção, com a minimização de direitos e garantias a determinadas (não) pessoas, adquire feição eminentemente punitiva, atingindo diretamente a estrutura do direito e do processo penal, os quais passam a ser percebidos como instrumentos de segurança pública e não como seu freio” (CARVALHO, 2006, p. 261).

O discurso liberal, que sustentava teoricamente o direito penal como freio do poder estatal a fim de se evitar a violência generalizada, perde-se em detrimento do respeito à legalidade e à igualdade (CARVALHO, 2006, p. 254). “A beligerância do discurso penal do inimigo transpõe as ações de desrespeito aos direitos exercidas pelas agências repressivas (ilegalidades toleradas), do plano fático ao discurso legitimador, abrindo espaços para a justificação do terrorismo de Estado (direito penal do terror) através da aplicação do direito penal (do inimigo)” (CARVALHO, 2006, p. 259).

Aquilo que Tércio Sampaio Ferraz Jr. chamou de caráter criptonormativo do direito, na questão da política de drogas, de fato não tem se concretizado. O direito, antes de estar preocupado com a questão da verdade ou de se valer enquanto norteador moral, deve estar centrado na questão da decidibilidade. Daí se acentua o caráter criptonormativo dos enunciados jurídicos, o que significa dizer que devem ser avaliadas as consequências programáticas das decisões, valendo-se o direito de se propor a solucionar um problema social com o mínimo de perturbação social possível (FERRAZ JR., 1980, p. 18).

Em poucas palavras, a consequência efetiva da guerra às drogas se dá muito mais no nível social do que precisamente no combate ao tráfico e ao consumo. É facilmente visível a tragédia na vida das pessoas atingidas pela mão de ferro do estado penal. Ao mesmo tempo, são bastante obscuros os números que demonstram a motivação original dessa política repressora. Essa questão abala a legitimidade da política de drogas, mostrando que já passou da hora de se elaborar outra estratégia de contenção, que seja menos danosa e mais efetiva.

Passando para a análise sociológica do fenômeno do tráfico de drogas ilícitas, foi visto que o mercado das drogas ilícitas no Brasil está plenamente operante, ainda que as autoridades consigam apreender parte da carga circulante, conforme se deduz das estatísticas oficiais. Nos grandes centros

mostrando os atestados positivos do vírus HIV e de aneurisma cerebral. Além disso, era ré primária e de bons antecedentes. Mesmo assim, sua prisão não foi relaxada e sua prisão foi convertida em preventiva, ficando presa parte do processo. O juiz de primeira instância a condenou a uma pena de 01 ano, 11 meses e 10 dias, a ser cumprida em regime inicial fechado. O juiz, no entanto, concedeu-lhe o direito de recorrer em liberdade, o que foi feito. A instância superior manteve a condenação e impôs-lhe o cumprimento em regime inicial fechado, alegando previsão expressa da lei para tanto.

urbanos, o negócio mais lucrativo é a distribuição das drogas aos consumidores, atividade que absorve grande parte dos excluídos do sistema econômico, ou seja, de trabalhadores informais à margem da atividade lícita (BOITEUX, 2009b, p. 07).

A flexibilização da cidadania de parte da sociedade leva essas pessoas a uma condição de vulnerabilidade social que os leva a encontrar oportunidades de ascensão social justamente no comércio ilícito de entorpecentes. “a atividade econômica ligada ao tráfico de drogas no Brasil é fortalecida pela falta de perspectiva, desemprego e exclusão, o que leva jovens e agricultores ao negócio da droga” (BOITEUX, 2009b, p. 07), sendo um caminho de vida muitas vezes mais lucrativo e certo que o que lhes são oferecidos nos mercados formais.

2.3 Seletividade racial e controle de corpos negros na política de drogas

Este item tem o objetivo de mostrar como a lógica autoritária e arbitrária na definição de suspeitos nos crimes de drogas pela Polícia tem servido para o controle populacional e higienização racial. Nesse sentido, validados pelo judiciário a partir de uma cegueira racial institucionalizada, bem como a partir de um aparato hermenêutico-jurídico também autoritário, as tecnologias têm entrado no processo penal como mais um elemento de eficiência desse controle.

Como pode ser observado a partir dos resultados da pesquisa, o número de acusados negros, dentro do recorte, foi de 90% dentre os identificados¹²². A condenação desse total beirou os 80%, uma taxa altíssima de condenação. A porcentagem de condenação na amostra total foi de 51% (23/45). Nota-se, mais uma vez, que a utilização de câmeras no momento do flagrante não tem relação com a quantidade da droga ou com a participação do acusado em organização criminosa. Ao contrário, é percebida uma prevalência de flagrantes que resultaram em pequena apreensão de drogas.

Quem acaba recebendo a melhor estrutura policial para realização de flagrantes? Ao que tudo indica, pelo menos no Distrito Federal, negros que comerciam uma pequena quantidade de crack. Tal dado encontra-se em consonância com a noção criminológica de que o principal alvo da política repressiva, por meio da política de drogas, são os agentes em vulnerabilidade social, marginalizados e criminalizados, tanto da questão da saúde quanto na garantia de direitos humanos e fundamentais.

¹²² De acordo com o IBGE (2008), por autodeclaração, a população branca do DF, em 2008, era 29,5%. A população que se identificou como parda, preta, morena ou negra foi de 62,2%. O restante foi de não declarados (7,5%) ou de outras cores.

A população negra não é alvo da política de drogas por mera coincidência. Como forma de compreensão da seletividade racial observada nos dados da pesquisa empírica exposta acima, passa-se à revisão de literatura sobre o tema.

Para isso, este item (2.3) será subdividido em quatro. O primeiro (2.3.1) abordará as origens da política proibicionista no Brasil, mostrando como que o aparato repressivo de combate às drogas foi desenvolvido com forte viés racial. O segundo (2.3.2) fará uma genealogia da estrutura estatal brasileira, denunciando seu caráter autoritário e racista. Este subitem busca explicar também porque é tão difícil apontar e reconhecer esses caracteres da estrutura estatal brasileira, grande parte devido ao mito da democracia racial. O terceiro (2.3.3) apontará o *racial profiling* das forças policiais e a cegueira racial do Judiciário, apontando o filtro racial na definição de suspeito e a negligência do Judiciário para essa questão. Por fim, em tom de conclusão (2.3.4), buscará se evidenciar como que a tecnologia entra na lógica seletiva do aparato repressor da política de drogas como um fator de eficiência de higienização e de controle social da população negra.

2.3.1 A política proibicionista no Brasil e seu viés racial

A origem da política de repressão às drogas no Brasil remonta à vinda da Família Real em 1808, e apresenta um caráter racial bastante significativo. A formação de uma Guarda Real (embrião da atual Polícia Militar), que paulatinamente foi substituindo os *capitães-do-mato*, tinha como principal preocupação o controle da população negra. “Sua atuação relacionava-se à polícia de ‘costumes’, ou seja, repressão de festas com cachaça, música afro-brasileira e, evidentemente, maconha” (BARROS; PERES, 2012, p. 04). A legislação penal da época tinha um grande enfoque nos delitos cometidos por negros, inclusive a proibição da maconha, a primeira norma proibitória da droga do mundo (BARROS; PERES, 2012, p. 04-07).

Na sequência, juntamente com a libertação dos escravos, cresceu o movimento positivista, e representou no Brasil um período em que a oligarquia escravocrata perdeu poder para uma classe econômica emergente, de cunho economicamente mais liberal e apoiada pelos militares. Em termos de controle racial, isso pouco significou mudança. Agora, a convivência urbana com a população negra deu azo a um discurso de constante degradação, como a alusão à vadiagem e à preguiça, características mencionadas para descreditar a luta por libertação. A legislação penal acompanhou esse discurso.

Com a libertação dos negros, o discurso racista de Lombroso serviu como nova interface para o controle da população negra.

a psiquiatria lombrosiana chegou ao Brasil em meados do século XIX. Ao defender que determinadas raças carregavam características naturais dos criminosos, seu discurso pseudo científico criminalizou os negros, sua religião, sua cultura e, obviamente, o hábito de fumar maconha. Prova de que esse hábito foi trazido da África pelos escravos é que uma das mais conhecidas denominações da maconha era “fumo de Angola”. Deste modo, seu consumo era considerado um impulsionador da prática de condutas penais e seus consumidores, tidos como criminosos de antemão (BARROS; PERES, 2012, p 11).

Assim, a legislação do Império deu espaço a uma legislação pretensamente científica. Nesse sentido, os castigos físicos foram substituídos pela prisão e um controle de ordem mais simbólica. Mascarados pelo véu da cientificidade, a violência se torna ainda mais obscura e difícil de ser apontada. O código penal ganha de vez sua função moralizadora, e acompanha a política de embranquecimento da sociedade brasileira, o que envolve necessariamente o silenciamento e genocídio da cultura negra.

O psiquiatra e político José Rodrigues da Costa Dória fez parte dessa política, juntamente com outros médicos e políticos como Nina Rodrigues. O psiquiatra teve especial influência na criminalização da maconha no período inicial da República, inclusive relacionando a droga como forma de *vingança* dos negros “selvagens” aos brancos “civilizados” em razão da escravidão (BARROS; PERES, 2012, p. 12). Para ele, a droga levaria os negros, já propensos ao crime, ao derradeiro cometimento de projetos criminosos, uma vez que deformaria o juízo e privaria das inibições (BARROS; PERES, 2012, p. 12). Além disso, associava a droga aos rituais religiosos dos afrodescendentes, um tipo de religiosidade inferior que deveria ser evitada.

Na sequência histórica, superada um pouco a “ciência racial”, o período autoritário de Getúlio Vargas também atuou no sentido de criminalizar a maconha, evidenciando sua relação com a cultura negra.

Já nos anos 1940, embora Filinto Muller, influente chefe da polícia política de Getúlio Vargas, declarasse que a Umbanda não fazia mal a ninguém, invadia e quebrava todos os terreiros que insistiam no uso da maconha. Como havia o desejo da Umbanda, que estava se estruturando, ser reconhecida como religião, subtraiu-se o uso da maconha de suas práticas para obter esse reconhecimento. Identifica-se aí um traço de embranquecimento, ainda que forçado, da Umbanda. Ao mesmo tempo em que eram descriminalizadas as religiões de origem africana, a capoeira e o samba, a maconha foi criminalizada pelo artigo 281 do Código Penal de 1940 (BARROS; PERES, 2012, p. 13).

2.3.2 A genealogia do pensamento estrutural racista e autoritário no Brasil

Como antecipado no item anterior, a política proibicionista em relação às drogas no Brasil teve uma origem bastante ligada à gestão da população negra. No mesmo sentido, a própria origem do poder policial surgiu para controlar essa mesma população, que cada vez mais se via livre circulando nos centros urbanos.

Nesse contexto, é importante mostrar como se desenvolveu o pensamento político-institucional dessa política de controle, em especial na questão jurídica. Para isso, escolheu-se três autores que foram fundamentais para a construção do pensamento racial brasileiro e sua relação com o Estado, de modo a construir uma genealogia desse pensamento. São eles o psiquiatra e político Nina Rodrigues (1862-1906), o jurista Oliveira Vianna (1883-1951), e o sociólogo (polímata) Gilberto Freyre (1900-1987).

Nina Rodrigues foi um importante expoente na “cientifização” da estrutura racista existente em sua época. Com forte influência da criminologia de Lombroso, a ciência de Nina Rodrigues confirmava a violência institucional e a segregação racial de seu tempo. Criava, inclusive, novos mecanismos de controle para o fim da escravidão. Nesse sentido, não buscava exatamente criar uma hierarquia de raças e instituir uma nova segregação racial no Brasil. Ele queria apenas dar um respaldo científico à segregação e inferiorização já existente nas instituições político-jurídicas (DUARTE, 2011, p. 592).

O trabalho de Nina Rodrigues consistiu basicamente em desarticular a subjetividade e a identidade dos indivíduos negros, tornando seu “sequestro” uma ferramenta dispensável. Nesse sentido, fez Nina Rodrigues a conciliação das ideias de indivíduo e de grupo social. Como alternativa a uma sociedade escravocrata, pensou o desenvolvimento de uma sociedade de mercado liberal em que os negros ocupavam posições de utilidade. Contudo, o controle do povo negro ainda existente deveria se dar pelo tratamento diferenciado a partir do controle penal. O modelo de Nina Rodrigues, nesse sentido, ao contrário do que pode parecer, não era contrário à política de embranquecimento do país. Sua filosofia não se opunha, mas complementava o pensamento majoritário de embranquecimento da nação. A mestiçagem continuava como uma tecnologia social de “desenvolvimento” da nação (DUARTE, 2011, p. 593-594).

No entanto, Nina Rodrigues manteve a noção de que havia a necessidade de uma elite burocrática branca para o gerenciamento das instituições. Como alternativa a uma sociedade teoricamente livre e igual, o que dizia ser uma invenção teórica do direito moderno, pretendia uma sociedade baseada em uma hierarquia racial.

A política científica inaugurada por Nina Rodrigues nunca se ateu ao mero reconhecimento da diversidade de nosso povo, mas direcionou-se para a administração e sujeição dessa diversidade. O primeiro direito que a ciência brasileira conferiu à intelectualidade e a branquitude brasileiras foi o direito ao espaço público, nele incluído o espaço do discurso jurídico (DUARTE, 2011, p. 507-508).

No entanto, a ciência que explicitamente segregava hierarquicamente as pessoas por raça perdeu espaço. Contudo, esse pensamento se manteve “disfarçado” nas ideologias legitimadoras do Estado brasileiro. Dentre os principais construtores dessa visão institucional de nação está Oliveira Vianna.

Oliveira Vianna foi um dos principais juristas brasileiros que acompanhou a ditadura de Getúlio Vargas. Também influenciou na legitimação da ditadura militar de 1964, a quem os golpistas frequentemente faziam referências. Tratou-se, portanto, de um teórico do autoritarismo, fortalecendo a ideia de necessidade de um poder elitista, conservador e centralizado. Nesse sentido, foi uma verdadeira força contrária ao pensamento liberal encabeçado por juristas como Ruy Barbosa. Alegava, ainda, ser impossível o Brasil ser liberal, justificando isso na falta de sentimento de nação particulares dos ingleses e dos alemães.

Justificava, portanto, que o país fosse governado por uma elite branca que conseguisse efetivar um Estado baseado em um racionalismo burocrático. Era um crítico do sufrágio universal, e defendia que, para uma verdadeira democracia, era preciso que apenas uma elite governasse. Do contrário, as classes “subalternas”, sem o espírito democrático, tornariam o país em verdadeira anarquia, ainda que pelo exercício do voto.

A respeito da explicação do porquê dessa diferença na capacidade do povo brasileiro realizar-se democraticamente, Oliveira Vianna busca uma explicação racial de um ponto de vista científico, indo na contramão de uma crescente análise culturalista de sociedade. O principal ponto é considerar que a proposta de Oliveira Vianna de mestiçagem é absolutamente racista. Pressupunha que a miscigenação era o mecanismo necessário para a aniquilação física e cultural dos negros.

Nesse ponto, era explícito no pensamento eugenista ao dizer que o sangue ariano, superior ao demais, acabaria por finalmente se sobrepôr aos demais, de maneira que o negro passaria até mesmo a esquecer sua própria origem (VIANNA, 1991, p. 38). Somente assim poderia o Brasil poder desenvolver uma democracia liberal. Até lá, no entanto, cabia às classes dominantes exercer um poder centralizador a fim de que se evitasse um desenvolvimento anárquico, oriundo da condição inferior das populações negras e indígenas. Garantia que esse fenômeno se daria de forma natural, dependendo seu êxito de mera

evolução histórica, como produto da natureza. Nesse sentido, o governo se daria de forma autoritária a partir de uma elite branca, sem que o conflito racial se apresentasse como um perigo para o desenrolar das práticas institucionais.

Vianna apresentou um ideal civilizatório baseado no particularismo branco, na busca por um ideal nacional que tinha como objetivo ocultar o outro paulatinamente naquele universalismo particular. Para ele, isso consistia em dar uma oportunidade ao selvagem (índio) e ao bárbaro (negro) de construção de civilidade (DUARTE, 2011, p. 653).

Assim, num só golpe, Oliveira Vianna justificava a presença e a continuidade das oligarquias agrárias escravistas, sua apropriação do aparelho de Estado, sua ética patrimonialista como um produto do povo, da ausência de uma voz popular que, obviamente, tivesse os ditames adequados das raças evoluídas e das civilizações desenvolvidas, capaz de constituir a nacionalidade (DUARTE, 2011, p. 614).

Dessa forma, Oliveira Vianna não só se mostra bem próximo a Nina Rodrigues, como parece realmente dar continuidade e complemento ao seu pensamento. No entanto, enquanto Nina se preocupou mais em criar mecanismos de controle social das populações inferiores brasileiras a partir de um direito penal forte e diferenciador, Oliveira Vianna estava mais centrado na questão da organização institucional do Estado brasileiro (DUARTE, 2011, p. 640).

Neste ponto, é importante que se localize em que momento essa política racial e autoritária no Brasil deixou de ser explícita. Aí que entra Gilberto Freyre, com a consolidação do mito da democracia racial brasileira a partir de sua mais famosa obra *Casa Grande e Senzala*. Criou um novo modelo de representação nacional e deu a noção de um novo *ethos* brasileiro. Acabou por contribuir com a sedimentação de uma noção do negro enquanto um sujeito passivo, romantizado e sem voz, quase nunca sendo o responsável por sua própria história, e a quem foi destinatário de compaixão e adaptação (DUARTE, 2011, p. 665-667). Freyre propôs, portanto, uma nova dialética de senhor e de escravo. No lugar da violência e da brutalização da escravidão, cria-se um vínculo quase familiar, de devoção e de fidelidade, sempre ressaltando o açúcar como um instrumento de docilização e de adaptação do negro à civilização (DUARTE, 2011, p. 680).

Com Freyre, foi possível a criação de um paradigma teórico que se instaurou na classe intelectual brasileira e que se difundiu a ponto de caracterizar a própria noção de brasileiro. Seu pensamento acabou ocupando o vazio deixado pela geração anterior (Silvio Romero, Nina Rodrigues e Oliveira Vianna), que insistia em apontar os problemas do país,

substituindo-os agora por um encontro “agradável” e reconciliador com o passado, unidos brancos, índios e negros em uma história comum (DUARTE, 2011, p. 665).

Ana Flauzina (2006) utiliza o termo *blindagem* para explicar o efeito que o discurso da democracia racial gera sobre a compreensão acerca do racismo. Apesar de sua forte incidência e dos incontestes exemplos cotidianos e estatísticos, a negação ainda é a regra.

A democracia racial nos ensina que as imagens e as sensações que cercam o cotidiano do segmento negro são dados de um processo histórico a ser redimido. Impele-nos a agir com naturalidade diante da evidência de que há um recorte de fundo nas bases de todos os enclaves de exclusão no Brasil (FLAUZINA, 2006, p. 123).

Nesse sentido, a negação do racismo institucional passa necessariamente pela reafirmação do ideal de harmonia racial. A tentativa acaba sendo de considerar as práticas racistas como atitudes individuais e isoladas, nunca institucionalizadas. “A intenção subjacente é desvincular a imagem do institucional como espaço perpetuador do racismo” (FLAUZINA, 2006, p. 78).

Em poucas palavras, o mito da democracia racial contribuiu para rechaçar as teses de embranquecimento da nação e, ao mesmo tempo, tornar as políticas autoritárias e racistas de seus antecessores ainda mais invisíveis e efetivas¹²³.

2.3.3 O racial profiling da Polícia e a cegueira racial do judiciário

Para Gilvan Gomes da Silva, a suspeição policial é determinada por uma complexa série de representações das estratificações sociais que o agente também detém (SILVA, 2009, p. 97). Como primeiro item a ser destacado, rechaça-se a ideia de que as instituições policiais, e seus representantes apresentam algum tipo de racismo diferenciado do restante da sociedade. Em livro sobre a temática, *Elemento Suspeito* (2005), de Silvia Ramos e Leonarda Musumeci, logo nas primeiras páginas é dito que a suspeita para o policial está como o medo para a população, e que o foco, em ambos os casos, não é nada aleatório (MUSUMECI; RAMOS, 2005, p. 11).

A diferença é que a suspeita, quando na ponta de lança de um tecnicismo mecânico por parte das agências penais, reflete-se em absoluta seletividade. De um lado, está o

¹²³ Este item procura justificar, ainda, a escolha pelo elemento racial como centro de análise. Como é possível observar na genealogia da estrutura do Estado brasileiro, o desenvolvimento das instituições e das políticas públicas de segurança apresenta incontestemente fundamento de ordem racial. Esse elemento fica bastante evidente, por exemplo, nas justificativas para o autoritarismo de Estado por Oliveira Vianna, como apresentado acima. Dessa maneira, a intenção é também evitar o racismo epistemológico, que, pela prioridade dada a determinados problemas em detrimento de outros, acaba por esconder (e diminuir a importância) esse viés racial, como se vê em algumas análises de cunho marxista ortodoxo.

estereótipo dos não-suspeitos, aproximados da noção de vítima, alvos de um tratamento policial humano e acolhedor, cujas atitudes e características pessoais não costumam ser foco do olhar analítico do policial. De outro lado, estão os suspeitos, quem acabam por ser o alvo preferencial de uma criteriosa observação por parte desse poder público (SILVA, 2009, p. 97).

A suspeição judicial, cujos critérios são dirigidos especialmente a um grupo determinado de pessoas, acaba gerando o efeito do *racial profiling* (ou, em português, *filtramento racial*) (AMAR, 2005, p. 231). O termo indica uma atividade de seleção, no mesmo sentido de um filtro, que separa os alvos do escrutínio policial a partir da condição racial dos sujeitos envolvidos, condição esta que está necessariamente atrelada a aspectos culturais e geográficos¹²⁴.

Sobre o assunto, é apresentado o paradigmático caso estadunidense *Terry v. Ohio* 392 U.S. (1968). Alterando um entendimento jurisprudencial acerca da Quarta Emenda Americana, que protege o cidadão contra abordagens arbitrárias por parte de agentes estatais, a decisão contra Terry foi uma marco para o aumento da liberalidade policial quanto à suspeição¹²⁵. No caso, um agente policial à paisana (McFadden) suspeitou que dois homens estivessem prestes a efetuar um assalto em uma joalheria. Os suspeitos (Terry e Chilton) permaneciam próximos à vitrine da joalheria e eventualmente conversavam entre si. Em um determinado momento, um terceiro homem se juntou a eles, saindo do local logo em seguida. Mesmo sem elementos para constituir a causa provável (*probable cause*, necessária à abordagem de acordo com a Quarta Emenda), o policial resolveu abordar os três sujeitos, ocasião em que encontrou um revólver em Terry e em Chilton. Sobre o terceiro sujeito, o policial resolveu liberá-lo, supondo que ele não estaria portando arma.

Perante a Suprema Corte dos Estados Unidos, McFadden não conseguiu justificar o porquê de ter considerado os dois primeiros homens suspeitos, enquanto o terceiro não apenas insistiu no fato de que havia “não gostado deles” e que “a cara deles tinha alguma coisa errada”. Quanto ao terceiro homem, o policial reiteradamente se referia como “branco” e que tinha a “cara certa”, justificando assim sua liberação (AMAR, 2005, p. 251).

¹²⁴Quando uma instituição como a Polícia Militar ou a Polícia Civil sistematicamente aplicam o *racial profiling*, pode-se apontar um quadro de racismo institucional, que “consiste no fracasso coletivo de uma organização na prestação de um serviço adequado e profissional a determinadas pessoas em virtude de cor, cultura e origem étnica. Pode ser visto ou detectado em processos, atitudes e comportamentos que constituem discriminação através de preconceito, ignorância, desconsideração e uso de estereótipos racistas e inadvertidos que colocam em desvantagem pessoas pertencentes a uma minoria étnica” (Stephen Lawrence *apud* AMAR, 2005, p. 233).

¹²⁵ Como já trabalhado no capítulo anterior, os anos finais de 1960’ e iniciais de 1970’ marcaram uma transformação no *Law Enforcement* americano, um movimento que se direcionou ao aumento da população carcerária e de diminuição do Estado Social (*Welfare State*), cujo motivo foi essencialmente a resposta estatal à emancipação civil das populações negras no período anterior.

A decisão da Suprema Corte considerou que McFadden agiu legitimamente. Embora não tenha apresentado a causa provável, nenhum elemento ou conhecimento objetivo de que seria cometido um crime, garantindo assim um nível mínimo de probabilidade, a Corte entendeu que havia no caso *reasonable suspicion* (suspeita razoável).

A abertura interpretativa para a conduta de McFadden repercutiu de forma significativa na prática policial nas décadas seguintes. O aumento considerável da amplitude de critérios para o que se considera uma conduta suspeita significou o verdadeiro afrouxamento das proteções garantidas pela Quarta Emenda (SCHWARTZ, 1995, p. 333), que impunha restrições para revistas, apreensões e mandados judiciais em geral, em coerência com o princípio da liberdade individual e do direito de não ser submetido a arbitrariedades de agentes do Estado.

O aval da Suprema Corte em dar mais poder discricionário à força policial em detrimento das liberdades individuais se inseriu convenientemente no contexto de enrijecimento das normas penais que sucederam à emancipação de direitos civis da população negra na década de 1960. O caso paradigmático *Terry vs. Ohio* “criou poderosos instrumentos à ampliação legal dos poderes do Law Enforcement” (SCHWARTZ, 1995, p. 335).¹²⁶

Contudo, a consequência mais direta e nefasta da decisão foi a legalização do racismo institucional, legalizando o filtramento racial presente nas práticas policiais. Mesmo sendo notório a seletividade na abordagem, em direção à população não branca, a Corte não abordou o impacto racial que a decisão contra *Terry* teria no cenário das políticas contra o crime nos Estados Unidos, tornando legais práticas como a do policial McFadden (SCHWARTZ, 1995, p. 324). Ao contrário, a Corte ignorou a questão racial e focou em tecnicismos acerca da abordagem policial.

Ao considerar que o caso foi apenas uma questão de discricionariedade, liberdade ou falta de técnica policial, a Corte colocou de lado a natureza racial da prática policial. Por meio de argumentos que abordavam apenas uma racionalidade abstrata das abordagens policiais e de uma interpretação da lei que se distanciou da realidade concreta, a Corte se recusou a debater a questão racial que perpassa as práticas institucionais. A esse fenômeno, Paul Amar dá o nome de “cegueira racial”.

Cegueira racial refere-se à maneira como as instituições negam a existência de práticas raciais ao reenquadrar as realidades raciais dentro dos discursos ‘neutros’ tecnoprofissionais, projetando percepções raciais em fatores de

¹²⁶Tradução livre de: “created powerful tools for the legal expansion of law enforcement Powers” (SCHWARTZ, 1995, p. 333).

risco étnicos ou comportamentais ou identificando erroneamente as próprias análises conscientes da questão racial como racistas (AMAR, 2005, 231-2).

A cegueira racial na Corte americana no caso de Terry “representa uma recusa a enfrentar a natureza racializadora da maneira como esse policial distingue o suspeito do cidadão” (AMAR, 2005, p. 251). O caso é eficiente para mostrar como a justificativa da racionalidade e da neutralidade pode servir como manutenção de exclusões, impedindo o debate público sobre as desigualdades sociais. A cegueira, ao retirar o elemento da raça da arena política por meio de um discurso que se pretende apenas técnico, permitiu a recolonização do racismo dentro do âmbito institucional, sobretudo na área de segurança pública e de assistência social. Com isso, os argumentos de eficiência e tecnicismo profissional servem como máscara da perpetuação do racismo nas práticas estatais.

A negativa do *racial profiling*¹²⁷ foi comum aos três grupos focais realizados na referida pesquisa empírica junto aos Policiais Militares de Curitiba, de Brasília e de Salvador. Quando questionados sobre a existência de um possível alvo preferencial de suspeição (embora o tenham negado), foi recorrente a defesa de que uma solução para esse problema seria a abertura dos critérios de abordagem. Ou seja, não se propôs o aumento e o refinamento das técnicas de abordagem, mas a generalização de seu uso para um maior conjunto de hipóteses. Também foi apontada a necessidade de uma aceitação maior por parte da população a um modo passivo e colaborativo no momento da abordagem (DUARTE et al, 2014, p. 99).

Nesse sentido, apresenta-se o lado autoritário que se buscou evidenciar. Ao contrário do que parece estar em consonância com a lógica democrática e do sistema acusatório, a proposta dos policiais foi justamente retirar o debate político acerca dos critérios de abordagem. A proposta indicada, que não se separa da negação do *racial profiling*, indica o caminho de uma pressuposição absoluta de legalidade da abordagem policial, a ser amparada por uma autoridade livre de questionamentos, legitimada por pressuposto legal¹²⁸.

¹²⁷ Depoimento de um PMDF negando o *racial profiling*: “Eu particularmente vejo dessa forma. Muitas vezes a gente está abordando uma pessoa e ela pensa: está me abordando porque eu sou negra. Mas a minha atividade é essa. Eu tenho que abordar. Existe uma cultura ainda aqui que negro é perseguido. Mas a culpa não é da polícia. Somos ferramenta do Estado” (DUARTE et al, 2014, p. 97).

Outra fala significativa se deu no grupo focal realizado em Curitiba, quando, após a apresentação de um vídeo em que há inquestionável seletividade racial quanto aos critérios de suspeição, o PM disse:

“A parte do negro e do branco não faz muito sentido. A gente não pode considerar porque aqui no Brasil, comparado com um filme estrangeiro... Lá o preconceito é muito grande. Eles vêm de uma cultura diferenciada. Aqui eu não concordo muito com isso. Acho que no Brasil não tem muito disso” (Relatório Final, 2013, p. 202).

¹²⁸ Foi a Polícia Militar da Bahia que mais impressionou nesse ponto. A PMBA realiza com frequência as “abordagens-arrastão”, abordagens feitas nas pessoas que utilizam os ônibus urbanos da cidade de Salvador.

Nesse sentido, a abordagem policial está marcada por opções individuais e por uma atitude institucional que pode ser descrita como a defesa da “ausência de filtro”. Essa “ausência de filtro” representa a presença de um padrão institucional que nega a possibilidade de debate público sobre as abordagens policiais e parâmetros constitucionais. Essa postura provoca inúmeros efeitos negativos: enfraquece a legitimidade das instituições, pois a submissão dos indivíduos não decorre do reconhecimento do valor atribuído ao serviço que elas prestam, mas ao momentâneo uso da força; produz um silenciamento importante de vítimas do racismo, tanto em relação aos cidadãos quanto em relação aos integrantes das próprias instituições de segurança; por fim, permite a reprodução de padrões sociais de preconceito, tanto daqueles trazidos da vida civil quanto daqueles criados no cotidiano profissional e/ou gerenciados diante das demandas sociais (DUARTE et al, 2014, p. 99).

2.3.4 A tecnologia como fator de eficiência para higienização social a partir da política de drogas

No capítulo anterior, argumentou-se a respeito do automatismo judicial da recepção da prova produzida no inquérito. Tal prática se sustenta em uma lógica jurídica [senso comum teórico baseado em Kelsen] (WARAT, 1982) que garante alto grau de arbitrariedade e autoritarismo às forças policiais, garantindo às práticas policiais um escudo quanto a questões de necessidade, efetividade, proporcionalidade e adequabilidade à ordem constitucional democrática. Não convém explanar novamente esse debate, mas apenas demonstrá-lo.

Esse automatismo judicial revela uma gestão da prova de caráter essencialmente inquisitorial que se pontua seletivamente à população negra. Dessa maneira, o *racial profiling* cotidiano da atividade policial passa pelos olhos débeis do judiciário refletindo-se em encarceramento da juventude negra brasileira.

Nos itens anteriores, buscou-se mostrar como que as instituições políticas brasileiras apresentam em sua genealogia um caráter fundamentalmente racista e autoritário. As práticas policiais, cuja forte tradição militar impõe uma imensa dificuldade de transformação, acabam por encontrar na nova ordem constitucional uma difícil e contraditória adaptação. Enquanto a “pressão acadêmica” por uma adaptação da formação policial à nova ordem jurídica brasileira acaba “jogando” no currículo as disciplinas de Direitos Humanos e de Criminologia, na rua, os policiais tendem a valorizar a formação hierárquico-militar, recorrendo quase que integralmente à experiência dos mais antigos para o aprendizado do que é ou não suspeito. Desse modo, a continuidade do *racial profiling* se mantém praticamente intocável, e,

eventualmente, a grade curricular mais “humana” é utilizada para desviar de críticas quanto à formação¹²⁹.

Embora a lei determine que a suspeita seja fundamentada, e embora também tendo o STF se manifestado que a abordagem policial não pode se dar somente por critérios subjetivos¹³⁰, existe muito pouca produção legiferante, jurisprudencial e doutrinária a respeito de quais seriam os critérios objetivos que justificariam uma abordagem legítima. Essa grande lacuna oferece uma janela que acaba sendo ocupada pela tradição histórica autoritária e racista que foi mencionada acima¹³¹.

Nesse ponto, ganha espaço o “tirocínio” policial. O tirocínio se refere ao faro, ao elemento subjetivo que o policial desenvolve em saber, por instinto ou sensibilidade, quais são as condutas e elementos que são de fato suspeitos. O desenvolvimento desse tirocínio se dá essencialmente pela experiência, pelo aprendizado da atividade de rua¹³². O tirocínio policial se constitui numa característica da identidade do “bom policial”, mais “velho e experiente”. Ele é retomado, sobretudo, quando a descrição detalhada da atividade de abordagem é solicitada. Bom policial é aquele cujo tirocínio “acerta” mais, sendo a eficiência medida justamente pelo acerto da suspeita inicial, servindo isso de validação *a posteriori* dessa suspeita¹³³.

É válido ressaltar que o erro do tirocínio policial é um ato inexistente judicialmente. O ato não acaba sendo judicializado, não podendo afinal sofrer do escrutínio legal e constitucional acerca de sua validade, valendo-se por fim como mero instrumento repressor das agências penais no subterrâneo jurídico.

¹²⁹ Fala de um policial no grupo focal da PMPR: “Quando o policial sai da academia, a grande maioria é um leão. Todo mundo é suspeito. Sai babando. Quer abordar todo mundo. A chance dele pegar alguma coisa é pequena. Ele aborda um do lado e talvez espantou outro do outro lado da rua, que era um suspeito. Por isso que colocam com alguém que tem mais experiência, porque o cara vai chegar e dizer assim: calma, esse aqui não. Vai mostrando pra ele e aí que ele vai assimilando o serviço e vai vendo como é o serviço na prática” (Relatório Final, 2013, p. 200).

¹³⁰ Referências ao julgado no STF do HC 81305/GO e ao CPP no art. 244: A busca pessoal independerá de mandado, no caso de prisão ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar.

¹³¹ Aconselha-se a leitura da monografia de Gisela Aguiar Wanderley, *A constitucionalização da abordagem policial: a busca pessoal e a revista pessoal preventiva na sociedade de risco* (2014).

¹³² Fala de um PMDF no grupo focal: “E através da experiência, tempo de serviço, estudos, o policial passa a identificar os elementos com mais facilidade, inclusive conhecendo muitos” (Relatório Final, 2013, p. 207)

¹³³ Ver a discussão sobre HC 257.002, julgado no STJ, no item 1.2.3.2. No julgado, emitiu o relator o entendimento que o critério objetivo da suspeita policial foi provada quando foi encontrada a droga nos intestinos do acusado. “No caso em apreço, não se pode dizer que os réus foram aleatoriamente escolhidos para a revista, legitimada estava, então, a atuação policial, sendo a suspeita, inclusive, objetivamente demonstrada ao se encontrar os entorpecentes escondidos no corpo do condenado” (Voto do Relator, p. 04 e 05).

Há, portanto, duas pontas dessa “não judicialização”. A primeira se refere ao erro do tirocínio policial, à entrada em domicílio que não resultou em flagrante, à revista que não gerou apreensão etc. A segunda é quando de fato se encontra a “materialidade” de um crime, em que, judicialmente, não são avaliados os elementos que antecederam à abordagem, bem como a maneira que foi conduzida ou os elementos que a sucederam.

Essa “não judicialização” da fundada suspeita parece ser uma das razões pelas quais a formação do policial pouco se interessa pelo exame de casos concretos, nos quais o policial possa eventualmente debater sua atuação. Nesse contexto de indiferença judicial, o policial aprende, na prática, duas lições fundamentais: primeiro, ele terá de tomar a decisão de abordar determinada pessoa, e será demandado para abordar muitas pessoas para comprovar sua eficiência. Segundo, aprende “na prática” que o âmbito de sua decisão relacionada ao contexto, ao motivo e ao modo como atuou, será considerada válida *a priori*, desde que ele consiga formalizar no inquérito um resultado, ou a materialidade de um delito¹³⁴.

Uma das constatações mais evidentes que se observou nos processos analisados, em que houve utilização da tecnologia, é a absoluta ausência de uso dessa mesma tecnologia para o momento do flagrante. Em todos os processos, a filmagem ou a fotografia são cessadas logo que há a confirmação, por parte do policial, de que houve um delito. Dessa forma, fica praticamente impossível a comprovação de práticas abusivas no momento da abordagem, principalmente na recorrente condução ao domicílio dos acusados. Quando essas conduções ocorrem, é comum o argumento de que a entrada do policial foi “franqueada”, permitida, consentida.

O exercício do direito ao silêncio, um corolário do princípio *nemo tenetur se detegere*, somente será possível quando ele for minimamente visualizado por aqueles que são cotidianamente alvos do poder policial. Nesse ponto, importante destacar a decisão judicial americana *Miranda v. Arizona* 384 U.S. 436 (1966)¹³⁵. No caso, Miranda acabou confessando seu crime para os agentes policiais, o que serviu de base para sua condenação. Sua defesa alegou que Miranda não sabia do seu direito de permanecer calado, tornando a confissão ilícita, uma tese que foi acolhida na Suprema Corte Americana. A decisão acabou se

¹³⁴ Outro elemento comum a todos os processos analisados é a completa ausência do teor das denúncias. Muitas vezes, sequer há o registro do número das denúncias. Normalmente, para justificar uma monitoração ou uma abordagem a determinado suspeito, são utilizados termos como “após o recebimento de diversas denúncias de que havia a prática de ilícitos...”, sem que haja, contudo, seu teor ou seu registro. A ausência desses registros são mais uma dificuldade de análise dos critérios realmente objetivos que podem sustentar uma abordagem, dando mais espaço para o subjetivismo na exaltação do tirocínio policial.

¹³⁵ Cf. CARVALHO, Gabriela (2013).

revertendo em um dever do Estado de avisar, no momento da prisão, os direitos do réu e as consequências possíveis se abrir mão do direito¹³⁶. Esse dever Estatal não existe no Direito brasileiro, o que acaba ocasionando uma série de violações ao art. 5º, inciso LXIII, que prevê expressamente que o preso há de ser avisado sobre seus direitos, inclusive o de permanecer calado¹³⁷.

A fala de um policial militar da Bahia no grupo focal realizado pela pesquisa junto à SENASP revela muito bem a realidade decorrente do não exercício desse direito: “Já conseguimos 03 metralhadoras por causa de 01 usuariozinho. Se a gente trabalha o dia a dia e não prende ninguém, a gente fica triste. Agora a gente sabe a diferença entre quem tem que apertar ou não. Não é qualquer um não” (DUARTE et al, 2014, p. 94).

A fala sintetiza todos os elementos destacados até então. O primeiro é de que o usuário de drogas não está livre da política repressiva de drogas. Está ele também na linha de fogo do aparato repressivo. O segundo elemento é o fato de o trabalho policial estar ainda fundado na lógica inquisitorial, na busca de prisões, em que se limitam os direitos do detido em prol de um bem maior, como o da ordem pública. O terceiro é a presença do tirocínio policial, o qual revela que o “saber” do policial sobre quem “apertar” ou não está embasado na experiência e na prática da rua, mostrando ausência de critérios objetivos e técnicos em detrimento de mero subjetivismo. Além do mais, não é preciso esconder hipocrisia alguma para reconhecer o que “apertar” realmente significa, mostrando uma lógica violenta em que a confissão e a colaboração forçada ainda estão presentes em plena democracia. E não nos valemos desta oportunidade para provar porque é preferível o Estado de Direito a um Estado Totalitário onde a tortura é elemento para se alcançar qualquer ilícito que seja.

Nos crimes de drogas, a importância do inquérito é sobressaltada. Daí a necessidade de se destacar o trabalho policial. Embora os elementos presentes no flagrante devam ser reapreciados em sede judicial, não se pode negar sua importância para a formação da convicção do juiz, principalmente quando os policiais simplesmente reproduzem as informações nele contidas. É um reconhecimento que pode ser bem observado no trecho desta sentença:

¹³⁶ O aviso varia de Estado para Estado e tem derivações em vários países pelo mundo. Seu conteúdo, no entanto, está definido nos postulados: *Você tem o direito de permanecer calado, tudo o que você disser pode e será usado contra você, você tem direito a um advogado antes de falar com a polícia, se não puder pagar um advogado o Estado o proverá, se você escolher abrir mão do direito de permanecer em silêncio poderá voltar a exercê-lo a qualquer momento, você entendeu os seus direitos e requer a presença de um advogado?*

¹³⁷ CF/88, art. 5º, LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;

No que tange à importância do depoimento policial consigne-se que em crimes de tráfico de drogas, na grande maioria das vezes praticados às escondidas, tem como únicas testemunhas os policiais que efetuam a prisão em flagrante, e a palavra deles deve ser tomada com maior peso (Sentença do processo nº 2012.01.11.68444-7 da 1ª VECPDF, fl. 138).

Como se vê, os meios pelos quais a Polícia efetua o flagrante raramente são alvos do controle do judiciário. Além disso, é criticável também o controle feito pelo Ministério Público, que muitas vezes se limita a um controle de “cadeira”, burocrático. O quadro que decorre disso é uma verdadeira armadura do poder policial contra eventuais alegações de ilegalidades, favorecendo um autoritarismo antiquado e um processo de natureza essencialmente inquisitorial. E como se buscou mostrar nos itens anteriores, esse autoritarismo está muito próximo, senão fundamentado, no racismo. No mesmo sentido, entende Ana Flauzina:

A partir de uma apropriação latino-americana da criminologia crítica, observamos que a forma de movimentação do sistema penal brasileiro, fundamentada na violência e na produção de mortes, tem o racismo como variável central. Atentando para as diferentes facetas dos sistemas penais ao longo do processo histórico do país, o que se percebe é a existência de um padrão que se institui no seio da sociedade colonial com o qual nunca se romperá efetivamente até os dias atuais. A obsessão pelo controle dos corpos negros e o projeto de extermínio que com a abolição da escravatura passa a compor a agenda política do Estado são os vetores mestres que ainda hoje balizam a atuação do sistema penal (FLAUZINA, 2006, p. 138)

O quadro geral apresentado na pesquisa empírica é bastante sugestivo para dizer que o trabalho policial, quando amparado pela tecnologia, acaba por se voltar essencialmente a portadores da droga crack em pequeníssima quantidade. Apenas uma apreensão foi superior a 50 gramas de droga.

Lembrando que os Autos de Prisão em Flagrante analisados indicam¹³⁸ um longo período de investigação para muitos processos, surge, então, uma hipótese quanto à disposição do uso da tecnologia: muito provavelmente, seu uso é bastante utilizado para a fase investigativa que antecede o flagrante, e não somente com a tecnologia visual, mas com monitoração feita de forma diversa, escutas e localizador GPS¹³⁹. No entanto, uma vez que a condenação de uma pessoa acusada por tráfico depende muito das condições do flagrante, frequentemente sendo necessárias somente as palavras dos policiais em juízo, o registro e as informações do uso das tecnologias ficam restritos ainda em sede pré-inquérito, no nível “administrativo”. Porém, em crime que envolve pequena quantidade de droga, como na

¹³⁸ Indicam, não sugerem. Há referências como “intensas investigações”, “investigação que durou x meses”. No entanto, o Auto de Prisão só relata o flagrante.

¹³⁹ Informação obtida a partir de conversas com policiais civis ao longo de minha prática forense.

maioria dos processos que entrou na Amostra Parcial, a relevância das imagens é mais significativa para a condenação final, uma vez que dificulta a argumentação em prol da desclassificação.

Embora a lei de drogas não faça uma distinção entre tráfico e uso pela quantidade da droga, é impossível deixar de notar que a pessoa mais atingida pela repressão da política é aquela que se encontra em situação de vulnerabilidade social a partir do vício do crack. Essas pessoas comumente alimentam o vício a partir da venda da própria droga, entrando em ciclo interminável de dependência e de exclusão social. O quadro é retórico em afirmar que o traficante de grandes quantidades, aquele que está na boca da mídia, aquele que sustenta os fundamentos da política de repressão às drogas, está muito distante da justiça criminal e, principalmente, da repressão policial.

Em breve síntese, os dados levantados a partir dos processos disponíveis indicam que o alvo preferencial da política de repressão às drogas, inclusive em relação àqueles que “merecem” um aparato policial mais tecnológico por parte da Polícia, continua sendo negros em aparente situação de vulnerabilidade social. E o crack continua sendo o protagonista da história.

Dessa maneira, sustentamos a hipótese de controle e de higienização social da população negra. Não são os grandes traficantes que são os alvos da política de repressão às drogas, mas pessoas pobres negras e dependentes do crack, que provavelmente ocupam os centros urbanos. Não é a organização criminosa, o tráfico organizado, que se submete à vigilância policial e ao rigor judicial, mas novamente os marginalizados, os excluídos socialmente, o tráfico de varejo, o tráfico da dependência galopante, os descartáveis, enfim, os que incomodam¹⁴⁰.

Esta pesquisa, nesse sentido, sustenta fortemente a hipótese de que as tecnologias no processo penal e no inquérito não transformam a realidade do Sistema de Justiça Criminal em direção à efetivação de direitos fundamentais e ao devido processo legal coerente com o sistema acusatório. Ao contrário, o uso das tecnologias acaba gerando mais eficiência de controle e de condenações das populações negras e daquelas em vulnerabilidade social,

¹⁴⁰ Nesse momento de conclusões da pesquisa, é fundamental pontuar que a presente dissertação é complementar da pesquisa empírica coordenada por Evandro Piza Duarte junto à SENASP/MJ, que já foi apresentada no item da metodologia (Cf. também Duarte et al, 2014). Nesse sentido, algumas das conclusões aqui referidas estão apresentadas como pressupostos da pesquisa anterior. Sem deixar de sustentar as conclusões no mesmo caminho, a pesquisa desta dissertação, especificamente, se deu em relação ao uso da tecnologia nas investigações policiais nos crimes de drogas, de modo que foi possível concluir que esse uso acaba gerando ainda mais eficiência no controle das populações negras e das em vulnerabilidade social, um controle que já foi apontado na pesquisa junto à SENASP/MJ.

tornando ainda mais próxima a utopia racista, autoritária e elitista que outrora foi defendida pelos eugenistas do século passado.

CAPÍTULO 3. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS ATOS INVESTIGATÓRIOS E INSTRUTÓRIOS A PARTIR DOS DIREITOS DA VIDA PRIVADA E DA INTIMIDADE

Nos capítulos anteriores, buscou-se mostrar como que a tecnologia acaba entrando no contexto da política de drogas como elemento flexibilizador de direitos fundamentais. Dentre os direitos violados, encontram-se os da vida privada e da intimidade, intrinsecamente relacionados à atividade investigativa policial.

No entanto, é justamente a partir dos direitos fundamentais, em especial os da vida privada e da intimidade, que se justifica o controle judicial das atividades de persecução criminal, impondo a judicialização das fontes e dos meios de prova referentes à atividade dos órgãos investigatórios. A partir da crítica feita à questão da gerência da prova pelos poderes inquisitórios, este capítulo vem defender que os direitos fundamentais devem se valer como instrumento de proteção e de regulação constitucional das práticas investigatórias.

Na pesquisa empírica realizada (item 2.1), foi possível observar que, embora os policiais militares tenham indicado que o policiamento velado (P2) se utiliza de câmeras fotográficas e de filmagens para investigação nos crimes de drogas, nos processos analisados não constavam o registro dessa utilização¹⁴¹. Isso sugere que o equipamento tecnológico é de fato utilizado, porém, não para montar o material probatório, mas tão somente para gerar dados e informações para um potencial flagrante, de modo que o produto da investigação é descartado ou sequer registrado.

Novamente, ressalta-se a importância dos questionamentos: Como a informação foi alcançada? De que forma ela foi adquirida? Como ela foi registrada? Onde está o seu registro? Sem o registro das atividades investigatórias, não é possível realizar o controle judicial da atividade policial, da atividade do poder executivo, que passa a ganhar uma amplitude devastadora quanto à violação e invasão de direitos e de garantias dos cidadãos.

Nesse sentido, defende-se que as práticas investigatórias que violam direitos fundamentais devam ser consideradas lícitas somente se devidamente autorizadas judicialmente; e que seja realizada a judicialização das investigações e da prova produzida em sede de inquérito.

Para tanto, procede-se inicialmente (item 3.1) à investigação da discussão doutrinária acerca dos direitos fundamentais da vida privada e da intimidade, apresentando

¹⁴¹ Apenas para lembrar, nenhum dos processos em que a polícia condutora foi a Militar indicou esse uso. Quando a Polícia Civil foi a condutora, o registro do uso foi observado em 09 dos 19 processos.

suas dimensões e principais elementos, com enfoque na questão da tecnologia. Na sequência, no item 3.2, defende-se que o acesso a dados pessoais por parte das autoridades policiais deve estar submetido aos requisitos legais impostos pela Lei 9.296/96. Da mesma forma, o material coletado deve ser registrado e submetido a contraditório e a ampla defesa, ainda que posteriormente. Já no item 3.3, sustenta-se a impossibilidade de inutilização, ou descarte, de material coletado em fase investigativa que decorreu de violação a direitos fundamentais, não podendo ser alvo da mera discricionariedade policial.

3.1 Os direitos à vida privada e à intimidade

Os direitos de personalidade estão preceituados na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, em especial nos incisos X. Dentre eles, estão o direito à vida privada e o direito à intimidade. Na sequência, incisos XI e XII, também se referindo a esses direitos, protege-se o domicílio (XI), o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas (XII)¹⁴².

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

XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;

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, 1988);

Importante destacar a escolha gramatical do legislador originário. Em português destrinchado se diz: é inviolável o sigilo da correspondência; é inviolável o sigilo das comunicações telegráficas; é inviolável o sigilo das comunicações de dados; é inviolável o sigilo das comunicações telefônicas.

Abriu-se uma exceção à inviolabilidade apenas para o último caso, cuja violação deve ser realizada na forma que lei específica estabelece, porém apenas para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. A lei específica para tanto é a de nº

¹⁴² Preceituados também na Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 em seu art. 12º:

Ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação. Contra tais intromissões ou ataques toda a pessoa tem direito a proteção da lei.

9.296, de 24 de junho de 1996, sancionada para regular a parte final do inciso XII do art. 5º (AVOLIO, 2012, p. 157).

Está, portanto, assim disposto o texto constitucional para proteção da vida privada e da intimidade. Porém, o que eles significam? E qual a diferença entre eles? A intenção deste item é responder a essas perguntas, mas com a preocupação de relacioná-las à nova realidade tecnológica que se impõe sobre a sociedade. Assim, busca-se contribuir com a compreensão do conteúdo normativo do texto constitucional.

3.1.1 A privacidade e sua particularidade moderna

A doutrina brasileira sempre encontrou dificuldade para conceituar e diferenciar os princípios da privacidade e da intimidade. Não é por menos. Os conceitos não são estanques, confundem-se e, em muitas ocasiões, são colocados como sinônimos ou equivalentes. No entanto, acreditando que o constituinte separou vida privada de intimidade por uma razão, este estudo tentará analisar suas particularidades, e como que a tecnologia, especificamente, apresenta novos e importantes elementos para sua compreensão.

Hannah Arendt faz um apontamento importante, relacionando a privacidade dos modernos com a concepção de propriedade. Para explicar, remete aos antigos

Devemos o pleno desenvolvimento da vida do lar e na família como espaço interior e privado ao extraordinário senso político do povo romano, que, ao contrário dos gregos, jamais sacrificou o privado ao público, mas, ao contrário, compreendeu que esses domínios somente podiam subsistir sob a forma da coexistência (ARENDR, 2010, p. 72)

No entanto, antes da era moderna, a riqueza era medida quase que essencialmente pelo número de empregados (leia-se escravos), que uma pessoa possuía. Com essa riqueza reconhecida, o domínio do espaço público pela política era então possível. Por Coulanges, é possível compreender melhor a contradição com os tempos atuais¹⁴³. Era “o corpo do homem que responde pela dívida, não a sua terra, pois a terra é inseparável da família. É mais fácil condenar um homem à servidão do que lhe tirar o direito à propriedade” (COULANGES, 2009, p. 84). Uma vez que o lar era o centro existencial de um nome familiar, bem como de uma religião doméstica, a propriedade privada era uma instituição indispensável aos antigos (COULANGES, 2009, p. 79)

A propriedade era, portanto, direito natural, inamovível. Somente com as revoluções políticas da modernidade, juntamente com a quebra da vinculação familiar do individualismo,

¹⁴³ A própria Hannah Arendt cita Coulanges na p. 75 (2010).

foi possível conceber a “retirada” dos bens privados de alguém. A preocupação dos burgueses revolucionários passou então a ser em proteger o bem privado a partir de outro direito, uma vez que o antigo direito natural não subsistia mais. Desse modo, a esfera privada se tornou preocupação pública.

Encarada desse ponto de vista, a moderna descoberta da intimidade parece constituir uma fuga do mundo exterior como um todo para a subjetividade interior do indivíduo, subjetividade esta que antes fora abrigada e protegida pelo domínio privado (ARENDR, 2010, p. 85).

Na modernidade, já não existe mais um único bem que não esteja sujeito à compra e venda, que não seja transmissível, passível de alienação. Se tudo o que me cerca é alienável, passível de destruição ou de perda, o que me resta é minha própria dignidade, minha concepção de pessoa, meu nome.

Ao contrário do que pode parecer, a propriedade privada não passou a ter menos valor nos modernos. Se a propriedade para o antigo era condição pré-existente em sua vida, tal qual sua herança em escravos, para o moderno sua propriedade era conquistada, dava-se pelo seu trabalho, não de outro. Pelo menos assim reza a doutrina liberal. Para Arendt, uma característica da vida privada

... é que as quatro paredes da propriedade privada de uma pessoa oferecem o único refúgio seguro contra o mundo público comum – não só contra tudo o que nele ocorre, mas também contra a sua própria publicidade, contra o fato de ser visto e ouvido. Uma existência vivida inteiramente em público, na presença de outros, torna-se, como se diz, superficial. Retém a sua visibilidade, mas perde a qualidade resultante de vir à luz a partir de um terreno mais sombrio, que deve permanecer oculto a fim de não perder sua profundidade em um sentido muito real, não subjetivo. O único modo eficaz de garantir a escuridão do que deve ser escondido da luz da publicidade é a propriedade privada, um lugar possuído privadamente para se esconder (ARENDR, 2010, p. 87).

Já que a natureza nada garante ao sujeito moderno e já que sua propriedade é aquilo que pode dizer seu mérito e seu trabalho, é preciso criar um poder que proteja esse espaço em que se possa se auto-afirmar, deixar descansar sua dignidade.

A privacidade, nesse sentido, está intimamente relacionada ao individualismo. Não foi somente no campo político que a noção moderna de liberdade foi construída. Também na religião, com a revolução protestante de Lutero, Calvino e Henrique VIII, o individualismo ganhou forças, uma vez que a convicção religiosa passou a ser uma questão de consciência pessoal (LE BRETON, 2011, p. 69)¹⁴⁴. A possibilidade lançada por Lutero, de livre

¹⁴⁴ “É Calvino, em 1545, que distingue as leis celestes e as leis humanas, a fim de justificar o crédito, e dar assim uma legitimidade decisiva ao empreendimento comercial ou bancário. Paralelamente, aliás, os protestantes,

interpretação do texto sagrado, é uma clara evidência no nascimento desse ser individual que estava nascendo¹⁴⁵.

O novo modelo de sociedade insurgente, ao passo que o indivíduo ficou suscetível de perder tudo o que tinha, deu ao indivíduo a sensação de constante insegurança em relação ao próximo e também ao poder público. Ao mesmo tempo, com o advento da Ciência e com o descobrimento da América, a noção de pertencimento local ou regional perde força, e o sujeito passa a se reconhecer em uma imensidão desconhecida, que o coloca em referência a algo muito maior que antes se supunha haver.

Neste brevíssimo histórico pode-se reconhecer a noção de privacidade para os sujeitos modernos. Para tanto, foi necessário que o indivíduo pudesse conceber uma cisão entre o “eu” e o mundo. Ao mesmo tempo constata-se que existe, de fato, uma relação entre privacidade e propriedade, independentemente da opinião que se possa ter sobre o modelo capitalista vigente, que é fundado na propriedade como um centro moral comum.

No mesmo sentido, na modernidade, o próprio corpo humano – uma vez que concebido separado, de certa forma, da própria subjetividade (como já mencionado no primeiro capítulo com a crítica de Merleau-Ponty) – é compreendido em termos de posse ao sujeito. “É o avanço do individualismo ocidental que vai pouco a pouco permitir discernir, segundo um modo dualista, o homem de seu corpo” (LE BRETON, 2011, p. 60).

Na modernidade, sequer o corpo consegue a absoluta inalienabilidade. Também ele é emprestado, tomado, cedido, seja a uma força de trabalho específica, seja à perpetuação de determinado poder – na forma biopolítica. A objetificação do corpo somente é possível na concepção de posse do sujeito em relação a ele, na concepção de que, de alguma forma, o “eu” pode estar desvinculado do “meu” corpo¹⁴⁶.

O resguardo do corpo, nesse cenário, se torna de fundamental importância. Daí a possibilidade de assimilação quase imediata entre intimidade e corpo. Um direito que se

opondo-se às instituições eclesiásticas, recusando o magistério do sacerdote, fazem da religião um problema de consciência pessoal, colocando cada homem perante Deus, sem outro intermediário. Momento importante do avanço individualista. É nesse contexto que o capitalismo se desenvolve, no final do século XV e no século XVI, e dá ao individualismo uma extensão crescente ao longo dos séculos” (LE BRETON, 2011, p. 69).

¹⁴⁵ De acordo com Dias Neta: “No século XIX a propriedade era condição inafastável para se chegar à privacidade, passando esta a ser prerrogativa de uma emergente classe burguesa que, com seu forte componente individualista, utiliza-se dela para marcar sua identidade na sociedade e também para lhe proporcionar isolamento dentro da sua própria classe.

Contudo, a atual sociedade democrática, concertada pelo solidarismo inscrito no projeto constitucional, deteriora a identificação exclusiva da privacidade como o “direito a estar sozinho”, ou seja, a legitimação jurídica do isolamento como um valor a ser tutelado, e, ainda, como simples soma de esferas individuais, privadas” (DIAS NETA, 2010, p. 8138).

¹⁴⁶ Sobre isso, na literatura, GOFFMAN (2010) e FOUCAULT (2008) (2011).

dispõe sobre o próprio corpo de quando ele pode ou não ser submetido ao poder de outrem. Esse poder que se refere tanto ao toque quanto à mera exposição. Se o corpo é alienável, logo, é preciso resguardá-lo. O direito que permite esse resguardo é o da privacidade/intimidade.

Em síntese, a construção de um direito à privacidade e à intimidade corresponde à disponibilidade crescente de todos os bens e do próprio corpo na sociedade capitalista moderna. Corresponde, portanto, à consciência crescente, no plano jurídico e moral, de que novas formas de invasão se estabelecem sobre a possibilidade de estar e de ser no mundo.

3.1.2 *Right to privacy* e a doutrina estadunidense

O direito estadunidense prevê o *right to privacy*. Não apresenta uma distinção entre privacidade e intimidade, entre direito ao segredo ou à reserva (da doutrina italiana). Apenas sinala, genericamente, o direito à privacidade, o que não deixa de ser um direito bem delimitado e bem compreendido na doutrina norte americana, cuja preocupação jurisprudencial é também bastante marcada, em especial a partir da Quarta Emenda à Constituição, como indicado no item 1.2.4.3. Sua origem conceitual remonta ao artigo de dois advogados que problematizaram a crescente e potencial invasão do governo e da mídia na vida das pessoas (ALLEN, 2012; BRANDEIS e WARREN, 1890).

O entendimento americano de privacidade decorre especialmente do direito à propriedade, impondo limites ao poder estatal de invadi-la ou de controlá-la. No entanto, a jurisprudência foi se desenvolvendo e hoje apresenta um sentido bem mais complexo que o original¹⁴⁷.

Parte da doutrina brasileira parece aproximar-se da tradição iniciada no direito estadunidense, não fazendo uma distinção entre privacidade e intimidade. Quando essa

¹⁴⁷ Adverte Gonet Branco que, no Brasil, não parece necessário esse mesmo tratamento ao direito à privacidade, podendo simplesmente este ser compreendido a partir da invocação dos princípios da proporcionalidade, o da liberdade em geral e o da dignidade da pessoa humana. Com base nesses princípios, estaria o sujeito protegido de invasões arbitrárias e indevidas do Estado na vida privada (BRANCO, 2009, p. 523). Como assinala o autor, foi com base no *right to privacy* que a Suprema Corte dos EUA considerou inconstitucional lei que proibia o uso de contraceptivos (*Grinswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 [1965]), e também garantiu a permissão para o aborto voluntário (no caso *Roe v. Wake*, 410 U.S. 113 (1973) (GONET BRANCO, 2009 p. 423). Ainda para Branco, citando o doutrinador estadunidense americano William Prosser, haveria 4 meios de se violar o *right to privacy*, 1) intromissão na reclusão ou na solidão do indivíduo, 2) exposição pública de fatos privados, 3) exposição do indivíduo a uma falsa percepção do público (*false light*), que ocorre quando a pessoa é retratada de modo inexato ou censurável, 4) apropriação do nome e da imagem da pessoa, sobretudo para fins comerciais (GONET BRANCO, 2009, p. 422).

No entanto, não partilho do entendimento de Branco. Entendo que a carência de proteção aos direitos fundamentais da intimidade e da vida priva ocorre justamente por ser o princípio da proporcionalidade a base de interpretação da intervenção estatal. Pelo princípio da proporcionalidade, os casos ganham uma abertura interpretativa demasiada, permitindo a prevalência, por exemplo, de escusos argumentos lastreados na ordem pública e segurança.

distinção é feita, ela não se revela materialmente relevante, sendo apenas uma questão de aprofundamento material¹⁴⁸.

Nessa esteira, está a posição de Luiz Avolio, que segue a doutrina formulada por José Afonso da Silva¹⁴⁹.

Dada a imprecisão da terminologia, preferimos utilizar, indistintamente, as expressões ‘direito à intimidade’ e ‘direito à privacidade’ como sinônimos, entendendo-as, com José Afonso da Silva, ‘num sentido genérico e amplo, de modo a abarcar todas as manifestações da esfera íntima, privada e da personalidade, que o texto constitucional consagrou’ (AVOLIO, 2012, p. 24)

Talvez a doutrina mais sofisticada a respeito da delimitação conceitual do direito à privacidade, na linha da indistinção com a intimidade, seja do Tércio Sampaio Ferraz Jr. Ainda na linha mais próxima ao direito estadunidense, Ferraz Jr. acrescenta que o direito à intimidade está contido no princípio da exclusividade, que estaria fundamentado em Hannah Arendt¹⁵⁰ com base em Kant¹⁵¹ (FERRAZ JR., 1993, p. 441).

¹⁴⁸ É o caso de Gonet Branco: “O direito à privacidade teria por objeto os comportamentos e acontecimentos atinentes aos relacionamentos pessoais em geral, às relações comerciais e profissionais que o indivíduo não deseja que se espalhem ao conhecimento público. O objeto do direito à intimidade seriam as conversações e os episódios ainda mais íntimos, envolvendo relações familiares e amizades mais próximas” (2009, p. 420).

Na mesma linha parece entender José Cretella Júnior: “A noção de intimidade ou vida privada é vinculada à noção relativa e subjetiva de espaço e tempo, o que explica a dificuldade do tema. Novamente aqui o legislador constituinte distinguiu a mesma situação com dois nomes distintos, quando se sabe que “intimidade” do cidadão é sua ‘vida privada’, no recesso do lar” (CRETILLA JR. *apud* RAMOS, 2008).

No mesmo sentido entende Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins: [O direito à privacidade] “Consiste na faculdade que tem cada indivíduo de obstar a intromissão de estranhos na sua vida privada e familiar, assim como de impedir-lhes o acesso a informações sobre a privacidade de cada um, e também impedir que sejam divulgadas informações sobre esta área de manifestação existencial do ser humano” (BASTOS; MARTINS, 1989, p. 63).

¹⁴⁹ “[O direito à privacidade é] O conjunto de informação acerca do indivíduo, que ele pode decidir manter sob seu exclusivo controle, ou comunicar, decidindo a quem, quando, onde e em que condições, sem a isso poder ser legalmente sujeito” (SILVA, 1989, p. 183-184).

¹⁵⁰ Hannah Arendt fala sobre o princípio da exclusividade em *Reflections on Little Rock* (ca. 1960). Abaixo alguns trechos relevantes:

The third realm, finally, in which we move and live together with other people – the realm of privacy – is ruled neither by equality nor by discrimination, but by exclusiveness. Here we choose those with whom we wish to spend our lives, personal friends and those we love; (...)

For reasons too complicated to discuss here, the power of society in our time is greater than it ever was before, and not many people are left who know the rules of and live a private life. But it provides a body politic with no excuse for forgetting the right of privacy, for failing to understand that the rights of privacy are grossly violated whenever legislation begins to enforce social discrimination. While the government has no right to interfere with prejudices and discriminatory practices of society, it has not only the right but the duty to make sure that these practices are not legally enforced.

Just as the government has to ensure that social discrimination never curtails political equality, it must also safeguard the rights of every person to do as he pleases within the four walls of his own home (ARENDR, 2010, p. 52-53).

¹⁵¹ “Na fundamentação de sua tutela, entendo que Hannah Arendt oferece como critério para limitar o direito à informação o princípio de exclusividade. Esse critério, articulado nos seus textos *Reflections on Little Rock e Public rights and private interests*, é compatível com os preceitos kantianos de publicidade, por ela esposados, à medida em que a intimidade enquanto *the right to be let alone* não envolve direitos de terceiros” (LAFER, 1997, p. 63)

No resumo (*abstract*) do artigo a respeito do sigilo de dados pessoais, Ferraz Jr. destaca que “A privacidade é regida pelo princípio da exclusividade, cujos atributos principais são a solidão (o estar-só), o segredo, a autonomia. Na intimidade protege-se sobretudo o estar-só; na vida privada, o segredo; em relação à imagem e à honra, a autonomia” (FERRAZ JR., 1993, p. 439).

A esse respeito, sustenta o autor que o direito à privacidade consiste em um direito subjetivo fundamental. Assim sendo, apresenta uma estrutura básica que se divide nos elementos *sujeito*, *conteúdo* e *objeto*.

O *sujeito* é o titular do direito. (...) é toda e qualquer pessoa, física ou jurídica, brasileira ou estrangeira, residente (ou transeunte [...]) no País (art. 5º, *caput*). O *conteúdo* é a faculdade específica atribuída ao sujeito, que pode ser a faculdade de constranger os outros ou de resistir-lhes (caso dos direitos pessoais) ou de dispor, gozar, usufruir (caso dos direitos reais). A privacidade, como direito, tem por conteúdo a faculdade de constranger os outros ao respeito e de resistir à violação do que lhe é próprio, isto é, das situações vitais que, por dizerem a ele só respeito, deseja manter para si, ao abrigo de sua única e discricionária decisão. O *objeto* é o bem protegido, que pode ser uma *res* (uma coisa, não necessariamente física, no caso de direitos reais) ou um interesse (no caso dos direitos pessoais). No direito à privacidade, o objeto é, sinteticamente, a integridade moral do sujeito (FERRAZ JR., 1993, p. 440).

Ferraz Jr. diz ainda que o princípio da exclusividade, formulado por Hannah Arendt, comporta três atributos principais. São eles a solidão, ou o direito de estar só; o segredo, o direito de exigir sigilo; e a autonomia, enquanto direito de decidir sobre si mesmo como centro emanador de informações (FERRAZ JR., 1993, p. 441-442). Sobre intimidade, na mesma linha dos direitos já mencionados, trata-se de um recôndito, um aprofundamento do próprio conceito de privacidade. “No âmbito da privacidade, a intimidade é o mais exclusivo dos seus direitos” (FERRAZ JR., 1993, p. 442)

Essa corrente, em resumo, com representação maior em Tércio Sampaio Ferraz Jr., apresenta a visão que mais se aproxima de um ideal individualista. Sua origem remonta ao direito à propriedade e, na sequência da jurisprudência estadunidense, segue a tradição de liberdades individuais e direitos civis (*civil rights*) frente ao Estado e aos indivíduos, na ideia de que os sujeitos têm o direito de ter seu espaço íntimo reservado, sem sofrer interferências externas. Parte, ainda, da dicotomia tradicional entre público e privado, próximo da concepção formulada no começo da modernidade. O aprofundamento dessa visão está no item

seguinte, bem como na análise da jurisprudência estadunidense a respeito da Quarta Emenda à Constituição americana¹⁵².

3.1.3 A teoria das esferas e a doutrina alemã

Sobre o tema, a doutrina alemã desenvolveu o que ficou conhecido como a teoria das esferas, e tem como maiores defensores Henkel e Hubmann. No Brasil, sua popularidade tem como principal expoente Paulo José da Costa Júnior (1995). Essa teoria parte da ideia de que existem diferentes níveis da privacidade, dividindo-se em três camadas, ou círculos concêntricos. A primeira, mais ampla, é a esfera privada (*Privatsphäre*), “Nele estão compreendidos todos aqueles comportamentos e acontecimentos que o indivíduo não quer que se tornem do domínio público” (COSTA JR., 1995, p. 36). Em seu interior, está a esfera da intimidade (*Vertrauensphäre*), ou esfera confidencial (*Vertraulichkeitsphäre*), e “Dela participam somente aquelas pessoas nas quais o indivíduo deposita certa confiança e com as quais mantém certa intimidade” (COSTA JR., 1995, p. 37). Mais ao centro ainda, está o âmago da esfera privada, “aquela que deve ser objeto de proteção contra a indiscrição: a esfera do segredo” (*Geheimnsphäre*).

Adotando-se a *teoria das esferas*, pode-se nitidamente concluir pela distinção entre *intimidade* e *vida privada* e, mais ainda, diferenciá-las do segredo. A proteção da vida privada – esfera de maior amplitude – consiste no direito de subtrair do conhecimento do público em geral fatos da vida particular que não revelam aspectos extremamente reservador da personalidade do indivíduo. Já a intimidade – *Intimsphäre* [*Vertrauensphäre* em Costa Jr.] ou intimidade, em sentido lato na teoria alemã, refere-se à prerrogativa de se excluir do conhecimento de terceiros as informações mais sensíveis do indivíduo, tais como aspectos atinentes à vida sexual, religiosa e política; compartilhadas apenas com as pessoas mais íntimas e em caráter reservado. Por fim, a esfera do segredo, *Geheimnsphäre* ou

¹⁵² Eventualmente, na doutrina brasileira, são lembrados os direitos à reserva (*riservatezza*) e o direito ao segredo (*segretezza*), oriundos da doutrina italiana, principalmente para o tema das interceptações telefônicas. Avolio, citando Caprioli, explica que “se o emitente da conversação tem ciência da presença de um terceiro – diverso do destinatário –, não se verifica qualquer lesão do direito ao segredo (*segretezza*), e portanto, inexistente interceptação. Também não pratica interceptação o terceiro, ignorado pelos interlocutores, que escuta uma comunicação exteriorizada de modo a permitir que seja perceptível por qualquer circunstância, pois aqui faltaria o requisito do direito à reserva da comunicação (*riservatezza*). Para o autor, uma comunicação é reservada quando quem a realiza pretende reservar-lhe a percepção a uma gama predeterminada de sujeitos, com exclusão de todo terceiro que não seja destinatário direto ou indireto.” (AVOLIO, 2012, p. 100).

No entanto, a respeito dessa diferenciação, sigo o entendimento de Costa Jr. (COSTA JR., 1995, p. 32 e 33) e de Pellegrini Grinover (GRINOVER, 1973, p. 241) de que se trata de direitos que representam a mesma dimensão e o mesmo bem tutelado. Sua diferenciação se revela confusa e pouco construtiva.

Isso porque o direito à privacidade na Itália, reconhecido mais genericamente como *diritto allá riservatezza* tem origem também da construção do *right to privacy* do *common law*. Desse modo, estão próximos da ideia geral que se apresenta sobre o tema, reconhecendo que se trata de uma proteção e um direito de controle sobre as informações pessoais e que já está ampliado em relação à noção de um mero direito de estar só (GAITO, 2013).

intimidade em sentido estrito na teoria alemã, compreende as informações relacionadas com os sentimentos, com os sonhos e com as emoções da pessoa; não compartilhadas com ninguém ou compartilhadas apenas com amigos mais íntimos (VIEIRA, 2007, p. 30).

Porém, como indica Daniel Doneda (2014), a teoria das esferas perdeu credibilidade na própria doutrina alemã, sendo, inclusive, referida como a ‘teoria da pessoa como uma cebola passiva’. De acordo com o autor, a perda de centralidade da teoria decorreu de uma sentença proferida em 1983 pelo Tribunal Constitucional Alemão¹⁵³ (DONEDA, 2014), na qual sua utilização não se revelou frutífera para a decisão.

Além disso, a teoria tem recebido severas críticas quando ao grau de subjetivismo na separação das esferas, além de não estar se revelando muito útil no momento da compreensão de fenômenos. Não obstante, a teoria tem tido certa influência na doutrina e também no judiciário brasileiro (DIAS NETA, 2010, p. 8142; VIEIRA, 2007, p. 30, 31).

3.1.4 Vida privada e intimidade, a dicotomia proposta pela CF/88

Tanto a visão doutrinária mais à linha do direito estadunidense quanto a do direito alemão apresentam suas boas razões. Ambas se justificam, grande parte, em razão da falta de distinção normativa nas Constituições Brasileiras anteriores à de 1988. No entanto, o entendimento aqui defendido é o de que o constituinte de 1988 separou os direitos à vida privada e à intimidade por uma razão¹⁵⁴.

¹⁵³ A respeito da sentença, indica Doneda:

“A sentença determinou a ilicitude de diversos itens da Lei do Censo, de 1982, que atentariam diretamente contra o direito geral da personalidade – *allgemeines Persönlichkeitsrecht* –, relacionados tanto à coleta como ao tratamento de informações pessoais nos termos propostos pelo censo. Em suas considerações, a teoria das esferas não se demonstrou uma boa guia em um cenário no qual os problemas relacionados à privacidade eram também problemas relacionados à informação automatizada e às suas dinâmicas próprias - correndo a eficácia de uma construção teórica baseada em pressuposições sobre níveis de intimidade e privacidade e categorias específicas de atos e dados capazes de irromper até tais níveis. Conforme se lê na sentença, “não se pode levar em consideração somente a natureza das informações; são determinantes, porém, a sua necessidade e utilização. Estas dependem em parte da finalidade para a qual a coleta de dados é destinada, e de outra parte, da possibilidade de elaboração e de conexão próprias da tecnologia da informação. Nesta situação, um dado que, em si, não aparenta possuir nenhuma importância, pode adquirir um novo valor; portanto, nas atuais condições do processamento automático de dados, não existe mais um dado 'sem importância'” Vittorio Frosini. *Contributi ad un diritto dell'informazione*. Napoli: Liguori, 1991, p. 128-129.

Citando a doutrina que cunha o termo da “teoria da pessoa como cebola passiva”, Doneda indica: Herbert Burkert. “Privacy-Data Protection - A German/European Perspective”, in: *Governance of Global Networks in the Light of Differing Local Values*. Christoph Engel; Kenneth Keller (ed.). Baden-Baden: Nomos, 2000, p. 46.

¹⁵⁴ Acredito que o constituinte tenha estabelecido a diferenciação influenciado pelo contexto de democratização que vivia o país. Sobre o assunto, é possível inferir que a ditadura militar no Brasil foi marcada por intensas violações ao direito à privacidade. Não havia controle dos agentes estatais sobre a possibilidade de invasão a domicílio, sobre grameamento e sobre as mais diversas formas de investigação. No entanto, o período militar não foi somente marcado por seu vigilantismo, mas também pela perseguição a seus opositores. Essa perseguição se dava em um nível mais profundo, no âmbito ideológico dos indivíduos. Parte do trabalho do Regime Militar era extirpar a ideologia “comunista” ou “subversiva”, e isso incluía não somente as intensas

A dicotomia vida privada/intimidade já tem sido sustentada por parte da doutrina brasileira e por uma questão teórica convém mencionar algumas conclusões a respeito dessa diferença. No entanto, a primeira dificuldade que se encontra na distinção é que, de fato, a fronteira entre ambos direitos é cinzenta. Ora fazem parte de uma mesma dimensão semântica, um servindo para explicar o outro (como nos dicionários Aurélio e Michaelis), e ora são o mero aprofundamento material um do outro. Contudo, como aponta Tatiana Vieira, a distinção se mostra relevante “sob o aspecto de delimitação da gravidade dos danos relacionados ao acesso ou à divulgação indevidos de informação pessoal” (VIEIRA, 2007, p. 32).

Além disso, é possível afirmar que a distinção favorece uma visão menos patrimonialista e patriarcalista dos direitos à privacidade e à intimidade, garantindo ainda mais atenção a dimensões mais específicas e delicadas desses direitos, indo mais longe da proteção dos direitos civis e na liberdade de consciência. Desse modo, ainda que na superfície pareçam ter o mesmo contorno normativo, é possível e importante concebê-los de maneiras distintas.

Para compreender melhor essa distinção, é pertinente o suporte literário de George Orwell. Na distopia criada pelo autor, *1984*, simplesmente não há privacidade. Os momentos em que o protagonista Winston não está sob vigilância do Grande Irmão são sempre momentos de fuga ou aproveitamentos de falhas dos sistemas de vigilância. Nesse sentido, a privacidade é relativamente fácil de ser mitigada pelo poder estatal. Basta que haja a vigilância absoluta em todos os espaços, com a impossibilidade de uma pessoa sequer permanecer sozinha ou não vigiada por um instante. Embora a mitigação completa da privacidade ataque necessariamente a intimidade dos sujeitos, principalmente por impossibilitar seu livre desenvolvimento, ainda é possível falar em resquícios da intimidade.

A sobrevivência dessa intimidade é justamente a grande luta de Winston.

Winston pensou na teletela, com seu ouvido que nunca dorme. Podiam espionar sua vida dia e noite, mas se você não perdesse a cabeça conseguiria ser mais esperto que eles. Com toda a sua inteligência, eles jamais haviam dominado o segredo de descobrir o que outro ser humano está pensando (ORWELL, 2009, p. 199).

torturas com agentes opositores, mas interrogatórios e controle de perto de familiares e amigos dos perseguidos, envolvendo toda a esfera íntima de determinadas pessoas. Ou seja, em relação à tortura, foi o âmbito da intimidade que o terror da ditadura mais atingiu.

A respeito de como a ditadura influenciou na vida familiar no Brasil, Cf: GIANORDOLI-NASCIMENTO et al, 2007; 2012.

Eles não tinham como alterar seus sentimentos: aliás, nem mesmo você conseguiria alterá-los, mesmo que quisesse. Podiam arrancar de você até o último detalhe de tudo que você já tivesse feito, dito ou pensado; mas aquilo que estava no fundo de seu coração, misterioso até pra você, isso permanecia inexpugnável (ORWELL, 2009, p. 200).

Ao longo das torturas, Winston continuou a resistir:

No passado, ocultara uma mente herege sob a aparência da conformidade. Agora descera mais um degrau: capitulara na mente, porém o fizera na esperança de manter o fundo de seu coração inviolado (ORWELL, 2009, p. 326-327).

Quanto maior era a persistência de Winston, mais se intensificavam as torturas. Não bastava a absoluta vigilância que o Estado depositava sobre os indivíduos, era preciso mudar-lhes a mente. Humilhar-los. Dessubjetivizá-los. Somente assim era possível uma devoção perfeita ao grande irmão. Nesse modelo político, o próprio amor que Winston tinha por Julia era transgressor, e o Estado precisava acabar com esse amor, destruir os mais remotos locais do coração. Ambos tentaram resistir até o limite. Porém, o trágico da distopia de Orwell está justamente no fato de que, sim, é possível transformar o mais íntimo dos sentimentos.

‘Eles não podem entrar em você’, dissera Julia. Mas podiam entrar, sim. ‘O que lhe acontecer aqui é para sempre’, dissera O’Brien. Era verdade. Havia coisas – atos cometidos pela própria pessoa – das quais não era possível recuperar-se. Algo era destruído dentro do peito; queimado, cauterizado (ORWELL, 2009, p. 339).

As sessões de tortura em Winston e Julia foram eficientes e ambos retornaram à normalidade da devoção ao partido do Grande Irmão. Após as torturas, todas as vezes que Winston tinha algum pensamento subversivo ou a respeito de seu passado, ele ficava enjoado, mal conseguia pensar¹⁵⁵.

Para atingir o mais íntimo da condição humana dos indivíduos na distopia de George Orwell, o Estado precisou desenvolver novas e complexas tecnologias, não somente torturas. Para a manutenção do poder político, era necessário trabalhar na subjetividade dos sujeitos. Para tanto, até mesmo a língua era modificada. A “novafala” era uma língua que não permitia muitas abstrações, era carente em advérbios e adjetivos. Assim, o sujeito tinha pouco material semântico para desenvolver uma crítica ou um pensamento complexo suficiente para enfrentar o poder instituído. Com esses elementos, juntamente com a ausência de privacidade, o Estado conseguia atingir o âmago das pessoas.

¹⁵⁵ Esse cenário está presente também na narrativa *Laranja Mecânica* (KUBRICK, 1971). Nesta, Alex é um criminoso sexual que é submetido a um tratamento de choque. Sessões de tortura o submetem a um tratamento à base de medicações que dão mal-estar e exposição forçada a cenas sexuais. Alex se transforma e, toda vez que se depara com mulheres nuas ou com situações sexuais e de violência, associa-as automaticamente ao mal-estar, de maneira que, em tais casos, é sempre acometido por um enjoo.

A violação da intimidade, portanto, relaciona-se não somente à privação de um espaço livre da interferência de terceiros ou ao sigilo sobre aparelhos pessoais. Ela está relacionada, principalmente, ao próprio pensamento, à crítica, à noção do sujeito sobre si mesmo e sobre o mundo, a suas emoções, a seus sentimentos, a sua personalidade, a sua humanidade, a seus relacionamentos pessoais e íntimos, enfim, a sua dignidade.

Pensada nesses termos, a intimidade ganha uma abrangência semântica que supera em muito o tradicional direito de estar só ou o tradicional direito à propriedade. A proteção do domicílio, por exemplo, não se justifica somente por se tratar de um bem patrimonial, o qual não deve estar disponível ao escrutínio de terceiros ou do Estado. Protege-se o domicílio também, e, principalmente, por ele ser o ambiente em que o indivíduo tem para manifestar sua existência, livre daqueles ou daquilo que ele não quer que interfira.

Nesse sentido, a mera entrada em domicílio pode não necessariamente consistir em violação da intimidade, embora seja claramente uma violação da privacidade. Porém, a partir do momento em que o invasor depara-se com elementos que podem, de alguma forma, construir uma narrativa sobre as pessoas daquele ambiente, tem-se a violação da intimidade.

Nota-se, é possível construir uma narrativa (construir uma imagem, traçar um perfil) sobre alguém com elementos necessariamente públicos. É do cotidiano se ter julgamentos sobre pessoas baseados em vestimentas, carros, fachada da casa, bairro de residência, local de estudo etc. O que fere a intimidade é a narrativa construída com fatos ou detalhes não compartilhados consensualmente. E, mesmo que consensualmente, o uso diverso da informação compartilhada, em relação àquele uso inicialmente esperado pelo interlocutor, pode ser considerado uma violação à intimidade, por traição de confiança¹⁵⁶.

Nesse sentido, o celular se relaciona à intimidade na medida em que é receptáculo de conteúdos pessoais únicos e meio direto de relações pessoais íntimas. O conjunto de informações disponíveis no celular pode ser usado para traçar um perfil bastante detalhado do usuário, sendo arma poderosa na mão de pessoas indesejadas. A exposição não autorizada

¹⁵⁶ É o caso, por exemplo, da confiança depositada em jornalista que, argumentando estar fazendo uma matéria sobre relacionamentos em sentido genérico, utiliza as informações colhidas para expor a pessoa em sentido negativo. Nesse caso, não houve violação da privacidade (em sentido estrito), uma vez que as informações foram compartilhadas consensualmente. Porém, é possível entender que o uso dessas informações para a exposição ao ridículo seja uma violação da intimidade, pois teria atingido a pessoa em seu moral, sua personalidade, causando-lhe humilhação.

Importante destacar a diferença ao direito de imagem. Este protege essencialmente a pessoa do uso indevido de sua imagem, para ganhos pessoais ou que objetivam o lucro. Se o uso da imagem, autorizado ou não, causa uma violação à intimidade, trata-se de outra discussão.

dessas informações pode causar transtornos irreparáveis ao indivíduo, como a modificação de suas relações pessoais.

Nesse sentido, o celular se relaciona à privacidade na medida em que seu acesso é restrito (privado), capaz de ser travado ou bloqueado a partir de senhas pelo dono. Assim, a mera abertura ou desbloqueio, sem a permissão do dono, é uma violação da privacidade. Tem-se aí, também, a proteção da propriedade privada. O acesso ao seu conteúdo, por sua vez, na medida em que é exposto a estranho, é violação da intimidade, pois naquele momento o invasor passou a ter informações sobre sua personalidade, podendo traçar uma narrativa subjetiva sobre o que a pessoa é ou pode ser.

Assim, o celular (mero exemplo) seria um instrumento privado na medida em que ele é propriedade de alguém, e seu dono pode dele dispor como bem entender, abrindo seu acesso ou restringindo seu acesso a terceiros sempre que lhe convier. Por outro lado, o celular é íntimo na medida em que contém informações de cunho pessoal, contém elementos que desvelam o interior da personalidade, da consciência, da prática cotidiana, das relações pessoais do indivíduo.

Esse entendimento não busca o descarte de qualquer outro. Tanto a doutrina mais à linha estadunidense quando a mais à linha alemã tem seus méritos e, eventualmente, podem ser até mais precisas para a resolução de conflitos e para compreensão de fenômenos. No entanto, acredita-se que a distinção entre vida privada e intimidade está mais coerente com seu significado constitucional, além de ter mais potencial político e crítico no sentido da livre consciência e dos direitos civis, superando parte de sua origem patrimonialista.

3.1.5 As dimensões da privacidade/intimidade

Para uma compreensão mais precisa dos direitos à intimidade e à privacidade, recorre-se à análise feita por Bart Willem Schermer, autor do livro *Software agents, surveillance, and the right to privacy: a legislative framework for agent-enabled surveillance* (2007), no qual aponta as relações entre tecnologia e a privacidade. O autor destaca importantes concepções e dimensões do direito à privacidade/intimidade.

O autor compreende a privacidade¹⁵⁷ em sete dimensões: (1) o corpo, (2) a mente, (3) o domicílio, (4) o comportamento íntimo, (5) a correspondência, (6) a vida familiar e (7) os dados pessoais (SCHERMER, 2007, p. 76, 77).

¹⁵⁷ Na corrente do entendimento norte-americano, Schermer não distingue privacidade de intimidade, referindo-se a ambos como *right to privacy*.

No entanto, reitera-se que se toma emprestada a doutrina de Schermer não para se filiar, mas para tão somente aproveitar o dinamismo didático que ela oferece. A partir de cada item, procura-se aprofundar o tema e adequá-la ao direito brasileiro, em especial ao problema desenvolvido nesta dissertação.

3.1.5.1 O corpo

A primeira dimensão da privacidade, talvez a mais importante, é o corpo. Sobre essa dimensão, Schermer disserta:

Em muitas sociedades, pelo menos na sociedade ocidental, as pessoas querem privar parte de seus corpos dos olhos curiosos de outros. O direito de proteger nossos corpos nus da vista é um dos elementos mais antigos da privacidade. A integridade do corpo humano é outro elemento dessa dimensão da privacidade. Ele se refere ao fato de que o corpo humano não pode estar sujeito a indesejado escrutínio na forma de buscas ou de remoção de materiais corporais (2007, p. 76)¹⁵⁸.

Embora a descrição do autor sugira um bom começo para discussão, é possível aprofundar sua análise. Na modernidade, os corpos ganharam novo significado, uma condição de disponibilidade e “descartabilidade” nunca antes vista. Hannah Arendt descreve bem essa condição a partir dos campos de concentração e de extermínio no regime nazista, cujo grande horror era justamente como os corpos humanos eram tratados. Diz-se aqui corpos humanos porque o tratamento não era nada para além de corpos descartáveis, corpos sem pessoas. Alguns morriam como resultado de sistemática tortura ou inanição, ou simplesmente porque o campo estava cheio de material humano supérfluo que precisava ser liquidado (ARENDR, 2000, p. 124).

O genocídio indígena também demonstra a facilidade com que o corpo pode ser submetido ao poder do outro sem a mínima dignidade (FERNANDES, 2005). Essa fungibilidade da vida humana, vista no extermínio da população e cultura indígenas, somente é possível com o olhar maquinal e expansionista da modernidade.

No mesmo sentido, a escravidão negra é onde mais evidentemente se demonstra a absoluta degradação dos corpos humanos. A objetificação do escravo negro o transformava em *res*, em bem tutelado juridicamente, não por sua vida, mas por ser propriedade de alguém

¹⁵⁸ Tradução livre de: In many societies, at least in western society, people want to hide part of their bodies from the prying eyes of others. The right to shield our naked bodies from view is one of the oldest elements of privacy. The integrity of the human body is another element of this dimension of privacy. It refers to the fact that the human body should not be subjected to unwanted scrutiny in the form of searches or the removal of body materials.

(FERNANDES, 2005). O corpo do negro estava disposto ao poder do senhor em todos os sentidos possíveis: para o trabalho, sustento, proteção, sexo, sadismo, enfim, poder.

É diante desse paradoxo, que coloca a barbárie diante da pretensa racionalidade como se nada fosse, que a modernidade desenvolveu seus institutos e instituições, seu direito e sua política.

Talvez o nazista, o colonizador ou o senhor de escravos não tivessem o mínimo de empatia suficiente para se colocar no lugar desses “não-outros”. Porém, de alguma maneira sabiam que a condição e a proteção do corpo não estavam asseguradas em princípios divinos ou naturais, e que no horizonte remoto da subconsciência visualizavam a necessidade de proteção humana e institucional para seus próprios corpos. É nesse contexto paradoxal da modernidade emergente que nasce o instituto do *habeas corpus*.

É do *Habeas Corpus Act* de 1679 que surgiu o termo hoje mundialmente conhecido¹⁵⁹. Na sequência, na lógica do direito inglês, foi a partir do *Habeas Corpus Act* de 1816 que o *writ* ampliou consideravelmente seu plano de atuação, servindo também “para correção de atos judiciais viciados por incompetência ou outras irregularidades processuais” (GRINOVER; GOMES FILHO; SCARENCE FERNANDES, 2011, p. 269), e para remediar “as restrições de liberdade de natureza civil, decorrentes das relações privadas e aquelas que são executadas segundo o uso do poder discricionário da administração” (GUIMARÃES, 2009, p. 166).

A evolução do *habeas corpus*, presente no âmago das revoluções burguesas, mostra como que o corpo humano passa a ser compreendido em uma nova dimensão. A necessidade de proteção passa a ser necessária. Curiosamente, tratava-se de uma nova concepção de corpo humano que não podia mais ser compreendido como algo subjugável ao poder real.

É claro que o *habeas corpus* sempre foi associado à liberdade e não à privacidade. No entanto, o direito, no caso, encontra razão na proteção do corpo ao arbítrio do poder estatal, na possibilidade de uso livre da própria corporeidade. Desse modo, como já defendido

¹⁵⁹ Segue a inscrição da fórmula latina, que, no caso, representa a forma do *habeas corpus ad subjuciendo: Praecipimus tibi corpus x, in custodia vestra detentum, ut dicitur, una cum causa captionis et detentionis suae, quocumque nomine idem x censeatur in eadem, habeas coram nobis, apud Westminster, ad subjucendum et treciendum ea quae cûria nostra de eo ad tunc et ibidem ordinari continget in hac parte*. A tradução aproximada pode ser colocada nos seguintes termos: Ordenamos-vos que o corpo de X, detido sob vossa custódia, segundo se diz, acompanhado do dia e da causa de sua detenção, por qualquer nome que o dito X possa ser agora reconhecido, exiba-se nesta corte de Westminster, diante de nós, para se subjuar. Tratava-se de uma fórmula que correspondia a uma ordem do juiz à autoridade policial que detinha uma pessoa para que, apresentando o corpo em juízo, se pudesse avaliar a legalidade da prisão (MASSAÚ, 2008, p. 08). Uma vez que o impetrante era trazido à corte, e sua detenção era explicada, o juízo fazia a audição e determinava peremptoriamente se era legítima. Da decisão decorria a retomada da liberdade do corpo ou a manutenção da custódia (WILKES, 2002).

no começo deste capítulo, é possível observar como que a privacidade, em sua dimensão do corpo, está inserida no princípio maior de liberdade. Pois é justamente ela que permite que o corpo não seja usado ou subjugado por outrem. Protege-se o corpo para se garantir o exercício da liberdade.

Isso não significa que as conquistas burguesas sobre o poder absolutista deram ao corpo sua redenção. A respeito das relações de poder sobre o corpo, explica Agamben (2010).

O primeiro registro da vida nua como novo sujeito político já está implícito no documento que é unanimemente colocado à base da democracia moderna: o writ de Habeas corpus de 1679. Seja qual for a origem da fórmula, (...) é singular que em seu centro não esteja nem o velho sujeito das relações e das liberdades feudais, nem o futuro *citoyen*, mas o puro e simples *corpus*.

(...)

Nada melhor que esta fórmula [fórmula latina do HC] nos permite mensurar a diferença entre as liberdades antiga e medieval e aquela que se encontra na base da democracia moderna: não o homem livre, com suas prerrogativas e os seus estatutos, e nem ao menos simplesmente *homo*, mas *corpus* é o novo sujeito da política, e a democracia moderna nasce propriamente como reivindicação e exposição deste ‘corpo’: *habeas corpus ad subjiciendum*, deverás ter um corpo para mostrar (AGAMBEN, 2010, p. 120).

Enfim, é na realidade da condição do corpo moderno que está a síntese do direito à privacidade e, principalmente, à intimidade. Protege-se o corpo do arbítrio estatal e do escrutínio alheio, justamente porque não há nenhuma garantia divina ou natural para tanto. Protege-se o corpo em sua privacidade justamente porque ele pode, a qualquer momento, ser submetido às condições de barbárie que outrora se viu. Reconhecendo-se que o poder sobre o corpo humano é o derradeiro poder, o meio pelo qual os piores regimes totalitários se estabeleceram, sua proteção é fundamental para o Estado Democrático de Direito¹⁶⁰.

Georgio Agamben assinala que, na modernidade, a ideia de sacralidade do corpo perdeu conteúdo para uma ideologia que não vê no sangue qualquer sinal de sagrado. Ao contrário, “O que temos diante dos olhos é, de fato, uma vida exposta como tal a uma violência sem precedentes, mas precisamente nas formas mais profanas e banais” (AGAMBEN, 2010, p. 113). Sem sacralidade, o corpo não é mais sacrificável, mas simplesmente matável.

¹⁶⁰ Válida a citação de Le Breton, a respeito da importância do corpo: “O corpo humano é, nas tradições populares, o vetor de uma inclusão, não o motivo de uma exclusão (no sentido de que o corpo vai definir o indivíduo e o separar dos outros, mas também do mundo); ele é o vinculador do homem a todas as energias visíveis e invisíveis que percorrem o mundo. O corpo não é um universo independente, fechado em si mesmo, à imagem do modelo anatômico, dos códigos de saber-viver ou do modelo mecanicista. O homem, bem em carne (no sentido simbólico), é um campo de força em poder de ação sobre o mundo, e sempre a ponto de ser influenciado por ele” (LE BRETON, 2011 p. 50).

No entanto, com o crescente avanço das tecnologias, é importante tentar não compreender o corpo somente em termos físicos e espaciais. O corpo, no mundo tecnológico, passa a existir também em imagem. A imagem de nossos corpos está no mundo público virtual até mais expostos que em sua condição estritamente física.

De fato, a imersão tecnológica no corpo humano é bastante recente, apresentando uma espécie de simbiose. Como diz José Cabral, “De forma especial, a tecnologia digital vai atingir incisivamente a nossa existência corporal, permitindo uma nova e profícua relação com o corpo, e nos dando um extenso domínio sobre o mesmo, tanto no âmbito funcional quanto simbólico e estético” (CABRAL, 2002, 242).

A imagem de um corpo nu, em uma fotografia tirada em momento íntimo, que acaba sendo vazada nas redes sociais também é protegida pela intimidade. Aqui, já adiantando o significado do item 3.1.5.7 (dados pessoais), há as duas dimensões da privacidade sendo protegida, a fotografia em si, enquanto informação pessoal registrada, e a imagem, uma representação do corpo. A proteção da imagem é a proteção do próprio corpo, e é isso que se reitera.

No mesmo sentido, a localização do corpo é um item a ser protegido pela privacidade. Hoje em dia, as pessoas andam com seus celulares todo o tempo, e praticamente todos os aparelhos possuem um sistema de localização como o *GPS*. Os celulares *Android*, vinculados ao *Google*, e os do sistema da *Apple*, possuem sistemas de localização precisos que permitem saber onde os corpos estão o tempo todo. Esses dados pessoais, por sua vez, podem gerar informações valiosas para a propaganda e venda de produtos¹⁶¹.

No artigo *Corpo em tempo real*, Christine Mello disserta sobre a atuação performática dos corpos na atividade videográfica, mostrando que a simbiose do corpo com a tecnologia permite novas contextualizações identitárias e artísticas sobre a subjetividade e a compreensão do mundo. “Corpo e vídeo são tratados assim de uma maneira estética, como espaços/tempos da subjetividade, como campos de experiência em que se tem a oportunidade

¹⁶¹ Daí a preocupação com o Projeto de Lei 6726/2010, do Deputado Federal Arnaldo Faria de Sá (PTB/SP). O PL dispõe sobre a possibilidade de a autoridade policial exigir a localização dos celulares junto às operadoras de telefonia sem ordem judicial.

É sabido que a melhor forma de se localizar um corpo é localizando o aparelho celular da pessoa investigada. Nesse cenário, juridicamente, o celular não pode ser compreendido como mero utensílio tecnológico, mas como o próprio corpo da pessoa, devendo estar sujeito à proteção como se tal fosse.

Não é defensável juridicamente que o poder estatal possa ter tamanha discricionariedade sobre a localização das pessoas sem ordem judicial com devida justificação. Evidentemente, como a seletividade criminal tantas vezes já demonstrou, a vigilância de corpos será mais uma vez destinada a determinados grupos específicos, justamente aqueles cuja “matabilidade” é menos sentida.

de operar alguns dos muitos trânsitos e cruzamentos entre homem e máquina¹⁶² (MELLO, 2002, p. 227).

A arte, traduzindo essa interação entre ser humano e máquina, exerce a função de interpretar as novas transformações pelas quais a sociedade passa com o alto desenvolvimento tecnológico. Para tanto, é preciso de antemão compreender o corpo enquanto verdadeiro meio de interação. Como destaca Mello:

Observamos o corpo como lugar da construção de sentidos, espaço de investigação e criação de novas realidades, em conexão com diferentes meios e que se apresenta como aparelho produtor de linguagem. Pensar nesse corpo que emerge diz respeito também a inseri-lo no contexto das formas sensíveis e a conhecer diversos perfis que compõe sua identidade (MELLO, 2002, p. 219).

Neste sentido, reitera-se o que anteriormente foi dito a respeito da compreensão de corpo a partir de Merleau-Ponty, da compreensão de um corpo sensor e sentido da realidade. É nesse sentido que se defende a ampliação do conceito de intimidade. Se os corpos humanos imersos no mundo tecnológico garantem a formação de nova linguagem, novos sentidos, relações e interpretações, é necessário compreender também as novas fronteiras da intimidade.

Em estudo realizado com jovens de 18 a 25 anos, Ana Maria Nicolaci-da-Costa procurou observar como que a relação com os celulares impactou-os psicologicamente. A pesquisadora mostrou que

muitos dos indicadores de mudança micro-social que surgiram recorrentemente nas pesquisas relatadas no início deste artigo (novas concepções de segurança, novas concepções de público e privado, novas formas flexíveis de coordenação de atividades e programação, novas formas de controle interpessoal), também emergiram dos nossos resultados (NICOLACI-DA-COSTA, 2004, p. 168).

Alguns depoimentos são bastante significativos, e indicam bem como se dá essa relação com as tecnologias. Um dos pesquisados

Afirma não gostar que ninguém atenda seu celular e explica por quê: “[Se] acontece de alguém atender seu telefone e a pessoa que liga reconhece que não é você, desliga. Porque só fala se for com você. É por isso que eu não

¹⁶² David Cronenberg, no filme *Videodrome* (1983), apresenta-nos um personagem que estabelece uma relação orgânica com as imagens na tela até o momento em que ele não consegue mais distinguir realidade, confundindo o mundo possível das imagens com sua realidade corpórea. Ao fim, é chamado a se hibridizar definitivamente com a máquina, devendo extirpar a materialidade do seu corpo. “To become the new flesh, you first have to kill the old flesh. Don’t be afraid. Don’t be afraid to let your body die”.

gosto.’ Ou seja, quem chama desliga se, ao usar um atalho, quem atende é um intermediário (NICOLACI-DA-COSTA, 2004, p. 169)¹⁶³.

Como indica a pesquisadora, o celular acaba significando um sensível aumento de intimidade nas relações pessoais (NICOLACI-DA-COSTA, 2004, p. 170). De fato, é o celular o meio mais usado de comunicação entre pessoas íntimas. Uma vez que o aparelho celular é utilizado como meio de comunicações com pessoas próximas, potencializando a intimidade, ele passa a ter importância singular na vida pessoal. Desse modo, sua devassidão é necessariamente acompanhada de uma intromissão nas relações íntimas da pessoa. Não somente o acesso às informações contidas no aparelho, mas sua própria restrição já é sentida¹⁶⁴.

É o que demonstra a pesquisa de Nicolaci-da-Costa. O celular não somente altera como nos relacionamos, mas um de principais efeitos é a sensação do aumento da liberdade e da autonomia de ação dos jovens (NICOLACI-DA-COSTA, 2004, p. 174).

Ainda outro importante efeito que o uso de celulares vem tendo sobre a organização subjetiva dos jovens entrevistados está relacionado à sensação de segurança (que independe do grau de segurança real) que a possibilidade de recorrer a alguém lhes proporciona (quer seja por conta de um pneu furado, quer seja por conta de uma briga com o namorado). Sua liberdade de ação e sua autonomia fazem com que se exponham mais ao mundo e aos outros. De posse de seus celulares, contudo, nunca se sentem sozinhos. Sabem que podem contar com uma extensa rede de solidariedade para os

¹⁶³ No HC 91.867/PA, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes do STF, há o seguinte relato: A autoridade policial, já com o suspeito sob sua guarda, pegou seu celular e avistou sua lista telefônica. Com base nas informações contidas nessa lista, abriu-se procedimento para interceptação telefônica. Um dos contatos interceptados era de seu advogado.

Fazendo alusão à diferença entre *dados em si* e a *comunicação de dados*, como indicada por Tércio Sampaio Ferraz Jr., indaga o ministro: “*Ad argumentandum*, abstraindo-se do meio material em que o dado estava registrado (aparelho celular), indago: e se o número estivesse em um pedaço de papel no bolso da camisa usada pelo réu no dia do crime, seria ilícito o acesso pela autoridade policial? E se o número estivesse anotado nas antigas agendas de papel ou em um caderno que estava junto com o réu no momento da prisão?”

O problema é exatamente abstrair-se do meio material em que o dado estava registrado. Por mais que a informação colhida não corresponda a uma informação de cunho íntimo, o que importa é a necessidade de se devassar um utensílio que carrega consigo um número enorme de informações privadas.

Na mesma lógica argumentativa do magistrado, indaga-se: se aquele dado pessoal, a lista telefônica, estivesse dentro de sua casa, poderia o policial violar o domicílio a fim de obtê-lo, ainda que para obter somente a lista? A proteção ao domicílio indica claramente que não se protege somente o bem ou o dado em si, mas também o meio onde ele está registrado ou guardado.

A decisão permissiva da mais alta corte do país nesse caso é preocupante, pois dá um poder discricionário grande demais às autoridades policiais de devassarem os instrumentos privados. Uma autoridade maior até mesmo que a do próprio magistrado. No caso, pôde o policial entrar no celular para ver a lista de chamadas. Poderá ele avistar fotos? Poderá ele avistar mensagens pessoais? Poderá ele avistar o último trajeto registrado no *Google Maps*? Enfim, poderá ele devassar o aparelho celular?

¹⁶⁴ Como se percebe, essa pesquisa já é relativamente antiga, de 2004, sugerindo que o processo descrito pela pesquisadora tenha se potencializado e se ampliado em relação a outras faixas-etárias, que cada vez mais estão imergindo no “mundo” tecnológico.

mais diversos tipos de emergência (como, por exemplo, a solidariedade ao longo da madrugada relatada anteriormente).

Diante da liberdade, da autonomia e da privacidade precoces (por padrões tradicionais), que a telefonia celular lhes outorgou, bem como da intensa, fluida, instantânea e espontânea sociabilidade que viabilizou, não é de espantar esses jovens vejam seus celulares como indispensáveis para as suas vidas (não custa lembrar que alguns chegam a falar deles como companheiros ou amigos) (NICOLACI-DA-COSTA, 2004, p. 174).

Como se observa, todos esses elementos – o desconforto de não estar próximo ao celular ou de não poder usar seus recursos, a sensação de segurança que ele garante, a possibilidade de sempre poder estar mais próximo a pessoas queridas – modificam a personalidade da pessoa. Sua presença ou ausência é sentida no corpo, seja em processos mentais, emocionais ou físicos. Até mesmo a usabilidade, a postura corporal, as manias decorrentes do uso do celular, são traços que demonstram esse hibridismo corporal com a tecnologia.

Como se sustentou ao longo do primeiro capítulo, principalmente a partir das considerações de Don Ihde em sequência à fenomenologia de Merleau-Ponty, ocorre um processo de *incorporamento* do ser humano com a tecnologia. Esse processo é acompanhado de alterações da percepção que os sujeitos têm do mundo e de si mesmos. A alteração de percepção a respeito do mundo e dos outros, em poucas palavras, é chamada por pelo autor de relações hermenêuticas e éticas com a tecnologia (IHDE, 2012). Pode-se afirmar, portanto, que ocorre um giro de ordem ontológica nos sujeitos, de modo tal que nossa compreensão dos direitos à vida privada e à intimidade devam ser compreendidos de maneira ampliada.

A centralidade no corpo é uma ação no sentido de retirar a postura meramente contemplativa do mundo, superando a visão intelectualista de mundo (MERLEAU-PONTY, 2006, p. 06). “Sistema de potências motoras ou de potências perceptivas, nosso corpo não é objeto para um ‘eu penso’; ele é um conjunto de significações vividas que caminha para seu equilíbrio” (MERLEAU-PONTY, 2006, p. 212).

Afirma-se, ainda, que essa postura meramente contemplativa é a mais pura ilusão, realizando-se apenas no sonho de uma epistemologia às avessas. A postura diante do mundo é sempre ativa, e a intenção contemplativa apenas favorece o aprofundamento do quadro de opressões de uma sociedade, reforçando as limitações de seu pano de fundo, reforçando o distanciamento ético que apenas atua no sentido de excluir e ignorar. A respeito, explica Lévinas:

O corpo é um sensor sentido – eis aí, segundo Merleau-Ponty, sua grande maravilha. Como sentido, está ainda, contudo, do lado de cá, do lado do sujeito; mas como sensor, já está do lado de lá, do lado dos objetos;

pensamento que não é mais paralítico, é movimento que não é mais cego, mas criador de objetos culturais. Ele une a subjetividade do perceber (intencionalidade visando ao objeto) e a objetividade do exprimir (operação no mundo percebido que cria seres culturais – linguagem, poema, quadro, sinfonia, dança – clareando os horizontes) (LÉVINAS, 2009, p. 30).

A respeito da dimensão do corpo na privacidade/intimidade, em breve resumo, os sujeitos devem estar protegidos contra a invasão indesejada do escrutínio alheio, tanto pelo olhar quanto pelo toque; e da arbitrariedade estatal, cujo poder de remoção de materiais do corpo ou sua mera restrição de liberdade, como na busca pessoal, deve estar permitido somente em casos específicos e pré-definidos em lei, ou sob ordem judicial. Sem embargo, as dimensões e representações tecnológicas do corpo, sua localização ou imagem, por exemplo, devem ser compreendidas também como o próprio corpo, devendo assim ser protegidas juridicamente.

Nesse sentido, a proteção do corpo humano¹⁶⁵, principalmente pelos direitos à privacidade e à intimidade, deve ser a resposta do direito a modelos totalitários e policialescos de governo, de modo a impedir a invasão não consentida e não autorizada nessa dimensão tão importante da vida pessoal.

3.1.5.2 *A mente*

Schermer assim expõe a dimensão da mente no princípio da privacidade/intimidade:

Em relação próxima à integridade do corpo humano está o da mente. Análogo ao direito de integridade do corpo humano, pode-se arguir que existe um direito à integridade da psique humana. A integridade da mente humana é, como outras dimensões da privacidade, essencial para o direito de autodeterminação. Guardando nossas mentes do escrutínio alheio e das influências que nós asseguramos que nossos pensamentos podem desenvolver livremente¹⁶⁶ (2007, p. 76).

Aqui está presente o caráter mais subjetivo e mais íntimo da nossa corporeidade. A mente, nesse sentido, é o local da consciência, da autoidentificação e da representação, da memória, das emoções e das convicções. A possibilidade de livremente determinar o próprio pensamento encontra como objeto de proteção da intimidade o resguardo da mente.

¹⁶⁵ Gosto dessa passagem do professor Roberto Aguiar, “Se não atentarmos para o corpo dos seres humanos, certamente nossas pregações de respeito aos direitos humanos, de liberdade e reconhecimento, morrerão no nascedouro, pois a elas falta a dimensão originária, que é a do reconhecimento da corporeidade, que em suas relações recíprocas dá a base para outros patamares de construção social da liberdade e da consciência” (AGUIAR, 2000, p. 257).

¹⁶⁶ Tradução livre de: In close relation to the integrity of the human body is that of the mind. Analogous to the right to integrity of the human body, it could be argued that there is a right to integrity of the human psyche. The integrity of the human mind is, like many other dimensions of privacy, essential for the human right to self-determination. By guarding our minds from outside scrutiny and influences we ensure that our thoughts can develop freely.

O que se busca proteger, portanto, é o livre e autônomo desenvolvimento pessoal, sem interferência forçada de elemento externo. A autonomia e a livre determinação são faces também da liberdade de pensamento e de expressão, presentes da Constituição Federal¹⁶⁷ no art. 5º, nos incisos IV e IX, bem como no art. 216, inciso I, que prevê a proteção da memória e da expressão dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira. Somente a partir da proteção da mente pelo direito à privacidade e à intimidade é possível que a expressão, a crítica, a manifestação cultural, possam ser de fato reais.

Trata-se da autonomia de um indivíduo poder separar, livremente e sem coação, aquilo que ele quer que o influencie ou não. Trata-se do direito de a pessoa desenvolver seu senso crítico próprio, se encontrar em suas convicções e sentimentos íntimos de forma livre e sem a obrigação de abertura ao mundo, escrutínio ou julgamento de terceiros (SCHERMER, 2007, p. 73).

O resguardo da mente é uma das dimensões da intimidade que mais está relacionada à dignidade. Uma invasão indesejada a esse centro subjetivo significa a mitigação do próprio desenvolvimento pessoal e livre. O terceiro que tem acesso à mente alheia passa a exercer controle e poder indesejado sobre o indivíduo, cuja abertura ao mundo ou influência pode desencadear degradação moral e humilhação.

Em conto com traços autobiográficos de Dostoiévski, o personagem Pietróvitch é surpreendido com uma pena de 10 anos de reclusão. Uma de suas maiores preocupações era, no entanto, a impossibilidade de poder ficar sozinho. “Haverá, por exemplo, tormento maior do que não poder ficar sozinho – um momento ao menos –, e isso durante 10 anos?! No trabalho: a escolta; no presídio: a companhia de mais de 200 detentos; e nunca, uma só vez, a solidão! Ter de ser assim, irrevogavelmente!” (DOSTOIÉVSKI, 2007, p. 24).

Todas as pessoas vestem suas *personas* diariamente em diversas situações. Em cada círculo social, adaptamo-nos às mais diversas situações para no encaixar socialmente e sermos aceitos. Ninguém é a mesma pessoa com os mesmos comportamentos no ambiente familiar, no emprego, em uma festa etc. A necessidade pela solidão não deixa de ser uma preocupação

¹⁶⁷ Art. 5º, IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

.....
 Art. 5º, IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

.....
 Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

I - as formas de expressão;

com uma mente sã, uma mente que, pelo menos por algum momento, pode ver-se livre do olhar externo e pode preocupar-se unicamente com seus próprios julgamentos.

A respeito dessa dimensão da intimidade, aponta-se o princípio *nemo tenetur se detegere*, “segundo o qual o sujeito passivo não pode sofrer nenhum prejuízo jurídico por omitir-se de colaborar em uma atividade probatória da acusação ou por exercer seu direito de silêncio quando do interrogatório” (LOPES JR, 2013, p. 645). O princípio elenca-se em vários corolários, dentre eles: a) o fim do juramento do acusado; b) o direito ao silêncio e também o direito de responder o falso; c) A proibição de se arrancar a confissão, seja por violência física ou por manipulação psicológica, a fim de se respeitar a integridade física e a inviolabilidade da consciência (FERRAJOLI, 2002, p. 486).

Esses corolários estão fundamentados essencialmente no direito de livre consciência. A proibição de se forçar a confissão do acusado o desonera de ter de se expor, eventualmente de se humilhar, de ser julgado para além de seus atos, que é o objetivo da persecução criminal. O princípio protege o acusado da *tortura espiritual* (FERRAJOLI, 2002, p. 486) que o obrigaria a dizer a verdade, que poderia lhe trazer malefícios para além da condenação. A princípio não se julga a moral ou as razões do delito, a não ser que a defesa assim o queira. No mesmo sentido, o princípio defende o fim do juramento e a possibilidade de dizer o falso. Assim, ninguém pode ser forçado a abrir sua consciência ao mundo, a terceiros ou ao Estado.

Também está incluso no princípio a proibição de a autoridade policial ou judicial submeter o acusado a interrogatório hostil, o que pode se manifestar no seu tempo de duração ou no tom das perguntas. O direito à intimidade vem a proteger, nesse sentido, também as testemunhas que, mesmo sob juramento, podem ser induzidas ou pressionadas a responderem algo diverso de suas consciências livres, ainda que despercebidamente.

Aury Lopes Jr. atenta para o perigo da *inflação da imaginação*, principalmente em crianças, no qual uma terapia ou um interrogatório, a fim de arrancar informações sobre eventos passados, podem colateralmente fazer surgir fatos falsos inexistentes ou deturpados. Daí dizer que o interrogatório de testemunha deve ser feito sem qualquer hostilidade ou pressão, de modo que as respostas estejam restritas ao que de fato é lembrado (LOPES JR., 2013, p. 677-687).

Ainda acerca da dimensão da mente no direito à intimidade, remete-se novamente ao livro *1984*, de George Orwell¹⁶⁸. O autor descreve a sala 101, que era destinada à tortura psicológica e física na distopia. Quando se esgotavam os métodos de lavagem cerebral do Grande Irmão, e o subversivo insistia em não se enquadrar na ideologia dominante, ele era levado à sala 101 para ser submetido a sessões de tortura. A certa altura, o personagem principal, Winston, já acreditava piamente que $2 + 2$ era igual a 5, e que já não amava mais Julia, suplicando ao seu torturador que trocasse seu corpo pelo dela na sessão de tortura.

O que se critica, portanto, é a possibilidade de o poder político dispor das mentes humanas para alterar suas convicções, emoções e personalidade. Daí a absoluta intolerância com coação pessoal por parte de autoridade policial, com interrogatório sem defesa em juízo, enfim, com o sistema inquisitório em geral. O que se evita, protegendo a intimidade, a incolumidade mental, é um sistema de justiça que, de qualquer forma, tente adentrar a mente dos indivíduos para colher-lhes ou alterar-lhes informações ou concepções pessoais, seja sobre si mesmo ou sobre quaisquer fatos.

3.1.5.3 O domicílio

Como indicado no início do capítulo, o domicílio, como dimensão da privacidade, começa a receber proteção legal na modernidade, em razão dos ideais burgueses emergentes que se alastravam pelo continente europeu, principalmente¹⁶⁹. Trata-se de um espaço privado que coincide com um ponto central da propriedade, a casa.

Casa, porém, é um conceito de difícil definição. Como diz Paulo Gustavo Gonet Branco, a doutrina brasileira, principalmente no direito constitucional, procura trabalhar com um conceito abrangente de “casa”, sendo esta uma “projeção espacial da pessoa” que abrange

¹⁶⁸ As distopias são criadas para servirem de elemento comparativo e hiperbólico com aquilo que uma sociedade não deseja. No caso, o clímax do livro é justamente aquilo que mais se teme em uma sociedade democrática de direito, a invasão estatal à mente do indivíduo.

¹⁶⁹ Trata-se de uma dimensão da privacidade muito antiga, e sua proteção remete até aos gregos.

Já na Grécia Antiga, cada família mantinha uma lareira constantemente acesa dentro de casa. Daí a origem do significado da palavra “lar”, cuja etimologia remete à lareira, ao fogo. A lareira doméstica não precisava ser fogo cintilante, bastando uma brasa acesa ou um simples sinal de fogo, como um incenso. No entanto, sendo fogo divino, a família tinha por dever não deixá-lo se extinguir. A lareira significava nada menos que a própria Providência da família, a existência de seu nome, sua história e seus deuses (COULANGES, 2009). Colocada em um pequeno altar, a lareira dava o lugar principal dos cultos religiosos. Porém, esses cultos não eram públicos. Não havia um ritual comum para a celebração dessa religião doméstica. Cada família detinha completa independência sobre seus rituais, deuses e crenças. Assim, a lareira era mantida em locais de proibido acesso e de difícil visualização por estranhos. A privacidade no seio familiar dos cultos religiosos podia ser maculada pelo mero olhar de pessoas estranhas (COULANGES, 2009). Dessa lógica, havia minimamente a expectativa de privacidade em um espaço específico no domicílio, que deveria estar protegido do olho alheio.

Cf. COULANGES, 2009, Livro I, capítulos II e III.

Não obstante à perda de sentido do espaço privado durante a Idade Média, a proteção do domicílio foi retomada com o Renascimento, como já sustentado no começo deste capítulo.

não somente onde se vive, mas o local de trabalho, o estabelecimento industrial ou o clube recreativo (GONET BRANCO, 2009, p. 431). Nesse sentido, “O domicílio delimita um espaço físico em que o indivíduo desfruta da privacidade, em suas variadas expressões. Ali, não deve sofrer intromissão por terceiros, e deverá gozar da tranquilidade da vida íntima” (GONET BRANCO, 2009, p. 430)¹⁷⁰.

O art. 5º da CF/88, no inciso XI, estipula as exceções para a entrada indesejada – flagrante delito¹⁷¹, desastre ou socorro – e impõe limite até mesmo à atividade judicial, proibindo-lhe a execução de ordem durante o repouso noturno, entre 18h e 06h. É notável a ênfase que o legislador originário destinou à proteção do domicílio. Obviamente, a Constituição protege os cidadãos do abuso estatal, procurando garantir o domicílio como um local de tranquilidade e paz, onde a intimidade possa ser exercida sem receio.

Aury Lopes Jr. sustenta que o consentimento do morador tem de ser válido. Para tanto, precisa ser expresso, não presumido, e ser fruto de ampla consciência do indivíduo que autoriza. A pessoa pode, ainda, a qualquer momento, expulsar a autoridade de sua casa.

Lopes Jr. questiona também a prática policial brasileira de, ao prender em flagrante um indivíduo, pedir seu consentimento para adentrar sua casa. Argumenta que, nesse caso, o sujeito fica submetido a uma intimidação ambiental, não podendo seu consentimento ser considerado como válido. “a situação fática criada por força da prisão e a absoluta submissão do imputado ao poder estatal diluem as condições de possibilidade de pleno exercício de seus direitos fundamentais” (LOPES JR., 2013, p. 716)¹⁷².

Para o autor, ainda, “a busca e a apreensão em domicílio de imputado cautelarmente preso somente pode ser realizada com mandado judicial, pois é insuficiente o consentimento dado nessa situação, por força da intimidação ambiental ou situacional a que está submetido o agente” (LOPES JR., 2013, p. 716). De outro modo não pode ser. Uma vez que o suspeito está contido, há ausência de *periculum in mora* para a apreensão de objetos em residência, e a proteção constitucional ao domicílio somente pode ser violada por autorização judicial¹⁷³.

¹⁷⁰ A proteção do domicílio, na Constituição Federal de 1988, está no art. 5º, inciso XI: - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.

¹⁷¹ Em momento oportuno, discutindo os casos, será feita uma ressalva quanto à entrada para flagrante delito que, no entendimento aqui exposto, não dá à autoridade total discricionariedade.

¹⁷² Cf. SIQUEIRA, 2013.

¹⁷³ Sobre o assunto, Aury Lopes Jr. (2013, p. 716) cita um julgado do Tribunal Supremo da Espanha de 1992: o problema radica em saber se um detido preso está em condições de expressar sua vontade favoravelmente à busca e apreensão, em razão precisamente da privação de liberdade a que está submetido, o que conduziria a afirmar que se trata de uma vontade viciada por uma intimidação *sui generis*... e dizemos *sui generis* porque o temor racional e fundado de sofrer um mal iminente e grave em sua pessoa ou bens, ou pessoa e bens de seu

A respeito das relações de domicílio com a tecnologia, várias questões podem ser apontadas. A mais evidente se refere à violação do asilo (para se restringir aos termos do texto constitucional) sem a necessidade da presença (física) humana.

No caso *Kyllo v. United States*, de 2001, a Suprema Corte estadunidense considerou que a visualização por dispositivo detector de infravermelho no interior de uma casa constituía busca [*search*], necessitando, portanto, de ordem judicial para sua utilização.

No caso, a Polícia, ao ter informações de que Kyllo estaria plantando maconha no interior de sua casa, resolveu utilizar um dispositivo de captação de frequência infravermelha¹⁷⁴. O dispositivo foi capaz de receber a frequência de calor na dimensão específica necessária para plantação de maconha. Diante disso, a autoridade policial conseguiu o mandado judicial (*warrant*) e, ao entrar na casa de Kyllo, confirmou a existência da plantação e prendeu-o em flagrante delito.

A Corte Suprema dos Estados Unidos deu ganho de causa a Kyllo, reformando a decisão de condenação das instâncias inferiores. Contudo, a decisão foi apertada, com 05 juízes favoráveis a Kyllo e 04 a acusação. O argumento vencedor foi de que o uso do aparelho naquelas condições constituía sim uma busca, mesmo não havendo entrada física, impondo a necessidade de mandado judicial. No mesmo sentido, a Corte questionou o uso do aparelho pelo público em geral. Um trecho da decisão do juiz Scalia, que foi seguido pela maioria, mostra como o caso repercutiu na questão tecnológica.

Não seria muito inteligente afirmar que o grau de intimidade protegida aos cidadãos, segunda a IV Emenda, tem sido completamente infectado pelo avanço da tecnologia. Por exemplo, a tecnologia permite vãos humanos que expõem à vista pública (e aí, como já temos afirmado, à observação oficial) de partes não cobertas de uma casa e de um prédio que outrora foram privadas. A pergunta que enfrentamos hoje é que limites existem sobre esta possibilidade, possível graças à tecnologia, de reduzir o âmbito da garantia da intimidade (Scalia *in* ISRAEL, 2012, p. 195).

cônjuge, descendentes ou ascendentes, não nasce de um comportamento de quem formula o convite ou pedido de autorização para realizar a busca com o consentimento do agente, senão na situação mesma de preso, isto é, de uma intimidação ambiental.

Sobre o assunto, destaco a importante decisão de Ilmar Alves Baltazar, Juiz Substituto da 2º Vara da Comarca de Barra Velha/SC, nos autos do processo nº 006.12.002469-7, que relaxou a prisão devido a entrada de policiais em domicílio para a apreensão de drogas:

“Destaco que, em que pese o tráfico de entorpecentes e posse de armas sejam delitos permanentes, o ingresso na residência sem mandado judicial não estava autorizado, porque o que se protraí no tempo, como é o caso do crime permanente, não tem a urgência que justificaria a quebra da garantia da inviolabilidade de domicílio, sem a devida determinação judicial. Ora, se havia fundada razão para se acreditar que o indiciado, investigado em Joinville, estava no local, a Polícia Militar deveria haver noticiado a suspeita à Polícia Civil ou ao Ministério Público para que, realizada investigação a respeito, houvesse a representação pela busca e apreensão na residência, seguindo-se, então, o devido processo legal”.

¹⁷⁴ O dispositivo é chamado *Agema Thermovision 210 thermal-imaging device* (“the Agema 210”).

A decisão da Suprema Corte foi claramente em direção ao futuro. Preocupada com a violação de direitos constitucionais pelo avanço das tecnologias e seu uso indiscriminado pelo Estado. Com o poder tecnológico em mãos, cada vez mais o Estado pode violar a vida privada e a intimidade dos sujeitos, sem que haja necessariamente a interrupção física para tanto (como se a dimensão física fosse a única realmente violadora).

No caso, o que a tecnologia fez foi justamente permitir a violação domiciliar sem a entrada física. Daí a importância de não se conceber a tecnologia apenas em termos de boa ou má, destoadada de seu real significado. Ela permite sim uma nova abertura de sentido no mundo da vida, novas possibilidades de comunicação entre humanos e coisas. Os olhos dos policiais, tal qual a simbiose cibernética dos filmes de ficção científica, estavam de fato no interior da casa de Kyllo, constituindo verdadeira busca¹⁷⁵.

Na distopia de George Orwell, a maneira pela qual o poder Estatal encontrou de entrar na vida das pessoas foi justamente por equipamento eletrônico. O Big Brother estava constantemente no interior dos domicílios a partir da “teletelas”, com as quais as autoridades podiam sempre visualizar o interior da casa dos indivíduos, destituindo-lhes de qualquer espécie de privacidade.

O argumento de que a não entrada física não constitui invasão domiciliar é insustentável. A invasão não deve ser medida pela entrada física ou não de um corpo no recinto. O que deve servir de critério para a violação do domicílio é a expectativa de privacidade, a expectativa de que o comportamento praticado no interior da casa não seja exposto, de que os objetos não sejam expostos.

Ora, se as coisas e o comportamento íntimo no interior do domicílio estão na expectativa de privacidade, ou seja, na expectativa de que terceiros não o vejam sem consentimento, qualquer dispositivo tecnológico que torne público esse conteúdo íntimo deve estar sujeito à mesma proteção constitucional, sob pena de absoluta ilegalidade.

Levando em consideração, portanto, a realidade brasileira de irresponsável arbitrariedade policial quanto à violação domiciliar, é imprescindível que a interpretação constitucional seja restritiva no sentido de não permitir a invasão domiciliar sem mandado judicial devidamente fundamentado e durante o dia.

3.1.5.4 O comportamento íntimo

¹⁷⁵ A mesma preocupação pode ser dirigida ao uso de *drones* pelo poder policial, quando utilizados para entrada em domicílio.

Como assinala Schermer, “todos nós queremos manter parte da nossa vida para nós mesmos. O direito de manter o comportamento físico (por exemplo, vida sexual) escondido do mundo alheio é um elemento desse direito, sendo o outro nossos pensamentos e com quem os compartilhamos”¹⁷⁶ (SCHERMER, 2007, p. 76).

No item anterior evidenciou-se a defesa constitucional do domicílio. A Constituição Federal vai além e protege também o comportamento íntimo. A própria inviolabilidade domiciliar somente faz sentido na medida em que se protege também o comportamento íntimo.

Como já antecipou Schermer, a vida sexual, que não necessariamente é realizada somente dentro de casa, está sujeita à proteção constitucional da intimidade. Ninguém em sã consciência se dirige a um motel sem ter expectativa de que o sexo será mantido livre de olhos estranhos. O mesmo é válido para o comportamento em banheiros públicos, locais em que se está vulnerável e qualquer publicidade pode trazer enorme constrangimento.

Nesta dimensão, questiona-se se o acompanhamento meticuloso de uma pessoa em relação a terceiro pode ser considerado violação da intimidade. Mesmo que a maioria dos atos de uma pessoa seja realizada à luz do dia, a observância irrestrita de todos os movimentos por um terceiro em todos os locais, mesmo que públicos, pode ser interpretado como violação da privacidade.

O mero fato de se estar sob o olhar de terceiro já muda nosso comportamento, interferindo na liberdade de movimento e na liberdade de expressão. Trata-se do direito de não ser incomodado. Não é porque um local é público, podendo eu estar diante do olhar de terceiros, que eu deva estar diante do olhar de terceiros. Até mesmo em público, existe uma expectativa mínima de intimidade, um espaço a ser respeitado por todas as pessoas.

Esse direito se evidencia mais claramente quando se trata de mulher sob o olhar agressivo e insinuante de um homem. Não teria a mulher o direito de andar livremente sem a perturbação do olhar alheio? Teria o homem lascivo o direito de seguir e examinar detidamente uma mulher ao longo de seu caminho? Não parece que teria.

No mesmo sentido, alguém, ou o Estado, que detidamente colhe informações sobre a rotina de uma pessoa, está de fato violando a intimidade e a vida privada do indivíduo. Como já dito, não é porque se realiza um comportamento em público que ele não seja íntimo. Além

¹⁷⁶ Tradução livre de: We all want to keep some parts of our life to ourselves. The right to keep our physical behaviour (for instance, sex life) hidden from the outside world is one element of this right, the other being our thoughts and with whom we share them.

do mais, um comportamento pode até ser público analisado isoladamente, mas em conjunto com outros comportamentos públicos, ele se torna íntimo.

É natural alguém observar outra pessoa comprando um café pela manhã. Não é razoável alguém saber que a pessoa comprou o café pela manhã, pegou um transporte até determinada rua, saiu para almoçar ao meio dia, voltou às 14h, foi fumar às 16h, pegou um transporte às 18 até um bar, bebeu na companhia de outras pessoas, foi pra casa às 22h etc. Informações que podem ser vistas publicamente, em conjunto, podem se transformar em valiosa informação íntima. E essa intimidade há de estar protegida pelo texto constitucional.

Entende-se, nesse sentido, que a autoridade policial, suspeitando de um indivíduo, para poder acompanhá-la durante o dia ou dias, necessita de mandado judicial para tanto. É claro que deve haver proporcionalidade na medida. Critica-se, portanto, a prática policial da campana policial¹⁷⁷, que foi observada em grande parte dos flagrantes efetuados pela Polícia Civil nos processos analisados na pesquisa empírica (item 2.1).

Para que um indivíduo seja submetido à vigilância policial, na medida em que se reconhece uma violação à intimidade ou à vida privada, é necessário que o procedimento seja amparado por autorização judicial. O argumento é simples: a violação a direito fundamental pelo poder estatal somente pode ser considerado legal se amparado por devida autorização judicial. Defende-se, no mesmo sentido, a judicialização do registro do monitoramento. Afinal de contas, o vigiado pelo Estado, ainda que tardiamente, tem o direito de saber que informações pessoais a seu respeito o Estado tem disponível.

De fato, não é de esperar muita rigidez com a campana policial, muitas vezes respondendo a mera denúncia anônima. No entanto, na medida em que a campana policial razoável levante uma suspeita real, seu devido fundamento pode ser requerido a um juiz, que deverá então autorizar a continuidade do acompanhamento. Isso deve valer, principalmente, para o monitoramento que perdura por dias. Essa linha de razoabilidade é importante para se impedir arbitrariedade policial sobre a vida dos indivíduos, principalmente aqueles que na sociedade brasileira se encontram em vulnerabilidade social, que tradicionalmente estão sob os olhos da repressão.

Caso emblemático e recente sobre o assunto é o *United States v. Jones*, 132 S. Ct. 945, 565 U.S. (2012). No caso, Jones era suspeito de traficar drogas. Baseada na suspeita, a Polícia conseguiu um mandado judicial para a implantação de um GPS (*Global Positioning*

¹⁷⁷ A campana policial é uma técnica que consiste, principalmente, no monitoramento de determinado indivíduo ou grupo, realizado usualmente por policiais à paisana (vestidos com roupas normais, sem farda) no interior de um veículo.

System) no carro da esposa de Jones, mas que era conduzido somente por ele. Os policiais implantaram o GPS, gerando uma investigação de monitoramento que durou 28 dias e que gerou mais de duas mil páginas de relatório, em que pese os limites geográficos e temporais impostos no mandado não tenham sido respeitados. Com base na investigação, houve o indiciamento de Jones no crime de tráfico de drogas.

A defesa alegou que o uso da medida, tal como foi realizado, feriu sua expectativa de privacidade, indo de encontro à proteção garantida pela Quarta Emenda. A Corte Suprema, por unanimidade, deu a liberdade a Jones entendendo que a medida de fato feriu a proteção garantida pela Quarta Emenda. Foi refutada a defesa do governo americano de que o fato de o carro andar sempre em vias públicas afastaria a legítima expectativa de privacidade.

No entanto, a Corte se dividiu em votos concorrentes (*concurrent votes*), que, apesar de gerar o mesmo resultado, apresentam diferentes fundamentações. De um lado, com a maioria (5-4-1), prevaleceu o entendimento do juiz Scalia, que entendeu no sentido clássico da Quarta Emenda, de que o carro é uma propriedade (*effects*) que está protegida pela Quarta Emenda e que isso, por si só, justificaria a necessidade de mandado judicial. Por sua vez, o juiz Alito representou a minoria junto a três outros colegas de Corte, reiterando o entendimento do julgamento *Katz v. U.S.*, de que o que interessa no caso é a expectativa de privacidade, que de fato foi violada. Dessa forma, a maioria retomou a “teoria da propriedade”, aplicada antes do julgamento de Katz, enquanto a minoria manteve a “teoria da expectativa” (SOLOVE, 2012, p. 2).

Para o juiz Alito, a vigilância prolongada revela informações que a de tempo curto não revela, como o comportamento de rotina de um sujeito. Essas informações revelam muito mais do que um simples passeio de carro. A visita de uma mulher ao ginecologista revela pouca coisa sobre ela, mas uma visita ao ginecologista que é seguida, semanas depois, de uma visita a uma loja de maternidade revela informações íntimas sobre ela. Nesse sentido, a vigilância em local público, em um curto período de tempo, pode não estar sujeita à expectativa de privacidade, no entanto, a vigilância prolongada está, sem dúvidas, envolvendo a vida privada dessa pessoa. No mesmo sentido, embora seja fácil o controle de todos os passos de uma pessoa por um longo período de tempo, antigamente isso demandava alto custo pessoal e financeiro, de modo que não podemos nos deixar enganar pelo avanço das tecnologias quanto à expectativa de privacidade em relação a vigilâncias de longo termo¹⁷⁸.

¹⁷⁸ Argumentos presentes em seu voto, disponível no link: <<https://www.law.cornell.edu/supct/pdf/10-1259.pdf>>

O juiz Alito reconhece que a privacidade não é uma simples questão branco-e-preto e que ela está relacionada, principalmente no atual contexto de alto desenvolvimento tecnológico, com a quantidade e com a qualidade dessa vigilância (SOLOVE, 2012, p. 2). O argumento é bastante profícuo em sustentar que, embora várias de nossas informações sejam públicas ou estejam disponíveis em banco de dados, a vigilância pode ferir a privacidade a depender de sua intensidade.

Assim, a prática investigativa policial que envolve período prolongado ou levantamento de informações ou de dados pessoais de cunho íntimo ou privado somente pode ser considerado legal se devidamente amparada por autorização judicial. Do contrário, a Polícia está em flagrante dissonância com os direitos constitucionais da vida privada e da intimidade.

3.1.5.5 *A correspondência e as comunicações telegráficas e telefônicas*

Schermer (2007) apresenta a *correspondência* como uma dimensão específica da privacidade. No entanto, considerando o texto constitucional no art. 5º, inciso XII, é necessário ampliar sua classificação de modo a se adaptar no direito pátrio¹⁷⁹.

Essa dimensão da privacidade abarca o direito de proteção à comunicação interpessoal, que pode ser realizada por diversos meios. Protege-se aquela comunicação que se quer manter privada e reservada. Trata-se de reconhecer que as pessoas têm o direito de escolher com quem querem dividir uma informação pessoal, sem ter receio de que essa informação será devassada por um terceiro ou pelo Estado, e na expectativa de que ninguém o fará.

A doutrina e a jurisprudência brasileira são claras em estabelecer que o que se protege é o sigilo das correspondências, não exatamente as correspondências em si. Ou seja, não se pode abrir uma carta fechada, quebrar seu sigilo (por todos: AVOLIO, 2012, p. 229). No entanto, uma vez aberta, ela passa a ser entendida como documento, e pode estar disponível para abertura ao público com mandado¹⁸⁰.

Nessa lógica, pode-se dizer que as comunicações se referem ao fluxo instantâneo de informações pessoais. Assim, o registro dessas comunicações, como se verá adiante, deve ser considerado como dado pessoal.

¹⁷⁹ A questão das comunicações de dados será estudada no item seguinte. Por sua vez, a questão das comunicações telegráficas, ao passo que é uma forma de comunicação já rara, pode estar abarcada na questão das comunicações telefônicas.

¹⁸⁰ A crítica a esse entendimento será feita no item 3.1.5.7. Defende-se que a correspondência em si, os dados também, devem estar sujeitos à proteção constitucional, sob pena de ineficiência absoluta dessa proteção.

Muito diferente do entendimento consolidado no direito estadunidense – como mostrado no item 1.2.4.3, a respeito do caso *Katz v. US* –, no Brasil, a jurisprudência não parece destinar muito zelo ao sigilo de comunicação. No HC 55.288/MG¹⁸¹, julgado no STJ, de relatoria da Ministra Alderita Ramos de Oliveira, a defesa questionou o fato de um policial ter atendido a telefonema de suspeito preso. Sob custódia dos policiais, o suspeito recebeu uma chamada que fora atendida por um dos agentes. Do outro lado da linha estava um usuário que queria comprar drogas com o preso. Este fato deu ensejo probatório para confirmar a tese acusatória de traficância.

O que entrou em questão no HC foi se a atitude do policial constituiu ou não interceptação telefônica. A decisão que indeferiu o HC argumentou que para constituir tecnicamente uma interceptação telefônica era necessária a intervenção de terceiro, o que não foi feito. Afastando por tecnicismo a prática de interceptação telefônica, a prática do policial foi considerada escoreita.

Não é possível concordar com a lógica argumentativa do Tribunal. A pergunta formulada não deveria ser se a atitude foi ou não interceptação, mas se a atitude violou ou não a privacidade do suspeito. Para esta, a resposta positiva parece óbvia. Qualquer pessoa se sentiria violada em sua privacidade ao ter o próprio telefone atendido por terceiro sem sua anuência. A violação ao direito de privacidade resta mais que evidente do caso em tela.

Ressalta-se aqui, contudo, o voto contrário do Ministro Sebastião Reis Júnior, que acertadamente tocou no cerne da questão:

Para mim, *data venia*, tal conduta, embora não se encaixe perfeitamente no conceito de interceptação telefônica, revela verdadeira invasão de privacidade e indica a quebra do sigilo das comunicações telefônicas do paciente, em afronta a princípios muito caros do nosso ordenamento jurídico. Não merece, portanto, o endosso do Superior Tribunal de Justiça, mesmo que se tenha em mira a persecução penal de pessoa supostamente envolvida com tráfico de drogas (HC 55.288/MG).

Assim, o ministro desloca a atenção – fugindo de uma espécie de “legalismo tecnicista” – para uma questão principiológica. Diante da ausência de regulação legal explícita sobre práticas persecutórias, sempre é cabível a pergunta: A atitude do policial, ao atender sem consentimento o telefone de indiciado preso, feriu o direito fundamental à privacidade/intimidade?

¹⁸¹ HC 55.288/MG, rel. Min. Alderita Ramos de Oliveira, j. 2/4/13.

O desenvolvimento da temática introduzida neste subitem será detalhado mais adiante, quando se falar de dados pessoais e da Lei 9.296/96.

3.1.5.6 *A vida familiar*

Schermer expõe a *vida familiar* como uma dimensão da privacidade. Ela seria “O direito a uma vida familiar sem perturbação, o que inclui liberdade de formar uma família, de desfrutar a presença de cada membro e de viver de acordo com o próprio senso moral” (SCHERMER, 2007, p. 77)¹⁸².

Talvez esta dimensão seja a que mais se distancia do direito brasileiro. Não que não exista a expectativa de se ter uma vida familiar sem perturbações externas, mas esse direito pode ser considerado como já amparado nos outros que já foram apresentados, como o comportamento íntimo e o domicílio. Diz-se isso não por menor reconhecimento à instituição da família, mas por crer que a proteção a ela dada no art. 226 da CF/88 não está diretamente relacionada à intimidade e à vida privada do art. 5º.

Além do mais, o reconhecimento da vida familiar como dimensão própria do direito à intimidade e à privacidade não parece contribuir para melhor entendimento desses direitos, muito menos para melhor análise do problema pesquisado nesta dissertação¹⁸³.

3.1.5.7 *Os dados pessoais*

Para Schermer, “a importância dos dados pessoais como dimensão da privacidade é resultado direto da rápida proliferação da tecnologia de informação e comunicação” (SCHERMER, 2007, p. 77). E justamente em razão da proximidade com o tema da tecnologia, a dimensão dos dados pessoais será analisada mais atentamente.

Mas o que são dados pessoais? A Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia, de 24 de Outubro de 1995, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados, conceitua dados pessoais da seguinte forma:

“Dados pessoais” [é] qualquer informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável (“pessoa em causa”); é considerado identificável todo aquele que possa ser identificado, directa (sic) ou indirectamente (sic), nomeadamente por referência a um número de

¹⁸² Tradução livre de: The right to an undisturbed family life includes the freedom to form a family, to enjoy each other’s presence and to live with them according to one’s own sense of good.

¹⁸³ Mesmo assim, a dimensão da vida familiar, por uma questão de coerência da sistemática escolhida para a apresentação dos direitos à privacidade e à intimidade, foi tratada em subitem próprio, também em respeito ao autor citado como base didática.

identificação ou a um ou mais elementos específicos da sua identidade física, fisiológica, psíquica, económica (sic), cultural ou social (PARLAMENTO EUROPEU, 1995).

Assim, ao passo que permite a circulação de dados pessoais entre os membros da Comunidade Europeia, a Diretiva estabelece critérios mínimos de proteção a esses dados, a fim de que não haja uma discrepância tão grande ao ponto de essa proteção ser inútil. Ao mesmo tempo, garante limites ao fluxo de dados com países não membros (art. 25 e 26), limitando a transferência de dados pessoais somente a países que tem legislação adequada à proteção (ZANON, 2012, p. 87).

Zanon entende que a proteção dos dados pessoais é um direito autônomo em relação ao direito à privacidade, entendendo ser essa a tendência nos direitos europeus (ZANON, 2012, p. 146-151). O autor indica que o direito de proteção aos dados pessoais pode ser o agrupamento de outros direitos, que são:

(a) *direitos à informação*, compreendendo: direito de informação sobre a coleta (quando, o quê, como e por quem o dado pessoal foi coletado); direito de informação acerca dos responsáveis pelo banco de dados; direito de acesso ao banco de dados; direito de ciência da finalidade do tratamento dos dados pessoais; direito de informação sobre a divulgação dos dados pessoais a terceiros; direito de informação; direito de informação que acerca dos direitos que assistem o titular dos dados; e direito de informação sobre a existência do bando de dados; (b) *direito de controle*, abrangendo: direito de retificação; direito de anotação; direito de apagamento ou ao esquecimento; direito de bloqueio; e de direito de saída; (c) *direitos à abstenção*, compostos por: direito de oposição ao tratamento dos dados pessoais; direito de impedir o tratamento de dados sensíveis; direito de impedir e revistar decisões individuais automatizadas; direito ao tratamento confidencial dos dados pessoais; e (d) *direito de indenização*: direito de ser indenizado por danos materiais e morais originados em razão da coleta, do tratamento ou de divulgação dos dados pessoais a terceiros, independentemente de culpa, em regime de responsabilidade civil aplicável para atividade potencialmente perigosa conforme previsto no Código Civil, art. 927, parágrafo único (ZANON, 2013, p. 169).

Segundo Avolio, citando Aurélio Buarque de Holanda, dados seriam a “Representação convencional de fatos, conceitos ou instruções de forma apropriada para comunicação e processamento por meios automáticos; informação em forma codificada” (AVOLIO, 2012, p. 173).

Na verdade, talvez seja mais preciso dizer que é o tratamento de dados que gera uma informação¹⁸⁴. É nessa linha que entende João Carlos Zanon, “Embora sejam comumente

¹⁸⁴ A Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia, de 24 de Outubro de 1995, entende que tratamento de dados pessoais é “qualquer operação ou conjunto de operações efectuadas (sic) sobre dados pessoais, com ou sem meios automatizados, tais como a recolha, registro, organização, conservação,

tratados como sinônimos, em verdade, *dado* constitui a matéria-prima e *informação* é o resultado do processamento de dados, ou seja, um conjunto de dados relevantes a que se atribui um determinado significado” (ZANON, 2013, p. 164).

Em síntese, seriam dados pessoais todas as informações codificadas de determinada pessoa. O tratamento desses dados gera uma informação pessoal. Nesse sentido, são dados pessoais: endereço, CEP, número de telefone e celular, profissão, data de nascimento, números indicadores da documentação em geral (certidão de nascimento, certidão de casamento, CPF, RG, título de eleitor, certificado de reservista, passaporte, carteira de trabalho), nome de familiares, cidade natal, número do cartão de crédito, agenda telefônica, contatos de e-mails, registro da quantia salarial, registro de mensagens de texto privadas, e-mails¹⁸⁵, fotografias e vídeos privados, endereço de *Internet Protocol* (IP) etc.

A CF/88 prescreve a inviolabilidade do sigilo das comunicações de dados no art. 5º, inciso XII. Essa dimensão da privacidade protege os dados pessoais, que estão espalhados nos mais diversos meios de comunicação, mídias sociais, eletrônicos pessoais e bases de dados.

Explica Gonet Branco que “Para o STF, ademais, o sigilo garantido pelo art. 5º, XII, da CF refere-se apenas à comunicação de dados, e não aos dados em si mesmos” (2009, p. 435). Na doutrina, Tércio Sampaio sustenta:

O que fere a liberdade de omitir pensamento é, pois, entrar na comunicação alheia, fazendo com que o que devia ficar entre sujeitos que se comunicam privadamente passe ilegitimamente ao domínio de um terceiro. Se alguém elabora para si um cadastro sobre certas pessoas, com informações marcadas por avaliações negativas, e o torna público, poderá estar cometendo difamação, mas não quebra sigilo de dados. Se estes dados, armazenados eletronicamente, são transmitidos, privadamente, a um parceiro, em relações mercadológicas, para defesa do mercado, também não está havendo quebra de sigilo. Mas, se alguém *entra nesta transmissão* como um terceiro que nada tem a ver com a relação comunicativa, ou por ato próprio ou porque uma das partes lhe cede o acesso indevidamente, estará violado o sigilo de dados.

A distinção é decisiva: o objeto protegido no direito à inviolabilidade do sigilo não são os dados em si, mas a sua comunicação restringida (liberdade de negação) (FERRAZ JR., 1993, p. 446-447).

adaptação ou alteração, recuperação, consulta, utilização, comunicação por transmissão, difusão ou qualquer outra forma de colocação à disposição, com comparação ou interconexão, bem como o bloqueio, apagamento ou destruição” (PARLAMENTO EUROPEU, 1995).

¹⁸⁵ Eventualmente, as mensagens de texto e de e-mail são consideradas comunicações telefônicas. No entanto, como explicado no item sobre comunicações telefônicas, entende-se que, depois de registradas nos aparelhos, elas podem ser consideradas dados pessoais, da mesma forma que uma carta aberta pode estar submetida à busca e apreensão por ser considerada mero documento.

O posicionamento de Tércio Sampaio, escrito em 1993, é bastante reproduzido na doutrina e na jurisprudência. Porém, é necessária uma adaptação aos dias atuais. Praticamente não existe mais comunicação telefônica ou de dados sem imediato registro. O que torna a proteção constitucional, na sua interpretação majoritária, quase obsoleta.

É nesse contexto que a tecnologia mais se relaciona com a privacidade e a intimidade. As novas tecnologias de comunicação e de informação concentram as informações das pessoas de modo nunca antes imaginado.

Praticamente todos nossos dados estão, de alguma forma, registrados. Quanta informação sobre nós mesmos pode ser acessada nos nossos celulares? A que dados pessoais o *Google* e o *Facebook* têm acesso? E os bancos? Nossas conversas no *Whatsapp* podem ser utilizadas para traçar um perfil detalhado sobre nossas vidas e relacionamentos pessoais? O que o conteúdo do computador pessoal, com sua imensa capacidade de armazenamento, pode mostrar sobre nossa intimidade? São legais o tratamento de dados mediante CD's que contêm informações – como endereço, CPF, RG, telefone – de milhares de pessoas e que são vendidos nas ruas?

A falta de proteção a esses dados significa mitigar seriamente os direitos à intimidade e à privacidade. É preciso haver menos flexibilidade no poder discricionário do Estado em acessar e manipular esses dados que representam o conjunto informacional da vida individual. Somente assim é possível a devida proteção aos dados pessoais, que tanto se relacionam hoje em dia com nossa individualidade, nossa privacidade e nossa intimidade.

Nesta era tão tecnológica, a proteção efetiva da intimidade e da privacidade somente será real se passarmos a proteger também os dados em si, não apenas sua comunicação. Somente assim, faz-se valer o que defende Tércio Ferraz Jr.:

A inviolabilidade do sigilo de dados (art. 5º, XII), é correlata ao direito fundamental à privacidade (art. 5º, X). Em questão está o direito de o indivíduo excluir do conhecimento de terceiros aquilo que a ele só é pertinente e que diz respeito ao seu modo de ser exclusivo no âmbito de sua vida privada (FERRAZ JR., 1993, p. 339).

3.2 A Lei 9.296/96 como parâmetro normativo para a quebra de sigilo de dados pessoais

Não há previsão legal sobre como deve ser realizado o acesso a dados pessoais pelas forças do Estado. Como o dispositivo constitucional (art. 5º, XII) foi claro em deixar a exceção para a violação do sigilo das comunicações telefônicas, vedando para as demais, e deixando a função explícita ao legislador ordinário para criar a lei reguladora (que veio a ser a Lei 9.296/96), há um vácuo legal sobre como isso deve ser realizado.

É necessário mencionar que a especificidade da lei de interceptações telefônicas, em sua demanda por uma justificativa detalhada para sua realização, se dá justamente por se tratar de medida drástica e violadora de direitos fundamentais. Os mesmos direitos estão presentes na violação de dados pessoais, impondo-se a mesma sistemática quanto ao cuidado legal e judicial. A falta de regulação legal não pode valer-se como medida permissiva.

Na falta de lei específica que regule a perícia em instrumentos pessoais cuja violação atinge direitos fundamentais, uma interpretação sistemática da Constituição nos permite alcançar a Lei 9.296/96 como a mais propícia para o amparo legal a esses direitos.

De acordo com a lei de interceptações telefônicas (Lei 9.296/96), em seus artigos 2º e 5º¹⁸⁶, impõe-se a necessidade de fundamentação judicial para a diligência, a explicitação da indispensabilidade da medida, e indicativos mínimos de autoria. Também é esperado que se exponha exatamente aquilo que se busca trazer à luz, não podendo ser meramente um ato exploratório. “Cuida a lei, em vários aspectos, de evitar que as autorizações sejam concedidas de forma genérica, tanto no que pertine aos meios que serão empregados, como em relação aos delitos a serem investigados” (STRECK, 1997, p. 68)¹⁸⁷. Além da necessidade de decisão fundamentada, o art. 5º da lei impõe a indicação da forma da execução da diligência.

A previsão contida no parágrafo único [do art. 2º] condiz com o princípio da proporcionalidade, na ancestral IV Emenda da Constituição norte-americana, ao vedar as buscas e apreensões desarrazoadas, afigurando-se indispensável para evitar que a investigação tome rumos diversos daqueles para os quais foi autorizada (através de clara especificação da situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados) (AVOLIO, 2012, p. 188).

A respeito do art. 2º e seus incisos, Streck diz que “Muito embora a discutível constitucionalidade do inciso III (...), merecem elogios os incisos primeiro e segundo, por institucionalizarem os requisitos do *fumus boni juris* e do *periculum in mora* como pressupostos para a autorização das interceptações” (STRECK, 1997, p. 45).

¹⁸⁶ Lei 9.296/96, Art. 2º: Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses:

.....
 III - o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção.

Art. 5º A decisão será fundamentada, sob pena de nulidade, indicando também a forma de execução da diligência, que não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova.

¹⁸⁷ Sobre isso, ainda, afirma Streck: “Não há dúvida de que a (necessidade da) fundamentação, além de estar prevista na Constituição na parte relativa ao Poder Judiciário, é, também, um direito fundamental do cidadão. É a garantia que o cidadão tem de que não sofrerá restrição de direitos sem a devida justificação/fundamentação” (STRECK, 1997, p. 68).

Esses quesitos significam que as diligências só podem ser realizadas quando há um indício mínimo de que ela irá alcançar seu objetivo (*fumus boni iuris*), ou seja, de que a violação a direito fundamental gerará frutos. Também é necessário que a diligência seja urgente, sob pena de perda do objeto que se busca alcançar (*periculum in mora*)¹⁸⁸. Este quesito também está associado à condição de exclusividade da diligência, ou seja, deve ela ser o único meio disponível para acesso à informação desejada. É o que sustenta Streck a respeito do inciso II do art. 2º da referida lei, dizendo que “fica claro que o uso da escuta somente poderá ser deferido *por exceção absoluta*, é dizer, quando for *conditio sine qua non* para apuração da infração” (STRECK, 1997, p. 47)¹⁸⁹.

Luiz Avolio cita, ainda, a doutrina italiana de Francesco Caprioli, no sentido de que a interceptação telefônica pressupõe a *terzietà* da autoridade judicial (AVOLIO, 2012, p. 96), o que significa dizer que o juiz deve manter-se imparcial e autônomo, no mesmo toque dos princípios de um direito penal acusatório, em que o juiz figura como garantidor e não como parte da acusação.

Dito isso, a análise jurídica de uma prática não devidamente normatizada deve estar lastreada por uma interpretação que vislumbra a unidade sistêmica e lógica a partir da Constituição. Dessa forma, entendo que a Lei 9.296/96 deve servir como o parâmetro normativo para a regulação das práticas que tratam da manipulação e do acesso a dados pessoais. Isso porque é onde se melhor encontra, na legislação infraconstitucional, a regulação

¹⁸⁸ Na mesma linha entende AVOLIO, “Exige-se, para tanto, os requisitos que justificam as medidas cautelares. Quanto ao *fumus boni iuris*, a questão é delicada, pois, da mesma forma que ocorre com a busca domiciliar, a autoridade concessora da medida deve dispor de elementos seguros da existência de um crime, de extrema gravidade, que ensejaria o sacrifício da *privacy*. No tocante ao *periculum in mora*, deve ser considerado o risco ou prejuízo que da não realização da medida possa resultar para a investigação ou instrução processual” (2012, p. 98).

¹⁸⁹ Na mesma linha, para Luiz Avolio também houve ofensa ao princípio da proporcionalidade na lei de interceptações telefônicas, em relação ao inciso III do art. 2º. Para os autores, fica evidente, na Carta Magna, uma preocupação com os direitos fundamentais, o que implica dizer que não foi a intenção do constituinte dar carta branca ao legislador ordinário. Diante disso, não é aceitável que a interceptação telefônica seja possível para todos os crimes cuja pena é de reclusão (AVOLIO, 2012, p. 187).

Ainda sobre o tema da proporcionalidade e sobre a abrangência dos crimes passíveis de interceptação telefônica, entende o doutrinador português Manuel da Costa Andrade que “o *catálogo* de crimes que pode legitimar um *agente encoberto* ou a *gravação entre presentes* terá de ser mais reduzido que o catálogo das *escutas telefônicas* e circunscrito a um espectro de crimes mais graves. Solução diferente não deixará de trazer consigo a inconstitucionalidade material da norma, *ex vi* princípio de *proporcionalidade* (ANDRADE, 2011, p. 546).

Ainda sobre os métodos ocultos de investigação, o que inclui interceptações, escutas e infiltrações, o autor entende que:

“Configurando invariavelmente um sacrifício de direitos fundamentais, os meios ocultos de investigação criminal começam por estar sujeitos – e este é um dos esteios irredutíveis do respectivo regime geral – a uma intransponível exigência de *reserva de lei*. Só são admissíveis e válidos se e na estrita medida em que gozam de expressa e específica consagração legal” (Idem, p. 542).

normativa de práticas policiais que se ligam a direitos fundamentais, como o da privacidade e da intimidade.

Nesse sentido, tendo como parâmetro a Lei 9.296/96, é possível pontuar alguns elementos básicos para o acesso a dados pessoais pela Polícia e pelo MP, como, por exemplo, a perícia em celulares ou em computadores: a) requisição de autorização judicial por parte da autoridade policial ou de membro do Ministério Público; b) autorização judicial devidamente fundamentada; c) especificações quanto ao objeto a ser investigado, bem como a forma de execução da diligência; d) identificação do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*; e) condição *sine qua non* da diligência; f) utilização do princípio da proporcionalidade para avaliação de que crimes é possível a quebra de sigilo de dados, reconhecendo que a abrangência do art. 2º em seu inciso III deve receber interpretação conforme à CF/88.

Ainda a respeito da Lei 9.296/96, importante mencionar o art. 9º e seu parágrafo único.

Art. 9º: A gravação que não interessar à prova será inutilizada por decisão judicial, durante o inquérito, a instrução processual ou após esta, em virtude de requerimento do Ministério Público ou da parte interessada.

Parágrafo único: O incidente de inutilização será assistido pelo Ministério Público, sendo facultada a presença do acusado ou de seu representante legal.

Convém salientar que essa norma carrega consigo uma determinada lógica. Uma vez que a interceptação telefônica, enquanto meio de prova, foi autorizada judicialmente, somente nesta instância é possível auferir sua (in)conveniência para a instrução probatória. Dessa feita, é inadmissível a dispensa discricionária de material colhido em violação de direitos fundamentais. Ou seja, uma vez que o material é colhido em inconteste violação aos direitos fundamentais da privacidade e da intimidade, defendemos que ele só poderá ser descartado com a devida ciência e autorização da instância autorizadora dessa violação.

Como a interpretação do texto legal deve ser realizada à luz da Constituição Federal, é de se entender que, não havendo requerimento do Ministério Público ou da parte interessada, deve o material coletado estar em sua devida integralidade. Ou seja, somente é possível a retirada de material coletado em violação a direito fundamental se requisitado pelas partes, não podendo ser feita de ofício pela autoridade policial¹⁹⁰.

¹⁹⁰ Como bem destaca Avolio (2012, p. 205-206), foi pouco técnico o legislador ao citar “parte interessada” no artigo. Não há partes no inquérito. No entanto, é possível interpretar que o investigado seja também interessado. Avolio indica ainda que dessa decisão é cabível apelação, nos termos do artigo 503, inciso II, do CPP.

A respeito do parágrafo único, o posicionamento aqui defendido é de que se deve aplicar a mesma regra utilizada para desentranhamento das provas ilícitas, disposta no art. 157, § 3º. Como explica Luiz Flavio Gomes, o juiz deve intimar ambas as partes para o momento do desentranhamento. Uma vez intimada, a parte exerce seu direito facultativo de comparecimento (GOMES, 2009). A diferença é quanto à presença do membro do MP no momento do desentranhamento. O CPP não obriga sua presença, enquanto a lei de interceptações prevê a obrigatoriedade.

No entanto, questiona-se a possibilidade da aplicação do dispositivo para o inquérito. E aqui nos deparamos com uma aparente inconsistência do legislador. Em um primeiro momento, a presença do defensor seria naturalmente facultativa, uma vez que o contraditório é diferido na fase inquisitorial. Porém, é questionável se o acusado, mesmo sem defensor constituído, deve ser intimado da decisão, ou seja, em plena investigação. Nesse sentido, é importante que se retome a natureza do inquérito. Em se tratando de sua natureza administrativa, com função de levantamento de informações, em que pese a ausência de contraditório, é possível afirmar que o referido dispositivo – que possibilita o descarte de material fruto da investigação – deva ser apenas utilizado, ou mesmo válido, na fase judicial. Assim, a dispensa ou inutilização de provas colhidas em face de um direito fundamental na fase administrativa do procedimento criminal não pode ser juridicamente aceitável.

Desse modo, para que se realize o devido processo legal, é natural o entendimento de que as provas alcançadas em violação a um direito fundamental cheguem ao judiciário em sua integralidade, não sendo possível seu descarte e sua inutilização em fase investigativa.

Nesse sentido, é possível que se diga que a lógica trazida pela norma, atinente ao artigo 9º da Lei 9.296/96, é: o material colhido em fase investigativa que está em afronta aos direitos fundamentais, e, logo, autorizado judicialmente, somente pode ser inutilizado ou desentranhado se passado pelo crivo da mesma instância autorizadora da violação¹⁹¹.

¹⁹¹ Esse entendimento se dá, inclusive, em concordância lógica com o que foi levantado pela jurisprudência do STJ e do STF. No HC 91.867, do Pará, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes do STF, houve o seguinte entendimento:

“3.4 Não cabe aos policiais executores da medida proceder a uma espécie de filtragem das escutas interceptadas. A impossibilidade desse filtro atua, inclusive, como verdadeira garantia ao cidadão, porquanto retira da esfera de arbítrio da polícia escolher o que é ou não conveniente ser interceptado e gravado. Valoração, e eventual exclusão, que cabe ao magistrado a quem a prova é dirigida”.

No entanto, reitera-se a crítica feita ao mesmo acórdão, uma vez que ele foi conivente com a abrangência descabida da autorização judicial de interceptação telefônica, atingindo uma gama imensa de pessoas, inclusive o advogado do réu.

Ainda sobre dados de interceptações telefônicas, relevante o acórdão referente ao HC 160.662¹⁹², de Relatoria da Ministra Assusete Magalhães no STJ. Em artigo sobre a temática, a ministra explica seu posicionamento.

No *writ* impetrado no Superior Tribunal de Justiça, discutia-se, entre outras teses defensivas, a ilicitude do produto das interceptações telefônica e telemática, em virtude da sua fragmentariedade e perda de sua unidade, dada a existência de áudios telefônicos descontínuos e mensagens eletrônicas não sequenciais, inclusive vinculadas à conta de *e-mail* do principal denunciado, as quais, após captadas, não foram armazenadas pelo provedor EMBRATEL, nem preservadas pela autoridade policial à qual direcionadas, com a perda irreparável da aludida fonte de prova de interceptação telemática (MAGALHÃES, 2014, p. 519).

Em resumo, a ministra argumenta, em voto vencedor, que, embora as interceptações do referido caso tenham sido autorizadas de forma lícita e devidamente justificadas, as provas não poderiam ser utilizadas. O fato de as provas produzidas não estarem acessíveis em sua completude, tendo sido extraviadas ou simplesmente cortadas por problemas técnicos, inviabilizou a ampla defesa e o contraditório. Não seria possível realizar a plena defesa se os defensores não tivessem acesso completo às provas que garantiam a imputação ao acusado.

A impossibilidade de acesso às mídias violou, inclusive, o conteúdo do enunciado número 14 da Súmula Vinculante do STF, que diz: “é direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de Polícia Fudiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”.¹⁹³

Sem deixar de mencionar o princípio da presunção de inocência, argumenta a ministra:

Nesse contexto, o extravio e a não juntada, aos autos, de parte dos elementos de prova, resultantes da quebra de sigilos telemático e telefônico, tornou-a imprestável, considerando-se a impossibilidade de a defesa, após a denúncia, confrontar ditos elementos informativos, mediante o acesso integral do material probatório colhido, em violação aos princípios da unidade e da comunhão da prova, inviabilizando, assim, o exercício do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal (MAGALHÃES, 2014, p. 522).

¹⁹² STJ, HC 160.662. Rel. Ministra Assusete Magalhães, Sexta Turma, DJe de 17/03/2014.

¹⁹³ Embora seja possível estar de acordo com o entendimento que não vê ofensa ao contraditório a dispensabilidade de uma degravação completa [trata-se de entendimento pacificado na jurisprudência. Por todos, STF, HC 91.867, Rel. Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe de 20/09/2012], é absolutamente inegável a necessidade para a defesa a possibilidade de acesso, a qualquer tempo, das mídias e dos dados gravados ou colhidos. Estes, sim, deverão estar sem vício e completos. Como já asseverado, a decisão a respeito de uma prova, se será ou não útil para a instrução processual, deve caber à defesa, a única legitimada para fazer esse critério de conveniência. Na sentença, obviamente, cabe ao juiz a valoração das provas, mas até este momento processual, não pode o critério de valoração do conteúdo probatório estar inacessível para a defesa.

Em síntese, o acesso a dados pessoais por parte das autoridades policiais deve estar submetido aos requisitos legais impostos pela Lei 9.296/96, no mesmo sentido em que o material coletado deve ser registrado e submetido a contraditório e a ampla defesa, ainda que posteriormente. Além disso, o descarte do material, que foi fruto da investigação autorizada judicialmente, somente pode ser realizado sob o controle do judiciário, não podendo ser alvo da mera discricionariedade policial.

3.3 A impossibilidade de “inutilização”¹⁹⁴ de informações colhidas em violação a direito fundamental.

Neste item, questiona-se especificamente o descarte, fruto do poder discricionário do policial, das informações levantadas em fase investigativa. No item anterior, a partir da interpretação da lei de interceptações telefônicas, defendeu-se que o descarte de material colhido, quando autorizado judicialmente, somente pode ser realizado com amparo do próprio judiciário.

No entanto, pergunta-se: ainda em fase investigativa, pode o material que foi colhido em violação a direitos fundamentais ser simplesmente descartado? Descartado aqui significa não compor o inquérito, simplesmente não ser entranhado, não estar acessível, ainda que posteriormente. Chama-se a atenção para a diferença em relação ao item anterior. Em certas ocasiões, a lei obriga a autorização judicial, como no caso da interceptação telefônica. Em outros casos, não há a necessidade de autorização judicial, porém, mesmo assim, pode haver violação de direito fundamental, em especial aos direitos à intimidade e à privacidade¹⁹⁵.

É o caso, por exemplo, de policiais que, munidos de fundada suspeita, entram em domicílio crendo que o investigado possa estar em situação de flagrante¹⁹⁶. No mesmo sentido, é a situação de campanas policiais que podem durar dias, que coletam imagens fotográficas ou videográficas do cotidiano de um suspeito. O mesmo é válido para o trabalho investigativo que consiste em coletar informações pessoais, ainda que públicas, ou de livre acesso, de determinado suspeito, para lhe traçar um perfil.

¹⁹⁴ Inutilização aqui é referência ao texto da Lei 9.296/96. No entanto, refere-se ao ocultamento, ao descarte, a não apresentação do trabalho policial investigativo.

¹⁹⁵ No entanto, reitera-se: defendo que, quando a diligência envolver violação de direito fundamental, ela somente poderá ser realizada com devida autorização judicial.

¹⁹⁶ Dessa situação, pode haver três situações hipotéticas: a primeira é a realização do flagrante; a segunda é a hipótese de a polícia não ter encontrado nada; a terceira é a de ter encontrado elementos ou informações que dão ensejo a mais investigação. Ainda que nada fosse encontrado, impõe-se o registro judicial da medida (em caso de posterior ação penal fruto de investigações sobre o mesmo sujeito), mesmo que ela tenha sido considerada legal.

Nesses casos, a informação levantada a respeito de determinado cidadão, ainda que sem autorização judicial, são situações em flagrante violação da intimidade e da privacidade. Tal prática, mesmo sob a justificativa de prevenção da ordem pública, é também exposição de imagem e de personalidade do indivíduo ao custo de sua privacidade.

Em tais situações, defende-se que todo o material coletado seja devidamente registrado no inquérito. A previsão constitucional da presunção de inocência impõe que o Estado seja transparente em sua atividade, não podendo o sistema jurídico ser tolerante com práticas que atuam na obscuridade ou à margem da lei. Nesse sentido, defende-se que todo o material coletado, quando este envolver a violação de direitos fundamentais, esteja devidamente registrado no inquérito policial, ainda que o acesso do investigado a esse registro se dê em momento posterior.

Pela pesquisa empírica, foi possível ouvir dos próprios policiais como é o funcionamento desse trabalho de levantamento de dados (ou investigação)¹⁹⁷. Ao explicar sobre a divisão de funções existente dentro da Polícia Militar (atividades internas, ostensivas e veladas), um dos presentes afirmou que “no corpo da PM, o coração é o pessoal de rua” (PMPR), porque é através das informações levantadas que está o funcionamento da Polícia Militar.

Os policiais ostensivos não têm e não podem ter uma rotina, mas devem cumprir um horário. Já os velados (da inteligência) trabalham a partir de ordens de serviço direcionadas. Se os primeiros souberem que há tráfico, por exemplo, passam para o serviço de inteligência, que buscará todos os dados possíveis para verificar o fato. Para essa atividade, como disseram os policiais, não existe prazo. Segundo um PMPR, “já chegou a demorar um ano e meio de investigação”.

A respeito da troca de informações entre os diferentes tipos de policiamento, um policial explicou:

Geralmente acontece assim: é colocado dentro da escola um suposto aluno para fazer tráfico de drogas ou fazer clientes. Numa sala de 30, um ou dois alunos, pela formação que tem, não concorda com aquilo e repassa para o pai. Esse pai repassa para a direção. Primeiramente, a gente já faz o monitoramento: vê a ficha disciplinar desse aluno em outros colégios que ele estudou, se tinha alguma convivência ou ocorrência relacionada à droga, a gente vai ver como é a participação da família no dia a dia da educação, se

¹⁹⁷ Remete-se ao item sobre metodologia (2.1). No caso levantado acima, refere-se à metodologia de grupo focal, realizada nas três cidades envolvidas, com Policiais Militares. Por se tratar de uma pesquisa sobre abordagem nos crimes de tráfico de drogas, o pedido junto às PM foi a de dar preferência a policiais que atuaram na inteligência, também chamados de “P2” ou “águia”.

são prestativos a vir a escola ou não, se tem uma família constituída ou não. Com todas essas informações a gente começa a formar uma característica daquele aluno. E, por último, se houver uma possibilidade de ele ser um simples distribuidor e há um peixe maior, um traficante, a gente já não atua e repassa essas informações para o serviço reservado. Daí eles vão trabalhar com maiores detalhes. Se a situação for isolada daquele aluno, se faz a abordagem, a revista. Se tiver a droga, é encaminhado à delegacia. Se não tiver com droga no momento, é encaminhado para o serviço tutelar para que se veja a formação daquela família (PMPR)¹⁹⁸.

Ou seja, como pode ser observado na fala do policial, há de fato um trabalho de investigação e de infiltração (ou, eufemisticamente, *levantamento de informações*) realizado pela PM, inclusive em relação a menores de idade. Esse trabalho consiste em traçar um perfil do suspeito, conhecer sua rotina, seu dia-a-dia, seus relacionamentos pessoais e uma possível imersão no crime organizado do tráfico de drogas.

É evidente que há violação do direito à privacidade. Como já afirmado acima neste trabalho, não é porque uma informação é pública, como local de trabalho e endereço, que o conjunto dessas informações, unidas para elaboração de perfil e controle, não esteja ferindo a privacidade. Trata-se de uma invasão do Estado, por meio de seu aparato repressor, na vida de um cidadão inocente.

A pesquisa empírica não realizou grupos focais com policiais civis. Porém, evidencia-se nos processos digitalizados que há também (senão mais) a prática da realização de investigações antes do flagrante. É o que se observa, por exemplo, no Relatório Policial (fls. 31-34) no processo nº: 2012.01.11.68444-7, da 1ª VECPDF:

Esta Seção de Repressão as Drogas vem realizando um intenso trabalho de investigação que dura cerca de 5 (cinco) meses a respeito de drogas que vem sendo realizado por E., vulgo B., juntamente com seus familiares em sua residência, sito: (...) (Relatório Policial, fl. 31).

No caso, como se observa, as operações investigativas eram a respeito de todo o ambiente familiar do cidadão E.- Mais a frente, indica o relatório que várias prisões já haviam ocorrido e que a suspeita, por ora, era de que a filha, ré no processo, teria dado sequência à boca de fumo.

Nesse processo, assim como em outros, há apenas a indicação de “intensas investigações”, sem a apresentação de quaisquer dados coletados e tratados. O problema é que não é possível delimitar ou caracterizar o nível de intromissão na vida dos suspeitos. Assim, é impossível fazer uma avaliação da validade da prática policial na coleta dessas informações.

¹⁹⁸ (Relatório Final, 2013, p. 196 e 197).

No entanto, como o flagrante foi realizado, toda a investigação prévia fica tacitamente validada. Fato esse que foi alvo de crítica no primeiro capítulo.

Porém, reitera-se, não está se defendendo aqui o fim da prática dessas atividades (embora possa sim fazer-se uma crítica de competência da Polícia Militar para tal)¹⁹⁹. Porém, na medida em que esse ajuntamento de informações pessoais esteja sendo colhido para um trabalho investigativo, o material deve ser devidamente registrado para futuro acesso do cidadão investigado.

Em contraste, sobrepondo os processos colhidos na referida pesquisa com os comentários dos policiais militares nos grupos focais, fica evidente que essas informações são simplesmente descartadas ou guardadas internamente nos quadros da Polícia. Na prática, pelo menos em relação aos crimes de tráfico de drogas, todo o trabalho investigativo ou de levantamento de informações serve para garantir uma abordagem bem sucedida. No entanto, tal prática consiste em ato administrativo inexistente.

A crítica que se faz, portanto, é que não se pode negar a importância desses atos para uma futura condenação, de modo que eles se mostram claramente influentes ao longo do processo. Ou seja, trata-se de uma prática com significativo reflexo no mundo jurídico, mas que este simplesmente não pode alcançar.

A prática antidemocrática de investigação pessoal, sem que isso seja um dia revelado ao mundo do direito ou ao próprio investigado, foi tristemente recorrente na ditadura militar brasileira. Não se pode negar o reflexo dessa prática ditatorial nas Polícias brasileiras, que recebem a repulsiva leniência do judiciário.

A Constituição Federal de 1988, reconhecendo devidamente o absurdo de tais práticas, prescreve que o acesso às informações pessoais é direito fundamental. Em dois

¹⁹⁹ Percebemos, a partir dos grupos focais, em especial na PMDF, o inconformismo dos policiais militares com o conflito de competências com a Polícia Civil (em relação à competência de investigação). Como se sabe, a competência para investigar é típica da Polícia Judiciária, sendo a da Polícia Militar restrita ao trabalho ostensivo. Porém, com o avanço da guerra às drogas, principalmente após a nova legislação de 2006, a Polícia Militar teve de se sofisticar e começou a também realizar um trabalho de investigação. De fato, mesmo com esse trabalho de investigação da Polícia Militar, como pode se observar nos dados coletados, o combate ao tráfico em seu miolo continua ineficiente, e o alvo de ambas as polícias continua sendo a velha seletividade já conhecida do sistema criminal.

Diante dessa “invasão de competência”, a Polícia Civil tem se irredimido de a Polícia Militar estar ultrapassando os limites constitucionais, enquanto esta reclama das limitações ao seu trabalho policial. Essa lide, muitas vezes, é resolvida por mera terminologia, dizendo a PM que realiza “levantamento de informações” e não investigação. Por vezes, há a intervenção do Ministério Público, que indica os limites legais de cada competência. Não tão relevante para o presente trabalho, essa questão indica, sem apresentar dúvidas, que há de fato um trabalho policial, seja ele da Militar ou da Civil, que atua no levantamento de dados pessoais de indivíduos suspeitos.

dispositivos, é possível observar a lógica com que a organização do Estado Brasileiro deve se pautar.

CF/88, Art. 5º

XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;

Como já ponderado, quando se tratar de investigação sigilosa, na qual esse sigilo é imprescindível para o combate a uma atividade criminosa, o procedimento a ser seguido é o registro para acesso diferido. Mesmo que em momento posterior, o cidadão, culpado ou não, tem o direito de acesso às informações que contra ele foram levantadas. Reitera-se: não é aceitável que haja instituições, ainda hoje, que pratiquem atos à margem da lei, na obscuridade. Sem registro ou instrumentos autorizadores legais de tais levantamentos de dados pessoais, não se trata de investigação, mas de pura perseguição.

No mesmo sentido, ainda na interpretação constitucional, está presente a figura do *habeas data*. Tal instituto está prescrito no art. 5º, inciso LXXII, da CF/88.

LXXII - conceder-se-á "habeas-data":

- a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;
- b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo;

Em uma crítica à utilização restrita que o *habeas data* adquiriu na prática, Gilmar Ferreira Mendes explica que “Em verdade, a questão central que o instituto pretendeu arrostar assenta-se, muito provavelmente, no plano direito material, isto é, em saber que condições e limites dados pessoais, enquanto materialização do direito de personalidade, podem ser arquivados” (MENDES, 2009, p. 589).

De fato, considerando o momento histórico em que a Constituição Federal foi criada, fica claro que a intenção do legislador originário era de proteger o cidadão contra aqueles que detêm em sua função o poder repressor estatal, impondo a estes a cautela e as restrições legais. Assim, limita-se o Estado em seu poder, protegendo o cidadão contra perseguições políticas, ideológicas e, é claro, em sua presunção de inocência.

Em resumo, somente é juridicamente aceitável que uma pessoa esteja submetida ao poder estatal quando este é exercido dentro de parâmetros legais e constitucionais, em respeito aos direitos humanos e fundamentais, impondo que os agentes do Estado não atuem

na obscuridade ou à margem da lei, sem que haja registro do que foi coletado para posterior acesso.

CONCLUSÃO

A partir da pesquisa empírica realizada para esta dissertação, foi observado que, apesar do uso recorrente das tecnologias, por parte dos órgãos policiais, para investigação nos crimes de drogas, há um gerenciamento do poder acusatório do registro desse uso. Nesse contexto, o inquérito policial, momento de registro das atividades policiais, funciona como dispositivo de atualização do modelo inquisitorial.

Dizer que o inquérito policial funciona como dispositivo significa apontá-lo enquanto um instrumento de poder pelo qual se conserva a estrutura de opressão e de controle sobre determinados grupos sociais, em especial a população negra e de vulnerabilidade social. Esse funcionamento é realizado de maneira velada e mascarada que, apesar de sua pretensão de racionalidade, é marcada por uma lógica unidimensional que não se submete à crítica ou a critérios mínimos de legitimação.

Foi possível observar uma validação automática do inquérito policial no processo penal. Essa validação se dá pelo reconhecimento da autoridade policial e de seus atos, inclusive do tirocínio policial e do subjetivismo atinente à percepção dos suspeitos, a partir da não judicialização dos elementos que antecedem e que constituem o inquérito. Dessa forma, a ponta de lança da repressão da política de drogas não entra no crivo do judiciário, não se submetendo aos critérios de legitimação e de adequação ao modelo jurídico acusatório e constitucional.

A partir disso, buscou-se demonstrar como essa validação automática do inquérito policial no processo se apresenta como verdadeira exceção. Assim, a aplicação do direito a partir de um fundamento racional explícito e crítico é suspensa em detrimento de uma validação automática que acaba servindo a uma racionalidade instrumental, direcionada e unidimensional.

Nesse sentido, o sistema criminal de justiça mantém-se carente de legitimidade. O uso das tecnologias na política criminal de drogas se insere em um contexto de uma gerência política específica. A gerência do uso das tecnologias a partir do inquérito, validada tacitamente por uma pretensa racionalidade implícita e neutra, mantém seu caráter ideológico de manutenção dos poderes instituídos, especialmente contra grupos vulneráveis, especialmente a populações negras.

Esse caráter unidimensional da política de repressão às drogas foi demonstrado pelos resultados da pesquisa empírica, evidenciando a extrema seletividade racial da política de drogas, o que sustenta fortemente a hipótese de que a sua função primordial é de controle e de higienização social. O verdadeiro alvo da política de guerra às drogas não são os grandes

traficantes, mas principalmente pessoas pobres, negras e dependentes do crack. Não é a organização criminosa, o tráfico organizado, que se submete à vigilância policial e ao rigor judicial, mas os marginalizados, os excluídos socialmente, o tráfico de varejo, o tráfico da dependência galopante. Nesse cenário, a tecnologia atua como fator de eficiência para essa política repressiva.

Foi possível concluir que as tecnologias no processo penal e no inquérito não transformam a realidade do Sistema de Justiça Criminal em direção à efetivação de direitos fundamentais e ao devido processo legal coerente com o sistema acusatório. Ao contrário, ao mesmo tempo em que o punitivismo estatal não consegue apresentar respostas satisfatórias ao combate ao tráfico de drogas, o uso das tecnologias acaba gerando mais eficiência de controle e de condenações das populações negras e daquelas em vulnerabilidade social.

Essa realidade mantém viva a estrutura racista e autoritária das instituições estatais. Observou-se que as instituições policiais atuam conforme o *racial profiling* [filtramento racial] a partir do exercício de seu poder discricionário, fazendo prevalecer o subjetivismo das ações em direção a determinados grupos sociais. Isso significa dizer que a “ausência de filtro” na definição de suspeitos, que a falta de controle judicial quanto ao fundamento das suspeitas (fugindo peremptoriamente ao texto legal), aponta a origem do padrão institucional de seletividade.

O judiciário, por sua vez, na medida em que nega a oportunidade do debate judicial e público sobre as abordagens policiais, acaba por consentir e por permitir que o seletivismo se perpetue. Essa postura enfraquece a legitimidade das instituições policiais e judiciais, produz um silenciamento forçado das vítimas desse racismo institucionalizado, e permite a reprodução de padrões sociais de preconceito e de exclusão.

Na contramão desse cenário, evitando cair na tentação de um fatalismo paralisante, propõe-se uma conformidade constitucional das práticas policiais e judiciais em relação à política de drogas. Essa conformidade pode ter início com a valorização do poder normativo dos direitos fundamentais, em especial os da vida privada e da intimidade.

Defende-se a normatividade desses direitos fundamentais em relação à estrutura legal infraconstitucional. Assim, é com base nos direitos fundamentais, em especial os da vida privada e da intimidade, que se justifica o controle judicial das atividades de persecução criminal, impondo a judicialização das fontes e dos meios de prova referentes à atividade dos órgãos investigatórios.

Para tanto, buscou-se o reconhecimento da complexidade fenomenológica da tecnologia para compreender sua nova dinâmica na vida das pessoas. O aumento da

possibilidade de comunicações instantâneas e das inúmeras formas de registro de dados e de informações pessoais no mundo tecnológico concede nova concepção que cada pessoa tem de si e do outro. Essa nova realidade tem o poder de alterar as estruturas sociais, bem como o de ampliar os horizontes éticos dos indivíduos, de maneira tal que novas subjetividades e corporeidades são formadas. Impõe-se, portanto, uma atualização hermenêutica, a conformidade constitucional, em relação ao uso da tecnologia por parte das agências estatais.

Nesse sentido, na medida em que as tecnologias permitem ao Estado um enorme poder de controle ou de vigilância sobre os cidadãos, os direitos à vida privada e à intimidade devem ser o freio legal para esse potencial. Em um Estado com características autoritárias e policialescas, o poder normativo desses direitos fundamentais é crucial para a efetivação da democracia.

A seletividade racial e a constante violação a direitos fundamentais da política criminal de repressão às drogas demonstram a alarmante contradição dessa política. Nesse contexto, a tecnologia não tem correspondido à efetivação de direitos, tampouco tem contribuído para a construção de um Estado efetivamente democrático. Diante desse quadro de carência de legitimidade do direito penal, destaca-se a importância do debate antiproibicionista da política de drogas. Ao lado de Zaffaroni (2001, p. 106), em resposta à perda de legitimidade do direito penal, defendemos o caminho do *direito penal mínimo*, não o caminho do punitivismo.

REFERÊNCIAS

- ADORNO, Theodor W.; HORKHEIMER, Max. **Dialética do Esclarecimento**: Fragmentos Filosóficos. [s.l.:s.n]. 2015. Disponível em: <http://www.nre.seed.pr.gov.br/umuarama/arquivos/File/educ_esp/fil_dialetica_esclarec.pdf>. Acesso em: 16 jan. 2015.
- AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. Tradução Iraci D. Poleti. 2ª ed. São Paulo: Boitempo, 2004.
- _____. **Homo Sacer**: O poder soberano e a vida nua. Tradução Henrique Burigo. 2ª ed. Belo Horizonte, UFMG, 2010. 197p.
- AGUIAR, Roberto A. R. de. **Os filhos da flecha do tempo: pertinência e rupturas**. Brasília: Letraviva, 2000. 357p.
- ALLEN, Anita L. **The natural Law origins of the american right to privacy**: natural law, slavery and the right to privacy tort. Natural Law, Symposium, Fordham Law School. 2012. Disponível em: <[https://www.law.upenn.edu/cf/faculty/aallen/workingpapers/81FordhamLRev1187\(2012\).pdf](https://www.law.upenn.edu/cf/faculty/aallen/workingpapers/81FordhamLRev1187(2012).pdf)>. Acesso em 01 abr. 2015.
- AMAR, Paul. Táticas e termos da luta contra o racismo institucional nos setores de polícia e de segurança. *In*: RAMOS, Silvia; MUSUMECI, Leonarda; com artigos de Paul Amar e Marcelo Paixão. **Elemento Suspeito**: abordagem policial e discriminação na cidade do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2005.
- ANDERSON, Terry M.; GARDNER, Thomas J. **Criminal evidence, principles and cases**. 8ª ed. Wadsworth Cengage Learning. 2013. 543p.
- ANDRADE, Manuel da C., Métodos ocultos de Investigação (Plädoyer para uma teoria geral), *In* BONATO, Gilson (org.). **Processo Penal, Constituição e Crítica**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2011. p. 531-550.
- ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**. Tradução Roberto Raposo. Revisão Técnica: Adriano Correia. 11ª ed. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2010. 407 p.
- _____. **As Origens do Totalitarismo**. Tradução Roberto Raposo. São Paulo. Companhia das Letras. 1989.
- _____. **Eichmann em Jerusalém**. Um relato sobre a banalidade do mal. Tradução José Rubens Siqueira. São Paulo. Companhia das letras. 2013. 336p.
- _____. **Reflections on Littler Rock** (ca. 1960) [s.l.:s.n]. p. 45-56. Disponível em: <http://learningspaces.org/forgotten/little_rock1.pdf>. Acesso em: 01 fev. 2015.
- _____. **The Portable Hannah Arendt**. Penguin Classics. 2000. 575p.
- AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas Ilícitas**. Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas. 5ª ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2012. 255p.
- BARROS, Andre; PERES, Marta. **Proibição da maconha no Brasil e suas raízes históricas escravocratas**. Revista Periféria, UERJ, v. III, nº 2, 2012.

- BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo. Saraiva, vol. 2. 1989.
- BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade e Holocausto**. Tradução Marcus Penchel. Rio de Janeiro, Zahar, 1998. 266p.
- BENTHAM, Jeremy. *In*: MORRIS, Clarence. **Os Grandes Filósofos do Direito: leituras escolhidas em direito**. Tradução Reinaldo Guarany. São Paulo, Martins Fontes, 2002. p. 260-287.
- BOITEUX, Luciana; CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de; VARGAS, Beatriz. BATISTA, Vanessa Oliveira; PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas. **Tráfico de Drogas e Constituição**. Série Pensando o Direito. Secretaria de Assuntos Legislativos. Ministério da Justiça, PNUD. PRODOC BRA/08/001. 2009a.
- BOITEUX, Luciana. **Tráfico e Constituição: um estudo sobre a atuação da justiça criminal do Rio de Janeiro e de Brasília no crime de tráfico de drogas**. Rev. Jur., Brasília, v. 11, n. 94, p.1-29, jun./set. 2009b.
- BRASIL. **Constituição Federal** (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.
- BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689**, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro. 1941.
- BRASIL. **Lei nº 7.210**, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Brasília, DF. 1984.
- 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. 1996.
- BRASIL. **Lei nº 11.343**, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas. Brasília, DF. 2006.
- BRANDEIS, Louis; WARREN, Samuel. **The right to privacy**. Harvard Law Review, v. 04. 1890. Disponível em <<http://faculty.uml.edu/sgallagher/Brandeisprivacy.htm>> . Acesso em 20 dez. 2014.
- BUTLER, Alan; ROTENBERG, Marc. *Symposium. In: Riley v. California: a unanimous Supreme Court sets out Fourth Amendment for digital age*. Scotusblog, Jun. 2014, disponível em: <<http://www.scotusblog.com/2014/06/symposium-in-riley-v-california-a-unanimous-supreme-court-sets-out-fourth-amendment-for-digital-age>>. acesso em: 15 fev. 2015.
- BYRNE, James; MARX, Gary. **Technological Innovations in Crime Prevention and Policing**. A Review of the Research on Implementation and Impact. Cahiers Politiestudies Jaargang 2011-3, nr. 20. p. 17-40.
- CABRAL, José. **Sacrifício Digital. 5 aforismos sobre o corpo no espaço tecnológico**. *In: Corpo e Imagem*. LYRA, Bernardette (org.); GARCIA, Wilton (org.). São Paulo, Arte e Ciência. 2002. p. 241-251.
- CARVALHO, Gabriela Ponte. **O aviso de Miranda e a prova ilícita por derivação**. Monografia de Conclusão de Curso (Graduação). Faculdade de Direito. Universidade de Brasília, 2013.
- CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil** (Estudo Criminológico e Dogmático da Lei 11.343/06). 5ª ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010. 343 p.

CARVALHO, Salo de. **Política de Guerra às Drogas na América Latina entre o Direito Penal do Inimigo e o Estado de Exceção Permanente**. Crítica Jurídica, v. 25, p. 261-276, 2006.

_____. Revisita à desconstrução do modelo jurídico inquisitorial. *In: Processo Penal, Constituição e Crítica*. Gilson Bonato (org.), Rio de Janeiro, Lumen Juris. 2011. p. 773-792.

CASTRO, A. Aldemário. **A internet e os tipos penais que reclamam ação criminosa em público**. Petrópolis, Revista de Direito Eletrônico (IBDE), v. 1, n.2, 2003.

CNJ (Conselho Nacional de Justiça). **Tráfico de drogas está ligado a 65% das prisões de mulheres no Brasil**. 2011. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/57252-traffic-de-drogas-est-ligado-a-70-das-prisoos-de-mulheres-no-brasil>>. Acesso em 02 fev. 2015.

COMISSÃO GLOBAL SOBRE DROGAS. **Relatório**. Rio de Janeiro: 2011. Disponível em <http://www.globalcommissionondrugs.org/wp-content/themes/gcdp_v1/pdf/Global_Commission_Report_Portuguese.pdf>. Acesso em 02 fev. 2015.

COSTA, Augusto César Valle Rodrigues da. Legalização das drogas: um debate necessário no Brasil. *In: DEUS GARCIA, Rafael; COSTA, Alexandre Bernardino. (Org.). Quiáltera*. Otimismo. Brasília/DF, 2014. p 125-144.

COSTA JR., Paulo José. **O direito de estar só: Tutela penal da intimidade**. 2ª ed. São Paulo. RT, 1995. 95p.

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma**. Tradução Roberto Leal Ferreira. São Paulo. Martin Claret, 2009. 413 p.

CRONENBERG, David. **Videodrome**. Universal. 87 min. 1983.

DERRIDA, Jacques. **Força de Lei: o fundamento místico da autoridade**. Tradução Leyla Perrone-Moisés. 2ª ed. São Paulo, Martins Fontes, 2010. 145 p.

DEUS GARCIA, Rafael de.; QUEIROZ, Marcos V. L. Attica: Uma alegoria de opressão. *In: DEUS GARCIA, Rafael; COSTA, Alexandre Bernardino. (Org.). Quiáltera*. Otimismo. Brasília/DF, 2014. p. 103-123.

DIAS NETA, Vallêda Bivar Soares. **Vida privada e intimidade: estrutura, conceito, função e limites na busca da tutela integral da pessoa humana**. Conpedi. Fortaleza. 2010. p. 8136-8156.

DONEDA, Danilo. **Privacidade, vida privada e intimidade no ordenamento jurídico brasileiro**. Da emergência de uma revisão conceitual e da tutela de dados pessoais. Portal Âmbito Jurídico. 2014. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2460#_ftn27> Acesso em 21 dez. 2014.

DOSTOIÉVSKI, Fiódor. **Recordações da Casa dos Mortos**. Tradução José Geraldo Vieira. São Paulo, Martin Claret, 2006. 316 p.

DUARTE, Evandro C. Piza ; MURARO, Mariel ; SILVA, Marina Lacerda ; DEUS GARCIA, Rafael de. Quem é o suspeito do crime de tráfico de drogas? Anotações sobre a dinâmica dos preconceitos raciais e sociais na definição das condutas de usuário e traficante pelos Policiais Militares nas Cidades de Brasília, Curitiba e Salvador. *In: Isabel Seixas de Figueiredo. (Org.). Segurança pública e direitos humanos: temas transversais*. Brasília-DF, Ministério da Justiça (SENASP), 2014, v. 5, p. 81-120.

DUARTE, Evandro C. Piza. **Do Medo da Diferença à liberdade com igualdade: As Ações Afirmativas para Negros no Ensino Superior e os Procedimentos de Identificação de seus Beneficiários.** Tese (Doutorado). Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, 2011.

DUCLERC, Elmir. **Prova Penal e Garantismo: uma investigação crítica sobre a verdade fática construída através do processo.** Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2004. 178p.

ESPINOSA. **Vida e Obra.** Coleção Os Pensadores. Nova Cultura Ltda., 2004.

FERNANDES, Fernando do Carmo. **Inteligência ou Investigações?** Revista Brasileira de Inteligência - ABIN. Brasília/DF. v. 2, n. 3, set. 2006. p. 07-19.

FERNANDES, José Ricardo Oriá. **Ensino de história e diversidade cultural: desafios e possibilidades.** Cad. CEDES, vol. 25, nº 67, Campinas/SP. Set/Dec. 2005.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do garantismo penal.** Tradução Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 1ª ed. Revista dos Tribunais. São Paulo. 2002.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **A Ciência do Direito.** 2ª. ed., São Paulo, Atlas, 1980. 47p.

_____. **Sigilo de Dados: O direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado.** Revista da FD-USP, v. 88. 1993. p. 439-459.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. **Corpo Negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro.** Dissertação (Mestrado). Universidade de Brasília. 2006.

FOUCAULT, Michel. **A Verdade e as formas jurídicas.** Tradução Eduardo Jardim e Roberto Machado. Rio de Janeiro, NAU, 2013.

_____. **Microfísica do Poder.** Org. Roberto Machado. [s.l.:s.n] 2015. Disponível em: <http://disciplinas.stoa.usp.br/pluginfile.php/81007/mod_resource/content/1/TC%20Sobre%20a%20hist%C3%B3ria%20da%20sexualidade.pdf>. Acesso em 01 fev. 2015. 174 p.

_____. **Nascimento da biopolítica.** Tradução Eduardo Brandão. Org. Michel Senellart. São Paulo, Martins Fontes, 2008. 747p.

_____. **Vigiar e Punir.** História da Violência nas Prisões. Tradução Raquel Ramallete. 39ª ed. Petrópolis/RJ, Vozes, 2011. 291p.

GAITO, Alfredo; et al.. **Diritto alla riservatezza e intercettazioni: un bilanciamento è possibile?** Facoltà di Giurisprudenza, Sapienza Università di Roma. [s.l.:s.n]. 2012/2013 e disponível em: <http://www.archiviopenale.it/apw/wp-content/uploads/2013/06/Diritto_alla_riservatezza_indagine_processo_Relazione_finale.pdf>. Acesso em 22 dez. 2014

GEMBICKI, Mark M.; SHAKER, Steven M. **The War Room guide to competitive intelligence.** [s.l.]. McGraw-Hill, 1998.

GIANORDOLI-NASCIMENTO, Ingrid Faria, et al. **Construção da memória histórica da ditadura militar brasileira: contribuição das narrativas de familiares de presos políticos.** Psicologia e Saber Social, v. 1(1), 2012. p. 103-119.

GIANORDOLI-NASCIMENTO, Ingrid Faria, et al. **Mulheres brasileiras e militância política durante a ditadura militar:** a complexa dinâmica dos processos identitários. *Interam. j. psychol.* v.41 n.3 Porto Alegre, dez. 2007.

GINZBURG, C. Matar um Mandarim Chinês: As implicações morais da distância. *In: Olhos de Madeira*, São Paulo/SP. Cia das Letras, 2001. p. 199-218.

GLAZE, Lauren E. **Correctional Populations in the United States.** U.S. Department of Justice Office of Justice Programs Bureau of Justice Statistics BJS Bulletin BJS Statistician, NCJ 236319, 2010. Disponível em: <<http://www.bjs.gov/content/pub/pdf/cpus10.pdf>>, acesso em 02 fev. 2015.

GOFFMAN, Erving. **Manicômios, Prisões e Conventos.** Tradução Dante Moreira Leite. São Paulo, Perspectiva, 2010. 312 p.

GOMES, Luiz Flávio. **Natureza jurídica da serendipidade nas interceptações telefônicas.** [s.l.:s.n]. Disponível em <http://www.lfg.com.br>. 18 de março de 2009. Disponível em: <http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20090316100443595&mode=print>. Acesso em fev. 2015.

_____. **Provas ilícitas e ilegítimas: distinções fundamentais.** [s.l.:s.n]. 2009. Disponível em: <http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20091019101935546&mode=print>. Acesso em: 18 nov. 2014.

GONET BRANCO, Paulo Gustavo. Direitos Fundamentais em espécie. *In: Curso de Direito Constitucional.* 4ª ed. São Paulo, Saraiva, 2009. p. 393, 464.

GOUGH, J. W. Introdução. *In: LOCKE, John. Segundo Tratado do Governo Civil.* Tradução Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. [s.l.]. Vozes. 2013. Disponível em http://www.xr.pro.br/IF/LOCKE-Segundo_tratado_Sobre_O_Governo.pdf. Acesso em 30 jul. 2013.

GRINOVER, Ada P. **Liberdades públicas e processo penal:** interceptações telefônicas. São Paulo, Saraiva, 1976.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; SCARENCE FERNANDES, Antonio. **Recursos no processo penal:** teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamação aos tribunais. 7ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011.

GUIMARÃES, Issac Sabbá. **Habeas Corpus:** críticas e perspectivas. 3ª ed. Curitiba, Juruá, 2009. 300p.

HABERMAS, Jürgen. Technical Progress and the Social Life-World. *In: SCHARFF, R. C.; DUSEK, V. Philosophy of Technology:* The technological Condition; An anthology. Oxford, Blackwell Publishing ltd, 2012. p 530-535.

HABERMAS, Jürgen. Técnica e Ciência enquanto “ideologia”. *In: Benjamin, Habermas, Horkheimer, Adorno:* Textos escolhidos. São Paulo. Abril Cultural. 1983. p. 313-343.

HARAWAY, D. “A Cyborg Manifesto: Science, Technology, and Socialist-Feminism in the Late Twentieth Century”. *In: SCHARFF, R. C.; DUSEK, V. Philosophy of Technology:* The technological Condition; An anthology. Oxford, Blackwell Publishing ltd, 2012. p. 429-450.

_____. **Manifesto Ciborgue:** Ciência, Tecnologia e Feminismo-Socialista no Final do Século XX. [s.l.]. Infodesign: Imagem e Complexidade, Texto 01, 2009.

HEIDEGGER, Martin. A Questão da Técnica. *In: Ensaios e Conferências*. Tradução Emmanuel Carneiro Leão; Gilvan Fogel; Márcia Sá Cavalcante Schuback. 7ª ed. Petrópolis, Vozes. Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2006.

_____. The question concerning technology. *In: SCHARFF, R. C.; DUSEK, V. Philosophy of Technology: The technological Condition; An anthology*. Oxford, Blackwell Publishing ltd, 2012. p. 252-264.

HEIM, Michael H. “Heidegger and McLuhan and the Essence of Techlogy” *In: SCHARFF, R. C.; DUSEK, V. Philosophy of Technology: The technological Condition; An anthology*. Oxford, Blackwell Publishing ltd, 2012. p. 539-555.

HOBBS, Thomas. **O Leviatã**. Tradução João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo, Nova Cultura Ltda., 2004.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA - IBGE. **Características étnico-raciais da população**: um estudo das categorias de classificação de cor ou raça. Ministérios do Planejamento, Orçamento e Gestão. 2008. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/caracteristicas_raciais/PCERP2008.pdf>. Acesso em 01 fev. 2015.

IHDE, Don. A phenomenology of Technics. *In: SCHARFF, R. C.; DUSEK, V. Philosophy of Technology: The technological Condition; An anthology*. Oxford, Blackwell Publishing ltd, 2012. p. 507-529.

_____. **Postphenomenology and Technoscience: The Peking University Lectures**. Albany, SUNY Press, 2009. 92 p.

ISRAEL, Jerold H.; KAMISAR, Yale; KING, Nancy J.; LAFAVE, Wayne R. **Proceso Penal y Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica**: Casos destacados del tribunal supremo y texto introductorio. Tirant lo Blanch. Valencia. 2012.

JESUS, Damásio de. **Athenis, a deusa da justiça, é cega; os homens, porém, não querem juízes cegos**. *In: Revista Jurídica Consulex*. Videoconferência no Judiciário Criminal. Ano XIII – nº 292. Mar. 2009, p. 28 e 29

KANT DE LIMA, Roberto. **Direitos Civis, Estado de Direito e cultura policial a formação policial em questão**. Republicação. Revista Preleção, v. 1, 2007. p. 73-92.

_____. **Sensibilidades jurídicas, saber e poder**: bases culturais de alguns aspectos do direito brasileiro em uma perspectiva comparada. Anuário Antropológico/2009-2, 2010. p. 25-51.

KARAM, Maria Lucia. A Lei 11.343/06 e os repetidos danos do proibicionismo. *In: Drogas e Cultura: Novas Perspectivas*. Beatriz Caiuby Labate, Sandra Lucia Goulart, Mauricio Fiore, Edward MacRae e Henrique Carneiro (Organizadores). Salvador, Edufba, 2008. p. 105-122.

_____. **Sem o fim da “guerra às drogas” não haverá desmilitarização**. Relatório 2013 da Comissão de Defesa dos Direitos Humanos e Cidadania da Assembleia Legislativa do estado do Rio de Janeiro (ALERJ). 2013. Disponível em <<http://www.leapbrasil.com.br/textos>>. Acesso em 01 fev. 2015.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. 7ª ed. São Paulo. Martins Fontes, 2006. 427p.

KUBRICK, Stanley. **Laranja Mecânica** [*A clockwork orange*]. Warner Bros. 1971. 136 min.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: a contribuição de Hannah Arendt. Estudos Avançados, São Paulo, USP, v. 2, n.30, 1997. p. 55-65.

LE BRETON, David. **Antropologia do corpo e Modernidade**. Tradução Fábio dos Santos Creder Lopes. 3 ed., Petrópolis/RJ, Vozes, 2013. 407p.

LÉVINAS, E. **Humanismo do outro homem**. Tradução Pergentino S. Pivatto (coord.). 3ª ed. Petrópolis/RJ, Vozes, 2009.

LÉVY, Pierre. O que é o virtual? Tradução Paulo Lemos. [s.l.;s.n.] 2015. Disponível em: <http://www.mom.arq.ufmg.br/mom/arq_interface/6a_aula/o_que_e_o_virtual_-_levy.pdf>. Acesso em 02 fev. 2015.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 10ª ed. São Paulo, Editora Saraiva, 2013.

LOUREIRO, Isabel. Herbert Marcuse, Crítico do Capitalismo Tardio: Reificação e Unidimensionalidade. *In: O Pensamento Alemão no Século XX: grandes protagonistas e recepção das obras no Brasil*. 1ª ed. Vol. I. São Paulo, Cocac Naify, 2013. p. 257-302.

LUZ, Rogerio. Novas Imagens: efeitos e modelos. *In: PARENTE, André (org.). Imagem Máquina: A Era das Tecnologias do Virtual*. São Paulo, Editora 34, 2008. p. 49-55.

LYRA, Roberto. Passado, presente e futuro da prova penal. *In: Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*. 4ª fase - Ano XXV, Ns. 7 e 8, jun./dez., 1955. p. 14-64.

MAGALHÃES, Assusete. Quebra de sigilo de dados e das comunicações telefônicas: o dever estatal de preservação da fonte da prova *In: Doutrina STJ*. Edição comemorativa 25 anos. STJ, Brasília. 2014. p. 507-534.

MARCUSE, Herbert. **A ideologia da Sociedade Industrial**: O homem unidimensional. Tradução Giasoni Rebuá. Rio de Janeiro, Zahar, 1973.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. A hiper-racionalidade Inquisitória. *In: Processo Penal, Constituição e Crítica*. Gilson Bonato (org.), Rio de Janeiro, Lumen Juris. 2011. p. 475-486.

MELLO, Christine. Corpo em tempo real. *In: Corpo e Imagem*. LYRA, Bernardette (org.); GARCIA, Wilton (org.). São Paulo, Arte e Ciência, 2002. p. 219-227.

MENDES, Gilmar F. Direitos fundamentais de caráter judicial e garantias constitucionais do processo. *In: Curso de Direito Constitucional*. 4ª ed. Saraiva. 2009. p. 535-756.

MERLEAU-PONTY, Maurice. **A prosa do Mundo**. Tradução Paulo Neves. São Paulo, Cosac Naify, 2012. 249p.

_____. **Fenomenologia da Percepção**. Tradução Carlos Alberto Ribeiro de Moura, 3ª ed., São Paulo, Martins Fontes, 2006. 662p.

MIRON, Jeffrey. **The Budgetary Implications of Marijuana Prohibition**. Washington [s.l.]. 2005. Disponível em: <<http://www.prohibitioncosts.org/wp-content/uploads/2012/04/MironReport.pdf>>. Acesso em 11 fev. 2015.

MUSUMECI, Leonarda; RAMOS, Silvia. **Elemento Suspeito**: abordagem policial e discriminação na cidade do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, Record, 2005.

NADELMANN, Ethan. **Why we need to end the War on Drugs**. TED-Talks. 12 de novembro de 2014. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=uWfLwKH_Eko>. Acesso em 02 fev. 2015.

NICOLACI-DA-COSTA, Ana Maria. **Impactos Psicológicos do Uso de Celulares**: Uma Pesquisa Exploratória com Jovens Brasileiros. *Psicologia. Teoria e Pesquisa*, UnB. Vol. 20, nº 02, Maio-Ago. 2004. p. 165-174.

OFFE, Claus. O dilema político da tecnocracia. *In*: Dreitzel, H. P. **Tecnocracia e Ideologia**. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1975. p. 70-84.

ORWELL, George. **1984**. Tradução Alexandre Hubner e Heloísa Jahn. São Paulo, Companhia das Letras, 2009.

OSORIO, Rafael Guerreiro. **O sistema classificatório de ‘cor e ou raça’ do IBGE**. IPEA, texto para discussão nº 996. ISSN 1415-4765. 2003. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_0996.pdf>. Acesso em 11 abr. 2015.

OST, François. **O Tempo do Direito**. Tradução Élcio Fernandes. Bauru/SP, Edusc, 2005. 410p.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 16ª ed., São Paulo, Atlas, 2012.

PARLAMENTO EUROPEU. **Proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados**. Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia, de 24 de Outubro de 1995. Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:01995L0046-20031120&from=EN>>. Acesso em 01 fev. 2015.

PEREIRA, Rafael Rodrigues. **O Conatus de Spinoza: autoconservação ou liberdade?** *In*: Cadernos Espinosanos, volume XIX, 2008, p. 73-90.

PREESTER, Helena De. **Postphenomenology, Embodiment and Technics**. Book Review: Don Ihde, Postphenomenology and Technoscience: The Peking University Lectures. State University of New York Press, Albany, and Embodied Technics. Automatic Press/VIP, 2010.

QUEIROZ, Paulo. **Adquirir/importar semente de maconha é crime?** [s.l.;s.n] Disponível em <<http://pauloqueiroz.net/adquiririmportar-semente-de-maconha-e-crime/>>. Acesso em 15 fev. 2015.

RAMOS, Cristina de Mello. **Direitos Fundamentais à intimidade e à vida privada**. Revista de Direito da Unigranrio, Duque de Caxias, RJ. 2008.

RODRIGUES, Thiago. Tráfico, Guerra, Proibição. *In*: **Drogas e Cultura: Novas Perspectivas**. Beatriz Caiuby Labate, Sandra Lucia Goulart, Mauricio Fiore, Edward MacRae e Henrique Carneiro (Organizadores). Salvador, Edufba, 2008. p. 91-104

ROMANO, Rogério Tadeu. **O dever de sigilo profissional do advogado**. Justiça Federal do Rio Grande do Norte. [s.l.;s.n.]. 2015. Disponível em: <<http://www.jfrn.jus.br/institucional/biblioteca/doutrina/Doutrina440-O-DEVER-DE-SIGILO-PROFISSIONAL-DO-ADVOGADO.pdf>>. Acesso em 01 fev. 2015.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. Tradução Lourdes Santos Machado. São Paulo, Nova Cultura Ltda., 2005.

SACKS, Oliver. **Um antropólogo em Marte: Sete histórias paradoxais**. Tradução Bernardo Carvalho. São Paulo, Companhia das Letras, 2006.

SACKS, Oliver. **Vendo vozes: Uma viagem ao mundo dos surdos.** Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo, Cia das Letras, 2010. 213p.

SANTOS, Daniel dos. **A militarização da justiça e a defesa da democracia.** Tradução Bruno Cardoso. Dilemas: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social, Vol. 4, nº 01. 2011. p. 123-140.

SCARANCA FERNANDES, Antonio. **Processo Penal Constitucional.** 7ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012. 366p.

SCHERMER, B. W. **Software agents, surveillance, and the right to privacy: a legislative framework for agent-enabled surveillance.** Leiden University Press is an imprint of Amsterdam University Press. Leiden University Press, 2007. Disponível em: <<https://openaccess.leidenuniv.nl/bitstream/handle/1887/11951/Thesis.pdf?sequence=1>>. Acesso em 24 dez. 2014.

SCHWARTZ, Adina. **‘Just Take Away Their Guns’:** The Hidden Racism of Terry v. Ohio. Fordham Urban Law Journal. 1995, Volume 23, Issue 2, article 5, p. 317 - 375.

SEN, Amartya. **A Ideia de Justiça.** Tradução Denise Bottman e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo, Companhia das Letras, 2011.

SILVA, Gilvan Gomes Da. **A Lógica da PMDF na Construção do Suspeito.** Dissertação (Mestrado) em Sociologia, Universidade de Brasília, Brasília/DF, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** São Paulo, RT, 1989.

SIQUEIRA, Flaviane Montalvão. **Tráfico de Drogas e Invasão de Domicílio:** Estabelecendo Limites à Guerra Contra as Drogas Através da Comparação Entre Casos Americanos e Brasileiros. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) em Direito. Universidade de Brasília. 2013.

SOLOVE, Daniel J. **United States v. Jones and the Future of Privacy Law:** The Potential Far-Reaching Implications of the GPS Surveillance Case. Privacy & Security Law Report, 11 PVLR 180. The Bureau of National Affairs. 2012. Disponível em: <<http://docs.law.gwu.edu/facweb/dsolove/files/BNA-Jones-FINAL.pdf>>. Acesso em 01 fev. 2015

STRECK, Lenio Luiz. **As interceptações telefônicas e os Direitos Fundamentais:** Constituição, Cidadania, Violência: A Lei 9.296/96 e seus reflexos penais e processuais. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1997. 110 p.

TADEU, Tomaz. Nós, ciborgues - O corpo elétrico e a dissolução do humano. *In* HARAWAY, Donna; KUNZRU, Hari; TADEU, Tomaz (org.). **Antropologia do ciborgue:** as vertigens do pós-humano. Belo Horizonte: Autêntica, 2009, p. 7-16.

TONINI, Paolo. **A prova no processo penal italiano.** Tradução Alexandra Martins Daniela Mróz. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002. 315p.

TRIGUEIRO, M. G. S. **Sociologia da tecnologia:** Bioprospecção e legitimação. São Paulo, Centauro, 2009.

UNIDOC, **Histórico,** [s.l.;s.n.] 2015. Disponível em <<http://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/drogas/marco-legal.html>>. Acesso em 10 fev. 2015.

UZZUM, João Rodrigo de Souza. **O Ethos do policial civil na persecução penal (*persecutio criminis in judicio*) como elemento garantidor da segurança humana.** Dissertação (mestrado). Universidade Federal do Recôncavo da Bahia, Centro de Ciências Agrárias, Ambientais e Biológicas, 2013.

VARGAS, Beatriz. O real da narrativa e a narrativa do real. *In: Processo Penal, Constituição e Crítica*. Gilson Bonato (org.), Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2011. p. 139-148.

VARGAS, Eduardo Viana. Fármacos e outros sociotécnicos: notas para uma genealogia das drogas. *In: Drogas e Cultura: Novas Perspectivas*. Beatriz Caiuby Labate, Sandra Lucia Goulart, Mauricio Fiore, Edward MacRae e Henrique Carneiro (Organizadores). Salvador, Edufba, 2008.

VIANNA, Oliveira. O Tipo brasileiro e seus elementos formadores. *In: VIANNA, Oliveira. Ensaios Inéditos*. Campinas/SP, Unicamp, 1991.

VIEIRA, Tatiana Malta. **O direito à privacidade na sociedade de informação**: efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação. Porto Alegre, ed. Sergio Antonio Fabris, 2007. 326p.

WACQUANT, Loïc. A cor da justiça: Quando Gueto e Prisão se encontram e se mesclam. *In: LINS, Daniel; WACQUANT, Loïc (orgs.). Repensar os Estados Unidos: Por uma sociologia do superpoder*. Tradução Rachel Gutiérrez. Campinas, Papyrus, 2003.

_____. **As prisões da miséria**. Tradução André Telles. Rio de Janeiro, Zahar, 2001. 174p.

_____. **Punir os pobres**: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [A onda punitiva]. Tradução Sérgio Lamarão. 3ª ed. Rio de Janeiro, Revan, 2007. 476 p.

WANDERLEY, Gisela Aguiar. **A constitucionalização da abordagem policial: a busca pessoal e a revista pessoal preventiva na sociedade de risco**. Monografia de Conclusão de Curso (graduação) em Direito. Universidade de Brasília. 2014.

WARAT, L. A. **Saber crítico e senso comum teórico dos juristas**. Revista Seqüência, CPGD-UFSC, Florianópolis, n° 5, p.48-57, 1982. Disponível em <www.buscalegis.cj.ufsc.br>. Acesso em 19 out. 2012.

WEBER, Max. **A Ética Protestante e o Espírito do Capitalismo**. Tradução Irene Szmrecsányi. 2ª ed. São Paulo, Pioneira Thomson Learning, São Paulo, 2005. 87 p.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: A perda de legitimidade do sistema penal. Tradução Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. 5ª ed. Revan, 2001. 281p.

_____. **La cuestión criminal**. 5ª ed, Buenos Aires, Planeta, 2013. 363 p.

ZANON, João Carlos. **Direito à proteção dos dados pessoais**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013.

ANEXO: Tabela de processos

A tabela a seguir apresenta a lista completa de processos que entraram no recorte da pesquisa empírica. Em destaque, com preenchimento, estão os processos nos quais se observou o registro de uso de tecnologias, a Amostra Parcial. A tabela apresenta também, em referência a cada réu: a Vara de Entorpecentes e de Contravenções Penais do Distrito Federal de origem do processo; o sexo; a identificação racial; a autoridade condutora do flagrante; a natureza da droga apreendida; a quantidade da droga apreendida, em gramas; e o resultado da sentença ou da pena, quando a sentença for condenatória, em meses.

Nº do Processo	Vara	Sexo	Identificação racial	Autoridade Condutora	Droga Apreendida	Quantidade da Droga Apreendida	Resultado da Sentença ou pena, se condenatória
2012.01.11.68444-7	1ª	F	Negra	PC	Crack	0-10	> 20 ≤ 36
2012.01.1.017407-3 - A	1ª	M	Negra	PC	Crack	0-10	< ou = 20
2012.01.1.017407-3 - B	1ª	M	Negra	PC	Crack	0-10	< ou = 20
2012.01.1.085249-4	1ª	M	Negra	PC	Maconha	0-10	< ou = 20
2012.01.1.004339-9	1ª	M	NI	PC	Crack	50 a 100	> 20 ≤ 36
2012.01.1.047233-8	1ª	M	Negra	PM	Maconha	10 a 50	> 20 ≤ 36
2012.01.1.078212-7	1ª	F	Negra	PC	Maconha	0 a 10	< ou = 20
2012.01.1.003509-8	1ª	M	Negra	PM	Cocaína	10 a 50	Absolvição
2012.01.1.014184-0 - A	1ª	M	Negra	PM	Maconha	Mais de 500	> 20 ≤ 36
2012.01.1.014184-0 - B	1ª	M	Negra	PM	Maconha	Mais de 500	Absolvição
2012.01.1.008034-5	1ª	M	Negra	PC	Maconha e Crack	0 a 10 e 0 a 10	> 60 ≤ 84
2011.01.1.186510-7 - A	1ª	M	Negra	PM	Outra	Mais de 500	Absolvição
2011.01.1.186510-7 - B	1ª	M	Negra	PM	Outra	Mais de 500	Absolvição
2010.01.1.159.448-2	2ª	M	Negra	PM	Maconha	0 a 10	> 20 ≤ 36
2009.01.1.108329-4	2ª	F	Branca	Ag. P.	Maconha	100 a 500	> 20 ≤ 36
2012.01.1.100509-2	2ª	F	Negra	PM	Crack	0 a 10	> 20 ≤ 36
2012.01.1.084256-5	2ª	M	Negra	PM	Maconha	10 a 50	< ou = 20
2011.01.1.117110-3	2ª	M	NI	PC	Maconha	100 a 500	Absolvição
2012.01.1.099566-5	2ª	F	Negra	Ag. P.	Crack	10 a 50	> 20 ≤ 36
2012.01.1.016240-3 - A	2ª	M	Negra	PC	Crack	0 a 10	< ou = 20
2012.01.1.016240-3 - B	2ª	F	Negra	PC	Crack	0 a 10	< ou = 20
2008.01.1.103074-9 - A	2ª	M	Negra	PC	Cocaína	10 a 50	Extinção da Punibilidade
2008.01.1.103074-9 - B	2ª	M	Negra	PC	Cocaína	0 a 10	Extinção da Punibilidade
2012.01.1.029225-3 - A	2ª	F	Negra	PM	Crack	0 a 10	Desclassificação
2012.01.1.029225-3 - B	2ª	M	Negra	PM	Crack	10 a 50	Desclassificação
2011.01.1.094478-9	2ª	M	Branca	PC	Crack	0 a 10	Absolvição
2012.01.1.030061-6	2ª	F	Negra	PC	Maconha, Cocaína e Crack	50 a 100, 50 a 100 e mais de 500	Absolvição
2011.01.1.186689-9 - A	2ª	M	Negra	PC	Outra	NI	Absolvição
2011.01.1.186689-9 - B	2ª	M	Negra	PC	Outra	NI	Absolvição
2012.01.1.082382-2	2ª	M	NI	PC	Crack	50 a 100, 0 a 10 e 10 a 50	< ou = 20

Nº do Processo	Vara	Sexo	Identificação racial	Autoridade Condutora	Droga Apreendida	Quantidade da Droga Apreendida	Resultado da Sentença ou pena, se condenatória
2012.01.1.036174-5	3ª	M	Negra	PC	Maconha, Cocaína e Crack	0 a 10, 0 a 10 e 0 a 10	Desclassificação
2012.01.1.076613-6	3ª	M	Negra	PC	Maconha	100 a 500	Absolvição
2012.01.1.080704-4	3ª	M	Negra	PC	Crack	10 a 50	> 20 ≤ 36
2011.01.1.132369-9 - A	4ª	M	Branca	PM	Maconha	100 a 500	Absolvição
2011.01.1.132369-9 - B	4ª	M	Negra	PM	Maconha	100 a 500	< ou = 20
2012.01.1.000442-9	4ª	M	Negra	PM	Crack	10 a 50	> 20 ≤ 36
2012.01.1.018776-5	4ª	M	Negra	PC	Maconha	100 a 500	Absolvição
2012.01.1.014167-3 - A	4ª	M	Negra	PM	Crack	100 a 500	Absolvição
2012.01.1.014167-3 - B	4ª	M	Negra	PM	NI	NI	Absolvição
2012.01.1.060055-8	4ª	F	NI	Ag. P.	Maconha	0 a 10	Desclassificação
2012.01.1.058530-5	4ª	M	Negra	PM	Maconha e Crack	10 a 50 e 0 a 10	Desclassificação
2010.01.1.151661-6 - A	4ª	M	Negra	PM	Maconha	100 a 500	Absolvição
2010.01.1.151661-6 - B	4ª	M	Negra	PM	Maconha	100 a 500	> 60 ≤ 84
2012.01.1.027141-7	4ª	M	Negra	PC	Maconha e Crack	0 a 10 e 0 a 10	> 20 ≤ 36
2012.01.1.040617-4	4ª	M	Negra	PC	Maconha	10 a 50	> 20 ≤ 36