



Carlos Hélder C. Furtado Mendes

TECNOINVESTIGAÇÃO CRIMINAL

**Entre a proteção de dados
e a infiltração por *software***

2020

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

CAPÍTULO 3

DA INVESTIGAÇÃO À PROVA PENAL E NOVAS TECNOLOGIAS

“Assim como é inevitável para um adequado cumprimento dos fins políticos-criminais do processo organizar a persecução penal sob um paradigma diferente, é impensável que ela cumpra suas finalidades sem o apoio de um sistema [efetivo] e moderno de investigações dos delitos”²⁰². O pensamento expressado por Binder simboliza uma verdadeira preocupação quanto as mudanças atuais referentes à investigação criminal.

Ao passo que se pretende modernizar a persecução penal, desde a investigação preliminar até o processo penal judicial, reflete-se acerca dos efeitos que modernas tecnologias agregam tanto às engrenagens do sistema de justiça criminal quanto ao indivíduo investigado nele inserido. Equilibrar estes dois pontos de tensão não é tarefa simples, contudo enfrenta-la parece inevitável.

O texto que segue tem essa pretensão. Inicia-se do fundamento existencial de uma investigação criminal para que sejam (r)estabelecidas premissas inafastáveis. Não se poderia pensar um sistema de investigação moderno e efetivo – a partir do que salienta Binder –, sem lições iniciais do que é a investigação criminal como procedimento formal que garante ao indivíduo ser um sujeito de direitos.

O resgate se tornou obrigatório, do mesmo modo que a partir dele – e como sugere Binder – não se pode desvencilhar a efetividade do sistema de investigação da efetividade do processo penal. Não por

202. BINDER, Alberto. **Fundamentos para a reforma da justiça penal**. (Org.) GOSTINSKI, Aline; PRADO, Geraldo; GONZALEZ POSTIGO, Leonel. 1 ed. Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2017. p. 200. O autor utiliza a expressão “sistema [eficiente]”, contudo se compreende que Alberto Binder está ressaltando a preocupação de se ter um sistema de investigação pautado na efetividade, de modo que se busque ao mesmo tempo a resolução de casos penais com maior aperfeiçoamento técnico das polícias, sem burocratização de alguns sistemas de instituições e uma cooperação entre polícias e Ministério Público, mas que se garanta direitos fundamentais e garantias ao sujeito passivo. Não é por acaso que Binder manifesta “não [ser] possível construir um sistema de investigação moderno e eficiente alheio às exigências, demandas, controles e resultados do processo penal, pois é quem recebe, dá validade e processa os resultados de uma investigação”.

outro motivo que a proposta desembocou no pensar sobre as tecnologias e sua influência na atividade probatória.

A sistemática das provas penais em influência tecnológica, se não balizada pelas premissas iniciais, tende a violar o núcleo essencial de direitos fundamentais. Sobre isso, reflete-se quanto aos conceitos e aos procedimentos que atendam, em maior grau, a uma leitura constitucionalmente orientada do Direito Processual Penal.

3.1. INVESTIGAÇÃO CRIMINAL: O FUNDAMENTO EXISTENCIAL AINDA EXISTE? A NECESSIDADE DE UM BREVE RESGATE

Para conceituar o objeto de estudo, utilizar-se-á a definição de Lopes Jr. e Gloeckner²⁰³ quanto a investigação preliminar como um “conjunto de atividades realizadas concatenadamente por órgãos do Estado, a partir de uma notícia-crime ou atividade de ofício, com caráter prévio e de natureza preparatória em relação ao processo penal, que pretende averiguar a autoria e as circunstâncias de um fato aparentemente delitivo, com o fim de justificar o exercício da ação penal ou o arquivamento (não processo)”.

Ao passo que se destina à elucidação do fato delitivo na colheita de elementos que irão embasar a acusação penal, quais sejam a materialidade do ilícito e os indícios suficientes de autoria, constitui-se como filtro necessário às acusações infundadas, temerárias e destituídas de razoabilidade²⁰⁴. Ou seja, como aduz Giacomolli²⁰⁵ possui um face dupla cuja função precípua é de, ao mesmo tempo, viabilizar a acusação penal e impedir o exercício desta.

Sobre tais funções, Gomez Colomer²⁰⁶ no mesmo sentido irá frisar que serve para preparar *el juicio oral*, fundamentando a acusação e a defesa quanto à atribuição de determinado fato criminal a uma pessoa concreta. Ademais, afirma que a realização do *juicio oral* contra alguém, imputando-lhe um fato determinado, somente deve existir quando superada a fase preliminar, tendo-se obtido como resultado a existência de indícios que permitam chegar à conclusão – ainda que

203. LOPES JR. Aury, GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 6ª ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 90.

204. GIACOMOLLI, Nereu José. **A fase preliminar do processo penal: crises, misérias e novas metodologias investigatórias**. Rio de Janeiro: Editora *Lumen Juris*, 2011. p. 50-51.

205. GIACOMOLLI, Nereu José. **A fase preliminar do processo penal**. Op. cit. p. 50-51.

206. GOMEZ COLOMER, Juan-Luis. In: MONTERO AROCA, Juan *et al.* **Derecho Jurisdiccional: III Proceso Penal**. 10ª Edición. Valencia: Tirant lo Bllanch. 2001. p. 118.

prosseguir com a interceptação, seja telefônica ou de dados, não sendo possível vislumbrar a necessária confiabilidade do meio a ser empregado e, conseqüentemente, do material probatório obtido.

O material produzido após as operações técnicas deve ser encaminhado ao Juiz acompanhado de auto circunstanciado, que detalhará todas as operações realizadas (art. 256). Não há, entretanto, nenhuma menção ao protocolo metodológico da coleta de dados interceptados. O legislador penal, na oportunidade, não disponibilizou (ainda) nenhuma garantia de segurança à cadeia de procedimentos para uma produção de prova válida.

Ademais, também não se faz menção acerca das peculiaridades da prova penal técnica a ser produzida, considerando-a em linhas gerais, seja relacionada a interceptação telefônica, seja a produção probatória decorrente de sistemas de informática e telemática, seja àquela relacionada a obtenção de dados. Discorrer sobre a prova penal digital observando suas especificidades é objeto da próxima seção da pesquisa.

3.2. PROVA PENAL E(M) TECNOLOGIA CIENTÍFICA

Antes de avançar no estudo e com o intuito de sanar algumas lacunas que por ventura possam ter sido originadas até aqui, faz-se fundamental discorrer sobre as controversas e variadas noções acerca da terminologia “prova” no Direito Processual Penal brasileiro. Não se pretende esmiuçar todo o tema, tão somente se busca definir alguns termos demasiadamente caros ao objeto principal da pesquisa.

Também se buscará definir os diferentes institutos da prova ir-repetível, prova cautelar e prova antecipada, tendo em vista que cada um destes institutos processuais corresponde a uma natureza jurídica específica referente ao material probatório. De tal modo que o tratamento processual dado também deve ser singularizado. Somente após, será possível expor a prova digital como produto recolhido, preservado e analisado através de um método guiado cientificamente que vise a manutenção de sua confiabilidade e integridade.

3.2.1. Prova Penal: Definição de categorias

Recordar a partir de Carnelutti³³⁴ é fundamental para o clarificar do tema. Dirá o autor que o processo penal busca compreender a ocorrência ou não de determinado fato. Portanto, sobre fato é preciso se

334. CARNELUTTI, Francesco. *Las miserias del proceso penal*. Buenos Aires: Ediciones jurídicas europa-america, 1959. p. 71-73.

entender como um pedaço da história; e esta, por sua vez, uma trajetória que se percorre deste o nascimento até a morte dos homens e da humanidade. Logo o fato é um pedaço do percurso. Carnelutti ensina que o crime, por sua vez, é um pedaço do percurso histórico no qual aquele que o pratica trata de destruir seus rastros³³⁵. Sobre “Fato”, dirá Gonzalez Lagier³³⁶, com o auxílio de Russell, que se trata daquilo que faz uma proposição verdadeira ou falsa. Pois bem, as provas – sob este aspecto – servem precisamente para reconstruir um pedaço da história, a história ou a existência do fato, para atestar uma proposição como verdadeira ou falsa.

Quando Carnelutti³³⁷ trata sobre a prova penal o faz desconstruindo a ideia da certeza como resultado processual. Dirá o autor que a certeza é a existência do presente, e este somente o é enquanto percepção sob os sentidos do observador. A existência de algo não é o “ser” deste algo, mas tão somente “parte do ser” alcançado pelos sentidos ou pelo pensamento. Logo a certeza, a partir de Carnelutti, é uma mera percepção. Não existe certeza, mas um determinado grau de certeza ao qual se denominará de probabilidade.

É a prova como fundamento do processo que permite alcançar este alto grau de probabilidade, comumente descrito como certeza. Portanto, é a prova que proporciona ao julgador a obtenção de experiências que o capacita ao julgamento³³⁸.

Neste sentido, dirá Tornaghi que a atividade probatória tem como finalidade principal formar a convicção do juiz, ou seja, “a demonstração da veracidade ou falsidade da imputação feita ao réu e das circunstâncias que possam influir no julgamento da responsabilidade e da periculosidade, na individualização das penas e na aplicação das medidas de segurança que se faz a prova”³³⁹.

335. CARNELUTTI, Francesco. *Las miserias del proceso penal*. Op. cit. p. 71-73. “*el delito es un trozo de camino, del cual quien lo ha recorrido trata de destruir las huellas*”.

336. GONZALEZ LAGIER, Daniel. *Hechos y argumentos (racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal (I))*. *Jueces para la democracia*. Madrid: vol. 46, marco/2003, pp. 17-26.

337. CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones sobre el proceso penal Vol. I*. Ediciones Jurídicas Europa-América. Bosch y Cia. Editores Chile 2970, Buenos Aires, 1950. p. 288. “*Como la certeza es captada inmediatamente por virtud de los sentidos, la probabilidad es existencia captada, mediatamente, por virtud del juicio*”.

338. CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones sobre el proceso penal Vol. I*. Op. cit. p. 290.

339. TORNAGHI, Hélio. *Compêndio de processo penal: tomo II*. Rio de Janeiro, 1967. p. 678 - 679.

Entretanto, conforme aponta Ferrer Beltran³⁴⁰, a dicotomia entre verdade material ou verdade formal e sua relação com a prova penal, ou nos termos acima, a veracidade ou falsidade dos fatos, por vezes se apresenta inócua. Se verdade somente pode ser verdade enquanto una e total, e certeza somente será a partir do grau de probabilidade, logo a tomada de decisão exige um grau ou uma quantidade de elementos probatórios capazes de motivarem a decisão racionalmente no sentido de aceitar uma proposição como provada ou não.

Dirá o autor que “para que possa se dizer que uma proposição está provada é necessário e suficiente que se disponha de elementos probatórios suficientes em seu favor, que fazem aceitável essa proposição como descrição do caso fático”³⁴¹. Este, portanto, é o critério máximo a ser observado para enfrentar o problema referente à irracionalidade da decisão judicial, a suficiência de elementos probatórios que atestem um enunciado probatório relacionando-o com o enunciado fático.

A argumentação perpassa pela desvinculação ideal do processo penal com o conceito de averiguação da verdade ou, em certa medida, de alguma relação guardada entre a prova e a verdade que se busca provar, ou a verdade dos fatos. Ferrer Beltran³⁴², sob este aspecto, afirma então parecer óbvio que a decisão judicial para a qual os elementos probatórios são destinados deve se ater aos enunciados fáticos formulados pelas partes no processo. O autor elabora uma distinção baseada em duas máximas “estar provado” ou “ser tido por provado” que possibilita sustar as distorções entre o que se entendia por “ser verdadeiro”, “ser tido por verdadeiro” ou “aceito como verdadeiro”. O elemento chave, portanto, dirá o autor é a suficiência dos elementos probatórios.

Contudo, não se pode dizer que a (alta ou baixa) quantidade de *elementos* probatórios é fundamental para que se tenha como provado (ou não) o fato que se alega, tão pouco que a probabilidade à qual se refere deriva de cálculos matemáticos. Conforme Haack³⁴³, a partir da

340. FERRER BELTRAN, Jordi. *Motivacion y racionalidad de la prueba*. Editora y Libreria Jurídica Grijley. 1 ed., 2016. p. 191-196.

341. FERRER BELTRAN, Jordi. *Motivacion y racionalidad de la prueba*. Op.cit. p. 197.

342. FERRER BELTRAN, Jordi. *Motivacion y racionalidad de la prueba*. Op.cit. p. 198 - 199. “Parece razonable sostener que el éxito de la intervención de las partes en la fase de prueba, aportando medios de prueba, etc., se produce si logran convencer al juez de que su “descripción” de los hechos (su historia, si se prefiere) es verdadera. Con ello, estarán en buenas condiciones de ganar el caso”.

343. HAACK, Susan. *El probabilismo jurídico: una disensión epistemológica*. In: VAZ-QUEZ, Carmen. *Estándares de prueba y prueba científica: ensayos de epistemología jurídica*. Marcial Pons, 2013. p. 68-69.

CAPÍTULO 4

MALWARE DO ESTADO: UMA (NOVA) METODOLOGIA DE INFILTRAÇÃO NAS INVESTIGAÇÕES INFORMÁTICAS

O cenário atual de complexidades protagonizado pela informática impregna o âmbito jurídico e gera um impacto significativo no Direito Processual Penal, de modo que técnicas de investigação criminal atreladas a novas tecnologias se mostram carentes de uma legislação adequada que estabeleça balizas à prática processual. Mesmo que a intervenção estatal por meio da tecnologia se mostre sutil, por vezes fronteiras intransponíveis são rompidas durante a persecução penal e, portanto, se faz necessário o reestabelecimento de (novos) limites para preservar garantias individuais.

Aliás, uma das mudanças mais perceptíveis entre a investigação tradicional⁴⁹³ e a investigação informática⁴⁹⁴ é justamente o salto expressivo na qualidade das informações colhidas decorrente principalmente da criação de novos instrumentos de investigação que se voltam à busca e recolha de informações ou dados que circulam na *internet* ou estão armazenados nos dispositivos informáticos⁴⁹⁵. Contudo, este salto é acompanhado de uma enorme dificuldade de equilíbrio entre as exigências constitucionais de tutela individual dos direitos fundamentais do investigado e a própria atividade de investigar o delito.

A discussão que se pretende traçar neste momento objetiva buscar o equilíbrio entre a utilização de modalidades de infiltração possibilitadas pelo uso de novas tecnologias informáticas e a tutela de direitos fundamentais do sujeito, sem cair na armadilha do engano

493. Talvez o termo tradicional não seja o mais apropriado, mas pela falta de outro, será o utilizado neste espaço

494. TORRE, Marco. *Il captatore informatico: nuove tenologie investigative e rispetto delle regole processuali*. Op. cit. p. 13.

495. ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos. *"Hacking" legal al servicio de la investigación criminal: nuevos instrumentos para la investigación y prueba de la delincuencia informática*. In: Castrillo, Eduardo de Urbano. *Delincuencia informática: tiempos de cautela y amparo*. Editora Aranzadi, 2012. p. 185.

De tal sorte que os limites e critérios empregados pelo legislador processual penal deve atender a tais possibilidades, de modo que – se constitucionalmente aceita – a vigilância investigativa por meio de *malware*, mantenha-se minimamente à pessoa visada, respeitando direitos fundamentais e garantias processuais deste, mas também sem que direitos fundamentais de terceiros sejam afetados. Nas palavras de Wolter⁶²² deve se exigir que a utilização dos dados seja detalhadamente regulada.

4.1.5. Investigação por gravação de vídeo ou observação em tempo real

Uma das potenciais formas de se investigar proporcionadas pelo advento da utilização de *software* invasivos em dispositivos informáticos é a investigação por meio de gravação de vídeo. Como dito acima, a partir da configuração do *malware* utilizado para identificação de fontes de prova na investigação criminal, pode-se ativar por acesso remoto ao dispositivo diversas funcionalidades dentre as quais sua câmera.

Trata-se de mais uma forma de monitoramento próprio, desta vez, executado mediante gravação ou observação por vídeo de tudo aquilo que pode ser captado através da câmera integrada ao dispositivo alvo⁶²³. Também é, certamente, um método oculto de investigação de substancial lesividade a direitos fundamentais do investigado.

No ordenamento jurídico brasileiro, esta modalidade investigativa esbarra na proteção constitucional da intimidade e da vida privada dentre outras que pela utilização do *malware* – como se explicará –, também serão restringidas. Ademais, tal medida viola garantias processuais já mencionadas acima como o princípio da legalidade processual. De acordo com a jurisprudência italiana, o material probatório adquirido após a realização da medida se encaixa na categoria de prova atípica, utilizável se o método de investigação é realizado em local público⁶²⁴ mas determinado⁶²⁵.

622. WOLTER, Jürgen. **O inviolável e o intocável no direito processual penal**. Op. cit. p. 164.

623. TORRE, Marco. **Il captatore informático**. Op. cit. p. 110.

624. DANIELE, Marcelo. **Contrasto al terrorismo e captatori informatici**. *Revista di Diritto Processuale*. Marzo – Aprile, 2017. p. 400.

625. ITALIA, **Repubblica Italiana In Nome Del Popolo Italiano La Corte Suprema Di Casazione**. Sez. 6, Sentenza n. 27100 del 2015, MUSUMECI. Disponível em: <http://questionegiustizia.it/doc/sentenza-27100-2015.pdf>. Acesso em out 2018.

Conforme destaca Torre⁶²⁶, há duas formas de vídeo vigilância que merecem distinção. A primeira se trata do registro do comportamento comunicativo que representa uma nova forma de interceptação de comunicação entre pessoas presentes, cuja captação se dá mediante o registro do áudio e vídeo, demonstrando-se demasiadamente lesivo à direitos como a privacidade do sujeito investigado⁶²⁷. Sobre a matéria a Corte Suprema de Cassazione Italiana manifestou a necessária determinação do lugar onde deve ocorrer as gravações, de modo que do contrário afrontaria o sistema jurídico constitucional, pois se incluiria a possibilidade de uma captação de qualquer lugar em que o sujeito se mova⁶²⁸.

A segunda, por sua vez, trata-se do vídeo registro de comportamento não comunicativo. Esta definição impõe a diferenciação dos espaços cujo registro é efetivado. Torna-se necessário estabelecer a distinção entre a investigação por vídeo em local domiciliar, em local reservado ou em local público⁶²⁹. A importância de tais distinções é, definitivamente, as consequências relacionadas ao material coletado.

No ordenamento jurídico italiano, por exemplo, a vídeo vigilância domiciliar possui sanção que afeta o material investigativo recolhido, inutilizando-o no processo penal. Em se tratando de *fontes* de prova adquiridas por gravações de vídeos em ambiente domiciliar, “tal prova se baseia em uma atividade que a lei proíbe”⁶³⁰. A proibição decorre de mandato Constitucional que, a partir do art. 14 da Constituição Italiana, prevê a inviolabilidade do domicílio, sendo nele proibida a ocorrência de inspeções ou sequestros, salvo nos casos e formas estabelecidas em lei. Deste modo, assegura-se as garantias prescritas para a tutela da liberdade pessoal⁶³¹.

626. TORRE, Marco. *Il captatore informático*. Op. cit. p. 111.

627. De acordo com a Corte Constitucional Italiana, a referida interceptação possui natureza de instrumento investigativo e como tal, possui consequências dispostas nas normas dos artigos 266 e seguintes do Código que determina o rito das interceptações tradicionais. TORRE, Marco. *Il captatore informático*. Op. cit. p. 111.

628. ITALIA, *Repubblica Italiana In Nome Del Popolo Italiano La Corte Suprema Di Cassazione*. Op. cit., MUSUMECI.

629. TORRE, Marco. *Il captatore informático*. Op. cit. p. 111-112.

630. DANIELE, Marcelo. *Contrasto al terrorismo e captatori informatici*. *Revista di Diritto Processuale*. Marzo – Aprile, 2017. p. 400.

631. Constituição da República Italiana. *Costituzione Italiana edizione in lingua portoghese*. Senato della Repubblica. 2018. p. 11. Disponível em: https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/file/repository/relazioni/libreria/novita/XVII/COST_PORTOGHESE.pdf. Acesso em 04 set, 2018.

Quando se tratar de investigação a partir da gravação de vídeo em locais reservados, configurar-se-á prova atípica cuja utilização necessita de prévia motivação da autoridade judicial. De tal sorte, quando protegido o âmbito da confidencialidade dos sujeitos, a prova atípica poderá ser utilizada⁶³².

Tal argumento, segundo Daniele⁶³³, demonstra uma forma arbitrária de investigação de *fontes* de prova, pois se trata de um método igualmente invasivo que não possui critérios estabelecidos ou requisitos de elegibilidade que devem estar presentes na motivação judicial, para que esta se mostre idônea. A leitura do dispositivo 189 do Código de Processo Penal italiano revela uma impropriedade quanto à regulamentação da aquisição de provas atípicas, principalmente por não estabelecer qualquer garantia voltada à proteção mínima dos direitos do acusado.

Dirá a referida normativa processual que, excepcionalmente, uma prova não regulada por lei poderá ser tomada como adequada pelo juiz competente caso sirva para assegurar o esclarecimento dos fatos e quando não afetar a liberdade moral da pessoa⁶³⁴. Para cumprir com requisitos mínimos de garantia, conforme Daniele⁶³⁵, a leitura do dispositivo deve ser combinada com a Convenção Europeia dos Direitos Humanos⁶³⁶. Segundo o autor, as garantias que parecem socorrer o

632. TORRE, Marco. *Indagini informatiche e processo penale*. Op. cit. p. 157.

633. DANIELE, Marcelo. *Contrasto al terrorismo e captatori informatici*. *Revista di Diritto Processuale*. Marzo – Aprile, 2017. p. 400-401. “Le Sezioni unite hanno aggiunto che le videoriprese in luoghi meramente riservati – i quali, a differenza dei luoghi privati, non fruiscono della tutela apprestata dall’art. 14 Cost. – sarebbero dal canto loro utilizzabili solo qualora venissero disposte con un provvedimento motivato dell’autorità giudiziaria. Si tratta, però, di un assetto normativo arbitrariamente costruito dall’interprete, e comunque incompleto. Perché, in particolare, l’autorizzazione dell’autorità giudiziaria, e non di un vero e proprio giudice, come invece previsto dall’art. 266 c.p.p. in rapporto alle intercettazioni (ossia un mezzo investigativo altrettanto intrusivo per la privacy)? Quali, inoltre, i requisiti di ammissibilità su cui dovrebbe cadere la motivazione?”

634. Italia, Codice di Procedura Penale. Art. 189 - Prove non disciplinate dalla legge. 1. Quando è richiesta una prova non disciplinata dalla legge, il giudice può assumerla se essa risulta idonea ad assicurare l’ accertamento dei fatti e non pregiudica la libertà morale della persona. Il giudice provvede all’ammissione, sentite le parti sulle modalità di assunzione della prova.

635. DANIELE, Marcelo. *Contrasto al terrorismo e captatori informatici*. *Revista di Diritto Processuale*. Marzo – Aprile, 2017. p. 402.

636. Convenção Europeia de Direitos do Homem, Art. 8º Direito ao respeito pela vida privada e familiar 1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência. 2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar económico do país, a

4.1.6. Investigação por acesso a geolocalização dos dispositivos informáticos

A amplitude investigativa a partir da utilização de *malware* em dispositivos informáticos alvos contempla também o alcance de informações por dados referentes à longitude e latitude, consequentemente sua coordenada espaço-temporal no globo⁶⁴². Talvez a informação despertasse ligeiro interesse quando relacionadas a dispositivos fixos em locais determinados, mas não conhecidos. Contudo, revela uma grande preocupação quando tais dispositivos informáticos são dotados de tecnologia móvel. A este custo, o acesso à localização do dispositivo reflete também no alcance constante da localização de seu usuário.

Em um cenário que novas tecnologias de informação e comunicação são utilizadas massiva e constantemente por indivíduos, a ingerência sub-reptícia empregada pelo Estado sob estes dispositivos serve à “tecnovigilância”. Como ressalta Velasco Nuñez⁶⁴³ é a técnica e não a pessoa propriamente que se aproveita da informação captada pela máquina, contudo a técnica serve ao investigador e sua aplicação não pontual, mas prolongada no tempo, afeta a direitos fundamentais do investigado, dando lugar a vigilâncias tecnológicas.

A tecnologia usada na investigação, segundo o autor⁶⁴⁴, por mais que possua inibidores do delito acaba produzindo uma espécie de paranoia em parte da população que deve ser racionalizada pela norma. De tal sorte que a norma deve proteger o cidadão ao definir o direito de não estar localizado de maneira contínua, exigindo sobretudo que os cidadãos não sejam submetidos a ingerências constantes em sua vida privada. Evidente que a argumentação quanto a prevenção de ilícitos não deve preponderar diante do risco ao controle total alcançável pela tecnovigilância.

O sistema de geolocalização e sua utilização na investigação criminal não se equipara à mera observação por inspeção, ou o “seguir alguém” como diligência policial na modalidade eletrônica, ao contrário, não possui outra utilidade que não a localização e o monitoramento

642. BENE, Teresa. **Il pedinamento elettronico: truismi e problemi spinosi**. In: (a cura di) SCALFATI, Adolfo. *Le indagini atipiche*. G. Giappichelli Editore. Torino. 2014. p. 348.

643. VELASCO NUÑEZ, Eloy. *Limites a las investigaciones y a la prueba en el proceso penal*. In: **Delitos tecnológicos: definición, investigación, y prueba en el proceso penal**. Op. cit. p. 21.

644. VELASCO NUÑEZ, Eloy. *Limites a las investigaciones y a la prueba en el proceso penal*. In: **Delitos tecnológicos: definición, investigación, y prueba en el proceso penal**. Op. cit. p. 21.

delitiva, e deve também regular as garantias que permitam ao investigado exercer uma efetiva defesa”⁶⁵⁵⁻⁶⁵⁶.

4.2. DIREITOS DO INDIVÍDUO-ALVO DIRETAMENTE AFETADOS PELA UTILIZAÇÃO DE *MALWARE* NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL TECNOLÓGICA

4.2.1. Direito à proteção da intimidade

Uma adequada definição do conceito daquilo que seria a intimidade em relação ao tema aqui trabalhado é: a necessidade de encontrar na solidão a paz e equilíbrio continuamente comprometidos pelo ritmo da vida moderna. A capacidade da pessoa, querendo, se manter isolada ou resguardada da curiosidade dos olhares e dos ouvidos ávidos⁶⁵⁷.

Costa Jr. define a intimidade distinguindo-a por meio de seu aspecto interno e externo. O primeiro sendo a possibilidade de abs-trair-se da multidão, afastando-se materialmente. Já o segundo, tra-ta-se de natureza psíquica, “o homem a estabelece no burburinho da multidão”⁶⁵⁸.

655. VELASCO NUÑEZ, Eloy. *Limites a las investigaciones y a la prueba en el proceso penal*. In: **Delitos tecnológicos: definición, investigación, y prueba en el proceso penal**. Op. cit. p. 23-24. “*Al derecho deben preocupar más variables como la intensidad de la injerencia y su duración: los ciudadanos, potenciales afectados, necesitamos que se sepa previamente em qué casos y como se nos injiere, lo que la ley reserva a la proporcionalidad y las garantías que deben reducir los errores para que el ejercicio del derecho sea la regla y su inmisión la excepción, y para evitar todo atisbo de arbitrariedad en el receptor inicial de la información con la disculpa de que se está combatendo el delito. Esto es, que controlemos también a quien nos controla*”.

656. No mesmo sentido Marco Torre (TORRE, Marco. **Indagini digitali e processo penale**. Op. cit. p. 166.) “*la soluzione migliore sarebbe, de iure condendo, l'introduzione di una disciplina specifica idonea a realizzare un equo bilanciamento tra esigenze dell'accertamento penale e diritti individuali coinvolti in tale accertamento. Infatti, alla luce di un progresso tecnologico foriero di mezzi di indagine sempre più penetranti e invasivi, la supplenza giurisdizionale può diventare rischiosa. Ed allora, anche con riferimento al rilievo mediante g.p.s. sarebbe opportuno un intervento legislativo che si occupasse di specificare le tipologie di reato per le quali consentire il monitoraggio, le modalità preparatorie ed esecutive, la riserva di giurisdizione, la forma della documentazione delle operazioni, le sanzioni processuali in ipotesi di violazione dei presupposti legittimanti l'uso dello strumento investigativo*”.

657. COSTA JR., Paulo José da. **O direito de estar só: tutela penal da intimidade**. Editora Revista dos Tribunais Ltda. 1970, p. 8.

658. COSTA JR., Paulo José da. **O direito de estar só: tutela penal da intimidade**. Editora Revista dos Tribunais Ltda. 1970, p. 8.

A impossibilidade do sujeito de permanecer reservado em seu íntimo é a contraprestação da comodidade e praticidade proporcionadas pelas novas tecnologias. Ambos os aspectos, interno e externo, da intimidade sofrem um processo constante de corrosão devido à massiva utilização das tecnologias de comunicação e informação. Desta forma o direito à intimidade por vezes sofre incidência e restrições que ultrapassam determinados limites alcançando seu núcleo intocável⁶⁵⁹.

A determinação do fundamento intocável que compõe o direito à intimidade decorre da “teoria das esferas”, cuja visualização de três círculos concêntricos com diâmetros progressivamente menores permite entender os níveis de restrições possíveis de ocorrerem na esfera privada do sujeito. O círculo externo representa a esfera social em que há maiores possibilidades de intervenções. Inserem-se neste âmbito, processos, situações e condutas de natureza pública⁶⁶⁰. O círculo intermediário corresponde à intimidade, esfera da confiança ou sigilo, ou seja, neste círculo se inserem conversas ou acontecimentos íntimos que se excluem do público em geral⁶⁶¹.

A seu turno, no terceiro círculo, que representa o âmago da esfera privada, ou seu núcleo intocável, não há possibilidade de se justificar uma intervenção. Conforme Greco, trata-se de uma expressão da ideia de dignidade humana, e para Costa Jr. compreende uma parcela da vida privada conservada em segredo pelo indivíduo⁶⁶². Sob este prisma, o Tribunal Constitucional Alemão entendeu que restou afetado o núcleo intocável da privacidade ao decidir sobre um caso em que se gravou um solilóquio travado por uma pessoa que se encontrava em seu automóvel⁶⁶³. É difícil estabelecer com exatidão o conteúdo concreto deste núcleo intocável, mas nos parece evidente que abarca situações

659. GRECO, Luis. **Introdução – o inviolável e o intocável no direito processual penal**. Op. cit. p. 34.

660. COSTA JR., Paulo José da. **O direito de estar só: tutela penal da intimidade**. Editora Revista dos Tribunais Ltda. 1970, p. 31. Neste sentido Luis Greco (**Introdução – o inviolável e o intocável no direito processual penal**. Op. cit. p. 34.) exemplifica as incidências como “falar ou perguntar sobre a profissão de alguém”.

661. Id. *Ibidem*. Também GRECO, Luis. **Introdução – o inviolável e o intocável no direito processual penal**. Op. cit. p. 34. “Aqui, trata-se de informações, por ex., sobre as compras de uma pessoa, o local em que ela passa férias, o seu círculo de amigos”.

662. COSTA JR., Paulo José da. **O direito de estar só: tutela penal da intimidade**. Op. cit. p. 32-33. GRECO, Luis. **Introdução – o inviolável e o intocável no direito processual penal**. Op. cit. p. 34

663. GRECO, Luis. **Introdução – o inviolável e o intocável no direito processual penal**. Op. cit. p. 34. “BGHSt 57, 71 (74 e ss.)”

4.2.3. Sigilo e proteção das comunicações: Direito Inviolável (?)

Todo o exposto até aqui não poderia desaguar em outro lugar que não na restrição do direito ao sigilo e proteção das comunicações. Os problemas situados no corpo desta pesquisa simbolizam que na realidade a proteção da livre comunicação é trazida para o centro do debate, de tal forma que também merece reflexão.

O desenvolvimento tecnológico permitiu que avanços técnicos a nível de vigilância fossem atingidos, os instrumentos tradicionais de controle se transformaram paulatinamente em tecno-instrumentos de vigilância ou mais precisamente instrumentos informáticos de vigilância para o controle, evidentemente.

Como ressalvado desde o início, é o controle da informação nas mãos do controlador que lhe assegura o poder da informação como capacidade de prever e assim evitar riscos. Pela informação se controla o sujeito, seu comportamento (e pensamento). Deste modo a reflexão vai mais além da afetação isolada do direito ao sigilo e proteção das comunicações, e atinge outros direitos fundamentais e princípios processuais diante destas cruzadas contra a criminalidade⁷²¹.

O direito da proteção à comunicação se enquadra entre os direitos de liberdade, compreendido como subjetivo e essencial de defesa⁷²², de modo que independentemente de seu conteúdo, as comunicações devem resultar protegidas⁷²³, tal como impõe a constituinte brasileira, é inviolável o sigilo das comunicações. Sendo assim, assevera Quevedo Gonzalez que além da proteção constitucional se direcionar tanto a agentes públicos quanto privados, o segredo da comunicação – pela proteção do conteúdo – se pauta contra interceptações não autorizadas ou qualquer outra forma de conhecimento antijurídico do comunicado. Abarcando, ademais, a identidade subjetiva dos interlocutores, ou qualquer dado correspondente a elemento da cadeia de comunicação gerado por meio de um sistema informático, como a origem, o destino, a rota, o tamanho, a duração⁷²⁴.

721. WOLTER, Jürgen. **O inviolável e o intocável no direito processual penal**. Op. cit. p. 160.

722. GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas**. 2ª edição atualizada. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 1982. p. 191.

723. QUEVEDO GONZALEZ, Josefina. **Derechos y libertades que resultan afectados**. Op. cit. p. 118.

724. QUEVEDO GONZALEZ, Josefina. **Derechos y libertades que resultan afectados**. Op. cit. p. 119.

A premissa, portanto, é que a ingerência estatal face à proteção constitucional do sigilo das comunicações somente poderá ocorrer quando autorizada por lei para fins de investigação criminal e instrução processual penal, desde que autorizada judicialmente. Como ressalta Muñoz Conde⁷²⁵, em se tratando de processo penal, a restrição do direito fundamental ao sigilo das comunicações pode ser imprescindível para a persecução penal, contudo os limites impostos reforçam a proibição da busca incansável e a qualquer preço daquilo que se entende por “verdade”.

Talvez a assombração da “verdade” como suposto objetivo do processo penal tenha cedido espaço à busca pela “prevenção de delitos”. A equação parece simples e correta, mas se trata de um complexo paradoxo. Nesta lógica o processo penal perde serventia e utilidade, a lógica da guerra contra criminalidade, aniquila o Direito Processual Penal pois mina sua capacidade de controle e de reação ao poder punitivo. A prevenção pelo poder da informação prosta tanto a liberdade individual – aqui observada na sua face comunicativa resguardada pelo sigilo – que sujeita o indivíduo não à lei, mas ao controle, quanto a sua capacidade de reação frente a violência sub-reptícia da transparência.

A proteção quanto à inviolabilidade do direito ao sigilo das comunicações, na realidade tecnológica, não tem se sustentado. Há, ao contrário, violações constantes em função de intervenções prospectivas do Estado para a prevenção de crimes. Como ressalta Cuerda Arnau, o exemplo paradigmático desta realidade se retrata no “controle estratégico das telecomunicações, ou seja, a recolha de informações de maneira aleatória e seu processamento mediante diversos filtros buscando palavras chaves. Esta tecnologia é controlada por países como Estados Unidos, Canadá, Gran Bretanha, Austrália e Nova Zelândia, e funciona na captura de comunicações por rádio, satélites, chamadas de telefone, *fax*, e *e-mails* em quase todo o mundo, incluindo ainda a análise automática e classificação das interceptações”⁷²⁶.

A informação recolhida por novas formas de “tecnovigilância” que afetam a comunicação como direito fundamental não serve para

725. MUNOZ CONDE, Francisco. *Prueba prohibida y valoración de las grabaciones audiovisuales en el proceso penal*. Revista Penal, N^o 14, 2004. p. 102.

726. CUERDA ARNAU, M^a Luisa. *Intervenciones prospectivas y secreto de las comunicaciones. Cuestiones pendientes*. In: GONZALEZ CUSSAC, José Luis; CUERDA ARNAU, María Luisa (Dir.); FERNANDEZ HERNANDEZ, Antonio (Coord). *Nuevas amenazas a la seguridad nacional: terrorismo, criminalidad organizada y tecnologías de la información y la comunicación*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013. p. 109.