

PUCRS

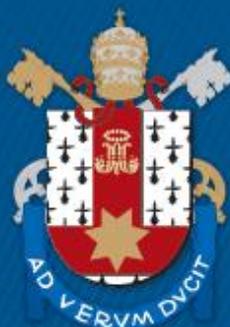
PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS
MESTRADO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS

IVAN JEZLER COSTA JÚNIOR

**A BUSCA POR UM MARCO PROCESSUAL DA INTERNET: REQUISITOS PARA COLHEITA
DOS DADOS ARMAZENADOS EM COMPARTIMENTOS ELETRÔNICOS**

Porto Alegre
2018

PÓS-GRADUAÇÃO - *STRICTO SENSU*



Pontifícia Universidade Católica
do Rio Grande do Sul

IVAN JEZLER COSTA JÚNIOR

**A BUSCA POR UM MARCO PROCESSUAL DA INTERNET:
REQUISITOS PARA COLHEITA DOS DADOS ARMAZENADOS EM
COMPARTIMENTOS ELETRÔNICOS**

Dissertação apresentada como requisito para a obtenção do grau de Mestre em Ciências Criminais pelo Programa de Pós-graduação Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

Orientador: Dr. Aury Celso Lima Lopes Junior

Porto Alegre
2018

Ficha catalográfica

Costa Júnior, Ivan Jezler

A busca por um marco processual da Internet: requisitos para colheita dos dados armazenados em compartimentos eletrônicos / Ivan Jezler Costa Júnior. – 2018.

198f. : il.

Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2018.

Orientação: Prof. Dr. Aury Celso Lima Lopes Júnior.

1. Marco Civil da Internet. 2. Processo penal. 3. Prova digital. I. Título.

IVAN JEZLER COSTA JÚNIOR

**A BUSCA POR UM MARCO PROCESSUAL DA INTERNET:
REQUISITOS PARA COLHEITA DOS DADOS ARMAZENADOS EM
COMPARTIMENTOS ELETRÔNICOS**

Dissertação apresentada como requisito para a obtenção do grau de Mestre em Ciências Criminais pelo Programa de Pós-graduação Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

Aprovada em: 22 de março de 2018.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Aury Celso Lima Lopes Junior – Orientador
Professor Titular da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Nereu José Giacomolli
Professor Titular da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Gamil Föppel El Hireche
Professor Adjunto da Universidade Federal da Bahia

Porto Alegre
2018

Aos meus pais, estranhos à ciência jurídica, mas que iluminaram o meu caminho. Sonho alcançar, de igual sorte, esse mesmo lugar no coração dos meus filhos Lucca, Duda e Malu, as razões de minha vida.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, inicialmente, ao meu Deus, pois sem ele os momentos difíceis dessa jornada não seriam superados.

Não poderia deixar de agradecer ao Prof. Dr. Aury Lopes Júnior, autor de vasto e importante referencial teórico, pois, como poucos, tive o privilégio de tê-lo como orientador e ser destinatário de ensinamentos que me acompanharão enquanto durar minha vida profissional.

Aos demais professores do Programa, pois esse trabalho fora formado por cada frase invulgar dita nas aulas ministradas, além das obras por estes indicadas, em especial aos mestres Ruth Glauer, Augusto Jobim e Nereu Giacomolli, sempre presentes e competentes.

Agradecimentos também à Secretaria do programa, materializada por Márcia Cristina, que nunca desprezou os esforços desse aluno para concluir o curso mediante o cumprimento de todos os prazos, sempre solícita em entregar, de plano, todas as informações e a prestar a assistência legalmente possível.

À minha classe, mestrandos que foram uma verdadeira família durante esses dois anos, sempre dispostos às discussões regadas a café, enriquecendo-me com seminários e trabalhos técnicos diferenciados.

Por fim, aos meus amigos, sócios e família, que entenderam a necessidade de meu aprofundamento científico mediante a realização do melhor Mestrado em Ciências Criminais do país, mas em outro estado da Federação, nos dando o suporte necessário para propiciar que esse sonho fosse realizado.

O castigo não pode ser rápido como o crime, quem vai devagar, vai bem e vai longe. Existem coisas fáceis de dizer, mas difíceis de fazer. Um castigo sem juízo seria um novo delito. Quando Deus disse: *não julgueis*, quis dizer, devagar no julgar, não pode menos proceder com pés de chumbo.

Francesco Carnelutti

RESUMO

Este trabalho analisa o Marco Civil da Internet no contexto do direito à prova no processo penal. A partir dos novos recursos tecnológicos de investigação energizados por compartimentos eletrônicos e pela Internet, elencaram-se os principais vácuos legislativos na orientação desses meios de prova. Não há regras orientadoras fortes, o que contribuiu para uma oscilação jurisprudencial, com arbitrariedade e decisionismo em decisões jurisdicionais analisadas. Na busca de uma verdade absoluta e antecipada, a banalização dos meios ocultos de investigação fora demonstrada, inclusive diretamente, quando se presenciou e se colocou, a termo, uma audiência pública que perseguiu a inserção de porta dos fundos em aplicativos com criptografia rígida para propiciar a coleta de comunicações armazenadas nesses veículos telemáticos. Os órgãos de persecução penal inquiridos nessa solenidade ainda sustentaram a supressão das regras de cooperação internacional para a coleta de dados eletrônicos no exterior. Ainda fora traçada a distinção entre interceptação e captação das conversas de maneira estanque. O objetivo geral da pesquisa busca analisar se o Marco Civil da Internet se apresenta como suficiente para reger a captação de dados telemáticos armazenados em compartimentos eletrônicos. Para tanto, foi realizada uma análise crítica e multidisciplinar dos temas, a partir da consulta a trabalhos científicos e publicações jornalísticas, sendo cogente a pesquisa documental para demonstrar a necessidade de enfrentamento do tema e a relevância prática do mesmo, como ficou atestado pela análise das decisões dos Tribunais Superiores e manifestações de outros sujeitos processuais. Como resultado, evidenciou-se a necessidade de um regime jurídico próprio para a busca de dados digitais armazenados em compartimentos eletrônicos. Os dispositivos que regem a busca e apreensão ortodoxa não têm o condão de manter a integridade e mesmidade de conteúdo volátil, tangível e com fácil deterioração. Ao mesmo tempo, na esteira do que fora comentado sobre a distinção ontológica entre interceptação e busca informacional, o regramento da Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996, não pode preservar as especificidades da coleta de conteúdo armazenado. Nesse passo, fora afastada a aplicação da interpretação extensiva e privilegiada, uma taxatividade com amparo em uma hermenêutica constitucional. Conclui-se que o Marco Civil da Internet não supriu, com requisitos e pressupostos, o ponto cego mencionado. Não há regras claras quanto à legitimidade, competência, fundamentação e prazo. Esse vazio proporcionou a análise de decisões do primeiro grau ao Supremo Tribunal Federal, o que evidenciou a insegurança jurídica construída por uma legislação inexistente ou deficiente.

Palavras-chave: Cibercultura. Proteção à intimidade. Marco Civil da Internet. Cadeia de custódia das provas.

ABSTRACT

This paper analyzes the Civil Internet Framework in the context of the right to evidence in criminal proceedings. From the new technological resources of investigation energized by electronic compartments and by the Internet, the main legislative vacuums were pointed out in the orientation of these means of proof. There are no strong guiding rules, which contributed to a jurisprudential oscillation, with arbitrariness and decisionism in judicial decisions analyzed. In the pursuit of an absolute and anticipated truth, the trivialization of the hidden means of investigation had been demonstrated, even directly, when a public audience had been witnessed and concluded, which pursued the insertion of back door in applications with rigid encryption to propitiate the collection of communications stored in these telematic vehicles. The criminal prosecution organs questioned on this solemnity still supported the suppression of the rules of international cooperation for the collection of electronic data abroad. The distinction between interception and capture of conversations had still been drawn in a watertight manner. The general objective of the research is to analyze if the Civil Framework of the Internet presents itself as sufficient to regulate the capture of telematic data stored in electronic compartments. For that, a critical and multidisciplinary analysis of the themes was done, based on the consultation of scientific works and journalistic publications, and the documentary research was used to demonstrate the need to face the theme and the practical relevance of the theme, as attested by the analysis of the decisions of the Superior Courts and manifestations of other procedural subjects. As a result, the necessity of a proper legal regime for the search of digital data stored in electronic compartments was evidenced. The devices that regulate orthodox search and seizure do not have the ability to maintain the integrity and sameness of content volatile, tangible, and easily deteriorated. At the same time, in the wake of what had been commented on the ontological distinction between interception and informational search, the rule of Law no. 9,296, dated July 24, 1996, can not preserve the specificities of the collection of stored content. In this step, the application of the extensive and privileged interpretation, a taxation with protection in a constitutional hermeneutic, had been removed. It is concluded that the Civilian Internet Framework did not provide, with requirements and assumptions, the blind spot mentioned. There are no clear rules as to legitimacy, competence, reasoning and timing. This void provided the analysis of decisions of the first degree to the Federal Supreme Court, which evidenced the legal insecurity built by a non-existent or deficient legislation.

Keywords: Cyberculture. Protection of privacy. Civil Landmark of the Internet. Chain of custody of evidence.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

| | |
|--------|---|
| art. | Artigo |
| BBM | <i>BlackBerry Messenger</i> |
| CBT | Código Brasileiro de Telecomunicações |
| CC | Código Civil |
| CDMA | <i>CodeDivisionMultiple Access</i> |
| CE | Conselho da União Europeia |
| CEDH | Convenção Europeia dos Direitos do Homem |
| CEO | <i>ChiefExecutive Officer</i> |
| CERT | Centro de Estudos, Resposta e Tratamento de Incidentes de Segurança |
| CF/88 | Constituição Federal de 1988 |
| CIDH | Comissão Interamericana de Direitos Humanos |
| CNPCP | Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária |
| CNPq | Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico |
| CP | Código Penal |
| CPC | Código de Processo Civil |
| CPP | Código de Processo Penal |
| DCSNet | <i>Digital Collection System Network</i> |
| DUDH | Declaração Universal dos Direitos Humanos |
| DUDH | Declaração Universal dos Direitos Humanos |
| ECA | Estatuto da Criança e do Adolescente |
| ERB | Estação Rádio Base |
| EUA | Estados Unidos da América |
| FBI | <i>Federal Bureau of Investigation</i> |
| GSM | <i>Global System for Mobile Communications</i> |
| HC | <i>Habeas Corpus</i> |
| ID | Identificação |
| IEEE | <i>Institute of Electrical and Eletronics Engineers</i> |
| IP | <i>Internet Protocol</i> |

| | |
|-------|-----------------------------------|
| km/s | Quilômetros por segundo |
| LICC | Lei de Introdução ao Código Civil |
| MP | Ministério Público |
| MPF | Ministério Público Federal |
| NSA | <i>National Security Agency</i> |
| ONU | Organização das Nações Unidas |
| PDF | <i>Portable Document Format</i> |
| PF | Polícia Federal |
| PF | Polícia Federal |
| SMS | <i>Short Message Service</i> |
| STF | Supremo Tribunal Federal |
| STJ | Superior Tribunal de Justiça |
| TRF | Tribunal Regional Federal |
| USB | <i>Universal Serial Bus</i> |
| Wi-Fi | <i>Wireless Fidelity</i> |

SUMÁRIO

| | | |
|----------|---|-----|
| | INTRODUÇÃO | 13 |
| 1 | SOCIEDADE HIPERACELERADA E INTERNET | 18 |
| 1.1 | A CIBERCULTURA E AS COMUNICAÇÕES TELEMÁTICAS | 18 |
| 1.2 | TEMPO, RISCO E PROCESSO PENAL | 26 |
| 2 | PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL, CONVENCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL DAS COMUNICAÇÕES E DA INTIMIDADE | 43 |
| 2.1 | VIDA PRIVADA, INTIMIDADE E LIMITAÇÃO PROBATÓRIA | 43 |
| 2.2 | A IMPOSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL DA INTERCEPTAÇÃO E BUSCA DE DADOS ELETRÔNICOS | 53 |
| 3 | O MARCO CIVIL DA INTERNET: A BUSCA TELEMÁTICA NO BRASIL | 72 |
| 3.1 | CRIPTOGRAFIA E O SENSO COMUM TEÓRICO QUANDO O PROCESSO PENAL SE TORNA REFÉM DO ESPAÇO DIGITAL | 73 |
| 3.2 | O ÚNICO CAMINHO? À PROCURA DE UMA VERDADE ELETRÔNICA | 79 |
| 3.3 | A COOPERAÇÃO INTERNACIONAL E OS DADOS DIGITAIS SITIADOS NO EXTERIOR | 84 |
| 3.4 | CAMINHOS QUE “ELES” NÃO QUEREM PERCORRER: OS NOVOS RECURSOS DE INVESTIGAÇÃO | 95 |
| 3.5 | INTERCEPTAÇÃO TELEMÁTICA OU BUSCA E APREENSÃO DIGITAL: PREMISSAS TÉCNICAS DE UMA DISTINÇÃO | 117 |
| 3.6 | BUSCA DE DADOS ESTANQUES E A (IN)DISPENSABILIDADE DE RESERVA JURISDICIONAL | 120 |
| 3.7 | A BUSCA POR UM MARCO PROCESSUAL PENAL DA INTERNET | 132 |
| 3.8 | DECISIONISMO E OS REQUISITOS (CONSTITUCIONAIS) DA DECISÃO ELETRÔNICO-DIGITAL | 138 |

| | | |
|------|--|-----|
| 3.9 | A INSUFICIÊNCIA DO MARCO CIVIL: PELA IMPOSIÇÃO DE <i>STANDARS</i> PROBATÓRIOS | 158 |
| 3.10 | A CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA DIGITAL | 163 |
| | CONCLUSÃO | 179 |
| | REFERÊNCIAS | 184 |

INTRODUÇÃO

Hodiernamente, torna-se necessário percorrer o espaço digital e perceber em que medida esse ciberespaço tem influenciado o campo processual penal, essencialmente com elementos como tempo e velocidade tecnológica. O processo penal tem o seu tempo, um lapso que não pode ser acelerado à velocidade da luz em nome da banalização de medidas cautelares *inaudita altera pars*, como as interceptações telefônicas e telemáticas, além da busca e apreensão eletrônico-digital.

Entretanto, o fenômeno da convergência digital demanda a constatação quanto à existência de compartimentos eletrônicos multifuncionais, além de exigir, do campo probatório, a edificação de um regime jurídico próprio, pois a pós-modernidade tecnológica não pode ser suprida pela aplicação analógica de regras como a Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996 – Lei de Interceptação Telefônica e Telemática –, e do Código de Processo Penal (CPP) – Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941.

Nessa senda, como problema da pesquisa, tem-se: o Marco Civil da Internet se apresenta como suficiente para regradar a captação de dados telemáticos armazenados em compartimentos eletrônicos? O elemento cerne parte da necessidade de acautelar os direitos e garantias fundamentais nos atos investigatórios perpetrados por prepostos de polícia, considerando-os inválidos quando violadores desses preceitos processuais.

Complementarmente à discussão, o direito à prova é uma garantia integrante do devido processo penal, mas este direito exige metodologias legais para a sua produção, sendo que o *right to evidence* é influenciado pela prova que tenha percorrido o devido processo legal.

A busca pela verdade (im)perfeita, realidade que está no todo e não na fração, autorizou e ainda autoriza que os magistrados cavassem no terreno probandi, perseguindo um encontro com o (tes)ouro da realidade material, o que ocasionou uma concentração de poderes por parte do juiz.

Como efeito colateral da superação de um processo inquisitivo (im)puro, e a necessidade imparcial de afastar o juiz das tarefas investigatórias, a cavadeira é possuída por outras mãos, e a busca do tesouro é tarefa assumida pelos órgãos de persecução penal, mas a usurpação de poderes jurisdicionais – por autoridades

policiais ou pela parte acusatória –, deságua em abuso de poder, devido ao exercício policalesco de urgência.

Em transplante do caráter subsidiário e fragmentário do Direito Penal ao campo processual, tais medidas deveriam ser a última forma de intervenção probatória no contexto das liberdades individuais, como já prevê o art. 2º da Lei 9.296/1996, subsidiariedade não reproduzida pelo Marco Civil da Internet.¹ Nesta pesquisa, ver-se-á que a perseguição dessa veracidade máxima propicia a banalização dessas cautelares probatórias.

Essa ausência de taxatividade probatória no ordenamento jurídico processual – associada à adoção do sistema da persuasão racional sem a redução do manancial probante capaz de realizar a captura psíquica do juiz –, propicia a discricionariedade absoluta, a oscilação jurisprudencial e o decisionismo na incorporação dos meios de prova no processo. É a ausência de uma resposta correta que aflige a discussão durante este trabalho científico.

Na linha da ausência de tipicidade processual quanto ao tema, o Marco Civil da Internet – Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014 –, despreza o elo existente entre legalidade e reserva de jurisdição, pois, ainda que preveja a indispensabilidade de ordem judicial para a captação de dados telemáticos estáticos, não traz limites e requisitos para execução dessa modalidade de investigação.²

Temas como cooperação internacional, preservação do contraditório, direito da defesa técnica para requerer a busca telemática e a cadeia de custódia de provas foram desprezados pelo Marco. Destarte, se a verdade processual é a única possível, mesmo ao mergulhar nas profundezas probatórias de uma era digital, o controle jurisdicional e legal deve ocorrer para segregar fontes de prova que, administrativamente, não poderão ser coletadas pela acusação.

Nessa senda, para alguns, se o flagrante é a própria certeza material do delito, a medida de segregação permitiria a prisão do imputado e a apreensão de objetos como telefones e computadores, mesmo sem ordem judicial motivada, proporcional e individualizada. Ademais, na esteira de um Direito Processual Penal

¹ BRASIL. Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, DF, 25 jul. 1996a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9296.htm>. Acesso em: 24 out. 2017.

² BRASIL. Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, DF, 24 abr. 2014a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 24 out. 2017.

democrático, afirma-se que a apreensão do suporte físico não autoriza o acesso ao banco de dados, e-mails, ligações, mensagens, por conduto telefônico ou telemático, sem o crivo do juiz competente.

O estudo se orientará na análise da (i)licitude dessas fontes de prova, à luz do devido processo penal, e a concentração de poderes anômalos nas autoridades policiais e Ministeriais, além da necessidade de se impor uma tipicidade probatória constitucional, com restrição da liberdade (decisionismo) na aquisição e recepção da prova e seu controle de legalidade (exclusionary rule).

O próprio art. 6º do CPP sequer foi recepcionado pela Carta Constitucional, no tocante aos incisos V e VIII, sendo indispensável essa filtragem fundamental e convencional também nos incisos II e III do mesmo artigo (art.).³ É indispensável demonstrar a necessidade de um marco jurídico específico e explícito para o controle de legalidade da prova digital, o que não foi obtido com a vigência do regramento civil da Internet.

Destarte, importa evidenciar a impossibilidade de captação de dados estanques em telefones e computadores, sem ordem judicial, à luz de um devido processo legal e da maximização dos direitos fundamentais, atacando o decisionismo.

Como meio para legitimar a necessidade de previsão legal autônoma quanto aos pressupostos e requisitos para a busca e apreensão digital, torna-se necessário expor as premissas técnicas que diferenciam a interceptação da coleta de dados estanques. Para tanto, devem-se explicitar os argumentos para a utilização de criptografia forte pelos aplicativos de conversação instantânea, recurso científico que inviabilizaria essa captação engessada ou no fluxo.

Consignar que tal temática fora objeto de duas ações constitucionais que tramitam no Supremo Tribunal Federal (STF), local onde o autor desta dissertação foi espectador de audiências públicas para a discussão acerca da possibilidade de bloquear serviços de conversação veiculados pela Internet.⁴

³ BRASIL. Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial [da] União**, Rio de Janeiro, 24 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 24 out. 2017.

⁴ TV JUSTIÇA. Audiência pública: bloqueio judicial do WhatsApp e Marco Civil da Internet (1/4). **Youtube**, [S.l.], 05 jun. 2017a. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=3TNsQCNI000&feature=youtu.be>>. Acesso em: 24 out. 2017.
TV JUSTIÇA. Audiência pública: bloqueio judicial do WhatsApp e Marco Civil da Internet (2/4). **Youtube**, [S.l.], 05 jun. 2017b. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=qN9w_BuKfCA&feature=youtu.be>. Acesso em: 24 out. 2017.

Nessas solenidades foram apresentados argumentos favoráveis e contrários à inserção de porta dos fundos no aplicativo WhatsApp, como forma de quebrar o cadeado criptográfico rígido, propiciando a coleta informacional. Nesse passo, fica anotada a preferência do Ministério Público (MP) e da Polícia Federal (PF) pela inclusão da janela marginal no aplicativo, em nome do preceito da proporcionalidade e do interesse de segurança pública.

Em contrapartida, aproveita-se para verificar se outros recursos tecnológicos podem suprir a interceptação difusa dos aplicativos de conversação e até que ponto se tem que regredir a capacidade tecnológica da sociedade para privilegiar interesses punitivos.

Como objetivo geral, busca-se analisar se o Marco Civil da Internet se apresenta como suficiente para regradar a captação de dados telemáticos armazenados em compartimentos eletrônicos. Como objetivos específicos, pretende-se:

- a) analisar a evolução da sociedade hiperacelerada e da Internet;
- b) discutir a proteção constitucional, convencional e infraconstitucional das comunicações e da intimidade;
- c) verificar como ocorre a criptografia e o acesso aos dados das comunicações digitais;
- d) analisar a distinção entre a interceptação telemática e a busca e apreensão digital, e;
- e) discutir a quebra da cadeia de custódia digital.

Com tal desiderato, nesta dissertação, são demonstradas operações célebres e casos penais midiáticos em que outros recursos probatórios foram usufruídos, sendo verificado o sucesso de tal via alternativa para preservar os direitos fundamentais sem prejuízo da eficácia investigatória. As disposições constitucionais, convencionais e ordinárias sobre o tema, especialmente com escopo nas prescrições do Marco Civil, a heterônoma Lei 12.965/2014, foram objeto de exame.

A pesquisa foi realizada por meio da análise crítica e multidisciplinar dos temas enfrentados, a partir da consulta a trabalhos científicos e publicações jornalísticas. Em sede de uma cognição heterogênea, mesmo que o enfrentamento das obras jurídicas seja o conteúdo principal, outros campos das ciências sociais servem de suporte para o trabalho.

Por fim, fez-se cogente a pesquisa documental para demonstrar a necessidade de enfrentamento do tema e a relevância prática do mesmo, como ficou atestado pela análise das decisões dos Tribunais Superiores, e da audiência realizada na Suprema Corte por meio de recursos digitais.

O trabalho fora dividido em três seções. Na primeira, houve o enfrentamento da dinâmica existente entre as novas tecnologias, a cibercultura, a velocidade, o tempo, a gênese democrática do processo penal e sua correlata atividade probatória.

Na segunda parte, os direitos constitucionais e convencionais da intimidade, vida privada e sigilidade das comunicações foram privilegiados, mediante a verificação quanto à viabilidade fundamental de interceptação e coleta dos dados informacionais.

Na última seção, inicialmente, o fechamento das comunicações fora abordado à luz da criptografia rígida imposta por alguns aplicativos de conversação instantânea, e a discussão de tal temática no STF. Em seguida, o olhar pairou sobre as “novas verdades” e a mesma ilusão do conhecimento absoluto, agora imposto por elementos tecnológicos que surgem como se fossem a única via probatória para a reconstrução história dos fatos.

Como consequência é abordada a busca digital dessa verdade em territórios estranhos, além das fronteiras e de maneira unilateral, quando se demonstra a violação das regras de cooperação internacional.

Na contramão desse raciocínio, resta evidenciada a existência de outros meios de investigação capazes de realizar o ajustamento do caso com aparência penal sem violar direitos e garantias fundamentais. De maneira superveniente, realiza-se uma diferenciação técnica entre interceptação e busca, avaliando-se a necessidade de ordem judicial para tais medidas.

Na parte final, o eixo central da pesquisa verifica a necessidade de um Marco Processual da Internet específico, como forma de se evitar o decisionismo. O arremate será feito pela indispensabilidade de acautelar os elementos de prova, analisando-se a cadeia de custódia.

1 SOCIEDADE HIPERACELERADA E INTERNET

Um verdadeiro mundo novo surgiu a partir da era digital, por meio de transformações nas relações sociais que não foram objeto de previsão, mesmo pelas mentes mais brilhantes. Nesse passo informacional, fatores como tempo e velocidade passaram a influenciar – de maneira mais acentuada –, os vínculos pessoais e, conseqüentemente, a situação jurídico-processual. Não há “tempo” para pensar e essa hiperaceleração tem sido emprestada ao campo probatório, o que atinge, no âmago, toda a engrenagem processual penal.

Nessa seção, inicialmente enfrentar-se-á o ciberespaço e a cibercultura, evidenciando-se a influência dessas novas relações digitais nos diferentes segmentos sociais. Em seguida, será demonstrado como questões temporais e o discurso do risco propiciam um processo penal da aceleração, usurpador das garantias processuais.

1.1 A CIBERCULTURA E AS COMUNICAÇÕES TELEMÁTICAS

Nos últimos 30 anos, o computador deixou de ser exclusivo de centros de pesquisa avançada e passou a sitiar residências, tornando-se imperceptível assim como as informações que transporta, potencializando a comunicação entre as pessoas e influenciando todas as manifestações socioculturais. Não parece virtual a possibilidade de o volume de mensagens digitais superarem, nos próximos anos, a comunicação pessoal, diante do fácil acesso aos compartimentos energizados pela Internet.

O *Chief Executive Officer* (CEO) do aplicativo WhatsApp – Jan Koum –, evidenciou, durante uma conferência na Alemanha, que atualmente há 430 milhões de usuários por mês no WhatsApp e que, diariamente, são processadas mais de 50 bilhões de mensagens pelo aplicativo de conversação instantânea, o que o torna o principal mensageiro mundial do mercado, superando, provavelmente, o número de mensagens trocadas por *Short Message Service* (SMS), como afirma Haas.⁵

⁵ HAAS, Guilherme. Volume de mensagens trocadas diariamente pelo WhatsApp supera SMS. **Tecmundo**, [S.l.], 20 jan. 2014. Disponível em: <<https://www.tecmundo.com.br/mensageiros/49318-volume-de-mensagens-trocadas-diariamente-pelo-whatsapp-supera-sms.htm>>. Acesso em: 20 maio 2017.

Verificam-se, assim, intensas mudanças no contexto social, em função do ritmo acelerado dos avanços tecnológicos, sem precedentes em outro campo, no que diz respeito à aplicação dos recursos de tecnologia e benefícios correlatos, em termos de encurtamento de distâncias e da substituição do átomo pelo bit. O virtual aparece como o novo e mais moderno ídolo, como o novo “bezerro de ouro”, como demonstra Lévy em sua obra.⁶

Segundo Rodrigues, a Internet se apresenta como uma parte única da atual infraestrutura da informação, por ser uma arquitetura aberta e repartida, com serviços fornecidos por distintas entidades, potencialmente gratuitos, sendo conhecida como a rede das redes.⁷

Em outras localidades, a Internet ecoa pela gratuidade, com a tecnologia sem fio do *Institute of Electrical and Eletronic Engineers* (IEEE) 802.11 disponibilizada à população, que desfruta da rede mundial de computadores e das vias digitais de comunicação e informação sem custo e com maior facilidade. Trata-se, portanto, da democratização da rede e da ditadura dos dados em todas as transações cotidianas.

A Internet é uma rede de comunicação com incidência global. Por conseguinte, cobra a atenção da sociedade moderna e, concomitantemente, da comunidade tecnológica, posto que se apresenta como o meio mais célere de interligação humana por todo o mundo, ou seja, uma poderosa ferramenta para obter informações.

Para Rodrigues, no surgimento do terceiro milênio nasce a era tecnocrática, uma revolução baseada nas tecnologias da informação e comunicação, com novos desafios à humanidade pela constituição da digitalização.⁸ Foi a partir do Século XX que mudanças passaram a ocorrer mundialmente e transformaram a ordem social e econômica, numa multiplicidade de acontecimentos que propiciou um extremo avanço tecnológico. Como consequência, em um evidente processo de modificações, deparou-se com uma nova ordem mundial e com o complexo fenômeno da globalização.

⁶ LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. 3. ed. São Paulo: 34, 2010. p. 47.

⁷ RODRIGUES, Benjamim Silva. **A monitorização dos fluxos informacionais e comunicacionais**: contributo para a superação do “paradigma da ponderação constitucional e legalmente codificado” em matéria de escutas telefônicas. Coimbra: Coimbra, 2009a. v. 1. p. 30.

⁸ RODRIGUES, Benjamim Silva. **A monitorização dos fluxos informacionais e comunicacionais**: contributo para a superação do “paradigma da ponderação constitucional e legalmente codificado” em matéria de escutas telefônicas. Coimbra: Coimbra, 2009a. v. 1. p. 33.

Também se constatou a superação do Estado intervencionista pelo neoliberal, que tem por principal característica a generalização da comunicação, com o desenvolvimento, a integração da tecnologia e a expansão das comunicações.

A globalização tecnológica facilitou o acesso dos cidadãos a informações até então impossíveis de serem alcançadas. Esse especial acesso à informação é o principal responsável pelas modificações sócio-políticas que, aliadas ao avanço na tecnologia, têm demonstrado serem o motor dessas interações social e mundial.

Houve, portanto, a interatividade e a integração que atingiram as mais diversas partes culturais, caindo por terra as barreiras geográficas, possibilitando o acesso às informações, às comunicações e socializando o conhecimento. Na história, não há nenhum outro meio de comunicação que tenha acarretado mudanças tão significativas, mesmo para as ações mais rotineiras. Nem mesmo a escrita totalizante alterou, substancialmente, a forma com que os homens se relacionavam e comunicavam, o que faz a Internet percorrendo todos os segmentos sociais.

Lévy discorre sobre a escrita abrindo um espaço de comunicação desconhecido pelas sociedades orais, conhecendo mensagens de pessoas a milhares de quilômetros ou já falecidas. Mas, em contrapartida, o autor afirma a existência de um universal totalizante, algo que deve parecer imutável no presente e no passado, como um fechamento semântico que não admitira interpretações. No seio das comunicações digitais veiculadas pela Internet, o autor considera impossível fixar o significado humano de uma cibergaláxia em constante modificação e as implicações sociais e culturais que se renovam a cada novo aplicativo, havendo uma universalidade não-totalizante.⁹

A cibercultura tem uma nova universalidade, diferente da mera escrita não-totalizante, com comunicações que se constroem permanentemente e renovação perene, diante da interconexão das mensagens e da independência das significações, caracterizando uma metamorfose digital.

De maneira inédita, em uma análise histórica, o homem construiu um dispositivo capaz de dispensá-lo de toda comunicação direta. Ninguém duvida que a Internet se tornou objeto de um verdadeiro culto, com a promessa da pós-modernidade quanto a um mundo instantâneo, por meio do ciberespaço e da aldeia

⁹ LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. 3. ed. São Paulo: 34, 2010.

global. Trata-se de um novo traço socialmente lastreado na separação dos corpos e na coletivização das consciências.

O surgimento da Internet ocorre no cerne da Guerra Fria, numa primeira versão com uma moldura militar norte-americana. É, portanto, na década de 70, que se inicia uma era eletrônico-digital, conforme se posiciona Rodrigues.¹⁰

Com demora, no Brasil, as primeiras ações interligaram universidades e centros científicos do Rio de Janeiro, São Paulo e Porto Alegre aos Estados Unidos da América (EUA). Em 1989, surgiu o projeto da Rede Nacional de Pesquisa e da participação do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) e, com o escopo de integrar e coordenar os trabalhos relativos a redes de comunicação na esfera acadêmica, apenas em 1993 a Internet atingiu outros setores sociais.

A Internet aparece para capitanear esse novo sistema tecnológico, presente em todos os setores da sociedade. Os meios de comunicação aparecem sem barreiras territoriais, com uma extrema ubiquidade, globalmente interdependentes, em uma crescente interligação entre distintos dispositivos, característica primaz desse ciberfenômeno.

E se Einstein, na visão de Lévy, mencionou uma bomba das telecomunicações no Século XX, não há como recusar um segundo dilúvio secular, o transbordamento caótico do ciberespaço.¹¹ Trata-se de uma anárquica interação entre os indivíduos, da inundação de dados e informações que desaguam em um oceano tecnológico, sendo a telecomunicação um elemento crucial para unir polos distantes, com trocas de conhecimento e descoberta das diferenças.

Para López, a telecomunicação é toda forma de comunicação à distância que se realize por meio de um dispositivo eletromagnético ou luminoso, aí estando inseridas as comunicações telefônicas e telemáticas. A posição do autor evidencia três pilares presentes nas telecomunicações: a infraestrutura, os meios de transmissão e o conteúdo transplantado.¹²

A infraestrutura é constituída pelos elementos físicos empregados para efetivar a comunicação, como a rede de cabeamento. Os emissores de ondas

¹⁰ RODRIGUES, Benjamim Silva. **Da prova penal**: da prova eletrônico-digital e da criminalidade informático-digital. Coimbra: Rei dos Livros, 2011. Tomo 4.

¹¹ LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. 3. ed. São Paulo: 34, 2010. p. 13.

¹² LÓPEZ, 2012 apud SIDI, Ricardo. **A interceptação das comunicações telemáticas no processo penal**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

hertzianas conduzem sinais de rádio e televisão, mas têm desempenhado um interessante papel móvel na telefonia, sendo que o satélite tem a mesma funcionalidade desses emissores, com uma distinção por gravitar na órbita da Terra.

Os meios de transmissão são o modo como a informação viaja a partir das infraestruturas mencionadas, utilizando ondas eletromagnéticas, impulsos luminosos e ondas hertzianas. E, finalmente, o conteúdo da transmissão é a informação, que pode consistir em sinais, textos, imagens ou áudios, podendo ser transportada de forma digital ou analógica.

Portanto, o conteúdo da transmissão será o conteúdo pretendido pelos interlocutores, sendo que a rede digital ou analógica será apenas o caminho que esse conteúdo percorrerá. Assim, percebe-se que a salvação ou a perdição depende mais dos homens do que da tecnologia.

No fim dos anos 90, as operadoras de telefonia enfrentaram uma nova realidade – a necessidade de efetivarem uma junção entre comunicações e informática –, “saltando para o comboio em andamento da internet.” Houve uma nova tendência informacional de transmissão sincrética pela mesma infraestrutura de dados, voz e imagem, como as televisões digitais, o que Rodrigues definiu como convergência digital.¹³

Em outro prisma, o autor supracitado continua afirmando que, com os aplicativos de conversação instantânea, verifica-se a possibilidade de realização das chamadas telefônicas digitais “no seio das redes IP incrementadas por alguns dos operadores de comunicações telefônicas, tais como what’sapp e Skype.” A revolução comunicacional e a convergência digital são capazes de transmitir – por uma rede –, voz, dados e imagens, com a possibilidade de se realizar chamadas pela Internet.

As transformações não cessam, sendo imprevisível o devir tecnológico. O desenrolar das tecnologias de comunicação, aditadas à Internet, propiciaram uma conexão anômala nas redes convencionalmente conhecidas. Assim, vive-se em um mundo conectado em aparelhos sincréticos, com aplicativos multiplataforma, que foram fundamentais para a modificação na noção de tempo e espaço e para a transformação das maneiras de interação entre os indivíduos.

¹³ RODRIGUES, Benjamim Silva. **Da prova penal**: da prova eletrônico-digital e da criminalidade informático-digital. Coimbra: Rei dos Livros, 2011. Tomo 4. p. 44.

Essas modificações, energizadas pela Internet, e a globalização dos fluxos de telemática refletiram em todos os perímetros sociais: trabalho, educação e, para o que a esta pesquisa, o campo jurídico-processual. Assim, não há dúvida de que essas velozes transformações desaguaram em alterações sociais importantes, capazes de construir um novo conceito cultural.

Castro comenta a dificuldade de entregar uma definição rígida à cultura, ressaltando o elo existente entre esta, a sociedade e a comunidade.¹⁴ Assim, o conteúdo das relações sociais pode ser um modo de vida que enfatiza o componente de recursos (materiais e imateriais) acumulados, que as pessoas herdaram, usufruem, transformando, enriquecendo e transmitem entre si.

Modernamente, evidente é a existência de um ciberespaço e de uma cibercultura, sendo que, para Lévy, o ciberespaço ou rede é o meio de comunicação que surge da interconexão mundial de computadores, tablets, smartphones e outros compartimentos eletrônicos.¹⁵

Não se trata apenas da estrutura físico-digital, mas também do espaço em nuvem de informações que lá habita, sendo que as pessoas navegam e alimentam esse perímetro. Concomitantemente, o autor supracitado define cibercultura como um conjunto de técnicas, valores, condutas e comportamentos que se protegem juntamente com o crescimento do outro ciber.

A Internet passa a ser o tecido da vida humana. As redes que se formam neste âmbito têm desempenhado um papel decisivo na renovada configuração da noção de espaço. Aquela ortodoxa definição de um conjunto de nós interconectados ganhou uma nova roupagem, transformando-se em redes de informação veiculadas pela Internet.

Não há uma arca informática estática ou una. Apenas a bomba comunicacional é universal, mas abriga, nessa interação, pequenas totalidades, sem perseguir o universal. É a globalização digital das distinções, daquilo que é intotalizável.

Com essas lições, percebe-se que a Internet cria um fino enredamento dos humanos de todos os horizontes em um único e grandioso tecido digital, com uma

¹⁴ CASTRO, Celso. **Textos básicos de Antropologia**: cem anos de tradição – Boas, Malinowski, Lévi-Strauss e outros. Rio de Janeiro: Zahar, 2016. Disponível em: <https://books.google.com.br/books/about/Textos_b%C3%A1sicos_de_antropologia.html?id=6qbFDA-AAQBAJ&printsec=frontcover&source=kp_read_button&redir_esc=y#v=onepage&q&f=false>. Acesso em: 24 out. 2017. p. 161.

¹⁵ LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. 3. ed. São Paulo: 34, 2010. p. 17.

abertura interativa, uma reação à projeção demográfica que também provoca inexoráveis problemas.

Ocorre que, mesmo com o eventual caos jurídico-social construído pela Internet, a arca já está selada. Para Kafka, não há como cessar o dilúvio informacional, posto que é perpétuo, inexistindo qualquer fundo sólido nesse mar informacional. Assim como o réu não pode recusar o processo, não se pode deixar de navegar nesse oceano das informações.¹⁶

É impossível essa separação dos objetos técnicos do humano, como não se pode afastar as pessoas dos signos pelos quais elas atribuem sentido à vida e ao mundo. A tecnociência produziu a explosão nuclear, mas a mesma energia também fora fundamental para o desenvolvimento econômico.

Da mesma forma que o fascismo ou nazismo não precisam de uma aglomeração para manifestação, os instrumentos técnicos que são construídos e usufruídos demandam responsabilidade coletiva, sendo que o poder está em posse das pessoas.

Por tudo isso, e com apego à universalidade e ao estreitamento das fronteiras nacionais, pela era digital, pode-se afirmar que as tecnologias não têm reação de causa e efeito com a sociedade e cultura. Nesse prisma, as verdadeiras interações ocorrem com atores humanos, em grande número, que utilizam, produzem e interpretam essas técnicas de maneiras distintas. A sociedade está inserida em um ciber mundo, e isso não pode ser modificado, mas sim bem utilizado.

O ciberespaço fomenta a evolução geral da civilização, portanto, a sociedade encontra-se condicionada por tais técnicas, em que pese inexistir determinismo, pois condiciona em vez de determinar, sendo que a inserção é natural.

Mas, se é assim, nessa retaguarda técnica há reações com ideias, interesses econômicos, estratégias de poder, políticas e jurídicas, havendo uma gama de jogos dos homens em sociedade. Não há como atribuir uma definição única ao conhecimento técnico-digital, sendo ambivalente.

Esses projetos heterogêneos têm uma relação conflituosa, mas, para Lévy, alimentam-se e reforçam-se mutuamente.¹⁷ Não por acaso, essa tempestade informática é capaz de derrubar as barreiras territoriais totalizantes, não podendo-se perder os limites impostos por direitos fundamentais e convencionais inalienáveis,

¹⁶ KAFKA, Franz. **O processo**. São Paulo: Schwarcz, 1997.

¹⁷ LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. 3. ed. São Paulo: 34, 2010.

como será revelado no capítulo seguinte. Também se destaca, por um lado, que o risco de flexibilização de garantias é exponencial.

Por outro lado, os meios digitais ainda estariam no nascedouro de um infinito trajeto. A interação mundial de compartimentos eletrônicos permanece em movimento acelerado, bem como a extensão do ciberespaço. Em contrapartida, tais mutações técnicas não são boas ou más e, em que pese serem não-neutras, podem ser objetivamente imparciais. Capitaneadas pelo homem, deve ser analisada a irreversibilidade de uma eventual utilização, impondo requisitos para a exploração, com domínio funcional se, como e quando será utilizada.

Atualmente, muitos se dizem integrantes da cibercultura, como escritores, músicos e políticos. Seria infantil restringir o usufruto das tecnologias apenas para indivíduos com esclarecimento e racionalidade. O ritmo das transformações assusta e, enquanto se discute quanto ao pontual uso da tecnologia, algumas maneiras de usar, por vezes, escusas, já se impuseram.

Assim como o garantismo¹⁸, a “boa” tecnologia é conduzida por pessoas e demanda subjetividade, algo que os padrões científicos não podem afastar e as máquinas não saberiam aplicar. Nenhum tipo de conhecimento, mesmo que pareça tão natural, por exemplo, numa vertente teórica, tem independência quanto à utilização de tecnologias intelectuais.

Notável é a lição do pensamento hobbesiano, discutido por Rousseau, segundo o qual, antes do contrato social, os homens viviam conforme já observava o romano Plauto em um estado natural, de luta entre si, como lobos, *homo homini lúpus* e, depois de um cansaço desses males ao extremo, devem remediar a (de)sordem tecnológica que os oprime, com a correta utilização desses meios digitais.¹⁹

Freud chama à lembrança os horrores da migração dos povos, das invasões dos hunos, dos mongóis de Gengis Khan e Tamerlão, da conquista de Jerusalém, e ainda as atrocidades da Segunda Guerra Mundial, para que todos se curvem à veracidade dessa informação.²⁰

Desse ponto de vista, a Internet pode ser percebida como um meio a mais para melhorar a difusão da informação e a comunicação indireta e direta, se

¹⁸ Atualmente, especialmente no Brasil, a expressão “garantista” tem sofrido, na gênese, uma violação genética, em ofensa ao escopo da obra de Ferrajol (2002).

¹⁹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. São Paulo: Martin Claret, 2013.

²⁰ FREUD, Sigmund. **O mal-estar da civilização**. São Paulo: Grandes Ideias, 2011.

espalhando, instantaneamente, por todo o mundo. Mas, ainda assim, tem-se apenas um meio e não um fim em si mesmo.

Sob essa perspectiva, o ser humano é o verdadeiro tomador de decisões por parte daqueles que conduzem os projetos tecnológicos de criadores visionários, mas, por vezes, de maneira obscura, age de maneira contrária ao espírito social e às práticas de base que foram responsáveis pelo exorbitante crescimento da Internet e dos recursos telemáticos. Isso ocorre em vários campos sociais, inclusive na esfera jurídico-processual, como restou evidenciado pelo mentor literário da cibercultura. Percebe-se, então, que a via cibernética continuará aberta.

1.2 TEMPO, RISCO E PROCESSO PENAL

Analisando-se o aspecto histórico, Baumer afirma que, no Século XIX, a anarquia estava ligada a uma significativa expansão do conhecimento que provocava uma congestão cerebral, mesmo nos melhores espíritos, sendo que a complexidade do conhecimento contribuía inevitavelmente para uma perplexidade geral.²¹

Os europeus do Século XIX estavam conscientes da aceleração e de como isso contribuía para a confusão geral. Com a pressa doentia desse tempo, a faceta mais presente do Século XIX é a velocidade, devendo-se lembrar que o homem andava em carroças e já tinha pressa (informação verbal).²²

Não em sentido oposto, Baumer impõe, ao Século XIX, o primeiro século do devir, silenciado nos dois períodos anteriores, soando agora muito mais alto e quase sufocando o ser. Uma supressão da sensação de finitude.²³

Em prospectiva, os séculos posteriores propiciaram uma revolução maior, sendo que as transformações sociais, políticas e econômicas – energizadas pela Internet –, contribuiriam para uma hiperaceleração e construção correlata a um contexto social do risco, com eternas expectativas e promessas incumpridas da pós-modernidade.

²¹ BAUMER, Franklin L. **O pensamento europeu moderno, Séculos XVII e XVIII**. Rio de Janeiro: 70, 1977. v. 1.

²² Comentário fornecido por Ruth Gauer em aula ministrada na disciplina História do Conhecimento, integrante do Mestrado em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), em Porto Alegre, 08 de junho de 2016.

²³ BAUMER, Franklin L. **O pensamento europeu moderno, Séculos XVII e XVIII**. Rio de Janeiro: 70, 1977. v. 1.

Sem dúvida, a sociedade se transforma cotidianamente em velocidade incrível e essa transformação é impulsionada pela extraordinária revolução que as tecnologias proporcionam. O ser humano comunica-se permanentemente, o que é uma exigência inevitável de vida.

Quanto ao aspecto funcional, o computador que interessa é onipresente, sendo que as redes sem fio não são mais o eixo central, pois o foco se concentra nos dados em nuvem e nas comunicações wireless, que são dispersas, o que se coaduna com a definição invulgar do ciberespaço. Tem-se, portanto, a ubiquidade das informações e a virtualidade das fronteiras.

Os recursos digitais são fluidos, voláteis e permanecem em mutação. Com essa constatação, mesmo os tecnólogos se surpreendem com a evolução técnica como manifestação exógena ameaçadora. Não há como dissipar essa sensação de ser constantemente ultrapassado. São novas tecnologias materializadas por aplicativos, programas, plataformas digitais heterogêneas, com um mundo virtual em nossas mãos.

É um dever coletivo complexo, que se torna o invólucro dos programas computacionais e dos dispositivos de comunicação. Um sentimento sem limitações, barreiras, como que oceânico. Essa sensação de eternidade tecnológica passou do dever ao ser, em um caminho paradoxal. Tem-se que lançar mais longe o olhar, mas ainda não parece ser suficiente.

Por essa linha, entende-se como dias, meses e anos podem ser tão intensos. Afastada a premissa quanto à existência do grande relojoeiro universal, percebe-se que, além do calendário posto, há o lapso subjetivo, a intensidade que se traduz com uma fenomenologia interior e intransferível. É o tempo digital, a representação atual do espírito informacional.

Ao tempo que são feitas indagações como: se crescem ou decrescem os anos de vida; quando acaba o caminho; levanta-te e andas; se viver é caminhar, também é avançar e se o tempo pode progredir e nós ficarmos engessados. São questionamentos destacados por Messuti, que discute sobre o caminhar do tempo e o passo em que a humanidade avança, mas, em vez de crescer, minguam-se os anos: “anos que vêm para irem, nos pisoteiam e nos fazem valer menos a cada dia.”²⁴

²⁴ MESSUTI, Ana. **O tempo como pena**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 51.

Tomando-se por pressuposto que o Direito institui e o tempo temporaliza, e reafirmando essa relação indissociável entre esses elementos, Ost detecta quatro espécies de destemporalizações que atingem frontalmente o elemento jurídico.²⁵

Preliminarmente, há uma recusa do entendimento temporal como mutação, evolução, prospectivo, finitude e, por conseqüentemente, mortalidade. Trata-se de uma nostalgia da eternidade que nega a sucessão temporal, não se admitindo um futuro diferente e que possa ser modificado.

Como paradigma, citam-se aqueles que negam a utilização dos recursos tecnológicos como instrumentos da persecução penal, deixando a situação jurídico-processual alheia às inovações científicas. Trata-se de um passado que não se renova, permanece vivo, eterniza-se e não envelhece.

Mencionando outras formas de eternidades endógenas ao Direito, Gloeckner exemplifica, drasticamente, as cláusulas pétreas e a proibição das emendas constitucionais que tenham por escopo a supressão de direitos fundamentais. Para o autor, renunciar ao eterno é acolher a incerteza de um futuro a ser lapidado, assumir riscos.²⁶ Mas, paradoxalmente, a solução para essa primeira hipótese de destempo não é o abandono físico do tempo, cujo movimento irreversível conduz tudo à destruição.

Não sem razão, Ost escreve que, assim como a (a) eternidade, a (b) entropia e sua vertigem são as primeiras das quatro patologias temporais, complementadas pelo (c) determinismo e pela (d) discronia, desníveis do compasso, quedas de um tempo instituído e significativo que devem ser expelidos.²⁷ A entropia estabelece o desvanecer com a trilha temporal. Uma absolutização do instante, desprezo pelo passado, transformando a tradição em uma distante lembrança, materializada pelas imagens, pelo visual e imediato.

Como chancelou Virilio, a perda da história significa que o “agora” tem primazia sobre o passado e sobre o futuro. Emerge a possibilidade de uma história “presentificada” que se denomina *news*. A história só se faz no presente, pois o passado é trapo e não há esperança no futuro.²⁸

²⁵ OST, François. **O tempo do Direito**. Bauru: Edusc, 2005.

²⁶ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Risco e processo penal**: uma análise a partir dos direitos fundamentais do acusado. Salvador: JusPodivm, 2009.

²⁷ OST, François. **O tempo do Direito**. Bauru: Edusc, 2005.

²⁸ VIRILIO, Paul. **Cibermundo**: a política do pior. Lisboa: Teorema, 2000. p. 62.

Tratando da polarização ideológica, Morin e outros não fazem distinção entre o conservador e o progressista para estabelecer um corte entre o passado e o futuro, relatando a perda na relação com o tempo, com sua passagem.²⁹

Não há reflexão. Como exemplo, os processos possuem ínfimo tempo de estadia nos arquivos judiciais, inclusive feitos que materializam ações constitucionais como o *Habeas Corpus* (HC) que, mesmo de forma eletrônica, é objeto de arquivamento célere. É a subtração da memória e sua materialização em suportes coletivos. A imagem substituindo a memória, pois aquela estará disponível posteriormente, como afirma Gloeckner.³⁰

A terceira manifestação da destemporalização é concernente ao pensamento determinista que gera a representação de um tempo homogêneo, sem rachaduras. Se o fato não tem direito ao esquecimento, a repetição do mesmo compromete a estrutura que permeia tempo, sociedade e Direito. O tempo é mecanicista, impregnado pela reversibilidade. Destaca-se a importância da produção do novo, mas, se o passado é uma repetição, o futuro só pode ser objeto de construção mediante uma novidade.

Nesse sentido, Gloeckner indaga como estabelecer um elo entre a entropia e o determinismo; como superar a eternidade de um passado que não se renova sem esquecer a tradição, e como manter viva a memória sem recortá-la em migalhas. Um tempo temperado se faz necessário, sendo necessário se estabelecer um elo entre os momentos e mutilações destacados e o espaço temporal que não renegue o passado, sem carregá-lo como fardo eterno.³¹

A quarta e última forma de destempo é a discronia, pois o tempo é manifestamente plural, sendo seu domínio tanto o da simultaneidade quanto o da sucessividade. A sociedade é de aceleração temporal e, justamente por esse motivo evolucionar, é mister que se tenha uma articulação que tente regular essas forças individuais.

Quantos aos aspectos processuais penais, a discronia surge como ameaça, e essa pluralidade temporal demonstrou como foram infrutíferas as tentativas de

²⁹ MORIN, Edgar et al. **A sociedade em busca de valores**: para fugir à alternativa entre cepticismo e o dogmatismo. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

³⁰ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Risco e processo penal**: uma análise a partir dos direitos fundamentais do acusado. Salvador: JusPodivm, 2009.

³¹ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Risco e processo penal**: uma análise a partir dos direitos fundamentais do acusado. Salvador: JusPodivm, 2009.

especificar um prazo máximo para a duração de feitos distintos, numa vertente dogmática, legal ou jurisprudencial.

Por isso, deve-se destacar o papel da inovação e do controle do tempo. Um silogismo temporal capaz de entender a multiplicidade dos lapsos e a aplicabilidade do fator tempo de maneira razoável, levando-se em consideração o campo social de incidência e a necessidade de preservação dos valores sociais e fundamentais.

No momento em que a sociedade vive em seu limite, a velocidade corrompe, fulmina, atravessando e liquefazendo os vínculos sociais de outrora. Ost descortina as dimensões entre tempo e Direito que são, quase sempre, encobertas, ressaltando a importância dessa relação jurídico-temporal na sociedade da velocidade que dá origem à referida relação.³²

A evidência menciona que o lapso engessado, perpétuo e rígido se configura como uma das possíveis representações do tempo para o Direito. Um relacionamento dúplice, bilateral, uma via de mão dupla, sem relação hierárquica, no qual um dos elementos fixa os códigos e dita as regras.

O Direito juridicaliza o tempo, e este temporaliza o elemento jurídico. Um carrossel em que a sociedade da alucinação afeta, na gênese, àquele. Em contrapartida, à sociedade, será entregue um processo *fast-food*, veloz, capaz de atropelar garantias fundamentais, posto que não é perpétuo, que já domina a verdade e engessa o presente.

Essa relação bipolar fora conceituada por Morin como a recursividade organizacional, afastando a relação de causa e efeito no procedimento-temporal para aclarar que a produção volta ao produtor numa interação circular autoconstitutiva e autoprodutora. *In casu*, também autodestrutiva do processo penal.³³

São facetas temporais inapropriadas que devem ceder à outra moldura temporal. No tocante ao processo, este tem seu tempo e um escudo definido pelos direitos constitucionais e convencionais, que são responsáveis por um equilíbrio entre a colheita instantânea da sociedade contemporânea e o plantio processual capaz de coletar uma verdade epistêmica, procedimental. Uma aliança entre os tempos deve ser perseguida – passado, presente e futuro –, em um passo razoável, sem eternizar-se.

³² OST, François. **O tempo do Direito**. Bauru: Edusc, 2005, p. 54.

³³ MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo**. 5. ed. Porto Alegre: Sulina, 2015, p. 65.

Gloeckner assinala que tanto a aceleração, como o tempo de longa duração, devem ser afastados.³⁴ Não são soluções, mas riscos e utopias, pois o tempo atua internamente na dogmática (jurídico-penal) afetando a eficácia de direitos.

É o tempo nadificado, uma consequência implementada pela maior aceleração das condições em que a sociedade contemporânea se descreve, uma síndrome paroxística instalada. A ineficácia futurista ante os complexos eventos, a rápida consumação do passado imemorável e um futuro sem esperança, multiplicador incessante de acontecimentos, que não dá ao tempo o devir, por isso, é natimorto.

Virilio discute sobre o tempo mundial e o presente único, que substituem o passado e o futuro, estando atrelados a uma velocidade limite que é a velocidade da luz. O ser humano se choca com a barreira do tempo real, isto é a barreira da luz.³⁵ Recorrendo à luz e, portanto, à sua velocidade, esta liquidação do espaço-mundo e do tempo histórico é possível.

Em 300mil quilômetros por segundo (km/s) – uma constante cosmológica –, que representa o tempo de uma história sem história e de um planeta volátil, de uma Terra reduzida ao imediatismo, que passa instantaneamente, um tempo uno, mundial. A velocidade da luz afasta a importância espacial – esta extensão fronteiriça que dispôs a população mundial com uma organização geográfica –, além de suprimir o intervalo temporal histórico. Os calendários, as efemérides e os relógios foram a base da história dos homens. Trata-se, portanto, do desdobramento da visão e do surgimento de uma outra ótica: a que torna possível realizar-se uma teleconferência entre dois continentes.

Virilio continua e afirma que, em um acontecimento sem referencial, os relógios – que permitem organizar a vida humana em períodos distintos e em nações diferentes –, é liquidado instantaneamente pelo terceiro intervalo do gênero luz, que elimina, então, simultaneamente, os intervalos de espaço e de tempo.³⁶ É a extirpação do espaço-mundo – a relatividade –, e de um tempo – o tempo dos homens –, em benefício de outro espaço e de outro tempo. Não é um acontecimento apocalíptico, mas cataclísmico dessa ordem.

No âmbito processual, devem-se articular esses tempos diversos, fragmentados e dispersos, sem postular um tempo único, um tempo do Direito ou

³⁴ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Risco e processo penal**: uma análise a partir dos direitos fundamentais do acusado. Salvador: JusPodivm, 2009. p. 32.

³⁵ VIRILIO, Paul. **Cibermundo**: a política do pior. Lisboa: Teorema, 2000, p. 37.

³⁶ VIRILIO, Paul. **Cibermundo**: a política do pior. Lisboa: Teorema, 2000, p. 38.

direito ao tempo, como dispõe Gloeckner.³⁷ A razoabilidade deve pautar essa busca por um tempo social (plural) adequado para os diversos campos, inclusive o jurídico e, essencialmente, o sítio processual penal, no qual o que está em jogo é a liberdade individual.

Por tudo já comentado, Lopes Jr. demonstra que a sociedade é acelerada, considerando a dinâmica contemporânea impressionante e de mãos dadas com o risco.³⁸ É “a hiperaceleração levando o risco ao extremo”, sendo o tempo e o risco como lados de um mesmo estado de urgência.

O autor cita, como exemplo, no suposto combate às práticas criminosas, uma banalização nas medidas *inaudita altera pars*, decretadas em tempo célere, no exercício de um contraditório superveniente das medidas de busca e interceptação eletrônica, em que se decide antes para, posteriormente, proceder a um devido processo penal ilusório, do qual deveria ter brotado o saber.³⁹

A mesma literatura processual salienta que, com Newton, existia um tempo cósmico em que Deus era o grande relojoeiro do universo, ideia de tempo absoluto e universal. Em Einstein, o tempo passou a ser visto relativamente, com variáveis, conforme a posição e o deslocamento do observador, pois, ao lado do tempo objetivo, existe o tempo subjetivo.

Não se trata apenas do calendário posto que, modernamente, deixou as mesas dos escritórios, escondendo-se nas telas dos monitores. Mais do que isso, é a subjetividade, a subtração de um tempo que se dissipa e não voltará, uma aceleração que persegue a luz e busca o instantâneo. A relatividade perdeu seu volume.

Ao discutir sobre o progresso da humanidade e considerá-lo extraordinário e inimaginável, Freud ressalta que essa disposição do espaço e do tempo não elevou o grau de satisfação prazerosa que se espera da vida, não custodiou a felicidade.⁴⁰ De modo atenuado, trouxe um prazer barato louvado numa certa anedota, essencialmente porque felicidade é uma subjetividade. Nesse sentido, a questão se encontra na impossibilidade de trabalhar cientificamente os sentimentos.

³⁷ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Risco e processo penal**: uma análise a partir dos direitos fundamentais do acusado. Salvador: JusPodivm, 2009. p. 53.

³⁸ LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 50.

³⁹ LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 51.

⁴⁰ FREUD, Sigmund. **O mal-estar da civilização**. São Paulo: Grandes Ideias, 2011, p.27.

Para o “pai da psicanálise”, a telecomunicação propiciou a captação da voz daquele filho distante, mas, por certo, se inexistissem estradas de ferro para vencer esses milhares de quilômetros, o descendente jamais deixaria a sua cidade natal e não precisaria do auxílio do telefone para encurtar distâncias que seriam tidas por inalcançáveis até mesmo em conto de fadas.

Seja nos transportes de pessoas ou de mensagens tudo parece alcançável por meio das tecnologias. No campo processual penal, se a verdade real fora taxada como um mito, algo inalcançável, um tesouro jamais encontrado, procuraram outras realidades “virtuais”, novas verdades, pois a sensação de segurança e o preenchimento dessa expectativa também podem ser alcançados.

Uma ilusão de captação do tesouro escondido revivida pelos meios tecnológicos, pois agora tudo parece alcançável. E, se a verdade real não existe, acelera-se a criação de uma realidade cibernética.

Virilio ressalta as três dimensões temporais – passado, presente e futuro –, e as compara à partida, à viagem e à chegada. Para este, o homem não pode ser privado destas três dimensões, quer em relação ao tempo ou à trajetória, “o que faz que eu vá ao outro, que eu vá ao longe.”⁴¹ Caso contrário, a hiperconcentração do tempo real reduz a nada todos os trajetos: o trajeto temporal prevalece em benefício de um presente perpétuo, e o trajeto da viagem em favor de uma nadificação do percurso. É a tele-existência, tele-visão, tele-audição, tele-ação.

No que diz respeito à velocidade da informação, está sepultado o lapso entre o fato e a notícia, a eternização de um frágil presente, devido aos recursos virtuais, ao tempo real e o tempo ao vivo, havendo a perda da memória e a antecipação futurista que propiciam uma eternização do presente.

A ciberaceleração deve ocorrer, mas nas esferas corretas, nos compartimentos sociais adequados. Na situação jurídico-processual, por exemplo, importa perceber que o procedimento penal tem o seu tempo, e um lapso adequado que não afaste as garantias processuais. É preciso plantar, semear e colher uma verdade juridicamente possível, limitada pelo tempo processual e suas respectivas garantias.

Retomando-se o exemplo processual, não se trata de defender um excesso prazal capaz de violar a duração razoável do processo em busca de uma verdade

⁴¹ VIRILIO, Paul. **O espaço crítico**: e as perspectivas do tempo real. São Paulo: 34, 2005. p. 102.

(apenas) pelos meios probatórios ortodoxos. Fora o que Roxin salientou ao relatar as alterações no procedimento penal alemão, posteriores ao pós-guerra, quando “o segundo grande objetivo da reforma fora a perseguição da aceleração do processo penal.”⁴² Importa renovar a necessidade de que essas modificações evitem o pisar nas garantias procedimentais.

Também é mister evitar a concentração de energia no vácuo, e aplicar a tecnologia como meio para a proteção dos direitos fundamentais, como a utilização de recurso digitais no cumprimento de cartas precatórias ou a previsão do art. 405 do CPP, de maneira a evitar o descumprimento do tempo procedimental razoável.⁴³

Mas essa não é a realidade presenciada, daí a banalização na utilização dos meios ocultos de investigação, capazes de entregar uma verdade digital mais rápida. Para a redução dos riscos impostos por uma criminalidade igualmente informatizada, se legitima um modelo, na gênese, inquisitorial, uma hiper-penalização no seio de um Estado acelerado, de urgência, que precisa punir de maneira mais veloz, com imagens capazes de preencher as expectativas, as verdadeiras promessas de conteúdo falso.

A imagem passa a ter visibilidade instantânea, pois o que não é televisável não existe midiaticamente. Nesse enfoque, Lopes Jr. comunica a substituição da palavra por textos e comunicações moldadas em tempo real. Se não tens a imagem, cria-se digitalmente.⁴⁴

Em um determinado ângulo, isso afeta o processo. Sob a égide da falácia de uma verdade real inalcançável, outras verdades são perseguidas, mais céleres e ilustradas, com vídeos, sinais e áudios, ocorrendo a ilusão de uma cibercerteza por meios que são tomados como a *prima ratio* investigatória.

Ocorre que o castigo não pode ser rápido como o fato penalmente relevante, pois quem vai devagar vai bem e vai longe. Carnelutti afirma que “existem coisas fáceis de dizer, mas difíceis de fazer.” Um castigo sem juízo seria um novo delito. Tampouco esse duplo exame – que se faz normalmente por meio da instrução e da dialeticidade –, não exime o erro judicial, que pode ser a condenação de inocente.

⁴² ROXIN, Claus. **Pasado, presente y futuro del derecho procesal penal**. Santa Fe: Rubinzal; Culzoni, 2009. p. 145, tradução nossa.

⁴³ BRASIL. Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial [da] União**, Rio de Janeiro, 24 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 24 out. 2017.

⁴⁴ LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 61.

Ocorre que, “como nos cálculos matemáticos que para reduzir a probabilidade de erro, não existe outro caminho a não ser o de voltar e realizar a operação. O processo penal é como um fuzil que, muitas vezes, masca, quando não solta o tiro pela culatra.”⁴⁵

Não temos tempo para o ato refletir, para o ato de pensar, enfim, para refazer a operação. Na perspectiva cartesiana e suas meditações metafísicas, as essências verdadeiras das coisas não são meramente percebidas, mas já estariam, de forma inata, espiritualmente, capazes de ser então trazidas pela razão.

Se, primeiro ocorre o raciocínio para posteriormente se verificar a existência, a hipervelocidade ataca o racionalismo e, entre os riscos que lhe são inerentes, identifica-se a possibilidade de retirar um pouco da real existência. Não pensamos socialmente, processualmente, em alguns momentos, pois a existência é tão somente digital.

Burke menciona termos como “explosão do conhecimento” e a consequente “sobrecarga” ou “excesso de informação”, fenômenos interligados principalmente à rede digital. Como consequência negativa dessa tempestade de “dados”, discute o episódio do 11 de Setembro.⁴⁶

O governo norte-americano possuía informações a respeito da organização dos ataques terroristas às torres gêmeas do World Trade Center. “Contudo, em meio a uma enxurrada de informações, foi incapaz de distinguir o ruído inútil da informação útil: um dos desafios das novas gerações”, como constatou Rodrigues.⁴⁷

Ost aponta uma patologia na memória, devido à abundância de informações, sendo que o declínio da memória está arraigado à superabundância de informações e ao declínio da memória coletiva em detrimento da individual. Como consequência, houve um presenteísmo norteado por um instantâneo insignificante. O autor considera que o tempo é evidentemente plural, sendo seu domínio o simultâneo e o sucessivo, sendo que “a sociedade avança a grandes passos e, justamente por esse motivo evolucionar, é mister que haja uma articulação que tente regular essas forças individuais.”⁴⁸

⁴⁵ CARNELUTTI, Francesco. **Como se faz um processo**. 2. ed. Belo Horizonte: Líder, 2004. p. 21.

⁴⁶ BURKE, Peter. **Uma história social do conhecimento II: da Enciclopédia à Wikipédia**. Rio de Janeiro: Zahar, 2012. p. 414.

⁴⁷ RODRIGUES, Benjamim Silva. **Da prova penal: da prova eletrônico-digital e da criminalidade informático-digital**. Coimbra: Rei dos Livros, 2011. Tomo 4, p.101.

⁴⁸ OST, François. **O tempo do Direito**. Bauru: Edusc, 2005. p. 37.

Foge-se do peso do passado, assim como das promessas do futuro, mas, metaforicamente, como uma bicicleta deve avançar para não cair por terra, deve-se sempre progredir. Em posse de tal motivo, indaga-se quais são os riscos desse progresso hiperacelerado e dessa torrente de informações.

Os rios constantemente mudam e nunca são os mesmos. As margens e os leitos estão em mutação, sob o impacto de enchentes e secas, por mais que sua identidade permaneça a mesma. Mas o cerne da questão é que todos falam do rio que tudo arrasta, mas se esquecem das margens que o pressionam. São os riscos.

Na modernidade tardia, a produção social de riqueza e tecnologia é acompanhada sistematicamente pela produção social de riscos. Aos problemas e conflitos distributivos da sociedade da escassez sobrepõem-se os problemas e conflitos surgidos a partir da produção, definição e distribuição de riscos científica e tecnologicamente produzidos.

Beck relata que a promessa de segurança avança com os riscos e precisa ser – diante de uma esfera pública alerta, midiática e crítica –, continuamente reforçada por meio de intervenções cosméticas ou efetivas no desenvolvimento técnico-econômico.⁴⁹

Entretanto, o autor ressalta a certeza de que os riscos não são uma inovação moderna. Quem saiu em busca de novas terras e continentes para conquistar abraçou o perigo. Mas arriscava-se pessoalmente, individualmente, não eram situações de ameaça global, potencial para toda a humanidade, como a fissão nuclear ou o acúmulo de lixo da mesma espécie. Os riscos e ameaças modernas diferenciam-se dos equivalentes medievais, essencialmente por conta da globalização do seu alcance (flora, fauna e humanidade). Os riscos são decorrentes da modernização, produto do maquinário industrial do progresso.⁵⁰

Analisando-se o pensamento anterior, Goldblatt ratifica que o risco é inerente aos homens, como fora em todas as sociedades. Mas complementa que a proporção dos novos riscos é muito complexa e, institucionalmente, as formas que se tenta superá-los são tão voláteis que, por vezes, a fina camada da tranquilidade que cobre a sociedade é despedaçada pela dura realidade dos perigos e ameaças inconciliáveis.⁵¹

⁴⁹ BECK, Ulrich. **A sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. São Paulo: 34, 2010.

⁵⁰ BECK, Ulrich. **A sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. São Paulo: 34, 2010.

⁵¹ GOLDBLATT, David. **Teoria social e meio ambiente**. Lisboa: Piaget, 1996, p. 46.

Na sociedade de risco, emerge o potencial político das catástrofes. A sociedade do risco é catastrófica, sendo que a esfera pública e a política sob a égide intervencionista passam a reger, na intimidade, o desenvolvimento industrial e, conseqüentemente, os riscos. O estado de exceção passa a converter-se em normalidade. Isso, claro, tem reflexos no estado de penitência e urgência caracterizadores da política criminal. De fato, é a transformação de ameaças civilizacionais à natureza em ameaças sociais sistêmicas que justifica o conceito de sociedade de risco. Afinal, não há mais contraposição entre natureza e sociedade, uma não pode ser concebida sem a outra.

Nessa linha, o contraste da sociedade de risco com todas as épocas anteriores – em que o risco também existia, mas de maneira exógena –, define-se pela impossibilidade, na atualidade, de se imputar externamente as situações de perigo.

Mesmo que o medo inquiete as pessoas, a origem dos perigos não se encontra no externamente, pois o risco não é exógeno, inumano, mas está na capacidade, no conhecimento, numa dominação aperfeiçoada do natural, no potencial humano para autotransformação, autoconfiguração e para autodestruição da reprodução de vida do planeta, como discute Goldblatt.⁵² Em contrapartida, Freud entende que:

Apenas parece um conto de fadas, mas, de fato, tem-se o cumprimento da maioria dos desejos dos contos, isso que o homem, por meio de sua ciência e técnica, realizou nesta Terra onde ele surgiu inicialmente como um frágil animal, como uma desamparada criança de peito.⁵³

Na referida visão, a questão cerne para a espécie humana é saber em que medida a sua evolução cultural poderá controlar as perturbações trazidas à vida em comum pelos institutos humanos de agressão e autodestruição. Freud continua informando que, quanto a isso, deve-se ter atenção especial, pois o controle humano sobre as forças da natureza propicia medo, infelicidade e riscos.⁵⁴

Essa especial atenção não pode se resumir aos Direitos Penal e Processual, imunes que deveriam permanecer às influências exógenas, materializadas por uma sociedade de informação. O autor afirma que o sentimento de culpa é o problema mais importante da evolução e explica que o preço do progresso cultural é a perda da felicidade, devido ao acréscimo desse sentir.

⁵² GOLDBLATT, David. **Teoria social e meio ambiente**. Lisboa: Piaget, 1996, p. 42.

⁵³ FREUD, Sigmund. **O mal-estar da civilização**. São Paulo: Grandes Ideias, 2011, p. 48.

⁵⁴ FREUD, Sigmund. **O mal-estar da civilização**. São Paulo: Grandes Ideias, 2011 p. 48.

Uma vez mais a sociedade está inserida na necessidade de satisfação de todos os desejos, que não admite demora, que aparece como algo doloroso e inaceitável. Como consequência desse cenário de risco total, persegue-se o direito à segurança perdida, tentando, no campo processual penal, afastar a violência, de maneira acelerada e ilusória.

Tratando de patologias sociais, Honneth comenta a tendência social de atribuir a tarefa de solucionar conflitos e litígios com o meio jurídico, maneira rápida e automática, o medium do Direito, com as vias alternativas de resolução sendo descartadas ou testadas praticamente de forma institucional. Um processo de juridificação que se iniciou em 1960 e ganhou combustível com a comunicação digital. Não diferente, se apresenta a política processual penal e o afastamento de direitos procedimentais como meio idôneo para controle dos riscos.⁵⁵

Com a globalização, a natureza da ordem econômica e social sofreu uma transformação radical. Rodrigues relembra que a possibilidade do capital ir para o outro elimina a capacidade de barreiras absolutas do Estado, em uma vertente econômica, tornando arcaico o estado do bem-estar-social.⁵⁶

Esta interação origina a extensão dos riscos no espaço e no tempo, projetando as suas consequências ao nível da impotência dos Estados para predizerem, organizarem e controlarem seus riscos, nomeadamente os tecnológicos, sanitários e ecológicos.

A sociedade moderna assume-se como uma sociedade dos riscos, em que a modernização é reflexiva, visto que se torna a si mesma como tema e problema. A promessa de segurança cresce proporcionalmente, com um discurso verdadeiro e conteúdo falso e impondo, em matéria criminal, uma incontinência legislativo-repressora e a supressão de direitos processuais penais.

A Internet aumentou o perigo da “morte da privacidade”, pois os cidadãos não possuem controle sobre sua intimidade informacional e os Estados se deparam com a exorbitante ameaça terrorista, ao lado dos problemas inerentes à sua respectiva segurança nacional e internacional. São, portanto, líderes interceptando grupos e outras nações.

⁵⁵ HONNETH, Axel. **O direito da liberdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

⁵⁶ RODRIGUES, Benjamim Silva. **Da prova penal**: da prova eletrônico-digital e da criminalidade informático-digital. Coimbra: Rei dos Livros, 2011. Tomo 4.

Está-se diante da incidência de uma rede comunicacional cujo fluxo cibernético propicia uma série de problemas sociais e contribui para a projeção de um estado de segurança, penitência e o aumento proporcional das promessas e expectativas. Há uma tensão manifesta entre, por um lado, a área jurídico-penal e, por outro, as expectativas sociais a seu respeito. De acordo com a definição de Martins, dada a:

[...] manifesta interação entre a máquina processual das convicções e a maquinaria processual das expectativas, a turbulência trazida por essa última por via dos aludidos movimentos de redefinição acaba por se traduzir na ocorrência de curto-circuitos [...].⁵⁷

Tome-se, por exemplo, a expectativa de Feldens ao apostar, como obsoleta e analógica, a dogmática jurídica que, tendo por objeto único os recursos probatórios ortodoxos, seria incapaz de acompanhar a criminalidade digital.⁵⁸ Essa revolução tecnológica já citada estabeleceu, no cotidiano, um instrumento facilitador dos vários setores sociais, com a criação do ciberespaço e imposição de uma cibercutura.

Por óbvio, essa facilidade tecnológica tem um efeito colateral e criminal, aumentando o crescimento dos delitos cibernéticos e abrindo caminho para um novo tipo de criminalidade organizada, com lesões delituosas convencionais sendo praticadas pela Internet. Apesar dos injustos culpáveis se manterem – em regra –, os mesmos, a sua esfera jurídica passa a ser afetada por novos métodos, diante esse quadro de democratização tecnológica e de difusão dos meios de telecomunicação.

De acordo com Meirelles, em 2016, o Brasil chegou a 168 milhões de smartphones em uso, sendo que, para 2018, a expectativa é de que o país tenha 236 milhões de aparelhos desse tipo nas mãos dos consumidores, em um crescimento de 40% em relação ao momento atual.⁵⁹ Nesse sentido, Virilio discute que:

A distância não é mais a profundidade da presença, mas sua intermitência se apresenta com esses números, a criação do homem duplo, o dúplice eletro-ergonômico espectral ou morto-vivo, aquilo que pode ser designado como telepresencial.⁶⁰

⁵⁷ MARTINS, Rui Cunha. **A hora dos cadáveres adiados**: corrupção, expectativa e processo penal. São Paulo: Atlas, 2013. p. 33.

⁵⁸ FELDENS, Luciano **Tutela penal de interesses difusos e crimes de colarinho branco**: por uma relegitimação da atuação do Ministério Público: uma investigação à luz dos valores constitucionais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002b.

⁵⁹ MEIRELLES, Fernando S. **Tecnologia de informação**: 27ª Pesquisa Anual do Uso de TI, 2016. São Paulo: EAESP, 2016. Disponível em: <<http://eaesp.fgvsp.br/sites/eaesp.fgvsp.br/files/pesti2016gvciappt.pdf>>. Acesso em: 27 out. 2017.

⁶⁰ VIRILIO, Paul. **O espaço crítico**: e as perspectivas do tempo real. São Paulo: 34, 2005. p. 105.

De igual forma, exponencialmente cresce a prática de delitos informáticos e de injustos culpáveis históricos que, por conta do espaço virtual, passaram a ser praticados pelos departamentos tecnológicos.

Como já referido, cobra-se uma suposta evolução do Direito Processual Penal, criando normas legais e procedimentos e suprimindo direitos e garantias, de forma a criminalizar e ser mais eficaz na persecução das práticas lesivas realizadas por meio da informática, na construção de um Direito Penal e Processual do risco.

Assim, não há contradição na afirmação de Beck, pois, juntamente com a ampliação dos perigos surgem, na sociedade de risco, desafios inteiramente novos à democracia. A sociedade de risco é revestida por uma tendência a um totalitarismo legítimo de defesa diante do perigo que, com a incumbência de evitar um mal maior, acaba provocando algo ainda pior. “Os efeitos colaterais políticos dos efeitos colaterais civilizacionais ameaçam o sistema político-democrático em seu domínio.”⁶¹

Um sistema que se vê desafiado com o desagradável dilema de ou bem fracassar – diante dos perigos produzidos sistematicamente –, ou então se afastar, por meio de esteios inquisitórios derivados do poder de polícia, princípios democráticos basilares. Romper com esse dilema é uma das tarefas cernes do pensamento democrático, tendo em vista o horizonte da sociedade de risco.

Considerando-se um processo penal de facilidades, assim como milhões podem acessar seus smartphones, também podem opinar e influenciar a técnica processual penal, a dogmática de todos, em busca de um procedimento criminal em tempo real.

Diante da facilidade na utilização dos instrumentos digitais pelos órgãos de persecução penal, essa realidade processual do Século XXI se restringe, em muitos casos penalmente relevantes, a essa única via, afastando, em contrapartida, o caráter anti-conhecimento do processo penal como limitador dos excessos daquele que detém o poder do punir.

Denunciada por Prado, a expansão dos métodos ocultos de investigação é a realidade da *persecutio criminis* nos últimos 20 anos. Em um perímetro de tensão entre liberdade e segurança, sob a inspiração dialética do risco, os estados produzem normativas que acossam os direitos convencionais, buscando majorar os

⁶¹ BECK, Ulrich. **A sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. São Paulo: 34, 2010. p. 98.

recursos à disposição da repressão criminal.⁶² As diligências inquisitoriais são incrementadas com o emprego de métodos ocultos de investigação, convertendo-se a prática em regra inquisitorial. Martins (2013, p. 36) imputou a responsabilidade desse signo de celeridade às expectativas:

Com alternativas estranhas ao seu quadro ontogenético, em uma nostalgia da ordem perdida, refém, o direito e a política (criminal) trabalham sobre os circuitos mais ostensivos da expectativa que, do exterior lhe solicitam desempenho. E claro, essa demanda por eficácia tem relação com a hiperaceleração de uma sociedade em tempo real.⁶³

Em seguida, o autor ressalta que só há horizonte se houver percurso. E o futuro não estará aberto para um presente que não saiba previamente reconhecer os futuros cumpridos e incumpridos do seu passado. São as promessas da pós-modernidade. Um futuro que não está acessível para todo e qualquer tipo de expectativas. “O teatro dos sonhos não está aberto. É por isso a esperança mais do que preenchimento, aquilo que é oferecido pela gestão moderna de expectativas.” O futuro está em aberto, com suas máquinas desejanças.⁶⁴

Não se pode desprezar a tradição ou abandonar totalmente a memória, exterminando o passado, sob pena de serem ressuscitadas promessas já perdidas e não-cumpridas e transformar o Direito Processual Penal, microcosmo do Estado de Direito, em redutor de riscos catastróficos, que nenhum campo social conseguiu controlar.

O Estado de Direito tem sua base jurídico-política fincada nas regras do devido processo legal, por meio do qual o exercício legítimo do monopólio da força tende a não se converter em arbítrio. Em Prado, verifica-se que o processo penal não deve ser uma mera cerimônia protocolar televisável, um simples ritual que antecede a imposição de um castigo previamente definido pelas forças públicas.⁶⁵

Processo não significa qualquer estilo, pois deve ser concebido a partir de uma perspectiva que respeite a regra do jogo, estruturada em um terreno jurídico de ação e reação, ataque e contra-ataque. A verdade perseguida no curso do processo penal não tem uma natureza palpável, tampouco se encontra acessível pela Internet.

⁶² PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistemas de controles epistêmicos**: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014b.

⁶³ MARTINS, Rui Cunha. **A hora dos cadáveres adiados**: corrupção, expectativa e processo penal. São Paulo: Atlas, 2013. p. 36.

⁶⁴ MARTINS, Rui Cunha. **A hora dos cadáveres adiados**: corrupção, expectativa e processo penal. São Paulo: Atlas, 2013. p. 36.

⁶⁵ PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistemas de controles epistêmicos**: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014b.

Não se trata de afastar os recursos tecnológicos das esferas sociais, essencialmente do campo jurídico, mas de propiciar a correta aplicação desses instrumentos cibernéticos, sem expansão temporal no vácuo, evitando uma aceleração ou banalização, principalmente das medidas cautelares probatórias que restringem direitos fundamentais.

Os meios ocultos de investigação constituem uma realidade, assim como a era digital, mas o processo penal é um instrumento anti-conhecimento, um limitador do arbítrio estatal, e essa arbitrariedade se constrói quando se transplanta a retórica do risco para justificar a acelerada busca de uma verdade unicamente digital.

Em arremate, cumpre lembrar que a via digital permanecerá aberta e o processo penal não pode se furtar a tal incidência. Suprimir ou reduzir acriticamente os recursos tecnológicos de investigação da persecução penal não é a solução democrática para o sistema.

A fogueira continuaria acesa, pois apenas seriam modificadas as armas dos inquisidores. Defende-se, por oportuno, a limitação ao arbítrio tecnológico e a imposição de fortes regras orientadoras para a implementação desses meios de obtenção da evidência. O valor velocidade não pode substituir a realidade processual, limitada que é por garantias inalienáveis.

Nesse sentido, na seção seguinte, discutir-se-á sobre a proteção constitucional, convencional e infraconstitucional das comunicações e da intimidade, a limitação para a obtenção de provas e a impossibilidade constitucional da interceptação e busca de dados eletrônicos.

2 PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL, CONVENCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL DAS COMUNICAÇÕES E DA INTIMIDADE

A atividade probatória não pode ser exercida sem limitações à produção pelas partes e à aquisição aos autos pelo juiz, mesmo em um ordenamento jurídico que ainda privilegia o livre convencimento motivado. Esses limites encontram direcionamento na necessidade de preservar os direitos fundamentais, mesmo na persecução de delitos graves, e a flexibilização dessas garantias, quando permitida, demandará previsão legal expressa, além de uma compatibilidade constitucional e convencional, o que será discutido nesta seção.

2.1 VIDA PRIVADA, INTIMIDADE E LIMITAÇÃO PROBATÓRIA

Como se teve a oportunidade de mencionar na seção anterior, ao final dos anos 90, as operadoras telefônicas perceberam a necessidade de se realizar uma junção entre telefonia e informática, diante da projeção internauta e da imposição heterônoma de novos compartimentos eletrônicos multifuncionais, conhecida como convergência digital.

Posteriormente, surge um acoplamento de bits, uma multimídia, verificando-se a possibilidade de se realizar chamadas telefônicas digitais, a transmissão de arquivos, dados, imagens por aparelhos telefônicos sincréticos veiculados pela internet, com aplicativos multitudinários. E, hodiernamente, ainda não se sabe no que se traduz o devir tecnológico.

A correspondência eletrônica, que já era uma realidade, se materializa por meio de outros instrumentos eletrônicos, tais como tablet, notebook, Ipad e o próprio aparelho celular.

Sob a influência do Século XX, Baumer já discutia sobre uma revolução intelectual sem precedentes, com magnitude invulgar, capaz de superar as revoluções científica e cristã, uma nova modernidade espiritualizada pelo tempo e não pelo espaço, “deixando os homens sem referência e colocando-os à deriva num mar infinito de devir.”⁶⁶

⁶⁶ BAUMER, Franklin L. **O pensamento europeu moderno, Séculos XVII e XVIII**. Rio de Janeiro: 70, 1977. v. 1. p. 168.

Baumer ainda destaca que viver nesse mundo tornou-se algo escandalosamente temporário, sujeito perpetuamente a mutações, sem norma, raízes e sem horizonte, numa gravitação que se traduziria por uma incógnita, sendo caracterizado como “o primeiro período da história que não encontrava qualquer padrão no passado.”⁶⁷

Trata-se de um momento em que homens e mulheres, como robôs, aos círculos, imersos em um carrossel, pela maquinaria da incerteza, não sabiam o caminho a seguir e para onde seriam conduzidos.

Mesmo no apogeu do século anterior, essa projeção tecnológica não fora objeto de um presságio filosófico, sendo que a perpetuação dos seus efeitos e de tais inovações demonstrou a inexistência de um precedente, algo que não fora encontrado na inovação Heliocêntrica, Renascimento ou Revolução Industrial. É uma incerteza com riscos correlatos e, se o futuro dessa nova modernidade ainda é incerto, deve-se dominar o presente para se obter um horizonte diferente.

Sem antagonismo, Lopes Jr. indica que a política (processual) criminal não pode ser destinatária de um estudo isoladamente jurídico, “sob pena de ser minimalista, ingênua até.” Não como dados eternamente armazenados em um disco rígido, pois o processo penal é influenciável por movimentos políticos, sociais (científicos, tecnológicos) e econômicos, sendo que “a violência é um fato complexo que decorre de fatores biopsicossociais.”⁶⁸

Nessa compreensão, diante da energização das redes ortodoxas conhecidas, com o passar do ponteiro ao armazenamento em nuvem não há, como realidade, um modelo espacial, mecanicista, linear e com previsibilidade de uma legislação Kelseniana. “O direito em rede é flexível e evolutivo”, no estado gasoso. Para o autor, surge um risco endógeno ao processo e ao sistema jurídico como um todo, à medida que é efetivada uma incontinência legislativa propulsora de uma insegurança jurídica, como consequência da já comentada (pan)aceleração e o estado de urgência construído pelo perigo exógeno.⁶⁹

Por outra vertente, após ocorrer a superação da mera sujeição acrítica do juiz à letra da Lei, pode-se indagar como impregnar a seara processual penal com uma

⁶⁷ BAUMER, Franklin L. **O pensamento europeu moderno, Séculos XVII e XVIII**. Rio de Janeiro: 70, 1977. v. 1. p. 168.

⁶⁸ LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 40.

⁶⁹ LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 40.

segurança jurídica que os neo-positivistas lutaram tanto para afastar. É nesse ponto que Carnelutti realça a definição de instrumentalidade constitucional:

Um processo como instrumento a serviço dos direitos e garantias do débil a ele submetido, com uma clara definição das regras do *giuoco*, para que seja evitada uma espécie de injusta surpresa (*unfair surprise*), permitindo uma máxima eficácia dos direitos e garantias fundamentais, respeitando, em contrapartida, a *dialetticità* do jogo processual.⁷⁰

Como afirma Rosa, não se admitem trapaças, como “um desamor ao contraditório.”⁷¹ Contudo, se a moldura, sistema, estilo ou princípio processual tem, teoricamente, por eixo nuclear, o tratamento entregue à atividade probatória, capaz de definir a natureza ontogenética do procedimento, parece relevante a construção de limites, um escudo a essa liberação de cargas, para não relativizar essa leitura constitucional (e convencional) provocadora de uma situação jurídico-processual que pretenda ser democrática.

Em oposição, Prado menciona que a homologia dos modelos processuais – que disputam a hegemonia ideológica e prática da justiça penal –, aponta para uma ancestralidade comum. As diferentes estruturas observadas na dicotomia acusatório-inquisitório têm, na prova penal, sua relação com a veracidade e a mesma origem ontogenética. Mas o autor esclarece que, em tempo, “a ancestralidade comum aos modelos processuais organizados em torno da busca da verdade não conduz, necessariamente, à identidade de práticas, tampouco implica que as estruturas acusatória e inquisitória cumpram a mesma função.”⁷²

Modernamente, Deu destaca como evidente a impossibilidade empírica de se definir um determinado modelo processual como inquisitório, acusatório ou adversarial, sendo esses sistemas superficialmente teóricos, quando se pretendam puros.⁷³ Assim, afirmar que determinados modelos possuem origem na Grécia ou em Roma apenas legitima a constatação de que a integridade dos mesmos está atrelada a uma concepção puramente histórica, conforme Coutinho.⁷⁴

⁷⁰ CARNELUTTI, 1950 apud LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 54, grifo do autor.

⁷¹ ROSA, Alexandre Morais da. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 162.

⁷² PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistemas de controles epistêmicos**: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014b. p. 21.

⁷³ DEU, Teresa Armenta. **Sistemas procesales penales**: la justicia penal en Europa y América. ¿Un camino de ida y vuelta? Madrid: Marcial Pons, 2012. Disponível em: <<https://www.marcialpons.es/static/pdf/9788497689137.pdf>>. Acesso em: 24 out. 2017.

⁷⁴ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro. **Separata ITEC**, ano 1, n. 4, p. 2-17, jan./mar. 2000. Disponível em:

Mas, ao menos, o núcleo desse conjunto de regras deve ter reciprocidade constitucional, fundamental para que seja tomado o seu microcosmo como termômetro do Estado Democrático de Direito.

Frente a essa constatação, Giacomolli observa que, no processo penal pátrio, como regra geral incide a liberdade na aquisição da prova, e caso inexista norma processual, convencional, constitucional ou ordinária capaz de excluir ou limitar o meio proposto, esta é admissível, possuindo entidade probatória válida.⁷⁵

Em que pese o CPP brasileiro não prescrever uma taxatividade probatória – em que pese os mais de dez meios de obtenção da prova, isso sem assinalar as técnicas existentes em leis especiais –, existem limites que não podem ser inobservados.

Em síntese, mesmo com a reforma de 2008 no CPP, já eram impostas limitações ao modelo de persuasão racional ou de livre convencimento motivado, inibidores da liberdade probatória, tais como a vedação aos meios ilícitos de prova, considerando-os inadmissíveis, como se verá na última seção desse trabalho.

Sem invadir a seara do valor dos meros atos de investigação, meios propostos na fase inquisitorial que, consoante determinação do art. 155 do CPP, não podem, de maneira solteira, proporcionar um decreto condenatório, estando impossibilitados, como regra, de serem a *ratio decidendi* do julgador, podendo, pela leitura da codificação em tela, posicionarem-se como argumentos de reforço, *obter dicta* para decisão judicial.⁷⁶

Se existem obstáculos infraconstitucionais para essa plenitude no direito à prova e na aquisição da evidência pelo julgador, uma maior eficácia deve residir nos princípios constitucionais e convencionais que tenham relação direta com a liberação de cargas pelas partes que constituem o jogo processual.

Complementando o direito à prova, em sua concepção ampla, importa mencionar que este não pode ser tomado como absoluto, “[...] pois encontra

<<https://pt.scribd.com/document/74842150/IntroducaoaosPrincipiosGeraisdoDireitoProcessualPenalBrasileiro2005>>. Acesso em: 24 out. 2017, p. 6.

⁷⁵ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. Cases da Corte Interamericana, do Tribunal Europeu e do STF. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2015, p.57.

⁷⁶ BRASIL. Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial [da] União**, Rio de Janeiro, 24 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 24 out. 2017.

anteparo na normatividade convencional, constitucional e ordinária”, como afirma Giacomolli em sua obra.⁷⁷

Foi o mito do encontro do tesouro da verdade real que afastou um regramento racional acerca da prova. Na perseguição probandi, há de se considerar a metodologia menos gravosa às garantias, com preservação do nuclear destas. São aquelas não podem ser mitigadas em nome de uma verdade maior, tão (ir)real que se encontra fora de combate. E muitos são os princípios, os direitos. A vedação ao anonimato, à tortura, ao juízo natural, ao contraditório, à ampla defesa, ao devido processo legal (penal), ao nemo tenetur se detegere, à vedação aos meios ilícitos de prova, dentre outros.

Se o caso penal é o objeto da pretensão acusatória, o *thema probatum*, a prova, surge com importância central na esfera processual, visto que se busca reconstruir um fato que, como tal, está no passado, uma função árdua que apenas pode ser alcançada pelos faróis probatórios.

Ao que interessa, diante do elo existente com os recursos tecnológicos de investigação, a vida privada, a intimidade, a sigilosidade dos dados e as comunicações telefônicas são direitos que merecerão central atenção. Em tal passo, é mister analisar a viabilidade jurídica que o Estado tem de relativizar o sigilo das comunicações e a possibilidade de se monitorar o mérito das comunicações realizadas por meio das mais diversas e variadas invenções tecnológicas que surgem diariamente.

A vida privada e a intimidade são valores que, após uma proteção implícita, reflexa por outros preceitos, começam a ser tutelados de modo autônomo, a partir do fim do Século XIX. Estes valores são definidos por Canotilho como manifestações do direito da personalidade, espécies de um gênero integrante do conjunto relativo aos direitos da pessoa.⁷⁸

Coube a Warren e a Brandeis – dois juristas norte-americanos –, iniciarem a construção jurídica sobre o direito “de ser deixado só” em artigo sob o título “The Right to Privacy”. Em convergência, adotando a teoria dos círculos concêntricos, Costa Júnior entendeu que a vida privada se divide em dimensões menores, entre estas estaria a esfera privada, em sentido estrito, e a intimidade ou confidência, na

⁷⁷ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. Cases da Corte Interamericana, do Tribunal Europeu e do STF. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2015. p. 174.

⁷⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993, p. 53.

qual residiriam as comunicações, bem como a esfera do segredo. Assim, a intimidade poderia ser considerada, como espécie do gênero privacidade.⁷⁹

Mais fácil se torna analisar esses direitos quando, no pós-guerra, o direito à intimidade e à vida privada foram prescritos explicitamente no âmbito nacional, continental e internacional. A matéria é enfrentada em várias declarações, pactos e convenções internacionais sobre os direitos humanos que tutelam o direito à intimidade e à vida privada, como no art. 12º da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), no art. 17º do Pacto das Nações Unidas sobre Direitos Cívicos e Políticos e no art. 8º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH).⁸⁰

Em seu art. 11º, a DUDH prescreve uma proteção à honra e dignidade. A seguir, impõe uma vedação de ingerências arbitrárias ou abusivas na vida privada ou sua correspondência, de acordo com a Organização das Nações Unidas (ONU).⁸¹ Esse fenômeno da globalização e a necessidade de cooperação internacional não influenciaram apenas a *persecutio criminis* sem fronteiras, como também a preservação de garantias inalienáveis que propiciaram uma exponencial interação transnacional em pactos de direitos humanos abraçados pelas nações.

Nesse prisma, é importante assinalar a posição hierárquica do Pacto de São José da Costa Rica, consoante posição da Suprema Corte pátria, taxando-o de norma supralegal e, em uma análise piramidal, inferior apenas ao Texto Constitucional.⁸² Nessa senda, Giacomolli destaca a necessidade de o processo

⁷⁹ COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Nexo causal**. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004. p. 36.

⁸⁰ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Paris, 1948. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 24 out. 2017.

BRASIL. Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos. Promulgação. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, DF, 7 jul. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 24 out. 2017.

CONSELHO DA EUROPA. **Convenção Europeia dos Direitos do Homem**: com as modificações introduzidas pelos Protocolos n. 11 e 14 acompanhada do Protocolo adicional e dos Protocolos n. 4, 6, 7, 12 e 13. Roma, 4 nov. 1950. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 24 out. 2017.

⁸¹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Paris, 1948. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 24 out. 2017.

⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 466.343**. Agravante: Calçados Aragão de Franca Ltda. Agravado: Banco Bradesco S/A. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, DF, 22 abr. 2014c. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RECURSO+EXTRAORDI N%C1RIO+466%2E343%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ycov7n2c>>. Acesso em: 24 out. 2017.

penal ser filtrado por um controle de convencionalidade.⁸³

Dessa maneira, pensar o Direito Penal – modernamente, bem como o processo que lhe é instrumento, ao largo de uma hermenêutica constitucional e convencional – é desprezar a natureza ontogenética da Codificação de 1940, inspirada no Código Rocco Italiano, e a necessidade de se realizar uma filtragem nas leis infraconstitucionais.

Nesse viés, manifesta é a necessidade de inserção do segredo das comunicações telefônicas e telemáticas no âmbito protetivo da vida privada, como salientou Rodrigues, no sentido de que as intervenções nas comunicações contendem frontalmente com o direito ao respeito da vida privada das pessoas e da sua correspondência.⁸⁴ O autor continua ensinando que a noção de vida privada tem de ser compreendida à luz do caso concreto e da inserção histórico-cultural do indivíduo.

Em seu art. 8º, a CEDH prevê uma vedação à ingerência da autoridade pública na vida privada e familiar, salvo quando houver previsão legal, sendo a medida indispensável à segurança pública e à preservação dos direitos e das liberdades de terceiros.⁸⁵

A CEDH adotou uma terminologia ampla, que permite um silogismo garantidor do sigilo das comunicações telefônicas e telemáticas, bem como dos dados estanques, ao abranger qualquer modo de ofensa à intimidade, salvo quando presentes determinados valores supostamente superiores à vida privada, quando tais exceções permitirão a aludida ingerência Estatal.⁸⁶

As exceções convencionadas no âmbito europeu devem ser interpretadas taxativamente, jamais como *prima ratio*, pois a regra é a manutenção do direito nesse dispositivo consagrado. Só razões ligadas à segurança nacional, à segurança

⁸³ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. Cases da Corte Interamericana, do Tribunal Europeu e do STF. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2015, p. 87.

⁸⁴ RODRIGUES, Benjamim Silva. **A monitorização dos fluxos informacionais e comunicacionais**: contributo para a superação do “paradigma da ponderação constitucional e legalmente codificado” em matéria de escutas telefônicas. Coimbra: Coimbra, 2009a. v. 1, p. 123.

⁸⁵ CONSELHO DA EUROPA. **Convenção Europeia dos Direitos do Homem**: com as modificações introduzidas pelos Protocolos n. 11 e 14 acompanhada do Protocolo adicional e dos Protocolos n. 4, 6, 7, 12 e 13. Roma, 4 nov. 1950. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 24 out. 2017.

⁸⁶ CONSELHO DA EUROPA. **Convenção Europeia dos Direitos do Homem**: com as modificações introduzidas pelos Protocolos n. 11 e 14 acompanhada do Protocolo adicional e dos Protocolos n. 4, 6, 7, 12 e 13. Roma, 4 nov. 1950. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 24 out. 2017.

pública ou à proteção dos direitos e liberdades de terceiros podem justificar – à luz da CEDH – a ingerência na correspondência e nas comunicações telefônicas.

Argumenta Deu que a intervenção das comunicações eletrônicas foi objeto de diversas diretivas europeias, com o escopo de justificar a limitação do direito à privacidade das comunicações e a proteção de dados de caráter pessoal que foram sendo legitimadas, diante da luta contra a criminalidade organizada e o terrorismo.⁸⁷

À época, a medida deveria ser adotada no âmbito de delitos de gravidade em abstrato, utilizando-a, entretanto, para identificação dos dados quanto ao usuário registrado, mas sem atingir o conteúdo, ou seja, o mérito das comunicações. Poderiam ser conservados os dados para a qualificação do usuário registrado, assim como os referentes à identificação da data, hora e duração de uma comunicação, mas nunca o conteúdo desta.

Mesmo em março de 2006, data da última diretriz europeia mencionada pela autora, na Espanha, a jurisprudência do Tribunal Supremo já contemplava o âmbito das comunicações eletrônicas e sua interceptação, bem como as comunicações e informações contidas nos telefones celulares. O avançar tecnológico com passos transcendentais inevitavelmente impôs – aos recursos de investigação –, uma tecnovigilância, como a busca automática na rede, videovigilância mediante o *Internet Protocol* (IP) com ativação remota e sistemas de imagens aéreas, infravermelhas ou de visão noturna.

Por outro lado, surgiram outros programas de informática para a interceptação e gravação, no fluxo e em tempo real, da informação recebida ou transmitida por intermédio dos diversos meios de correspondência eletrônica. Esse avanço informacional sem precedentes exigiu, na Europa, uma releitura dos limites da persecução penal, “com novo conceito de comunicação e do objeto de proteção do direito fundamental que estenda a proteção a estes novos âmbitos, como lembra o Tribunal Constitucional espanhol”, como afirma Armenta Deu.⁸⁸

Deu lembra que, à interceptação telefônica e telemática, se projetam a exigência de uma previsão normativa como pressuposto de toda medida limitadora de direitos fundamentais. Agrega-se, ainda, a necessidade de se estabelecer o grau de rompimento de cada um dos pressupostos da medida para vulnerar o direito

⁸⁷ DEU, Teresa Armenta. **A prova ilícita**: um estudo comparado. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 94.

⁸⁸ DEU, Teresa Armenta. **A prova ilícita**: um estudo comparado. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 94.

fundamental, tal como a vida privada e o sigilo, “além do julgamento ponderativo correspondente entre os objetivos em tensão, a investigação do delito e a persecução dos especialmente graves, assim como a obrigação estatal de tutelar os direitos fundamentais.”⁸⁹

Deve se reconhecer que a intimidade é corolário lógico da liberdade, por isso, ao abordar o pacto social, Rousseau mencionara que a associação só seria possível mediante a junção de forças e liberdades, uma agregação que defenda a pessoa e os bens de cada associado, mas fazendo com que cada um, ao se unir a todos, “[...] permaneça tão livre quanto antes.”⁹⁰

Consoante Arendt, o primeiro grande teórico desses direitos fundamentais fora Rousseau, por meio de uma rebelião contra a insuportável perversão do coração humano pela sociedade, que desvendou uma região humana intrínseca que não demandaria uma proteção específica, qual seja, a intimidade do coração.⁹¹

Em tempos de redes sociais – como Facebook e Instagram –, e de programas televisivos com absoluta exposição, observa-se, em verdade, que a importância individual e social deste direito vem sofrendo mutações. Em síntese, deixa de ser apenas uma afirmação da liberdade individual frente a uma padronização imposta pela sociedade moderna, se apresentando como um binômio, passando também a ser uma questão central para permitir a exposição de sua individualidade.

Habermas passou a identificar o sujeito moral no mundo a toda uma comunidade de comunicação. Surge uma viragem teórico-linguística e o sujeito, que seria solitário e autorreferente, passa a ser interpretado como “[...] produto comunicativo dos membros de uma comunidade linguística [...] [e] precisa interagir.”⁹²

Ainda assim, o direito “de permanecer só” se apresenta como algo disponível, que o sujeito pode abdicar, mas é imperativo para o Estado, diante da eficácia constitucional e convencional que se impõe contra o eventual arbítrio da esfera pública. Por isso, Dostoiévski jamais poderia imaginar tormento maior do que não poder isolar-se durante dez anos de condenação e afastar-se de outros detentos,

⁸⁹ DEU, Teresa Armenta. **A prova ilícita**: um estudo comparado. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 94.

⁹⁰ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. São Paulo: Martin Claret, 2013. p. 27.

⁹¹ ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 48.

⁹² HABERMAS, 1989 apud HONNETH, Axel. **O direito da liberdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2015. p. 69.

uma subtração da vida privada e intimidade, feita, em alguns casos, de maneira (i)legítima pelo Estado.⁹³

Nessa vertente, como pressupõe Sidi, o direito à vida privada protegeria os sujeitos contra invasões ilícitas e a intimidade vedaria a divulgação das informações não autorizadas, embora acessadas sem máculas.⁹⁴ Diniz complementa afirmando que a privacidade não se confunde com a intimidade, permitindo, entretanto, que esta possa se incluir naquela por integrarem, em sentido lato, o direito à vida privada.⁹⁵

No que toca a tal distinção, Sttofel ressalva que, embora muitos utilizem as expressões vida privada e intimidade como expressões correlatas, o ordenamento pátrio diferencia as duas definições no art. 5º, inciso X da Constituição Federal de 1988 (CF/88).⁹⁶

Bauman edifica a “capital do medo”, ressaltando que os sujeitos que, diante dos riscos e das incertezas do crescer tecnológico, se arquivam em compartimentos fechados e residências monitoradas.⁹⁷

Em tempos informacionais, na sociedade da conexão, o mesmo ocorre na veia digital, em que pessoas e provedores investem em segurança de rede e em criptografia, surgindo um direito que é corolário da intimidade. Uma vez mais, Gloeckner afirma que:

A sociedade contemporânea, como na análise de Kerckhove, poderia ser descrita em termos de conexão. Contudo, apesar dessa premissa estar correta, esta conexão somente se dá por um outro fator, aparentemente contraditório: a possibilidade de desconexão. Ou melhor, a conexão apenas existe em função da rapidez de sua desconectividade. Em um mundo onde a velocidade se transforma em um novo fator de estratificação social, a conexão em largo prazo não se torna interessante para as pessoas.⁹⁸

Na gênese, os civilistas não construíram um consenso quanto ao muro que separa a vida privada da intimidade, mas, para efeito de análise das comunicações

⁹³ DOSTOIÉVSKI, Fiódor. **Recordações da casa dos mortos**. São Paulo: Nova Alexandria, 2015. p. 17.

⁹⁴ SIDI, Ricardo. **A interceptação das comunicações telemáticas no processo penal**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 104.

⁹⁵ DINIZ, Maria Helena. **Código Civil anotado**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 45.

⁹⁶ STOFFEL, Roque. **A colisão entre direitos de personalidade e direito à informação**. São Leopoldo: Unisinos, 2000, p. 74.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 24 out. 2017.

⁹⁷ BAUMAN, Zygmunt. **Tempos líquidos**. Rio de Janeiro: Zahar, 2007. p. 71.

⁹⁸ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Risco e processo penal: uma análise a partir dos direitos fundamentais do acusado**. Salvador: JusPodivm, 2009. p. 51.

telemáticas, tal distinção perde relevância, à medida que a coleta indevida dos dados e conversações – bem como a revelação que lhe é correlata –, interessam ao estudo das interceptações, busca e coleta do conteúdo transmitido.

2.2 A IMPOSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL DA INTERCEPTAÇÃO E BUSCA DE DADOS ELETRÔNICOS

Garcia salientou que o próprio mecanismo de transmissão de dados se torna um setor de risco, pois a expansão da tecnologia e dos meios de comunicação proporcionou uma via para novas formas de vulneração de bens jurídicos.⁹⁹ Esse fenômeno gera um aumento na necessidade de tutela, essencialmente penal, das bases do novo sistema organizacional, do tráfego de dados, da segurança das transações comerciais e da prevenção de danos no centro de comunicações individuais e coletivos. Importa, ainda, saber a amplitude da proteção constitucional, convencional e legal.

Historicamente, por ser a única forma de comunicação entre as pessoas, o objeto da proteção nas Constituições estava limitado à correspondência epistolar, porém, com o avanço tecnológico, surgiram as formas modernas de comunicação e as violações correlatas, como dispõe Gomes Filho.¹⁰⁰

Com isso, impede-se que o envio possa chegar ao conhecimento do seu destinatário, porque se este tivesse em seu poder, teria de se ordenar a apreensão de livros e papéis pela trilha da busca. Nessa linha de pensamento, Rodrigues entende por apreensão o ato pelo qual se engessa o curso normal da comunicação, e ensina que a apreensão da correspondência consiste na apreensão física do suporte que se remete – mediante transporte do objeto –, o compartimento do qual se produz a comunicação.¹⁰¹

O e-mail se tornou uma ferramenta costumeira para a sociedade moderna, sendo que comunicar pensamentos, sentimentos e ideias merece uma adequada

⁹⁹ GARCIA, 2003 apud SIDI, Ricardo. **A interceptação das comunicações telemáticas no processo penal**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 87.

¹⁰⁰ GOMES FILHO, Antonio Magalhaes. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: RT, 1997, p. 56.

¹⁰¹ RODRIGUES, Benjamim Silva. **A monitorização dos fluxos informacionais e comunicacionais**: contributo para a superação do “paradigma da ponderação constitucional e legalmente codificado” em matéria de escutas telefônicas. Coimbra: Coimbra, 2009b. v. 2, p. 154.

proteção de privacidade, a partir de arquivos e demais conteúdos transmitidos por aplicativos de conversação instantânea.

Avolio pressupõe que o e-mail – já transmitido e arquivado no disco rígido do computador –, poderia vir a ser utilizado como prova se entendido como documento e submetido à disciplina da busca e apreensão, assim como tratamento consignado para a correspondência física, epistolar.¹⁰² O autor reitera, assim, sua posição quanto à impossibilidade de as comunicações de dados serem passíveis de interceptação.

Já os dados constantes em arquivos estanques, informatizados ou não, podem ter o sigilo limitado, no âmbito da lei, ou da aplicação do princípio da proporcionalidade e, paradoxalmente, equipara-se tal coleta ao sigilo das correspondências, o qual este mesmo autor entregou uma roupagem protetiva absoluta.

Historicamente considerado, o direito à inviolabilidade ou ao segredo da correspondência parte do pressuposto de que este meio privado de comunicação escrita seja travado por pessoas afastadas geograficamente – remetente e destinatário –, existindo uma distância entre eles.

A correspondência sempre se apresentou como um modo de comunicação que fez uso de suporte físico, sendo materializada uma mensagem conduzida a terceiro. O papel era o compartimento mais utilizado e, com a transformação tecnológica, o elemento físico continua a existir, mas surge também a correspondência em “nuvem”, substituindo a “caneta” pelo teclado, a exemplo do correio eletrônico com o e-mail.

Essa comunicação epistolar ou eletrônica pressupõe a existência de uma mensagem e, caso inexista conteúdo, pode ter lugar outra proteção fundamental, mas não o sigilo das correspondências, dados e telefonia, como explica Rodrigues.¹⁰³

De se notar, ainda, que o segredo se refere ao conteúdo da comunicação, uma proteção de caráter formal, visto que a clausura imposta pelo lacre, senha ou criptografia impõe a proteção. Em tal senda, a comunicação privada é secreta, ainda

¹⁰² AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas**: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 35.

¹⁰³ RODRIGUES, Benjamim Silva. **A monitorização dos fluxos informacionais e comunicacionais**: contributo para a superação do “paradigma da ponderação constitucional e legalmente codificado” em matéria de escutas telefônicas. Coimbra: Coimbra, 2009b. v. 2, p. 156.

que não seja necessariamente íntima. Por isso, Rodrigues destaca a ideia de reconduzir o segredo da correspondência a uma manifestação do direito à intimidade que tem, modernamente, poucos adeptos, por serem duas realidades dogmaticamente autônomas e bem definidas.¹⁰⁴

Com clareza solar é que se verifica a necessidade de delimitação conceitual dos institutos de apreensão e interceptação, a fim de se evitar uma confusão terminológica entre os instrumentos da *persecutio criminis*. A cognição informacional do regime de coleta das comunicações é salutar para a verificação da natureza jurídica do meio de investigação e de sua respectiva proteção constitucional, convencional e legal a incidir no regime das interceptações telemáticas ou apreensões de correspondência. Em suas palavras, Rodrigues ressalta que:

À primeira vista parece mais gravosa a intervenção das comunicações escritas do que as telemáticas, visto que será necessária a interceptação da comunicação, com a apreensão da correspondência e sua superveniente abertura, sem alcançar o destinatário, definitivamente.¹⁰⁵

Sem dolo, o autor rechaça a disposição do art. 5º, inciso XII da CF/88, ao afirmar que, ao se tratar de interceptação, tem-se uma fiscalização, observação, escuta e gravação, pois não há empecilho de que a comunicação siga seu fluxo, alcançando seu destinatário.

Em Ferreira, verifica-se que o termo interceptar se refere ao ato de interromper no curso de algo, reter ou deter o que era destinado a outrem, sendo obstáculo ao destino previsto, o que ratifica a posição mencionada no parágrafo anterior.¹⁰⁶ Ao adotar tal definição, toda e qualquer espécie de captação de comunicações não seria taxada de interceptação, com exceção das correspondências postais e físicas, incapazes de alcançar seu ponto de chegada. Tal conceito apenas se amoldaria aos desvios de mensagens eletrônicas, quando um elemento viral exógeno impedisse que os dados trilhassem seu caminho natural.

Ramos entende que, sendo o correio eletrônico transmitido por meio das comunicações eletrônicas da rede de informação e comunicação, quando as referidas mensagens já se encontram no respectivo terminal do destinatário, consta-

¹⁰⁴ RODRIGUES, Benjamim Silva. **A monitorização dos fluxos informacionais e comunicacionais**: contributo para a superação do “paradigma da ponderação constitucional e legalmente codificado” em matéria de escutas telefônicas. Coimbra: Coimbra, 2009b. v. 2, p. 156.

¹⁰⁵ RODRIGUES, Benjamim Silva. **A monitorização dos fluxos informacionais e comunicacionais**: contributo para a superação do “paradigma da ponderação constitucional e legalmente codificado” em matéria de escutas telefônicas. Coimbra: Coimbra, 2009b. v. 2, p. 29.

¹⁰⁶ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Mini Aurélio**. 7. ed. Rio de Janeiro: Positivo, 2009, p.39.

se que as comunicações já se encontram cessadas.¹⁰⁷ Noutras palavras, a interceptação não seria possível para qualquer espécie de comunicação eletrônica capaz de, mesmo após sua gravação, por exemplo, para uma “conta espelho”, alcançar seu destino originário. Trata-se, portanto, da extinção do clássico conceito doutrinário.

No que diz respeito ao correio eletrônico, esta comunicação se inicia quando o remetente tecla *send* e termina quando alcança o computador ou compartimento do destinatário. Dessa forma, Ramos ataca qualquer tentativa de equiparação com o regime das escutas telefônicas e telemáticas, por inexistir comunicação após o armazenamento.¹⁰⁸

Na mesma ótica, Andrade advoga que, após recebida, lida e armazenada a mensagem eletrônica no receptor, “um e-mail deixa de pertencer a área de tutela das comunicações, e como tal, sujeito ao regime da busca e apreensão.”¹⁰⁹

Um dos argumentos mencionados pelos defensores da equiparação entre correspondência ortodoxa e eletrônica consiste na viabilidade de ser extraída – do recebimento da mensagem eletrônica –, uma resposta automática, dando conta do recebimento do e-mail.

Ainda que presumíssemos a existência de tal ferramenta automática em todos os provedores – excluindo os webmail’s como Hotmail e Gmail, mantendo-se as caixas de entrada como Outlook –, outro vácuo existiria. Isso porque a mera recepção da mensagem não atesta a sua leitura, a ponto de afastar a cláusula de sigilo que protege as correspondências quando, uma vez abertas, seriam destinatários de busca, e não mais de interceptação.

¹⁰⁷ RAMOS, Armando Dias. **A prova digital em processo penal: o correio eletrônico**. Madrid: Chiado, 2014. Disponível em: <<https://books.google.com.br/books?id=jkEwDgAAQBAJ&printsec=frontcover&dq=A+PROVA+DIGITAL+EM+PROCESSO+PENAL:+O+CORREIO+ELETR%C3%94NICO&hl=pt-BR&sa=X&ved=0ahUKEwjM54nu04nXAhWMPpAKHWYqAPMQ6AEIJjAA#v=onepage&q=A%20PROVA%20DIGITAL%20EM%20PROCESSO%20PENAL%3A%20O%20CORREIO%20ELETR%C3%94NICO&f=false>>. Acesso em: 24 out. 2017. p. 38.

¹⁰⁸ RAMOS, Armando Dias. **A prova digital em processo penal: o correio eletrônico**. Madrid: Chiado, 2014. Disponível em: <<https://books.google.com.br/books?id=jkEwDgAAQBAJ&printsec=frontcover&dq=A+PROVA+DIGITAL+EM+PROCESSO+PENAL:+O+CORREIO+ELETR%C3%94NICO&hl=pt-BR&sa=X&ved=0ahUKEwjM54nu04nXAhWMPpAKHWYqAPMQ6AEIJjAA#v=onepage&q=A%20PROVA%20DIGITAL%20EM%20PROCESSO%20PENAL%3A%20O%20CORREIO%20ELETR%C3%94NICO&f=false>>. Acesso em: 24 out. 2017, p.39.

¹⁰⁹ ANDRADE, Manuel da Costa. **Sobre as proibições de prova no processo penal**. Coimbra: Coimbra, 2006. p. 27.

Ramos assume ser apologista e defensor da não-equivalência entre o correio eletrônico e a correspondência, ressaltando, para tanto, a previsão do art. 194 do Código Penal (CP) português, a proteção contra a violação de (tele)comunicações e a intromissão no conteúdo de telecomunicações ou o conhecimento sem a permissão do interlocutor.¹¹⁰

O autor afirma que, por “intrometer dever-se-á entender por algo que significa de permeio, ou seja, entre a partida e a chegada, alguém que se coloca a meio caminho ‘snifar’ a informação enviada.” Desta feita, considera-se a extensão feita pelo legislador português no art. 198 do CP como uma “boa” alternativa, equiparando o regime da interseção e gravação telefônicas às comunicações eletrônicas, no que Ramos considera um eventual vazio legislativo (ainda existente), implicando numa porta aberta para o cibercrime.¹¹¹

Entretanto, Ramos afirma que há um paralelismo entre esses regimes – comunicação eletrônica e escuta telefônica –, porquanto a ação que se vai realizar é sempre uma interseção e nunca uma apreensão de comunicação. O autor afirma, pois, que é humanamente impossível apreender uma conversa telefônica impedindo que esta chegue ao seu destinatário, por isso se faz a gravação das comunicações de forma a documentar o teor das mesmas.¹¹²

Para Sidi, a interceptação é definida como a aquisição auricular ou de outra natureza do conteúdo de qualquer comunicação, seja pela *wire*, oral ou *eletronic*,

¹¹⁰ RAMOS, Armando Dias. **A prova digital em processo penal: o correio eletrônico**. Madrid: Chiado, 2014. Disponível em: <<https://books.google.com.br/books?id=jkEwDgAAQBAJ&printsec=frontcover&dq=A+PROVA+DIGITAL+EM+PROCESSO+PENAL:+O+CORREIO+ELETR%C3%94NICO&hl=pt-BR&sa=X&ved=0ahUKEwjM54nu04nXAhWMPpAKHWYqAPMQ6AEIJjAA#v=onepage&q=A%20PROVA%20DIGITAL%20EM%20PROCESSO%20PENAL%3A%20O%20CORREIO%20ELETR%C3%94NICO&f=false>>. Acesso em: 24 out. 2017, p.39.

¹¹¹ RAMOS, Armando Dias. **A prova digital em processo penal: o correio eletrônico**. Madrid: Chiado, 2014. Disponível em: <<https://books.google.com.br/books?id=jkEwDgAAQBAJ&printsec=frontcover&dq=A+PROVA+DIGITAL+EM+PROCESSO+PENAL:+O+CORREIO+ELETR%C3%94NICO&hl=pt-BR&sa=X&ved=0ahUKEwjM54nu04nXAhWMPpAKHWYqAPMQ6AEIJjAA#v=onepage&q=A%20PROVA%20DIGITAL%20EM%20PROCESSO%20PENAL%3A%20O%20CORREIO%20ELETR%C3%94NICO&f=false>>. Acesso em: 24 out. 2017, p. 41.

¹¹² RAMOS, Armando Dias. **A prova digital em processo penal: o correio eletrônico**. Madrid: Chiado, 2014. Disponível em: <<https://books.google.com.br/books?id=jkEwDgAAQBAJ&printsec=frontcover&dq=A+PROVA+DIGITAL+EM+PROCESSO+PENAL:+O+CORREIO+ELETR%C3%94NICO&hl=pt-BR&sa=X&ved=0ahUKEwjM54nu04nXAhWMPpAKHWYqAPMQ6AEIJjAA#v=onepage&q=A%20PROVA%20DIGITAL%20EM%20PROCESSO%20PENAL%3A%20O%20CORREIO%20ELETR%C3%94NICO&f=false>>. Acesso em: 24 out. 2017.

através do uso de qualquer dispositivo eletrônico, mecânico ou de outra natureza.¹¹³ Assim, a comunicação telefônica ortodoxa ocorre via cabo, a comunicação presencial, em regra, pelo meio oral, e tem-se a eletrônica por meio do computador ou outro suporte informacional.

O autor continua afirmando que, no Brasil, a jurisprudência exige mais para a definição de interceptação, considerada como sendo a captação de uma comunicação contemporânea, ou seja, que esteja ocorrendo no momento em que for captada, não-estática, no fluxo, preservando uma instantaneidade inexistente nas conversas já armazenadas. Entretanto, sem oposição, não se pode admitir uma menor proteção legal aos conteúdos de comunicações que repousem em banco de dados do que as comunicações em andamento, como restará evidenciado na seção seguinte.

Uma inferioridade na proteção constitucional, convencional e legal destinada a mensagens armazenadas e demais dados telemáticos exterminaria o escudo protetor do sigilo das comunicações eletrônicas. Afinal, à medida que seu processo comunicativo – por via de regra –, depende de sucessivos armazenamentos durante a transmissão entre o remetente e o destinatário, poderiam, nesses sítios, ser alvos de captação e não interceptação, mas ainda merecedores do abrigo fundamental, como leciona Sidi.¹¹⁴

No território nacional, ainda que implicitamente, intimidade e vida privada já recebem proteção desde a Constituição de 1824, com a inviolabilidade domiciliar e das cartas. Entretanto, em que pesem as Constituições posteriores prescrevem tal proteção, com pequenas oscilações (1891, 1934, 1937, 1946 e 1967), apenas na Carta de 1988 o sigilo das correspondências e comunicações fora expressamente consagrado, no inciso XII do art. 5º, quando impõe como sendo:

[...] 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 [...].¹¹⁵

¹¹³ SIDI, Ricardo. **A interceptação das comunicações telemáticas no processo penal**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

¹¹⁴ SIDI, Ricardo. **A interceptação das comunicações telemáticas no processo penal**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 101.

¹¹⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 24 out. 2017.

No Brasil, o direito à intimidade e à vida privada é reconhecido no art. 5º, inciso X da CF/88, assim como no art. 21 do Código Civil (CC) brasileiro.¹¹⁶ É relevante notar-se, ainda, em relação ao ordenamento, a inconstitucional e superada Lei de Imprensa – Lei n. 5.250, de 9 de fevereiro de 1967 –, que foi o primeiro dispositivo a tutelar expressamente o direito à intimidade e à vida privada.¹¹⁷

Delicada fora a situação posta antes da previsão feita pela CF/88 no Código Brasileiro de Telecomunicações (CBT) – Lei n. 4.117, de 27 de agosto de 1962 –, proporcionando a interceptação das conversações telefônicas sem abrigo constitucional.¹¹⁸

Objeto de várias controvérsias quanto à possibilidade de interceptação sem previsão Magna, o STF concluiu pela não-recepção constitucional do CBT, concedendo ordem de HC para revelar, como inadmissível, a prova autorizada judicialmente, diante da ausência de lei expressa regrado taxativamente a matéria, à época.¹¹⁹

Não por acaso, a jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos caminha na mesma linha, essencialmente no *case Malone*, conceituando a expressão “prevista em lei” não apenas em caráter formal, mas material, no que diz respeito à qualidade da Lei, qualidade não existente no CBT, como discute Rodrigues.¹²⁰

Afinal, as consequências da ingerência na liberdade devem ser previsíveis para o indivíduo destinatário da *persecutio criminis*, definindo as condições em que

¹¹⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 24 out. 2017.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 24 out. 2017.

¹¹⁷ BRASIL. Lei n. 5.250, de 9 de fevereiro de 1967. Regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, DF, 10 mar. 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5250.htm>. Acesso em: 24 out. 2017.

¹¹⁸ BRASIL. Lei n. 4.117, de 27 de agosto de 1962. Institui o Código Brasileiro de Telecomunicações. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, DF, 17 dez. 1962. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4117.htm>. Acesso em: 24 out. 2017.

¹¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 72588**. Paciente: Paulstein Aureliano de Almeida. Impetrante: Antônio Pereira de Almeida Filho. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, DF, 12 jun. 1996b. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HABEAS+CORPUS+72588%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/yfcfwze8>>. Acesso em: 24 out. 2017.

¹²⁰ RODRIGUES, Benjamim Silva. **A monitorização dos fluxos informacionais e comunicacionais**: contributo para a superação do “paradigma da ponderação constitucional e legalmente codificado” em matéria de escutas telefônicas. Coimbra: Coimbra, 2009a. v. 1. p. 120.

os órgãos de persecução podem intervir sobre o direito à vida privada e as comunicações.

Aliado à sociedade do risco e da hiperaceleração na busca incessante pelo tesouro da verdade, o procedimento penal de urgência atinge, igualmente, o processo legislativo, seja pela panpenalização ou pela edição de leis processuais penais de duvidosa constitucionalidade.

Mesmo a tão esperada Lei de Interceptação Telefônica e Telemática – Lei 9.296/1996 –, apresenta-se de baixa taxatividade, e não foge das críticas dogmáticas, seja pela impropriedade legislativa do art. 2º, exigindo interpretação a *contrario sensu*, bem como pela violação ao preceito da adequação, vertente de uma proporcionalidade não encontrada no cabimento para qualquer delito punido com detenção.¹²¹

De mais a mais, temas como o empréstimo probatório, a renovação sequencial da medida de investigação, a possibilidade de contraditório quando efetivada na fase judicial e o serendipismo não foram prescritos. Isso sem realizar um aprofundamento oceânico no art. 3º da referida Lei 9.296/1996, ao prever a possibilidade de o juiz oficiosamente decretar a medida de investigação na fase inquisitorial, sendo esta uma previsão de flagrante inconstitucionalidade, violadora da inércia da jurisdição, da imparcialidade e do princípio acusatório.¹²²

Ainda que críticas ergam uma autonomia do processo penal frente ao seu Direito Material brasileiro, diversamente da Espanha, onde tais campos seguem o mesmo caminho, essa separação genética não pode propiciar arbítrios inquisitoriais, afastando preceitos atrelados à liberdade do estilo processual.

Permitir interpretações extensivas, analogias e aplicação de princípios gerais para limitar direitos – sob a égide de uma estrutura procedimental sem moldura material –, é conceber um CPP e leis extravagantes que não se amoldam à necessidade de regras claras, fortes, com *standars* probatórios que não podem ser desprezados, uma segurança jurídica inexistente no campo do segredo das conversações.

¹²¹ BRASIL. Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, DF, 25 jul. 1996a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9296.htm>. Acesso em: 24 out. 2017.

¹²² BRASIL. Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, DF, 25 jul. 1996a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9296.htm>. Acesso em: 24 out. 2017.

Nessa senda, uma questão que merece destaque na dogmática – pela impossibilidade quantitativa e qualitativa de ser revelado o entendimento majoritário entre os processualistas –, diz respeito à amplitude da inviolabilidade prevista no art. 5º, incisos X e XII da CF/88.¹²³

A discussão gira em torno da possibilidade de quebra do sigilo das correspondências, dos dados e das comunicações telemáticas, por conta de uma suposta obscuridade no texto legal, o que demandaria (ou demanda) uma discricionariedade e reatividade na tarefa do intérprete.

Em que pese haver previsão Constitucional explícita quanto à possibilidade de interceptação telefônica, para lastrear a *persecutio criminis*, latejante, na literatura processual penal, o conflito quanto à captação das comunicações de dados telefônicos e telemáticos, mesmo quando respeitada a reserva de jurisdição.

A celeuma dogmática (e jurisprudencial) permanece incólume quanto à coleta de dados estáticos armazenados em telefones e computadores, essencialmente com a utilização da Internet como fio condutor, sendo veloz a transformação nas relações sociais alcançada pelas tecnologias de informação.

De fato, após serem alcançadas duas décadas de vigência da Lei 9.296/1996 – que surgiu com a pretensão de dar eficácia plena ao dispositivo constitucional já mencionado tornando supostamente lícita toda sorte de captação telefônica e telemática –, algumas grandes discussões também se perpetuaram (e se perpetuarão) nesses 20 anos. Não por acaso, esse é o maior sensor catalizador da jurisprudência nacional quanto às provas ilícitas.

As construções hermenêuticas abraçadas pelos Tribunais e doutrinadores não encontraram unidade semântica. O responsável por essa discórdia é um sinal de pontuação incapaz de trazer uma clareza (solar) quanto à possibilidade de interceptação, de qualquer comunicação em fluxo, desde que acobertada por autorização judicial e para efeito de investigação criminal ou instrução processual penal.

Com efeito, a contenda continua quanto à homologia entre acesso ao banco de dados telefônicos, telemáticos e a interceptação de comunicação desses dados. Inicialmente, cumpre mencionar a proposição consignada por Silva ao indagar a

¹²³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 24 out. 2017.

natureza jurídica desses dispositivos.¹²⁴ Por sua vez, Sidi ressalta que a norma inscrita no art. 5º, inciso X, ao tratar da intimidade e da vida privada, impõe um princípio, enquanto que a do inciso XII, atinente à inviolabilidade do sigilo das comunicações, constitui-se numa regra.¹²⁵

Inapropriadamente, Sidi salienta que a norma do inciso X possui grau de abstração e generalidade maior que a outra hipótese, não possuindo grau de determinabilidade, enquanto a prescrição seguinte permitiria sua aplicação imediata ao caso concreto, permitindo seu cumprimento automático.¹²⁶

Contra esse entendimento, já denunciaram Streck e Oliveira que “há em *Verdade e Consenso* uma tese que esclarece muitos dos mal entendidos que a dogmática jurídica produziu em torno do conceito de princípio.” Continuam realçando, com base em sua obra, a existência de um “pan principiologismo pragmatista que atenta, a todo o momento, contra o auto grau de autonomia do direito conquistado com o constitucionalismo do segundo pós-guerra.”¹²⁷

A abertura semântica proposta por Sidi opera uma confusão ontológica entre os preceitos constitucionais e os princípios gerais do Direito, sendo que Coutinho destaca que isso despreza a descontinuidade entre esses institutos e a facticidade principiológica.¹²⁸

Como advertiram Streck e Oliveira, o princípio recupera o mundo prático, o mundo empírico, “cotidianiza” a regra, sendo esta feita com caráter universalizante, enquanto que o princípio se apresenta como “a redenção da existência singular da regra, pois a regra jurídica não trata de uma situação concreta, uma vez que diz respeito às inúmeras possibilidades.” Isso por uma vertente.¹²⁹

¹²⁴ SILVA, 2010 apud SIDI, Ricardo. **A interceptação das comunicações telemáticas no processo penal**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, P. 45.

¹²⁵ SIDI, Ricardo. **A interceptação das comunicações telemáticas no processo penal**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 106.

¹²⁶ SIDI, Ricardo. **A interceptação das comunicações telemáticas no processo penal**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 106.

¹²⁷ STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomas de. **O que é isto: as garantias processuais penais?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 15, grifo do autor.

¹²⁸ SIDI, Ricardo. **A interceptação das comunicações telemáticas no processo penal**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 108.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro. **Separata ITEC**, ano 1, n. 4, p. 2-17, jan./mar. 2000. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/74842150/IntroducaoaosPrincipiosGeraisdoDireitoProcessualPenalBrasil2005>>. Acesso em: 24 out. 2017.

¹²⁹ STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomas de. **O que é isto: as garantias processuais penais?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 15.

Por outro lado, não se pode contestar a eficácia constitucional dos preceitos consagrados, sob pena de se transformar a Constituição e seus direitos fundamentais em “tigre sem dentes”, retornando à velha máxima condicionante da existência de Lei (ordinária) infraconstitucional para garantir direitos já consagrados na Lei Superior.

Soares considera uma linha argumentativa interessante – a vedação aos meios ilícitos de prova –, também presente no art. 5º da CF/88, como norma-princípio, posição que ressalta ser do STF em aplicação ao preceito da proporcionalidade, ao admitir, por exemplo, a violação do sigilo de correspondência em estabelecimentos penais.¹³⁰ Enquanto isso, Coutinho complementa que:

O importante, sem embargo, seja na ciência, seja na teoria, no principium está um mito; sempre! Só isso, por sinal, já seria suficiente para retirar, dos impertinentes legalistas, a muleta com a qual querem, em geral, sustentar, a qualquer preço, a segurança jurídica, só é possível no imaginário, por elementar o lugar do logro, do engano [...].¹³¹

Mas, depois do mito, vem o rito, pois a “forma é garantia”, sendo imprescindível verificar qual o viés interpretativo a incidir sob o segredo constitucional das comunicações telemáticas (informação verbal).¹³²

Superando-se a filosofia da consciência e a metafísica clássica, afastando-se a relação sujeito-objeto e alçando-se a linguagem à posição de condicionante nessa relação – como disseram Heidegger e depois Gadamer –, para se falar de algo, “é necessário falar na e pela linguagem”, surgindo a base para uma crítica do Direito, capitaneada, no Brasil, por Streck, como predispõe Luiz em sua obra.¹³³

A hermenêutica aparece como uma exploração filosófica do caráter de toda a compreensão, uma invasão da filosofia pela linguagem como afirma Coutinho:

Produziu-se, por outro lado, com a Filosofia da Linguagem, novas aberturas ao Direito, e, dentre elas, quiçá a mais significativa seja em relação à Psicanálise. Neste espaço, retirado das amarras absolutas da relação sujeito-objeto, o Direito ganha o seu lugar de ‘linguagem’ e as ‘palavras’ nele usadas não só dizem coisas como deixam de dizer. Com isto, ele

¹³⁰ SOARES, Gustavo Torres. **Investigação criminal e inovações tecnológicas**. Belo Horizonte, D’Plácido, 2016. p. 145.

¹³¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro. **Separata ITEC**, ano 1, n. 4, p. 2-17, jan./mar. 2000. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/74842150/IntroducaoaosPrincipiosGeraisdoDireitoProcessualPenalBrasil2005>>. Acesso em: 24 out. 2017. p. 2-3.

¹³² Comentário fornecido por Aury Lopes Jr. em aula ministrada na disciplina Sistemas de Direito Processual Penal, integrante do Mestrado em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), em Porto Alegre, 07 de novembro de 2016.

¹³³ LUIZ, Fernando Vieira. **Teoria da decisão judicial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 79.

ganha uma nova dimensão e uma abertura para uma escuta antes impossível: a de ouvir a voz que vem de mais-além, do Outro.¹³⁴

Heidegger insere uma nova hermenêutica, para alguns, filosófica, lastreada na facticidade, historicidade, tradição, horizonte, em um movimento dialético, circular, sem a morte do ser, mas construindo o *Dasein*, um ser-aí, um homem aberto, numa jornada de autoconhecimento, imerso em um círculo hermenêutico, sem desconsiderar o contexto em que o ente está inserido.¹³⁵

Por sua vez, Stein afirma que se trata de uma questão do cotidiano, pois “ser-no-mundo é sempre, antes de tudo, ser-cotidiano.”¹³⁶ Na “colonização do cotidiano” imposta por Habermas, bem como em Heidegger, há que ser tematizado o lugar de onde parte toda a investigação e para onde se retorna.¹³⁷ Passado, presente e futuro são considerados como peças fundamentais para a interpretação, sem desprezar os (pre)conceitos do sujeito e sua historicidade. Por isso, os limites da interpretação são os limites do intérprete, os limitadores do mundo humano, como afirma Stein.¹³⁸

Esse giro linguístico é relevante para evidenciar a superficialidade que norteia os métodos de interpretação utilizados para decodificar, para “retirar o sentido da norma” e “sentir o espírito da Lei”, no tocante à descrição do art. 5º, inciso XII da CF/88.¹³⁹

Tais métodos estão superados. Analisar de maneira acrítica tal dispositivo constitucional, mais de duas décadas após sua edição, em um momento tecnológico diferenciado, inovador, no qual sequer as obras de ficção conseguiram antecipar, pode se dar por duas bases ideológicas – objetivismo ou subjetivismo extremado –, como ressalta Luiz:

¹³⁴ COUTINHO, 2008, p. 159 apud SANTOS, Lijeane Cristina Pereira. **Da Psicologia Jurídica ao diálogo entre Direito e Psicanálise**: a necessária releitura de uma disciplina. 2009. 129 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009. Disponível em: <<http://docplayer.com.br/54727482-Lijeane-cristina-pereira-santos-da-psicologia-juridica-ao-dialogo-entre-direito-e-psicanalise-a-necessaria-releitura-de-uma-disciplina.html>>. Acesso em: 24 out. 2017. p. 82.

¹³⁵ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Bragança Paulista: Universitária São Francisco, 2005, p. 45.

¹³⁶ STEIN, Ernildo. **Mundo vivido**: das vicissitudes e dos usos de um conceito da fenomenologia. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004. p. 55.

¹³⁷ HABERMAS, 1981 apud STEIN, Ernildo. **Mundo vivido**: das vicissitudes e dos usos de um conceito da fenomenologia. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004, p. 43.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Bragança Paulista: Universitária São Francisco, 2005.

¹³⁸ STEIN, Ernildo. **Mundo vivido**: das vicissitudes e dos usos de um conceito da fenomenologia. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004, p.37.

¹³⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 24 out. 2017.

O objetivismo falha em assimilar como ‘verdade’ um determinado enunciado linguístico, afastando-o da facticidade (‘mundo da vida’), ou seja, ao considerar o significado da coisa em si, esquecendo-se que ‘nenhum caso é simplesmente a exemplificação de uma regra’. O subjetivismo falha no mesmo ponto. Isso porque, como fizera o objetivismo, varre do processo de aplicação a facticidade. A verdade, que antes estava na lei, passa a ser encontrada no intérprete, como produto puro de sua razão.¹⁴⁰

A carta escrita surge como um dos primeiros instrumentos comunicacionais, o que propicia uma interpretação restritiva e absoluta quanto ao óbice postal exposto no sigilo descrito como cláusula pétrea.

Entendimento diverso privilegia o arbítrio do intérprete, desprezaria a tradição, entregaria uma relatividade que não caracteriza a hermenêutica, pois a atribuição de sentidos pelo operador não pode ser discricionária, afinal, “aquele que interpreta um texto não pode tirar a norma que bem entenda”, conforme leciona Luiz.¹⁴¹

Luiz argumenta que o relativismo não está presente na hermenêutica, pois o que resta evidenciado “é que, desde sempre, o sujeito interpretante está inserido no mundo, em um mundo linguisticamente constituído, de onde é impossível a emergência de um cogito desindexado da tradição.”¹⁴²

Nesse caso, a tradição é o selo epistolar e a impossibilidade da quebra de tal sigilo. Ainda que a posição jurisprudencial seja no sentido de relativizar tal direito, essencialmente, ao se permitir a supressão do segredo quanto às correspondências de penitentes, custodiados, tomados por não-pessoas e inimigos – em nome do risco –, podem ter por devassadas suas cartas.

Sob tal quebra, Avolio afirma que “o sigilo da correspondência é previsto no texto CF como garantia de cunho, na aparência, absoluto, eis que não estabelecida qualquer exceção à sua inviolabilidade.”¹⁴³ De tal enfoque, interceptar correspondência significa desvendar o seu conteúdo antes que ele alcance o destinatário, o que constitui, ademais, crime de violação de correspondência, afinal, o fato propulsor de uma prova ilícita, em regra, constitui uma infração penal, por possuírem a mesma origem ontogenética.

¹⁴⁰ LUIZ, Fernando Vieira. **Teoria da decisão judicial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 95.

¹⁴¹ LUIZ, Fernando Vieira. **Teoria da decisão judicial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 117.

¹⁴² LUIZ, Fernando Vieira. **Teoria da decisão judicial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 119.

¹⁴³ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 257.

Tucci afirma que, até então, o sigilo da correspondência – que poderia ser chamado de inviolabilidade das comunicações postais –, é mesmo uma vedação de caráter absoluto. “É esse direito de exclusão da curiosidade de estranhos que marca a liberdade do sigilo da correspondência, aproximando-a, consanguineamente, da inviolabilidade do lar.”¹⁴⁴

Para Tucci, recebida a carta, não se trata mais de comunicação, mas de documento particular, cuja apreensão pode se dar mediante autorização judicial nos casos previsto em lei.¹⁴⁵ Dessa forma, tais dados estanques, como os referentes ao sigilo bancário ou das contas telefônicas, podem ser trazidos a juízo por ordem judicial ou por seu legítimo detentor, se inexistir obrigação de manter sigilo.

Quanto à contenda circundante do sinal de pontuação e a expressão “último caso”, vem à superfície a potencial quebra dos dados de identificação, tráfego e comunicações telemáticas por tais sinais e uma interpretação “textual” do art. 5º, inciso XII da CF/88, em seu “último caso”. Explica Tucci que a ausência de uma vírgula – superveniente ao vocábulo e anterior, a comunicações telefônicas –, no texto constitucional analisado, propiciou a incorporação de “dados” à dicção final (“salvo, no último caso”).¹⁴⁶

Tucci também explica que a reserva constitucional quanto à quebra do sigilo das interceptações telefônicas resultou de parecer – elaborado pelo próprio autor, em sugestão do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP) à Assembleia Nacional Constituinte –, quanto à inviabilidade de restrição ao direito de comunicação do custodiado com o mundo exterior.¹⁴⁷

Deram com uma mão e suprimiram com a outra, mas o autor considerou viável a restrição referente ao trecho “no último caso”. Atualmente, se curva aos “efeitos positivos da quebra de dados”, ressaltando que o suposto mandamento constitucional “proibitivo” não tem caráter absoluto, ainda quando inexistente lei específica regendo tal hipótese, como afirma Tucci.¹⁴⁸

¹⁴⁴ TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 4. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 343.

¹⁴⁵ TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 4. ed. São Paulo: RT, 2011, p. 344.

¹⁴⁶ TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 4. ed. São Paulo: RT, 2011, p. 343.

¹⁴⁷ TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 4. ed. São Paulo: RT, 2011, p. 343.

¹⁴⁸ TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 4. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 343.

Para a doutrina, é expressivo saber se a autorização – mediante reserva jurisdicional para interceptações –, atinge tão somente as interceptações telefônicas ou se permite a coleta de dados registraes e do próprio conteúdo das comunicações telemáticas.

Argumentos perseguidores da vontade do Constituinte usufruem de uma filosofia da consciência, incapaz de trazer base empírica e musculatura teórica para influenciar o entendimento jurisprudencial. Em oposição, a aplicação acrítica da norma, sob o argumento gramatical, como todos os outros métodos “clássicos”, são construções de razão pura, na essência, tratando-se de uma mera subjetividade, “onde o intérprete tudo pode”.

Se, como foi dito, as transformações tecnológicas não eram aguardadas em tal monta, mesmo no Século XX do eterno devir, a história deve ser reconstruída com facticidade, prática, fusão de horizontes, percebendo-se que o fenômeno da mutação informacional teve o condão de propiciar uma transição constitucional.

A admissibilidade da interceptação de dados, a captação do conteúdo já armazenado, a coleta dos sinais de tráficos e demais registros se apresentam como corolário lógico de uma nova era que não poderia ser prevista pelo legislador, novas ferramentas que uma Constituição da década de 80 não poderia (pre)conceituar ou prescrever.

Como Gadamer chancelou, a “compreensão deve ser pensada menos como uma ação da subjetividade e mais como um retroceder que penetra num acontecimento da tradição, onde se intermedeiam constantemente passado e presente.”¹⁴⁹

Em cognição reflexa, ratifica-se a constitucionalidade do art. 1º, parágrafo único da Lei 9.296/1996 e a possibilidade de “interceptação” telemática, no fluxo, claro.¹⁵⁰ Mais adiante, será evidenciado que os dados estanques merecerão tratamento infraconstitucional diverso, em que pesem manifestações dogmáticas nos dois sentidos.

Por cautela, urge relembrar que não se espera, advogando a constitucionalidade de tal quebra, utilizar – como *obter dictum* –, o preceito da proporcionalidade, sopesando uma supremacia do Estado de segurança frente aos

¹⁴⁹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**. Petrópolis: Vozes, 2008. p. 120.

¹⁵⁰ BRASIL. Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, DF, 25 jul. 1996a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9296.htm>. Acesso em: 24 out. 2017.

direitos fundamentais. O matiz de tal raciocínio reside na estrutura dialética do processo penal, no procedimento do contraditório e na incidência de tal norma. Isso também é válido para a parte acusatória que tem, como corolário, a retirada de cargas probatórias, mediante a produção de meios de investigação que não padeçam de inconstitucionalidade formal ou material.

Defender a possibilidade de interceptação de dados telemáticos e sua captação – quando isolados em compartimentos eletrônicos –, sem violação ilegal à intimidade e ao sigilo das comunicações é, em uma via reflexa, também tutelar esses mesmos signos eletrônicos que, com sustentação de entendimento diverso, poderiam permanecer sem a proteção constitucional que alguns autores defendem como absoluta.

Em contrapartida, admitir tal possibilidade é construir, ao mesmo tempo, uma muralha de *standars*, com regras orientadoras fortes, sendo necessária a específica previsão legal, por meio de uma norma qualificada e de previsão taxativa.

Nessa orientação, Feldens sustenta a necessária referência à Constituição para a configuração de bens jurídicos – intimidade, vida privada, sigilo das correspondências e comunicações –, a fim de não remeter, ao legislador, um catálogo fechado, “com o que se desprezaria o princípio do pluralismo político e a separação de poderes, de modo a conferir ao bem jurídico, em consequência, um caráter estático.” O autor continua afirmando que, em termos de construção teórica, a filtragem constitucional dos bens jurídicos merecedores da tutela penal parece irretocável.¹⁵¹

Argumentos de conveniência estritamente defensiva contribuem para a perda da credibilidade teórica, pois entra em baila a ideia de que tudo é possível para defesa e nada será absorvido pela acusação, enquanto que, na prática, está-se aproximando de uma noção oposta. É o jogo processual a partir da dialeticidade, da paridade de armas e das regras orientadoras que servem aos dois lados do tabuleiro.

Nem mesmo a necessidade de combater uma criminalidade organizada e informatizada pode suprimir ou reduzir a eficácia dos preceitos consagrados na CF/88 e nos Pactos Internacionais dos quais o país é signatário.

¹⁵¹ FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e Direito Penal**: a Constituição Federal. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002a. p. 71.

O processo é considerado como um instrumento contrário ao conhecimento absoluto, como o limitador do arbítrio ou escudo do débil, sendo que interpretações que tentem verificar o peso dos “bens” expostos na balança se inclinam, geneticamente, ao fracasso. Quando o fato penalmente relevante supostamente é praticado, a lei que impera é a do mais fraco, com um escudo protetivo contra a força estatal, sendo o processo penal a norma de execução da CF/88.

Não por obra do acaso, Prado salienta que, se a CF/88 foi elaborada em função de ideais democráticos, é mister posicionar “[...] as fontes primeiras da ordem processual penal numa linha de princípios que não destoe desse sentido político de toda nossa organização estatal.”¹⁵² Trata-se, portanto, da legitimidade Constitucional.

Lastreados na sociologia do risco e da urgência, na necessidade de modernização dos meios de obtenção da evidência e na ilusão de segurança jurídica, os argumentos de urgência desprezam o risco inerente ao jogo processual.

O mundo do processo é o da instabilidade, pois, como afirma Lopes Jr., não há como “se falar em juízos de segurança, certeza e estabilidade quando se está tratando com o mundo da realidade, o qual possui riscos que lhe são inerentes.”¹⁵³

Não se pode esquecer que Prado esclareceu que “no campo processual penal as exigências de certeza e segurança jurídica são particularmente intensas.”¹⁵⁴ A intervenção estatal pode contender, assim, de forma grave e irreversível, com as garantias individuais.

Seguindo a análise dessa temática, Gomes Filho se posiciona quanto à existência de uma limitação ao direito à prova, mencionando a inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas que está inserido no grupo de restrições probatórias, já integrado pela intimidade e liberdade de expressão do pensamento que, quando exercido, deve permanecer em sigilo.¹⁵⁵

Sem admitir exceções, o citado autor considera absoluta a vedação relativa à correspondência, às comunicações telegráficas e aos dados informatizados, só admitindo, nos termos da Lei e com reserva de jurisdição, a interceptação das

¹⁵² PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 5.

¹⁵³ LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 90.

¹⁵⁴ PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistemas de controles epistêmicos**: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014b. p. 21.

¹⁵⁵ GOMES FILHO, Antonio Magalhaes. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: RT, 1997, p. 101.

comunicações pela via telefônica. É a necessidade de interpretação restritiva de regras que garantem direitos fundamentais.

Para Nucci, entende-se válida a disposição feita no parágrafo único do art. 1º desta Lei, pois “não há direito absoluto, motivo pelo qual a comunicação estabelecida por meios ligados à informática e a telemática, não deixa de ser uma forma atualizada e moderna de comunicação telefônica.”¹⁵⁶

Na contramão de tal posicionamento, Fernandes considera rígida a doutrina que obsta a interceptação telemática e a proteção absolutista dos dados informatizados, ressaltando que a necessidade de equilíbrio entre os bens protegidos constitucionalmente não sustentaria tal hermenêutica constitucional, clamando pela aplicação do preceito da proporcionalidade, diante do choque entre disposições constitucionais.¹⁵⁷

Nesse sentido, Silva, Bonini e Lavorenti salientam que qualquer interferência nesses direitos fundamentais – privacidade, intimidade e liberdade de comunicação –, deverá fundar-se não só em Lei, como também “[...] no princípio da proporcionalidade, somente se aceitando eventual limitação a tais garantias individuais se se buscar a tutela de outro bem constitucionalmente tutelado.” Os autores ressaltam, entretanto, que a maioria doutrinária advoga a inconstitucionalidade do art. 1º, parágrafo único da Lei 9.296/1996.¹⁵⁸

Nessa vertente, Greco Filho considerou inconstitucional o art. 1º, parágrafo único da Lei 9.296/1996, ao propiciar a interceptação telemática, visto que a comunicação telefônica seria apenas a regida pela voz entre interlocutores, não abrangendo os dados de sistemas de informática e telemática.¹⁵⁹

Parte significativa da literatura processual considera a comunicação telefônica como sendo um gênero, com espécies como a transmissão de arquivos, dados, imagens, sons e voz. Nesse contexto, defendendo um devido processo penal e interpretando o inciso XII, Giacomolli admite – na mesma perspectiva da quebra do sigilo bancário e fiscal –, a quebra do sigilo das comunicações telegráficas, de dados

¹⁵⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. São Paulo: RT, 2006. p. 347.

¹⁵⁷ FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**. São Paulo: RT, 2010, p. 28.

¹⁵⁸ SILVA, José Geraldo da; BONINI, Paulo Rogério; LAVORENTI, Wilson. **Leis penais especiais anotadas**. Campinas: Millennium, 2011. p. 470.

¹⁵⁹ GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação telefônica**: considerações sobre a Lei 9.296, de 24 de julho de 1996. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 20.

e das telefônicas, com a exigência de reserva jurisdicional, finalística e de outros requisitos específicos.¹⁶⁰

Sem ponto de convergência, Avolio conclui que as comunicações de dados não são passíveis de interceptação, nos termos da previsão Constitucional, defendendo a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 1º da Lei 9.296/1996. Entretanto, o autor menciona que os dados estanques, informatizados ou não, podem ter o sigilo limitado, no âmbito da lei ou da aplicação do princípio da proporcionalidade.¹⁶¹

Realizando-se uma interpretação sistêmica, e na esteira da doutrina majoritária, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem chancelado a interceptação das comunicações de dados telemáticos, como se extrai do HC 315.973 quando, em uma das frações da midiática Operação Lavajato, a captação de conversas pelo aplicativo *BlackBerry Messenger* (BBM) foi homologada com ordem judicial.¹⁶² Nota-se, ainda, que a alegação de ilicitude desse meio de investigação sequer foi ventilada pelos impetrantes ou reconhecida, oficiosamente, pelo Tribunal da Cidadania.

E mais, os doutrinadores que defendem uma interpretação restritiva ao art.5º, inciso XII da CF/88, assim como a inconstitucionalidade do único parágrafo do art. 1º da Lei 9.296/1996, possuem um novo dispositivo ordinário para atacar, por conta da possibilidade de interceptação do fluxo de comunicações pela Internet, com reserva de jurisdição, no Marco Civil da rede mundial de computadores.

Em arremate, é fundamental destacar que a confidencialidade da comunicação não abraça apenas o conteúdo da mensagem, como também a própria indicação da existência de correspondência telemática ou telefônica, como os dados de tráfego e demais informações dos interlocutores, merecendo, entretanto, menor atenção, atualmente, por parte da dogmática, em comparação com o mérito da transmissão, o que será discutido na próxima seção deste trabalho de pesquisa.

¹⁶⁰ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. Cases da Corte Interamericana, do Tribunal Europeu e do STF. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2015, p. 123.

¹⁶¹ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas**: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 83.

¹⁶² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Habeas Corpus n. 315973. Pacientes: Dalton dos Santos Avancini e João Ricardo Auler (presos). Impetrante: Celso Sanchez Vilardi e outros. Impetrado: Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Relator: Ministro Newton Trisotto. **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 02 mar. 2015a. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/178375323/habeas-corpus-hc-315973-pr-2015-0027493-3/decisao-monocratica-178375342#>>>. Acesso em: 24 out. 2017.

3 O MARCO CIVIL DA INTERNET: A BUSCA TELEMÁTICA NO BRASIL

As questões de desempenho e segurança são vitais em redes de computadores e, no que tange às redes sem fio, a relevância é ainda maior, pois essas devem apresentar um alto grau de segurança sem flexibilização do desempenho. Registre-se que as redes sem fio são mais susceptíveis à interceptação do que as comunicações com fio, sendo que a solução para tal fragilidade é a utilização de mecanismos de segurança como a criptografia.

A criptografia passa a se materializar como um entrave tecnológico não apenas para cibercriminosos, como também aparece como um obstáculo para os órgãos da persecução penal que materializam os meios ocultos de investigação como a principal – ou única –, via probatória para o ajustamento do caso criminal.

Essa banalização dos recursos informacionais de convencimento contribuiu para o afastamento de *standars* probatórios mínimos, mediante a aplicação dessas medidas – mesmo sem regras orientadoras fortes –, por conta da insuficiência do Marco tecnológico que o Brasil possui, o que, por via reflexa, propicia o decisionismo e a ausência de uma resposta constitucionalmente adequada para a aplicação desses atos de prova.

A seguir, demonstra-se que essa perseguição da verdade tem sido realizada mesmo em territórios estranhos, sem obediência às regras de cooperação internacional. Em contrapartida, na seção seguinte, serão expostos outros meios de prova eletrônico-digital que estão sendo preteridos. Mais à frente, será evidenciada a premissa capaz de distinguir a interceptação telemática da busca e apreensão digital.

Logo após, verifica-se a (in)dispensabilidade de reserva jurisdicional para busca de dados estanques. A busca por um marco processual penal da internet é avaliada na etapa posterior do trabalho. Em que pese a necessidade de ordem judicial no Marco Civil, demonstra-se, no tópico superveniente, que o decisionismo tem sido recorrente diante da ausência de requisitos (constitucionais) na decisão eletrônico-digital.

Por tudo exposto, será objeto de cognição a insuficiência do Marco Civil e a necessária imposição de requisitos específicos. Em arremate, a cadeia de custódia da prova digital será objeto do estudo, com análise das peculiaridades do tratamento probatório eletrônico.

3.1 CRIPTOGRAFIA E O SENSO COMUM TEÓRICO: QUANDO O PROCESSO PENAL SE TORNA REFÉM DO ESPAÇO DIGITAL

Recentemente, o STF realizou uma audiência pública em que houve a oportunidade de o autor desta pesquisa estar presente, na qual se analisou a viabilidade jurídico-constitucional de, compulsoriamente, determinar que provedores de Internet e aplicativos poderiam viabilizar a interceptação telemática como meio de investigação na *persecutio criminis*.¹⁶³

A criptografia se institui e constitui pela necessidade de projetar técnicas de segurança na presença de adversários, a fim de encarcerar informações com confidencialidade por criptação, evitando o agente intrusivo ou criminoso, pois, em muitos casos, há uma ameaça concreta, não apenas um adversário abstrato. A criptografia está em todo lugar, posto que se revela como um campo de alta complexidade, envolta pela Matemática em junção com tecnologia, dependendo de premissas para formular algoritmos e implementá-las em um software abraçado por um regime jurídico que não seja hostil para florescer. Com o aumento da disponibilidade e serviços das redes sem fio, cada vez mais equipamentos destinados a este fim surgiram no mercado.¹⁶⁴

A criptografia apenas pode ser lida nas pontas da comunicação, não sendo algo novo, pois já se utiliza há séculos, e seu pano de fundo é a rede humana. Contempla, pois, o direito de ser deixado em paz, de controlar o nível de exposição, sendo que a privacidade não se refere a segredos, mas sim ao controle e à segurança digital. Ocorre que, a partir dos anos 90, o protocolo criptográfico fora inserido em e-mails, atividades bancárias e, atualmente, em mídias e mensagens de celulares. O elemento criptográfico era invisível e imperceptível quando o código estava sitiado apenas nas movimentações financeiras.

¹⁶³ TV JUSTIÇA. Audiência pública: bloqueio judicial do WhatsApp e Marco Civil da Internet (1/4). **Youtube**, [S.l.], 05 jun. 2017a. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=3TNsQCNI000&feature=youtu.be>>. Acesso em: 24 out. 2017.

TV JUSTIÇA. Audiência pública: bloqueio judicial do WhatsApp e Marco Civil da Internet (2/4). **Youtube**, [S.l.], 05 jun. 2017b. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=qN9w_BuKfCA&feature=youtu.be>. Acesso em: 24 out. 2017.

¹⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Para professor, banir a criptografia de aplicativos é ideia ineficaz. **Notícias STF**, Brasília, DF, 02 jun. 2017f. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=345489>>. Acesso em: 24 out. 2017.

A interceptação de uma comunicação depende de duas etapas essenciais, quais sejam, coletar e interpretar ou decodificar. Sidi transcreve que a facilidade da primeira – ao menos no caso dos aparelhos móveis –, se deve ao meio pelo qual as transmissões acontecem – o ar –, que simplesmente é público e compartilhado. Afinal, se todas as ondas comunicativas transitam pelo ar, bastaria captá-las, por meio do equipamento receptor adequado. Quando não há desvio do fluxo para algum órgão de investigação promovido pela operadora de telefonia ou provedor da Internet, a captação pode ser feita por equipamento que faça as vezes da torre de comunicação ou Estação Rádio Base (ERB), que é a estação fixa com a qual os terminais móveis se comunicam.¹⁶⁵

O autor supracitado explica que a situação é diferente quanto à outra tarefa de decodificar. Se, no passado, quando as transmissões de sinais de telefonia celular eram totalmente analógicas, o monitoramento era facilitado, após a digitalização das redes, tornou-se muito mais difícil converter ondas eventualmente capturadas para a sua forma original, reveladora de seu conteúdo humano (áudio, texto, imagens e arquivos informáticos). Sidi consigna a responsabilidade à criptografia inerente às comunicações digitais. Mas, junto com a digitalização das redes, as companhias de telecomunicações e os governos adquiriram formas mais fáceis de espionar comunicações, nem sempre em observância dos direitos mencionados na seção anterior.¹⁶⁶

Especificamente, o eixo central do discurso exposto na citada audiência pública do STF fora um dos maiores instrumentos telemáticos de conversação instantânea – o WhatsApp –, e a (in)viabilidade de bloquear o aplicativo diante do eventual descumprimento de ordem judicial. Na verdade, o objeto das ações constitucionais acaba residindo em qualquer aplicativo que exista ou venha surgir com tal gênese instantânea.

Como o primeiro expositor da audiência pública, o Diretor da Área de Relações Governamentais e Políticas Públicas do Facebook – Bruno Magrani –, menciona que mais de 120 milhões de brasileiros acessam regularmente a Internet, sendo imprescindível, para tutelar o sigilo das comunicações, a utilização de criptografia. Magrani informou que o Facebook conecta dois bilhões de pessoas no

¹⁶⁵ SIDI, Ricardo. **A interceptação das comunicações telemáticas no processo penal**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 73.

¹⁶⁶ SIDI, Ricardo. **A interceptação das comunicações telemáticas no processo penal**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 75.

mundo e 117 milhões no Brasil, dando voz às pessoas, fomentando negócios, com sua fruição gratuita e receita adquirida com a venda de espaço publicitário.¹⁶⁷

O elemento cerne da recusa – pelo Facebook e WhatsApp –, em disponibilizar o conteúdo armazenado ou a captação no fluxo aos órgãos de persecução é a utilização de criptografia forte, instrumento de segurança atualmente digital, mas com vivência histórica, capaz de impedir o acesso de terceiro ao conteúdo da conversa travada entre emissor e receptor.

Como um dos fundadores do WhatsApp, na mesma solenidade, Brian Action relatou que a sessão é um conversa criptografada, pois apenas os dois telefones têm a codificação correta para colocar e retirar a criptografia das mensagens. Nesse contexto, o telefone criptografa as mensagens usando a chave – um cálculo matemático –, que o servidor transfere durante a mensagem para o receptor. Apenas este tem a chave certa, pois seu aparelho de telefone retira a criptografia, e uma nova chave de mensagem flui com sigilo futuro. Destaca-se que, se uma chave for comprometida, não poderá voltar para retirar a criptografia. Tal aplicativo permite a verificação da chave de segurança, pois os interlocutores podem comparar seu código para confirmar se a mensagem fora encaminhada de um pra outro, o que não se torna possível em relação à chave de terceiro não desejada.¹⁶⁸

Analisando-se o devir tecnológico já mencionado, em que pese o fato de milhões de pessoas no mundo continuarem sem acesso às novas tecnologias, no âmbito da criminalidade informática, a possibilidade de verificação de tal intervenção exógena aumenta de maneira exorbitante.

Ao ser destinatário de quesitos impostos pelos Ministros do STF – Fachin e Weber –, Brian Action informou que não há como o aplicativo decodificar uma mensagem de maneira legível, pois o armazenamento da chave e a retirada da criptografia ocorrem no compartimento do usuário. Novamente questionado, Action mencionou a inviabilidade técnica de retirar uma criptografia ponta a ponta, pois as mensagens apenas são enviadas sob criptografia, sendo que o sistema não consegue enviar ou submeter mensagens sem criptografia. Tal mudança evitaria que o conteúdo fosse enviado e seria inutilizado para aquele usuário. Caso

¹⁶⁷ TV JUSTIÇA. Audiência pública: bloqueio judicial do WhatsApp e Marco Civil da Internet (1/4). **Youtube**, [S.l.], 05 jun. 2017a. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=3TNsQCNI000&feature=youtu.be>>. Acesso em: 24 out. 2017.

¹⁶⁸ TV JUSTIÇA. Audiência pública: bloqueio judicial do WhatsApp e Marco Civil da Internet (1/4). **Youtube**, [S.l.], 05 jun. 2017a. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=3TNsQCNI000&feature=youtu.be>>. Acesso em: 24 out. 2017.

substituísssemos as verdadeiras chaves por falsas, laterais ou por porta dos fundos, o processo de verificação falharia e o sujeito teria conhecimento da intervenção, implicando na desativação da segurança para todos os usuários.¹⁶⁹

Um das peculiaridades da interceptação telemática para a captação das cartas no fluxo é que, na primeira, a comunicação alcança seu destino, o que não ocorre na última.

Ao tratar da quarta emenda e da extensão da proteção que deve ser dada à privacidade do indivíduo, a jurisprudência dos EUA considera como uma espécie de raciocínio o conceito de *expectation of privacy*, consistente na crença do indivíduo de que, em determinada circunstância, ninguém além do interlocutor de sua escolha poderá conhecer o teor de suas comunicações, sejam aquelas travadas de forma presencial e direta, sejam aquelas que se desenvolvem por meio de transmissões à distância. Desde o julgamento *Katz*, tornou-se usual, nos acórdãos sobre o tema, o *Katz test* para verificar se, sob determinada circunstância, o sujeito teria uma legítima expectativa de privação, como dispõe Sidi.¹⁷⁰ Nesse contexto, a perspectiva de privacidade é difusa.

Assim, verifica-se que mesmo a pretensão quanto à utilização de um elemento inidôneo, uma trapaça probatória não tem como propiciar uma eficácia na produção de “evidências” para a persecução penal.

A imposição de chave mestra – porta dos fundos –, caso fosse criada, consignaria um risco na sua utilização por hackers, que poderiam ler todas as mensagens, sendo que essas alterações ainda seriam detectadas por pesquisadores, mediante a verificação do código de segurança, reduzindo a estabilidade para todos. Aumenta-se o estado de (in)segurança digital, escopo que os próprios órgãos de *persecutio criminis* querem evitar.

O aplicativo WhatsApp possui um mecanismo de verificação de chaves que pode ser testado em poucos segundos. Em uma época em que o “mundo novo” carece de limites – e a tecnologia construiu um horizonte ilimitado –, seria possível

¹⁶⁹ TV JUSTIÇA. Audiência pública: bloqueio judicial do WhatsApp e Marco Civil da Internet (1/4). **Youtube**, [S.l.], 05 jun. 2017a. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=3TNsQCNI000&feature=youtu.be>>. Acesso em: 24 out. 2017. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Para professor, banir a criptografia de aplicativos é ideia ineficaz. **Notícias STF**, Brasília, DF, 02 jun. 2017f. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=345489>>. Acesso em: 24 out. 2017.

¹⁷⁰ SIDI, Ricardo. **A interceptação das comunicações telemáticas no processo penal**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

descriptografar o usuário de interesse, mas isso obrigaria a empresa a sabotar seus usuários, alertando-os.

Perde, assim, musculatura teórica, o argumento quanto à não-verificação pelo senso comum digital de sua respectiva chave. Atualmente, ferramentas informacionais seriam criadas com aplicativos externos para a identificação de vulnerabilidade, fazendo o alerta ao usuário. A efetivação de uma conta espelho para atacar a criptografia forte precisaria de autorização para habilitação de um dos participantes. Porém, se já se tem acesso a esse dispositivo, faria mais sentido acessar e investigar o dispositivo em si.

As dúvidas dos Ministros ainda invadiram a possibilidade de espelhamento, portanto, uma criação de conta espelho, como efetivado em sede de correios eletrônicos, a denominada *what's web*. Nessa linha, Brian Action salientou o quanto inócua seria essa medida, visto que não se utilizaria um túnel seguro diretamente ligado ao aparelho, uma extensão do aplicativo do telefone – portanto, o alvo conseguiria perceber uma atividade extra desconhecida. Além disso, exigiria o scanner de código antes do acesso, sendo que o smartphone teria que estar presente no mesmo local, posto que o aplicativo não tem uma chave para espelhar outro aparelho ou computador. A porta dos fundos seria detectada pelos pesquisadores de segurança, pois também seria necessário atualizar o software, o que seria de conhecimento de todos no mundo.¹⁷¹

Analisando-se a quinta indagação dos Julgadores, Action afirmou que a conexão e os dados pessoais são armazenados e processados, ressaltando, entretanto que, após a comunicação, o aplicativo envia informação limitada do acesso, mas as mensagens e seu conteúdo são sempre criptografados.¹⁷²

Em contrapartida, o Ministério Público Federal (MPF), representado por Neide Oliveira – Procuradora Coordenadora da Agência de Combate aos Crimes Cibernéticos –, enfatizou a junção entre o Facebook e o WhatsApp, motivo pelo qual poderiam trocar entre si dados sigilosos. Nesse passo, Oliveira defendeu a suspensão dos serviços diante da recusa na disponibilização dos conteúdos estanques e interceptações telemáticas, posto que estaria sujeito às sanções do

¹⁷¹ TV JUSTIÇA. Audiência pública: bloqueio judicial do WhatsApp e Marco Civil da Internet (1/4). **Youtube**, [S.l.], 05 jun. 2017a. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=3TNsQCNI000&feature=youtu.be>>. Acesso em: 24 out. 2017.

¹⁷² TV JUSTIÇA. Audiência pública: bloqueio judicial do WhatsApp e Marco Civil da Internet (1/4). **Youtube**, [S.l.], 05 jun. 2017a. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=3TNsQCNI000&feature=youtu.be>>. Acesso em: 24 out. 2017.

Marco Civil da Internet, rechaçando a aplicação do regramento inerente às empresas de telecomunicação. Para a representante Ministerial, os entes morais que usufruem de aplicativos de conversação instantânea não podem retirar proveito do melhor dos dois mundos, extraindo as disposições do CBT e do Marco naquilo que interessa.¹⁷³

Para essa vertente acusatória, a privacidade e a intimidade devem ser flexibilizadas, sendo efetivado o bloqueio do serviço em caso de descumprimento, mediante ordem judicial, para efeito de persecução penal, pois o direito de comunicação poderia ser garantido por outros recursos comunicativos e/ou tecnológicos.

Oliveira registra, assim, que tais aplicativos de mensagens em tempo real já tiveram suas atividades cessadas, inclusive sendo engessados por problemas técnicos, não sendo infalíveis, e sua suspensão (sanção) não violaria o direito de informação garantido por outros meios. Para cancelar sua argumentação utilitarista, a Procuradora do MPF menciona que o Marco Civil da Internet apresenta uma omissão quanto à suposta utilização ilícita dos aplicativos, o que deveria ser suprido pela jurisdição Suprema, com fulcro no art. 14º, parágrafo terceiro da referida regra.¹⁷⁴

Na ótica acusatória, em uma única via probatória, como se o aplicativo armazenasse o conteúdo da comunicação em seu banco de dados, argumenta-se que a empresa teria a aludida chave mestra – a porta dos fundos –, em alguns casos, o que seria comprovado pela identificação de vídeos virais, como explicado por Fernanda Cardoso na audiência. Em arremate, alega-se que a fiscalização da chave de segurança não seria verificada por qualquer usuário, apostando em uma suposta inaptidão técnica dos cibercriminosos. Cardoso saliente que uma suposta prova pericial concluiu a possibilidade e o local em que a empresa poderia abrir o

¹⁷³ TV JUSTIÇA. Audiência pública: bloqueio judicial do WhatsApp e Marco Civil da Internet (1/4). **Youtube**, [S.l.], 05 jun. 2017a. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=3TNsQCNI000&feature=youtu.be>>. Acesso em: 24 out. 2017.

¹⁷⁴ TV JUSTIÇA. Audiência pública: bloqueio judicial do WhatsApp e Marco Civil da Internet (1/4). **Youtube**, [S.l.], 05 jun. 2017a. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=3TNsQCNI000&feature=youtu.be>>. Acesso em: 24 out. 2017.
BRASIL. Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, DF, 24 abr. 2014a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 24 out. 2017.

cadeado digital identificando, por exemplo, o conteúdo de metadados, sendo a responsável frontal pelo intercâmbio das comunicações.¹⁷⁵

3.2 O ÚNICO CAMINHO? À PROCURA DE UMA VERDADE ELETRÔNICA

Em um enfoque utilitarista, Aras, Penha e Corrêa seguem o raciocínio precedente trazendo o argumento de que o acesso a esses dados informacionais sempre fora obtido pelo Estado. Com fulcro no art. 11º do Marco Civil, defendem que provedores internacionais – com atividades e filiais no país –, sejam obrigados a prestarem os conteúdos requisitados frontalmente, sem mecanismos de cooperação internacional. Os autores destacam que o Direito Penal também é utilizado como uma forma de proteção aos Direitos Humanos (das vítimas) e, caso contrário, seria construído um paraíso digital para prática de delitos.¹⁷⁶

Nisso, Harcourt já percebera que “a noção de ilegalismo é a ideia de que a lei não se destina a ser estritamente aplicada, mas a gerir as margens de legalidade, sendo um instrumento de gestão.”¹⁷⁷

Este autor elaborou uma teoria dos ilegalismos em três tempos. No principal deles, desenvolveu a tese de que os ilegalismos são generalizados. “Por toda a sociedade, as diferentes camadas sociais praticam estratégias em relação à Lei, às regras, à ordem, desvios e à desordem. Em todo regime os diferentes grupos sociais, as classes, têm seu ilegalismo.” Do ilegalismo no Século XVIII ao XXI, os “privilegiados escapam à lei por estatuto, tolerância ou exceção, até mesmo o ilegalismo do poder, de intendentes. Esses ilegalismos das diferentes camadas

¹⁷⁵ TV JUSTIÇA. Audiência pública: bloqueio judicial do WhatsApp e Marco Civil da Internet (1/4). **Youtube**, [S.l.], 05 jun. 2017a. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=3TNsQCNI000&feature=youtu.be>>. Acesso em: 24 out. 2017.

¹⁷⁶ ARAS, Vladimir Barros; PENHA, Silvia Helena Sousa; CORRÊA, Guilherme Vilela. A Convenção da Organização das Nações Unidas sobre prestação de alimentos no estrangeiro. In: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Temas de cooperação internacional**. Brasília, DF, 2015. p. 229-238. Disponível em: <https://jornalggn.com.br/sites/default/files/documentos/temas_cooperacao_internacional_versao_online_1.pdf>. Acesso em: 27 out. 2017.

¹⁷⁷ HARCOURT, Bernard E. Situação do curso. In: FOUCAULT, Michel. (Org.). **A sociedade punitiva**: curso no Collège de France (1972-1973). São Paulo: Martins Fontes, 2015, p. 241-284. p. 261.

sociais estão imbricados [...]” e frequentemente em conflito, sendo muitas vezes úteis uns com os outros. Portanto, funcionam juntos.¹⁷⁸

Na obra de Peter e Favret, verifica-se que a sociedade liberal dispôs seus elementos controladores em um mesmo “[...] lugar – o contrato, o gosto da propriedade, o estímulo que dão ao trabalho – para aí ter em mãos e aí perpetuar hierarquias e desigualdades, mas desta vez e na hipocrisia, livremente consentidas”, agindo secretamente, pois o poder age de imediato. E já assinalavam que, mesmo no nascedouro do liberalismo francês, alguma coisa em algum lugar estava errada.¹⁷⁹

Essa junção entre ilegalismos revela uma relação simbiótica, membros da segurança pública pretendendo agir como hackers, em nome de uma verdade máxima, totalizante, os seres privilegiados, que vão ao Judiciário defender a imposição de uma vigilância espúria, uma espécie de tortura digital e eletrônica.

Cabe indagar até que ponto interessa, aos órgãos de persecução, a preservação da licitude das provas à luz dos direitos fundamentais, quando essas funções são exercidas para suprir os supostos interesses das massas, agregando mais alguns nomes à marcha invisível que sustenta o fascismo em um processo penal não-democrático. Como dispõe Gadamer, “a pressão de interesse da economia e da sociedade pesa sobre a ciência. A vontade de poder.”¹⁸⁰

A partir daí, todos os meios podem ser aplicados para combater uma criminalidade organizada, nessa cegueira de entendimento digital, sendo que os preceitos podem ser descartados em nome de um processo penal do inimigo e da exceção. O tesouro da verdade, então, trata-se da falácia imposta na perseguição de um diamante já lapidado, pérola que jamais poderia ser encontrada por meio de uma instrução probatória pautada por preceitos e garantias processuais.

¹⁷⁸ HARCOURT, Bernard E. Situação do curso. In: FOUCAULT, Michel. (Org.). **A sociedade punitiva**: curso no Collège de France (1972-1973). São Paulo: Martins Fontes, 2015. p. 241-284. p. 261.

¹⁷⁹ PETER, Jean-Pierre; FAVRET, Jeanne. O animal, o louco, a morte. In: FOUCAULT, Michel. (Coord.) **Eu, Pierre Rivière, que degolei minha mãe, minha irmã e meu irmão**. 5. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1991. p. 187-210. Disponível em: <<https://ayrtonbecalle.files.wordpress.com/2015/07/foucault-m-eu-pierre-rivic3a8re-que-degolei-minha-mc3a3e-minh.pdf>>. Acesso em: 24 out. 2017. p. 192.

¹⁸⁰ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método II**: complementos e índice. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2011. p. 55.

Deve-se considerar como científico destruir o fantasma de uma verdade desvinculada do ponto de vista do sujeito cognoscente. Este é o caminho que pode proteger a sociedade da ilusão, o sinal de sua finitude.

O que historicamente se reconhece das provas se refere ao próprio autoconhecimento. Disse Gadamer que em nenhum outro lugar – como nas ciências do espírito –, é tão frontal o engano do autoconhecimento. O autor salienta que é importante auscultar da tradição não apenas ao próprio sujeito, do jeito que ele é e que se conhece, mas em outro prisma: “vale a pena experimentar o impulso que ela nos dá e que nos faz ir além de nós mesmos. Por isso, uma investigação que não mexa conosco, que sirva apenas para satisfazer nossas expectativas [...]”, não merece promoção. É preciso reconhecer contra si mesmo os novos impulsos, a outra voz, o outro.¹⁸¹

Uma vez que a investigação exógena, que não mexe com o sujeito, não merece ser promovida, quase insolúvel é a tarefa, pois “reconhecer o novo e fecundo, que nós próprios não vemos, porque temos diante de nossos olhos nossos próprios caminhos.”¹⁸² O julgador precisa olhar para o outro ao seu lado.

De tais reflexões de Gadamer, urge deduzir porque a ideia de um processo penal democrático é particularmente precária na era das massas. “Numa sociedade superorganizada, cada grupo de interesse exerce sua influência segundo a medida do seu poder social.” O autor destaca que a investigação científica é avaliada à medida que seus resultados (des)favorecem seu próprio poder.¹⁸³

Mudam-se os “[...] inquisidores mas a fogueira continua acesa.” Seja com o decisionismo analisado na próxima seção, com juízes assumindo funções policiais, com um MP e delegados usurpando funções judiciais e com pensamentos inquisitoriais, verifica-se, com acerto, que a “experiência mais funesta que a humanidade fez neste século foi a de que a própria razão é corrupta.” Citando o pensamento platônico, o autor chama as ciências do alimento da alma, como a bebida e a comida são os alimentos do corpo. O saber, entretanto, não pode ser separado e guardado numa vasilha até se descobrir seu superado prazo de

¹⁸¹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método II**: complementos e índice. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2011. p. 54.

¹⁸² GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método II**: complementos e índice. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2011. p. 54.

¹⁸³ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método II**: complementos e índice. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2011. p. 54.

validade. Uma vez adquirido, ele será imediatamente digerido pela própria alma e, assim, está-se sendo instruído para o mal ou para o bem.¹⁸⁴

Então, entende-se o motivo pelo qual constitucionalistas de carreira se inclinaram e ainda cedem à relativização de princípios constitucionais, na condição de integrantes da Suprema Corte, como no episódio de desautorização da presunção de inocência na fase recursal especial e extraordinária. Vê-se tentado a proclamar aos outros e persuadir a si próprio com uma verdade midiática, da opinião pública ou dos interesses do Poder Estatal.

Gadamer afirma que Nietzsche considerava a intolerância comum naqueles que queriam comprovar o “residir” da verdade no seu “dizer”. Aqueles fanáticos que, nas suas exigências e constantes demonstrações de verdades, demonstravam, em verdade, “[...] um sintoma de fraqueza, um produto tardio da vida, um alexandrinismo.” Deslocando-se de Nietzsche, Gadamer imputa, à ciência, a libertação de muitos preconceitos e a dissolução de muitas ilusões, sendo que “a pretensão de verdade da ciência é sempre de novo questionar os pressupostos não-comprovados e deste modo conhecer melhor que antes o real”, mas sem admitir o alcance de toda a envergadura da realidade. Assim, como a “verdade” está no todo e este, cientificamente, ainda se apresenta como inalcançável, a própria ciência impede de alcançar as respostas para determinadas questões.¹⁸⁵

Gadamer continua afirmando que o elo condutor da criação científica Ocidental, com raízes gregas:

[...] foi um ímpeto singular do saber, de conhecimento, de investigação do desconhecido, do estranho e do maravilhoso; foi igualmente um ceticismo característico contra tudo que se conta e se tem como verdadeiro, contra a *Aletheia*, expressão reconstruída nos ensinamentos de Heidegger. O primeiro a descobrir que *Aletheia* significa propriamente desocultação (*Unverborgenheit*). Uma verdade que precisa ser arrebatada da ocultação e do velamento das coisas como um roubo.¹⁸⁶

O autor considera que existiria um nexos originário entre ser verdadeiro e o discurso verdadeiro. Uma das formas do discurso seria o juízo, com a pretensão de ser somente verdadeiro e revelar o fato tal como ele é. Indaga-se, pois, se será que o lugar da verdade é realmente o juízo e se a mera adequação do discurso à coisa o

¹⁸⁴ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método II**: complementos e índice. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2011. p. 58.

¹⁸⁵ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método II**: complementos e índice. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2011. p. 58.

¹⁸⁶ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método II**: complementos e índice. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2011. p. 58, grifo do autor.

torna real. Gadamer ressalta que, em sentido moderno, é predominante a ideia de método, um caminho de seguimento, que permite ao sujeito ir e retornar, seguir sempre novamente o caminho trilhado:

Todos nós precisamos admitir o ideal de verificabilidade de todos os conhecimentos dentro do limite do possível. Pois não é possível simplesmente progredir no conhecimento, sem abrir mão de certas verdades, já que estamos sempre presos nos limites de nossa situação hermenêutica. Por isso, não podemos dizer, por princípio, que há enunciado, discurso ou juízo verdadeiro absolutamente.¹⁸⁷

Concluindo, o autor afirma que todo enunciado tem perguntas que ele não enuncia, não sendo o juízo, mas a pergunta que possui o primado da lógica. Ocorre que toda pergunta tem, também, uma motivação de preconceitos herdados que dominam o pensamento e o conhecimento do intérprete.¹⁸⁸

O que perfaz a essência do julgador será a capacidade de ruptura para enxergar novas perguntas e outras respostas. O texto é algo mais que um título de um campo de objetos da investigação literária. A interpretação é muito mais que a técnica de exposição científica de textos. Nietzsche ensinou a duvidar da fundamentação da verdade na autocerteza da própria consciência. Freud fez conhecer as admiráveis descobertas científicas que levaram a sério esta dúvida. Tudo isso confere primazia à estrutura da linguagem própria da experiência do ser humano no mundo. Frente às ilusões da autoconsciência e frente à ingenuidade de um conceito positivista dos fatos, o mundo intermediário da linguagem aparece como a verdadeira dimensão do real, do dado, como dispõe Gadamer.¹⁸⁹

Nessa senda, a intenção do investigador é adequar-se à opinião pública e ir de encontro à repercussão que a própria investigação nela encontra. Gadamer menciona que, em qualquer processo hermenêutico, o sujeito busca assumir o ponto de vista favorável à influência do público, mas, com maestria, em um processo, em especial, verifica-se essa conveniência argumentativa: o da seara penal. Tudo é constituído pelos discursos e, a fim de distinguir o verdadeiro do falso, os destinatários desses argumentos implementados nessa audiência pública tiveram essencialmente os discursos. Lá, verificou-se a interpretação probatória de autoridades responsáveis por capitanear os blocos da prova eletrônico-digital de

¹⁸⁷ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método II**: complementos e índice. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2011. p. 65.

¹⁸⁸ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método II**: complementos e índice. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2011.

¹⁸⁹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método II**: complementos e índice. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2011. p. 389.

suas instituições. Disse de tais discursos, poderiam possuir o máximo de verdade que um homem pode alcançar, não se tratando “somente” dos discursos, mas sim de uma pretensão: incorporar essa linguagem em um modo de processo penal de caracterização própria, autoritária, sem limites probatórios, como deixaram claro no “pacote anti-corrupção”.

Portanto, pode-se indagar até que ponto o campo jurídico é livre para dizer o direito no caso concreto. Para o citado autor, embora a ideia da verdade presida a vida do intérprete incondicionalmente, “sua franqueza para falar é limitada e polivalente. Ele deve saber da repercussão de sua palavra e responder por isso.”¹⁹⁰

Khaled Júnior e Rosa relembram a necessidade inquisitorial de disposição do corpo, convocado, ritualmente, para o esclarecimento da verdade. Na atualidade, a disposição da fala, dos dados, dos vídeos e das mensagens revela a mesma mentalidade inquisitiva como único caminho para alcançar aquela que agora demonstra ser a rainha das provas nesse raciocínio autoritário. A confissão digital passa a reinar em uma espécie de processo penal que, supostamente, possui um único caminho até uma suposta realidade.¹⁹¹

A partir daí, pode-se pegar por empréstimo as lições de Foucault, transplantando as considerações do direito medieval pertinentes à confissão pessoal para uma mesma realidade digital em que “[...] a confissão torna a coisa notória e manifesta”, superando qualquer outra prova.¹⁹²

3.3 A COOPERAÇÃO INTERNACIONAL E OS DADOS DIGITAIS SITIADOS NO EXTERIOR

Em tal linha, *mutatis mutandis*, Aras menciona que o bloqueio seria a *ultima ratio*, mas não esclarece quais meios seriam privilegiados em detrimento daquele, sempre ponderando quanto à imprescindibilidade desse recurso probatório

¹⁹⁰ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método II: complementos e índice**. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2011. p. 389.

¹⁹¹ KHALED JR., Salah Hassan; ROSA, Alexandre Morais da. O oculto inquisitório e o inquérito policial como monumento. In: PRADO, Geraldo; CHOUKR, Ana Claudia Ferigarto; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. (Orgs.). **Processo penal e garantias: estudos em homenagem ao professor Fauzin Hassan Choukr**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 463-476.

¹⁹² FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Petrópolis, Vozes, 1987. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/121335/mod_resource/content/1/Foucault_Vigiar%20e%20punir%20I%20e%20II.pdf>. Acesso em: 24 out. 2017. p. 40.

eletrônico. Mesmo reconhecendo que o Facebook e o WhatsApp não praticam fatos ilícitos, não sendo responsáveis diretos pela forma com que os aplicativos são utilizados pelos usuários (o mal-uso da rede), Aras embasa seus argumentos sob a égide da Lei de Corrupção Empresarial e do Código de Processo Civil (CPC) de 1939, em um art. 670 que autorizava a dissolução de pessoas jurídicas que se configurassem como veículo criminoso, salientando, novamente, a desnecessidade de colaboração internacional a para coleta dos dados sitiados no exterior.¹⁹³

Em contrapartida, Aras, Penha e Corrêa já definiram que “cartas rogatórias são comunicações entre juízos de jurisdições diferentes. Seu cumprimento está condicionado à natureza das diligências solicitadas e se elas estão de acordo com a ordem pública e a Lei fundamental do Estado rogado.” Os autores criticam a remessa direta da rogatória do juízo pátrio para o país destinatário que, além de não gerar efeitos de reciprocidade, poderia ser alegada pela parte requerida como ato causador de nulidade de pleno direito ou reconhecimento da ilicitude do material probatório internacional coletado.¹⁹⁴

Lei fundamental, reciprocidade e nulidade não foram recursos dialéticos mencionados na Corte Suprema pelo referido integrante Ministerial, mas a influência deles é essencial como causa e efeito da indispensabilidade de cooperação internacional para quebra dos dados no exterior.¹⁹⁵

A necessidade de mecanismos de comunicação entre países serem empregados para levantamento probatório em Estados estrangeiros – com meios como a carta rogatória e o auxílio direto –, está presente no novo CPC.

Madruga e Feldens perceberam que “desde sua expansão, na década de 1990, já se prenunciava que a rede global de computadores desafiaria a relação entre as fronteiras físicas e o poder dos Estados sobre o comportamento de seus jurisdicionados.” No âmbito de um espaço cibernético, ações humanas – legais e

¹⁹³ TV JUSTIÇA. Audiência pública: bloqueio judicial do WhatsApp e Marco Civil da Internet (1/4). **Youtube**, [S.l.], 05 jun. 2017a. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=3TNsQCNI000&feature=youtu.be>>. Acesso em: 24 out. 2017.

¹⁹⁴ ARAS, Vladimir Barros; PENHA, Silvia Helena Sousa; CORRÊA, Guilherme Vilela. A Convenção da Organização das Nações Unidas sobre prestação de alimentos no estrangeiro. In: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Temas de cooperação internacional**. Brasília, DF, 2015. p. 229-238. Disponível em: <https://jornalgggn.com.br/sites/default/files/documentos/temas_cooperacao_internacional_versao_online_1.pdf>. Acesso em: 27 out. 2017. p. 234.

¹⁹⁵ TV JUSTIÇA. Audiência pública: bloqueio judicial do WhatsApp e Marco Civil da Internet (1/4). **Youtube**, [S.l.], 05 jun. 2017a. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=3TNsQCNI000&feature=youtu.be>>. Acesso em: 24 out. 2017.

ilegais –, “[...] investiram-se de acentuado grau de ubiquidade, estimulando reflexões jurídico-políticas que se iniciariam por determinar se, quando e em que medida Tribunais locais possuem jurisdição sobre atividades conduzidas pela internet.”¹⁹⁶

Os autores citam que, em dezembro de 2013, um juiz norte-americano determinou a busca e a apreensão de contas de e-mail sediadas pela Microsoft em seu centro de dados do programa Outlook em Dublin, na Irlanda. A Microsoft contestou a decisão na Corte de Apelações, “[...] alegando que o cumprimento da ordem acarretaria grave violação às normas de direito internacional, de modo que se mostraria necessária a utilização dos mecanismos de cooperação internacional (MLAT) para obtenção dos dados.”¹⁹⁷

Madruga e Feldens afirmam que a Microsoft consignou a densidade da questão, dizendo acreditar que, quando um governo quer obter e-mails que estão armazenados em outros países, é necessário fazê-lo em conformidade com as leis domésticas e internacionais. “Em contraste a isso, o uso unilateral de um mandado de busca emitido por um juiz americano para outro país coloca os direitos fundamentais de privacidade e as relações internacionais cordiais em risco.”¹⁹⁸

Em *United States v. Bank of Nova Scotia*, a Suprema Corte dos Estados Unidos admitiu que o banco *Nova Scotia*, em Miami, Florida, fosse obrigado a produzir dados bancários existentes em sua filial das Bahamas, a despeito da Lei bahamense de proteção ao sigilo bancário e da inexistência de cooperação jurídica internacional, ou seja, de maneira unilateral.¹⁹⁹

¹⁹⁶ MADRUGA, Antenor; FELDENS, Luciano. Dados eletrônicos e cooperação internacional: limites jurisdicionais. In: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Temas de cooperação internacional**. Brasília, DF, 2015. p. 47-68. Disponível em: <https://jornalggn.com.br/sites/default/files/documentos/temas_cooperacao_internacional_versao_online_1.pdf>. Acesso em: 27 out. 2017. p. 47.

¹⁹⁷ MADRUGA, Antenor; FELDENS, Luciano. Dados eletrônicos e cooperação internacional: limites jurisdicionais. In: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Temas de cooperação internacional**. Brasília, DF, 2015. p. 47-68. Disponível em: <https://jornalggn.com.br/sites/default/files/documentos/temas_cooperacao_internacional_versao_online_1.pdf>. Acesso em: 27 out. 2017. p. 47.

¹⁹⁸ MADRUGA, Antenor; FELDENS, Luciano. Dados eletrônicos e cooperação internacional: limites jurisdicionais. In: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Temas de cooperação internacional**. Brasília, DF, 2015. p. 47-68. Disponível em: <https://jornalggn.com.br/sites/default/files/documentos/temas_cooperacao_internacional_versao_online_1.pdf>. Acesso em: 27 out. 2017. p. 48.

¹⁹⁹ MADRUGA, Antenor; FELDENS, Luciano. Dados eletrônicos e cooperação internacional: limites jurisdicionais. In: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Temas de cooperação internacional**. Brasília, DF, 2015. p. 47-68. Disponível em: <https://jornalggn.com.br/sites/default/files/documentos/temas_cooperacao_internacional_versao_online_1.pdf>. Acesso em: 27 out. 2017.

Madruga e Feldens consideraram que o procedimento de assistência judiciária não emprestaria a devida deferência aos interesses dos EUA, nesses termos:

Em essência, o banco pede ao tribunal para exigir que o nosso governo peça aos tribunais das Bahamas para ser autorizado a fazer algo lícito, sob leis dos Estados Unidos. Conclui-se que tal procedimento é contrário aos interesses da nossa nação e se sobrepõem aos interesses das Bahamas.²⁰⁰

Após tal precedente, os autores concluíram que os EUA passaram a utilizar as chamadas “intimações Nova Scotia” (Nova Scotia subpoenas) para, unilateralmente, obter provas no exterior, tendo como fundamento a jurisdição sobre pessoas localizadas no território norte-americano.²⁰¹

O controle de dados do Facebook, por exemplo, permanece sitiado na Irlanda e nos EUA, sendo que o pedido de cooperação internacional há de ser dirigido nesses dois Estados. A discussão de impor que o centro de armazenamento de dados dos aplicativos permaneçam em território nacional, trazendo centro de dados para o Brasil, uma mudança no ecossistema digital, não justifica a quebra da cooperação. Nesse caso, não é possível uma requisição direta de metadados, fluxo de informações (interceptação) e acesso a informações armazenadas.

Madruga e Feldens destacam que a Internet se expandiu por manter seu centro “leve”, sendo que a ponta é de quem tem a informação, havendo a tendência de trazer a fonte probatória para o usuário, com apreensão do dispositivo, como será analisado na seção seguinte. Caso contrário, a busca não teria sentido, sendo necessário coletar “névoas”. A resolução desse novo cenário de interação social pressupõe a compreensão da:

[...] premissa técnica relacionada à infraestrutura subjacente aos sistemas de internet: toda informação eletrônica – constituída por dígitos binários 0 ou 1 (bit) organizados em blocos de bits está armazenada em meio físico (data centers, discos rígidos, fitas magnéticas etc.). Texto, mensagens e fotografia eletrônica, tal como seus congêneres em papel, também estão localizados em determinado endereço físico. Registros, dados pessoais e dados de comunicações eletrônicas armazenados por provedores (de conexão e de aplicações de internet) estão igualmente localizados em

²⁰⁰ MADRUGA, Antenor; FELDENS, Luciano. Dados eletrônicos e cooperação internacional: limites jurisdicionais. In: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Temas de cooperação internacional**. Brasília, DF, 2015. p. 47-68. Disponível em: <https://jornalggn.com.br/sites/default/files/documentos/temas_cooperacao_internacional_versao_online_1.pdf>. Acesso em: 27 out. 2017. p. 48.

²⁰¹ MADRUGA, Antenor; FELDENS, Luciano. Dados eletrônicos e cooperação internacional: limites jurisdicionais. In: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Temas de cooperação internacional**. Brasília, DF, 2015. p. 47-68. Disponível em: <https://jornalggn.com.br/sites/default/files/documentos/temas_cooperacao_internacional_versao_online_1.pdf>. Acesso em: 27 out. 2017. p. 48.

determinado espaço físico, possivelmente em jurisdição distinta da do provedor.²⁰²

Essa constatação não se modifica quando são utilizados os serviços que permitem acesso remoto a esses dados, o que é viabilizado, precisamente, pela Internet. Por isso, não são acéfalos os argumentos apresentados pelo Facebook pleiteando o atendimento bilateral das normas de cooperação.

Exemplificando, Madruga e Feldens explicam que, ao se fazer uso da *cloud computing* (computação em nuvem) “[...] estamos, na verdade, acessando dados hospedados em tradicionais meios físicos (hard drives), localizados em grandes estruturas (data centers) administradas pelos provedores de serviços.” Daí por que se deve mitigar a sensação de que a internet e a computação em nuvem perfazem um espaço (ciberespaço) abstrato e intangível, desprovido de requisitos geográficos.²⁰³

Nesse norte, a teoria da ubiquidade foi abraçada pelo legislador penal como regra para a incidência da jurisdição penal pátria, nos casos de extra e territorialidade prescritas no Código substantivo. Sob a mesma perspectiva, a definição da competência territorial da autoridade jurisdicional brasileira observa, como regra, a teoria do resultado, mas como simples critério de definição da seção ou foro competente, ou seja, o melhor local para a obtenção das provas.

Essas premissas não iludem os casos em que a ubiquidade se revela, não necessariamente no *iter criminis*, mas na duplicidade eletrônica, por conta de dados digitais armazenados em suportes sitiados no exterior, quando a competência penal ou processual para análise do fato penalmente relevante não ilidirá a necessidade de cooperação internacional para obtenção da fonte de prova.

A assistência jurídica internacional – uma espécie de cooperação internacional –, é medida inexorável para coletar materiais eletrônicos sitiados no exterior, de forma a consignar como justa a ação penal promovida no Estado requerente, seja por conduto da carta rogatória ou pelo auxílio direto.

²⁰² MADRUGA, Antenor; FELDENS, Luciano. Dados eletrônicos e cooperação internacional: limites jurisdicionais. In: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Temas de cooperação internacional**. Brasília, DF, 2015. p. 47-68. Disponível em: <https://jornalggn.com.br/sites/default/files/documentos/temas_cooperacao_internacional_versao_online_1.pdf>. Acesso em: 27 out. 2017. p. 53.

²⁰³ MADRUGA, Antenor; FELDENS, Luciano. Dados eletrônicos e cooperação internacional: limites jurisdicionais. In: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Temas de cooperação internacional**. Brasília, DF, 2015. p. 47-68. Disponível em: <https://jornalggn.com.br/sites/default/files/documentos/temas_cooperacao_internacional_versao_online_1.pdf>. Acesso em: 27 out. 2017. p. 53.

Com efeito, esse regime jurídico não tem sido adotado pelas autoridades jurisdicionais no Brasil, no tocante à coleta de dados armazenados fora do território nacional. O que se verifica é a inexistência de óbices fronteiriços não apenas para a criminalidade transnacional, como também para a coleta da prova digital pelos órgãos de persecução penal.

A coleta unilateral da fonte de prova, sem reciprocidade ativa ou passiva, viola frontalmente direitos fundamentais e os preceitos que norteiam os tratados internacionais em que o Brasil é signatário, construindo um efeito colateral bilateral, a partir da possibilidade de o Estado estrangeiro usurpar elemento probatório situado no solo brasileiro sem a observância do procedimento entre nações.

A internacionalização do crime – e a utilização de novas ferramentas digitais para a prática do injusto culpável –, não afasta a ubiquidade do dado eletrônico, diante de comunicações energizadas pela Internet, mas sitiadas na computação em nuvem. E, se esse suporte físico e geográfico reside em outro terreno, torna-se indispensável a captação dos dados mediante auxílio direto, mas com cooperação internacional, por meio de uma autoridade central – como a Secretaria Nacional de Justiça –, observando-se os pressupostos formais e materiais para a coleta das evidências.

Os dados bancários e as conversas “instantâneas” em aplicativos e e-mails acessíveis na nuvem exigem o armazenamento em um local tangível, físico e empírico. A computação em nuvem permite o acesso facilitado aos e-mails, fotos, conversas, mas se trata de uma inovadora técnica de preservação dos dados. Com essa premissa técnica, percebe-se a impossibilidade material de efetivação da interceptação telemática prescrita na Lei 9.296/1996, em seu art. 1º, parágrafo único, pois, em regra, há busca e apreensão digital, não interceptação.²⁰⁴

De se notar, ainda, que os aplicativos mais requisitados mundialmente possuem conversas criptografadas, criando um escudo para qualquer tentativa de coleta da informação no fluxo, sendo indispensável a quebra do sigilo dos dados armazenados em território estrangeiro, caso seja possível a sua obtenção.

Se o vestígio computacional a ser compartilhado na investigação estiver encarcerado em um compartimento eletrônico situado no exterior, a acusação não

²⁰⁴ BRASIL. Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, DF, 25 jul. 1996a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9296.htm>. Acesso em: 24 out. 2017.

poderá, sem colaboração, buscar e apreender telefones, smartphones e computadores. Nessa senda, os bancos, empresas e provedores localizados em território alienígena não podem ser obrigados a outorgar tal informação sem reserva de jurisdição ou por ato jurisdicional de sua nação.

O Marco Civil da Internet – Lei 12.965/2014 –, estabeleceu preceitos, garantias, direitos e deveres para o uso da rede mundial de computadores, traçando diretrizes ao Poder Público para sua utilização no país. O princípio fundante (e redundante) da norma em tela é o reconhecimento da escala mundial da rede, que não poderá ser concebida como propriedade de uma determinada nação, mas detentora de uma instrumentalidade mundial.²⁰⁵

A Internet foi concebida como um direito fundamental inalienável, capitaneada por garantias de privacidade e necessidade de preservação dos direitos humanos no terreno cibernético, todos consagrados em Convenções e Tratados internacionais em que a República Federativa seja signatária, conforme o art. 3º, parágrafo único da Lei 12.965/2014.²⁰⁶

O escopo primaz do enfoque penal desse Marco é a proteção do sigilo de dados, de maneira a custodiar as comunicações textuais ou audiovisuais eventualmente preservadas pelos provedores de registro e aplicações. A finalidade é propiciar uma inclusão digital nacional, com segurança jurídica quanto à manutenção privada da troca de informações nessas novas tecnologias. Não por acaso, a comunicação digital é inviolável, podendo ser desnudada por reserva de jurisdição, ordem judicial proferida pela autoridade judiciária brasileira quando os provedores que armazenam os dados estiverem sitiados no país.²⁰⁷

O art. 11º do Marco é responsável por uma ubiquidade dogmática e jurisprudencial quanto à necessidade de colaboração internacional para a reunião de vestígios cibernéticos localizados no exterior, quando um dos computadores ou

²⁰⁵ BRASIL. Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, DF, 24 abr. 2014a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 24 out. 2017.

²⁰⁶ BRASIL. Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, DF, 24 abr. 2014a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 24 out. 2017.

²⁰⁷ BRASIL. Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, DF, 24 abr. 2014a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 24 out. 2017.

terminais esteja situado no Brasil e houver a localização geográfica de um dos integrantes do grupo econômico no perímetro pátrio, ficando o dever de regulação e tutela, entretanto, para uma complementação legislativa posterior, sem indício de edição. O Marco pecou em não prever, expressamente, o procedimento internacional de captação dos dados, mas traçou diretrizes que não podem ser desprezadas.²⁰⁸ Nesse esteio, Faustino destaca que questões efetivas e modernas como a eficácia horizontal dos efeitos fundamentais:

[...] a proteção dos direitos da personalidade, principalmente a proteção à privacidade e intimidade, o direito ao esquecimento ligado como atributo relativo a direito da personalidade, trazem à baila a proteção dos dados pessoais com enfoque constitucional.²⁰⁹

Em contrapartida, o mencionado dispositivo não afasta a cooperação e obtenção bilateral de conversas e demais dados aprisionados fora do país, já que o elemento fulcral desse artigo é justamente a preservação da intimidade, proteção dos dados pessoais e das comunicações privadas.²¹⁰

Nessa mesma linha de pensamento, as informações estranhas ao território nacional não podem ser usurpadas de outra jurisdição sem observância às regras transnacionais, sob o risco de mitigar postulados processuais do país destinatário da medida e de frontal ofensa à ordem pública mencionada nos pactos internacionais recepcionados pela ordem jurídica nacional.

O posicionamento diverso afetaria a interoperabilidade e a inclusão digital, que são as políticas abraçadas por tal legislação, afetando o uso da Internet como agente de promoção do desenvolvimento humano, em escala mundial, sem arbitrariedades que possam consignar sanções econômicas ao Brasil, pelo não reconhecimento do caráter global da rede, com toda sua pluralidade e diversidade, conforme os arts. 2º, 4º, e 6º do Marco Civil.²¹¹

²⁰⁸ BRASIL. Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, DF, 24 abr. 2014a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 24 out. 2017.

²⁰⁹ FAUSTINO, André. A proteção de dados pessoais no Brasil: breve histórico do direito comparado até a atual realidade brasileira. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, ano 19, n. 154, nov. 2016. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18241>. Acesso em: 10 ago. 2017.

²¹⁰ BRASIL. Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, DF, 24 abr. 2014a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 24 out. 2017.

²¹¹ BRASIL. Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, DF, 24 abr. 2014a. Disponível

No nascedouro da perpétua Operação Lavajato, as supostas provas do delito estavam armazenadas além dos limites da jurisdição brasileira, mas a competência para julgamento do fato penalmente relevante era da autoridade judicial nacional. A motivação da *decisum* da Justiça Federal ressaltou que:

72. Nada há de ilegal em ordem de autoridade judicial brasileira de interceptação telemática ou telefônica de mensagens ou diálogos trocados entre pessoas residentes no Brasil e tendo por objetivo a investigação de crimes praticados no Brasil, submetidos, portanto, à jurisdição nacional brasileira.

73. O fato da empresa que providencia o serviço estar sediada no exterior, a RIM Canadá, não altera o quadro jurídico, máxime quando dispõe de subsidiária no Brasil apta a cumprir a determinação judicial, como é o caso, a Blackberry Serviços de Suporte do Brasil Ltda.

74. Essas questões foram esclarecidas no ofício 36 e na decisão de 21/08/2013 (evento 39) do processo conexo 5026387-13.2013.404.7000.

75. A cooperação jurídica internacional só seria necessária caso se pretendesse, por exemplo, interceptar pessoas residentes no exterior, o que não é o caso, pois tanto os ora acusados, como todos os demais investigados na Operação Lavajato residem no Brasil. [...]

82. Não se tem, aliás, notícia de que qualquer autoridade do Governo canadense tenha emitido qualquer reclamação quanto à imaginária violação do tratado de cooperação mútua.

83. Oportuno lembrar que o descumprimento de compromissos internacionais geram direitos às Entidades de Direito Internacional lesadas e não, por evidente, a terceiros.²¹²

A posição decisionista ventilada teve, por parâmetro, uma liberdade para ignorar as leis de outras nações e exigir a apresentação de conversas armazenadas no exterior, a provedores não nacionais, por conta do compartilhamento em nuvem da informação e pelo fato de o interlocutor ter residência no território nacional.

Frise-se, nesse viés, como menciona Giacomet Junior, o desafio de desbravar princípios, regras e peculiaridades do Direito Penal e Processual Penal internacional – de forma a fazer valer a realização da justiça criminal –, pertence a todos os sujeitos procedimentais, juízes, promotores, delegados e advogados.²¹³

Não foi como entendeu o MPF na mencionada Operação Lavajato, nas atribuições exercidas no mesmo juízo federal revelado, consoante alegações da

em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 24 out. 2017.

²¹² JUSTIÇA FEDERAL. Seção Judiciária do Paraná. 13ª Vara Federal Criminal de Curitiba. **Processo n. 5023162-14.2015.4.04.7000**. Autor: Ministério Público Federal. Réus: Alberto Youssef, Carlos Alberto Pereira da Costa, João Luiz Correia Argolo dos Santos, Rafael Ângulo Lopez. Curitiba, 16 nov. 2015. Disponível em: <<http://www.prpr.mpf.mp.br/pdfs/2015-1/lava-jato-1/Sentenca%20-%20Luiz%20Argolo.pdf>>. Acesso em: 24 out. 2017. p. 9-11.

²¹³ GIACOMET JUNIOR, Isalino Antonio. Elaboração de pedido de cooperação jurídica internacional em matéria penal. In: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Temas de cooperação internacional**. Brasília, DF, 2015. p. 69-78. Disponível em: <https://jornalgggn.com.br/sites/default/files/documentos/temas_cooperacao_internacional_versao_online_1.pdf>. Acesso em: 27 out. 2017.

defesa técnica, o *parquet* federal primeiro coletou as provas obscuramente e, de maneira superveniente, solicitou cooperação internacional para lavar (a jato) um elemento probatório que já se encontrava sob sua tutela.

Nesse viés, ainda como alegam os patronos dos imputados, consoante registrado pelo MP suíço, uma mídia com porta do tipo *Universal Serial Bus* (USB) – contendo informações de contas bancárias atribuídas a um dos acusados –, foi entregue diretamente nas mãos do Procurador da República sem a obrigatória passagem pelo Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional, como afirma Vasconcellos.²¹⁴

Sem constrangimento, posteriormente, o órgão acusatório informou que as informações foram obtidas via canal de comunicação imediato, que enviou ao *parquet* pátrio, voluntariamente, os documentos apresentados. Não houve auxílio direto, carta rogatória ou qualquer outro instrumento de cooperação entre países, o que, por certo, tornou ilícita a prova obtida, sendo indispensável seu desentranhamento dos autos mediante, ainda, a aplicação da teoria da contaminação dos frutos envenenados.

Em teoria, isso deveria ocorrer em um país no qual o processo penal seja, de fato, o alicerce de uma democracia. No caso brasileiro, infelizmente os meios processuais acima relatados têm sido utilizados como manobras para o preenchimento de interesses punitivos de conveniência, como máquinas de expectativas, em que as garantias processuais são convenientemente descartadas de tal forma que institutos ortodoxos do Direito Civil e processual correlatos são automaticamente aplicados ao âmbito processual penal, tais como a teoria das nulidades e a pretensão de que as provas inidôneas estejam sujeitas ao pensamento da anulabilidade.

Como Franzini menciona, não se está negando a necessidade de diálogo entre países para combater uma criminalidade ainda mais organizada e difusa em todo o cenário mundial. “Devido ao caráter cada vez mais globalizado da criminalidade organizada, investigação, acusação e condenação do crime organizado transnacional não podem estar limitadas a um só Estado.” Por esses motivos, a criminalidade cibernética, organizada e transnacional requer uma

²¹⁴ VASCONCELLOS, Marcos de. Pedalada probatória: Ministério Público driblou a lei para trazer documentos da Suíça na “Lava Jato”. **Consultor Jurídico**, [S.l.], 05 nov. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-nov-05/documentos-trazidos-suica-mpf-colocam-lava-jato-risco>>. Acesso em: 05 set. 2016.

resposta coordenada. Isso garante eficiência aos meios de investigação sem ignorar os direitos fundamentais e convencionais. “A transnacionalização do crime impõe a criação de sistema legislativo internacional focado na cooperação entre os órgãos de Estado, com o intuito de prevenir e reprimir o ilícito.” E isso não pode ser alvo de uma desobediência unilateral do Brasil.²¹⁵

Em razão de tal complexidade, países incorporaram – ao seu conjunto legislativo –, importantes instrumentos da ONU de combate ao crime internacional e de cooperação jurídica internacional, como destaca Franzini:

Nas disposições da Convenção de Viena (1988), expressamente, é estabelecido que esta pode figurar como base jurídica para confisco ou extradição, caso não haja tratados específicos para tais medidas entre os Estados requerente e demandado. O art. 30 da Convenção de Palermo estabelece como forma de cooperação ‘prestar assistência técnica aos países em desenvolvimento e aos países com economias em transição para auxiliá-los a satisfazer suas necessidades relacionadas à aplicação da presente Convenção’ [...]. Por último, a Convenção de Mérida acrescenta aos tradicionais institutos da cooperação jurídica internacional, tais como extradição ou transferência de pessoas condenadas, a assistência jurídica recíproca, remissão de autos penais, cooperação em matéria de cumprimento da lei, investigações conjuntas e técnicas especiais de investigação [...].²¹⁶

Portanto, não há distinção, na gênese, em todas essas medidas de cooperação e a necessidade legal de auxílio para produção probatória em território estrangeiro. Caso contrário, a soberania dos países e as regras de convívio internacional serão quebradas.

Nessa discussão, ainda não foram mencionadas a violação ao contraditório e o juiz natural, a serem abordados posteriormente. À medida que um Procurador da República vai diretamente a outro Estado e coleta a prova sem crivo judicial, aqui ou lá, serão desconhecidos os critérios de escolha do que era supostamente pertinente para a acusação, além de que poderão ser descartadas provas com pertinência temática defensiva. Afinal, o que não está nos autos também está no mundo, e a cognição defensiva deve acontecer mesmo para elementos de convicção que residem no exterior.

²¹⁵ FRANZINI, Rafael. Cooperação jurídica internacional e estado de direito: uma agenda para a PGR e o UNODC. In: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Temas de cooperação internacional**. Brasília, DF, 2015. p. 105-108. Disponível em: <https://jornalggn.com.br/sites/default/files/documentos/temas_cooperacao_internacional_versao_online_1.pdf>. Acesso em: 27 out. 2017. p. 105.

²¹⁶ FRANZINI, Rafael. Cooperação jurídica internacional e estado de direito: uma agenda para a PGR e o UNODC. In: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Temas de cooperação internacional**. Brasília, DF, 2015. p. 105-108. Disponível em: <https://jornalggn.com.br/sites/default/files/documentos/temas_cooperacao_internacional_versao_online_1.pdf>. Acesso em: 27 out. 2017. p. 106.

Nesse contexto e como exemplo, o Facebook Brasil não tem acesso a dados de usuários, sejam de tráfego ou de conteúdo, pois se trata de uma entidade independente para comercializar espaço-publicidade, não operando as plataformas digitais em si. Exigir que, por conta de uma filial nacional, dados armazenados no exterior sejam compartilhados sem reserva de jurisdição exógena – afastando a cooperação internacional, com o auxílio direito e a expedição de carta rogatória, nos termos do novo CPC –, seria flexibilizar a soberania nacional, a bilateralidade das relações internacionais e a integridade como critério de hermenêutica jurídica, como apresentou Bruno Magrani.²¹⁷

3.4 CAMINHOS QUE “ELES” NÃO QUEREM PERCORRER: OS NOVOS RECURSOS DE INVESTIGAÇÃO

O Marco Civil da Internet prevê o uso da criptografia como ferramenta de segurança para tutelar a privacidade e, além disso, em 2016, a Assembleia Geral da ONU reacendeu a contenda com a posição no sentido de que o bloqueio de plataforma não se justifica.²¹⁸

Existe criptografia diariamente, usualmente, vulgarmente, com compras online, e-mail, saques, imprimindo arquivos em *Portable Document Format* (PDF) e, sem a criptografia, ninguém se sentiria digitalmente “seguro”, pois seria como mergulhar em um espaço cibernético sem a roupagem adequada.

Como anotou Sidi, “a telefonia celular digital conta com uma criptografia embutida nos protocolos [Global System for Mobile Communications] GSM e [Code Division Multiple Access] CDMA, mas que já é antiga e hoje facilmente decifrável até mesmo por equipamentos portáteis que captam o sinal, processam e o decodificam.”²¹⁹

Segundo o levantamento do Centro de Estudos, Resposta e Tratamento de Incidentes de Segurança (CERT), em 2014, no Brasil, houve mais de um milhão de incidentes de segurança, sendo que o desenvolvimento da Internet sem codificação

²¹⁷ TV JUSTIÇA. Audiência pública: bloqueio judicial do WhatsApp e Marco Civil da Internet (1/4). **Youtube**, [S.l.], 05 jun. 2017a. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=3TNsQCNI000&feature=youtu.be>>. Acesso em: 24 out. 2017.

²¹⁸ TV JUSTIÇA. Audiência pública: bloqueio judicial do WhatsApp e Marco Civil da Internet (1/4). **Youtube**, [S.l.], 05 jun. 2017a. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=3TNsQCNI000&feature=youtu.be>>. Acesso em: 24 out. 2017.

²¹⁹ SIDI, Ricardo. **A interceptação das comunicações telemáticas no processo penal**. Belo Horizonte: D’Plácido, 2016. p. 82.

compromete o crescimento econômico, o mercado de ações e as relações entre empresas. O empresariado estrangeiro teria vantagem sobre o nacional. Uma desvantagem competitiva. Na defesa das liberdades, materializam-se os direitos, a comunicação livre, aberta e honesta sem medo de que terceiros tenham acesso, como explica a TI Inside.²²⁰

De acordo com Demikatico²²¹, a Internet é uma rede de ponta a ponta, sendo que os pacotes de dados devem ser encaminhados sem serem acessados, em um verdadeiro transporte agnóstico.²²² Não se pode responsabilizar a rede pelo conteúdo transportado, como já fora mencionado na seção anterior.

A criptografia ponta a ponta, limite a limite, se baseia na garantia de confidencialidade e integridade, de acordo com o que fora ministrado por Anderson Nascimento²²³ e, como há uma simetria, as chaves são as mesmas. Em contrapartida, no cadeado assimétrico, as fechaduras são distintas, por meio de chaves públicas. Nascimento indica que, na ponta a ponta, há túneis criptográficos, sendo estabelecida a simetria – numa primeira fase –, e numa segunda etapa, a chave estabelecida é utilizada para o transporte da mensagem.²²⁴

Os Ministros Fachin e Weber – respectivos relatores das ações constitucionais –, questionaram Nascimento quanto à possibilidade de serem coletados conteúdos criptografados, mas a resposta fora negativa. O entendimento da comunidade científico-digital é pela não-flexibilidade da criptografia dura, rígida e forte. Para o aludido professor, desconhecido seria qualquer elemento de vulnerabilidade no aludido aplicativo. O processo de “criptografia forte” – atualmente atacado pelo MPF –, funciona à base de *peer-to-peer*, com mecanismos criptográficos totalmente realizados nos compartimentos remetentes e receptores, sendo desnecessário haver o suporte de um servidor externo.

²²⁰ TI INSIDE. Incidentes de segurança na internet crescem 197% no Brasil. [São Paulo], 11 abr. 2015. Disponível em: <<http://convergecom.com.br/tiinside/seguranca/11/04/2015/incidentes-de-seguranca-na-internet-crescem-197-no-brasil/>>. Acesso em: 05 jan. 2017.

²²¹ Professor associado da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (USP) e Membro do Comitê Gestor da Internet, que estabelece procedimentos adequadas para padrões de segurança.

²²² TV JUSTIÇA. Audiência pública: bloqueio judicial do WhatsApp e Marco Civil da Internet (1/4). **Youtube**, [S.l.], 05 jun. 2017a. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=3TNsQCNI000&feature=youtu.be>>. Acesso em: 24 out. 2017.

²²³ Graduado pela University of Washington, Doutor em Criptografia em Tóquio, professor da Universidade de Brasília (UnB) e Consultor da Agência Brasileira de Inteligência.

²²⁴ TV JUSTIÇA. Audiência pública: bloqueio judicial do WhatsApp e Marco Civil da Internet (2/4). **Youtube**, [S.l.], 05 jun. 2017b. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=qN9w_BuKfCA&feature=youtu.be>. Acesso em: 24 out. 2017.

Na audiência pública presenciada no STF, o MPF abertamente defendeu a inserção de um homem-meio como forma de substituir a chave em uma conversa eletrônica. Entretanto, os técnicos do aplicativo de conversa instantânea em tela ressaltaram a ineficácia prática dessa intenção ilegal, visto que buscam construir um meio de obtenção de prova que, em sua gênese, já seria ilícita. Deve-se sopesar o fato de que a colaboração do Facebook com os órgãos de persecução penal no Brasil jamais se concretizou pela efetivação da técnica *men in the middle*.²²⁵

As chaves que precisariam ser substituídas envolveriam outros usuários, com elementos forjados de ponta a ponta, dos dois lados da comunicação, e a verificação do código de segurança (plataforma existente no aplicativo) geraria uma notificação, como uma falsificação dupla, sendo que as pessoas perceberiam porque se trata de um método com fácil verificação, segundo Anderson Nascimento.²²⁶

Atualmente, há grupos de conversa multitudinários, sendo que o meio mencionado seria ineficiente e espúrio, pois, já tendo conhecimento da interceptação, o alvo investigado ainda poderia ministrar uma falsa informação, o que traria riscos para o exercício da atividade policial concreta, por exemplo, uma insegurança para o policial infiltrado, atual realidade no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), no combate à organização criminosa e na Lei Antidrogas.²²⁷

Nos sistemas de aplicativos criptografados, sabe-se se a mensagem transmitida é constituída por vídeo, áudio, mas a mídia é não-identificável, pois o conteúdo sempre é criptografado, não havendo como identificar, posto que só há a Identificação (ID). Verifica-se, portanto, a quantidade de downloads, mas não se sabe o mérito. Não há como coibir, por exemplo, a transmissão ao vivo de um homicídio ou uma coautoria digital, em tempo real, com envolvidos localizados na Paraíba e na Espanha, por exemplo, como já acontecera recentemente e que fora noticiado por Resende e Almeida.²²⁸

²²⁵ TV JUSTIÇA. Audiência pública: bloqueio judicial do WhatsApp e Marco Civil da Internet (2/4). **Youtube**, [S.l.], 05 jun. 2017b. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=qN9w_BuKfCA&feature=youtu.be>. Acesso em: 24 out. 2017.

²²⁶ TV JUSTIÇA. Audiência pública: bloqueio judicial do WhatsApp e Marco Civil da Internet (2/4). **Youtube**, [S.l.], 05 jun. 2017b. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=qN9w_BuKfCA&feature=youtu.be>. Acesso em: 24 out. 2017.

²²⁷ TV JUSTIÇA. Audiência pública: bloqueio judicial do WhatsApp e Marco Civil da Internet (2/4). **Youtube**, [S.l.], 05 jun. 2017b. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=qN9w_BuKfCA&feature=youtu.be>. Acesso em: 24 out. 2017.

²²⁸ RESENDE, André; ALMEIDA, Diogo. Suspeito de matar família na Espanha teve ajuda de amigo na PB, diz polícia: jovem conversou com suspeito na Espanha durante o crime, diz delegado. Família foi encontrada esquartejada em Pioz; sobrinho confessou crime. **G1**, [João Pessoa], 28 out. 2016.

Contudo, não se pode ignorar que, de forma metafórica, a criptografia é uma planta na construção de um imóvel em que podem ser inseridos defeitos, “traições”, conectadas trapaças, vulnerabilidades ao sistema operacional, falsificando o tabuleiro procedimental antes mesmo de sua construção, sendo que os ataques explorariam esses pontos.

É justamente o que persegue a Polícia Federal (PF) e o MP na busca pela inserção de um portão meliante, uma porta dos fundos para flexibilizar a comunicação por aplicativos em todo o território nacional. Muitas vezes, luta-se com certas armas contra determinados “monstros”, sendo que se adquire uma faceta monstruosa neste combate. “Antes de investigar, acusar e julgá-los fora a mim que investiguei, acusei e julguei.”

Assim, pensa Anderson Nascimento que a contenda travada na década de 80 nos EUA demonstrou que a criação de uma conta espelho para interceptações, no auge da guerra das criptografias, criaria um ponto central de falha que permitiria o acesso de pessoas não-autorizadas, um paraíso para a cibercriminalidade, com meios ocultos para combatê-la, tornando-se um círculo vicioso no qual a comunidade digital inevitavelmente perderia, com ofensa à intimidade e ao sigilo das comunicações.²²⁹

Nesse momento, importa refletir sobre exemplos históricos, como o do Telecom Itália e da Grécia, entre 2001, 2006 e 2010, respectivamente. Tognolli destaca que, em 05 de março de 2010, Fábio Ghioni – ex-executivo da Telecom Itália, Especialista em Estratégias e Tecnologias não Convencionais de Segurança e tido como o principal responsável pelo esquema de interceptações de informação da Telefônica –, prestou depoimento à justiça italiana. Segundo ele, policiais federais e políticos brasileiros receberam propina da Telefônica para prestar serviços de segurança particular a espiões italianos. Ainda foi imputado, ao ex-controlador da Telecom Itália, o controle total de atividades ilícitas de espionagem no Brasil, que

Disponível em: <<http://g1.globo.com/pb/paraiba/noticia/2016/10/segundo-suspeito-de-matar-familia-na-espanha-e-presos-na-pb-diz-policia.html>>. Acesso em: 05 set. 2016.

²²⁹ TV JUSTIÇA. Audiência pública: bloqueio judicial do WhatsApp e Marco Civil da Internet (2/4). **Youtube**, [S.l.], 05 jun. 2017b. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=qN9w_BuKfCA&feature=youtu.be>. Acesso em: 24 out. 2017.

teria gastado milhões de euros em práticas heterodoxas de grampos ilegais.²³⁰ São exemplos que evidenciam o caminho que não se deve seguir.

Anderson Nascimento prossegue ensinando que a desabilitação de um protocolo criptográfico é um processo extremamente complexo, demandaria um tempo exasperado para vulnerabilizar um único código e, se fossem incluídas modificações, estas seriam detectadas, pois a origem ontogenética da alusiva chave é a busca incessante por estabilidade.²³¹

Frise-se, ainda, que a existência de aplicativos que permitam copiar mensagens criptografadas rígidas e realizem um transplante para outros aplicativos não é um consenso no meio eletrônico-digital. Mas o devir tecnológico, como demonstrado no primeiro bloco do trabalho, parece não conhecer limites científicos, deve ser limitado por fronteiras éticas. Esse é o elemento cerne para a idoneidade de determinado meio de investigação extra-procedimental.

Sem embargo, as comunicações telemáticas possuem um quadro básico de criptografia, mas, sem a colaboração do fabricante no sentido de inserção de um *backdoor*, torna-se extremamente difícil ou impossível a decifração de dados. A tarefa demandaria dias ou meses de processamento por supercomputadores, trabalhando simultaneamente, com divisão de tarefas, de modo que o custo do esforço computacional não compensaria o valor da informação resultante da decodificação.

Em entrevista ao STF, Marcos Antônio Simplício Júnior afirmou que é impossível recuperar mensagens já transmitidas por aplicativos com criptografia forte, pois “mesmo com 1 bilhão de supercomputadores levariam milênios para testar todas as chaves possíveis e recuperar uma só mensagem.”²³²

Existe a possibilidade de captação dos metadados, da localização e da lista de contatos, mas não há como prevenir ou evitar a criptografia por decreto, sendo que os órgãos da *persecutio criminis* devem estar preparados para esse cenário. A

²³⁰ TOGNOLLI, Claudio Julio. Guerra de espões: italiano confirma pagamento de propinas a brasileiros. **Consultor Jurídico**, [S.l.], 13 abr. 2010. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2010-abr-13/italiano-confirma-telecom-italia-pagou-propina-brasileiros>>. Acesso em: 05 set. 2016.

²³¹ TV JUSTIÇA. Audiência pública: bloqueio judicial do WhatsApp e Marco Civil da Internet (2/4). **Youtube**, [S.l.], 05 jun. 2017b. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=qN9w_BuKfCA&feature=youtu.be>. Acesso em: 24 out. 2017.

²³² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). Especialista afirma que utilizar “porta dos fundos” não traz benefícios à Justiça. **Notícias STF**, Brasília, DF, 02 jun. 2017, Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=345491>>. Acesso em: 24 out. 2017.

Internet deixa rastros, endereço de IP, tempo da conexão e dados transmitidos, sendo que estes já podem ser armazenados e utilizados como fonte de prova em processo criminal.

Para Fábio Maia, deve-se elucidar que as informações de controle – os metadados –, também se apresentam como uma direção com pertinência probatória. São invisíveis para o usuário, mas necessários para que o conteúdo seja tratado pela rede. Sempre que se interage em aplicativos de Internet, não apenas o conteúdo trafega, pois há dados agregados de controle, sendo sinais característicos do próprio tráfego, como o número do telefone e informações de controle do dispositivo e da rede, como o IP.²³³

Claro que a coleta, tratamento e guarda dos registros e informações privadas têm variáveis. Geralmente, em sites de relacionamento, faz parte da essência do serviço armazenar os dados pessoais que as pessoas publicam. Em conclusão, Fábio Maia esclarece que é tecnicamente possível interceptar mensagens nesses aplicativos, mas com consequências gravíssimas, o que seria detectável até por usuários com rasas práticas de segurança. Não teria serventia para interceptação ou captação de dados armazenados em nuvem.²³⁴

Não há solução simples para a questão criminal, sendo que a modificação no protocolo não vai resolver os anseios daqueles que querem sobrepujar os direitos fundamentais ante a insegurança digital, pregando, de forma paradoxal, um Estado utilitarista em matéria criminal, modelo de segurança e (des)ordem. A inserção de meio ilícito na gênese da comunicação não pode ter seus efeitos controlados, pois ninguém controla o estado de exceção.

Já fora mencionado, por Lopes Jr., que a ordem pressupõe “as coisas em seu devido lugar”, e quando os agentes de segurança lutam pela inserção de corpo estranho em uma comunicação, relativizam uma segurança indispensável para sua própria comunicação na apuração dos delitos cibernéticos.²³⁵

²³³ TV JUSTIÇA. Audiência pública: bloqueio judicial do WhatsApp e Marco Civil da Internet (2/4). **Youtube**, [S.l.], 05 jun. 2017b. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=qN9w_BuKfCA&feature=youtu.be>. Acesso em: 24 out. 2017.

²³⁴ TV JUSTIÇA. Audiência pública: bloqueio judicial do WhatsApp e Marco Civil da Internet (2/4). **Youtube**, [S.l.], 05 jun. 2017b. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=qN9w_BuKfCA&feature=youtu.be>. Acesso em: 24 out. 2017.

²³⁵ LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 37.

Delitos cibernéticos que não podem ser reduzidos aos injustos culpáveis veiculados pela Rede mundial de computadores, tal como a pedofilia infantil, tendo por veículo a Internet. O risco é muito maior. Atualmente lutamos contra o ciberterrorismo capaz de atingir as maiores agências mundiais de segurança e, ao mesmo tempo, especialmente no Brasil, a codificação rígida é atacada por quem deveria defendê-la. Não há país no mundo que tenha legislado pela ilegalidade da criptografia, para que tal vedação surgisse no Brasil, de imediato, o STF precisaria, mais do que julgar, com uma discricionariedade arbitrária (desculpem a redundância), legislar. (informação verbal).²³⁶

Ferraz Junior, Maranhão e Finger discutem sobre um “admirável mundo novo” virtual e questionam: “como balizar a tecnologia humana em nome de um humanismo essencial?” Afirmam, por oportuno, que não há espaço físico que não possa ser acessado pelo Estado, daí surgindo a inviolabilidade domiciliar, considerando-se assim, que o leviatã permanece impotente frente à inacessibilidade digital. Os autores refletem, assim, que “a solução regulatória passa, portanto, por um problema que vai além do equilíbrio jurídico entre privacidade sigilo, livre comunicação e segurança pública.” Por fim, entendem ser necessária a regulação da tecnologia da criptografia, algo que também não é encontrada no Marco.²³⁷

A privacidade e a confidencialidade são fontes de segurança. A intenção de banir a criptografia seria o mesmo que criminalizar técnicas de Matemática. Na criptografia, há técnicas matemáticas em forma de software, não havendo razão para o argumento de cessar a criptografia. Seria, portanto, uma revolução copernicana às avessas.

No Marco Civil da Internet, a viabilidade de suspensão do serviço – como querem a PF e o MPF a partir de alguns de seus representantes –, diz respeito à preservação da privacidade, não tendo nexos com desobediência à ordem judicial. Historicamente, deve-se compreender o contexto sócio-político de implementação do Marco, inclusive no contexto da política criminal, pois se refere ao abuso do acesso aos dados do dispositivo.

Na década de 90, houve o emprego de recursos pelo Governo americano para flexibilizar a criptografia, mas não foram inseridos mecanismos, ao menos os legais. Para o Conselho das Nações Unidas, a criptografia também merece proteção

²³⁶ Comentário fornecido por Augusto Jobim do Amaral ao compor uma banca avaliadora na Mostra de Pesquisa de Pós-graduação do 3º Encontro de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciências Criminais, Canela, em 30 de setembro de 2017.

²³⁷ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; MARANHÃO, Juliano; FINGER, Marcelo. WhatsApp mostra a necessidade de regulação da criptografia. **Consultor Jurídico**, [S.l.], 16 ago. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-ago-16/whatsapp-mostra-necessidade-regulacao-criptografia>>. Acesso em: 05 set. 2016.

frente à inevitável realidade de nações que viessem a intervir no processo democrático e econômico de outros Estados. E o Brasil fora uma das vítimas dessa invasão tecnológica ilícita.

De acordo com o G1, após o caso *Snowden* e as publicações do *The Guardian*, parece apócrifa e se aproxima do senso comum teórico a posição nacional que acompanha os serviços de inteligência internacional para a criação de métodos capazes de superar a criptografia.²³⁸

Nos EUA, esses métodos incluem medidas para assegurar o controle da *National Security Agency* (NSA) sobre os padrões internacionais de criptografia, pois tanto este órgão quanto o *Federal Bureau of Investigation* (FBI) teriam capacidade de contornar a criptografia e alcançar o conteúdo por meio da invasão de hackers, como afirma Knibbs.²³⁹

Por intermédio de tal cooperação sigilosa, as agências de inteligência incluíram – nos sistemas de criptografia supostamente seguros a cadeados –, as vulnerabilidades atualmente sustentadas pelo MP e pela PF como “amigos da Corte”, o que, na audiência pública do STF, equivale aos *backdoors* ou *trapdoors*, – porta dos fundos ou alçapão.

Nesse aspecto, Sidi questiona quem seria o verdadeiro inimigo. Segundo o jornal *The New York Times*, a NSA manteria, graças a este mecanismo sub-repético, um banco de dados interno com as chaves para decifrar produtos específicos, sob o nome de *Key Provisioning servisse*, capaz de decodificar automaticamente muitas mensagens.²⁴⁰

A inserção de *backdoors* num software aumenta consideravelmente a incapacidade de desenvolvimento de uma tecnologia segura e proporciona a quebra de confiança entre Estados soberanos, flexibilizando as relações internacionais e econômicas, como fora no caso *Snowden*.

²³⁸ G1. Entenda o caso de Edward Snowden, que revelou espionagem dos EUA: procurado pelos Estados Unidos, ex-técnico da CIA obteve asilo da Rússia. Caso gerou crise para o governo Obama e debate sobre privacidade online. São Paulo, 14 fev. 2014. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2013/07/entenda-o-caso-de-edward-snowden-que-revelou-espionagem-dos-eua.html>>. Acesso em: 05 set. 2016.

²³⁹ KNIBBS, Kate. Por que a NSA é contra enfraquecer a criptografia para pegar terroristas. **Gizmodo Brasil**, [S.l.], 26 jan. 2016. Disponível em: <<http://gizmodo.uol.com.br/nsa-criptografia-terroristas/>>. Acesso em: 02 maio 2017.

²⁴⁰ SIDI, Ricardo. **A interceptação das comunicações telemáticas no processo penal**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

No tocante à inserção de meios para viabilizar, ocultamente, o acesso ao conteúdo de comunicações, a imposição aos operadores de conversação instantânea não teria proporcionalidade quanto à sua vertente necessidade, visto que a porta dos fundos estaria aberta e seria genérica, sem vinculação a um determinado caso concreto, a uma investigação específica. Isso sem contar a publicidade inerente aos meios de comunicação e o eventual resultado produzido pelo julgamento dessas demandas constitucionais. A eficácia seria, na origem, esvaziada.

Nos EUA, a medida fora clandestina, mas, por ora, no Brasil, os instrumentos de persecução buscam uma reserva de jurisdição da Suprema Corte para tal inserção, como forma de captar comunicações telemáticas em tempo real, como o recurso que se tornou do conhecimento do povo norte-americano com o escândalo de 1994.

Sidi explica que, com mecanismos como esse, o FBI implementou seu sistema mais ortodoxo de monitoramento, o *Digital Collection System Network* (DCSNet), extremamente infiltrado nos sistemas das companhias telefônicas, com potencial para interceptar linhas de telefone fixa, celular, SMS e rádios *push-to-talk*, bem como captar, filtrar e armazenar números, ligações e mensagens de texto. Além disso, o sistema fornece a localização aproximada do alvo em tempo real, por meio de informações das torres de telefonia celular, e desvia o fluxo da interceptação para vans de interceptação, conhecidas como *mobile surveillance vans*, funções estas que não destoam do sistema guardião adotado no Brasil.²⁴¹

Padrão comenta que, na operação denominada Hashtag, em que pese a ausência de divulgação quantos aos instrumentos digitais e probatórios utilizados para a investigação criminal em tela, outros meios de obtenção da evidência tecnológica foram utilizados e se revelaram como instrumentos idôneos e substitutivos da flexibilização criptográfica.²⁴²

Na primeira fase dessa persecução, 12 pessoas foram custodiadas preventivamente por, supostamente, integrarem uma célula terrorista no Brasil,

²⁴¹ SIDI, Ricardo. **A interceptação das comunicações telemáticas no processo penal**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

²⁴² PADRÃO, Márcio. Operação Hashtag: como a PF conseguiu conversas de suspeitos pelo Telegram? **UOL Notícias**, São Paulo, 23 set. 2016. Disponível em: <<https://tecnologia.uol.com.br/noticias/redacao/2016/09/23/operacao-hashtag-veja-como-conversas-de-acusados-no-facebook-foram-obtidas.htm>>. Acesso em: 24 out. 2017.

persecução que se inaugurou com a colaboração de empresas e aplicativos como Facebook, Instagram, Telegram e Twitter, como revelou o juiz competente.

Tal colaboração não se constituiu pela quebra de criptografia ou por propiciar o acesso ao conteúdo de comunicações privadas. As informações quanto aos dados acessórios – como a criação de conta suspeita, a concessão de conversas ministradas em grupos e o agente infiltrado –, foram o toque de contribuição da rede. Ademais, também foi aplicada a Lei n. 12.850, de 02 de agosto de 2013²⁴³ – com meios atuais de busca, como a infiltração policial na organização criminosa –, mas a chave não fora entregue, porque os aplicativos não a possuem, e a tão pleiteada porta lateral continua fechada.

Diferentemente da justificativa entregue, de maneira contumaz, pelos EUA, o caso *Hasthag* – sem invasão do mérito da pretensão acusatória e a idoneidade de sua recepção condenatória na hipótese em comento –, demonstrou que outros instrumentos podem ser efetivos no combate ao terrorismo e monitoramento da cibecriminalidade organizada.

A utilização dos recursos tecnológicos não pode ter inspiração numa gênese inquisitória, transformando os meios ocultos de investigação numa nova rainha probatória, agora mediante uma confissão extraída pelos meios digitais, violadores do mais amplo direito ao silêncio, tortura eletrônica assemelhada aos métodos inquisidores extraídos do seu mais famoso manual.

O reducionismo telemático perseguido com o bloqueio de aplicativos – meio coercitivo para a efetivação da fonte oculta de obtenção do conteúdo do WhatsApp, por exemplo –, trilha o caminho mais fácil, fazendo com que o processo penal esteja equiparado à celeridade na obtenção do visual, algo extremamente banal na sociedade de rede. A metodologia para obtenção do suporte probatório a trilhar o caminho até o convencimento do juiz deve ser epistêmica, pautada em orientações legais e sem trapaças.

Há outros caminhos. Os rádios *push-to-talk*, ofertados pela empresa Nextel, podem ter o conteúdo interceptado, como restou comprovado pela empresa em tela. Ademais, mesmo a notória dificuldade de se monitorar integralmente as

²⁴³ BRASIL. Lei n. 12.850, de 02 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei n. 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, DF, 05 ago. 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em: 24 out. 2017.

comunicações, pode ser quebrada por métodos de interceptação capazes de capturar a multiplicidade de canais telemáticos para comunicações, como e-mail, Skype, Telegram, Whatsapp ou BBM de seu telefone móvel ligado à rede *Wireless Fidelity* (Wi-Fi).

Para lidar com a criptografia forte, diante da dificuldade de se obter a colaboração de cada um dos aplicativos, também é possível a interceptação de todo o fluxo da Internet, associada a um procedimento chamado busca virtual. Um meio investigatório que guarda semelhança com o Big Data – relação entre dados diversos veiculados nas redes sociais ou “[...] transmitidos de máquina a máquina”, com a coleta de uma “[...] grande variedade de fontes [...]”–, permitindo a interrelação entre conteúdo de sujeitos distintos, inclusive, como afirma a SAS.²⁴⁴

O MPF desprezou esse grande volume de dados ao ser questionado sobre essa via no STF, agindo com um déspota que considerava despreciando outras fontes de prova em comparação com a confissão.

Com o procedimento, segundo Sidi, é desviada a rota de cada *byte* de informação enviado e recebido por meio do cabo de alimentação de Internet de uma determinada empresa. De fato, pelo link do provedor passará 100% do que o usuário transporta, “[...] seja através de seus computadores desktop, seja através dos roteadores WIFI, excetuando-se, naturalmente o que transitar pelos serviços de dados das operadoras móveis (3G ou 4G), que não usem a Rede WIFI.”²⁴⁵

O órgão de investigação receberá uma reprodução dos dados trocados por aquele usuário com o mundo exógeno, realizando um segundo rito de arrecadação. Nesse material captado, será isolada a senha digitada e a conta criada pelo usuário nos mais diversos servidores. Assim, torna-se desnecessária a criação da porta dos fundos.

A investigação da criminalidade atrelada às novas tecnologias exige – por parte das autoridades policiais e do MP, em hipóteses delituosas de gravidade em abstrato –, o recurso às listagens de chamadas ou comunicações emitidas ou recebidas a partir de determinado terminal, considerando-se as comunicações integralmente telefônicas ou telemáticas.

²⁴⁴ SAS. **Big Data**: o que é e por que é importante? [São Paulo], [20--]. Disponível em: <https://www.sas.com/pt_br/insights/big-data/what-is-big-data.html>. Acesso em: 24 out. 2017.

²⁴⁵ SIDI, Ricardo. **A interceptação das comunicações telemáticas no processo penal**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. p. 94.

Rodrigues traça uma impressão digital do cibernauta por meio da listagem das chamadas, do tempo e do momento da comunicação e da identificação do terminal, o que propicia formar um perfil psicológico ou *profilings* dos utilizadores. Assim, o autor cita que os dados externos das comunicações eletrônicas têm sido utilizados para fins investigatórios da criminalidade informático-digital, no contexto de lesões a bens jurídicos pessoais ou coletivos. Todavia, o autor adverte que:

[...] o uso desses dados pode ser levado a cabo de forma associada à ingerência no segredo dos conteúdos das comunicações telefônicas e eletrônicas ou, diferentemente, de forma autónoma, sem que se aceda aos denominados dados de conteúdo.²⁴⁶

Nesse prisma, Rodrigues salienta que os elementos exógenos podem ser coletados ainda quando a comunicação já tenha cessado, desde que o intervalo temporal não seja acentuado. Contrariamente, a coleta de dados de conteúdo telemático só poderá ser levada a cabo com a interceptação da comunicação, “em tempo real, mediante a sua monitorização, com auxílio de uma operação técnica que permita recolher, gravar ou registrar o fluxo informacional e comunicacional digital sem atrapalhar a relação intercomunicativa”, entre emissor e receptor.²⁴⁷

O caput do art. 15 da Lei 12.850/2013 – que trata dos métodos de investigação no combate às organizações criminosas –, prevê a possibilidade de a autoridade policial e o MP requisitarem dados de qualificação pessoal, filiação e endereço às empresas de telefonia e provedores de Internet.²⁴⁸

Entretanto, sem reserva de jurisdição, não há como ser coletada a “impressão digital” do eventual investigado, tais como o IP, o histórico de acessos eletrônicos daquele dispositivo e as ligações realizadas. A ordem do juiz deve existir e ser materialmente fundamentada.

A necessidade da cláusula de jurisdição ressurgiu, mesmo que seja possível a captação dos dados externos de maneira independente do conteúdo travado, essencialmente, quando, mediante trapaça inquisitorial, também surge a

²⁴⁶ RODRIGUES, Benjamim Silva. **A monitorização dos fluxos informacionais e comunicacionais**: contributo para a superação do “paradigma da ponderação constitucional e legalmente codificado” em matéria de escutas telefônicas. Coimbra: Coimbra, 2009a. v. 1. p. 88.

²⁴⁷ RODRIGUES, Benjamim Silva. **A monitorização dos fluxos informacionais e comunicacionais**: contributo para a superação do “paradigma da ponderação constitucional e legalmente codificado” em matéria de escutas telefônicas. Coimbra: Coimbra, 2009a. v. 1. p. 88.

²⁴⁸ BRASIL. Lei n. 12.850, de 02 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei n. 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, DF, 05 ago. 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em: 24 out. 2017.

possibilidade de ser rompida a tênue fronteira entre a cognição dos dados de tráfego e de conteúdo.

Com razão, em transplante, Rodrigues afirma que “a evolução tecnológica e o nivelamento das tecnologias da informação e comunicação, numa inadiável convergência digital, vieram precipitar o cada vez maior armazenamento de dados por meio de procedimentos electrónicos”, com ou sem autorização do titular dessas informações.²⁴⁹ Lainz evidencia mais do que o reducionista trinômio:

[...] comunicadores-tempo-duração, propiciando por intermédio de qualquer terminal aceder a tais informações. Por isso, atenta para indispensabilidade de uma abordagem constitucional, na esteira de um *tout court*, direito à autodeterminação informativa. Define dados de tráfego como os elementos acessórios ou externos das telecomunicações que permitem a identificação da origem, destino, momento e duração, mas jamais do conteúdo trafegado. Diz que a vertigem tecnológica e o sucesso das Técnicas de Investigação Digital originou um surto de criminalidade específica que, aproveitando a transmutação da realidade em *bits*, se tornou anônima, automática e remota. É o ciber delinquente seguido por uma ciber polícia, capaz de deixar um ciberrastro.²⁵⁰

Em seu art. 1º, alínea d, a Convenção de Budapeste conceitua os dados de tráfego como sendo:

[...] todos os dados informáticos relacionados com uma comunicação efectuada por meio de um sistema informático, gerados por este sistema como elemento de uma cadeia de comunicação, indicando a origem da comunicação, o destino, o trajecto, a hora, a data, o tamanho, a duração ou o tipo do serviço subjacente.²⁵¹

Não por acaso, mas por conta desse ciberespaço e em nome dessa aglutinação digital, a Diretiva 2002/58 do Conselho da União Europeia (CE) não diferenciou as comunicações telefônicas das eletrônicas, nomeando essa junção com o título da última.²⁵²

O mesmo ocorreu em Portugal quando, por meio da Lei n. 41/2004, de 18 de agosto, definiu comunicação eletrônica como “[...] qualquer informação trocada ou

²⁴⁹ RODRIGUES, Benjamim Silva. **A monitorização dos fluxos informacionais e comunicacionais**: contributo para a superação do “paradigma da ponderação constitucional e legalmente codificado” em matéria de escutas telefônicas. Coimbra: Coimbra, 2009a. v. 1. p. 88.

²⁵⁰ LAINZ, 2003 apud RODRIGUES, Benjamim Silva. **A monitorização dos fluxos informacionais e comunicacionais**: contributo para a superação do “paradigma da ponderação constitucional e legalmente codificado” em matéria de escutas telefônicas. Coimbra: Coimbra, 2009a. v. 1. p. 90, grifo do autor.

²⁵¹ CONSELHO DA EUROPA. **Convenção sobre o cibercrime**. Budapeste, 23 nov. 2001. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/normas-e-legislacao/legislacao/legislacoes-pertinentes-do-brasil/docs_legislacao/convencao_cibercrime.pdf?>. Acesso em: 24 out. 2017. p. 3.

²⁵² PARLAMENTO EUROPEU; CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. Directiva 2002/58/CE, de 12 de julho de 2002. Relativa ao tratamento de dados pessoais e à protecção da privacidade no sector das comunicações electrónicas (Directiva relativa à privacidade e às comunicações electrónicas). **Jornal Oficial**, [Bruxelas], n. L 201, p. 37-47, 31 jul. 2002. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32002L0058>>. Acesso em: 24 out. 2017.

enviada entre um número finito de partes mediante a utilização de um serviço de comunicações electrónicas acessível ao público [...].”²⁵³

Mas, hodiernamente, não se nega a importância dos dados de tráfego e das demais informações externas para a investigação criminal, pois a unificação eletrónico-digital proporciona a posição probatória nessa “sociedade tecnocomunicacional”. Se a verdade possível no processo penal é aquela epistemologicamente obtida, mediante atenção aos direitos fundamentais, aparece como uma porta da frente, uma alternativa empiricamente viável frente ao desejo acusatório de inserção dos *backdoors*.

Rodrigues ressalta que a devassa das comunicações pode resultar numa não comunicação, pois, quanto às comunicações privadas, é fundamental que elas ocorram em segredo, quando os intervenientes assim o desejarem, tornando qualquer entrave ao fluxo de comunicação uma lesão ao direito à inviabilidade do sigilo e aos preceitos incorporados ao Marco Civil da rede.²⁵⁴

Em idêntico raciocínio, a gravação ambiental, telefônica e telemática são meios de investigação que vêm sendo frequentemente utilizados nas operações criminais de grande monta, com a chancela do STF quanto à sua viabilidade, em especial quando outro direito fundamental não for violado (além da não-autoincriminação, claro), inclusive sem necessidade de reserva jurisdicional fundamentada, “[...] desde que não haja causa legal específica de sigilo nem reserva de conversação.”²⁵⁵

Como já estiveram, tais gravações poderão ser atreladas à ação controlada dos prepostos de polícia, um retardamento da ação policial capaz de construir novas fontes de prova no futuro, sempre com autorização prévia ou crivo judicial, na esteira

²⁵³ PORTUGAL. Lei n. 41/2004, de 18 de agosto. Transpõe para a ordem jurídica nacional a Directiva n. 2002/58/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Julho, relativa ao tratamento de dados pessoais e à protecção da privacidade no sector das comunicações electrónicas. **Diário da República**, Lisboa, n. 194, p. 5241-5245, 18 ago. 2004. Disponível em: <<https://dre.pt/application/dir/pdf1s/2004/08/194A00/52415245.pdf>>. Acesso em: 24 out. 2017. p. 5241.

²⁵⁴ RODRIGUES, Benjamim Silva. **A monitorização dos fluxos informacionais e comunicacionais**: contributo para a superação do “paradigma da ponderação constitucional e legalmente codificado” em matéria de escutas telefônicas. Coimbra: Coimbra, 2009a. v. 1. p. 88.

²⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Habeas Corpus n. 91613**. Paciente: Vicente de Paulo Loffi. Impetrante: Érico Andrade. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 15 maio 2012a. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC+91613%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/hlsbl4t>>. Acesso em: 24 out. 2017.

dos permissivos já existentes nas Leis n. 11.343, de 23 de agosto de 2006 e 12.850/2013, em seus arts. 53º e 8º, respectivamente.²⁵⁶

Na comunicação entre dois indivíduos, transmite-se um conteúdo intelectual, sendo que o mérito da comunicação pode ser um áudio, um texto, uma imagem ou um arquivo. Mas, junto com o teor prevalente da mensagem, o processo comunicativo gera outras tantas informações pertinentes à identificação dos sujeitos, como o horário de envio da mensagem, a localização dos interlocutores por meio das ERBs utilizadas durante a chamada, a quantidade de *bytes*, o volume do áudio, a duração do diálogo, os IPs utilizados pelos interlocutores e o custo da comunicação. Estes são os dados de tráfego – ou dados externos ao elemento comunicativo –, que também possuem relevância temática para uma determinada comunicação.

Ao decidirem pelo bloqueio de aplicativos, o que os juízes de primeiro grau, MP e PF buscam é uma imposição a sistemas tão seguros de acordo com sua conveniência, mas, diferentemente da Química, os códigos rígidos não podem ser controlados como a redução de ingredientes de uma bomba para se evitar uma explosão.

Para Diego de Freitas Aranha, a troca de chave pública propiciaria que um terceiro possuidor pudesse interferir no canal de comunicação, alterando os dados de conteúdo, o que pode flexibilizar a evidência para efeito probatório. “Mergulharíamos num mar de insegurança tecnológica, com implicação de sistemas mais inseguros. A Internet já é insegura suficientemente.”²⁵⁷

Existem outros meios, como a possibilidade de definição e previsão legal rígida quanto à apreensão de compartimentos físicos para coleta e cópia dos dados acessórios e do conteúdo digital, como será observado na próxima seção.

²⁵⁶ BRASIL. Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, DF, 24 ago. 2006b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11343.htm>. Acesso em: 24 out. 2017.

BRASIL. Lei n. 12.850, de 02 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei n. 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, DF, 05 ago. 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/12850.htm>. Acesso em: 24 out. 2017.

²⁵⁷ TV JUSTIÇA. Audiência pública: bloqueio judicial do WhatsApp e Marco Civil da Internet (1/4). **Youtube**, [S.l.], 05 jun. 2017a. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=3TNsQCNI000&feature=youtu.be>>. Acesso em: 24 out. 2017.

No bojo da operação Patmos, a PF apreendeu cinco dispositivos eletrônicos em posse do Senador Aécio Neves, sendo “[...] três celulares, um tablet e um computador.” Um laudo elaborado com as informações dos dispositivos teria comprovado “[...] 46 ligações via Whatsapp [...]” destinadas ao Ministro Gilmar Mendes, então relator de quatro inquéritos em que o Senador figura como investigado, como afirmam Garcia e Almeida.²⁵⁸

O relatório da PF esclareceu que “[...] assim como em ligações normais, via operadoras telefônicas, as realizadas por intermédio do aplicativo citado não ficam gravadas no aparelho utilizado, a não ser no caso de mensagens escritas ou de áudio [...]”²⁵⁹ Nesse prisma, os dados de tráfego coletados por meio da busca e apreensão tiveram o condão apenas de demonstrar a frequência do contato travado entre os supostos interlocutores.

Uma eventual versão sabotada, com uma falha artificial e proposital, espalharia a sabotagem para todos os andares sociais, pois os sistemas complexos não coexistem no vácuo, produzindo riscos para outros ambientes. Como num efeito cascata, a título de exemplo, sequer os Ministros dos Tribunais Superiores estariam seguros em suas comunicações, como a história já demonstrou que, absolutamente, não estão.²⁶⁰

Diego de Freitas Aranha destaca que uma alternativa acusatória (infantil) mais “sutil” seria regredir digitalmente, com a implementação de um limite de senhas, com o máximo de quatro caracteres, por exemplo, com a preservação de técnicas investigatórias obsoletas, alimentando o mercado de insegurança tecnológica. É de se notar que seriam produtos não-efetivamente seguros no atendimento aos interesses punitivos, além de serem extremamente inseguros para as relações sociais e os direitos fundamentais. Aranha explica que a solução persecutória busca incentivar outros métodos de investigação, como a busca e apreensão de

²⁵⁸ GARCIA, Daniela; ALMEIDA, Paula. Relatório da PF indica 46 ligações por Whatsapp entre Aécio e Gilmar entre fevereiro e maio. **UOL Notícias**, São Paulo, 19 out. 2017. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2017/10/19/relatorio-da-pf-diz-que-aecio-e-gilmar-mendes-fizeram-38-ligacoes-por-whastapp-em-dois-meses.htm>>. Acesso em: 20 out. 2017.

²⁵⁹ GARCIA, Daniela; ALMEIDA, Paula. Relatório da PF indica 46 ligações por Whatsapp entre Aécio e Gilmar entre fevereiro e maio. **UOL Notícias**, São Paulo, 19 out. 2017. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2017/10/19/relatorio-da-pf-diz-que-aecio-e-gilmar-mendes-fizeram-38-ligacoes-por-whastapp-em-dois-meses.htm>>. Acesso em: 20 out. 2017.

²⁶⁰ RAMALHO, Renan. STF encontra escuta no gabinete de Luís Roberto Barroso: aparelho estava desativado e passa por análise da equipe de segurança. Ministro foi relator de ação que tratava do rito do impeachment de Dilma. **G1**, Brasília, DF, 17 maio 2016. Acesso em: 02 out. 2017.

equipamentos eletrônicos nas pontas, bem como a aplicação de técnicas forenses para a extração de conteúdo e a infiltração de agentes em grupos criminosos.²⁶¹

Nessa senda, o art. 22 da Lei 12.965/2014 prescreve que:

A parte interessada poderá, com o propósito de formar conjunto probatório em processo judicial cível ou penal, em caráter incidental ou autônomo, requerer ao juiz que ordene ao responsável pela guarda o fornecimento de registros de conexão ou de registros de acesso a aplicações de internet. [desde que se tenham] fundados indícios da ocorrência do ilícito [...].²⁶²

Tratam-se, portanto, de alternativas probatórias que podem ser capturadas do provedor ou objeto de ascensão no próprio hospedeiro eletrônico. Para Renato Segundo, vive-se num mundo em que a percepção de compreensão avança menos do que a tecnologia. O elemento cerne do Marco Civil é a educação digital, em qualquer tipo de aplicação. Mas, atualmente, tem-se a necessidade de que esse educar digital esteja em todos os setores, sendo que o acompanhamento social nessa evolução é difícil. Não há imaginação socio-tecnológica.²⁶³ E indaga:

Se os controladores dos aplicativos rígidos, com forte criptografia, ao invés de se sujeitarem a bloqueios judiciais, desobediência à ordem judicial, resolvessem cessar suas atividades no Brasil, se a discussão fosse essa, quais seriam os danos à sociedade, pelo não-uso da tecnologia?²⁶⁴

Dessa forma, busca-se o equilíbrio, a liberdade e a privacidade na utilização da Internet no processo natural de evolução do legislativo, mas não se pode privilegiar um decisionismo em afastamento aos pilares do Marco.

Em tempos de valor probatório ao recibo de leitura nos aplicativos de conversação instantânea, resta evidenciado que outros caminhos podem ser percorridos e se a sociedade realmente está preparada para o que está por vir.²⁶⁵

²⁶¹ TV JUSTIÇA. Audiência pública: bloqueio judicial do WhatsApp e Marco Civil da Internet (1/4). **Youtube**, [S.l.], 05 jun. 2017a. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=3TNsQCNI000&feature=youtu.be>>. Acesso em: 24 out. 2017.

²⁶² BRASIL. Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, DF, 24 abr. 2014a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 24 out. 2017.

²⁶³ TV JUSTIÇA. Audiência pública: bloqueio judicial do WhatsApp e Marco Civil da Internet (1/4). **Youtube**, [S.l.], 05 jun. 2017a. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=3TNsQCNI000&feature=youtu.be>>. Acesso em: 24 out. 2017.

²⁶⁴ TV JUSTIÇA. Audiência pública: bloqueio judicial do WhatsApp e Marco Civil da Internet (1/4). **Youtube**, [S.l.], 05 jun. 2017a. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=3TNsQCNI000&feature=youtu.be>>. Acesso em: 24 out. 2017.

²⁶⁵ MELO, Diego. Justiça Federal de São Paulo regulamenta envio de intimações pelo WhatsApp. **Milare Advogados**, São Paulo, 22 dez. 2016. Disponível em: <<http://www.milare.adv.br/pt/noticias/550-justica-federal-de-sao-paulo-regulamenta-envio-de-intimacoes-pelo-whatsapp>>. Acesso em: 24 out. 2017.

Kleina (2016) comenta que a Apple acusou o FBI de ter modificado a senha de acesso ao aparelho, quando houve necessidade de acessar o conteúdo do smartphone, sob o argumento de que o aparelho iria se autoformatar. A empresa ainda alegou que um preposto do órgão de investigação modificou a senha do aparelho depois que este fora recuperado:

Se isso não tivesse acontecido, o backup automático de informações que o governo precisa provavelmente teria sido feito no iCloud [...] A Apple ainda alegou que está desde janeiro de 2016 conversando com o governo sobre como ajudar em investigações sem o uso de um backdoor. Um dos métodos possíveis para recuperar dados de um iPhone apreendido é fazer ele logar novamente em uma rede de WiFi conhecida, como a casa do suspeito em questão.²⁶⁶

No Brasil, por ora, o maior risco é se continuar formatando os direitos fundamentais e o controle epistemológico dos meios de investigação perseguidos pelas autoridades. Essa projeção tecnológica não tem retorno, atualmente, 50% das atividades poderiam ser substituídas por robôs, em 2025, a comunicação pode ser travada exclusivamente por eles. Sendo assim, a educação digital se torna imprescindível nessa engrenagem.

Importa frisar que não há como interceptar, com criptografia ativada, uma arquitetura em segurança de informação, uma evolução, não há como ter acesso ao conteúdo em tempo razoável, com tentativa e erro, pelo método da força bruta, pois levaria bilhões de anos para decifração. Assim, não seria possível efetivar um espelhamento ou desabilitar a chave – para um usuário específico –, sem deteriorar a funcionalidade do sistema, ocorrendo complexas alterações que retirariam a segurança do produto.

Fábio Maia explica que, sob a perspectiva de engenharia de sistema, o *backdoor* seria uma má prática de segurança, como contornar sistema, impor uma chave para ligar ou desligar, ou mesmo espelhar, por meio de uma chave mestra, tornaria esse repositório como um alvo valioso, sendo que esse mecanismo não ficaria seguro e, com algo remoto, não há como garantir tal sigilidade.²⁶⁷

Marco Antônio Simplício Junior entende que é razoável tomar medidas eficazes e ter equilíbrio, mantendo incólumes os preceitos constitucionais. Afirma que o protocolo infiel não é usado pelo WhatsApp, ou seja, não há porta do fundo no

²⁶⁶ KLEINA, Nilton. FBI muda senha de iPhone de terrorista e perde recuperação de backups. **Tecmundo**, [S.l.], 20 fev. 2016. Disponível em: <<https://www.tecmundo.com.br/apple/100915-fbi-muda-senha-iphone-terrorista-perde-recuperacao-de-backups.htm>>. Acesso em: 24 out. 2010.

²⁶⁷ TV JUSTIÇA. Audiência pública: bloqueio judicial do WhatsApp e Marco Civil da Internet (2/4). **Youtube**, [S.l.], 05 jun. 2017b. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=qN9w_BuKfCA&feature=youtu.be>. Acesso em: 24 out. 2017.

aplicativo, conforme análise da comunidade científica. “Precisamos evoluir com a tecnologia, e não investir em técnicas de hackers.”²⁶⁸

O ataque *man in the middle* para a interceptação de mensagens futuras – mediante a efetivação de uma chave falsa e da troca de cadeados –, além de relativizar as disposições constitucionais e convencionais, também não teria eficácia. A segurança de aplicativos como WhatsApp gera uma chave única de encriptação para cada mensagem, sendo que uma chave diferente é utilizada para a segurança futura. Trata-se de uma chave por mensagem, não servindo para decifrar mensagens anteriores, o que torna impossível a busca nas nuvens. A segurança é pra frente, sendo impossível sua utilização para decifrar mensagens anteriores, não deixando aparelhos dos usuários, não passando pelos servidores, pois as chaves públicas é que ficam no servidor.

Simplício Junior destaca que, em outras situações, informações sensíveis já foram vazadas, a exemplo da praga digital que contaminou a NSA, sendo que os maiores especialistas de segurança do mundo não foram capazes de manter sua segurança, pois a invasão que se lastreou foi a partir de uma ferramenta desenvolvida pela própria NSA (TV JUSTIÇA, 2017b).²⁶⁹

Se for abraçada a posição ministerial pela “democratização” das chaves dos aplicativos, outras ferramentas serão criadas, com aplicativos efetivamente seguros, e a migração dos criminosos para outro ciberespaço ocorreria. Comprometer-se-ia a segurança para as evidências, mas estas não estariam mais lá pela transferência dos usuários para outros aplicativos.

Além das fontes ortodoxas de prova prescritas no CPP, a tecnologia entrega com outra mão, desenvolvendo outros métodos para análise de dados, como dados brutos e pegadas digitais em interações constantes, com a mineração. Diante da análise de rede, pode-se construir a hierarquia do crime, com indivíduos chaves que são disseminadores de informações e, por meio da inteligência digital, encontram-se picos de atividades relacionados com eventos criminais, em observação de metadados. Por isso, o Marco Civil consigna uma proteção aos metadados, pela possibilidade de acessar uma série de informações com ordem judicial.

²⁶⁸ TV JUSTIÇA. Audiência pública: bloqueio judicial do WhatsApp e Marco Civil da Internet (2/4). **Youtube**, [S.l.], 05 jun. 2017b. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=qN9w_BuKfCA&feature=youtu.be>. Acesso em: 24 out. 2017.

²⁶⁹ TV JUSTIÇA. Audiência pública: bloqueio judicial do WhatsApp e Marco Civil da Internet (2/4). **Youtube**, [S.l.], 05 jun. 2017b. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=qN9w_BuKfCA&feature=youtu.be>. Acesso em: 24 out. 2017.

Ronaldo Lemos²⁷⁰ ressalta que a ação constitucional trata dos limites de interpretação dos arts. 10º e 12º do Marco Civil, sem encontrar amparo legal, pois a Internet tem camada de infraestrutura com cabos e rádio frequência condutora da conexão, sendo que a camada de conteúdo é onde passam as informações e comunicações. A interferência na infraestrutura da rede não é compatível com a Carta Magna e viola a liberdade de comunicação, a personalidade da pena, a livre iniciativa e os compromissos internacionais. A violação ataca o próprio Marco Civil e privilegia uma discricionariedade judicial. Lemos continua afirmando que existem mais de 20 mil juízes de primeira instância que não podem abranger toda a estrutura que compõe o território nacional, sendo teratológica a possibilidade de o juiz determinar a suspensão com efeito para todos os estados da Federação. Com uma chave mestra metafórica, arbitrariamente magistrados determinariam os serviços que seriam passíveis de suspensão.

Ronaldo Lemos demonstra preocupação ao destacar que a possibilidade avançada é conexas com modelos arbitrários, autocráticos, incompatíveis com o ordenamento brasileiro, sendo que esta forma sugerida de controle da Internet seria equiparada a um modelo em que cada juiz teria poder similar ao serviço de liderança de massa da Rússia. Na verdade, para este expositor, a integridade na infraestrutura da Internet no Brasil está imunizada pela CF/88 contra intervenções dessa natureza. O bloqueio sistêmico da Internet é algo que não ocorreria nas estradas, nos portos, pois envolve segurança nacional. Nenhuma entidade pode deter esse poder em um Estado Democrático de Direito, posto que a rede é essencial para o presente e o futuro, como prevê o art. 7º do Marco Civil.²⁷¹

No Brasil, a grande rede de comunicação não se apresenta como unidirecional, isolada do mundo, pois países da região se conectam por meio da fonte digital brasileira, como o desvio para o Panamá, por exemplo. Diante de um bloqueio, essas operadoras podem perpetuar uma nova direção, tornar o desvio perene, como já ocorre com a exclusão da Arábia Saudita, pois as nações

²⁷⁰ Professor Doutor do Instituto de Tecnologia do Rio de Janeiro.

²⁷¹ TV JUSTIÇA. Audiência pública: bloqueio judicial do WhatsApp e Marco Civil da Internet (2/4). **Youtube**, [S.l.], 05 jun. 2017b. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=qN9w_BuKfCA&feature=youtu.be>. Acesso em: 24 out. 2017. BRASIL. Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, DF, 24 abr. 2014a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 24 out. 2017.

perseguem uma maior acesso de rede, o que torna a Internet mais em conta e eficiente, como menciona Ronaldo Lemos.²⁷²

O bloqueio em aplicativos perseguidos pelos órgãos de persecução penal viola o princípio da inimizabilidade da grande rede, pois as ações devem atingir os responsáveis finais e não os transportadores, sendo preciso resguardar a liberdade de expressão e comunicação, pois a livre iniciativa e os inúmeros fatores sociais dependem dessa continuidade. É um mundo em que sequer o processo penal e a política criminal podem ser subtraídos, pois o campo está aberto, resta saber como será utilizado.

No campo civil, o Marco se apresenta como uma lei modelo para o tratamento da Internet. As sanções consagradas nos arts. 10º, 11º e 12º de tal Regra (inspiradas no caso Snowden) não são para proibir serviços, mas para propiciar a coleta e o tratamento de dados. As falhas, portanto, situam-se no âmbito criminal.²⁷³

Da mesma forma, o art. 9º do Marco prescreve a inimizabilidade da rede que, por motivos óbvios, não tem potencial conhecimento de eventual ilicitude do conteúdo transportado, o que também fora consagrado no art. 13º da CIDH. Em tempos como esse, o apreço pelo Direito Convencional deve ser exponencial.

Atualmente, com a revelação do caso *Snowden*, restou demonstrado que todos estão sob vigilância, salvo se houver uma criptografia ponta a ponta, sendo que as relações entre Ministros dos Tribunais Superiores e seus assessores, advogados e clientes e relações institucionais não possuem cadeado senão por esse caminho criptográfico forte.

Nessa seara, um termo muito utilizado é o *man in the middle*, que se constitui em técnicas de hackeamento para enganar o usuário. O Estado não deve usar meios como este por ser antiético, sendo que as portas laterais atingem a integridade da rede e ofendem os preceitos da sigilidade e liberdade de comunicação digital. Aplicativos espúrios podem ser bloqueados, mas não os que não estão voltados para atividades lícitas. É possível o acesso a informações na nuvem, de forma remota ou presencialmente, mediante a apreensão, bem como

²⁷² TV JUSTIÇA. Audiência pública: bloqueio judicial do WhatsApp e Marco Civil da Internet (2/4). **Youtube**, [S.l.], 05 jun. 2017b. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=qN9w_BuKfCA&feature=youtu.be>. Acesso em: 24 out. 2017.

²⁷³ BRASIL. Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, DF, 24 abr. 2014a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 24 out. 2017.

incutir vulnerabilidade no terminal, autorizado pelo Poder Judiciário. Sendo assim o bloqueio do aplicativo WhatsApp deve ser a *ultima ratio* e considerando-se a razoabilidade, mas Max Emiliano Salvatori²⁷⁴ considera legal e até mesmo constitucional tal possibilidade.²⁷⁵

A discussão quanto à indispensabilidade de colaboração dos aplicativos de conversação instantânea com os órgãos de persecução penal constrói a indagação quanto à possibilidade de o ser humano criar problemas que não pode resolver, podendo-se questionar se o “conhecimento quanto basta” ou se há limite para a criação tecnológica.²⁷⁶

Entende-se que o devir tecnológico não possui barreiras, posto que a interceptação telemática seria possível mesmo em comunicações ponta a ponta, mas, como numa espiral, a inserção de chaves laterais – porta dos fundos –, flexibilizaria a segurança digital, exigindo a criação de aplicativos seguros para esse novo mecanismo. Não se trata, portanto, de um caminho a ser seguido, mas isso por um lado.

Por outro lado, caminhos diversos não foram percorridos, mas sim escolhidos. A banalização dos recursos ocultos de investigação, *inaudita altera pars*, transforma o tabuleiro e provoca uma “dança das cadeiras”, um segredo espúrio na guerra processual a se iniciar. Recursos tecnológicos criados para proteger os direitos fundamentais contra cibecriminosos são flexibilizados pelo próprio Estado (acusação), por aquele que criou normas para protegê-los.

A política criminal – inclusive a processual –, continua complexa, mas os meios encontrados para parar a criminalidade globalizada e organizada são simplificados, como um *Enter* capaz de cessar a comunicação, bloqueando não apenas os aplicativos, mas os avanços de uma Era eletrônica que deve continuar progredindo em harmonia com os direitos dos cidadãos.

A ação constitucional em tela – sua materialização em audiência pública, a intervenção exógeno-social na Suprema Corte, as inúmeras questões jurídicas e tecnológicas erguidas e, essencialmente, a posição dos órgãos de persecução penal

²⁷⁴ Membro da Secretaria de Política e de Informática (Estratégia Digital) e Coordena o Comitê Gestor da Internet.

²⁷⁵ TV JUSTIÇA. Audiência pública: bloqueio judicial do WhatsApp e Marco Civil da Internet (2/4). **Youtube**, [S.l.], 05 jun. 2017b. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=qN9w_BuKfCA&feature=youtu.be>. Acesso em: 24 out. 2017.

²⁷⁶ TV JUSTIÇA. Audiência pública: bloqueio judicial do WhatsApp e Marco Civil da Internet (2/4). **Youtube**, [S.l.], 05 jun. 2017b. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=qN9w_BuKfCA&feature=youtu.be>. Acesso em: 24 out. 2017.

que, geneticamente, deveriam tutelar o preceito da legalidade –, constroem um questionamento se os meios ocultos constituem o único método de coleta da evidência procedimental, de uma verdade empiricamente recolhida.

Parafraseando Prado, indagam-se quais os outros meios que eles perseguiram, se percorreram outros caminhos e se existia luz processual nessa trilha. Assim, a única ponte está erguida sob as sombras.

Esse raciocínio deriva do fato de que, nos campos dos métodos ocultos de investigação, as inovações tecnológicas introduzidas parecem capazes de realizar os objetivos perseguidos pela filosofia da consciência: assegurar o acesso da realidade como objeto autônomo de conhecimento, totalmente desvinculado do sujeito. algo como ter acesso << à verdade como ela é>>, << verdade real>> ou ao <<fato puro>>.²⁷⁷

Os defensores da subordinação da tecnologia ao deleite da persecução penal são equivalentes a máquinas processuais produtoras ou desejanças, máquinas esquizofrênicas, como afirmam Deleuze e Guattari.²⁷⁸ O desejo os faz correr atrás da atividade probatória pautada por preceitos constitucionais e convencionais. Assim, não há dúvida que cada máquina (Ministerial) interpreta o mundo inteiro a partir do seu próprio fluxo, a partir da energia que dela flui: o olho interpreta tudo em termos de ver, e a visão de processo deles é esquizofrênica, os esquizofrênicos procedimentais.

3.5 INTERCEPTAÇÃO TELEMÁTICA OU BUSCA E APREENSÃO DIGITAL: PREMISSAS TÉCNICAS DE UMA DISTINÇÃO

Sidi define a interceptação como a aquisição auricular ou de outra natureza sobre o conteúdo de qualquer comunicação, seja pela *wire*, oral ou *eletronic*, por meio do uso de qualquer dispositivo eletrônico, mecânico ou de outra natureza. No entanto, o autor afirma que a jurisprudência americana exige mais para a definição de interceptação, considerando a interceptação como sendo a captação de uma comunicação contemporânea, ou seja, que esteja ocorrendo no momento em que for captada.²⁷⁹

²⁷⁷ PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistemas de controles epistêmicos**: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014b. p. 67.

²⁷⁸ DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Félix. **O anti-édipo**: capitalismo e esquizofrenia 1. Lisboa: Assírio e Alvim, 2004. Disponível em: <https://ayrtonbecalle.files.wordpress.com/2015/07/deleuze-g_-guattari-f-o-anti-c3a9dipo-capitalismo-e-esquizofrenia-vol-3.pdf>. Acesso em: 24 out. 2017.

²⁷⁹ SIDI, Ricardo. **A interceptação das comunicações telemáticas no processo penal**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

Assim foi decidido no caso *United States vs Jones*, em que a *United States District Court For The District of Columbia* afirmou que o regime legal existente em torno das interceptações é aplicável à aquisição de comunicações no momento em que elas são encaminhadas, e não como naquele caso concreto (apreensão de mensagens de texto) no qual há apreensão de tais comunicações quando elas residam em arquivo eletrônico mantido por terceiros, como explica Sidi.²⁸⁰

O autor explica que, nos EUA, o acesso a um conteúdo comunicativo que esteja armazenado ou perenizado num banco de dados não é considerado interceptação e está regulado em normas distintas, instituídas pelo chamado *stored communications act*. O acesso às chamadas *stored communications* depende de um mandado judicial que pode ser expedido muito mais facilmente do que uma autorização para interceptação de comunicações. A obtenção do conteúdo armazenado, conforme exigência legal, depende do quê o órgão responsável pela investigação demonstre ao juiz sobre a relevância daquele conteúdo para uma investigação em andamento, ao passo que, para uma interceptação, as exigências são significativamente maiores.²⁸¹

Há uma menor proteção legal aos conteúdos de comunicações que repousem em banco de dados em comparação às comunicações em andamento. Para que um dado seja considerado *stored communications*, necessita de armazenamento em poder do prestador de serviço de comunicação eletrônica. Sidi explica que, no “caso *Fannie Garcia*, por exemplo, não se admitiu tratar como *stored communications* as mensagens de texto e imagens extraídas de um aparelho de telefone celular por não se tratar de um prestador de serviço de comunicação.”²⁸²

O tema foi bem abordado no caso “*konop v. hawaiian pela United states*, que afirmou que, apesar de as mensagens eletrônicas, entre sua remessa e seu recebimento, serem armazenadas em vários computadores.” Claramente, o Congresso pretendeu dar uma menor proteção aos conteúdos armazenados do que àqueles que estejam em movimento.²⁸³

²⁸⁰ SIDI, Ricardo. **A interceptação das comunicações telemáticas no processo penal**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

²⁸¹ SIDI, Ricardo. **A interceptação das comunicações telemáticas no processo penal**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

²⁸² SIDI, Ricardo. **A interceptação das comunicações telemáticas no processo penal**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

²⁸³ SIDI, Ricardo. **A interceptação das comunicações telemáticas no processo penal**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

No Brasil, a ótica permanece a mesma, à medida que a interceptação telefônica e a aplicabilidade da Lei 9.296/1996 pressupõem a coleta no fluxo, de forma que “a obtenção do conteúdo de conversas e mensagens armazenadas em aparelho de telefone celular ou smartphones não se subordina aos ditames [...]” dessa regra.²⁸⁴

A maioria das decisões pátrias atuais, ao menos em sede de Tribunais Superiores caminha, ainda que em curtos passos, para considerar “os dados armazenados nos aparelhos celulares decorrentes de envio ou recebimento de dados via mensagens SMS, programas ou aplicativos de troca de mensagens” (dentre eles o WhatsApp), e até mesmo o correio eletrônico protegidos pelo já comentado art. 5º, inciso X da CF/88.²⁸⁵

Em 2018, a Europa terá um sistema único de proteção de dados. O Conselho da Europa possui uma Convenção Cibernética singular no mundo, a de Budapeste.²⁸⁶ O questionamento que por ora importa é saber se o Brasil seguiu o exemplo norte-americano e qual tratamento dever ser ministrado para a busca de conteúdos hospedados em suportes físicos.

O correio eletrônico já fora a pedra angular das comunicações eletrônicas, mas, atualmente, cede espaço cibernético às comunicações telemáticas efetivadas por intermédio dos smartphones, sendo aquele primeiro uma parte integrante da engrenagem desses últimos.

Trata-se de serviços de Internet, “com algumas variantes e alterações específicas”, que procedem a comunicações, em tempo real, “com algumas frações de segundos de desfasamento, entre a remissão e recepção. Por intermédio de tais

²⁸⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 77232. Recorrente: Yanka Guerra Torcatto. Recorrido: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Relator: Ministro Felix Fischer. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 16 out. 2017c. Disponível em:

<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=RHC+77232&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR>. Acesso em: 24 out. 2017.

²⁸⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 77232. Recorrente: Yanka Guerra Torcatto. Recorrido: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Relator: Ministro Felix Fischer. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 16 out. 2017c. Disponível em:

<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=RHC+77232&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR>. Acesso em: 24 out. 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 24 out. 2017.

²⁸⁶ CONSELHO DA EUROPA. **Convenção sobre o cibercrime**. Budapeste, 23 nov. 2001. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/normas-e-legislacao/legislacao/legislacoes-pertinentes-do-brasil/docs_legislacao/convencao_cibercrime.pdf?>>. Acesso em: 24 out. 2017.

compartimentos e aplicativos mantem-se um diálogo interativo, com texto, imagem, áudio e envios de arquivos.”

3.6 BUSCA DE DADOS ESTANQUES E A (IN)DISPENSABILIDADE DE RESERVA JURISDICIONAL

Em decisão recente, o STF entendeu pela inidoneidade de condenação que se ampare na força probatória da prisão em flagrante delito, em crimes permanentes, mediante ingresso domiciliar alheio sem reserva de jurisdição.²⁸⁷ De fato, o caráter intangível dos dados informáticos atrai, para sua proteção, a tutela de outras garantias, tais como o sigilo das comunicações, a privacidade e a intimidade. Nessa linha, surge a necessidade de requisitos e pressupostos suplementares à realidade que já fora constatada para a busca ortodoxa.

Uma necessidade que, data vênia, não fora suprida pelo Marco Civil da Internet. Mas, antes, é mister anotar a (in)dispensabilidade de ordem judicial para acessar os dados eletrônicos armazenados em compartimentos. Ainda que se entenda pela inexistência de silogismo entre a coleta de elementos eletrônicos estanques e o inciso XII, art. 5º da CF/88, a cláusula de jurisdição continua necessária diante da inevitável subsunção com o inciso X do mesmo dispositivo, assim como com os direitos da intimidade e privacidade já diferenciados na seção anterior desta pesquisa.²⁸⁸

A contenda doutrinária e jurisprudencial existente não se situa na busca de celulares, *tablets* e computadores apreendidos autonomamente, isolados de qualquer medida prisional anterior. Mas sim, quando a coleta se dá como uma suposta consequência lógica da prisão flagrancial, na esteira de uma pretensa autorização do art. 6º do CPP.

Lopes Jr. e Glockner afirmam que “para apreender deve se proceder com as buscas e, dependendo da situação, será necessário que a autoridade policial solicite

²⁸⁷ REVISTA CONSULTOR JURÍDICO. Busca proibida: ação por tráfico é extinta no STF porque policiais invadiram casa sem mandado. [S.l.], 20 abr. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-abr-20/acao-extinta-porque-policiais-invadiram-casa-mandado>>. Acesso em: 24 out. 2017.

²⁸⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 24 out. 2017.

a correspondente ordem judicial, nos termos do arts. 240 e s. do CPP c/c o art. 5º, XI, da CB.”²⁸⁹

Trata-se, pois, de uma situação jurídico-inquisitorial que demandará ordem judicial. Por mais que se discuta a natureza jurídica dessa fase preliminar, e a obrigatoriedade quanto à incidência de garantias como contraditório e ampla defesa antecipadas à etapa investigatória, existem preceitos inalienáveis que devem ser respeitados, mesmo em um modelo procedimental unilateral e unidirecional.

Especialmente, porque “o flagrante não basta por si só. É necessário que seja devidamente provado no processo, segundo suas regras. Epistemologicamente, como comprovado, porque naquele ato há um excesso contaminador, que presentifica um modo de verdade”, modo este redutor da complexidade do fato a um drama desenvolvido nas delegacias, como demonstram Lopes Jr. e Glockner.²⁹⁰

Os mesmos autores mencionam que a prisão em flagrante traz a concepção de uma visibilidade, uma certeza virtual decorrente da constatação imediata, direta e frontal. A partir das imagens, o sujeito tem a certeza de que o crime fora praticado, surgindo uma premissa quanto à desnecessidade de um processo em contraditório para a discussão daquilo que estaria provado. Partindo-se da premissa de que o flagrante seria a evidência, ainda assim a construção de uma verdade juridicamente possível deve ser perseguida, pois esta necessidade deve-se se desprender do evidente para ser construída. Os autores ressaltam que a verdade e a prova colhida servem para corrigir o caráter alucinógeno da evidência, sendo o processo um instrumento de correção do caráter alucinatório da evidência.²⁹¹

Nesse passo, para Lopes Jr. e Glockner, “o flagrante não basta por si só”, como também não são suficientes os métodos ocultos de investigação daquele decorrentes, pois, ainda que juntos, não são aptos a corrigirem o “caráter alucinatório da imagem gerada pela evidência, senão que se contenta em excitar o afeto e comover.” Em definitivo, “não se pode descurar que a prisão em flagrante, enquanto medida pré-cautelares”, possui natureza administrativa, com sujeição ao crivo do magistrado competente para adquirir uma cautelaridade, mediante a

²⁸⁹ LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 226.

²⁹⁰ LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 322.

²⁹¹ LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

decretação da preventiva, por exemplo, caso não seja relaxada ou concedida liberdade provisória.²⁹²

É de relevo também anotar o quanto mencionado por Jardim, divergindo, mas acenando o posicionamento doutrinário a considerar a prisão em flagrante como uma medida precauteladora. Nesse passo, o autor ressalta que a mesma literatura processual entende como extintos os efeitos jurídicos e fáticos da prisão em flagrante após sua sujeição ao crivo judicial, na audiência de custódia ou na etapa do art. 310 do CPP.²⁹³

Admitir a supressão de ordem judicial aos meios de investigação que demandam tal cláusula – para preservação de direitos fundamentais e da autoridade constitucional, como evidenciado na seção antecedente –, seria inserir uma mácula inquisitória na essência de tais métodos ocultos que não poderia ser sanada, sequer pela imposição de um contraditório diferido na fase da situação jurídico-processual.

Cita-se, por exemplo, um caso de atuação profissional – como advogado –, do autor desta dissertação, em que fora efetivada a prisão em flagrante de seu cliente pela suposta prática do delito capitulado no art. 33º da Lei 11.343/2006. No momento da custódia do flagrado, também foram apreendidos aparelhos telefônicos deste e de sua esposa.²⁹⁴

Diga-se, por oportuno, que apenas durante a fase processual – após a instauração da situação jurídico-processual –, fora objeto de representação o acesso aos dados armazenados em tais compartimentos. Ocorre que o sujeito ativo no ato de representar fora a escrivã da PF e, ainda assim, não houve autorização judicial para elaboração do laudo, que revelou o conteúdo coletado dos hospedeiros eletrônicos no caso em tela.²⁹⁵

²⁹² LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 322.

²⁹³ JARDIM, Afranio Silva. A prisão em flagrante: novos enfoques teóricos. In: PRADO, Geraldo; CHOUKR, Ana Claudia Ferigarto; JAPIASSU, Carlos Eduardo Adriano. (Orgs.). **Processo penal e garantias**: estudos em homenagem ao professor Fauzin Hassan Choukr. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 15-22. p. 20.

BRASIL. Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial [da] União**, Rio de Janeiro, 24 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 24 out. 2017.

²⁹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF) **Habeas Corpus n. 144907**. Paciente: Engri Junior de Almeida Maia. Impetrante: Marcos Ruda Neri Siqueira. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 08 jun. 2017e. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5206225>>. Acesso em: 24 out. 2017.

²⁹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF) **Habeas Corpus n. 144907**. Paciente: Engri Junior de Almeida Maia. Impetrante: Marcos Ruda Neri Siqueira. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF,

Após a realização da audiência de instrução, interrogatório e julgamento, um depoente – agente da PF –, noticiou a existência de tal perícia eletrônica e, sem ordem judicial prévia, a autoridade judiciária determinou o acostamento da prova digital aos autos. Por isso, em decisão monocrática, após as instâncias inferiores legitimarem a fonte de prova, o Relator do caso penal no STF considerou:

[...] relevante o que alegado acerca da falta de ato judicial determinando o afastamento do sigilo dos dados telefônicos do paciente. Segundo consta de cópia do andamento processual juntada ao processo, apesar de requerida a autorização para acesso aos dados em 17 de outubro de 2016, não foi proferida a correspondente decisão judicial, vindo a perícia a ser realizada em 18 de novembro.²⁹⁶

Para que o relatório de captação seja acostado aos autos, a questão relevante é saber se a autorização judicial superveniente tem o condão de legitimar uma quebra de sigilo, administrativamente, sem o crivo jurisdicional. Nesse esteio, o que o art. 7º do Marco Civil da Internet protege é o segredo, pois o conteúdo é que não pode ser descoberto sem o consentimento do sujeito ou a ordem do juiz competente, sendo que a mera chancela superveniente revela que a autorização é tão nula quanto o meio de investigação que a ensejou.²⁹⁷

Não por acaso, em decisão monocrática, o Ministro Marco Aurélio determinou o desentranhamento dessa ciberprova dos autos, fazendo alusão ao recurso extraordinário de sua relatoria, compreendendo, como indispensável, a existência de decisão judicial para relativizar o sigilo das comunicações.²⁹⁸

Ao permitir a coleta dos elementos que interessem à apuração do fato com relevância penal, o art. 6º do CPP – ainda com redação originária e cariz inquisitória

08 jun. 2017e. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5206225>>. Acesso em: 24 out. 2017.

²⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF) **Habeas Corpus n. 144907**. Paciente: Engri Junior de Almeida Maia. Impetrante: Marcos Ruda Neri Siqueira. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 08 jun. 2017e. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5206225>>. Acesso em: 24 out. 2017.

²⁹⁷ BRASIL. Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, DF, 24 abr. 2014a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 24 out. 2017.

²⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF) **Habeas Corpus n. 144907**. Paciente: Engri Junior de Almeida Maia. Impetrante: Marcos Ruda Neri Siqueira. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 08 jun. 2017e. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5206225>>. Acesso em: 24 out. 2017.

–, não poderia prever a implementação tecnológica de medidas investigatórias até então inexistentes.²⁹⁹

Inúmeros são os dispositivos dessa codificação que ainda seguem essa linha de superação e não-recepção pela (nova) ordem constitucional, tais como a permissão de busca e apreensão direta, realizada pelo delegado, sem necessidade de ordem judicial ou diretamente pelo juiz, em diligência frontal, quebrando o pilar acusatório.

O mesmo art. 6º expõe a identificação criminal como medida prevalente e, em que pese, indiretamente, abraçar o direito ao silêncio no interrogatório policial, afasta as outras garantias naquilo que não for “aplicável”.³⁰⁰

Nesse sentido, o sigilo dos dados e das comunicações – ainda que já consumados e armazenados –, que estão no fluxo da intimidade e da vida privada é um direito que não pode ser desprezado, mesmo em uma fase preliminar capaz de produzir apenas atos de investigação que precisam ser repetidos na fase judicial para se tornarem atos de prova.

Os atos de prova estão dirigidos a convencer o juiz da verdade de uma afirmação, estão a serviço do processo e “integram o processo penal”, para formação de uma certeza – tutela de segurança –, com estrita observância da publicidade, contradição e imediação. Já os atos investigatórios – *obter dicta* –, “[...] não se referem a uma afirmação, mas a uma hipótese.” Podem ser praticados pelo MP e pela Polícia Judiciária, servindo apenas para a construção de um lastro indiciário mínimo para formar a opinião do titular da ação penal, sem formar um juízo de certeza, mas de probabilidade, como atestam Lopes Jr. e Glockner.³⁰¹

Se parece inimaginável, independentemente da previsão legal expressa, aceder aos dados digitais armazenados ou copiá-los sem *fumus commissi delicti*, mesmo a ilusão de veracidade absoluta entregue pela “evidência” flagrancial não pode retirar a natureza subsidiária desse método investigatório.

Então, não se pode constituí-la como *prima ratio* – primeira medida investigatória atrelada a um flagrante –, instituto comum, realizado por qualquer

²⁹⁹ BRASIL. Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial [da] União**, Rio de Janeiro, 24 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 24 out. 2017.

³⁰⁰ BRASIL. Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial [da] União**, Rio de Janeiro, 24 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 24 out. 2017.

³⁰¹ LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 322.

pessoa, retirando-se a necessidade de jurisdição e sua respectiva subsidiariedade. A própria natureza da coleta de dados eletrônicos armazenados exige o tempo e a tramitação da investigação para a verificação da necessidade, de tal modo oculto para sua efetivação mediante o substrato de outros elementos investigatórios.

Isso é causa e efeito do fenômeno denunciado por Colomer na Espanha, referente à “policialização do processo penal”, ressaltando que “o Estado decidiu assim, aplicando uma política criminal visando máxima eficácia e eficiência em relação à polícia.”³⁰² Não em sentido oposto e traçando considerações acerca da deformação policial na jurisdição de emergência, Ferrajoli reflete que:

[...] separação entre as duas funções é o conjunto de diferenciações que fazem da polícia uma função político-administrativa, pragmaticamente informada pela prioridade do resultado em relação aos meios de alcançá-los, os quais, ao invés, são prioritários na atividade judiciária.³⁰³

Ferrajoli ainda ataca outra arbitrariedade, considerada, por este, ainda mais grave, por ser uma perversão da jurisdição penal:

A polícia, por quanto arbítrio possa cometer, está submetida ao controle sucessivo de um órgão judiciário que pode sempre reparar os abusos, enquanto que os abusos que são cometidos diretamente pelos juízes não são controláveis nem remediáveis em outra sede.³⁰⁴

À medida que os juízes de primeira instância e os Tribunais continuarem chancelando – em uma contaminação policialesca –, o arbítrio de polícia e consignando esses poderes geneticamente jurisdicionais aos prepostos policiais, as garantias processuais continuarão sendo contaminadas.

Em outra passagem de atuação profissional – como advogado –, do autor desta dissertação, referente a uma imputação de extorsão mediante sequestro, houve a apreensão de aparelhos celulares de outra acusada que, supostamente, teria travado conversas pelo aplicativo WhatsApp com o cliente patrocinado. Os prepostos policiais, *in casu*, acessaram o conteúdo armazenado administrativamente, sem ordem judicial, ao cumprirem a prisão preventiva do acusado.³⁰⁵

³⁰² COLOMER, Juan Luis Gómez. **Temas dogmáticos y probatórios de relevância em el proceso penal del siglo XXI**. Santa Fé: Rubinzal; Culzoni, 2010. p. 88, tradução nossa.

³⁰³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 762.

³⁰⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 764.

³⁰⁵ BAHIA. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. **Processo n. 0017289-38.2017.8.05.0000**. Paciente: Franklin Costa Araújo. Impetrado: Juiz de Direito de Lapão, Vara Criminal. Relator: Nágila Maria Sales Brito. Lapão, 2017a. Disponível em: <<http://esaj.tjba.jus.br/cpo/sg/show.do?processo.codigo=P00306Y560000>>. Acesso em: 24 out. 2017.

Ainda assim, à luz de uma deturpada aplicação do preceito da proporcionalidade e pela gravidade “concreta” do delito, a Desembargadora relatora entendeu pela admissibilidade da fonte de prova ser objeto de aquisição pelo juiz. Ademais, ainda fora cancelada a decisão de primeiro grau que considerou preclusa a matéria apenas ventilada na audiência de instrução criminal, mas óbvio, antes da edição de sentença condenatória.³⁰⁶

Frise-se que, assim como se tornaram práticas comuns as buscas domiciliares sem ordem judicial, a suposta autorização de pessoa flagranteada para aceder aos seus aparelhos telefônicos não tem o condão de dispensar a reserva jurisdicional, argumentando-se a ausência de voluntariedade nesses casos.

Destarte, essas atribuições policiais com roupagem jurisdicional devem ser atacadas, principalmente, em uma pós-modernidade tecnológica na qual os aparelhos telefônicos se tornaram sincréticos, multifuncionais, recheados de funções e aplicativos, posto que uma vida digital não pode ser desprezada pelo processo penal. Trata-se, então, de um procedimento que não pode ficar alheio às modificações socio-tecnológicas. Prado identifica essa aglomeração quântica e a considera mais visível quando:

[...] recorreremos à perspectiva funcionalista do direito, porque esta ótica permite identificar o cenário em que tarefas formalmente a cargo do delegado de polícia ou do Ministério Público poderão estar sendo indevidamente exercidas pelo juiz criminal.³⁰⁷

O oposto também se aplica, à medida que essa aglomeração quântica de atribuições consigna poderes às autoridades policiais que já tinham sido suprimidos pela Ordem Constitucional de 1988, mas que atualmente são legitimados por decisões judiciais como a que por último foi citada. Prado afirma que “atualmente a aglomeração quântica de poder que caracteriza o sistema inquisitório tende a concentrar poder nas mãos da polícia e/ou MP, mas também eventualmente em mãos do juiz, no âmbito de tarefas preventivas.” O autor identifica que, com muita frequência tem-se, por consequência, o abuso de poder em “um crescente direito

³⁰⁶ BAHIA. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. **Processo n. 0017289-38.2017.8.05.0000**. Paciente: Franklin Costa Araújo. Impetrado: Juiz de Direito de Lapão, Vara Criminal. Relator: Nágila Maria Sales Brito. Lapão, 2017a. Disponível em: <<http://esaj.tjba.jus.br/cpo/sg/show.do?processo.codigo=P00306Y560000>>. Acesso em: 24 out. 2017.

³⁰⁷ PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistemas de controles epistêmicos**: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014b. p. 48.

penal e processual penal preventivo que combina práticas do subsistema policial e de emergência.”³⁰⁸

Em tal realidade cibernética, o acesso administrativo ao conteúdo – sem autorização do titular do direito –, permite aceder e copiar conteúdo do correio eletrônico, arquivos, mensagens de texto, histórico de acesso a sítios da Internet e vestígios informacionais que sempre demandaram ordem judicial para serem quebrados.

Historicamente, encontra-se uma consignação de valor probatório absoluto ao auto de prisão em flagrante, como se possuísse uma gênese heroica capaz de dispensar formalidades para medidas processuais autônomas, afastadas da situação de flagrância.

Diga-se, de passagem, a possibilidade de se converter prisão flagrancial em preventiva de ofício, sem representação da autoridade policial, como se o flagrante pudesse ter, em sua gênese, uma representação ou autorização inexistente nos dois casos. Assim, têm-se juízes com atribuições de delegados e policiais com atribuições de magistrados, como lecionou Ferrajoli sobre um verdadeiro Direito Processual Penal de polícia.³⁰⁹

Não se trata do local da *persecutio criminis* em que é acessado o conteúdo, mas de requisitos que são inalienáveis em qualquer etapa procedimental, mesmo antes de ser instaurado o inquérito policial, como prescreve o art. 8º do CPP. De ser subtraído o local da fala em nome da linguagem adequada, direitos que se aplicam em qualquer momento da persecução criminal ou mesmo antes de esta ter sido inaugurada.³¹⁰

Principalmente no contexto de um “livre” convencimento motivado, a persuasão racional que permite uma condenação com base em atos investigatórios, desde que não sejam a *ratio decidendi*, mas podem reforçar uma “verdade”

³⁰⁸ PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistemas de controles epistêmicos**: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014b. p. 48.

³⁰⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 729.

³¹⁰ BRASIL. Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial [da] União**, Rio de Janeiro, 24 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 24 out. 2017.

construída em juízo, como *obiter dictum* na inquisitória redação do art. 155 do CPP.³¹¹

Destaca-se que as provas cautelares, não-repetíveis e antecipadas, mesmo com origem genética administrativa, nascendo na etapa preliminar, podem servir de fundamento único para a edificação de um decreto condenatório. Nesse passo, pode-se considerar a coleta de dados eletrônicos armazenados como um meio de investigação cautelar e não-repetível, medida *sui generis* que não propiciará ou tornará inócuo um novo exame no aparelho ou computador apreendido e já examinado.

Essas três citadas exceções do art. 155 do CPP apresentam uma única razão de existência, qual seja, a de permitir um contraditório diferido e superveniente. Trata-se, pois, da sujeição do meio de obtenção de prova – na fase judicial –, ao crivo das partes, ao ataque e ao contra-ataque, à dialeticidade e ao jogo processual com paridade de armas.

Sendo medida cautelar, esta não poderia existir no bojo de uma pré-cautelaridade que constitui o flagrante delito. E mais, uma vez efetivada por prepostos policiais, entregando-a com uma pecha de figura administrativa, sem controle, sem o crivo defensivo, o exercício do contraditório na fase judicial seria inócuo e vazio diante das características que constituem a prova eletrônico-digital, essencialmente por não ser perceptível pelo tato, palpável, tendo natureza intangível.

Se, no Brasil, é verdade que muitos intérpretes condicionam a eficácia da norma constitucional à existência de previsão legal ordinária, infra, naquilo que visiona Queiroz, o Marco Civil da Internet preenche, nesse ponto, a temática quanto à (des)necessidade de ordem judicial para o acesso dos dados engessados em compartimentos eletrônicos, estabelecendo “[...] princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil [...]”, como vem capitanear o art. 1º da Lei, preceitos que também recebem proteção no at. 3º.³¹²

³¹¹ BRASIL. Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial [da] União**, Rio de Janeiro, 24 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 24 out. 2017.

³¹² QUEIROZ, Paulo de Souza. Pode o juiz condenar sem que haja pedido de condenação? [S.l.], 03 nov. 2016b. Disponível em: <<http://www.pauloqueiroz.net/pode-o-juiz-condenar-sem-que-haja-pedido-de-condenacao/>>. Acesso em: 05 dez. 2016.

BRASIL. Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, DF, 24 abr. 2014a. Disponível

A inviolabilidade e o sigilo do fluxo de comunicações pela Internet e das comunicações armazenadas conseguiram proteção, sendo exigida ordem judicial para a primeira hipótese na forma da Lei 9.296/1996.³¹³ Para o conteúdo armazenado, não houve remissão legal, mas o mesmo art. 7º do Marco também entregou a necessidade de reserva jurisdicional para quebra da sigilosidade, sem evidências de outros requisitos e pressupostos de admissibilidade.³¹⁴

Em julgamento de HC impetrado para desentranhar prova ilícita do acervo probatório, a Segunda Turma do STF admitiu que a prisão flagrancial feita por policiais fosse a fonte probatória para que navegassem em águas escuras de investigação.

No referido julgado, a apreensão de telefones chancelou o acesso da guarnição aos registros no aparelho apreendido, ao largo da autorização do juiz competente, que afirmou que “não se confundem *comunicação telefônica e registros telefônicos*, que recebem, inclusive, proteção jurídica distinta. Não se pode interpretar a cláusula do artigo 5º, XII, da CF, no sentido de proteção aos dados enquanto registro, depósito registral.”³¹⁵

Nessa visão se, para alguns, o flagrante é a própria certeza material do delito, a medida de segregação permitiria a prisão do imputado e a apreensão de objetos como telefones e computadores, mesmo sem ordem judicial motivada, proporcional e individualizada.

Ademais, na esteira de um Direito Processual Penal máximo, entende-se que a apreensão do suporte físico autoriza o acesso ao banco de dados, e-mails, ligações, mensagens – por conduto telefônico ou telemático –, sem o crivo do juiz competente. Não por acaso, Ferrajoli ressaltou a distinção entre aquilo que denominou como costume policialesco em relação ao Judiciário, o que faz da polícia

em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 24 out. 2017.

³¹³ BRASIL. Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, DF, 25 jul. 1996a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9296.htm>. Acesso em: 24 out. 2017.

³¹⁴ BRASIL. Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, DF, 24 abr. 2014a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 24 out. 2017.

³¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Habeas Corpus n. 91867**. Paciente: Davi Resende Soares e Lindomar Resende Soares. Impetrante: José Luis Mendes de Oliveira Lima e outros. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 24 abr. 2012b. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC+91867%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/jcxquas>>. Acesso em: 24 out. 2017. Grifo do autor.

uma função político-administrativa, que prioriza o resultado em relação aos meios de alcançá-los.³¹⁶

Salta aos olhos que a sujeição dos sujeitos processuais ao Marco Civil não se faz por meio de uma hermenêutica acrítica, pois a Constituição reformulou a investigação à luz do Estado Democrático de Direito. Os julgados dos Tribunais que legitimam a prova captada nesses casos reforçam o valor probatório da prisão em flagrante, em remissão ao art. 6º, incisos II e III do CPP, diante do dever da autoridade policial de recolher todos os objetos e provas necessários para lastrear a *notitia criminis* coercitiva e o inquérito policial que automaticamente é instaurado, na esteira do art. 8º do mesmo Diploma.³¹⁷

O posicionamento diametralmente oposto – adotado, por exemplo, no julgamento do em sede de reexame necessário no Tribunal Regional Federal (TRF) da 1ª Região –, considerou como fonte de prova ilícita o acesso de policiais rodoviários federais e a realização de exame de equipamento computacional sem prévia ordem judicial motivada. *In casu*, por ser a única prova capaz de atestar o *fumus commissi delicti*, por ausência de justa causa para o ofertamento da declaração petítória, o respectivo TRF manteve a decisão que trancou o procedimento investigatório.³¹⁸

Em outro julgado, “a 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região garantiu a produção de prova à defesa de dois presos por porte de drogas para mostrar que os policiais, após o flagrante, fizeram busca nos celulares deles sem autorização judicial.” A defesa argumentou que o interrogatório feito pela polícia teve influência na quebra e devassa ilegal, pois sob ameaça os pacientes teria entregado a senha dos aparelhos, como afirma Galli.³¹⁹

Para Galli, tal pedido defensivo – que teve um opinativo favorável do MP e a subsequente confirmação da liminar concedida, no mérito –, tem por abrigo o art. 13º

³¹⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 762.

³¹⁷ BRASIL. Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial [da] União**, Rio de Janeiro, 24 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 24 out. 2017.

³¹⁸ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Remessa Ex Officio Criminal n. 5744. Recorrente: Juber Luiz de Carvalho. Recorrido: Justiça Pública. Relator: Desembargador Carlos Olavo. **Diário de Justiça**, [Belo Horizonte], p. 36, 11 jun. 2010. Disponível em: <<https://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15322443/remessa-ex-officio-criminal-reocr-5744-mg-0005744-5520084013807>>. Acesso em: 24 out. 2017.

³¹⁹ GALLI, Marcelo. TRF-1 permite defesa demonstrar que a polícia devassou celular. **Consultor Jurídico**, [S.l.], 23 out. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-out-23/trf-permite-defesa-demonstrar-policia-devassou-celular>>. Acesso em: 17 out. 2017.

e 15º do Marco Civil, sendo que, para a Procuradoria da República, “os prazos de 6 meses e de 1 ano para a guarda, respectivamente, de registros de acessos a aplicações de internet, e de registros de conexão, justificam o pedido da defesa.”³²⁰ Por tais motivos que Giacomolli entende que “o direito a prova é um direito fundamental integrante do devido processo, pertencendo as partes e não ao magistrado.”³²¹

No mesmo destino, a Sexta Turma do STJ entendeu pela ilicitude da extração de dados sitiados em aparelho telemático como corolário lógico da prisão em flagrante. A ordem de HC fora concedida para determinar o desentranhamento do conteúdo dos autos. Destarte, demonstrou a indispensabilidade de ordem judicial para relativizar o direito à intimidade, como manifestação lógica da privacidade, pois a quebra do sigilo telefônico se revela como uma medida probatória violenta já na primeira etapa da persecução, exigindo a intervenção do juiz criminal garantidor e fiscalizador dos preceitos primários (BRASIL, 2016a).³²²

A Quinta Turma do STJ, na lavra de Felix Fischer, não foi em sentido oposto, visto que chancelou a necessidade de ordem judicial para busca e apreensão do aparelho celular, mas considerou ser despicienda posterior autorização de acesso aos dados armazenados nos aparelhos apreendidos, “sob pena de a busca e apreensão resultar em medida írrita, dado que o aparelho desprovido de conteúdo não ostenta virtualidade de ser utilizado como prova criminal.”³²³ Por decisões como esta é que, a seguir, defender-se-á a qualidade na decisão de busca e apreensão digital com regramento próprio.

Nessa linha de raciocínio, se a vedação à quebra de dados telefônicos, fiscais e bancários, administrativamente, reina nos Colegiados de Apelação e Superiores,

³²⁰ GALLI, Marcelo. TRF-1 permite defesa demonstrar que a polícia devassou celular. **Consultor Jurídico**, [S.l.], 23 out. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-out-23/trf-permite-defesa-demonstrar-policia-devassou-celular>>. Acesso em: 17 out. 2017.

³²¹ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. Cases da Corte Interamericana, do Tribunal Europeu e do STF. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2015. p. 175.

³²² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 51531. Recorrente: Leri Souza e Silva. Recorrido: Ministério Público do Estado de Rondônia. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 09 maio 2016a. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=201402323677.REG.>>. Acesso em: 24 out. 2017.

³²³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 75800. Recorrente: D De CPF. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Ministro Felix Fischer. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 26 set. 2016b. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28%22FELIX+FISCHER%22%29.min.&processo=75800&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 24 out. 2017.

não há distinção ontogenética desses meios silenciosos de investigação em relação à apreensão flagrancial de aparelhos que contenham conteúdo sigiloso similar, por proteção constitucional dos mesmos incisos X e XII. Foi como raciocinou o Ministro Marco Aurélio, em decisão monocrática.³²⁴

3.7 A BUSCA POR UM MARCO PROCESSUAL PENAL DA INTERNET

Como ocorre em Portugal, no Brasil o uso de expressões genéricas (busca) não impede que a doutrina, em atendimento ao preceito da legalidade, atualize a discursividade jurídico-penal de maneira coerente à evolução tecnológica das comunicações, como afirma Rodrigues.³²⁵

Para tanto, percebe-se a importância de identificar o regime processual penal a ser aplicado no contexto das comunicações telemáticas, discussão originada a partir do correio eletrônico, mas que, atualmente, se situa nas demais formas informacionais modernas do ciberespaço.

Entretanto, ainda há de ser feito outro traço diferenciador entre as comunicações telemáticas no fluxo, apenas com ínfimo espaço de desfasamento – pois nem mesmo as ligações telefônicas são instantâneas, absolutamente –, e o conteúdo já transportado, consumado e armazenado no aparelho em seu compartimento físico.

No Brasil, nessa última hipótese, interessa perquirir qual é o instituto a reger tal meio de investigação, uma escolha que poderia se resumir à aplicação do regramento previsto na Lei 9.296/1996 e aos requisitos prescritos no CPP no tocante à medida de busca e apreensão, com disposições a partir do art. 240.

Em tempo, outro destino pode ser seguido, posto que há o reconhecimento quanto à inexistência de um regramento maduro, taxativo e completo, com requisitos, pressupostos, prazo, competência, legitimidade e necessidade de contraditório. A insuficiência do Marco Civil da Internet para a captação dos dados estanques e a necessidade de alteração ou edificação de outra regra forte, capaz de

³²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Habeas Corpus n. 144907**. Paciente: Engri Junior de Almeida Maia. Impetrante: Marcos Ruda Neri Siqueira. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 08 jun. 2017e. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5206225>>. Acesso em: 24 out. 2017.

³²⁵ RODRIGUES, Benjamim Silva. **A monitorização dos fluxos informacionais e comunicacionais**: contributo para a superação do “paradigma da ponderação constitucional e legalmente codificado” em matéria de escutas telefônicas. Coimbra: Coimbra, 2009a. v. 1. p. 111.

privilegiar a taxatividade procedimental penal em matéria probatória trata-se, portanto, da posição defendida na presente pesquisa.

Nesse giro, Rodrigues expõe a viabilidade de um “regime específico nesta matéria sob pena de não ser admitida a prova digital obtida a partir das comunicações electrónicas.” Por mais que exista um tronco comum ao nível das intervenções judiciais sobre o segredo das comunicações, cujo alicerce é constituído por direitos fundamentais, a acelerada projeção da tecnologia e inovação dos métodos demanda “uma evolução do pensamento político e jurídico.”³²⁶

Rodrigues destaca que o surgimento e incremento da ciência forense digital é uma realidade incontornável face à cibercriminalidade, uma necessidade de se recorrer à “*digital evidence* como meio, único ou complementar, de prova de factos proporcionados pelas novas tecnologias da informação e comunicação.” Sobressai Rodrigues, afirmando que, “em matéria de direitos fundamentais, a norma que procede à restrição deve ser objeto de uma interpretação apertada, ficando deslegitimada a ampliação do seu âmbito de aplicação.”³²⁷ O autor continua afirmando que:

O problema não é tanto o de saber se é possível intervir nas comunicações levadas a cabo por meio da Internet ou dos seus mais diversos serviços, de onde se destaca a ‘pedra angular’ correio eletrónico, mas, sim, o de saber que regime aplicar em tal ingerência nas comunicações electrónicas se concluirmos que a mesma pode e deve ser levada a cabo pelos órgãos de investigação criminal. Como já o dissemos, o paradigma da intervenção na correspondência – comunicação postal e telegráfica – é o das comunicações escritas, ao passo que o paradigma de intervenção nas comunicações telefónicas é o das comunicações orais. Ora, a Internet permite não só a comunicação escrita, como a comunicação oral, em tempo real (desfasamento de segundos) pelo que surge a dúvida de saber qual o regime que deve ser aplicado. A nosso ver, conforme demonstraremos, impõe-se a criação, *ex novo*, de um regime específico para as comunicações electrónicas recentemente surgidas, visto que essas novas realidades informacionais e comunicacionais têm características próprias que não se coadunam com os procedimentos e requisitos investigatórios colocados quer em matéria de apreensão de correspondência, quer em matéria de escutas telefónicas. As novas formas de comunicação electrónica implicam, quando usadas para fins criminosos, que se obtenha prova digital a seu respeito, seja através dos ‘bits’ que formam o conteúdo da comunicação em si, seja por meio dos elementos externos da

³²⁶ RODRIGUES, Benjamim Silva. **A monitorização dos fluxos informacionais e comunicacionais**: contributo para a superação do “paradigma da ponderação constitucional e legalmente codificado” em matéria de escutas telefónicas. Coimbra: Coimbra, 2009a. v. 1. p. 113.

³²⁷ RODRIGUES, Benjamim Silva. **A monitorização dos fluxos informacionais e comunicacionais**: contributo para a superação do “paradigma da ponderação constitucional e legalmente codificado” em matéria de escutas telefónicas. Coimbra: Coimbra, 2009a. v. 1. p. 117, grifo do autor.

comunicação – onde se incluem os dados de tráfego – que são os *bits-acerca-dos-bits*.³²⁸

Deve-se ressaltar que as intervenções nas comunicações eletrônicas – sejam faladas ou escritas, diante dos mandamentos constitucionais fundamentais, tais como vida privada, intimidade e sigilosidade –, demandam lei própria para admitir tal ingerência.

Lainz (2003, p. 49 apud RODRIGUES, 2009a, p. 119) advoga que a incidência do regime telefônico se enquadra melhor à espécie, ressaltando que a explosão dos recursos digitais – para efeitos delituosos –, avança num realidade galopante. Em contrapartida, o autor entende que somente a subtração do contraditório, mediante a implementação de medida que, por sua própria natureza, exige a obscuridade, *inaudita altera pars*, poderia dar sentido à atuação de investigação criminal nesses casos.³²⁹

As comunicações informáticas não possuem natureza postal, sendo que aplicar, de forma análoga, o rito probatório para a apreensão dessas evidências seria violar o preceito da legalidade em um sistema democrático no qual o Direito Penal e Processual não podem caminhar em uma autonomia absoluta, apesar da independência epistemológica defendida por alguns.

No Direito processual, em Portugal, a alternativa defendida pela doutrina majoritária foi recorrer ao regime das escutas telefônicas, por uma relação de empatia entre o contato telefônico e eletrônico. Mas, nesse contexto, poder-se-ia indagar se o processo penal pode ser regido por uma relação de proximidade, simpatia e afinidade entre institutos que relativizam direitos convencionais. Ou se o art. 2º do CPP poderia consignar sua suplementação de interpretação extensiva e analogia para conceitos probatórios. Pensa-se que não, com ressalvas no caso brasileiro.

Isso porque, no tocante às interceptações telemáticas, escritas, em forma de dados ou mesmo faladas, com as chamadas eletrônicas e sincréticas, por vídeos (Skype, Facebook Messenger e WhatsApp), a aplicação do art. 1º, parágrafo único

³²⁸ RODRIGUES, Benjamim Silva. **A monitorização dos fluxos informacionais e comunicacionais**: contributo para a superação do “paradigma da ponderação constitucional e legalmente codificado” em matéria de escutas telefônicas. Coimbra: Coimbra, 2009a. v. 1. p. 118, grifo do autor.

³²⁹ LAINZ, 2003, p. 49 apud RODRIGUES, Benjamim Silva. **A monitorização dos fluxos informacionais e comunicacionais**: contributo para a superação do “paradigma da ponderação constitucional e legalmente codificado” em matéria de escutas telefônicas. Coimbra: Coimbra, 2009a. v. 1.

da Lei 9.296/1996 já fora abraçada na seção anterior, mantendo-se, portanto, a atual posição do autor desta dissertação.

A questão agora é enquadrar os dados armazenados em compartimentos eletrônicos, estanques, sitiados em nuvem ou nos suportes físicos, visto que não são coletados no fluxo comunicacional, mas também não se amoldam ao contexto das comunicações e informes normais, não sendo cartas ou documentos vulgares, meios ortodoxos de obtenção de prova que já são conhecidos.

Enquanto a correspondência telegráfica circula por condução física ou analógica, como o exemplo do Fax, nas comunicações eletrônicas, a eventual intervenção não tem o condão de impedir que o conteúdo alcance seu destinatário e lá permaneça depositado.

Ao se adotar a tese de que o conteúdo armazenado não seja submetido ao tratamento da Lei de Interceptação Telefônica e Telemática – Lei 9.296/1996 –, ao passo que também se afasta o CPP – com sua busca e apreensão –, não se pode afastar a sujeição desse método oculto de investigação ao modelo garantista consagrado na CF/88.

Originariamente, o tratamento da busca no CPP tem por objeto a apreensão de coisas tangíveis, consideradas como apropriáveis e com possibilidade de tradição a terceiros. Não por acaso, o relatório explicativo da Convenção sobre a Cibercriminalidade utilizou termos como “acesso” e “cópia”, em contraposição à antiga terminologia (CONSELHO DA EUROPA, 2001).³³⁰

Nessa senda, Lopes Jr. e Glockner afirmam que “a apreensão dos instrumentos utilizados para cometer o delito, bem como dos demais objetos relacionados direta ou indiretamente com os motivos, meios ou resultados da conduta delituosa, é imprescindível para o esclarecimento do fato.”³³¹

Mesmo para a busca convencional, as garantias de cunho processual não podem ser desprezadas, essencialmente quando o cerne da cobertura constitucional está sediada na inviolabilidade domiciliar prescrita no art. 5º, inciso XI da CF/88.³³² Afinal, para a captação no fluxo telemático, a Lei de Interceptação Telefônica e

³³⁰ CONSELHO DA EUROPA. **Convenção sobre o cibercrime**. Budapeste, 23 nov. 2001. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/normas-e-legislacao/legislacao/legislacoes-pertinentes-do-brasil/docs_legislacao/convencao_cibercrime.pdf?>. Acesso em: 24 out. 2017.

³³¹ LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 226.

³³² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 24 out. 2017.

Telemática traz a previsão dos requisitos, as hipóteses de cabimento, o prazo, a atribuição para provocação, a competência e outras condicionantes.

Ainda assim, as críticas não são eventuais, como aquela direcionada ao art. 2º, quando prescreve as circunstâncias de admissibilidade, exigindo uma interpretação a *contrario sensu*, ventilando os casos em que não se admite interceptação telefônica, com técnica legislativa criticada pela literatura processual que se debruçou sobre o tema, “considerando a redação extremamente infeliz”, como explica Grinover.³³³ Não diversa foi a posição do STJ em tal julgado:

Determinada judicialmente a busca e apreensão de telefone celular ou smartphone, é lícito o acesso aos dados armazenados no aparelho apreendido, notadamente quando a referida decisão o tenha expressamente autorizado. A Lei n. 9.296/1996 foi enfática, em seu art. 1º, parágrafo único, ao dispor especificamente sobre a proteção ao fluxo das comunicações em sistemas de informática e telemática. Nessa ordem de ideias, depreende-se da mencionada norma, ao regulamentar o art. 5º, XII, da Carta Magna, que houve uma preocupação do legislador em distinguir o que é a fluência da comunicação em andamento, daquilo que corresponde aos dados obtidos como consequência desse diálogo. Optou-se, em relação aos sistemas de informática e telemática, pela proteção à integridade do curso da conversa desenvolvida pelos interlocutores. Não há, portanto, vedação ao conhecimento do conteúdo dessa interação, já que cada interlocutor poderia excluir a informação a qualquer momento e de acordo com sua vontade. Logo, a obtenção do conteúdo de conversas e mensagens armazenadas em aparelho de telefone celular ou smartphones não se subordina aos ditames da Lei n. 9.296/1996.³³⁴

A par das escutas telefônicas, Ramos indica que as buscas são um meio de obtenção de prova que visa a recolha de informação relativamente a um ou mais crimes, sendo um dos procedimentos invasivos susceptíveis de afetar a reserva da intimidade da vida privada das pessoas.³³⁵

Ramos menciona desconformidades que existem entre uma busca normal e uma busca digital, sendo que tal análise vai existir nos casos de uma busca domiciliária e não domiciliária. Depreende-se que, a depender do caso a ser

³³³ GRINOVER, 2000, p. 106 apud GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação telefônica: considerações sobre a Lei 9.296, de 24 de julho de 1996.** São Paulo: Saraiva, 2015. p. 53.

³³⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 75800. Recorrente: D De CPF. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Ministro Felix Fischer. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 26 set. 2016b. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28%22FELIX+FISCHER%22%29.min.&processo=75800&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 24 out. 2017.

³³⁵ RAMOS, Armando Dias. **A prova digital em processo penal: o correio eletrônico.** Madrid: Chiado, 2014. Disponível em: <<https://books.google.com.br/books?id=jkEwDgAAQBAJ&printsec=frontcover&dq=A+PROVA+DIGITAL+EM+PROCESSO+PENAL:+O+CORREIO+ELETR%C3%94NICO&hl=pt-BR&sa=X&ved=0ahUKewjM54nu04nXAhWMPpAKHWYqAPMQ6AEIJAA#v=onepage&q=A%20PROVA%20DIGITAL%20EM%20PROCESSO%20PENAL%3A%20O%20CORREIO%20ELETR%C3%94NICO&f=false>>. Acesso em: 24 out. 2017.

apurado, uma busca realizada com o intuito de apreender suportes informático-digitais pode se revelar invulgar. Afinal, os equipamentos informáticos podem estar desligados ou em plena ação. No primeiro caso, será realizada a apreensão mediante lavratura do respectivo auto, pois a ligação do equipamento para efetivar a clonagem do disco pode suprimir elementos úteis para investigação, como o último *shutdown* efetuado, bem como últimos documentos acessados.³³⁶

Entretanto, caso – diante de uma busca, mas antes da apreensão –, se verifique que o equipamento informático está em plena atividade, ligado ou em hibernação, as precauções terão que ser redobradas. “Muitas vezes estes dispositivos têm o *screensaver* ativo ou o *ecrã* poderá apresentar-se totalmente preto, como se estivesse desligado. A generalidade dos equipamentos informáticos tem um *led* que indica se estão ligados ou não”, como afirma Ramos.³³⁷

Contudo, no tocante ao campo digital pacificado nos compartimentos, as críticas devem residir na ausência de previsão infraconstitucional para regradar a coleta de tais dados, ao menos taxativamente e materialmente. A mera exigência de ordem judicial já era um imperativo constitucional, como ficou delineado nos tópicos anteriores.

Em outra vertente, ainda se aguarda a descrição de uma lei (in)existente, pois, em termos processuais penais, o Marco Civil, não preencheu o vácuo indispensável para limitar a liberdade dos prepostos policiais, do MP e dos juízes na produção desse meio de investigação.

Na Espanha, o Direito Penal e Processual Penal caminham juntos, estando unidos em uma mesma hermenêutica. No Brasil, não se está defendendo a supressão de uma autonomia processual, mas a incidência dos preceitos materiais

³³⁶ RAMOS, Armando Dias. **A prova digital em processo penal: o correio eletrônico**. Madrid: Chiado, 2014. Disponível em: <<https://books.google.com.br/books?id=jkEwDgAAQBAJ&printsec=frontcover&dq=A+PROVA+DIGITAL+EM+PROCESSO+PENAL:+O+CORREIO+ELETR%C3%94NICO&hl=pt-BR&sa=X&ved=0ahUKEwjM54nu04nXAhWMPpAKHWYqAPMQ6AEIJjAA#v=onepage&q=A%20PROVA%20DIGITAL%20EM%20PROCESSO%20PENAL%3A%20O%20CORREIO%20ELETR%C3%94NICO&f=false>>. Acesso em: 24 out. 2017.

³³⁷ RAMOS, Armando Dias. **A prova digital em processo penal: o correio eletrônico**. Madrid: Chiado, 2014. Disponível em: <<https://books.google.com.br/books?id=jkEwDgAAQBAJ&printsec=frontcover&dq=A+PROVA+DIGITAL+EM+PROCESSO+PENAL:+O+CORREIO+ELETR%C3%94NICO&hl=pt-BR&sa=X&ved=0ahUKEwjM54nu04nXAhWMPpAKHWYqAPMQ6AEIJjAA#v=onepage&q=A%20PROVA%20DIGITAL%20EM%20PROCESSO%20PENAL%3A%20O%20CORREIO%20ELETR%C3%94NICO&f=false>>. Acesso em: 24 out. 2017. p. 9, grifo do autor.

que, convencionalmente, se destinariam apenas ao campo penal, para também serem aplicados à seara procedimental.

Não há um efetivo Direito Processual Penal Informático, com regras claras, fortes, rígidas, *standars* probatórios que não proporcione uma discricionariedade ao magistrado competente na determinação de tais medidas ocultas de investigação, o que acarreta numa liberdade sem limitações, além de uma subsequente e correlata arbitrariedade, nos casos em que uma jurisdição constitucional não é aplicada para suprir o vazio infraconstitucional.

3.8 DECISIONISMO E OS REQUISITOS (CONSTITUCIONAIS) DA DECISÃO ELETRÔNICO-DIGITAL

Recentemente, um Ministro do STJ reacendeu a discussão sobre a teoria da decisão judicial e os fundamentos que podem ser edificados em uma manifestação proferida sobre a égide de um Estado (que pretenda ser) Democrático de Direito, ao afirmar a irrelevância do entendimento doutrinário para sua (pré)compreensão:

Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são Ministros deste Tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto. Interessa conhecer a doutrina de Barbosa Moreira ou Athos Carneiro. Decido, porém, conforme minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses Ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça, e a doutrina que se amolde a ele. É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém. Quando viemos para este Tribunal, corajosamente assumimos a declaração de que temos notável saber jurídico – uma imposição da Constituição Federal. Pode não ser verdade. Em relação a mim, certamente, não é, mas, para efeitos constitucionais, minha investidura obriga-me a pensar que assim seja.³³⁸

Em uma série de decisões que enfrentam o tema da busca eletrônico-digital, verificou-se um ranço autoritário que tem lastreado o exame dessas questões no Brasil, essencialmente em relação ao juízo de piso e segunda instância, como evidenciado na seção anterior. Em um sistema no qual as súmulas vinculantes não

³³⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Agravo Regimental nos Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 279.889. Agravante: Fazenda Nacional. Agravado: Pedro Lourenço Wanderley e outros. Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros. **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 07 abr. 2003. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/doc/57229133/STJ-Nao-me-interessa-a-Doutrina>>. Acesso em: 24 out. 2017. p. 12.

são respeitadas pelo próprio Tribunal ou quando enunciados e precedentes são constantemente inobservados, uma mensagem como essa “ministrada” por tal julgador evidencia o suporte referencial dos magistrados de primeiro grau.

Entende Rodriguez que, diante da tradição não argumentativa, opinativa e personalista, o ajustamento dos casos anteriores tende, ainda atualmente, “a ser feita em função de seu resultado e não em função de seus fundamentos, ou seja, dos argumentos utilizados pelos juízes para justificar sua decisão.”³³⁹

Nesse passo, o referido autor argumenta que a jurisprudência no Brasil é capitaneada por conduto das “[...] súmulas e enunciados e não pela reconstrução argumentativa de casos pragmáticos que constituam uma tradição, como ocorre no Direito anglo-saxão.” Os enunciados e sumulados são opiniões dos Tribunais sobre determinados problemas jurídico-processuais, expressos em fórmulas genéricas e abstratas que apontam para um determinado resultado.³⁴⁰

Rodriguez arremata dizendo que o Direito precisa se transformar para dar conta de novos conflitos, “[...] mas transformação do direito e das instituições em geral passa, necessariamente, pela transformação do papel do judiciário e da atuação dos juízes.”³⁴¹

Ao traçar uma teoria da decisão judicial, Streck discute sobre a resposta constitucionalmente correta, um dever moral do julgador que se configura como um ato de responsabilidade política. Streck abandona o termo “neo constitucionalismo”, por conta do desenvolvimento tardio do constitucionalismo brasileiro, mas defende a construção de um “direito democraticamente produzido, sob o signo de uma Constituição normativa e da integridade da jurisdição.”³⁴²

O autor define o constitucionalismo como sendo “[...] um movimento teórico jurídico-político em que se busca limitar o exercício do Poder a partir da concepção de mecanismos aptos a gerar e garantir o exercício da cidadania.”³⁴³

Assim, questiona-se o que caracteriza a arbitrariedade das opiniões prévias inadequadas senão a constatação de que, no processo de execução, acabam sendo

³³⁹ RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** Para uma crítica do Direito (brasileiro). Rio de Janeiro: FGV, 2013. p. 15.

³⁴⁰ RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** Para uma crítica do Direito (brasileiro). Rio de Janeiro: FGV, 2013. p. 15.

³⁴¹ RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** Para uma crítica do Direito (brasileiro). Rio de Janeiro: FGV, 2013. p. 17.

³⁴² STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014b. p. 40.

³⁴³ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014b. p. 47.

exterminadas. A compreensão só alcança sua verdadeira possibilidade quando as opiniões prévias com as quais se inicia não forem arbitrárias.

Há diversas opiniões que devem ser examinadas quanto à sua legitimação, analisando-se sua origem, licitude, validade e, por que não, uma filtragem à luz dos direitos fundamentais. “Existe uma pressuposição geral de que alguém que fala a mesma língua que eu toma as palavras que emprega no sentido que me é familiar”, mas, no exemplo do Ministro citado, essa lógica não parece ser absoluta, como afirma Gadamer.³⁴⁴

Gadamer continua explicando que a autoridade não significa a superioridade de um poder que exige obediência cega, proibindo as pessoas de pensarem. “A verdadeira natureza da obediência consiste, antes, no fato de não se tratar de um ato desprovido de razão, mas de um próprio mandamento da razão, um saber que ultrapassa o próprio saber.” Obedecer à autoridade é perceber que o outro – bem como a outra voz que fala a partir da tradição e do passado –, pode ver alguma coisa melhor do que si mesmo, por isso, não há como desconsiderar o entendimento dogmático como fator a influenciar decisões judiciais.³⁴⁵

Por tais motivos, perpetua-se a discussão da validade probatória dos recursos digitais e dos métodos ocultos de investigação criminal por intermédio do HC, por conta da liberdade “excessiva” e arbitrária que permeia os andares inferiores de uma jurisdição não-constitucional, e essa perpetuação costumeiramente se dá por meio do HC, que se constitui numa ação impugnativa capaz de desentranhar um manancial probatório inidôneo dos autos. Em vez de se construir uma jurisprudência rígida nessa temática – e reduzir a provocação superior por conta de aquisições ilícitas da prova nos juízos de térreo –, a “saída” é a limitação do HC para tal discussão, reduzindo ainda mais sua função histórica.

Assim, atualmente, não cabe HC³⁴⁶ em substituição aos recursos ortodoxos, assim como quando atinge uma decisão liminar e quando já houver sentença condenatória apreciando o tema. Em alguns casos, esse decisionismo impede até a

³⁴⁴ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2442370/mod_resource/content/1/VerdadeEM%C3%A9todo.pdf>. Acesso em: 24 out. 2017. p. 358.

³⁴⁵ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método II**: complementos e índice. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2011. p. 53.

³⁴⁶ Ainda não há súmula, mas a impossibilidade de impetração de HC em substituição ao recurso ordinário constitucional é uma posição pacífica nas duas turmas do STJ que enfrentam a matéria criminal, assim como no STF.

análise meritória de temas que estão sendo postos à mesa, pois afeta diretamente a discussão, nos Tribunais, sobre a licitude de eventual prova digital.

Em outro giro, o preconceito jurisdicional representa, necessariamente, um falso juízo, “[...] uma vez que seu conceito permite que ele possa ser valorizado positiva ou negativamente.” Essa perpetuação de um viés preconceituoso negativo – efetivado no Iluminismo (Aufklärung) –, tem por causa a redução das chances daquele que participa de uma disputa jurídica e vê estas chances serem diminuídas pela iminência dos efeitos de uma pré-decisão. O *préjugés* não será *legitimes* – colhendo, por empréstimo, o termo francês –, quando se manifestar por um juízo não-fundamentado. Nisso se restringiu a crítica religiosa do Iluminismo, como apresentado por Gadamer.³⁴⁷

Importa ressaltar que a vontade e o conhecimento do intérprete não constituem salvo-conduto para a atribuição de sentido arbitrária, consequência lógica da discricionariedade, mesmo nas hipóteses de ausência infraconstitucional. No plano da linguagem, a arbitrariedade acaba sendo sinônimo da discricionariedade, ou seja, do ato de decidir por uma simples autoridade.

É claro que se trata de uma discricionariedade desapegada da jurisdição constitucional, referindo-se ao arbítrio, pois, se toda interpretação é um ato produtivo, se o intérprete atribui sentido ao texto, sem reproduzir sentidos existentes, essa produção deve ser limitada por parâmetros constitucionais, convencionais e fundamentais. É a ideia de jurisdição constitucional, convencional e fundamental.

Quando o Supremo admite o transplante do conteúdo de uma interceptação telefônica para o processo civil e administrativo, com a execução imediata da pena nos processos de competência do Tribunal do Júri – antes de ser interposta a apelação –, essa “[...] discricionariedade não apenas permite uma interpretação do texto da Constituição *praeter legem*, como autoriza de forma velada uma arbitrariedade”, à medida que a presunção de inocência e o segredo das comunicações em instâncias civis estavam prescritas no Texto Maior, com demonstrado por Streck.³⁴⁸

Streck ressaltar que decisões com esses termos apenas podem ser legitimadas – considerando o Judiciário constitucionalmente desobediente –, com o

³⁴⁷ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método II**: complementos e índice. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2011. p. 53.

³⁴⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 53.

manto da discricionariedade judicial. Nessa vertente, o autor faz uma crítica ao positivismo hartiano no sentido de ser possível um poder discricionário toda vez que uma regra forte, clara e precisa não esteja prevista. Não deveria existir uma discricionariedade porque os termos da decisão estão engessados por garantias constitucionais. É a importância da hermenêutica jurídica em uma manifesta aposta na CF/88, evitando a atribuição de sentidos de forma arbitrária.³⁴⁹

É por esses caminhos e condicionantes que passeiam as novas demandas de uma renovada hermenêutica constitucional. Uma superação das diversas posturas positivistas com preenchimento desse espaço discricional pela tematização dos princípios constitucionais, o que se busca nesta pesquisa ao interpretar o Marco Civil da Internet.

Em sua obra, Dworkin salienta que os Tribunais devem tomar decisões de princípios e não de política, “decisões sobre que direitos as pessoas têm sob nosso sistema constitucional, não decisões sobre como se promove melhor o bem-estar geral.”³⁵⁰

Tratando-se da imprecisão legislativa supõe-se que, se uma lei for aprovada, o efeito dessa regra sobre o Direito “é determinado exclusivamente pelo significado das palavras que usou, de modo que se as palavras são imprecisas, deve decorrer daí que o impacto da lei sobre o Direito deve, de alguma maneira, ser indeterminado”, como explica Dworkin.³⁵¹

A seguir, o autor considera essa suposição equivocada e arremata que “os critérios de um jurista para estabelecer o impacto de uma lei sobre o Direito podem incluir cânones de interpretação ou explicação legal” limitadores da imprecisão legislativa.” Dworkin considera, entretanto, que os critérios não podem lastrear-se em fatos psicológicos.³⁵²

Por fim, Dworkin (2001, p. 190) afirma que o impacto legislativo sobre o direito é determinado pela questão de qual interpretação “[...] entre as diferentes possibilidades admitidas pelo significado abstrato do termo, promove melhor o conjunto de princípios e políticas que promovem a melhor justificativa política para a

³⁴⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

³⁵⁰ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 101.

³⁵¹ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 189.

³⁵² DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 189.

lei na época em que foi votada.”³⁵³ A resposta correta que parecia perdida pela imprecisão ou ausência legislativa acaba sendo alcançada pela engrenagem principiológica.

Esse é o elemento cerne. Se não há um Marco Processual da Internet, mesmo em sede de uma “sociedade dos dados”, questiona-se se isso autorizaria uma desnecessidade de ordem judicial ou supressão de requisitos de legalidade para implementar o “aceder” a esse conteúdo (informação verbal).³⁵⁴

É com essa base principiológica que Streck propõe a tese da descontinuidade, entendendo que os preceitos constituem o mundo prático do direito, impondo ao juiz o dever de decidir de maneira adequada e correta. O direito fundamental de uma resposta correta. Uma blindagem hermenêutica contra discricionarismos jurisdicionais, princípios que são deontológicos.³⁵⁵

Para dar um sentido à presente dissertação, é mister uma blindagem fundamental, deixando o “mito” de lado e abraçando o “princípio”, pois não se pode eternizar a “espera” à uma lei que preencha o vazio ordinário quanto a esse tema. Afinal, Coutinho leciona que os entusiastas não esperam, eles continuam em sua “cruzada”, representando, opinando, requerendo e, pior, decidindo sem o mínimo suporte epistêmico no contexto da busca e apreensão digital.³⁵⁶

Ao não mais prever a palavra “livremente”, o art. 371 do CPC expungiu o livre convencimento, sendo uma “opção paradigmática feita pelo legislador, em fiel observância da teoria do direito contemporânea”, como afirma Streck.³⁵⁷ O Estado Democrático de Direito proporcionou uma nova configuração nas esferas de tensão dos poderes do Estado, decorrente de seu novo papel e do constitucionalismo, circunstância que reforça, sobretudo, o caráter hermenêutico do Direito, por intermédio, por exemplo, dos textos constitucionais principiológicos.

³⁵³ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 190.

³⁵⁴ Comentário fornecido por Augusto Jobim do Amaral ao compor uma banca avaliadora na Mostra de Pesquisa de Pós-graduação do 3º Encontro de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciências Criminais, Canela, em 30 de setembro de 2017.

³⁵⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 53.

³⁵⁶ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro. **Separata ITEC**, ano 1, n. 4, p. 2-17, jan./mar. 2000. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/74842150/IntroducaoaosPrincipiosGeraisdoDireitoProcessualPenalBrasil2005>>. Acesso em: 24 out. 2017.

³⁵⁷ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto**: o senso incomum? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 26.

No contexto processual penal, em que desde a notícia crime até o fechamento integra das vias recursais temos o preceito fundante da presunção de inocência, a imposição de limitações ao convencimento do julgador é ainda mais imperativa, principalmente em matéria probatória. Para Fenoll, “[...] se a presunção de inocência estiver contida em uma norma, como costuma ser, e esta norma não permite que o juiz avalie o teste com uma liberdade sem restrições [...]”, chega-se à conclusão de que o sistema processual penal é o da valoração legal.³⁵⁸

O Brasil convivia com duas claras manifestações da necessidade de serem estabelecidos limites decisórios do juiz: a doutrina e as legislações processuais, que mantinham a defesa do livre convencimento como paradigma para compreender a atividade jurisdicional. Em 2015, o CPC foi remodelado retirando essa “liberdade”. O Direito não é – e não poderia ser –, aquilo que os Tribunais dizem que é, como defende Streck.³⁵⁹

Não se está defendendo – e nem se poderia –, a aplicação irrestrita do CPC ao campo processual penal, ou mesmo o transplante de suas categorias ao campo procedimental criminal, posto o que se está apoiando é a necessidade de fundamentação material das decisões cautelares ou meritórias como um imperativo do art. 93, inciso IX da CF/88.³⁶⁰

Streck afirma que todos os sujeitos têm pré-compreensões, mas isso não significa que sejam reféns delas, sendo que essas prévias concepções não são iguais ao preconceito no sentido vulgar. Em países de modernidade tardia, como o Brasil, a questão principal é perquirir a possibilidade de se obter uma resposta constitucionalmente adequada, diante da indeterminabilidade do Direito e da crise de efetividade da Constituição. Em debate, Dworkin foi de encontro à tese sustentada por Hart acerca do poder discricionário dos juízes para solver os casos difíceis – se propondo a construir uma teoria jurídica antidiscricionária –, afirmando que a

³⁵⁸ FENOLL, Nieva Jordi. **La duda em el proceso penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013. Disponível em: <<https://www.marcialpons.es/static/pdf/9788415664673.pdf>>. Acesso em: 24 out. 2017. p. 70, tradução nossa.

³⁵⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Lições de crítica hermenêutica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014a.

³⁶⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 24 out. 2017.

herança kelseniana do decisionismo não foi superada e a discricionariedade hartiana tem sido, de algum modo, reapropriada pelas teorias argumentativas.³⁶¹

Heidegger ensina que o círculo hermenêutico não deve ser degradado a um círculo vicioso, pois esconde uma possibilidade positiva do conhecimento originário, que, evidentemente, só será compreendida de modo claro quando ficar patente que a tarefa cerne, constante e definitiva da interpretação continua sendo não permitir que a posição antecipada, a visão pretérita e a concepção prévia lhe sejam impostas por instituições ou noções populares, ou mesmo, por uma “mera” investidura. “Sua tarefa é antes assegurar o tema científico, elaborando esses conceitos a partir da coisa, ela mesma. A autocompreensão tradicional da hermenêutica repousava sobre seu caráter técnico”, como leciona Gadamer.³⁶²

Para Gadamer, esse círculo tem um sentido ontológico positivo, sendo que “toda interpretação correta tem que proteger-se da arbitrariedade de intuições repentinas e da espera dos hábitos de pensar imperceptíveis”, e voltar seu olhar para as coisas como elas são, a primeira tarefa, presente e última. Quem busca a compreensão está exposto a erros de concepções prévias que não se constata nas coisas. Projetar corretamente às coisas que, como projetos, são antecipações que só podem ser confirmadas nas coisas, pois “tal é a tarefa constante da compreensão.”³⁶³

Nesse sentido, Gadamer indaga sobre o que caracteriza a arbitrariedade das opiniões prévias inadequadas senão o fato de que, no processo de sua execução, acabam sendo aniquiladas. A compreensão só alcança sua verdadeira possibilidade quando as opiniões antecipadas não sejam, na essência, arbitrárias. Assim, o intérprete não pode se dirigir diretamente aos textos a partir de sua opinião prévia, mas deve examiná-los quanto à sua legitimação, à sua origem e à sua validade. O autor constata que “é preciso dizer que o que nos faz parar e perceber uma possível

³⁶¹ STRECK, Lenio Luiz. **Lições de crítica hermenêutica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014a.

³⁶² GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2442370/mod_resource/content/1/VerdadeEM%C3%A9todo.pdf>. Acesso em: 24 out. 2017. p. 355.

³⁶³ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2442370/mod_resource/content/1/VerdadeEM%C3%A9todo.pdf>. Acesso em: 24 out. 2017. p. 355.

distinção do uso da linguagem é o choque causado pelo texto, seja porque não nos faz sentir ou porque eventual sentido não atende às nossas expectativas.”³⁶⁴

A Lei 12.965/2014 tem lacunas que devem ser preenchidas constitucionalmente até a edição de um Marco Processual Penal da Internet, com completude probatória, porque a CF/88 não é um “tigre sem dentes” e seus mandados explícitos estão aí para preencherem algumas decisões materialmente desmotivadas, que estão sendo proferidas na coleta do conteúdo tecnológico estanque.

Considerando-se que a necessidade de ordem judicial para aceder a esses elementos probatórios se constitui num ponto de partida para as etapas de aquisição da prova eletrônica, são necessários requisitos e pressupostos, hipóteses de cabimento, legitimidade, competência e o acesso ao contraditório, especialmente pelo caráter volátil que engrandece os cuidados necessários à conservação desse material oculto.

Se a crise da hermenêutica jurídica passeia por uma discricionariedade (livre) – e por um redundante convencimento deitado no art. 155 do CPP –, apenas a subsunção dessa técnica de investigação aos direitos fundamentais previstos na Constituição pode evitar o decisionismo provocador de manifestações acéfalas de algumas autoridades na efetivação desse novo tema probatório.

Segundo Ferraz Júnior, o conceito de lacuna veio alargar o âmbito da positividade do Direito, atrelada à ideia de sistema que dá força e serve de sustento ao intérprete do Direito. Mas constatar a existência de lacuna implica ver o Direito como sinônimo de lei (infraconstitucional), pois, se o Direito extrapola a lei, não há lacunas. Inexistem, assim, lacunas técnicas, sendo todas axiológicas, faltando valores morais, convencionais e constitucionais nas decisões.³⁶⁵

O art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil (LICC) – Decreto-lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942 –, determina que “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”³⁶⁶ Em

³⁶⁴ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2442370/mod_resource/content/1/VerdadeEM%C3%A9todo.pdf>. Acesso em: 24 out. 2017. p. 356.

³⁶⁵ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Função social da dogmática jurídica**. São Paulo: RT, 1978.

³⁶⁶ BRASIL. Decreto-lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. **Diário Oficial [da] União**, Rio de Janeiro, 17 jun. 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm>. Acesso em: 24 out. 2017.

um elo evidente com o art. 4º do Código Civil napoleônico que vedava uma exclusão do julgamento por conta de suposta lacuna legal

Streck considera que as lacunas guardam semelhança com as antinomias jurídicas, pois ambas são axiológicas e sua “completude” seria adquirida pela preponderância, total ou parcial, de um princípio hierarquicamente superior, sendo dada uma primazia ao comando principiológico superior da unidade ou concordância prática.³⁶⁷

Para isso, compreender um texto significa uma permissão de recepção à sua mensagem, que o escrito lhe diga alguma coisa, uma receptividade hermenêutica à alteridade do texto. “Dar-se conta dos pressupostos, a fim de que o próprio texto possa apresentar-se sua alteridade, podendo assim confrontar sua verdade com as opiniões prévias pessoais”, como afirma Gadamer.³⁶⁸ Uma compreensão guiada por uma consciência metodológica procurará não simplesmente realizar suas concepções antecipadas, mas torná-las conscientes para um efetivo controle e ganhar uma concepção correta a partir das próprias coisas.

Essencialmente em matéria penal, procurar implementar um controle epistêmico da decisão tem por objeto a aquisição de um elemento probatório aos autos. Afinal, são as provas que iluminam o caminho do juiz em direção ao ajustamento do caso com relevância criminal. Da mesma forma, decisões que se apeguem ao princípio da “proporcionalidade” – em uma deturpada aplicação da teoria da ponderação dos “interesses” em jogo –, se constituem na encarnação de “um decidir por decidir”, por ser “juiz”, por certo, não um juiz criminal moderno.

Não se está advogando que, em uma análise positivista exegética, a tarefa de determinar os requisitos para fundamentar a busca e apreensão de dados eletrônicos seja “fácil”, um mero silogismo, um simples “colocar” das peças no perímetro correto no tabuleiro. Por isso, torna-se imperativa a aplicação crítica do Marco e a necessidade de suprir suas ausências com os fundamentos constitucionais. Isso por um prisma.

Por outro, ainda que a Lei 9.296/1996 não seja aplicável no caso em tela, por conta das distinções técnicas dos institutos, na gênese, a árvore que impôs os requisitos e pressupostos da interceptação deve ser aplicada para os dados já

³⁶⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

³⁶⁸ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método II**: complementos e índice. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2011. p. 358.

armazenados, uma mesma estrutura constitucional que produzirá os mesmos frutos lícitos.

Dworkin ressaltara que, nesses casos difíceis – nos quais seria possível, para positivistas (conceituais) uma discricionariedade judicial –, por falta de uma regra forte, deve-se observar que tais decisões aderem a pressupostos normativos indispensáveis, quais sejam, aos princípios em si. Alexy elege tais casos como aqueles em que o mero silogismo efetivado pelo juiz, em subsunção do caso penalmente relevante à regra não seria possível, sendo indispensável a aplicação da teoria da argumentação jurídica, por meio da ponderação dos princípios, tese esta utilizada de maneira deturpada pela jurisprudência no Brasil.

Para Streck, o problema persiste, pois há indagações a serem feitas: quem escolhe os princípios em colisão e quem decide sobre a tensão existente na otimização principiológica. Assim, o proceder discricionário do juiz é mantido, compreendendo a base principiológica como mandados de otimização, o que atrai a subjetividade do intérprete.³⁶⁹

Essa ponderação equivocada propiciou a aplicação, por muitos, do princípio da proporcionalidade para a admissão de provas ilícitas nos autos ou relativização da teoria das nulidades, exigindo prejuízo mesmo nas eivas absolutas.³⁷⁰

Na concepção dworkiana, tem-se uma hermenêutica que introduz o mundo prático no Direito por meio dos princípios, fechando a interpretação e diminuindo o espaço discricionário do intérprete. Por isso, defende que os princípios não abrem a interpretação, e sim fecham, limitam, reinserem a facticidade ao Direito. Os princípios, portanto, proporcionam a atividade jurisdicional por meio da fundamentação, que “é condição de possibilidade, [na qual se] publicize o sentido que será intersubjetivamente controlado, e que tenderá a manter a coerência e integridade do direito”, como Streck dispõe em sua obra.³⁷¹

O ponto fulcral da tese apresentada por Dworkin é o direito das partes de que a solução jurídica para o caso esteja de acordo com o ordenamento previamente estabelecido. Este seria o fundamento para todos os casos, sejam fáceis ou difíceis,

³⁶⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

³⁷⁰ BAHIA. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. **Processo n. 0017289-38.2017.8.05.0000**. Paciente: Franklin Costa Araújo. Impetrado: Juiz de Direito de Lapão, Vara Criminal. Relator: Nágila Maria Sales Brito. Lapão, 2017a. Disponível em: <<http://esaj.tjba.jus.br/cpo/sg/show.do?processo.codigo=P00306Y560000>>. Acesso em: 24 out. 2017.

³⁷¹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 59.

impedindo a discricionariedade judicial e o poder criativo do magistrado. A questão foco é que o citado ordenamento jurídico não seria composto apenas por regras, aplicáveis por silogismo às hipóteses facilitadas, mas também por princípios.

É por Ferrajoli que não se está defendendo a criação, pelo magistrado, de um modelo probatório autônomo para os dados armazenados em nuvem ou nos espaços físicos apreendidos. Não se trata disso. A taxatividade é importante em matéria penal e processual, essencialmente quando, historicamente, há juízes que exigem previsão legal expressa para a preservação de garantias.³⁷²

Compreende-se assim, com Gadamer, a importância que foi ganhando a definição de interpretação, inicialmente figurada como a função do tradutor e, posteriormente, passou a exercer a função de deciframento dos textos difíceis. “A ascensão triunfal dessa palavra começou com Nietzsche e passou de certo modo a representar um desafio para qualquer positivismo.”

Existirá uma realidade que permita buscar com segurança o conhecimento do universal, da lei, da regra, e que encontre aí sua realização? Não é a própria realidade o resultado de uma interpretação? A interpretação é o que oferece a mediação nunca acabada e pronta entre homem e mundo, e nesse sentido a única imediatez verdadeira e o único dado real é o fato de compreendermos algo como algo. Mesmo no âmbito das ciências naturais, a fundamentação do conhecimento não pode evitar a consequência hermenêutica de que a realidade ‘dada’ é inseparável da interpretação. Ela constitui, antes, a estrutura originária do ‘ser-no-mundo’.³⁷³

Gadamer afirma que, para a compreensão hermenêutica, o que o texto diz é o que interessa, mas a ampliação do conceito de texto depende de condições comunicativas que superam o conteúdo do escrito ou palavra. Discute-se, assim, que “o problema hermenêutico na interpretação das ordens é que estas deveriam ser cumpridas conforme seu sentido, mas a compreensão do texto é uma fase na realização de um processo de entendimento.”³⁷⁴

Mesmo na hermenêutica jurídica, em que há exigência de documentação e a elaboração das leis e contratos sempre deve ser rigorosa, há uma concretização, um espaço do jogo no qual o leitor precisa aplicar o texto. “Nesse sentido, o âmbito

³⁷² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

³⁷³ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2442370/mod_resource/content/1/VerdadeEM%C3%A9todo.pdf>. Acesso em: 24 out. 2017. p. 358.

³⁷⁴ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2442370/mod_resource/content/1/VerdadeEM%C3%A9todo.pdf>. Acesso em: 24 out. 2017. p. 358.

jurídico mostra exemplarmente até que ponto a redação deve sempre ser feita tendo-se em mente sua interpretação, ou seja, uma aplicação correta e razoável.” Dessa forma, o “[...] segundo elemento da epistemologia antigarantista é o decisionismo processual, quer dizer, o caráter não cognitivo, mas potestativo do juízo e da irrogação da pena. O decisionismo é o efeito da falta de fundamentos empíricos precisos”, conforme preleciona Gadamer.³⁷⁵

Gadamer continua salientando que “sem uma predeterminação normativa precisa dos fatos que se devem comprovar, o juízo remete, na realidade, muito mais à autoridade do juiz do que à verificação empírica dos pressupostos típicos acusatórios.”³⁷⁶ De tal forma, Ferrajoli afirma que “juris-dição” designa uma comprovação dos pressupostos da pena que se expressa em assertivas empiricamente verificáveis e refutáveis, sendo que qualquer atividade punitiva expressamente contrária a este esquema é algo distinto de jurisdição.³⁷⁷

Apenas o fechamento principiológico e o garantismo (processual) penal vedaria um juízo discricionário, segundo Dworkin. Deste modo, ainda que a ausência de um Marco Processual Penal da Internet pareça um caso de absoluta “anomia”, afastando as regras do CPP e da Lei de Interceptação Telefônica e Telemática, os preceitos indicarão o Direito para a aplicação da busca e apreensão eletrônico-digital. Streck diz que é nesse contexto que deve ser compreendida a tese da resposta constitucionalmente adequada e a necessidade de uma jurisdição constitucional.³⁷⁸

Interessante é a previsão do art. 926 do CPC ao exigir que os Tribunais devam uniformizar sua jurisprudência, mantendo-a estável, íntegra e coerente. Com a satisfação de quem contribuiu para tal redação, Streck afirma que os casos semelhantes devem proporcionar a garantia da isonômica aplicação principiológica. Assim, ressalta que só haverá coerência quando os mesmos preceitos e princípios

³⁷⁵ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2442370/mod_resource/content/1/VerdadeEM%C3%A9todo.pdf>. Acesso em: 24 out. 2017. p. 399.

³⁷⁶ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2442370/mod_resource/content/1/VerdadeEM%C3%A9todo.pdf>. Acesso em: 24 out. 2017. p. 399.

³⁷⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 46.

³⁷⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Lições de crítica hermenêutica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014a.

que foram aplicados nas decisões incidirem para os casos idênticos, sendo assegurada, na mesma linha, a integridade do Direito, a partir da força normativa da Constituição.³⁷⁹

Sobre a integridade, Streck entende que se trata de um princípio jurisdicional, capaz de exigir, dos juízes, a construção de argumentos integrados ao conjunto do Direito, constituindo uma garantia contra arbitrariedades interpretativas, impondo freios.³⁸⁰ Assim, quando se defende a aplicação de garantias processuais já “reincidentes” no contexto da interceptação, não se busca uma autossuficiência heroica do estatuto das interceptações telemáticas, mas sim a necessidade de expandir os mesmos requisitos assegurados, nesse sítio em fluxo, por um tronco fundamental que, na gênese, é o mesmo.

Nesse sentido, indaga-se sobre a distinção ontogenética entre o tratamento que deve ser ministrado às interceptações telefônicas e às comunicações já consumadas e armazenadas; da mesma forma, se a essência do sigilo, da intimidade e da privacidade não é a mesma; por fim, a questão gira em torno se, em que pese suas especificidades, os limites no ativismo e atividade probatória não deveriam existir de maneira una, inclusive suprimindo eventuais lacunas axiológicas. Pensa-se que sim.

Sem fugir de tal temática, mas em sede investigatória, utiliza-se, como exemplo, o tratamento ministrado pelo STF quanto à possibilidade de investigação direta por parte do MP.³⁸¹ Em que pese ter admitido, em casos excepcionais, a necessidade de o MP frontalmente realizar investigações criminais, o STF também traçou requisitos de legalidade e pressupostos de validade para o afastamento de eventuais arbitrariedades. A fogueira continua acesa, independentemente do inquisidor, mas não se pode evitar a necessidade de controlar tal chama, por meio da taxatividade.

³⁷⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Lições de crítica hermenêutica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014a.

³⁸⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Lições de crítica hermenêutica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014a.

³⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Recurso Extraordinário n. 593727. Reclamante: Jairo de Souza Coelho. Reclamado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: Ministro Gilmar Mendes. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 08 set. 2015b. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28593727%2E+OU+593727%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/hf95wzb>>. Acesso em: 24 out. 2017.

Não se trata de uma taxatividade atrelada apenas à eventual regra ordinária, mas aos mandados explícitos da CF/88, essencialmente em uma Carta que tem, como fundamento primaz, a dignidade da pessoa humana e os preceitos que lhe são correlatos.

Também não se objetiva inventar princípios para o preenchimento de um vácuo legislativo. No âmbito do objeto desta dissertação – a busca digital –, os preceitos existem, sendo que a invenção de um preceito ou princípio quebraria a cadeia coerentista do discurso. A integridade é uma virtude política a ser adotada por uma comunidade de princípios já existentes e, se for para confirmar a integridade e seguir coerentemente com o que vem sendo decidido, não há necessidade de se patrocinar princípios originários.

A integridade é a concretização da igualdade e, a partir da concepção de dignidade da pessoa humana, procura-se fazer a aplicação do direito como um jogo limpo. Percebe-se a impossibilidade de rechaçar o jogo hermenêutico e “decidir por decidir”, a partir da simples investidura. Trata-se de uma interpretação da história que deve ser coerente e “adequadamente continuada”, legitimando a difícil posição quanto à inexistência de lei infraconstitucional para reger a busca de conteúdos estanques. Streck ressalta a força normativa dos preceitos constitucionais, o que não afasta a vinculação do magistrado às regras constitucionais existentes:

Eis o ‘ovo da serpente’. Obedecer à risca o texto da lei democraticamente construída não tem nada a ver com a ‘exegese’ à moda antiga (positivismo primitivo). No primeiro caso, a moral ficava de fora; agora, no Estado Democrático de Direito, ela é co-originária. Falamos hoje, pois, de uma ‘outra’ ou de uma nova legalidade. Como exemplo, cito a ‘literalidade’ do art. 212 do CPP. Ora, aplicar o dispositivo em tela é não só obedecer (também) ‘literalmente’ a Constituição, como institucionalizando o sistema acusatório, tão reclamado pelos processualistas penais. A legalidade reclamada, neste caso, é uma legalidade constituída a partir dos princípios que são o marco da história institucional do direito; uma legalidade, enfim, que se forma no horizonte daquilo que se foi, prospectivamente, estabelecido pelo texto constitucional.³⁸²

Assim, cumprir “a letra da lei” configura um avanço considerável não apenas quanto ao cumprimento de regra infraconstitucional, como também quanto à observância por meio da consignação de eficácia constitucional, convencional, fundamental. E isso não é assumir uma postura positivista.

Para Streck, Kelsen, Hart e Ross foram positivistas, sendo que todos aqueles que apostam em uma discricionariedade judicial ou em “ativismos judiciais

³⁸² STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 162.

irresponsáveis” também o são.³⁸³ Portanto, não há grau zero de atribuição do sentir, pois o intérprete deve estar atento à tradição, compreendendo os seus “pré-juízos como pré-juízos, promovendo uma reconstrução do direito, perscrutando de que modo um caso similar vinha sendo decidido até então”, confrontando os precedentes com as novas práticas sociais – a “nova” tecnologia –, o que provoca um choque de paradigmas e valoriza o papel da dogmática e da transdisciplinariedade do Direito.³⁸⁴

Streck destaca que o positivismo normativista pós-kelseniano merece críticas pela admissibilidade de discricionariedades e arbitrariedades, com decisões solipsistas, isso porque considera superado o positivismo exegético, que mencionava o juiz como a “boca da lei”, com toda argumentação jurídica tributando seus méritos aos Códigos, com estrutura de verdadeiros textos sagrados que, posteriormente, apresentaram problemas pertinentes à interpretação. Por entender ter sido superada a visão positivista documental e exegética, Streck deixa claro que sua maior preocupação é em explorar um problema que surge no já comentado segundo momento do positivismo e que perdura de modo difuso – no imaginário dos juristas –, a ideia de discricionariedade ou decisionismo.³⁸⁵

Não se trata de defender o juiz como espelho da lei, em nome de uma taxatividade acrítica ou, ainda, que “essa quadra da história” seja conduzida por argumentos que afastam o conteúdo da lei, pois literalidade e ambiguidade são conceitos intercambiáveis. A questão se situa na necessidade de limitar o arbítrio do julgador mediante uma jurisdição constitucional. Torna-se, portanto, imprescindível o afastamento de tudo que possa impedir alguém de compreendê-la a partir da essência da coisa em discussão. “São os preconceitos não percebidos os que, com seu domínio, nos tornam surdos para a coisa de que nos fala a tradição.” É só o reconhecimento do caráter essencialmente preconceituoso de toda compreensão que pode levar a questão hermenêutica a uma posição aguda, como defende Streck.³⁸⁶

Seguindo a história do conceito, Gadamer (1999, p. 361) demonstra que é somente na *Aufklärung* que a definição de preconceito absorveu o matiz negativo que agora se apresenta. Para a jurisprudência, “é uma pré-decisão jurídica, antes de

³⁸³ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 163.

³⁸⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 94.

³⁸⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014b.

³⁸⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014b. p. 37.

ser baixada uma sentença definitiva.” Em tese, uma redução de chances para aquele que trava o jogo processual. Por isso, Gadamer salienta que *préjudice*, em francês, assim como *praeiudicium*, tem o significado de dano, prejuízo ou desvantagem. Em contrapartida, o autor afirma que preconceito seria um falso juízo, pois pode ser valorado positiva ou negativamente, mas, na linguagem moderna, o termo alemão *Vorurteil*, assim como o francês, assumem a faceta de juízo sem fundamentação.³⁸⁷

De tal forma, apenas a fundamentação, com a garantia do método, confere ao juízo (do juiz) sua dignidade. A falta de fundamentação não deixa espaço a outros modos de validade da decisão, pois significa que o juiz não tem um fundamento no caso concreto, tornando-se um juízo sem fundamento.

Nessa esteira, indaga-se se se deve ser rechaçado o preceito da dúvida cartesiana e abraçado o Marco Civil da Internet com todas as suas omissões. Como efeito cascata, também se pergunta se devem ser legitimadas as decisões judiciais de quebra do sigilo estanque regidas por um positivismo exegético, uma discricionariedade absoluta frente à ausência de previsão legal em completude. Pensa-se que não.

Não se pode julgar com presunções, com escolhas de respostas supostamente corretas não ministradas pelo legislador. Por ora opta-se, nesse caso, em não aceitar por certo nada sobre o que exista alguma dúvida, junto com a concepção do método que corresponda a essa exigência. Isso é a taxatividade a ser aplicada no âmbito processual penal e no controle epistêmico da prova.

Não se trata de sujeição à Lei de maneira acrítica, como um silogismo feito pelo positivismo aos casos fáceis. Nesse passo, afasta-se a aplicação da descrição legal pertinente à busca e apreensão do CPP aos casos de coleta informática e da regra da interceptação telemática no fluxo de igual forma rechaçada do conteúdo armazenado em compartimentos físicos. Mas deve-se manter uma integridade com essas regras à luz de uma genealogia comum, qual seja, a constitucional.

³⁸⁷ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2442370/mod_resource/content/1/VerdadeEM%C3%A9todo.pdf>. Acesso em: 24 out. 2017. p. 361.

Diz Conde que “o vínculo do juiz com a lei é, portanto, no plano dos princípios, algo que ninguém discute, embora, então, no plano da realidade prática, deixe muito a desejar.”³⁸⁸

Gadamer discute sobre a radicalidade da *Aufklärung*, em se impor frente à Sagrada Escritura e à sua interpretação dogmática. A tarefa não é fácil, pois o escrito tem a suposta “[...] palpabilidade do que é demonstrável, é como uma peça comprobatória. Torna-se necessário um esforço crítico especial para nos libertarmos do preconceito cultivado a favor do escrito e distinguir [...]” entre opinião e verdade. Indaga-se se é possível não conceder autoridade à Lei 12.965/2014 e decidir tudo diante do “Tribunal” da razão, sendo respondido que sim, pois a possibilidade de veracidade existente na tradição está atrelada à credibilidade que a razão lhe concede. Não se trata, entretanto, em ignorar o escrito, mas perceber os vazios ordinários e preenchê-los com a previsão constitucional.³⁸⁹

A lei proporcionou avanços principiológicos quanto à fruição da Internet no Brasil, mas, com sua multidisciplinariedade e variedade temática, tentou suprir o vácuo existente em diversos campos do Direito, como o Civil, o Processual e o Penal. É mister ir além, chegar até um novo Marco, o Processual Penal da Internet.

É preciso substituir o mito pelo rito. O esquema da superação do *mythos* pelo *logos*, com descrição precisa capaz de limitar o livre convencimento (des)motivado, trazendo regras quanto à representação e pedido da ascensão aos elementos eletrônicos de conteúdo, vedando a decretação oficiosa, o contraditório obrigatório após a apreensão, num momento posterior de acessar o conteúdo, mantendo sua integridade.

Toda interpretação límpida tem que permanecer protegida da arbitrariedade de intuições repentinas e da estreiteza dos hábitos de pensar imperceptíveis, voltando seu olhar para as coisas nelas mesmas. Essa permissão de ser influenciado frontalmente pela coisa é “a tarefa primeira, constante e última” a ser tomada pelo intérprete, e não uma decisão heroica. O importante é a manutenção da visão direcionada à coisa, por meios de todos os caminhos aos quais o intérprete

³⁸⁸ CONDE, Francisco Munoz. **Busqueda de la verdad em el proceso penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 2000. p. 28, tradução nossa.

³⁸⁹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2442370/mod_resource/content/1/VerdadeEM%C3%A9todo.pdf>. Acesso em: 24 out. 2017. p. 134.

constantemente se vê submetido em virtude das ideias que lhe surgem, como pressupõe Gadamer.³⁹⁰

O autor continua e afirma que as características de volatilidade, intangibilidade e imperceptibilidade merecem um tratamento legal distinto, posto que são peculiaridades que não podem ser ignoradas. Assim, o que paralisa e acaba por constatar um diferencial no uso da linguagem é a experiência do susto que um texto ocasiona, pela inexistência de qualquer sentido, pois seu sentido não se amolda com as expectativas dos sujeitos.³⁹¹

A questão, portanto, está em compreender um texto disposto a deixar “que ele lhe diga alguma coisa. Por isso, uma consciência formada hermeneuticamente deve, desde o princípio, mostrar-se receptiva à alteridade do texto.” E, no Estado Democrático de Direito – influenciado por um sendo comum teórico –, inexorável é a necessidade de se implementar, em termos de prova no processo penal contemporâneo, “um preconceito contra os preconceitos em geral” e, com isso, se efetivar uma despontenciação da tradição inquisitória. É só o fundamento, “a garantia do método, que confere ao juízo sua dignidade.” Não há outros modos de validade. Não se admite um juízo sem fundamento, um juízo que não tenha motivação na coisa em questão, como dispõe Gadamer em sua obra.³⁹²

Dessa forma, pergunta-se como saber se a metodologia de preservação da prova digital fora respeitada e se o trajeto internacional – descoberto pela unilateralidade e inexistência de cooperação –, não disseminou ilicitudes no material eletrônico. Aqui, parece pertinente o preceito da dúvida cartesiana de rechaçar tudo que provoque a insegurança, junto com a concepção metodológica que se adequa a tal exigência.

Se o Marco não apresentou as fortes regras orientadoras que afastariam essas dúvidas precisa-se, na decisão judicial de quebra dos dados, de uma

³⁹⁰ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2442370/mod_resource/content/1/VerdadeEM%C3%A9todo.pdf>. Acesso em: 24 out. 2017. p. 356.

³⁹¹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2442370/mod_resource/content/1/VerdadeEM%C3%A9todo.pdf>. Acesso em: 24 out. 2017. p. 356.

³⁹² GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2442370/mod_resource/content/1/VerdadeEM%C3%A9todo.pdf>. Acesso em: 24 out. 2017. p. 358.

fundamentação empírica pautada nos princípios constitucionais de eficácia imediata, ainda que o operador jurídico e a dogmática tradicional apresentem o (apócrifo) hábito – denunciado por Queiroz –, de sujeitar a aplicabilidade da Regra Constitucional à existência de lei ordinária prescrevendo a matéria.³⁹³

Não se trata de uma permissão para usurpar a função legislativa ou uma confusão terminológica entre as funções de julgar e legislar. Não se clama, por essa vertente, em criar requisitos e pressupostos estranhos ao termômetro constitucional. As regras do jogo estão aí, na Constituição e direitos convencionais, mas é necessário que a autoridade, com uma pré-compreensão constitucional, tenha coragem de se servir de teu próprio entendimento a fim de se evitar o decisionismo.

O direito à intimidade, à vida privada, à inviolabilidade domiciliar e ao segredo dos dados e das comunicações são preceitos que, tradicionalmente, estão consagrados na Ordem Constitucional. O Marco Civil da Internet surgiu em 2015, mas isso não permitiu (ao menos não deveria) que o sigilo eletrônico armazenado permanecesse desprotegido na década de 90 e nos primeiros 14 anos desse Século.

Hodiernamente, é inegável que os princípios constitucionais gozam de força normativa e eficácia jurídica e, para Carnacchioni, “[...] passa a ser construída uma teoria dos direitos fundamentais, toda ela baseada no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.”³⁹⁴

Como exposto por Ribeiro, os direitos da personalidade são direitos subjetivos, essenciais, inatos, vitalícios e fundamentais para resguardar a dignidade da pessoa humana. Tem como características a imprescritibilidade, a inalienabilidade, a irrenunciabilidade, a inviolabilidade, a universalidade, a relatividade, a efetividade e a aplicabilidade imediata nas relações privadas. A Constituição da República é a norma suprema do ordenamento jurídico, sendo que as demais normas e atos jurídicos lhe devem obediência formal e material.³⁹⁵

“No entanto, tratando-se do sistema jurídico de um país no qual, historicamente, o desrespeito à norma constitucional se fez costumeiro [...]”, motivos

³⁹³ QUEIROZ, Paulo de Souza. **Direito Penal**: parte geral. 12. ed. rev., ampl. e atual. Salvador, JusPodivm, 2016a.

³⁹⁴ CARNACCHIONI, Daniel Eduardo. **Curso de Direito Civil, parte geral**. 3. ed. Salvador: Juspodium, 2012. p. 41.

³⁹⁵ RIBEIRO, Tiago Santos. Direito ao esquecimento como decorrência dos direitos da personalidade e da dignidade da pessoa humana. **Jus.com.br**, Teresina, set. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/52214/direito-ao-esquecimento-como-decorrenca-dos-direitos-da-personalidade-e-da-dignidade-da-pessoa-humana>>. Acesso em: 24 out. 2017.

distintos levavam ao reconhecimento do verdadeiro desprezo quanto às potencialidades da Norma Constitucional como fonte de um direito vivo, próximo da realidade social brasileira, configurando-se, portanto, numa “discricionariedade à brasileira”, como afirmam Farias e Rosenvald.³⁹⁶

3.9 A INSUFICIÊNCIA DO MARCO CIVIL: PELA IMPOSIÇÃO DE *STANDARS* PROBATÓRIOS

No Marco Civil não há, por exemplo, um rol taxativo de infrações que permita a decretação da busca e apreensão digital ou o acesso a dados eletrônicos armazenados. Se, na Lei 9.296/1996, a interceptação exige – do delito em abstrato destinatário da medida –, um preceito secundário impondo a pena de reclusão, nos conteúdos estanques não há tal prescrição.

Persistem, portanto, as falhas da lei para afirmar que o juiz competente não poderá decretar, de ofício, a coleta dos dados eletrônicos armazenados, algo que fora motivo de silêncio (eloquente) no Marco Civil. Isso propicia um elo claro com o preceito da imparcialidade, corolário lógico da previsão descrita no art. 5º, incisos XVII e LIII da Carta Magna.³⁹⁷

Importante perceber que, absurdamente, a Lei 9.296/1996 – aplicável aos casos de interceptação telemática e coleta eletrônica no fluxo –, em seu art. 3º, permite que o magistrado – mesmo na fase inquisitorial, na primeira etapa da *persecutio criminis* –, possa decretar a medida cautelar sem provocação, ou seja, oficiosamente.

Para Giacomolli, o direito à atividade probatória pertence às partes e não ao julgador, situação que afasta a determinação probatória *ex officio*. O magistrado é o “[...] terceiro imparcial [sendo] [...] o destinatário da prova, não podendo ser confundido com o próprio remetente, sob pena de grave patologia.”³⁹⁸

Assim, indaga-se como se poderia confiar em um juiz que, na etapa preliminar, sem ser provocado, usurpando uma atribuição acusatória, entende pela

³⁹⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**: parte geral e LINDB. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2012. p. 62.

³⁹⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 24 out. 2017.

³⁹⁸ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. Cases da Corte Interamericana, do Tribunal Europeu e do STF. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2015. p. 175.

captação de dados telemáticos, seja no fluxo, armazenados em nuvem ou compartimento físico. E pior, a resposta para esse questionamento passa pelos institutos da antecipação, da precipitação e da prevenção, pois o julgador que impõe essa cautelar de ofício será, em alguns casos, o mesmo que julgará a pretensão acusatória objeto da situação jurídico-processual.

Ao terem essa matéria sob sua apreciação, os Tribunais permanecem aplicando um famigerado “preceito” da confiança no magistrado da “causa”, num contexto antidemocrático de manifestação da (pré)compreensão inquisitorial, cujo suporte teórico perfeito seria o Manual dos Inquisidores.

De tal forma que, se a dogmática critica a previsão oficiosa existente na Lei de Interceptação Telefônica e Telemática – por um prisma de integridade do sistema doutrinário, pois o Direito não é apenas a lei ou o que os juízes dizem sobre ela –, as mesmas linhas devem ser escritas no tocante à apreensão dos dados.

Mas há posicionamento oposto, pois Greco Filho acredita que não se deve entregar, ao juiz, poderes investigatórios que comprometam sua imparcialidade, mas, em casos excepcionais, inclusive complementando à prova anteriormente requerida, “para dirimir ponto duvidoso relevante”, não se vislumbraria inconstitucionalidade na autorização mencionada.³⁹⁹

Com a técnica que lhe é peculiar, Lopes Jr. vai além do que a dogmática convencional já tenha abordado. O autor não se apegua à etapa da medida oficiosa, sendo que o local da fala não é, nesse ponto, relevante, pois, nesse contexto, o juiz não pode agir de ofício. Seja na fase inquisitorial ou na instrução processual penal, a provocação pelo delegado ou MP soa como imprescindível, a fim de evitar a contaminação psíquica do julgador.⁴⁰⁰

Bobbio afirma que a delimitação das regras não basta, pois “é preciso que se saiba, para além dela contra quem se está jogando e qual conteúdo ético e axiológico do próprio jogo.” É imprescindível, em tal prisma, que os agentes em cena assumam sua faceta ideológica, que as máscaras de uma objetividade e neutralidade inexistentes caiam por terra. Nas palavras de Bobbio, democracia exige que os sujeitos se assumam ideologicamente e que “o juiz procure, à vista dos resultados práticos do direito, assumir um compromisso efetivo com as reais

³⁹⁹ GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação telefônica**: considerações sobre a Lei 9.296, de 24 de julho de 1996. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 53.

⁴⁰⁰ LOPES JR., Aury. **Curso de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2016.

aspirações das bases sociais. Exige-se não mais a neutralidade”, porém, uma postura ideológica, que entenda o princípio da imparcialidade como uma meta a ser atingida no exercício jurisdicional, “[...] razão por que se busca criar mecanismos capazes de garanti-la.”⁴⁰¹

Nesse passo, com o encaminhamento do auto de prisão em flagrante ou do caderno inquisitivo, se não houver provocação da autoridade policial ou do MP – pela quebra do sigilo quanto aos dados armazenados, em compartimentos eletrônicos supostamente apreendidos no momento da prisão flagrancial –, a única decisão possível ao magistrado é aquela que reconhece a ausência de pertinência temática dos aparelhos e que determine sua restituição.

Faz sentido investigar, ainda, a necessidade de proporcionalidade na aplicação do instituto tratado no art. 7º do Marco Civil tecnológico sob o prisma temporal, além da viabilidade jurídico-processual de ressuscitar cadáveres digitais mediante a coleta do conteúdo de décadas, com anos de armazenamento.⁴⁰²

Na regra atinente à interceptação telemática, tem-se o requisito temporal proporcional que logo fora objeto de extensão por parte da jurisprudência, permitindo, inclusive, que o prazo de 15 dias, prorrogáveis por mais 15, fosse transformado em 30 dias na primeira decretação ou prorrogado quantas vezes fosse necessário à investigação.⁴⁰³

São posições como a de Greco Filho se inclinando em afirmar que a lei não limita o número de prorrogações possíveis, devendo ser compreendida pela necessidade para investigação e, considerando o prazo máximo de 30 dias exíguo, acabam “autorizando” decisões judiciais que permitem reiteradas dilações. Se arriscando numa seara semântica, o mesmo autor salienta que apenas uma leitura apressada do art. 5º da Lei 9.296/1996 poderia crer que a prorrogação seria uma.

⁴⁰¹ BOBBIO, 1986, p. 12 apud COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro. **Separata ITEC**, ano 1, n. 4, p. 2-17, jan./mar. 2000. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/74842150/IntroducaoaosPrincipiosGeraisdoDireitoProcessualPenalBrasil2005>>. Acesso em: 24 out. 2017. p. 5.

⁴⁰² BRASIL. Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, DF, 24 abr. 2014a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 24 out. 2017.

⁴⁰³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 53294. Recorrente: Sedinei Oliveira dos Santos. Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Jorge Mussi. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 20 set. 2017a. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/504973160/recurso-ordinario-em-habeas-corporus-rhc-53294-rs-2014-0284284-1>>. Acesso em: 24 out. 2017.

Para ele, “pois uma vez”, no texto legal não é adjunto adverbial, mas preposição. Assim encerra, reclamando da inexistência de uma “vírgula”, o que facilitaria um método positivista ortodoxo e acrítico de dialogar com o objeto da interpretação.⁴⁰⁴

A inobservância desse prazo legal seria razoável e proporcional, como se existisse um “[...] razoavelômetro para medir a extensão do razoável”, como prelecionam Streck e Oliveira.⁴⁰⁵ Inversamente, pensa-se com Lopes Jr. que duas das características das medidas acautelatórias – mesmo as de caráter probatório – são a provisoriedade e a provisionalidade, sendo que tais institutos são temporários e situacionais, pois duram enquanto durar o estado de coisas que a ensejou.⁴⁰⁶

No âmbito das interceptações, a razão temporal aponta para a preservação do prazo previsto no art. 5º da norma de regência, pela duração razoável das medidas cautelares, bem como o respeito à taxatividade, mesmo em matéria procedimental, como já defendido. A reivindicação de um limite temporal para a captação pretérita de conteúdo digital armazenado em nuvem ou aparelhos informacionais, entretanto, pode ser taxada de inédita, flagrantemente minoritária ou como uma discussão ausente na jurisprudência.

Isso se não se olhar mais longe. Muitos dirão, como já acentuaram, que a busca e apreensão – por captarem o passado –, poderiam ter uma regressão perpétua, coletando documentos com anos de armazenamento, por não se tratar de interceptação.

Por outro lado, percebe-se a necessidade de compreensão harmônica do sistema jurídico, sem paralelismo, por exemplo, entre o Direito Processual Penal e a CF/88. Assim, “os Códigos passam a interagir com a Constituição Federal em um verdadeiro ‘diálogo das fontes’”, como dispõe Carnacchioni.⁴⁰⁷

É o direito ao esquecimento, que não assegura o apagar de sua história. Assegura, entretanto, a possibilidade de dialogar sobre a finalidade de apreensão e acesso a dados pretéritos – sitiados em um passado “distante” –, pelos órgãos de persecução penal.

⁴⁰⁴ GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação telefônica**: considerações sobre a Lei 9.296, de 24 de julho de 1996. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 55.

⁴⁰⁵ STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomas de. **O que é isto**: as garantias processuais penais? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 55.

⁴⁰⁶ LOPES JR., Aury. **Curso de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2016.

⁴⁰⁷ CARNACCHIONI, Daniel Eduardo. **Curso de Direito Civil, parte geral**. 3. ed. Salvador: Juspodium, 2012. p. 40.

Essa proteção é indispensável atualmente e já existe orbitando em outras searas. A temática esteve presente na VI Jornada de Direito Civil, o que propiciou a aprovação do Enunciado n. 531, tutelando a dignidade da pessoa humana com a inclusão do direito ao esquecimento. A justificativa teve sede nos danos provocados pelas novas tecnologias de informação que se acumulam no ciberespaço.

O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados.⁴⁰⁸

Ribeiro destaca que o direito ao esquecimento teve seu nascedouro no Direito Penal, atrelado à ressocialização e reabilitação, possuindo poucos reflexos processuais, essencialmente em matéria probatória. No Direito Civil, o esquecer está conectado ao aspecto midiático, sendo o direito de ser esquecido um direito da personalidade, não previsto na legislação, mas socialmente reconhecido e protegido no ordenamento jurídico. “Fruto de uma construção doutrinária, o direito ao esquecimento decorre da própria dignidade da pessoa humana.”⁴⁰⁹

O direito ao esquecimento é também chamado de “direito de ser deixado em paz” ou o “direito de estar só” e surge nesse conflito, “sendo definido como o direito que uma pessoa possui de não permitir que um fato, ainda que verídico ocorrido em determinado momento de sua vida seja exposto ao público em geral”, causando-lhe graves transtornos, como leciona Cavalcante.⁴¹⁰

O Marco também não trouxe qualquer dispositivo prescrevendo os elementos constitutivos da decisão cautelar de busca, a fim de serem exigidos elementos empíricos para a fundamentação cautelar. Questiona-se, portanto, até que ponto a suposta posse da verdade absoluta e antecipada por um magistrado – ainda em sede de decretos cautelares, *inaudita altera pars* –, influencia a imposição de métodos ocultos de investigação sem controle epistêmico.

⁴⁰⁸ CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL; CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS. **VI Jornada de Direito Civil**. Brasília, DF, 2013. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/vijornadadireitocivil2013-web.pdf>>. Acesso em: 24 out. 2017. p. 89.

⁴⁰⁹ RIBEIRO, Tiago Santos. Direito ao esquecimento como decorrência dos direitos da personalidade e da dignidade da pessoa humana. **Jus.com.br**, Teresina, set. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/52214/direito-ao-esquecimento-como-decorrenca-dos-direitos-da-personalidade-e-da-dignidade-da-pessoa-humana>>. Acesso em: 24 out. 2017.

⁴¹⁰ CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Principais julgados do STF e STJ comentados**. Manaus: Dizer o Direito, 2014. p. 198.

A primeira possibilidade se refere ao fato de que os juízes têm aplicado o art. 7º do Marco de maneira taxativa, sem integridade, sem coerência e sem fundamento constitucional, na verdade, sem qualquer fundamentação. A segunda possibilidade é o enfrentamento da necessidade de ordem judicial (porque existe) pisando em elementos meritórios, reconhecendo uma responsabilidade penal antecipada mesmo antes do encerramento da instrução criminal e de proferida eventual sentença condenatória. São os crimes graves e a necessidade de combater a cibercriminalidade capazes de quebrar não apenas os dados, como também a instrumentalidade, característica de qualquer medida antecipada e, conseqüentemente, aquela que deveria ser a *ultima* se transforma em *prima ratio*.

Em arremate, resta demonstrado que o Marco Civil da Internet peca, e muito, nos aspectos processuais penais, especialmente em matéria probatória, diante da ausência de descrição procedimental explícita de fortes regras orientadoras capazes de trazer uma segurança infraconstitucional à aplicação da busca e apreensão dos dados eletrônicos armazenados em compartimentos físicos ou na nuvem.

Entretanto, isso não impede a aplicação de medida cautelar com a incidência principiológica constitucional, uma jurisdição fundamental capaz de entregar uma resposta adequada ao caso concreto e suprir a ausência dos critérios do Marco, no tocante a temas como cooperação internacional, proporcionalidade, legitimidade e prazo para aceder a dados pretéritos – objeto da diligência –, afastando o decisionismo.

Nessa linha, Prado ressalta que um processo penal regido pela “[...] presunção de inocência deve tutelar com muito cuidado a atividade probatória, por meio de adoção de um rigoroso sistema de controles epistêmicos que seja capaz de dominar o decisionismo [...]”, que é a possibilidade de decisão arbitrária, dependendo unicamente da autoridade de decidir.⁴¹¹

3.10 A CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA DIGITAL

Recentemente, o autor desta dissertação atuou profissionalmente – como advogado –, em um processo com imputação de tentativa de homicídio – no qual a vítima do fato penalmente relevante teria lançado um explosivo em forma de uma

⁴¹¹ PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistemas de controles epistêmicos**: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014b. p. 11.

“bola de bilhar” na residência do réu, atingindo um de seus filhos menores –, o que provocou uma ação em legítima defesa por parte do réu. No dia da sessão de julgamento no Tribunal do Júri, o artefato não estava mais nos autos. O exame pericial, as fotos ou a própria coisa havia desaparecido, caracterizando uma inutilização probatória sem oitiva defensiva.⁴¹²

Em outro caso, uma acusação de homicídio qualificado contra um patrocinado se lastreava em imagens captadas por uma câmera localizada na residência à frente do local em que o delito teria sido praticado. Ocorre que, ao retirar os autos, a Promotora de Justiça – com atribuições no juízo competente –, perdeu a mídia que absorvera as imagens, permanecendo apenas os “prints” do que fora coletado pela câmera. Naquela oportunidade, fora manifestado o trecho abaixo antes de ser iniciada a sessão de julgamento pelo Tribunal do Júri:

Preliminarmente, como forma de evitar futura nulificação dessa sessão de julgamento, restando comprava a quebra da cadeia de custódia das provas, como forma de preservar o preceito da plenitude de defesa, e por conta da danificação e desaparecimento da prova digital onde existiam supostas imagens relativas ao fato, requer que seja vedada à acusação a utilização de quaisquer fotos, alegações nos debates ou depoimentos que tenham nexos com esse elemento probatório que a acusação extirpou dos autos.⁴¹³

Com parecer Ministerial favorável ao aludido pleito, o juízo competente deferiu o pedido e vedou que a acusação utilizasse de qualquer forma, ainda que indiretamente, a referida prova ou fizesse menção desta nos debates.

Pensar em uma situação jurídico-processual sem contraditório é desconsiderar a essência genética do processo penal, e o próprio princípio do contraditório, fator que influencia, no cerne, a matéria probatória.

Para Fazzalari, o contraditório não é apenas uma qualidade processual, mas materializa, como pressuposto, uma nota indispensável à sua própria definição: “só o procedimento regulado de modo a que dele participem aqueles em cuja esfera

⁴¹² BAHIA. **Processo n. 0162058-20.2009.8.05.0001**. Apelante: Ubirajara Costa Carvalho. Apelado: Ministério Público. Procurador: Aurea Lucia Souza Sampaio Loepp. Salvador, 2017b. Disponível em: <<http://esaj.tjba.jus.br/cpo/sg/search.do?paginaConsulta=1&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=UNIFICADO&numeroDigitoAnoUnificado=0162058-20.2009&foroNumeroUnificado=0001&dePesquisaNuUnificado=0162058-20.2009.8.05.0001&dePesquisa=>>>. Acesso em: 24 out. 2017.

⁴¹³ BAHIA. **Processo n. 0314091-10.2013.8.05.0080**. Recorrente: Wallassy Silva Bastos. Recorrido: Ministério Público. Promotor: Semiana Silva de Oliveira Cardoso. Salvador, 2017c. Disponível em: <<http://esaj.tjba.jus.br/cpo/sg/search.do?paginaConsulta=1&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=UNIFICADO&numeroDigitoAnoUnificado=0314091-10.2013&foroNumeroUnificado=0080&dePesquisaNuUnificado=0314091-10.2013.8.05.0080&dePesquisa=>>>. Acesso em: 24 out. 2017.

jurídica o ato final produzirá efeitos, em simetria de paridade, pode ser chamado de *processo*.”⁴¹⁴

Ainda na esteira da doutrina majoritária, Gomes Filho sublinha a existência de dois elementos estruturais do contraditório: a informação e a reação. Define, portanto, a faceta informativa como a ciência efetiva de tudo que acontece no processo e ainda adverte “[...] que no segundo momento, o contraditório adquire uma feição dinâmica, caracterizando-se pela participação ativa dos seus protagonistas em todos os atos do procedimento.”⁴¹⁵

Por fim, entretanto, Gomes Filho assinala que é praticamente impossível a aplicação do contraditório com a intervenção da acusação e da defesa na fase investigatória, considerando-se “[...] a rotina da atividade policial, que certamente a transformaria numa mera formalidade.”⁴¹⁶

A postulação da doutrina pela aplicação de um contraditório antecipado não é desarrazoada, lógico, respeitando as formalidades de um procedimento investigatório, forma essa capaz de garantir a eficácia da etapa preliminar. Veja-se, por conseguinte, que o art. 283, §3º do CPP prescreve a possibilidade da oitiva daquele que é destinatário de um pedido cautelar, medida acautelatória pessoal que pode ser decretada na fase policial.⁴¹⁷

Gadamer ressalta que as opiniões representam uma infinidade de possibilidades mutáveis, mas, dentro dessas interpretações, “nem tudo é possível, e quem não ouve direito o que o outro está dizendo acabará por não conseguir integrar o mal-entendido em suas próprias e variadas expectativas de sentido.” Desse modo, quando se ouve alguém ou quando se empreende uma leitura, não é necessário que sejam esquecidas todas as opiniões prévias sobre seu conteúdo e todas as opiniões próprias. O que se exige é simplesmente a abertura para a opinião do outro e do texto. Tal abertura, entretanto, implica em interagir o opinativo alheio com o conjunto de todas as opiniões.⁴¹⁸

⁴¹⁴ FAZZALARI, 1989, p. 37 apud GOMES FILHO, Antonio Magalhaes. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: RT, 1997. p. 135, grifo do autor.

⁴¹⁵ GOMES FILHO, Antonio Magalhaes. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: RT, 1997. p. 138.

⁴¹⁶ GOMES FILHO, Antonio Magalhaes. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: RT, 1997. p. 145.

⁴¹⁷ BRASIL. Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial [da] União**, Rio de Janeiro, 24 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 24 out. 2017.

⁴¹⁸ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999. Disponível em:

Em um processo penal – no qual a imparcialidade do juiz está atrelada à necessidade de “ouvir os parciais” –, o contraditório assume uma roupagem de indispensabilidade em todas as etapas que constituem a atividade probatória, mesmo na fase investigatória, em que pese a já comentada banalização das medidas probatórias unilaterais e cautelares, ou seja, os métodos ocultos de persecução.

Traçando considerações sobre o Direito Processual Penal desde a restauração da democracia espanhola, Colomer questiona: “até que ponto a redução da garantia é justificada para reparar o dano que está causando em nossa sociedade a criminalidade organizada?”.⁴¹⁹

Para tanto, Colomer responde que não é preciso restringir o direito de defesa, o contraditório ou ser menos exigente em matéria probatória, vulnerando a presunção de inocência para acabar com os graves casos criminais. Ao contrário, é necessário antecipar essa paridade de armas, ao mesmo tempo em que se dota a polícia com métodos científicos e eficazes de investigação, com a observância aos direitos fundamentais e contribuindo para a descoberta das atividades criminosas, do processamento e da eventual condenação dos responsáveis, reduzindo o grau de extensão da impunidade.⁴²⁰

Defendendo os elementos norteadores de um sistema adversarial em detrimento do sistema acusatório formal-misto, Colomer salienta a importância do papel desempenhado pelo advogado ou defensor público durante toda a persecução criminal, em atendimento ao preceito do contraditório. O autor considera esse papel como sendo um labor defensivo concentrado nos aspectos técnicos, prescrevendo, entretanto, que a lei deve “aumentar a sua figura, colocando-a exatamente em consonância com a acusação, também na fase de investigação do crime, e especialmente quando a polícia o manda, o que agora, especialmente no caso de defesa gratuita, não é muito menos.”⁴²¹

Em assemelhado contexto e tratando da lógica inquisitorial unidirecional e deforme, Cordero afirma que “a solidão abraçada pela configuração inquisitorial de

<https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2442370/mod_resource/content/1/VerdadeEM%C3%A9todo.pdf>. Acesso em: 24 out. 2017. p. 358.

⁴¹⁹ COLOMER, Juan Luis Gómez. **Temas dogmáticos y probatorios de relevância em el proceso penal del siglo XXI**. Santa Fé: Rubinzal; Culzoni, 2010. p. 85, tradução nossa.

⁴²⁰ COLOMER, Juan Luis Gómez. **Temas dogmáticos y probatorios de relevância em el proceso penal del siglo XXI**. Santa Fé: Rubinzal; Culzoni, 2010.

⁴²¹ COLOMER, Juan Luis Gómez. **Temas dogmáticos y probatorios de relevância em el proceso penal del siglo XXI**. Santa Fé: Rubinzal; Culzoni, 2010. p. 89, tradução nossa.

processo, mediante um desamor ao contraditório, propicia quadros mentais paranoicos” propiciados por um desamor ao contraditório.”⁴²²

Na linha dessa unilateralidade inquisitorial, ainda vigente no processo penal (anti)democrático brasileiro, como menciona Cordero, o inquisidor trabalha como quiser a fim de determinar se as pistas são boas ou não. Quanto à proibição de implementar a tortura psicológica, por exemplo, basta fingir que os segmentos probatórios acolhidos foram outros, essencialmente nos casos em que o imputado desconhece todo o manancial de convicção.⁴²³

Na mesma lauda, ao traçar considerações sobre o direito de defesa e de contraditório, Calamandrei considera “[...] acertada a lei que define como uma ofensa à lealdade processual manobras que tentem minorar o direito de defesa e contraditório.”⁴²⁴

Coutinho define o preceito do contraditório como a “necessidade de se dar às partes a possibilidade de exporem suas razões e requererem a produção das provas que julgarem importantes para a solução do caso penal.”⁴²⁵

Por derradeiro, sendo o contraditório uma garantia esculpida no art. 5º, inciso LV da CF/88, Coutinho entende que não pode ser objeto de restrição, “[...] salvo quando esbarrar em outro princípio também previsto na Constituição, como ocorre, por exemplo, nas hipóteses em que são protegidos os direitos à intimidade e à privacidade.”⁴²⁶

Khaled Júnior e Rosa comentam sobre o fascínio pelo oculto inquisitório. Não para introduzir inexoravelmente o contraditório na fase policial, mas para consignar a “[...] obediência ao comando democrático e simulado de acessibilidade.”⁴²⁷

⁴²² CORDERO, Franco. **Guida alla procedura penale**. Roma: UTET, 1986. p. 51, tradução nossa.

⁴²³ CORDERO, Franco. **Guida alla procedura penale**. Roma: UTET, 1986.

⁴²⁴ CALAMANDREI, Piero. Il processo come giuoco. **Rivista di Diritto Processual**, Padova, v. 5, n. 1, p. 23-51, 1950. Disponível em: <sitecompleto>. Acesso em: 24 out. 2017. p. 40, tradução nossa.

⁴²⁵ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro. **Separata ITEC**, ano 1, n. 4, p. 2-17, jan./mar. 2000. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/74842150/IntroducaoaosPrincipiosGeraisdoDireitoProcessualPenalBrasil2005>>. Acesso em: 24 out. 2017. p. 10.

⁴²⁶ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro. **Separata ITEC**, ano 1, n. 4, p. 2-17, jan./mar. 2000. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/74842150/IntroducaoaosPrincipiosGeraisdoDireitoProcessualPenalBrasil2005>>. Acesso em: 24 out. 2017. p. 10.

⁴²⁷ KHALED JR., Salah Hassan; ROSA, Alexandre Morais da. O oculto inquisitório e o inquérito policial como monumento. In: PRADO, Geraldo; CHOUKR, Ana Claudia Ferigarto; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. (Orgs.). **Processo penal e garantias**: estudos em homenagem ao professor Fauzin Hassan Choukr. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 463-476. p. 475.

Trata-se de uma acessibilidade comprometida em uma fase investigatória que se assemelha a um monumento napoleônico, moldura monumental que os autores entendem travestida de documento. Para os aludidos autores, na etapa inquisitorial – “assim como a população massacrada por um tirano muitas vezes tinha que conviver com um monumento em sua homenagem” –, o indiciado permanece indefeso diante do monumento inquisitório, por conta da ausência de oportunidade de contradizer a verdade antecipada e apontar possíveis irregularidades nos meios de investigação.⁴²⁸

Khaled Jr. e Rosa anotam um recorte da realidade em sede de inquérito policial traduzido por arquivos, por meio de uma seleção documental. Para isso, têm em mente que a procura pressupõe uma seleção “[...] e que seu horizonte compreensivo político necessariamente contribui para tais escolhas.” Os autores permanecem cientes acerca da existência de escolhas anteriores à função recognitiva dos fatos pelo juiz, assim como do papel efetivado pelo historiador, pois existiu um processo seletivo prévio divorciado do crivo judicial e histórico.⁴²⁹

Se o próprio magistrado – destinatário que é da prova penal –, não terá acesso a todo o manancial probatório, a situação se agrava quando o afastamento também atinge a defesa técnica, pois esta representa o único sujeito parcial (parte) capaz de propiciar que outros elementos extirpados dos autos alcancem o convencimento do julgador.

Parece indiscutível que, se o documento é produzido na clausura inquisitória, “enquanto narrativa produzida em segredo do próprio investigado, o potencial destrutivo desse documento – ao qual o juiz nem deveria ter acesso – é certamente muito maior”, como afirmam Khaled Jr. e Rosa.⁴³⁰

Os mesmos doutrinadores esclarecem que, analisando-se o objeto da pesquisa, se o “historiador contemporâneo gostaria de estar lá na hora da seleção”,

⁴²⁸ KHALED JR., Salah Hassan; ROSA, Alexandre Morais da. O oculto inquisitório e o inquérito policial como monumento. In: PRADO, Geraldo; CHOUKR, Ana Claudia Ferigarto; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. (Orgs.). **Processo penal e garantias**: estudos em homenagem ao professor Fauzin Hassan Choukr. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 463-476. p. 474.

⁴²⁹ KHALED JR., Salah Hassan; ROSA, Alexandre Morais da. O oculto inquisitório e o inquérito policial como monumento. In: PRADO, Geraldo; CHOUKR, Ana Claudia Ferigarto; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. (Orgs.). **Processo penal e garantias**: estudos em homenagem ao professor Fauzin Hassan Choukr. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 463-476. p. 469.

⁴³⁰ KHALED JR., Salah Hassan; ROSA, Alexandre Morais da. O oculto inquisitório e o inquérito policial como monumento. In: PRADO, Geraldo; CHOUKR, Ana Claudia Ferigarto; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. (Orgs.). **Processo penal e garantias**: estudos em homenagem ao professor Fauzin Hassan Choukr. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 463-476. p. 467.

a defesa também gostaria de ter acesso ao que não pode ter, ao processo seletivo, àquilo que fora rechaçado pelo arbítrio acusatório-institucional, o que não se conformava à visão oficial, evitando-se o descarte do contraditório, do direito à informação.⁴³¹

Ocorre que, enquanto o historiador pode, a qualquer tempo, se reportar aos arquivos abertos a todos, sem destinatário específico, “o inquérito policial, por sua vez, tem uma serventia específica.” É destinado ao órgão acusador, que pode optar pelo processo ou não-processo, mas alguns dos seus atos de investigação – que, eventualmente, não possuam pertinência temática para a acusação –, podem ser descartados e guardados à posteridade, sem o crivo defensivo. Trata-se do risco do caráter sigiloso e oculto que permeia a fase investigatória e, conseqüentemente, os atos de investigação nela produzidos e sitiados, como discutem Khaled Jr. e Rosa.⁴³²

Em arremate, Khaled Jr. e Rosa concluem que, diante da evidente precariedade em que, na maioria dos casos, se dá o trabalho policial, fica evidente a má qualidade do conteúdo “probatório” coletado. “Seu caráter de monumento, ainda que precário, é mais do que visível.”⁴³³ Cordero afirma que a mesma literatura denomina as partidas desiguais como oculto judicial, “[...] nas quais o acusado joga na escuridão sabendo apenas o que lhe é dito e nada garante de palavras verdadeiras, do início ao fim; pelo contrário, é bom pressupor que são falsas ou equivocadas, pois não há jogo limpo ou *fair play* inquisitorial.”⁴³⁴

Valente e outros preveem que “a reorientação do dispositivo processual requisita uma nova elaboração teórico-prática das atividades probatórias que remete

⁴³¹ KHALED JR., Salah Hassan; ROSA, Alexandre Morais da. O oculto inquisitório e o inquérito policial como monumento. In: PRADO, Geraldo; CHOUKR, Ana Claudia Ferigarto; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. (Orgs.). **Processo penal e garantias**: estudos em homenagem ao professor Fauzin Hassan Choukr. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 463-476. p. 469.

⁴³² KHALED JR., Salah Hassan; ROSA, Alexandre Morais da. O oculto inquisitório e o inquérito policial como monumento. In: PRADO, Geraldo; CHOUKR, Ana Claudia Ferigarto; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. (Orgs.). **Processo penal e garantias**: estudos em homenagem ao professor Fauzin Hassan Choukr. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 463-476. p. 473.

⁴³³ KHALED JR., Salah Hassan; ROSA, Alexandre Morais da. O oculto inquisitório e o inquérito policial como monumento. In: PRADO, Geraldo; CHOUKR, Ana Claudia Ferigarto; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. (Orgs.). **Processo penal e garantias**: estudos em homenagem ao professor Fauzin Hassan Choukr. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 463-476. p. 474.

⁴³⁴ CORDERO, 2000, p. 59 apud KHALED JR., Salah Hassan; ROSA, Alexandre Morais da. O oculto inquisitório e o inquérito policial como monumento. In: PRADO, Geraldo; CHOUKR, Ana Claudia Ferigarto; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. (Orgs.). **Processo penal e garantias**: estudos em homenagem ao professor Fauzin Hassan Choukr. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 463-476. p. 474.

ao início da persecução penal, com a valoração concreta da análise dos elementos probatórios.”⁴³⁵

Segundo Valente e outros, essa preservação da autodeterminação informativa, entretanto, apenas poderá ser efetivada em um processo penal com engrenagem inquisitorial, quando a “codificação linguística” desse procedimento criminal não necessitar de decifração, o que seria propiciado por ferramentas teóricas adequadas. A necessidade da observância de um princípio do contraditório, em seu aspecto material, atrai a indispensabilidade da participação da defesa técnica no nascedouro probatório.⁴³⁶

No contexto inquisitório, Foucault já apontara que as provas urgentes e necessárias não permitiam duvidar da verdade dos fatos, realçando que “a informação penal escrita, secreta, submetida, para construir suas provas, a regras rigorosas, é uma máquina que pode produzir a verdade na ausência do acusado.”⁴³⁷

Afinal, como advertiu Giacomolli, “a prova será considerada adquirida quando após ter sido proposta, passar pelo crivo do contraditório e houver uma decisão judicial acerca da permanência desta no processo, ainda que implícita, mormente quando não houver impugnação.”⁴³⁸

Nesse sentido, há momentos que não podem ter a paridade de armas desprezada, como a escolha, a produção, a aquisição e a valoração, etapas nas quais a igualdade processual não pode ser rechaçada, pois, para Foucault, “adquirir a prova significa que seu conteúdo permanecerá nos autos para ser valorado. O ato de aquisição da prova também é filtrado pela validade.”⁴³⁹

É nesse contexto do direito à informação, à participação e ao contraditório que surge a necessidade de preservação da cadeia de custódia das provas atrelada a uma fiscalização defensiva, consequência lógica do direito à prova no processo

⁴³⁵ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes et al. **Prova penal**: estado democrático de direito. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 25.

⁴³⁶ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes et al. **Prova penal**: estado democrático de direito. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 21.

⁴³⁷ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Petrópolis, Vozes, 1987. Disponível em:

<https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/121335/mod_resource/content/1/Foucault_Vigiar%20e%20punir%20I%20II.pdf>. Acesso em: 24 out. 2017. p. 39.

⁴³⁸ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. Cases da Corte Interamericana, do Tribunal Europeu e do STF. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2015. p. 173.

⁴³⁹ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Petrópolis, Vozes, 1987. Disponível em:

<https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/121335/mod_resource/content/1/Foucault_Vigiar%20e%20punir%20I%20II.pdf>. Acesso em: 24 out. 2017. p. 39.

penal. Consoante previsão do art. 4º e 6º do CPP, a função descrita como polícia judiciária tem como alicerce unidirecional a apuração de um fato com relevância penal, supostamente delituoso, para constituir o convencimento do titular da ação penal condenatória que se inclinará pelo ofertamento da inicial ou pelo não-processo.⁴⁴⁰

Tal atuação policial tem, por uma das facetas, a coleta de elementos materiais e a reunião precautelar de instrumentos, documentos, armas e compartimentos que corram risco de deterioração e tenham pertinência temática com a investigação. Para tal preservação, é indispensável que a custódia dessas provas seja efetivada com confiabilidade, para serem evitados questionamentos quanto à validade das possíveis fontes.

Wendt reconhece que, apesar da importância do tema, no Brasil, ainda inexistente a padronização de regras para esse procedimento, e cita uma normatização pioneira da Polícia Civil do Estado de São Paulo que pode servir de referencial teórico e prático para as polícias estaduais. A autora entende que tal procedimento acautelatório se inaugura na cena do suposto delito, sendo necessário para a manutenção da “[...] integridade e idoneidade da evidência até o seu envio para o Poder Judiciário e, conseqüentemente, possibilitando a sua utilização como elemento probatório”, sem questionamentos.⁴⁴¹

A referida autora entende que, nos crimes cibernéticos, o procedimento dos custódios deve ser feito ainda no local da apreensão do compartimento eletrônico, sendo “[...] necessária muita atenção no momento da coleta, pois dados importantes poderão ser perdidos se equipamentos eletrônicos [forem] [...] manipulados inadequadamente.”⁴⁴² Nesse contexto, Ramos explica que:

⁴⁴⁰ BRASIL. Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial [da] União**, Rio de Janeiro, 24 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 24 out. 2017.

⁴⁴¹ WENDT, Valquiria Palmira Cirolini. A prova penal e a cadeia de custódia. In: WENDT, Emerson; LOPES, Fábio Motta. (Orgs.). **Investigação criminal: provas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 51-64. Disponível em: <http://www.academia.edu/11857315/Investiga%C3%A7%C3%A3o_Criminal_provas>. Acesso em: 24 out. 2017. p. 52.

⁴⁴² WENDT, Valquiria Palmira Cirolini. A prova penal e a cadeia de custódia. In: WENDT, Emerson; LOPES, Fábio Motta. (Orgs.). **Investigação criminal: provas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 51-64. Disponível em: <http://www.academia.edu/11857315/Investiga%C3%A7%C3%A3o_Criminal_provas>. Acesso em: 24 out. 2017. p. 61.

É que um simples toque no teclado ou um clique no rato poderão desencadear a ativação de programas que apaguem todo o conteúdo do disco rígido ou parte destes. Os procedimentos seguros, nessa situação, serão apenas dois: mover o rato, sem efetuar nenhum click, ou carregar na barra de espaços do teclado. Com estes procedimentos ‘acorda-se’ o computador e poderá ser possível a visualização dos programas ou aplicações informáticas que estarão a correr naquele momento.⁴⁴³

Thomas orienta o procedimento a ser efetivado na coleta de dados eletrônicos, como a necessidade de efetuar cópias dos vestígios originais, a realização de assinaturas criptografadas nessas cópias e a utilização de mídias esterilizadas e forensicamente verificadas.⁴⁴⁴

Azevedo e Vasconcelos consideram que “como o contraditório e a ampla defesa são inerentes à instrução probatória, quando se trata de provas produzidas fora do processo [...]”, como a interceptação e busca telemáticas, tal cuidado também parece ser ainda mais relevante. Assim, os autores sinalizam a indispensabilidade de um “[...] procedimento regrado e formalizado, que demonstre a cronologia de existência da prova, a fim de que se permita a posterior valoração em juízo e exercício do controle epistêmico.”⁴⁴⁵

Prado menciona que “não há mais espaço para a chamada *carried in the dark*, que consistia no conjunto de manobras de uma parte visando surpreender a outra e desse modo conquistar uma vantagem estratégica nos debates”, sendo esta a injusta surpresa. A forma usual de empregar o *carried* era por intermédio da introdução de meios de provas desconhecidas da parte adversa (unfair surprise), que desconhecia seu modo de aquisição. Prado ainda menciona as providências eficazes para que uma das partes tome conhecimento das provas que a outra

⁴⁴³ RAMOS, Armando Dias. **A prova digital em processo penal: o correio eletrônico**. Madrid: Chiado, 2014. Disponível em: <<https://books.google.com.br/books?id=jkEwDgAAQBAJ&printsec=frontcover&dq=A+PROVA+DIGITAL+EM+PROCESSO+PENAL:+O+CORREIO+ELETR%C3%94NICO&hl=pt-BR&sa=X&ved=0ahUKEwjM54nu04nXAhWMPpAKHWYqAPMQ6AEIJjAA#v=onepage&q=A%20PROVA%20DIGITAL%20EM%20PROCESSO%20PENAL%3A%20O%20CORREIO%20ELETR%C3%94NICO&f=false>>. Acesso em: 24 out. 2017. p. 9.

⁴⁴⁴ THOMAS, Eliane. Crimes informáticos: legislação brasileira e técnicas de forense computacional aplicadas à essa modalidade de crime. **Artigos.etc.br**, [S.l.], 13 ago. 2010. Disponível em: <<https://www.artigos.etc.br/crimes-informaticos-legislacao-brasileira-e-tecnicas-de-forense-computacional-aplicadas-a-essa-modalidade-de-crime.html>>. Acesso em: 19 out. 2017.

⁴⁴⁵ AZEVEDO, Yuri; VASCONCELOS, Caroline Regina Oliveira. **Ensaio sobre a cadeia de custódia das provas no processo penal brasileiro**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 127.

pretende produzir e de como as obteve, de sorte a poder controlar a legalidade do acesso às fontes de prova (discovery devices).⁴⁴⁶

Mas o autor adverte que a tecnologia deve ser útil não para anular o risco de erro judiciário, “sob pena de se voltar ao ponto do arbítrio, mas sim para que cada vez mais qualificada seja a atividade probatória.”⁴⁴⁷

Azevedo e Vasconcelos afirmam que, no CPP pátrio, não há previsão quando ao rito de preservação probatória, ao menos, diretamente.⁴⁴⁸ Em contrapartida, Prado menciona que “as ordens jurídico-processuais – que se ajustaram constitucionalmente ao modelo acusatório de processo [...]” –, regulam esse procedimento probatório, cuidando em assegurar a produção legal desse elemento de convicção e as condições de preservação desse elemento para eventual perícia ou utilização na fase da instrução criminal. Para tanto, citou os exemplos do Chile e da Colômbia.⁴⁴⁹

Entretanto, Lopes Jr. e Rosa entendem que “o cuidado é necessário e justificado: quer-se impedir a manipulação indevida da prova com o propósito de incriminar (ou isentar) alguém de responsabilidade”, com o escopo de evitar uma decisão sem qualidade e, portanto, injusta. Para os autores tratam-se, assim, não de presunções quanto à (boa) fé pública dos prepostos estatais, “[...] mas sim de objetivamente definir um procedimento que garanta e acredite a prova independente da problemática em torno do elemento subjetivo do agente”, sendo necessário desconfiar da bondade dos bons.⁴⁵⁰

Lopes Jr. e Rosa entendem que o tema adquire especial pertinência nas provas que têm pretensão de veracidade absoluta, evidências que sedam os sentidos e anulam o contraditório, como a interceptação telemática e a busca eletrônica. “Nestas situações, por serem obtidas fora do processo, é crucial que se

⁴⁴⁶ PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistemas de controles epistêmicos**: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014b. p. 53, grifo do autor.

⁴⁴⁷ PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistemas de controles epistêmicos**: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014b. p. 128.

⁴⁴⁸ AZEVEDO, Yuri; VASCONCELOS, Caroline Regina Oliveira. **Ensaio sobre a cadeia de custódia das provas no processo penal brasileiro**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

⁴⁴⁹ PRADO, Geraldo. Ainda sobre a “quebra da cadeia de custódia das provas”. **IBCCRIM**, São Paulo, Boletim n. 262, set. 2014a. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigos/303-262-Setembro2014>. Acesso em: 24 out. 2017. p. 53.

⁴⁵⁰ LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Morais da. A importância da cadeia de custódia para preservar a prova penal. **Consultor Jurídico**, [S.l.], 16 jan. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-jan-16/limite-penal-importancia-cadeia-custodia-prova-penal>>. Acesso em: 09 out. 2016.

demonstre de forma documentada a cadeia de custódia e toda a trajetória feita, da coleta até a inserção no processo e valoração judicial.”⁴⁵¹

Prado lembra Juan Carlos Urazán Bautista – Diretor do Centro de Estudos da Fundação *Lux Mundi*, em Bogotá –, para ressaltar o preceito universal da autenticidade da prova, ou Lei da “Mesmidade”, como sendo “o princípio pelo qual se determina que o mesmo que se se encontrou na cena [do crime] é o <<mesmo>> que se está utilizando para tomar a decisão judicial.”⁴⁵²

Fora com base em um parecer do último autor citado que, na denominada operação “Negócio da China”, a Sexta Turma do STJ entendeu por determinar o desentranhamento integral do material colhido por meio das interceptações telefônica e telemática, anulando tais provas, porque parte das provas obtidas pela interceptação fora extraviada. Em tal acórdão, ficou consignado que:

*XI. A prova produzida durante a interceptação não pode servir apenas aos interesses do órgão acusador, sendo imprescindível a preservação da sua integralidade, sem a qual se mostra inviabilizado o exercício da ampla defesa, tendo em vista a impossibilidade da efetiva refutação da tese acusatória, dada a perda da unidade da prova.*⁴⁵³

Em outro giro, já decidiu o STJ que a ausência de lacre no material não atesta a quebra da cadeia de custódia das provas:

Busca e apreensão. Nulidade. Ausência de lacre em todo o material apreendido. Prejuízo não demonstrado. Presunção de validade dos atos praticados por funcionários públicos.

A ausência de lacre em todos os documentos e bens - que ocorreu em razão da grande quantidade de material apreendido - não torna automaticamente ilegítima a prova obtida.

Discute-se a validade da prova colhida em procedimentos de busca e apreensão em que não foi utilizado o lacre em todos os documentos e bens apreendidos. Inicialmente, consigne-se que a disciplina das nulidades, no processo penal é regida pelo art. 563 do CPP, segundo o qual ‘nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa’. É assente, ainda, na jurisprudência desta Corte e do STF que a demonstração do prejuízo é essencial à alegação de nulidade, seja ela relativa ou absoluta. Ante a presunção de validade e legitimidade dos atos praticados por funcionários públicos, compete à defesa demonstrar de

⁴⁵¹ LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Morais da. A importância da cadeia de custódia para preservar a prova penal. **Consultor Jurídico**, [S.l.], 16 jan. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-jan-16/limite-penal-importancia-cadeia-custodia-prova-penal>>.

Acesso em: 09 out. 2016.

⁴⁵² PRADO, Geraldo. Ainda sobre a “quebra da cadeia de custódia das provas”. **IBCCRIM**, São Paulo, Boletim n. 262, set. 2014a. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigos/303-262-Setembro2014>. Acesso em: 24 out. 2017. p. 53.

⁴⁵³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Embargos de Declaração no Habeas Corpus n. 160.662. Embargante: Ministério Público Federal. Embargado: Luis Carlos Bedin e Rebeca Daylac. Relatora: Ministra Assusete Magalhães. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, p. 2-5, 15 set. 2014b. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201000153608&dt_publicacao=15/09/2014>. Acesso em: 24 out. 2017. p. 4, grifo do autor.

forma concreta o descumprimento das formalidades legais e essenciais do ato e, especificamente, que o material apreendido e eventualmente não lacrado foi corrompido ou adulterado, de forma a causar prejuízo à defesa e modificar o conteúdo da prova colhida. Por fim, à mingua de exigência legal específica, a ausência de lacre em todos os documentos e bens apreendidos – que decorreu da grande quantidade de material – desacompanhada de maiores dados concretos sobre efetiva interferência dos agentes públicos ou da acusação sobre as provas colhidas –, não tem o condão de nulificar o ato e a ação penal.⁴⁵⁴

Mais uma vez, a jurisprudência nacional faz uso do *pass de nullité sans grief* em termos de ilicitude probatória, além de consignar absoluta presunção de veracidade e eficiência aos atos de prepostos estatais, por conta da famigerada “fé pública”.

Segundo Prado, “é unísono o reconhecimento do caráter necessariamente parcial dessa fase preliminar, a investigação criminal, porque o que se busca nessa fase estriba-se em uma hipótese acusatória.”⁴⁵⁵ Rodrigues expressa que “cabe ao investigador adoptar especiais cuidados na recolha desta prova, sob pena de a alteração de um *bit* desvirtuar e impossibilitar a identificação do criminoso informático-digital.”⁴⁵⁶

Não por acaso, o Título II da Convenção sobre o Cibercrime prescreve, nos seus arts. 16º e 17º, a necessidade de conservação célere dos dados armazenados, até porque a apreensão não implica num arquivamento definitivo dos dados eletrônicos coletados, não podendo, de igual sorte, proporcionar a perda de sua integridade ou qualidade.⁴⁵⁷

Já houve a oportunidade de mencionar que isso significa a necessidade de manutenção do “todo”, um *standard* de originalidade da prova, permitindo, por conduto de procedimentos, “a verificação e refutação do fato histórico original e sua comprovação empírica, embargando qualquer filtro no material”, como afirmam

⁴⁵⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 59414. Recorrente: Edmundo Rocha Gorini. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 03 ago. 2017b. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/485215213/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-59414-sp-2015-0100647-4>>. Acesso em: 24 out. 2017.

⁴⁵⁵ PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistemas de controles epistêmicos**: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014b. p. 45.

⁴⁵⁶ RODRIGUES, Benjamim Silva. **A monitorização dos fluxos informacionais e comunicacionais**: contributo para a superação do “paradigma da ponderação constitucional e legalmente codificado” em matéria de escutas telefônicas. Coimbra: Coimbra, 2009a. v. 1. p. 115, grifo do autor.

⁴⁵⁷ CONSELHO DA EUROPA. **Convenção sobre o cibercrime**. Budapeste, 23 nov. 2001. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/normas-e-legislacao/legislacao/legislacoes-pertinentes-do-brasil/docs_legislacao/convencao_cibercrime.pdf?>. Acesso em: 24 out. 2017.

Machado e Jezler Junior.⁴⁵⁸ Salienta-se, assim, que o estilo acusatório exige a manutenção da cadeia de custódia das provas com a segregação de suas fontes, pois representa a publicidade endógena aos atos da persecução penal e a concretização do contraditório – no primeiro momento –, e da informação, tutelando a qualidade da decisão judicial. Machado e Jezler Junior destacam que se trata de uma prova digital:

[...] dotada de efemeridade, precariedade, não durabilidade, volatilidade, instabilidade, imaterialidade, complexidade e pulverização (dispersão) torna-se ponto de delicado cuidado, razão pela qual afigura-se fulcral a proibição de alteração da prova no ato de recolhimento, armazenamento e tratamento, estabelecendo o princípio da documentação de todas as etapas, viabilizando a cadeia de controle ou custódia da prova eletrônico-digital. [...] A origem ontogenética da súmula vinculante mencionada tem abrigo na impossibilidade de o imputado conhecer direta ou indiretamente as diligências em andamento, aquelas que por sua própria natureza exigem o sigilo, em uma interpretação do art. 20 do Código de Processo Penal. Sob essa perspectiva, se a diligência já fora consumada e documentada, ainda que não integre formalmente o caderno inquisitorial ou processual, faz parte do perímetro material do 'jogo', o que veda qualquer descarte sem o crivo do outro jogador.⁴⁵⁹

Assim, mesmo a dogmática compreende a prova penal como o elemento já objeto de aquisição pelo juízo, por atuação de ofício do juiz ou pela atividade das partes. Mas indaga-se se eventuais informações – não anexadas ao caderno inquisitivo –, não constituem dados de convicção importantes na apuração do fato histórico. Mais uma vez, pensa-se que sim, como afirmam Machado e Jezler Junior:

A atividade probatória não se resume à juntada de elementos ao feito, mas é detentora de etapas a serem cumpridas, onde cada passo deve ser passível de cognição das partes, para que o equilíbrio processual não seja objeto de erosão; aqui que se exalta a necessidade de preservação do 'todo' e não de parca realidade a serviço de uma parte.⁴⁶⁰

⁴⁵⁸ MACHADO, Vitor Paczek; JEZLER JUNIOR, Ivan. Controle da custódia da prova exige releitura da Súmula Vinculante 14. **Consultor Jurídico**, [S.l.], 20 nov. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-nov-20/controla-custodia-prova-exige-releitura-sumula-vinculante-14>>. Acesso em: 24 out. 2017.

⁴⁵⁹ MACHADO, Vitor Paczek; JEZLER JUNIOR, Ivan. Controle da custódia da prova exige releitura da Súmula Vinculante 14. **Consultor Jurídico**, [S.l.], 20 nov. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-nov-20/controla-custodia-prova-exige-releitura-sumula-vinculante-14>>. Acesso em: 24 out. 2017.

⁴⁶⁰ MACHADO, Vitor Paczek; JEZLER JUNIOR, Ivan. Controle da custódia da prova exige releitura da Súmula Vinculante 14. **Consultor Jurídico**, [S.l.], 20 nov. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-nov-20/controla-custodia-prova-exige-releitura-sumula-vinculante-14>>. Acesso em: 24 out. 2017.

Nesse contexto de encarceramento da prova digital, a mais volátil, é que se deve estabelecer em, uma visão epistêmica:

[...] uma (re)leitura da Súmula Vinculante 14, permitindo o acesso às fontes de prova existentes, refinando a decisão judicial por meio da compreensão e controle da cadeia de custódia da prova, projetando a discussão no âmbito da reclamação, em que, caso se verifique (por meio de prova pré-constituída) a perda da originalidade do material, seja decretada a inadmissibilidade no processo.⁴⁶¹

Destarte, a quebra da cadeia de custódia atinge o preceito constitucional do contraditório. Como corolário lógico, também resta edificada uma ofensa à vedação aos meios ilícitos de prova e dos seus frutos, contaminados pelo efeito à distância, na forma da prescrição dos arts. 5º, inciso LVI da CF/88 e 157 do CPP.⁴⁶²

A autora Deu comprova que a prova ilícita pode violar direitos fundamentais em diversos momentos, mesmo antes do processo. No caso brasileiro, a autora salienta que, ao formular um conceito de prova ilícita, a doutrina elaborou uma definição atrelada à prova obtida por meio da violação de normas substanciais, em que pese a equiparação prevista no art. 157 do CPP, determinando, também, o desentranhamento das provas ilegítimas.⁴⁶³

Prado advoga que a (re)construção da verdade processual, sob o Estado Democrático, está ordenada por meio de requisitos de verificação dos fatos da causa, consoante *standarts* probatórios, os quais denominou de regras orientadoras fortes, capazes de limitar – em um procedimento complexo que precede a tomada de decisão –, a discricionariedade do julgador, de acordo com diferentes fases e dimensões, a “[...] saber: a análise da legalidade da prova, a determinação de sua pertinência e utilidade, o peso das distintas proposições e a construção do relato judicial de justificação da escolha procedida.”⁴⁶⁴

⁴⁶¹ MACHADO, Vitor Paczek; JEZLER JUNIOR, Ivan. Controle da custódia da prova exige releitura da Súmula Vinculante 14. **Consultor Jurídico**, [S.l.], 20 nov. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-nov-20/controla-custodia-prova-exige-releitura-sumula-vinculante-14>>. Acesso em: 24 out. 2017.

⁴⁶² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 24 out. 2017.

BRASIL. Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial [da] União**, Rio de Janeiro, 24 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689.htm>. Acesso em: 24 out. 2017.

⁴⁶³ DEU, Teresa Armenta. **A prova ilícita: um estudo comparado**. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

⁴⁶⁴ PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistemas de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos**. São Paulo: Marcial Pons, 2014b. p. 40.

Prado considera inalienável um sistema de controles epistêmicos, porque se vulgarizou, no âmbito investigatório, “o apelo aos métodos ocultos de pesquisa e de um modo geral a totalidade dos elementos informativos que subsidiam acusações encontra-se alicerçada em elementos obtidos dessa maneira.”⁴⁶⁵

Em arremate, não é o MP ou a autoridade policial que devem abrilhantar um determinado elemento de investigação com uma roupagem probatória. A pertinência temática defensiva daquela (hipo)tese deve ser enfrentada e considerada, pelo indiciado, como o exercício inalienável do contraditório e da ampla defesa em matéria probatória. Pode-se considerar, afinal, a desaparecida “bola de bilhar” como sendo relevante e fundamental para a formação do convencimento constitucionalmente correto do julgador. Se assim o é com os meios de prova ortodoxos, com mais razão deve tal realidade ser aplicada no ciberespaço probatório.

⁴⁶⁵ PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistemas de controles epistêmicos**: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014b. p. 43.

CONCLUSÃO

Em uma pós-modernidade tecnológica, buscou-se demonstrar que as redes pessoais e ortodoxas de relações sociais tradicionais foram superadas por conexões energizadas e veiculadas pela Internet. Elementos como velocidade e tempo, aliados à tecnologia, contribuíram para um ser eletrônico-digital e um devir informacional jamais alcançado e esperado. A sociedade atual procura meios para limitar esse usufruto tecnológico, diante da constatação de tal controle para a preservação do bem estar e da saúde.

Nesse contexto, defendeu-se a manutenção de um quadro clínico saudável para a situação jurídico-processual, ou seja, sem contaminações. Sustentou-se a necessidade de se usufruir dos recursos digitais e tecnológicos e abraçar a ciência sem desprezar os direitos fundamentais, sempre salientando que o procedimento criminal tem o seu próprio tempo e um passo único, que não podem ser confundidos com o lapso e engrenagem da rede mundial de computadores.

Em outro giro, não se defendeu a supressão tecnológica no processo, mas se destacou a importância da tecnologia nos sítios adequados. Para tanto, deve-se limitar sua implementação e intensidade com os direitos constitucionais convencionais e com uma gênese processual democrática.

Dessa forma, foi defendido que a estrutura procedimental atual – lastreada na ideia de “Lei e Ordem” –, cede passagem à uma atividade probatória com controles epistêmicos impostos por direitos como a intimidade, a vida privada e a sigiliosidade das comunicações, transformando a interceptação e a busca eletrônica em medidas materialmente subsidiárias.

Como parâmetro para a preservação dessas garantias fundamentais, utilizaram-se as convenções internacionais, a CF/88 e os demais pactos internacionais, mesmo aqueles em que o Brasil não figura como signatário. Nesse sentido, foi explorada a atividade hermenêutica não para vedar o acesso a dados estanques em compartimentos eletrônicos, mas evitando a aplicação do art. 5º, inciso XII da CF/88 de maneira acrítica, em um apego absoluto a um positivismo exegético.

Admitiu-se assim, a coleta de dados como mensagens, captação de voz telemática e vídeos, ressaltando-se que o processo penal não poderia ficar alheio a esse avanço tecnológico, afastando-se, assim, a tese de que não fora “intenção” do

legislador ir além da possibilidade de interceptação telefônica, da comunicação pela “fala”.

Era preciso pleitear uma credibilidade dogmática e jurisprudencial aos argumentos dentro do jogo processual das possibilidades, para não transformar o Direito em uma mera “maquinaria de expectativa defensiva”. Assim, restou clara a inexistência de qualquer precedente atual inadmitindo a interceptação de dados com ordem judicial. A incidência do regime jurídico de interceptação telefônica fora aplicada para essa comunicação informacional em fluxo, por conta da atração do art. 1º, parágrafo único da Lei 9.296/1996. Legitimou-se, portanto, essa argumentação com movimentos doutrinários.

Absorvendo um viés técnico ao trabalho, foi-se ao STF em audiência pública com um escopo principal: ressaltar e comprovar que a busca de dados, ou a interceptação dos mesmos, não se apresentaria como único meio probatório eficaz no seio dessa sociedade digital. Para tanto, foi necessário traçar as premissas técnicas da criptografia, cadeado capaz de obstar a busca (em nuvem) e a interceptação (no fluxo).

Foi realizada uma abordagem teórica sem limitações escritas, no nascedouro do pensamento crítico, uma dialeticidade que fora posta a termo nas laudas desta pesquisa, ainda que não se tenha, por ora, o julgamento das ações constitucionais que discutem o bloqueio de aplicativos de conversação instantânea.

Explorou-se a gênese da verdade real supostamente existente, realizando-se um elo com uma veracidade digital perseguida pelos órgãos de acusação na solenidade mencionada. E, como à época Medieval, se o réu não entrega a realidade dos fatos por meio de sua comunicação, esta deveria ser alcançada por meios espúrios, os já conhecidos *backdoors*.

Se, nessa audiência, explicitamente não fora negada a necessidade de ordem judicial para coletar dados eletrônicos armazenados ou na nuvem, a colocação genérica e difusa de uma porta lateral acabou relativizando, implicitamente, a imperativa reserva de jurisdição concreta, sempre atrelada ao ajustamento de um caso penal.

Com um arcabouço tecnológico e premissas técnicas, buscou-se evidenciar a distinção entre interceptação e busca e apreensão digital, como constatação necessária para diferenciar os regimes jurídicos aplicáveis nesses dois casos.

A insuficiência do Marco Civil da Internet fora explicitada para suprir o “ponto cego” do Direito Processual Penal eletrônico. Temas como o bloqueio de provedores de Internet, a cooperação internacional, a cadeia de custódia da prova digital e os requisitos da ordem judicial que autorizam a captação do conteúdo telemático não foram taxativamente prescritos pela Lei 12.965/2014, em que pese a verificação da existência de previsão e de algumas decisões exigindo reserva jurisdicional.

Coube – a esta dissertação –, buscar retratar esse vazio legislativo sem ignorar a inexistência de um vácuo hermenêutico, isso porque a necessidade de uma jurisdição constitucional fora ventilada e legitimada por argumentos dogmáticos de autoridade. Sem antagonismo, entretanto, sustentou-se a necessidade de um Marco Processual Penal da Internet, diante da realidade implementada pelo senso comum teórico e da sujeição da eficácia constitucional à existência de lei infraconstitucional regrado a matéria.

Ocorre que a eficácia probatória e o anseio punitivo estão aí e não podem aguardar esse “Marco”, havendo apenas uma “saída”: defender uma jurisdição constitucional na aplicação desses recursos probatórios, afastando-se o decisionismo e se buscando uma resposta correta para hipóteses fáticas que, em vários casos, são análogas.

Ainda há, entretanto, uma oscilação jurisprudencial. Nos Tribunais de segundo grau e na jurisdição de piso, principalmente, restou evidenciada a casuística das manifestações, com decisões que atrelam a quebra de dados às situações flagranciais, afastando a necessidade de ordem judicial.

Outras desprezam o princípio da jurisdição e admitem a coleta do conteúdo telemático do sujeito encarcerado à luz de uma aplicação deturpada do preceito da proporcionalidade. Falta coerência, integridade e não há uma “resposta constitucionalmente correta.”

Identificou-se que não há regras orientadoras fortes sobre a temática, o que gera efeitos probantes colaterais, como, por exemplo, a escritã da PF representando pela quebra do sigilo em smartphones; juízes despachando a autorização em poucas letras; ordens judiciais que só alcançam seu destinatário após a perícia nos aparelhos – quando o sigilo já fora afastado –, dentre outras.

O desprezo à territorialidade e à soberania dos Estados tem sido traço característico em grandes operações. O Marco trouxe preceitos que resguardam a

prova sitiada no exterior, mas não previu requisitos e pressupostos claros de captação da prova alienígena.

Como consequência, documentos e arquivos eletrônicos são coletados em outros países sem ordem judicial no Estado estrangeiro. A vulnerabilidade e insegurança jurídica, em matéria penal, que se perpetua no Brasil, agora assume uma moldura transnacional.

Explicou-se, tecnicamente, a estrutura eletrônica de um respectivo dado e a necessidade quanto à existência de um suporte físico localizado em determinado território, além do seu encarceramento na névoa.

O marco demonstrou, ainda, um “desamor” ao contraditório e ao direito de defesa, mesmo na fase preliminar. Especialmente quanto à coleta de dados armazenados e já consumados em compartimentos digitais, entende-se por necessária a distinção ontológica com o meio de investigação busca e apreensão convencional que se conhece.

Ao mesmo passo, afastou-se a incidência do regime jurídico atinente à interceptação telefônica e telemática, após a realização de uma diferenciação técnica quanto ao conteúdo coletado no fluxo e aos casos de concretização da comunicação.

Na correspondência ortodoxa, a interceptação impediria que a mesma alcançasse seu destinatário, enquanto que, na digital, a coleta superveniente e estanque é possível por conta da manutenção do escopo da comunicação em rede.

Se aparelhos telefônicos, tablets, computadores e outros compartimentos já foram apreendidos como consequência lógica da busca, poder-se-ia resguardar o contraditório mediante a participação defensiva no momento de “aceder” ao conteúdo. Não haveria prejuízo para a eficácia investigatória e, assim, caminha-se, em arremate, para um ponto importante do discurso, a necessidade de preservação da cadeia de custódia das provas e a vedação dos meios probatórios ilícitos na seara processual penal.

Sendo assim, fora constatado um elo indissociável entre o contraditório – mesmo antecipado à etapa investigatória –, e a necessidade de preservação do material de convicção coletado pelas autoridades, ainda que não acostado formalmente ao caderno inquisitivo.

Fora rememorada a releitura da Súmula Vinculante 14, exigindo o crivo defensivo para os meios de obtenção da prova produzidos pela acusação e não

acostados aos autos, como forma de preservar o contraditório e a ampla defesa. Afinal, a pertinência temática dessas fontes de prova não pode ser unilateral. Não é a acusação que consignará a relevância penal de elementos de convicção, sob pena de a *persecutio criminis* ser transformada em mera solenidade protocolar.

No mesmo sentido, também foram trazidas decisões dos Tribunais Superiores e de juízos originários chancelando esses argumentos, envelopando a prova penal, sob pena de desentranhamento de todo manancial probante e do fruto correlato. Foi a perda da “mesmidade” probatória, expressão sem correspondência semântica no Brasil, mas com absorção pela doutrina que fora citada.

E na esteira da insuficiência do Marco Civil da Internet, antecipou-se que o projeto do novo CPP também não regra o tema. Destarte, torna-se imperativa a edição de uma nova lei com enfrentamento do vácuo probatório deixado pelo atual regime jurídico. Por ora, como o tempo “urge” e o devir tecnológico não cessa, nessa “arca tecnológica perpétua”, o preenchimento desse vazio deve ser feito com uma jurisdição constitucional, convencional e principiológica.

Soberania, territorialidade, jurisdição, contraditório, proporcionalidade ou razoabilidade, ampla defesa, imparcialidade, duração razoável, direito ao esquecimento, presunção de inocência e vedação aos meios ilícitos constituem uma base que preceituam limites, com rígidas regras orientadoras para a atividade jurisdicional.

Não se trata de continuar decretando medidas de busca e apreensão digital de ofício “à espera de um milagre” legislativo. Trata-se de perceber que o preceito do devido processo penal não permite essa quebra do sistema acusatório absorvido em um Estado que pretenda ser Democrático de Direito.

É necessário regular materialmente, pensando-se no senso comum teórico, mas sem se esquecer da força normativa da Constituição e de uma eficácia que despreza a inexistência de regra “ordinária”, regando o “agora”. Afinal, será essa mesma Constituição que continuará limitando a liberdade do magistrado e influenciará um novo “marco”, o esperado Marco Processual Penal da Internet. Quem sabe assim as “cruzadas” deixem de lado a virtual ideia da “Lei e (des)Ordem” e as coisas fiquem em seu devido lugar, numa ordem realmente democrática.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Manuel da Costa. **Sobre as proibições de prova no processo penal**. Coimbra: Coimbra, 2006.

ARAS, Vladimir Barros; PENHA, Sílvia Helena Sousa; CORRÊA, Guilherme Vilela. A Convenção da Organização das Nações Unidas sobre prestação de alimentos no estrangeiro. In: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Temas de cooperação internacional**. Brasília, DF, 2015. p. 229-238. Disponível em: <https://jornalggn.com.br/sites/default/files/documentos/temas_cooperacao_internacional_versao_online_1.pdf>. Acesso em: 27 out. 2017.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

AZEVEDO, Yuri; VASCONCELOS, Caroline Regina Oliveira. **Ensaio sobre a cadeia de custódia das provas no processo penal brasileiro**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

BAHIA. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. **Processo n. 0017289-38.2017.8.05.0000**. Paciente: Franklin Costa Araújo. Impetrado: Juiz de Direito de Lapão, Vara Criminal. Relator: Nágila Maria Sales Brito. Lapão, 2017a. Disponível em: <<http://esaj.tjba.jus.br/cpo/sg/show.do?processo.codigo=P00306Y560000>>. Acesso em: 24 out. 2017.

_____. **Processo n. 0162058-20.2009.8.05.0001**. Apelante: Ubirajara Costa Carvalho. Apelado: Ministério Público. Procurador: Aurea Lucia Souza Sampaio Loepp. Salvador, 2017b. Disponível em: <<http://esaj.tjba.jus.br/cpo/sg/search.do?paginaConsulta=1&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=UNIFICADO&numeroDigitoAnoUnificado=0162058-20.2009&foroNumeroUnificado=0001&dePesquisaNuUnificado=0162058-20.2009.8.05.0001&dePesquisa=>>>. Acesso em: 24 out. 2017.

_____. **Processo n. 0314091-10.2013.8.05.0080**. Recorrente: Wallassy Silva Bastos. Recorrido: Ministério Público. Promotor: Semiana Silva de Oliveira Cardoso. Salvador, 2017c. Disponível em: <<http://esaj.tjba.jus.br/cpo/sg/search.do?paginaConsulta=1&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=UNIFICADO&numeroDigitoAnoUnificado=0314091-10.2013&foroNumeroUnificado=0080&dePesquisaNuUnificado=0314091-10.2013.8.05.0080&dePesquisa=>>>. Acesso em: 24 out. 2017.

BAUMAN, Zygmunt. **Tempos líquidos**. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

BAUMER, Franklin L. **O pensamento europeu moderno, Séculos XVII e XVIII**. Rio de Janeiro: 70, 1977. v. 1.

BECK, Ulrich. **A sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. São Paulo: 34, 2010.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 24 out. 2017.

_____. Decreto n. 5.015, de 12 de março de 2004. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, DF, 15 mar. 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm?>>. Acesso em: 24 out. 2017.

_____. Decreto n. 5.687, de 31 de janeiro de 2006. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembléia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, DF, 1º fev. 2006a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5687.htm?>>. Acesso em: 24 out. 2017.

_____. Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, DF, 7 jul. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 24 out. 2017.

_____. Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial [da] União**, Rio de Janeiro, 24 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 24 out. 2017.

_____. Decreto-lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. **Diário Oficial [da] União**, Rio de Janeiro, 17 jun. 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm>. Acesso em: 24 out. 2017.

_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 24 out. 2017.

_____. Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, DF, 24 ago. 2006b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em: 24 out. 2017.

_____. Lei n. 12.850, de 02 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei n. 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, DF, 05 ago. 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em: 24 out. 2017.

_____. Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, DF, 24 abr. 2014a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 24 out. 2017.

_____. Lei n. 4.117, de 27 de agosto de 1962. Institui o Código Brasileiro de Telecomunicações. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, DF, 17 dez. 1962. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4117.htm>. Acesso em: 24 out. 2017.

_____. Lei n. 5.250, de 9 de fevereiro de 1967. Regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, DF, 10 mar. 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5250.htm>. Acesso em: 24 out. 2017.

_____. Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, DF, 25 jul. 1996a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9296.htm>. Acesso em: 24 out. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Agravo Regimental nos Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 279.889. Agravante: Fazenda Nacional. Agravado: Pedro Lourenço Wanderley e outros. Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros. **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 07 abr. 2003. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/doc/57229133/STJ-Nao-me-interessa-a-Doutrina>>. Acesso em: 24 out. 2017.

_____. _____. Embargos de Declaração no Habeas Corpus n. 160.662. Embargante: Ministério Público Federal. Embargado: Luis Carlos Bedin e Rebeca Daylac. Relatora: Ministra Assusete Magalhães. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, p. 2-5, 15 set. 2014b. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201000153608&dt_publicacao=15/09/2014>. Acesso em: 24 out. 2017.

_____. _____. Habeas Corpus n. 315973. Pacientes: Dalton dos Santos Avancini e João Ricardo Auler (presos). Impetrante: Celso Sanchez Vilardi e outros. Impetrado: Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Relator: Ministro Newton Trisotto. **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 02 mar. 2015a. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/178375323/habeas-corpus-hc-315973-pr-2015-0027493-3/decisao-monocratica-178375342#>>. Acesso em: 24 out. 2017.

_____. _____. Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 51531. Recorrente: Leri Souza e Silva. Recorrido: Ministério Público do Estado de Rondônia. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 09 maio 2016a. Disponível em:
<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=201402323677.REG.>>. Acesso em: 24 out. 2017.

_____. _____. Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 53294. Recorrente: Sedinei Oliveira dos Santos. Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Jorge Mussi. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 20 set. 2017a. Disponível em:
<<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/504973160/recurso-ordinario-em-habeas-corporus-rhc-53294-rs-2014-0284284-1>>. Acesso em: 24 out. 2017.

_____. _____. Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 59414. Recorrente: Edmundo Rocha Gorini. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 03 ago. 2017b. Disponível em:
<<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/485215213/recurso-ordinario-em-habeas-corporus-rhc-59414-sp-2015-0100647-4>>. Acesso em: 24 out. 2017.

_____. _____. Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 75800. Recorrente: D De CPF. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Ministro Felix Fischer. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 26 set. 2016b. Disponível em:
<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28%22FELIX+FISCHER%22%29.min.&processo=75800&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 24 out. 2017.

_____. _____. Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 77232. Recorrente: Yanka Guerra Torcatto. Recorrido: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Relator: Ministro Felix Fischer. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 16 out. 2017c. Disponível em:
<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=RHC+77232&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR>. Acesso em: 24 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal (STF). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.527 Distrito Federal**. Requerente: Partido da República (PR). Intimados: Presidente da República; Congresso Nacional. Relatora: Ministra Rosa Weber. Brasília, DF, 20 abr. 2017d. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/AudinciapblicaADI5527.pdf>>. Acesso em: 24 out. 2017.

_____. _____. **Habeas Corpus n. 144907**. Paciente: Engri Junior de Almeida Maia. Impetrante: Marcos Ruda Neri Siqueira. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 08 jun. 2017e. Disponível em:
<<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5206225>>. Acesso em: 24 out. 2017.

_____. _____. **Habeas Corpus n. 72588**. Paciente: Paulstein Aureliano de Almeida. Impetrante: Antônio Pereira de Almeida Filho. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, DF, 12 jun. 1996b. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HABEAS+CORPUS+72588%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/yfcfwze8>>. Acesso em: 24 out. 2017.

_____. _____. **Habeas Corpus n. 91613**. Paciente: Vicente de Paulo Loffi. Impetrante: Érico Andrade. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 15 maio 2012a. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC+91613%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/hlsbl4t>>. Acesso em: 24 out. 2017.

_____. _____. **Habeas Corpus n. 91867**. Paciente: Davi Resende Soares e Lindomar Resende Soares. Impetrante: José Luis Mendes de Oliveira Lima e outros. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 24 abr. 2012b. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC+91867%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/jcxquas>>. Acesso em: 24 out. 2017.

_____. _____. **Medida cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 403 Sergipe**. Requerente: Partido Popular Socialista (PPS). Intimado: Juiz de Direito da Vara Criminal da Comarca de Lagarto. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, DF, 19 jul. 2016c. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF403MC.pdf>>. Acesso em: 24 out. 2017.

_____. _____. Para professor, banir a criptografia de aplicativos é ideia ineficaz. **Notícias STF**, Brasília, DF, 02 jun. 2017f. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=345489>>. Acesso em: 24 out. 2017.

_____. _____. **Recurso Extraordinário n. 466.343**. Agravante: Calçados Aragão de Franca Ltda. Agravado: Banco Bradesco S/A. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, DF, 22 abr. 2014c. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RECURSO+EXTRAORDIN%C1RIO+466%2E343%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/yfcov7n2c>>. Acesso em: 24 out. 2017.

_____. _____. Recurso Extraordinário n. 593727. Reclamante: Jairo de Souza Coelho. Reclamado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: Ministro Gilmar Mendes. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 08 set. 2015b. Disponível em:
<<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28593727%2EENUME%2E+OU+593727%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/hf95wzb>>. Acesso em: 24 out. 2017.

_____. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Remessa Ex Officio Criminal n. 5744. Recorrente: Juber Luiz de Carvalho. Recorrido: Justiça Pública. Relator: Desembargador Carlos Olavo. **Diário de Justiça**, [Belo Horizonte], p. 36, 11 jun. 2010. Disponível em: <<https://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15322443/remessa-ex-officio-criminal-reocr-5744-mg-0005744-5520084013807>>. Acesso em: 24 out. 2017.

BURKE, Peter. **Uma história social do conhecimento II**: da Enciclopédia à Wikipédia. Rio de Janeiro: Zahar, 2012.

CALAMANDREI, Piero. Il processo come giuoco. **Rivista di Diritto Processual**, Padova, v. 5, n. 1, p. 23-51, 1950. Disponível em: <sitecompleto>. Acesso em: 24 out. 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993.

CARNACCHIONI, Daniel Eduardo. **Curso de Direito Civil, parte geral**. 3. ed. Salvador: Juspodium, 2012.

CARNELUTTI, Francesco. **Como se faz um processo**. 2. ed. Belo Horizonte: Líder, 2004.

CASTRO, Celso. **Textos básicos de Antropologia**: cem anos de tradição – Boas, Malinowski, Lévi-Strauss e outros. Rio de Janeiro: Zahar, 2016. Disponível em: <https://books.google.com.br/books/about/Textos_b%C3%A1sicos_de_antropologia.html?id=6qbFDAAAQBAJ&printsec=frontcover&source=kp_read_button&redir_esc=y#v=onepage&q&f=false>. Acesso em: 24 out. 2017.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Principais julgados do STF e STJ comentados**. Manaus: Dizer o Direito, 2014.

COLOMER, Juan Luis Gómez. **Temas dogmáticos y probatórios de relevância em el proceso penal del siglo XXI**. Santa Fé: Rubinzal; Culzoni, 2010.

CONDE, Francisco Munoz. **Busqueda de la verdad em el proceso penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 2000.

CONSELHO DA EUROPA. **Convenção Europeia dos Direitos do Homem**: com as modificações introduzidas pelos Protocolos n. 11 e 14 acompanhada do Protocolo adicional e dos Protocolos n. 4, 6, 7, 12 e 13. Roma, 4 nov. 1950. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 24 out. 2017.

_____. **Convenção sobre o cibercrime**. Budapeste, 23 nov. 2001. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/normas-e-legislacao/legislacao/legislacoes-pertinentes-do-brasil/docs_legislacao/convencao_cibercrime.pdf?>. Acesso em: 24 out. 2017.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL; CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS. **VI Jornada de Direito Civil**. Brasília, DF, 2013. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/vijornadadireitocivil2013-web.pdf>>. Acesso em: 24 out. 2017.

CORDERO, Franco. **Guida alla procedura penale**. Roma: UTET, 1986.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Nexo causal**. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro. **Separata ITEC**, ano 1, n. 4, p. 2-17, jan./mar. 2000. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/74842150/IntroducaoaosPrincipiosGeraisdoDireitoProcessualPenalBrasileiro2005>>. Acesso em: 24 out. 2017.

DEU, Teresa Armenta. **A prova ilícita**: um estudo comparado. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

_____. **Sistemas procesales penales**: la justicia penal en Europa y América. ¿Un camino de ida y vuelta? Madrid: Marcial Pons, 2012. Disponível em: <<https://www.marcialpons.es/static/pdf/9788497689137.pdf>>. Acesso em: 24 out. 2017.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil anotado**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

DOSTOIÉVSKI, Fiódor. **Recordações da casa dos mortos**. São Paulo: Nova Alexandria, 2015.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**: parte geral e LINDB. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

FAUSTINO, André. A proteção de dados pessoais no Brasil: breve histórico do direito comparado até a atual realidade brasileira. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, ano 19, n. 154, nov. 2016. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18241>. Acesso em: 10 ago. 2017.

FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e Direito Penal**: a Constituição Federal. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002a.

_____. **Tutela penal de interesses difusos e crimes de colarinho branco**: por uma relegitimação da atuação do Ministério Público: uma investigação à luz dos valores constitucionais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002b.

FENOLL, Nieva Jordi. **La duda em el proceso penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013. Disponível em: <<https://www.marcialpons.es/static/pdf/9788415664673.pdf>>. Acesso em: 24 out. 2017.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**. São Paulo: RT, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Função social da dogmática jurídica**. São Paulo: RT, 1978.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; MARANHÃO, Juliano; FINGER, Marcelo. WhatsApp mostra a necessidade de regulação da criptografia. **Consultor Jurídico**, [S.l.], 16 ago. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-ago-16/whatsapp-mostra-necessidade-regulacao-criptografia>>. Acesso em: 05 set. 2016.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Mini Aurélio**. 7. ed. Rio de Janeiro: Positivo, 2009.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Petrópolis, Vozes, 1987. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/121335/mod_resource/content/1/Foucault_Vigiar%20e%20punir%20I%20e%20II.pdf>. Acesso em: 24 out. 2017.

FRANZINI, Rafael. Cooperação jurídica internacional e estado de direito: uma agenda para a PGR e o UNODC. In: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Temas de cooperação internacional**. Brasília, DF, 2015. p. 105-108. Disponível em: <https://jornalgggn.com.br/sites/default/files/documentos/temas_cooperacao_internacional_versao_online_1.pdf>. Acesso em: 27 out. 2017.

FREUD, Sigmund. **O mal-estar da civilização**. São Paulo: Grandes Ideias, 2011.

G1. Entenda o caso de Edward Snowden, que revelou espionagem dos EUA: procurado pelos Estados Unidos, ex-técnico da CIA obteve asilo da Rússia. Caso gerou crise para o governo Obama e debate sobre privacidade online. São Paulo, 14 fev. 2014. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2013/07/entenda-o-caso-de-edward-snowden-que-revelou-espionagem-dos-eua.html>>. Acesso em: 05 set. 2016.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**. Petrópolis: Vozes, 2008.

_____. **Verdade e método II**: complementos e índice. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2011.

_____. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2442370/mod_resource/content/1/VerdadeEM%C3%A9todo.pdf>. Acesso em: 24 out. 2017.

GALLI, Marcelo. TRF-1 permite defesa demonstrar que a polícia devassou celular. **Consultor Jurídico**, [S.l.], 23 out. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-out-23/trf-permite-defesa-demonstrar-policia-devassou-celular>>. Acesso em: 17 out. 2017.

GARCIA, Daniela; ALMEIDA, Paula. Relatório da PF indica 46 ligações por Whatsapp entre Aécio e Gilmar entre fevereiro e maio. **UOL Notícias**, São Paulo, 19 out. 2017. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2017/10/19/relatorio-da-pf-diz-que-aecio-e-gilmar-mendes-fizeram-38-ligacoes-por-whastapp-em-dois-meses.htm>>. Acesso em: 20 out. 2017.

GIACOMET JUNIOR, Isalino Antonio. Elaboração de pedido de cooperação jurídica internacional em matéria penal. In: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Temas de cooperação internacional**. Brasília, DF, 2015. p. 69-78. Disponível em: <https://jornalgggn.com.br/sites/default/files/documentos/temas_cooperacao_internacional_versao_online_1.pdf>. Acesso em: 27 out. 2017.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. Cases da Corte Interamericana, do Tribunal Europeu e do STF. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2015.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Risco e processo penal**: uma análise a partir dos direitos fundamentais do acusado. Salvador: JusPodivm, 2009.

GOLDBLATT, David. **Teoria social e meio ambiente**. Lisboa: Piaget, 1996.

GOMES FILHO, Antonio Magalhaes. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: RT, 1997.

GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação telefônica**: considerações sobre a Lei 9.296, de 24 de julho de 1996. São Paulo: Saraiva, 2015.

DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Félix. **O anti-édipo**: capitalismo e esquizofrenia 1. Lisboa: Assírio e Alvim, 2004. Disponível em: <https://ayrtonbecalle.files.wordpress.com/2015/07/deleuze-g_-guattari-f-o-anti-c3a9dipo-capitalismo-e-esquizofrenia-vol-3.pdf>. Acesso em: 24 out. 2017.

HAAS, Guilherme. Volume de mensagens trocadas diariamente pelo WhatsApp supera SMS. **Tecmundo**, [S.l.], 20 jan. 2014. Disponível em: <<https://www.tecmundo.com.br/mensageiros/49318-volume-de-mensagens-trocadas-diariamente-pelo-whatsapp-supera-sms.htm>>. Acesso em: 20 maio 2017.

HARCOURT, Bernard E. Situação do curso. In: FOUCAULT, Michel. (Org.). **A sociedade punitiva**: curso no Collège de France (1972-1973). São Paulo: Martins Fontes, 2015. p. 241-284.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Bragança Paulista: Universitária São Francisco, 2005.

HONNETH, Axel. **O direito da liberdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

JARDIM, Afranio Silva. A prisão em flagrante: novos enfoques teóricos. In: PRADO, Geraldo; CHOUKR, Ana Claudia Ferigarto; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. (Orgs.). **Processo penal e garantias**: estudos em homenagem ao professor Fauzin Hassan Choukr. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 15-22.

JUSTIÇA FEDERAL. Seção Judiciária do Paraná. 13ª Vara Federal Criminal de Curitiba. **Processo n. 5023162-14.2015.4.04.7000**. Autor: Ministério Público Federal. Réus: Alberto Youssef, Carlos Alberto Pereira da Costa, João Luiz Correia Argolo dos Santos, Rafael Ângulo Lopez. Curitiba, 16 nov. 2015. Disponível em: <<http://www.prpr.mpf.mp.br/pdfs/2015-1/lava-jato-1/Sentenca%20-%20Luiz%20Argolo.pdf>>. Acesso em: 24 out. 2017.

KAFKA, Franz. **O processo**. São Paulo: Schwarcz, 1997.

KHALED JR., Salah Hassan; ROSA, Alexandre Morais da. O oculto inquisitório e o inquérito policial como monumento. In: PRADO, Geraldo; CHOUKR, Ana Claudia Ferigarto; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. (Orgs.). **Processo penal e garantias**: estudos em homenagem ao professor Fauzin Hassan Choukr. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 463-476.

KLEINA, Nilton. FBI muda senha de iPhone de terrorista e perde recuperação de backups. **Tecmundo**, [S.I.], 20 fev. 2016. Disponível em: <<https://www.tecmundo.com.br/apple/100915-fbi-muda-senha-iphone-terrorista-perde-recuperacao-de-backups.htm>>. Acesso em: 24 out. 2010.

KNIBBS, Kate. Por que a NSA é contra enfraquecer a criptografia para pegar terroristas. **Gizmodo Brasil**, [S.I.], 26 jan. 2016. Disponível em: <<http://gizmodo.uol.com.br/nsa-criptografia-terroristas/>>. Acesso em: 02 maio 2017.

LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. 3. ed. São Paulo: 34, 2010.

LOPES JR., Aury. **Curso de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015.

LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Morais da. A importância da cadeia de custódia para preservar a prova penal. **Consultor Jurídico**, [S.I.], 16 jan. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-jan-16/limite-penal-importancia-cadeia-custodia-prova-penal>>. Acesso em: 09 out. 2016.

LUIZ, Fernando Vieira. **Teoria da decisão judicial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

MACHADO, Vitor Paczek; JEZLER JUNIOR, Ivan. Controle da custódia da prova exige releitura da Súmula Vinculante 14. **Consultor Jurídico**, [S.l.], 20 nov. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-nov-20/controle-custodia-prova-exige-releitura-sumula-vinculante-14>>. Acesso em: 24 out. 2017.

MADRUGA, Antenor; FELDENS, Luciano. Dados eletrônicos e cooperação internacional: limites jurisdicionais. In: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Temas de cooperação internacional**. Brasília, DF, 2015. p. 47-68. Disponível em: <https://jornalgggn.com.br/sites/default/files/documentos/temas_cooperacao_internacional_versao_online_1.pdf>. Acesso em: 27 out. 2017.

MARTINS, Rui Cunha. **A hora dos cadáveres adiados**: corrupção, expectativa e processo penal. São Paulo: Atlas, 2013.

MEIRELLES, Fernando S. **Tecnologia de informação**: 27ª Pesquisa Anual do Uso de TI, 2016. São Paulo: EAESP, 2016. Disponível em: <<http://eaesp.fgvsp.br/sites/eaesp.fgvsp.br/files/pesti2016gvciappt.pdf>>. Acesso em: 27 out. 2017.

MELO, Diego. Justiça Federal de São Paulo regulamenta envio de intimações pelo WhatsApp. **Milare Advogados**, São Paulo, 22 dez. 2016. Disponível em: <<http://www.milare.adv.br/pt/noticias/550-justica-federal-de-sao-paulo-regulamenta-envio-de-intimacoes-pelo-whatapp>>. Acesso em: 24 out. 2017.

MESSUTI, Ana. **O tempo como pena**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MORIN, Edgar et al. **A sociedade em busca de valores**: para fugir à alternativa entre cepticismo e o dogmatismo. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo**. 5. ed. Porto Alegre: Sulina, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. São Paulo: RT, 2006.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Paris, 1948. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 24 out. 2017.

OST, François. **O tempo do Direito**. Bauru: Edusc, 2005.

PADRÃO, Márcio. Operação Hashtag: como a PF conseguiu conversas de suspeitos pelo Telegram? **UOL Notícias**, São Paulo, 23 set. 2016. Disponível em: <<https://tecnologia.uol.com.br/noticias/redacao/2016/09/23/operacao-hashtag-veja-como-conversas-de-acusados-no-facebook-foram-obtidas.htm>>. Acesso em: 24 out. 2017.

PARLAMENTO EUROPEU; CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. Directiva 2002/58/CE, de 12 de julho de 2002. Relativa ao tratamento de dados pessoais e à protecção da privacidade no sector das comunicações electrónicas (Directiva relativa à privacidade e às comunicações electrónicas). **Jornal Oficial**, [Bruxelas], n. L 201, p. 37-47, 31 jul. 2002. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32002L0058>>. Acesso em: 24 out. 2017.

PETER, Jean-Pierre; FAVRET, Jeanne. O animal, o louco, a morte. In: FOUCAULT, Michel. (Coord.) **Eu, Pierre Rivière, que degolei minha mãe, minha irmã e meu irmão**. 5. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1991. p. 187-210. Disponível em: <<https://ayrtonbecalle.files.wordpress.com/2015/07/foucault-m-eu-pierre-rivic3a8re-que-degolei-minha-mc3a3e-minh.pdf>>. Acesso em: 24 out. 2017.

PORTUGAL. Lei n. 41/2004, de 18 de agosto. Transpõe para a ordem jurídica nacional a Directiva n. 2002/58/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Julho, relativa ao tratamento de dados pessoais e à protecção da privacidade no sector das comunicações electrónicas. **Diário da República**, Lisboa, n. 194, p. 5241-5245, 18 ago. 2004. Disponível em: <<https://dre.pt/application/dir/pdf1s/2004/08/194A00/52415245.pdf>>. Acesso em: 24 out. 2017.

PRADO, Geraldo. Ainda sobre a “quebra da cadeia de custódia das provas”. **IBCCRIM**, São Paulo, Boletim n. 262, set. 2014a. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigos/303-262-Setembro2014>. Acesso em: 24 out. 2017.

_____. **Prova penal e sistemas de controles epistêmicos**: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014b.

_____. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Direito Penal**: parte geral. 12. ed. rev., ampl. e atual. Salvador, JusPodivm, 2016a.

_____. Pode o juiz condenar sem que haja pedido de condenação? [S.l.], 03 nov. 2016b. Disponível em: <<http://www.pauloqueiroz.net/pode-o-juiz-condenar-sem-que-haja-pedido-de-condenacao/>>. Acesso em: 05 dez. 2016.

RAMALHO, Renan. STF encontra escuta no gabinete de Luís Roberto Barroso: aparelho estava desativado e passa por análise da equipe de segurança. Ministro foi relator de ação que tratava do rito do impeachment de Dilma. **G1**, Brasília, DF, 17 maio 2016. Acesso em: 02 out. 2017.

RAMOS, Armando Dias. **A prova digital em processo penal: o correio eletrônico.** Madrid: Chiado, 2014. Disponível em: <<https://books.google.com.br/books?id=jkEwDgAAQBAJ&printsec=frontcover&dq=A+PROVA+DIGITAL+EM+PROCESSO+PENAL:+O+CORREIO+ELETR%C3%94NICO&hl=pt-BR&sa=X&ved=0ahUKEwjM54nu04nXAhWMPpAKHWYqAPMQ6AEIJjAA#v=onepage&q=A%20PROVA%20DIGITAL%20EM%20PROCESSO%20PENAL%3A%20O%20CORREIO%20ELETR%C3%94NICO&f=false>>. Acesso em: 24 out. 2017.

RESENDE, André; ALMEIDA, Diogo. Suspeito de matar família na Espanha teve ajuda de amigo na PB, diz polícia: jovem conversou com suspeito na Espanha durante o crime, diz delegado. Família foi encontrada esquartejada em Pioz; sobrinho confessou crime. **G1**, [João Pessoa], 28 out. 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/pb/paraiba/noticia/2016/10/segundo-suspeito-de-matar-familia-na-espanha-e-presos-na-pb-diz-policia.html>>. Acesso em: 05 set. 2016.

REVISTA CONSULTOR JURÍDICO. Busca proibida: ação por tráfico é extinta no STF porque policiais invadiram casa sem mandado. [S.l.], 20 abr. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-abr-20/acao-extinta-porque-policiais-invadiram-casa-mandado>>. Acesso em: 24 out. 2017.

RIBEIRO, Tiago Santos. Direito ao esquecimento como decorrência dos direitos da personalidade e da dignidade da pessoa humana. **Jus.com.br**, Teresina, set. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/52214/direito-ao-esquecimento-como-decorrenca-dos-direitos-da-personalidade-e-da-dignidade-da-pessoa-humana>>. Acesso em: 24 out. 2017.

RODRIGUES, Benjamim Silva. **A monitorização dos fluxos informacionais e comunicacionais:** contributo para a superação do “paradigma da ponderação constitucional e legalmente codificado” em matéria de escutas telefônicas. Coimbra: Coimbra, 2009a. v. 1.

_____. _____. Coimbra: Coimbra, 2009b. v. 2.

_____. **Da prova penal:** da prova eletrônico-digital e da criminalidade informático-digital. Coimbra: Rei dos Livros, 2011. Tomo 4.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** Para uma crítica do Direito (brasileiro). Rio de Janeiro: FGV, 2013.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social.** São Paulo: Martin Claret, 2013.

ROXIN, Claus. **Pasado, presente y futuro del derecho procesal penal.** Santa Fe: Rubinzal; Culzoni, 2009.

SANTOS, Lijeane Cristina Pereira. **Da Psicologia Jurídica ao diálogo entre Direito e Psicanálise**: a necessária releitura de uma disciplina. 2009. 129 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009. Disponível em: <<http://docplayer.com.br/54727482-Lijeane-cristina-pereira-santos-da-psicologia-juridica-ao-dialogo-entre-direito-e-psicanalise-a-necessaria-releitura-de-uma-disciplina.html>>. Acesso em: 24 out. 2017.

SAS. **Big Data**: o que é e por que é importante? [São Paulo], [20--]. Disponível em: <https://www.sas.com/pt_br/insights/big-data/what-is-big-data.html>. Acesso em: 24 out. 2017.

SIDI, Ricardo. **A interceptação das comunicações telemáticas no processo penal**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

SILVA, José Geraldo da; BONINI, Paulo Rogério; LAVORENTI, Wilson. **Leis penais especiais anotadas**. Campinas: Millennium, 2011.

SOARES, Gustavo Torres. **Investigação criminal e inovações tecnológicas**. Belo Horizonte, D'Plácido, 2016.

STEIN, Ernildo. **Mundo vivido**: das vicissitudes e dos usos de um conceito da fenomenologia. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.

STOFFEL, Roque. **A colisão entre direitos de personalidade e direito à informação**. São Leopoldo: Unisinos, 2000.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. **Lições de crítica hermenêutica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014a.

_____. **O que é isto**: o senso incomum? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

_____. **Verdade e consenso**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014b.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomas de. **O que é isto**: as garantias processuais penais? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). Especialista afirma que utilizar “porta dos fundos” não traz benefícios à Justiça. **Notícias STF**, Brasília, DF, 02 jun. 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=345491>>. Acesso em: 24 out. 2017.

THOMAS, Eliane. Crimes informáticos: legislação brasileira e técnicas de forense computacional aplicadas à essa modalidade de crime. **Artigos.etc.br**, [S.l.], 13 ago. 2010. Disponível em: <<https://www.artigos.etc.br/crimes-informaticos-legislacao-brasileira-e-tecnicas-de-forense-computacional-aplicadas-a-essa-modalidade-de-crime.html>>. Acesso em: 19 out. 2017.

TI INSIDE. Incidentes de segurança na internet crescem 197% no Brasil. [São Paulo], 11 abr. 2015. Disponível em: <<http://convergecom.com.br/tiinside/seguranca/11/04/2015/incidentes-de-seguranca-na-internet-crescem-197-no-brasil/>>. Acesso em: 05 jan. 2017.

TOGNOLLI, Claudio Julio. Guerra de espões: italiano confirma pagamento de propinas a brasileiros. **Consultor Jurídico**, [S.l.], 13 abr. 2010. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2010-abr-13/italiano-confirma-telecom-italia-pagou-propina-brasileiros>>. Acesso em: 05 set. 2016.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 4. ed. São Paulo: RT, 2011.

TV JUSTIÇA. Audiência pública: bloqueio judicial do WhatsApp e Marco Civil da Internet (1/4). **Youtube**, [S.l.], 05 jun. 2017a. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=3TNsQCNIOO0&feature=youtu.be>>. Acesso em: 24 out. 2017.

_____. Audiência pública: bloqueio judicial do WhatsApp e Marco Civil da Internet (2/4). **Youtube**, [S.l.], 05 jun. 2017b. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=qN9w_BuKfCA&feature=youtu.be>. Acesso em: 24 out. 2017.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes et al. **Prova penal**: estado democrático de direito. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

VASCONCELLOS, Marcos de. Pedalada probatória: Ministério Público driblou a lei para trazer documentos da Suíça na “Lava Jato”. **Consultor Jurídico**, [S.l.], 05 nov. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-nov-05/documentos-trazidos-suica-mpf-colocam-lava-jato-risco>>. Acesso em: 05 set. 2016.

VIRILIO, Paul. **Cibermundo**: a política do pior. Lisboa: Teorema, 2000.

_____. **O espaço crítico**: e as perspectivas do tempo real. São Paulo: 34, 2005.

WENDT, Valquiria Palmira Cirolini. A prova penal e a cadeia de custódia. In: WENDT, Emerson; LOPES, Fábio Motta. (Orgs.). **Investigação criminal**: provas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 51-64. Disponível em: <http://www.academia.edu/11857315/Investiga%C3%A7%C3%A3o_Criminal_provas>. Acesso em: 24 out. 2017.



Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul
Pró-Reitoria Acadêmica
Av. Ipiranga, 6681 - Prédio 1 - 3º. andar
Porto Alegre - RS - Brasil
Fone: (51) 3320-3500 - Fax: (51) 3339-1564
E-mail: proacad@pucrs.br
Site: www.pucrs.br/proacad