

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

ASPECTOS PROCESSUAIS PENAIS DOS CRIMES DIGITAIS:

Meios de produção de prova e a Teoria da Cadeia de Custódia

INGRID SASSEN PAZ SANTA BRIGIDA

Rio de Janeiro

2017/1

INGRID SASSEN PAZ SANTA BRIGIDA

ASPECTOS PROCESSUAIS PENAIS DOS CRIMES DIGITAIS:

Meios de produção de prova e a Teoria da Cadeia de Custódia

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob orientação do Professor Ms. Rodrigo Machado Gonçalves.

Rio de Janeiro

2017/1

B855a

Brigida, Ingrid Sassen Paz Santa
ASPECTOS PROCESSUAIS PENAIS DOS CRIMES DIGITAIS:
Meios de produção de prova e a Teoria da Cadeia de
Custódia / Ingrid Sassen Paz Santa Brigida. -- Rio
de Janeiro, 2017.
54 f.

Orientador: Rodrigo Machado Gonçalves.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
de Direito, Bacharel em Direito, 2017.

1. Direitos e garantias fundamentais do processo
penal. 2. Construção histórica das legislações
envolvendo matéria digital. 3. Crimes digitais. 4.
As provas no contexto do meio digital. I. Gonçalves,
Rodrigo Machado, orient. II. Título.

CDD 341.434

INGRID SASSEN PAZ SANTA BRIGIDA

ASPECTOS PROCESSUAIS PENAIS DOS CRIMES DIGITAIS:

Meios de produção de prova e a Teoria da Cadeia de Custódia

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob orientação do Professor Ms. Rodrigo Machado Gonçalves.

Data da Aprovação: ___ / ___ / ____.

Banca Examinadora:

Orientador: Rodrigo Machado Gonçalves

Membro da Banca 1

Membro da Banca 2

Rio de Janeiro

2017/1

DEDICATÓRIA

Aos meus avôs, João e Geraldo, à minha madrinha Cacá e ao meu amigo Lucas. Aos meus guias de luz que me protegem e guardam. Todo meu esforço foi e continuará sendo por vocês.

AGRADECIMENTOS

À minha família, especialmente aos meus pais, Vírnia e Luiz Fernando, que tornaram tudo isso possível, com palavras de encorajamento, de perseverança e carinho. Sem vocês, com certeza eu teria desistido e muito obrigada pelos puxões de orelha várias vezes necessários para me colocar de volta aos eixos e no caminho certo. Espero poder retribuir tudo o que vocês me proporcionaram e muito mais. Amo muito vocês, mesmo que eu não diga isso sempre. Ao meu irmão chato e irritante, Flávio, eu te amo e a implicância eterna é a prova disso, pode apostar. E ao Simba e à Bina que sempre estão me cuidando e me alegrando. Vocês são meus amores eternos.

À todos que percorreram esse mesmo caminho de cinco anos emocionantes na Central e que tenho a gratidão de poder chamar de amigos, – Garotas Nacionais, Trio Nacional, Titios do Hugo e Dissidentes – com vocês tudo ficou mais colorido, iluminado e alegre. Sempre estaremos juntos para todas as surpresas e obstáculos que atravessarem nossas vidas, dando todo o suporte e amor.

Aos meus padrinhos e madrinhas, – Dudu, Cacá, Cacau, Sisi, Bermond e Selma – tenho vocês como verdadeira inspiração de luta e garra. Não tenho como agradecer por tudo o que vocês puderam me proporcionar em todos esses meus anos de vida. Todo o amor, acolhimento e ternura de vocês me fazem uma pessoa melhor e, como escrevi aos meus pais anteriormente, espero poder retribuir um dia tudo isso. Meu mais sincero “muito obrigada” por vocês existirem e participarem da minha vida.

Às minhas avós, – Eni, Domingas, Joaquina e Célia – espero estar sendo uma neta boa, mas mesmo assim, perdoem qualquer falha minha nesse percurso. Eu amo vocês mais do que posso me expressar.

Aos meus tios e tias, – Narga, Ricardo, Hélio, Fani, Lu, Kátia, Carlinhos, Cilene e Adilson – que de longe ou de perto sei que torcem por mim e pelas minhas conquistas. Eu amo muito vocês.

Aos meus primos (de verdade ou posições), – Gilberto, Bernardo, Mathias, Maria, Caio, Bruno, André Luiz e Joana Angélica – amo todos vocês e que nos tornemos cada vez mais amigos e cúmplices.

Por último, mas não menos importante, agradecimento especial ao meu orientador, Rodrigo, por ter aceitado aos 45 do segundo tempo essa orientanda completamente perdida. Seus ensinamentos ultrapassam qualquer barreira acadêmica. As suas poesias todas às quartas à noite renovam nossas esperanças em mundo mais igualitário e mais sonhador. Tenho certeza que todos nós do noturno 2012.2 sentiremos falta desse pequeno alento nessa nova etapa que se inicia.

RESUMO

Com o avanço da tecnologia, a sociedade vai se tornando cada vez mais conectada e as formas de interação nas comunicações entre os povos se desenvolvem e se aperfeiçoam, tornando os meios digitais ferramentas essenciais no dia-a-dia. Porém, esses mesmos instrumentos podem ser utilizados como alvos e como meios de práticas criminosas. Os crimes digitais parecem estar sempre à frente das legislações pelo seu caráter volátil, causando insegurança e suspeita por parte dos usuários de *Internet*. Para tanto, devem ser criadas leis que protejam os direitos e garantias fundamentais constitucionais e que não sejam meramente instrumentos de persecução penal, sob pena de não conseguir acompanhar adequadamente os impactos que esses tipos de crimes podem causar em suas vítimas. A falta de uma legislação específica de crimes digitais e dos crimes que usam os meios digitais para cometer delitos, além da carência na regulamentação dos procedimentos de cadeia de custódia das provas colhidas, permitem concluir que é necessária a adaptação do nosso ordenamento jurídico penal às novidades tecnológicas para se combater as violações dos bens jurídicos tutelados por nossa Constituição.

Palavras-chaves – Crimes digitais; Prova; Cadeia de Custódia; Processo Penal; Direito Penal.

ABSTRACT

With the advance of technology, society is becoming more and more connected and the forms of communication interaction between people are developing and improving, making digital media essential tools in everyday life. However, these same instruments can be used as targets and as means of criminal practices. Digital crimes seem to be always ahead of legislation because of their volatile nature, causing insecurity and suspicion on the part of Internet users. To this end, must be created bills that can protect fundamental constitutional rights and guarantees and should not be merely instruments of criminal prosecution, otherwise they will not be able to adequately follow the impacts that these types of crimes may have on their victims. The lack of a specific legislation of digital crimes and the crimes that use the digital means to commit crimes, besides the lack in the regulation of the chain of custody procedures of the collected evidence, allow to conclude that it is necessary the adaptation of our criminal legal order to the innovations in order to combat violations of legal rights protected by our Constitution.

Keywords - Digital Crimes; Proof; Chain of Custody; Criminal proceedings; Criminal Law.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	1
2. OS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO PENAL	4
2.1 Os princípios constitucionais processuais penais	5
2.1.1 Os princípios explícitos	7
2.1.1.1 Quanto ao indivíduo	7
2.1.1.2 Quanto à relação processual	8
2.1.1.3 Quanto à atuação do Estado	9
2.1.2 Os princípios implícitos	10
2.1.2.1 Quanto à relação processual	10
2.1.2.2 Quanto à atuação do Estado	10
2.2 O acesso à Internet como novo direito fundamental?	12
3. O HISTÓRICO DAS LEGISLAÇÕES ENVOLVENDO MATÉRIA DIGITAL	15
3.1 A Convenção de Budapeste	15
3.2 O caso WikiLeaks e a Resolução “Direito à privacidade na era digital”	16
3.3 O Marco Civil da Internet	17
3.4 A Lei Carolina Dieckmann	19
4. CRIMES DIGITAIS	22
4.1 Conceitos e classificações	23
4.2 Sujeito ativo e passivo	28
4.3 Legislação brasileira e seus desafios	28
5. AS PROVAS NO CONTEXTO DO MEIO AMBIENTE DIGITAL	32
5.1 Conceitos e classificações	32
5.1.1 Quanto ao objeto	35
5.1.2 Quanto ao valor	35
5.1.3 Quanto ao sujeito	35
5.1.4 Quanto à forma	36
5.2 O ônus probatório e busca pela “verdade”	36
5.2.1 O sistema de valoração da prova no processo penal	37
5.3 Meios de investigação e a produção das provas	38
5.3.1 O princípio do <i>favor rei</i> e da proibição da <i>reformatio in pejus</i>	40
5.3.2 As provas ilícitas	41
5.3.3 As redes sociais como meios de obtenção de prova	45

5.4 A cadeia de custódia	46
5.4.1 Teoria da quebra da cadeia de custódia e o STJ	49
5.5 (In)Segurança jurídica e a manipulação de dados	50
6. CONCLUSÃO	52
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	55

1 – INTRODUÇÃO

Diante dos avanços tecnológicos e do crescimento do uso da *Internet* no Brasil, potencializado com a popularização de *smartphones* e *tablets* e a facilidade em se ter acesso aos mais variados serviços por meio de aplicativos tem transformado esses dispositivos instrumentos de delitos e ao mesmo tempo permitido ataques contra contas bancárias, exposição de fotos íntimas, vazamento de documentos sigilosos, além dos habituais envios e recebimentos de *malwares*, *phishing*, *spams*, *badwares* e *botnets*.

Os crimes digitais não possuem fronteiras e vem gradativamente gerando transtornos globais ao promoverem ataques sincronizados em múltiplos países acometendo sistemas de computadores, criptografando seus dados e exigindo resgate em moedas virtuais.

Ao não possuir uma legislação capaz de acompanhar os possíveis desdobramentos tecnológicos, visto que nosso Código Penal é de 7 de dezembro de 1940, o Brasil se torna um dos poucos países com relevância econômica-política no cenário mundial que estão atrasados na implementação de políticas e estratégias para o combate desses crimes, boviamente, segundo critérios estritos de legalidade.

Se trata de uma situação absurda, pois de acordo com os dados do Global Security Map¹, o nosso país figura na 33ª posição de 219 países no ranking de segurança cibernética, ficando à frente apenas da África do Sul se compararmos com os outros países membros do BRICS².

O Brasil não possui uma legislação específica capaz de atender e disciplinar os crimes digitais e seus autores. O Marco Civil da Internet trata da reafirmação de direitos e garantias fundamentais, a relação de consumo entre servidor e usuário e a responsabilização de provedores por conteúdo postado por terceiros, mas não penaliza criminalmente quem se utiliza de artifícios para cometer delitos. A Lei Carolina Dieckmann foi a pioneira no quesito de tipificação de crimes praticados por meios digitais, porém não abrange outros tipos penais

¹ O ranking pode ser acessado através do link: <http://globalsecuritymap.com/#br/details>

Para fins de comparação do Brasil com os demais países membros do BRICS, a Rússia se encontra em 1º lugar, Índia na 19ª posição, China na 23ª posição e a África do Sul apenas em 80ª.

² BRICS: Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul (em inglês: South Africa). É um grupo político de cooperação envolvendo os países com mercados emergentes economicamente e buscam uma maior influência geopolítica.

sem ser da invasão de dispositivo informático, interrupção ou perturbação de serviço telegráfico, telefônico, informático, telemático ou de informação de utilidade pública e a falsificação de cartão de crédito ou débito.

Contudo, essas normas não são suficientes e a adesão aos tratados internacionais que tratam dos crimes digitais se tornam imprescindíveis para haver colaboração externa tanto para auxiliar nas investigações, como para a troca de tecnologias de monitoramento e o próprio intercâmbio de experiências que somente é possível através de investimentos na qualificação dos profissionais que irão lidar com segurança pública cibernética.

Esta monografia está estruturada em seis capítulos para a abordagem dos aspectos processuais penais no âmbito digital e o papel das provas, seus meios de obtenção e preservação a fim de se garantir a sua credibilidade e a não quebra da cadeia de custódia.

O segundo capítulo aborda os direitos, garantias e princípios constitucionais no processo penal, para poder criar uma base teórica dos problemas enfrentados para se comprovar a possibilidade de uso das provas digitais de uma forma válida e

O terceiro capítulo apresenta os acontecimentos históricos que levaram à criação da legislação penal envolvendo as matérias digitais no Brasil. Os acontecimentos em nível mundial que influenciaram as concepções de segurança e de crimes cometidos na rede que podem acometer qualquer pessoa física ou jurídica e produzir resultados potencialmente perigosos.

O quarto capítulo exemplifica e busca classificar os mais variados tipos penais relacionados aos crimes cometidos no meio ambiente digital e as dificuldades em se tentar, na mesma velocidade, acompanhar e delimitar os delitos digitais.

O quinto capítulo trata da análise do papel das provas no processo penal e fazendo suas conexões com as provas digitais, a valoração desses tipos de provas e como a manipulação, seja pela supressão de partes, seja pela alteração do conteúdo, quebra da cadeia de custódia, ocasionando a sua inadmissibilidade por se tratar de uma prova ilícita por derivação e que compromete assim, o direito ao contraditório da parte acusada.

A cadeia de custódia é essencial para a garantia da integridade do material coletado. Sendo realizada a correta preservação e armazenamento, será evitada a sua quebra estabelecendo assim a continuidade do processo regular e adequado com os requisitos processuais penais de admissibilidade, produção e valoração da prova penal digital. Nesse sentido, a delimitação e obediência aos *standards* probatórios consitucionais se fazem absolutamente necessárias à materialização do devido processo penal democrático.

2 – OS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO PENAL

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, por meio de seus artigos, regula e normatiza princípios basilares para o nosso ordenamento jurídico, objetivando a igualdade, bem como a validade e a (possível) invalidade da prova. Através do respeito aos princípios constitucionais e processuais penais, deve-se buscar elementos que demonstrem a necessidade da prova material para a apuração da realidade do fato alegado, levando-se em consideração as eventuais imprecisões e dúvidas.

Os direitos fundamentais e as garantias individuais e coletivos são encontrados no artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil.

Vale destacar as diferenças entre direito e garantias fundamentais. O direito fundamental é um prerrogativa do próprio ser humano reconhecida por uma ordem constitucional e as garantias fundamentais são estabelecidas como uma medida protetiva dos direitos fundamentais.

Some-se a isto as diferenças sutis entre direitos fundamentais e direitos humanos, mas que merecem destaque, por serem usualmente consideradas como expressões sinônimas.

Os direitos humanos são aqueles inatos ao ser humano como a liberdade e a igualdade são positivados a nível internacional, por meio de tratados, convenções e resoluções e não se limita ao espaço ou tempo. Por sua vez, os direitos fundamentais são os direitos humanos positivados em nossa Constituição Federal, o que confere ao Estado pátrio deveres de proteção e garantia desses direitos.

Há diversas correntes, de cunho filosófico e doutrinários, a respeito da concepção histórica dos direitos humanos. Com o passar dos séculos, o advento das formações dos Estados e dos movimentos revolucionários foram sendo desenvolvidos mecanismos para estruturar, controlar e limitar os poderes estatais e garantir os direitos conquistados pelos conflitos socioeconômicos.

Para o jusnaturalismo moderno, os direitos humanos fundamentais, são os direitos inatos aos seres humanos independente de tempo e espaço, ou seja, são direitos naturais que já nasceram com o ser antes mesmo de ser reconhecido pelo Estado.

Para o juspositivismo, os direitos humanos são aqueles direitos básicos decorrentes da lei positivada, onde não há consenso entre os valores fundamentais e não permitia uma flexibilidade na aplicação da norma.

O pós-positivismo vem para adaptar os pensamentos positivistas, trazendo consigo a percepção de que as leis não são perfeitas e que há sim uma possibilidade de flexibilização de tais normas através de sua interpretação e fundamentação.

Seguindo a doutrina de Vicente Greco Filho, podemos classificar os direitos e garantias em três espécies: direitos materiais, garantias formais e garantias instrumentais.

Os direitos materiais são aqueles expressamente outorgados pelo texto constitucional e que define o seu conteúdo. Ocasionalmente, alguma delimitação ou regulamentação pode ser remetida à legislação ordinária, porém, não se poderá descaracterizar quaisquer direitos constitucionais garantidos, principalmente o direito à vida que é condição *sine qua non* para o asseguramento dos outros direitos.

As garantias formais são “aquelas que, sem definir o conteúdo do direito, asseguram a ordem jurídica, os princípios da juridicidade, evitando o arbítrio, balizando a distribuição dos direitos em geral”.³ Como exemplos de garantias formais, podemos nomear o princípio da legalidade e o princípio da igualdade.

As garantias instrumentais, intituladas também de garantias processuais, “visam assegurar a efetividade dos direitos materiais e das garantias normais, cercando, por sua vez, sua aplicação de garantias”.⁴ É o caso da ampla defesa, contraditório e dos próprios meios de provocação, como o *habeas corpus*, mandado de segurança e etc.

2.1.1 – Princípios constitucionais processuais penais

³ GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal** / Vicente Greco Filho. – São Paulo: Saraiva, 1991, p. 29

⁴ *Ibid*, p. 29

Na formulação da Constituição da República Federativa do Brasil, houve uma preocupação especial em se estabelecer garantias para o processo penal, em razão da origem histórica dos direitos e garantias fundamentais, instituídas como uma forma de resguardar a liberdade e contra o arbitramento penal.

Os princípios constitucionais se apresentam como o sustentáculo do sistema processual penal, sem os quais não se cumpriria a tarefa de proteção dos direitos fundamentais.

Inicialmente, deve-se definir brevemente o que se compreende por princípios constitucionais fundamentais regentes do nosso ordenamento jurídico.

Para José Afonso da Silva há diferenças entre os conceitos de princípios constitucionais fundamentais e os princípios gerais do Direito Constitucional, como podemos ver a seguir:

Temos que distinguir entre princípios constitucionais fundamentais e princípios do Direito Constitucional. Vimos já que os primeiros integram o Direito Constitucional positivo, traduzindo-se em normas fundamentais, normas-síntese ou normas-matriz, “que explicitam as valorações políticas fundamentais do legislador constituinte”(apud CANOTILHO, Direito constitucional, p. 178), normas que contêm as decisões políticas fundamentais que o constituinte acolheu no documento constitucional. Os princípios gerais formam temas de uma teoria geral do Direito Constitucional, por envolver conceitos gerais, relações, objetos, que podem ter seu estudo destacado da dogmática jurídico-constitucional.⁵

Portanto, princípios constitucionais fundamentais são aqueles que contêm as bases e os valores fundamentais do sistema jurídico vigente e servem como uma diretriz para a interpretação de alguma regra normativa.

Os princípios constitucionais subdividem-se em princípios explícitos, que estão expressos na Constituição da República Federativa do Brasil, mais precisamente nos incisos do artigo 5º deste diploma; e em princípios implícitos, que são decorrentes dos princípios expressos e demais valores consagrados na CRFB, conforme o §2º, do artigo 5º.

⁵ Cf. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo** – São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2014, p. 97.

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.⁶

O princípio do devido processo legal em face da opção democrática brasileira, garante a eficácia dos direitos fundamentais garantidos na nossa Constituição e assegura a todos o direito a um processo justo e igual em conformidade com todas as normas previstas em lei. Ele resguarda as partes dos atos arbitrários das autoridades jurisdicionais e persecutórias

É uma garantia inserida no nosso ordenamento jurídico no artigo 5º, LIV, da CRFB e determina “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, a qual, sob o prisma da democratização, estabelece a liberdade como regra.

É relacionado com todos os demais princípios que serão abordados no próximo subcapítulo, como os princípios da ampla defesa, duração razoável do processo, contraditório, provas ilícitas, prevalência do interesse do réu, presunção de inocência e o duplo grau de jurisdição.

2.1.1.1 – Os princípios explícitos

2.1.1.1.1 – Quanto ao indivíduo

O princípio da presunção de inocência, com previsão no art. 5º, LVII, da Constituição, ao declarar que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, consagra, em nosso sistema jurídico, a presunção *iuris tantum* de não-culpabilidade da parte, ou seja, é a presunção relativa que admite prova em contrário.

Seguindo o princípio da dignidade da pessoa humana, o estado de inocência é a regra, indisponível e irrenunciável. O ônus da comprovação da exceção, no caso, da culpa, é do Estado. O que nos leva à compreensão do direito ao silêncio (art. 5º, LXIII, da CRFB), pois ninguém é obrigado a fazer prova contra si (princípio *nemo tenetur se detegere*). Trata-se de uma defesa pessoal negativa que não admite presunção de culpabilidade ou lhe cause prejuízo jurídico.

⁶ BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.html> Acesso em: 07 jul. 2017.

O princípio da ampla defesa tem previsão no art. 5º, LV, da CRFB: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

A busca pela autopreservação é natural ao ser humano, sendo assim, a ampla defesa não pode ser restringida, já que tal instituto serve de contrapeso à força de repressão estatal. Entretanto, isso não significa que haverá soluções técnicas ou prazos ilimitados para o acusado e, caso deixe o tempo perpassar sem um justo motivo, não poderá questionar a eficácia de sua defesa.

A ampla defesa está dividida em defesa técnica e defesa pessoal. A defesa técnica, consagrada no art. 261 do CPP, é indisponível e consiste na defesa promovida pela assistência de um advogado ou de um defensor, nos casos de insuficiência de recursos que é garantida pelo art. 5º, LXXIV, da CRFB.

A defesa pessoal subdivide-se em positiva, quando o sujeito pratica quaisquer atos, como se justificar ou negar a autoria ou materialidade do fato imputado a ele; e negativa, segue o princípio do *nemo tenetur se detegere*, pois ninguém é obrigado a fazer prova contra si, podendo ficar em silêncio durante o interrogatório e isso não pode servir para lhe incriminar, pois deve-se sempre presumir sua inocência.

O princípio da plenitude de defesa previsto no art. 5º, XXXVIII, “a”, da CRFB: “é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: a) a plenitude de defesa”.

Como pode-se notar, esse princípio está inserido nas garantias do Tribunal do Júri como uma maneira de reforçar a ampla defesa, visto que os julgadores são pessoas do povo e julgam com base no sistema da íntima convicção e não precisam fundamentar sua decisão.

2.1.1.1.2 – Quanto à relação processual

O princípio do contraditório está disposto no mesmo artigo e inciso do princípio da ampla defesa (art. 5º, LV, da CRFB), com isso, muitas pessoas confundem os dois, tratando-as como um único instituto.

O contraditório é o direito do acusado em contradizer o que a acusação está afirmando a seu respeito. A ampla defesa é o direito do acusado de se valer de todos os meios jurídicos possíveis em Direito para a sua defesa.

A Ministra do Superior Tribunal de Justiça, Assusete Magalhães⁷, que “os direitos fundamentais acentuam a importância de se reconhecer que os indivíduos, antes de terem deveres perante o Estado, têm direitos a serem respeitados e assegurados”. Estes direitos têm, como características, a posição de supremacia na ordem jurídica e, portanto, a impossibilidade de sua supressão. Por força do seu dever de imparcialidade, o juiz coloca-se entre as partes, porém distante. O princípio do contraditório, desta forma, corresponde ao princípio da igualdade das partes, dentro do processo.

O Pacto de São José da Costa Rica dispõe em seu artigo 8º, I e II, alínea “c”, afirma que: “toda a pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial (...) Toda pessoa acusada terá direito a concessão do tempo e dos meios necessários a preparação de sua defesa”.

Para Aury Lopes Júnior “o núcleo fundante do pensamento de FAZZALARI está na ênfase que ele atribui ao contraditório, com importante papel na democratização do processo penal, na medida em que desloca o núcleo imantador, não mais a jurisdição, mas o efetivo contraditório entre as partes. A sentença – provimento final – deve ser construída em contraditório e por ele legitimada. Não mais concebida como (simples) ato de poder e dever, a decisão deve brotar do contraditório real, da efetiva e igualitária participação das partes no processo. Isso fortalece a situação das partes, especialmente do sujeito passivo no processo penal. O contraditório, na concepção do autor, deve ser visto em duas dimensões: no primeiro

⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Doutrina: edição comemorativa, 25 anos. Ministra Assusete Magalhães. Quebra de sigilo de dados e das comunicações telefônicas: O dever estatal de preservação da fonte de prova.** Brasília, 2014 p. 508 e 523.

momento, é o direito à informação (conhecimento); no segundo, é a efetiva e igualitária participação das partes. É a igualdade de armas, de oportunidades”.⁸

2.1.1.1.3 – Quanto à atuação do Estado

O princípio do juízo natural, previsto no art. 5º, LIII e XXXVII, da CRFB, dispõem: “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente” e “não haverá juízo ou tribunal de exceção”

Tem como finalidade a garantia da participação de um julgador técnico e imparcial investida de jurisdição no decorrer do processo. Caso haja a prática de juízo ou tribunal de exceção, deve ser declarado a nulidade de todo e qualquer ato judicial.

O princípio da publicidade, previsto no art. 5º, LX e XXXIII e no art. 93, IX, da CRFB, dispõem: “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem” e “todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”.

Ao publicizar os atos processuais, desde o livre acesso do público à sala de audiência à sentença penal prolatada oralmente, a lei visa resguardar a garantia do acompanhamento do desenvolvimento dos atos processuais na medida de seu interesse pessoal. Porém, há exceções em alguns casos a discricão ou o interesse social sejam recomendados de não divulgação.

O princípio da vedação das provas ilícitas, previsto no art. 5º, LVI, da CRFB, dispõe: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Portanto, caso o juiz venha a utilizar uma prova ilícita para fundamentar seu juízo de convencimento, a sentença será considerada nula de pleno direito.

A Constituição ao prever a vedação teve como objetivo o confronto do atingimento das provas lícitas por meios ilícitos, como a confissão obtida por tortura, mesmo que ela possa ser

⁸ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal** / Aury Lopes Jr. – 12. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2015, p. 95.

considerada plausível com os fatos apresentados e autêntica. Do mesmo modo que um testemunho obtido em audiência perante o juízo possa ser falso, mas se cumpridos todos os requisitos que garantam sua legalidade, o meio será lícito, porém está sendo praticado o crime de falso testemunho ou falsa perícia, previsto no artigo 342 do Código Penal, o que nos leva à obtenção de uma prova ilícita por mecanismos lícitos.

O princípio da razoável duração dos processos (e procedimentos), previsto no artigo 5º, LXXVIII, da CRFB, dispõe: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

2.1.1.2 – Os princípios implícitos

2.1.1.2.1 – Quanto à relação processual

O princípio do duplo grau de jurisdição está no rol dos princípios que não estão expressamente previstos na nossa Constituição da República Federativa do Brasil, porém está explicitado por força do Decreto 678/92 que promulgou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) em seu artigo 8º, inciso 2, letra “h”.⁹

Esse princípio abrange o direito ao reexame do mérito da causa, o direito à revisão da pena aplicada, o direito ao reexame das formas processuais, onde se pode declarar as nulidades e o direito de revogar a condenação transitada em julgado.

Para Tourinho o princípio do duplo grau tem como finalidade não o duplo exame das questões de fato, mas de se fazer respeitar a Constituição e os tratados internacionais ao serem revistas as decisões proferidas pelas instâncias inferiores:

⁹ BRASIL, República Federativa do. **Decreto nº 678/92**. Promulga a Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos de 22 de novembro de 1969. Brasília: Presidência da República, 1992.

Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>

Artigo 8. Garantias judiciais

(...) 2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: (...)

(...)h. direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.(...)

Trata-se de princípio da mais alta importância. Todos sabemos que os Juízes, homens que são, estão sujeitos a erro. Por isso mesmo o Estado criou órgãos jurisdicionais a eles superiores, precipuamente para reverem, em grau de recurso, suas decisões. Embora não haja texto expresso na Lei Maior, o que se infere do nosso ordenamento é que o duplo grau de jurisdição é uma realidade incontratável

2.1.1.2.2 – Quanto à atuação do Estado

O princípio da promotoria natural segue a mesma linha de raciocínio do princípio do juiz natural, embora este seja a parte acusadora do processo.

Por isso, deve-se prezar pela designação prévia e pela imparcialidade para se evitar a realização de perseguição em busca da justiça, ofendendo o princípio da dignidade da pessoa humana e a ordem jurídica.

O princípio da vedação do duplo processo pelo mesmo fato surge como uma garantia à segurança jurídica das decisões prolatadas, uma vez que se não houve a demonstração à época do primeiro processo de uma eventual culpa relacionada ao fato aludido, não se necessitará um segundo processo para tentar novamente culpabilizar o acusado sob pena de caracterizar perseguição.

2.2 O acesso à *Internet* como novo direito fundamental?

O desenvolvimento tecnológico traz consigo a mudança na organização e das relações da sociedade como um todo. Dessa forma, novas interpretações de direitos já consagrados em nossa Constituição podem ganhar nova roupagem com objetivo de ampliar esses direitos através da utilização dos princípios da proporcionalidade e da ponderação dos interesses.

Em passagem de seu livro “A Eficácia dos Direitos Fundamentais”, Ingo Wolfgang Sarlet contextualiza as diferentes gerações dos direitos fundamentais e ainda trata dos novos direitos como um processo cumulativo.

Costuma-se, neste contexto marcado pela autêntica mutação histórica experimentada pelos direitos fundamentais, falar da existência de três gerações de direitos, havendo, inclusive, quem defenda a existência de uma quarta e até mesmo de uma quinta e sexta gerações. Num primeiro momento, é de se ressaltarem as fundadas críticas que vêm sendo dirigidas contra o próprio termo “gerações” por parte da doutrina alienígena e nacional. Com efeito, não há como negar que o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo

cumulativo, de complementaridade, e não de alternância, de tal sorte que o uso da expressão “gerações” pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra, razão pela qual há quem prefira o termo “dimensões” dos direitos fundamentais, posição esta que aqui optamos por perfilhar, na esteira da mais moderna doutrina.¹⁰

Ainda em seu livro, Sarlet aponta:

Neste contexto, aponta-se para a circunstância de que, na esfera do direito constitucional interno, esta evolução se processa habitualmente não tanto por meio da positivação destes “novos” direitos fundamentais no texto das Constituições, mas principalmente em nível de uma transmutação hermenêutica e da criação jurisprudencial, no sentido do reconhecimento de novos conteúdos e funções de alguns direitos já tradicionais. Com efeito, basta aqui uma referência ao crescente controle do indivíduo por meio dos recursos da informática, tais como redes e bancos de dados pessoais, novas técnicas de investigação na esfera do processo penal, avanços científicos (atente-se para a recente controvérsia em torno da fabricação de clones humanos ou mesmo dos assim designados “direitos reprodutivos”), bem como as ameaças da poluição ambiental, apenas para nos atermos aos exemplos mais habituais. No que diz com o reconhecimento de novos direitos fundamentais, impende apontar, a exemplo de Perez Luño, para o risco de uma degradação dos direitos fundamentais, colocando em risco o seu “status jurídico e científico”, além do desprestígio de sua própria “fundamentalidade”. Assim, fazem-se necessárias a observância de critérios rígidos e a máxima cautela para que seja preservada a efetiva relevância e prestígio destas reivindicações e que efetivamente correspondam a valores fundamentais consensualmente reconhecidos no âmbito de determinada sociedade ou mesmo no plano universal.

Alguns teóricos tratam como um direito fundamental o uso, acesso e disponibilidade da *Internet* no Brasil, sob o argumento de que quanto mais a sociedade se transforma e evolui, mais ela está inserida num ambiente digital.

Em 27 de junho de 2016, a Organização das Nações Unidas (ONU), por meio do seu Conselho de Direitos Humanos – do qual o Brasil é signatário – editou a Resolução A/HRC/32/L.20¹¹ que busca a regulamentação da promoção, da proteção e do gozo dos direitos humanos na Internet.

Em suas considerações iniciais, a ONU demonstra estar profundamente preocupada com todas as violações e abusos de direitos humanos cometidos contra pessoas que exercem seus direitos humanos e liberdades individuais na *Internet* e pela impunidade dessas violações e abusos. Demonstra preocupação também com as medidas tomadas que visam ou que

¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional** – 11 ed. Rev. Atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

¹¹ A Resolução original em inglês pode ser acessada através do link: http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/HRC/32/L.20

prejudicam ou interrompem o acesso ou a disseminação de informações online, em violação da Lei Internacional dos Direitos Humanos.¹² (Grifo nosso)

Tal resolução considera o acesso à Internet como um direito fundamental das pessoas ao redor do mundo, pois é um direito que dialoga com os outros como o direito à liberdade de expressão e o direito à privacidade.

Segundo Fiorillo (2016, p. 74), “(...) o conceito de dignidade da pessoa humana como instrumento de dedução dos direitos fundamentais implícitos, consoante a concepção de que a mesma seria um direito fundamental na medida em que se manifeste *stricto sensu*. Outro aspecto residiria no papel da dignidade da pessoa humana como limite e função do Estado e da Sociedade, no sentido em que ambos devem respeitar (limite ou função negativa) e promover a dignidade (função positiva ou prestacional)” *apud* TAIAR, 2008, p. 70).

Portanto, o direito à dignidade é um valor que reconhece a todos os seres humanos, o desenvolvimento da sua integridade e de sua identidade pessoal através de direitos básicos como direitos individuais, sociais, jurídicos e políticos. É um conceito aberto para alguns doutrinadores, porque a tentativa em delimitar, iria censurar a compreensão de direitos fundamentais como um todo.

¹² Texto original em inglês da Resolução acima citada:

“(...) *Deeply concerned by all human rights violations and abuses committed against persons for exercising their human rights and fundamental freedoms on the Internet, and by the impunity for these violations and abuses,*

Deeply concerned also by measures aiming to or that intentionally prevent or disrupt access to or dissemination of information online, in violation of international human rights law (...)”

3 – O HISTÓRICO DAS LEGISLAÇÕES ENVOLVENDO MATÉRIA DIGITAL

3.1 – A Convenção de Budapeste

Em 23 de novembro de 2001, foi assinado por iniciativa do Conselho Europeu a Convenção sobre o Cibercrime, também conhecida como Convenção de Budapeste.

Ao longo dos anos, o tratado foi ratificado pelos países da Albânia, Alemanha, Andorra, Armênia, Áustria, Azerbaijão, Bélgica, Bósnia e Herzegovina, Bulgária, Croácia, Chipre, Dinamarca, Espanha, Estônia, Eslováquia, Eslovênia, Espanha, Finlândia, França, França, Grécia, Holanda, Hungria, Islândia, Irlanda, Itália, Latvia, Liechtenstein, Letônia, Luxemburgo, Malta, Mônaco, Montenegro, Noruega, Polônia, Portugal, Reino Unido, República da Moldávia, República Tcheca, República Iugoslava da Macedônia, Romênia, Rússia, San Marino, Sérvia, Suécia, Suíça, Turquia, Ucrânia. Os países não-membros do Conselho Europeu que também ratificaram: África do Sul Argentina, Austrália, Inglaterra, Canadá, Chile, Colômbia, Costa Rica, Gana, Estados Unidos, Filipinas, Israel, Ilhas Maurícios, Japão, México, Marrocos, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, Senegal Sri Lanka e Tonga.

Como pode-se notar pela data de sua assinatura, a iniciativa do tratado foi acelerada devido aos atos terroristas em solo norte-americano em setembro do mesmo ano e acendeu o alerta global do fluxo cada vez mais rápido de informações e de pessoas e, com isso, novas maneiras de segurança devem ser criadas.

Esse tratado internacional tem como objetivo a maior eficiência nas investigações e ações penais relacionadas a infrações relativas aos sistemas e dados informáticos e ter a permissão de recolhimento de provas eletrônicas de uma infração penal atendendo às exigências específicas da luta contra os cibercrimes.¹³

O Brasil não aderiu o tratado internacional, embora haja cobrança de sua adesão, pelo fato do país ser uma das maiores vítimas dos cibercrimes no mundo. Ao ratificar o tratado, o

¹³ Cf. Em **CIBERESPAÇO**, Centro de Investigação Jurídica do. Disponível em: <
<http://www.cijic.org/2015/10/27/convencao-sobre-o-cibercrime/>> Acesso em: 19 jun. 2017.

Brasil teria que legislar sobre tais crimes, incluindo crimes que não eram puníveis no nosso sistema penal e processual penal.

A não-adesão brasileira imediata imoacta no enfrentamento dos crimes digitais, além de não facilitar a investigação da identificação do domicílio digital do dispositivo utilizado nos crimes.

3.2 – O caso WikiLeaks e a Resolução “Direito à privacidade na era digital”

Além desse tratado, um ponto crucial para a aprovação de uma lei que delimitasse os comportamentos na rede foi o vazamento, em 5 de junho de 2013, pelo *WikiLeaks*¹⁴ de que a alta cúpula do governo brasileiro, incluindo a presidente Dilma Rousseff, e empresas estatais tiveram suas comunicações rastreadas e grampeadas pelo governo do Estados Unidos da América.

Nos arquivos sigilosos vazados pelo ex-prestador de serviços da NSA, a Agência Nacional de Segurança norte-americana, e analista de sistemas Edward Snowden, estão revelados a interceptação de e-mails e telefonemas da presidente Dilma e da chanceler alemã Angela Merkel.

Em 1º de novembro de 2013, governos do Brasil e da Alemanha apresentaram um projeto de resolução acerca do direito à privacidade na era digital à Assembleia Geral da ONU.¹⁵ O referido documento “conclama os Estados a respeitar e proteger o direito à privacidade, a pôr fim a violações, a prover medidas efetivas de reparação e a assegurar que qualquer restrição ao direito à privacidade deverá respeitar os princípios da legalidade, necessidade e proporcionalidade”.¹⁶ Esse projeto foi apresentado em clara demonstração de indignação e também de preocupação por parte dos governos espionados.

¹⁴ GLOBO, Telejornal Fantástico da Rede. **Veja os documentos ultrassecretos que comprovam espionagem a Dilma.** Edição 02 set. 2013. Disponível em: <<http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2013/09/veja-os-documentos-ultrassecretos-que-comprovam-espionagem-dilma.html>> Acesso em: 12 jun. 2017.

¹⁵ NAÇÕES UNIDAS, Conselho de Direitos Humanos. **Direito à privacidade na era digital.** 24 de março de 2017. Disponível em: <<http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/notas-a-imprensa/15971-direito-a-privacidade-na-era-digital>> Acesso em: 12 jun. 2017.

¹⁶ A resolução foi aprovada na 34ª Sessão do Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas (CDH) em 24 de março de 2017. Disponível em: <<http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/notas-a-imprensa/15971-direito-a-privacidade-na-era-digital>> Acesso em: 12 jun. 2017.

Em 2015, o *WikiLeaks* divulgou novos detalhes referentes à espionagem do governo norte-americano no final de 2010 e começo de 2011. Nesses documentos, o Brasil foi espionado para os EUA analisarem e monitorarem a transição dos governos Lula-Dilma e os impactos em possíveis novas formulações de políticas econômicas e externas.

Antes desse episódio de espionagem, o Brasil não estava na mesma sintonia que os demais países ao redor do mundo no que tange a segurança digital e suas implicações para a própria segurança nacional de dados estratégicos, como pode-se perceber com a não-ratificação da Convenção de Budapeste em vigor desde 2001.

A hipótese é perfeita para consagrar a necessidade regulamentar-instrumental, tanto que a partir desse caso, começaram a ser debatidos alguns projetos de lei que tratassem do tema de segurança digital.

3.3 – O Marco Civil da *Internet*

A Lei nº 12.965 de 23 de abril de 2014, mais conhecida como Marco Civil da *Internet* ou mesmo como Constituição da *Internet*, foi influenciada diretamente por essa Convenção e, principalmente, pelo caso do *WikiLeaks*.

O MCI ao garantir direitos fundamentais na rede e ao estabelecer algumas regras para a utilização da *Internet*, ratificou alguns direitos fundamentais que já eram previstos na nossa Constituição.

Em seu inciso IV, do art. 3º¹⁷ do Marco Civil, a legislação traz como novidade a garantia e preservação da neutralidade da rede que não estava prevista em nenhum dispositivo legal anterior. Por neutralidade de rede entende-se o disposto no *caput* do art. 9º do MCI:

¹⁷ BRASIL. **Lei nº 12.965 de 23 de abril de 2014**; Brasília: Presidência da República, 2014. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm>

Art. 3º A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios:

I - garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal;

II - proteção da privacidade;

III - proteção dos dados pessoais, na forma da lei;

IV - preservação e garantia da neutralidade de rede;

V - preservação da estabilidade, segurança e funcionalidade da rede, por meio de medidas técnicas compatíveis com os padrões internacionais e pelo estímulo ao uso de boas práticas;

VI - responsabilização dos agentes de acordo com suas atividades, nos termos da lei;

Art. 9o O responsável pela transmissão, comutação ou roteamento tem o dever de tratar de forma isonômica quaisquer pacotes de dados, sem distinção por conteúdo, origem e destino, serviço, terminal ou aplicação.

Porém, há divergências sobre a eficácia desse novo princípio, pois restringiria a liberdade dos provedores de Internet¹⁸ em oferecer pacotes diferenciados de acordo com cada demanda personalizada. Com sua aplicação sendo obrigatória a eles, os valores dos serviços seriam aumentados para atender essa exigência de igualdade.

As maiores preocupações inerentes à *mens* constitucional-legal na redação da Lei 12.965/14 foram a proteção da dignidade da pessoa humana, à privacidade e à intimidade dos usuários no aspecto do acesso e manutenção dos dados pelos provedores que eventualmente comercializam os dados pessoais e usam essas informações para o envio de *spams* e para fazer uma publicidade direcionada ao manter registrado em seus bancos de dados por meio das páginas visitadas e “curtidas”, registro de geolocalização das postagens e fotos e até mesmo dados cadastrais feitos em lojas físicas que compramos.

Porém, de acordo com os arts. 18 a 20 do MCI, os provedores não possuem responsabilidade sobre o que os usuários fazem da rede e por publicações de terceiros. Ainda assim, não há consenso nas decisões judiciais envolvendo esses casos, porque alguns juízes

VII - preservação da natureza participativa da rede;

VIII - liberdade dos modelos de negócios promovidos na internet, desde que não conflitem com os demais princípios estabelecidos nesta Lei.

Parágrafo único. Os princípios expressos nesta Lei não excluem outros previstos no ordenamento jurídico pátrio relacionados à matéria ou nos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

¹⁸ Em seu voto no STJ, a Ministra Nancy Andrighi citou o Resp 1.316.921/RJ que exemplifica o conceito de provedores de Internet:

Os provedores de serviços de Internet são aqueles que fornecem serviços ligados ao funcionamento dessa rede mundial de computadores, ou por meio dela.

Trata-se de gênero do qual são espécies as demais categorias, como: (i) provedores de backbone (espinha dorsal), que detêm estrutura de rede capaz de processar grandes volumes de informação. São os responsáveis pela conectividade da Internet, oferecendo sua infraestrutura a terceiros, que repassam aos usuários finais acesso à rede; (ii) provedores de acesso, que adquirem a infraestrutura dos provedores backbone e revendem aos usuários finais, possibilitando a estes conexão com a Internet; (iii) provedores de hospedagem, que armazenam dados de terceiros, conferindo-lhes acesso remoto; (iv) provedores de informação, que produzem as informações divulgadas na Internet; e (v) provedores de conteúdo, que disponibilizam na rede os dados criados ou desenvolvidos pelos provedores de informação ou pelos próprios usuários da web.

É frequente que provedores ofereçam mais de uma modalidade de serviço de Internet; daí a confusão entre essas diversas modalidades. Entretanto, a diferença conceitual subsiste e é indispensável à correta imputação da responsabilidade inerente a cada serviço prestado. Utilizando as definições estabelecidas pelo art. 5º, VII, do Marco Civil da Internet, o serviço prestado pela recorrente consiste em uma “aplicação de internet” que é o conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet.

punem os provedores pelas páginas ofensivas e outros punem apenas os usuários responsáveis.

3.4 – A Lei Carolina Dieckmann

Conhecida por Lei Carolina Dieckmann, a Lei nº 12.737/12¹⁹ foi resultado da situação sofrida pela atriz de mesmo nome ao ter suas trinta e seis fotos íntimas divulgadas na Internet após seu computador ter sido invadido por um hacker.

Essa lei foi a primeira a tipificar os delitos informáticos e a alterar o nosso Código Penal antes mesmo da promulgação do Marco Civil que já estava em votação desde 2011, mas que havia sido adiado várias vezes desde então. O fato ter ocorrido com uma das principais atrizes da televisão aberta do Brasil acelerou a tramitação dessa lei e ultrapassou o MCI.

E isso gera uma certa dúvida quanto ao objetivo real de tal aceleração. Seria o objetivo da Lei nº 12.737/12 a tutela dos direitos e garantias fundamentais previstos em nossa Constituição ou seria pelo fato de se tratar de uma pessoa pública, uma artista Global que já comoveu a todos com um papel no qual interpretava a mocinha que se depararia com o enfrentamento de um câncer e que raspou seus longos cabelos lisos e loiros na frente de milhões de brasileiros que houve uma manifesta busca pela persecução penal acima de quaisquer outros motivos?

A indignação com o caso de uma artista da Globo que teve sua intimidade exposta gerou revolta e foi amplamente divulgado pelos jornais impressos, televisivos e digitais, sempre destacando o caráter delituoso e grave das ações de quem vazou as fotos.

É de conhecimento geral que os processos e os procedimentos para a criação de uma lei são lentos e envolvem diversas discussões e reuniões, seja na Câmara dos Deputados, seja na Câmara do Senado. Depois de passar em várias comissões e votações, onde o projeto original poderá ser alterado, segue para sanção da Presidência da República, onde poderá aprovar o texto integralmente, vetar parte ou mesmo vetar todo o texto. Portanto, podem levar anos até o

¹⁹ BRASIL. **Lei nº 12.737 de 30 de novembro de 2012**; Brasília: Presidência da República, 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112737.htm>

projeto ser sancionado, o que não ocorreu na Lei Carolina Dieckmann, que durou apenas um ano em tramitação nas esferas Legislativa e Executiva.

O Direito Penal deve ter como premissa ser a *ultima ratio*, não podendo servir como o único instrumento de controle social através da excessiva intervenção estatal.

Ele têm como uma de suas principais funções a proteção dos bens jurídicos, que são os valores reconhecidos pelo Estado Democrático de Direito e necessários e relevantes à satisfação do indivíduo ou da sociedade em si.

Ao se sancionar tão rapidamente esse tipo de lei, são perdidas as oportunidades de haver um debate na sociedade sobre quais são as situações que devem ser elevadas à categoria de infração penal e quais penas poderiam ser aplicadas.

O Projeto de Lei do Senado nº 236 de 2012 (Novo Código Penal) traz em seu Título VI os Crimes Cibernéticos dispostos dos artigos 208 ao 211.²⁰ São apenas quatro artigos nos

²⁰ Art. 208. Para efeitos penais, considera-se:

I – “sistema informático”: qualquer dispositivo ou o conjunto de dispositivos, interligados ou associados, em que um ou mais de um entre eles desenvolve, em execução de um programa, o tratamento automatizado de dados informáticos, bem como a rede que suporta a comunicação entre eles e o conjunto de dados informáticos armazenados, tratados, recuperados ou transmitidos por aquele ou aqueles dispositivos, tendo em vista o seu funcionamento, utilização, proteção e manutenção;

II – “dados informáticos”: qualquer representação de fatos, informações ou conceitos sob forma suscetível de processamento num sistema informático, incluindo programas aptos a fazerem um sistema informático executar uma função;

III – “provedor de serviços”: qualquer entidade, pública ou privada, que faculte aos utilizadores de seus serviços a capacidade de comunicação por meio de seu sistema informático, bem como qualquer outra entidade que trate ou armazene dados informáticos em nome desse serviço de comunicação ou de seus utentes;

IV – “dados de tráfego”: dados informáticos relacionados com uma comunicação efetuada 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 trajeto, a hora, a data, o tamanho, a duração ou o tipo do serviço subjacente.

Acesso indevido

Art. 209. Acessar, indevidamente ou sem autorização, por qualquer meio, sistema informático protegido, expondo os dados informáticos a risco de divulgação ou de utilização indevida:

Pena – prisão, de seis meses a um ano, ou multa.

§ 1º Na mesma pena incorre quem, sem autorização ou indevidamente, produz, mantém, vende, obtém, importa, ou por qualquer outra forma distribui códigos de acesso, dados informáticos ou programas, destinados a produzir a ação descrita no caput deste artigo.

Causa de aumento de pena

§ 2º Aumenta-se a pena de um sexto a um terço se do acesso resulta prejuízo econômico.

Acesso indevido qualificado

§ 3º Se do acesso resultar a obtenção de conteúdo de comunicações eletrônicas privadas, segredos comerciais e industriais, informações sigilosas assim definidas em lei, ou o controle remoto não autorizado do dispositivo acessado:

Pena – prisão de, um a dois anos.

Causa de aumento de pena

quais não há definição dos crimes impróprios, que são os crimes praticados pelos dispositivos informáticos como instrumento e meio para a prática de crimes que violam bens jurídicos já tutelados como patrimônio e a honra, por exemplo.

Os crimes digitais não podem ser sancionados sem uma análise profunda de todos os seus aspectos sob pena de se tornarem normas penais em branco, visto que não há a definição de quais condutas no meio ambiente digital podem ser consideradas delituosas e quais meios e bens tutelados serão objeto desses delitos.

§ 4º Na hipótese do §3º, aumenta-se a pena de um a dois terços se houver a divulgação, comercialização ou transmissão a terceiro, a qualquer título, dos dados ou informações obtidos, se o fato não constituir crime mais grave.

§ 5º Se o crime é cometido contra a Administração Pública Direta ou Indireta, qualquer um dos Poderes da União, Estado, Distrito Federal ou Município, ou contra empresa concessionária ou permissionária de serviços públicos:

Pena – prisão, de dois a quatro anos.

Ação penal

§ 6º Somente se procede mediante representação, salvo nas hipóteses dos §§ 1º e 5º deste artigo.

Sabotagem informática

Art. 210. Interferir de qualquer forma, indevidamente ou sem autorização, na funcionalidade de sistema informático ou de comunicação de dados informáticos, causando-lhe entrave, impedimento, interrupção ou perturbação grave, ainda que parcial:

Pena – prisão, de um a dois anos.

§1º Na mesma pena incorre quem, sem autorização ou indevidamente, produz, mantém, vende, obtém, importa ou por qualquer outra forma distribui códigos de acesso, dados informáticos ou programas, destinados a produzir a ação descrita no caput.

§2º Se o crime é cometido contra a Administração Pública Direta ou Indireta, qualquer um dos Poderes da União, Estado, Distrito Federal ou Município, ou contra empresa concessionária ou permissionária de serviços públicos:

Pena – prisão, de dois a quatro anos

Disposição comum

Art. 211. Nos crimes previstos neste Título, somente se procede mediante queixa, exceto se a vítima for Administração Pública Direta ou Indireta, de qualquer um dos Poderes da União, Estado, Distrito Federal ou Município, ou contra empresa concessionária ou permissionária de serviços públicos.

4 – CRIMES DIGITAIS

Com as constantes evoluções tecnológicas do nosso mundo, novas ferramentas são criadas para nos oferecer uma aparente comodidade e agilidade para pagar contas, comprar e vender produtos, fazer download de arquivos, assistir filmes e séries online, ter acesso às notícias, postar fotos e expor opiniões acerca dos mais variados assuntos sem sair de casa.

Segundo a 11ª edição da pesquisa das Tecnologias de Informação e Comunicação (TIC) Domicílios realizada entre 2015 e 2016, com divulgação dos resultados em setembro do mesmo ano, 58% da população brasileira utiliza a *Internet* e isso representa cerca de 102 milhões de internautas. Ainda segundo essa pesquisa, a utilização do celular representa 89% do acesso individual da Internet pela maioria dos usuários.²¹

A maior facilidade de acesso à *Internet* combinada com a sede de satisfazer os anseios por novidades e inovações, como, por exemplo, aplicativos que avaliam e personalizam os anúncios de produtos e prestadores de serviços de acordo com nossas preferências, traz consigo uma perigosa lacuna na segurança virtual, pois as barreiras e softwares de checagem de *spywares* e *malwares* são diariamente ultrapassados e novas atualizações são necessárias para proteção de pessoas mal-intencionadas e de criminosos virtuais.

Com as constantes transformações, os crimes também foram adaptados à nova realidade e os dados em rede estão sendo utilizados de diversas maneiras e criando novas vítimas todos os dias. São crimes que violam o sigilo e confidencialidade de dados, falsificação, interceptação ilegal de dados, pornografia infantil, racismo e crimes contra a honra.

A disseminação de informações ultrapassa qualquer limitação geográfica e torna os atos ilícitos cometidos no ambiente virtual mais complicados de serem investigados. É comum em ciberataques os autores estarem em um determinado país usando um IP irrastrável ou que indique um local falso para atrapalhar as investigações, o objeto do crime estar em outro país e o resultado acaba por ser consumado em outro diferente.

²¹ Todos os indicadores podem ser encontrados através do link disponível em: <<http://cetic.br/pesquisa/domicilios/indicadores>> Acesso em 10 jun. 2017.

O último ciberataque a nível mundial foi realizado contra os computadores com sistema Windows através do Wanna Cry0r e que afetou mais de 150 países, principalmente contra empresas da área de comunicações. O *ransomware*, apelidado ironicamente de WannaCry, pois os usuários afetados iriam “querer chorar” ao ver seu computador com uma mensagem em sua tela inicial em que era alertado sobre a criptografia de todos os dados em seu computador e que somente seria desbloqueado mediante o pagamento de resgate por depósito de trezentos dólares em BitCoins no prazo de três dias.²²

Outro problema é a análise de autoria e coleta de provas do fato delituoso, porque são criados IPs (*Internet Protocols*) falsos para dificultar a geolocalização e o rastreamento do número do computador do criminoso. Para cada meio utilizado para a prática de ilícito, será utilizada uma medida de investigação especial.

No momento que se é identificado o meio que foi empregado para a o cometimento do crime, passamos à fase de colheita e preservação das provas. Nos crimes digitais, as evidências e vestígios servirão para a demonstração do fato e nesses tipos de delito, a materialidade dele pode enfraquecer ou sumir em razão do meio empregado para sua execução.

Porém, para haver a investigação, identificação, colheita e preservação das provas, deve-se conceituar quais seriam os crimes digitais são consideradas condutas penalmente ilícitas pela nossa legislação vigente.

4.1 - Conceitos e classificações

Primeiramente, é considerado crime toda a ação ou omissão humana que lesa ou expõe a perigo de lesão bens jurídicos penalmente tutelados.²³

²² CEBRIÁN, B. D.. El País. **Cibertaque: o vírus WannaCry e a ameaça de uma nova onda de infecções**. Disponível em: <http://brasil.elpais.com/brasil/2017/05/14/internacional/1494758068_707857.html> Acesso em: 8 jun. 2017.

²³ MASSON, Cleber. **Direito Penal esquematizado – Parte geral – vol. 1**/Cleber Masson. – 10ª ed. Rev., atual. E ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

Crime digital é o ilícito penal praticado através do sistema de informática ou contra ele. Pelas constantes mutações e agilidade, o crime digital é de difícil rastreabilidade e, por isso, há uma certa nebulosidade no que tange os seus limites e suas regras.

Devido à dificuldade em se delimitar o próprio termo de “crime digital”, foram criadas as mais diversas denominações para os crimes relacionados ao uso da tecnologia e informática, tais como: crimes digitais, crimes virtuais, crimes cibernéticos, crimes de informática, crimes de computador, criminalidade informática, crimes de *Internet*, crimes tecnológicos, crimes eletrônicos, cibercrimes, crimes informáticos e etc. Nenhuma das nomenclaturas estará totalmente de acordo com os mais variados objetos dos crimes que podem ser cometidos no meio ambiente virtual, pois podem ser muito amplas, causando confusões sobre a necessidade real de se tipificar uma conduta ou ser apenas repreensível ou mesmo ser muito específicas e acabar por engessar ou tornar ineficaz qualquer tentativa de regular as condutas.

Para abranger a maior parte dos crimes praticados através e contra a *Internet* nas mais diversas plataformas de uso habitual, nesta monografia será adotado o termo “crimes digitais”, pois há uma abrangência maior de seu alcance.

Os crimes digitais receberam algumas classificações distintas. Pela dificuldade em si de se caracterizar o que são os crimes digitais, não poderia ser diferente as suas classificações.

Crimes digitais próprios são aqueles que estão diretamente relacionados à utilização da tecnologia e informática, como a criação de vírus, programas e demais códigos que visam a colheita ou mesmo a destruição de dados de smartphones, computadores e outros dispositivos eletrônicos – atualmente é tipificado no Código Penal brasileiro após a entrada em vigor em 3 de abril de 2013 da Lei nº 12.737, de 30 de novembro de 2012, apelidada de “Lei Carolina Dieckmann”.

Crimes digitais impróprios são aqueles cujas plataformas eletrônicas estão sendo utilizadas como instrumento e como um meio para a prática de diversos tipos e formas de crimes, através da informática. Nesses tipos de crimes, estão a violação de bens jurídicos anteriormente tutelados pela nossa legislação, como a honra, propriedade intelectual,

patrimônio e etc e os tipos penais envolvidos são a difamação, calúnia, injúria, ameaça, estelionato, pedofilia, furto, violação da privacidade, e etc.

Crimes digitais puros, que são aqueles que possuem como único objetivo os dados e sistemas informáticos pelo ataque físico ou técnico aos equipamentos e componentes do computador.

Crimes digitais mistos, nos quais o uso da *Internet* é essencial para a real consumação da conduta ilícita, embora o bem jurídico visado seja diferente do informático.

Há ainda os casos de terrorismo digital, racismo, xenofobia, apologia ao uso e/a venda de drogas, pirataria de softwares, espionagem industrial e governamental, pedofilia, tráfico de pessoas, *cyberbullying* e incitação ao suicídio.

Com o uso cada vez maior de crianças e adolescentes nas redes sociais, houve uma adaptação dos criminosos que atentam contra a dignidade sexual delas ao se passar muitas vezes com um perfil parecido do menor para ganhar sua confiança e simpatia.

Por isso, foi publicada recentemente a Lei nº 13.441/17²⁴ que prevê a infiltração de agentes da polícia na Internet com o objetivo de investigar esses crimes, coletar as informações e infiltrar-se no dispositivo eletrônico do criminoso para se coletar as provas.

Foi dada especial atenção aos meios de obtenção de provas e da sua cadeia de custódia, como pode ser observado nos artigos 190-C 190-E da referida Lei:

Art. 190-C. Não comete crime o policial que oculta a sua identidade para, por meio da internet, colher indícios de autoria e materialidade dos crimes previstos nos arts. 240, 241, 241-A, 241-B, 241-C e 241-D desta Lei e nos arts. 154-A, 217-A, 218, 218-A e 218-B do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal).
Parágrafo único. O agente policial infiltrado que deixar de observar a estrita finalidade da investigação responderá pelos excessos praticados.

Art. 190-E. Concluída a investigação, todos os atos eletrônicos praticados durante a operação deverão ser registrados, gravados, armazenados e encaminhados ao juiz e ao Ministério Público, juntamente com relatório circunstanciado.

²⁴ BRASIL. **Lei nº 13.441 de 8 de maio de 2017**; Brasília: Presidência da República, 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13441.htm>

Parágrafo único. Os atos eletrônicos registrados citados no caput deste artigo serão reunidos em autos apartados e apensados ao processo criminal juntamente com o inquérito policial, assegurando-se a preservação da identidade do agente policial infiltrado e a intimidade das crianças e dos adolescentes envolvidos.

Vale destacar que essa infiltração virtual do agente policial somente ocorrerá como última hipótese de meio de obtenção de provas, em caráter excepcional, pois está em conflito direto com direitos e garantias fundamentais. Admite-se assim, o reconhecimento da *ultima ratio*.

A Lei nº 11.829, de 2008²⁵, expandiu os núcleos do delitos penais cometidos pela *Internet* contidos no artigo 241 ao acrescentar os artigos 241- A, 241-B, 241-C, 241-D e 241-E ao Estatuto da Criança e Adolescente – ECA, além do acréscimo do artigo 240, no mesmo dispositivo legal.

Para esses crimes, deve-se provar, através de perícia, que o acusado publicou ou disponibilizou os arquivos, fotos ou vídeos, para que terceiros copiassem o material ou que fizessem *download*. O crime se consuma no instante e no local que é dada a permissão à esses terceiros.

Casos que envolvem menores de idade devem ter uma perícia forte e qualificada para que sejam analisados nos materiais coletados se o crime se encerrou no meio ambiente virtual ou se o ultrapassou e houve um ato de abuso sexual concreto, sendo então um crime de estupro de vulnerável.

Outros crimes que são tipificados na própria Constituição da República Federativa do Brasil em seu artigo 5º, XLI e XLII, tratam do racismo e demais discriminações religiosas ou de procedência nacional.

A *Internet* tem sido usada por alguns criminosos como um meio, uma ferramenta de publicação, propagação e disseminação de preconceitos, discursos de ódio e racismo contra outros internautas. Sob o véu da liberdade de expressão e do anonimato desses crimes virtuais, esses criminosos promovem, muitas vezes, ataques sincronizados por meio de perfis

²⁵ BRASIL. **Lei nº 11.829 de 25 de novembro de 2008**; Brasília: Presidência da República, 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11829.htm#art1>

falsos, comumente chamados de *fakes*, e não esperam que haja uma investigação séria por parte das autoridades e que não haja punição. Porém, por serem crimes são impróprios e seus bens são tutelados pela nossa legislação, eles podem e devem ser investigados e punidos de acordo com as leis.

Infelizmente, como ainda não há uma lei específica de crimes cibernéticos, esses delitos praticados por meio da *Internet* são tipificados nos termos do artigo 20 da Lei nº 7.716/89²⁶ que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor.

Outro exemplo de crime que pode ser cometido pela Internet e que vem crescendo exponencialmente pelas redes sociais é o *cyberbullying*. Esse crime refere-se ao conjunto de atitudes violentas e de abusos, psicológicos e/ou físicos, com caráter doloso e repetitivo, por um ou mais agressores que se utilizam de algum aspecto da vítima para empreender esse comportamento nocivo e vexatório.

A propagação de montagens fotográficas, de mensagens, humilhações e ameaças, principalmente no meio ambiente virtual, causa um dano de difícil reparação à vítima, pois mesmo que se retire o conteúdo veiculado de forma online, os arquivos podem ser salvos e “printados” por qualquer um que tenha acesso e repostado ou replicado na rede, assim, dando nova vida à violência e prolongando o sofrimento pela vitimização.

²⁶ BRASIL. **Lei nº 7.716 de 5 de janeiro de 1989**; Brasília: Presidência da República, 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7716.htm>

Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. (Redação dada pela Lei nº 9.459, de 15/05/97)

Pena: reclusão de um a três anos e multa. (Redação dada pela Lei nº 9.459, de 15/05/97)

§ 1º Fabricar, comercializar, distribuir ou veicular símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos ou propaganda que utilizem a cruz suástica ou gamada, para fins de divulgação do nazismo. (Redação dada pela Lei nº 9.459, de 15/05/97)

Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa. (Incluído pela Lei nº 9.459, de 15/05/97)

§ 2º Se qualquer dos crimes previstos no caput é cometido por intermédio dos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza: (Redação dada pela Lei nº 9.459, de 15/05/97)

Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa. (Incluído pela Lei nº 9.459, de 15/05/97)

§ 3º No caso do parágrafo anterior, o juiz poderá determinar, ouvido o Ministério Público ou a pedido deste, ainda antes do inquérito policial, sob pena de desobediência: (Redação dada pela Lei nº 9.459, de 15/05/97)

I - o recolhimento imediato ou a busca e apreensão dos exemplares do material respectivo; (Incluído pela Lei nº 9.459, de 15/05/97)

II - a cessação das respectivas transmissões radiofônicas ou televisivas. (Incluído pela Lei nº 9.459, de 15/05/97)

II - a cessação das respectivas transmissões radiofônicas, televisivas, eletrônicas ou da publicação por qualquer meio; (Redação dada pela Lei nº 12.735, de 2012) (Vigência)

III - a interdição das respectivas mensagens ou páginas de informação na rede mundial de computadores. (Incluído pela Lei nº 12.288, de 2010) (Vigência)

§ 4º Na hipótese do § 2º, constitui efeito da condenação, após o trânsito em julgado da decisão, a destruição do material apreendido. (Incluído pela Lei nº 9.459, de 15/05/97)

Não há nenhuma tipificação penal do *bullying* e nem do *cyberbullying*, de modo que as atitudes perpetuadas tanto no ambiente real como virtual, encontram sua base nos crimes contra a honra e de ameaça.

Para se investigar esses exemplos de crimes cometidos virtualmente, deve-se buscar o *IP* de criação da página ou do perfil ofensivo e o *IP* de postagem das mensagens para poder chegar à identificação do autor ou autores. Depois, a materialidade do crime deve ser preservado por meio da impressão e do salvamento do conteúdo ofensivo, concomitantemente à ordem para o provedor de Internet tirar esses arquivos do ar, mas mantendo a preservação em seu banco de dados para subsidiar as investigações.

4.2 Sujeito ativo e passivo

A definição do sujeito ativo nos crimes digitais depende de qual tipo de crime está sendo praticado, podendo ser pessoa física ou jurídica.

Se for cometido um crime próprio, geralmente os sujeito ativos são denominados como *hackers* e *crackers*. Nesse tipo de crime é necessário conhecimento técnico dos sistemas operacionais e estudo das falhas em sua segurança para burlá-la e ainda ser capaz de entender a linguagem de programação.

Nos crimes impróprios, há de se diferenciar os criminosos digitais que possuem conhecimento técnico para fraudar sistemas financeiros dos criminosos que praticam condutas que violam o direito à intimidade e à privacidade, por exemplo, da ex-parceira de relacionamento ao divulgar fotos íntimas que somente ele teria acesso ou um ataque racista através de comentários preconceituosos em fotos em uma rede social.

Nesses casos a conduta não requer conhecimento aprofundado do sistema, basta a má-intenção e o acesso da Internet por qualquer dispositivo, então serão qualificados em analogia aos crimes previstos no Código Penal.

O sujeito passivo pode ser qualquer pessoa, física ou jurídica, que use e tenha acesso a quaisquer dispositivos informáticos que processem dados.

4.3 – Legislação brasileira e seus desafios

Atualmente, embora haja a tipificação de algumas condutas ilícitas no campo digital, a cada dia são criados novas maneiras de se burlar as possíveis ilegalidades e as consequentes sanções. Devido a esse *gap* no Direito Penal, há o uso da analogia no que tange os crimes digitais ou mesmo o risco de atipicidade do objeto tutelado, pois os crimes estão em constante mutação.

Há a necessidade de uma renovação da interpretação do processo penal, pois com a incessante mudança das tecnologias, a liberdade, a inviolabilidade das comunicações e a segurança dos bens jurídicos estão sob risco.

Os tipos de crimes cometidos digitalmente são inúmeros e a cada dia se renovam, aperfeiçoam ou mesmo se transformam em novos tipos e o direito penal brasileiro não consegue acompanhar apropriadamente.

As matérias relacionadas aos meios e aos crimes digitais passaram a ser amplamente regulamentados a partir dos anos de 1990 na medida que as novas invenções e tecnologias foram sendo criadas. Serão apresentados alguns dessas matérias e as suas consequências no ordenamento jurídico brasileiro.

Os crimes tipificados pela legislação brasileira não tratam dos crimes digitais puros²⁷. Apenas dos crimes nos quais o dispositivo eletrônico ou computador constituem condição essencial para a prática do delito, tais como estelionato, pornografia infanto-juvenil, crimes contra a honra, como o cyberbullying, o crime de racismo (art. 20 da Lei nº 9.459/97) e furto qualificado nos casos de fraudes bancárias (entendimento do STJ) que não pode ser confundido com estelionato, esclarecido na ementa CC 67.343-GO pela Ministra Larita Vaz.²⁸

²⁷ Conceito explicado no 3.1 do presente trabalho

²⁸ CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. PENAL E PROCESSO PENAL. FRAUDE ELETRÔNICA NA INTERNET. TRANSFERÊNCIA DE NUMERÁRIO DE CONTA DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. FURTO MEDIANTE FRAUDE QUE NÃO SE CONFUNDE COM ESTELIONATO. CONSUMAÇÃO. SUBTRAÇÃO DO BEM. APLICAÇÃO DO ART. 7º DO CPP. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL PARANAENSE.

1. O furto mediante fraude não se confunde com o estelionato. A distinção se faz primordialmente com a análise do elemento comum da fraude que, no furto, é utilizada pelo agente com o fim de burlar a vigilância da vítima

Embora a Lei nº 12.737/12 tenha dado um importante passo em direção à criação de tipos e penas no âmbito cibernético, não contemplou diversos aspectos importantes para o sancionamento da prática dos delitos virtuais.

Em voto do relator Ministro Celso de Mello ao STF na questão de ordem na prisão preventiva para extradição PPE 732 QO/DF²⁹ de um cidadão norte-americano acusado de invadir sem autorização um dispositivo informático protegido, o Ministro analisou a equivalência entre o tipo penal americano e o brasileiro.

O delito cometido pelo acusado foi tipificado pelas leis norte-americanas como “Unauthorized Access to a Protected Computer (title 18, U.S. Code, Sections 1030(a)(5)(A) and (c)(4)(B))” e a INTERPOL fundamentou o pedido de prisão com fins de Extradição com correspondência no art. 154-A³⁰ do Código Penal brasileiro.

que, desatenta, tem seu bem subtraído, sem que se aperceba; no estelionato, a fraude é usada como meio de obter o consentimento da vítima que, iludida, entrega voluntariamente o bem ao agente.

2. Hipótese em que o agente se valeu de fraude eletrônica para a retirada de mais de dois mil e quinhentos reais de conta bancária, por meio da “Internet Banking” da Caixa Econômica Federal, o que ocorreu, por certo, sem qualquer tipo de consentimento da vítima, o Banco. A fraude, de fato, foi usada para burlar o sistema de proteção e de vigilância do Banco sobre os valores mantidos sob sua guarda. Configuração do crime de furto qualificado por fraude, e não estelionato.

3. O dinheiro, bem de expressão máxima da ideia de valor econômico, hodiernamente, como se sabe, circula em boa parte no chamado “mundo virtual” da informática. Esses valores recebidos e transferidos por meio da manipulação de dados digitais não são tangíveis, mas nem por isso deixaram de ser dinheiro. O bem, ainda que de forma virtual, circula como qualquer outra coisa, com valor econômico evidente. De fato, a informação digital e o bem material correspondente estão intrínseca e inseparavelmente ligados, se confundem. Esses registros contidos em banco de dados não possuem existência autônoma, desvinculada do bem que representam, por isso são passíveis de movimentação, com a troca de titularidade. Assim, em consonância com a melhor doutrina, é possível o crime de furto por meio do sistema informático.

4. A consumação do crime de furto ocorre no momento em que o bem é subtraído da vítima, saindo de sua esfera de disponibilidade. No caso em apreço, o desapossamento que gerou o prejuízo, embora tenha se efetivado em sistema digital de dados, ocorreu em conta-corrente da Agência Campo Mourão/PR, que se localiza na cidade de mesmo nome. Aplicação do art. 70 do Código de Processo Penal. 5. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo Federal de Campo Mourão - SJ/PR.2

²⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Prisão Preventiva para Extradição nº 732 QO – Distrito Federal. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7645112> > Acesso em 12 jun. 2017.

³⁰ Art. 154-A. Invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita: (Incluído pela Lei nº 12.737, de 2012) Vigência

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa. (Incluído pela Lei nº 12.737, de 2012) Vigência
§ 1o Na mesma pena incorre quem produz, oferece, distribui, vende ou difunde dispositivo ou programa de computador com o intuito de permitir a prática da conduta definida no caput. (Incluído pela Lei nº 12.737, de 2012) Vigência

§ 2o Aumenta-se a pena de um sexto a um terço se da invasão resulta prejuízo econômico. (Incluído pela Lei nº 12.737, de 2012) Vigência

O Ministro, em perfeito voto técnico, demonstrou a não tipificação à época dos fatos do delito de “invasão de dispositivo informático”, pois as supostas práticas imputadas ao extraditando ocorreram anteriormente à vigência da Lei nº 12.737/12 que acrescentou ao Código Penal a tipificação desse específico crime digital na legislação brasileira e acrescentou o entendimento do princípio da dupla tipicidade para fundamentar seu voto:

Com efeito, torna-se imperioso reconhecer que o princípio da dupla tipicidade – por constituir requisito essencial ao atendimento do pedido de extradição – impõe que a conduta atribuída ao extraditando, considerado o tempo (ou o momento) em que praticada, esteja simultânea e juridicamente qualificada como crime tanto no Brasil quanto no Estado estrangeiro interessado, como adverte o magistério jurisprudencial desta Suprema Corte:

“Se a conduta não era considerada crime no Brasil, ao tempo da prática do ato, a extradição não pode ser deferida por este fundamento, porque é subjacente ao disposto no citado art. 77, II, a idéia de que só é permitida a extradição quando for possível, hipoteticamente, o processo criminal em ambos os países (requerente e requerido).

No Brasil, é inviável tal processo porque é axiomático no nosso direito que ‘não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal, e, também, porque ‘a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu’ (art. 5º, XXXIX e XL da Constituição) (...)” (Ext 716/Itália, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, Pleno – grifei)

Portanto, o requisito essencial para a extradição, o princípio da dupla tipicidade, não restou caracterizado e foi indeferido o pedido de prisão cautelar para efeitos extraditionais, pelo não atendimento do princípio da dupla tipicidade e, também, em face da ausência no tratado bilateral de extradição Brasil/EUA, de menção a essa nova modalidade delituosa (art. 154-A, CP).

§ 3o Se da invasão resultar a obtenção de conteúdo de comunicações eletrônicas privadas, segredos comerciais ou industriais, informações sigilosas, assim definidas em lei, ou o controle remoto não autorizado do dispositivo invadido: (Incluído pela Lei nº 12.737, de 2012) Vigência

Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, se a conduta não constitui crime mais grave.

(Incluído pela Lei nº 12.737, de 2012) Vigência

§ 4o Na hipótese do § 3o, aumenta-se a pena de um a dois terços se houver divulgação, comercialização ou transmissão a terceiro, a qualquer título, dos dados ou informações obtidos. (Incluído pela Lei nº 12.737, de 2012) Vigência

§ 5o Aumenta-se a pena de um terço à metade se o crime for praticado contra: (Incluído pela Lei nº 12.737, de 2012) Vigência

I - Presidente da República, governadores e prefeitos; (Incluído pela Lei nº 12.737, de 2012) Vigência

II - Presidente do Supremo Tribunal Federal; (Incluído pela Lei nº 12.737, de 2012) Vigência

III - Presidente da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Assembleia Legislativa de Estado, da Câmara Legislativa do Distrito Federal ou de Câmara Municipal; ou (Incluído pela Lei nº 12.737, de 2012) Vigência

IV - dirigente máximo da administração direta e indireta federal, estadual, municipal ou do Distrito Federal. (Incluído pela Lei nº 12.737, de 2012) Vigência

5 –AS PROVAS NO CONTEXTO DO MEIO AMBIENTE DIGITAL

5.1 – Conceitos e classificações

As provas se encontram no “Título VII – Da prova” e estão dispostas do artigo 155 ao 250 do Código de Processo Penal.

FLORIAN (*apud* NORONHA, 1976) escreve que “provar é fornecer, no processo, o conhecimento de qualquer fato, adquirindo, para si, e gerando noutrem a convicção da substância ou verdade do mesmo fato”. É de todo precisa a parte final do conceituado autor, porque realmente a prova se destina a gerar no juiz a convicção de que necessita para seu pronunciamento. É a partir dela que o magistrado firma seu juízo acerca da pretensão das partes. Daí dizer com toda a razão MOACYR AMARAL SANTOS que ela “é a soma dos fatos produtores da convicção dentro do processo”.³¹

Para Tourinho, o conceito de prova no Direito Processual Penal é o reconhecimento e estabelecimento de uma verdade jurídica e que se alcança por “meio de provas que se produzem e se valoram segundo as normas prescritas em lei”³²:

Provar é, antes de mais nada, estabelecer a existência da verdade; e as provas são os meios pelos quais se procura estabelecê-la. Provar é, enfim, demonstrar a certeza do que se diz ou alega. Entendem-se, também, por prova, de ordinário, os elementos produzidos pelas partes ou pelo próprio Juiz visando a estabelecer, dentro do processo, a existência de certos fatos. É o instrumento de verificação do *thema probandum*. Às vezes, emprega-se a palavra prova com o sentido de ação de provar. Na verdade, provar significa fazer conhecer a outros uma verdade conhecida por nós. Nós a conhecemos; os outros não.

Cumpre-nos, então, se quisermos provar, isto é, se quisermos tomar conhecida de outros a verdade de que temos ciência, apresentar os necessários meios para que dela tomem conhecimento. De fato. Esse é o significado da palavra prova quando se diz que o ônus da prova incumbe a quem faz a alegação, ou, segundo a fórmula latina, *actori incumbit probatio*, isto é, a prova incumbe ao autor da tese que deve ser provada. Cumpre àquele que faz uma afirmação em juízo prová-la.³³

Nesse sentido, as provas são todos os elementos e meios destinados ao convencimento do juiz no processo. Não se busca a certeza absoluta, a “verdade real”, mas a certeza relativa

³¹ NORONHA, Edgard Magalhães. **Curso de direito processual penal** / Edgard Magalhães Noronha. – 9. Ed. – São Paulo: Saraiva, 1976, p. 87.

³² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal, volume 3**/Fernando da Costa Tourinho Filho – 32ª ed. Rev. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2010, p. 231.

³³ *Ibid*, p. 231 e 232.

que seja suficiente para a convicção do juiz, seja da existência ou mesmo a inexistência dos fatos.

O objeto da prova são todos os fatos, porém nem todos os fatos serão submetidos à apreciação judicial. Apenas os fatos pertinentes ao processo são de interesse da parte, os fatos axionáticos, os fatos notórios, os fatos inúteis e as presunções legais não são necessários de comprovação, porque não influem na decisão da causa, tornando sua atividade irrelevante. Para tanto, as partes devem usar todos os meios juridicamente possíveis, enquadrados nos procedimentos previstos no Código de Processo Penal.

É o Juiz quem vai dizer se o acusado é culpado ou inocente, e para tanto ele precisa saber o que realmente aconteceu, quando e como aconteceu. Seu trabalho se equipara ao de um historiador que procura, com os meios de que dispõe, reconstruir fatos passados. Assim, a finalidade das provas é mostrar para o Julgador o que realmente ocorreu, para que ele faça um juízo de valor e procure restaurar, na medida do possível, a verdade real.³⁴

Acrescenta-se também a possibilidade da determinação pelo juiz, de ofício, produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes e da realização de diligências para dirimir alguma dúvida sobre ponto para a apreciação caso cumpra os requisitos do *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis*, pois se trata de uma medida cautelar que deve ocorrer apenas em caráter excepcional, especialmente para elucidar crimes considerados graves.

Ao passo que a produção antecipada de provas *ex officio* pelo juiz está positivada no inciso I do artigo 156 do CPP³⁵, o juiz desloca-se da sua função de julgador e passa a exercer a função de investigador e até mesmo de acusador. Ao se ultrapassar o limite da imparcialidade, há a clara ofensa à Constituição da República Federativa do Brasil ao violar a garantia de um julgamento justo e da jurisdição, visto que o julgamento deve ser feito por um órgão não interessado e não envolvido, seja na atividade de acusação ou de defesa.

³⁴TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal, volume 3**/Fernando da Costa Tourinho Filho – 32ª ed. Rev. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2010, p. 232.

³⁵ Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008) (...)

O nosso Código de Processo Penal adotou, na forma do *caput* do artigo 155, o sistema do livre convencimento motivado, também chamado de persuasão racional, no qual não limita o juiz aos meios de prova regulamentados em lei. Esse sistema caracteriza-se pela ausência de uma hierarquia entre as provas e exige-se, para fins de condenação, que as provas utilizadas para persuadir o magistrado tenham sido produzidas em observância às garantias constitucionais dos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Embora haja a adoção desse sistema, há resquícios do sistema da íntima convicção, também podendo ser denominada de prova livre ou certeza moral do juiz, no qual há a decisão independentemente de qualquer necessidade de fundamentação e à revelia de provas preexistentes. Esse sistema pode ser observado nos julgamentos afetos aos Tribunais do Júri, pois os jurados não precisam fundamentar as razões que levaram ao seu convencimento e tampouco importa como formaram a sua convicção.

Do mesmo modo, pode-se notar resquícios do sistema da prova tarifada, conhecido também como certeza moral do legislador ou verdade legal nos artigos 62 do CPP³⁶ e no parágrafo único do artigo 155 do mesmo diploma³⁷. Nesse sistema de tarifação, os dispositivos legais estabelecem o valor de cada prova e o juiz não possui discricionariedade para decidir contra a previsão legal expressa.

As provas penais são regulamentadas no Código de Processo Penal, com eventuais alterações ou modificações por leis especiais e se dividem em: Perícias em geral, constantes dos arts. 158 a 184, com as modificações da Lei 11.690/08; Interrogatório do acusado, previsto nos arts. 185 a 196, com as alterações das Leis 10.792/03 e 11.900/09 (interrogatório do réu preso por sistema de videoconferência); Confissão, regulada nos arts. 197 a 200; Ofendido, disposto no art. 201, com a redação determinada pela Lei 11.690/08; Testemunhas, contempladas nos arts. 202 a 225, com as modificações das Leis 11.690/08 e 11.900/09 (oitiva por sistema de videoconferência); Reconhecimento de pessoas e coisas, regulado nos arts. 226 a 228; Acareação, disciplinada nos arts. 229 e 230; Documentos, tratados nos arts. 231 a 238; Índícios, referidos no art. 239; e Busca e apreensão, regulada nos arts. 240 a 250.

³⁶ Art. 62. No caso de morte do acusado, o juiz somente à vista da certidão de óbito, e depois de ouvido o Ministério Público, declarará extinta a punibilidade.

³⁷ Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008) Parágrafo único. Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil.

Não há um consenso sobre as distinções nas classificações dos meios de provas. Na opinião de alguns teóricos, basta reduzir as provas quanto ao objeto. Para outros, deve-se separar também quanto ao valor e quanto ao sujeito. Há ainda quem classifique quanto à forma. Para maior entendimento do elemento de ligação das provas tradicionais e das provas digitais, as classificações exemplificadas a seguir compreenderão todos os tipos penais citados acima.

5.1.1 – Quanto ao objeto

As provas diretas são as designados a demonstrar o fato principal da demanda, ou seja, são aquelas que se comprovada sua existência é determinante para o alcance da pretensão jurídica; as provas indiretas são as que permitem a dedução do contexto do fato principal, através de indícios, presunções, suspeitas, sendo demonstrados por fatos secundários ou circunstanciais e levando à conclusão mediante raciocínio lógico.

5.1.2 – Quanto ao valor

Quanto ao valor, as provas plenas são aquelas que permitem um juízo de certeza, porque trata-se de prova convincente e robusta que poderá levar ao convencimento do julgador; as provas não-plenas, também chamadas de indiciárias, são que podem reforçar a convicção do juiz, porém não podem ser elevadas à categoria de provas determinantes para fundamentação decisória do processo.

5.1.3 – Quanto ao sujeito

Quanto ao sujeito, as provas reais são exteriores ao indivíduo, mas que também comprovam a existência dos fatos, como a arma utilizada no crime, um cadáver, o local do fato com vestígios e etc.; as provas pessoais são decorrentes do próprio indivíduo através do conhecimento dos fatos, subjetivamente nos casos dos peritos e, pessoalmente, através do testemunho e do interrogatório, por exemplo.

5.1.4 – Quanto à forma

Quanto à forma, as provas documentais, de acordo com o artigo 232 do CPP, são consideradas como quaisquer escritos, instrumentos ou papéis, públicos ou particulares; as provas testemunhais são os depoimentos prestados oralmente por toda e qualquer pessoa, sendo vedado à testemunha trazê-lo por escrito; e as provas materiais são os elementos probatórios obtidos por meios biológicos, químicos ou físicos, tendo como exemplos a prova pericial e o exame de corpo de delito.

5.2 – O ônus probatório e a busca pela “verdade”

De acordo com o artigo 156, do CPP, o ônus da prova cabe a quem oferece a denúncia, portanto o *onus probandi* compete à parte que precisa documentar a existência concreta de autoria e materialidade. O acusado poderá opor afirmação contrária, negar ou alegar fato diferente, que poderá impedir, extinguir ou mesmo modificar a pretensão punitiva. Nenhuma afirmação, de quaisquer das partes envolvidas, poderá corresponder à verdade.

Segundo Ferrajoli (1997, p. 50, *apud* LOPES JR., 2015, p. 382), “a verdade processual não pretende ser a verdade. Não é obtida mediante indagações inquisitivas alheias ao objeto processual, mas sim condicionada em si mesma pelo respeito aos procedimentos e garantias de defesa. A verdade formal é mais controlada quanto ao método de aquisição e mais reduzida quanto ao conteúdo informativo que qualquer hipotética verdade substancial”.³⁸

Na visão de Alexandre Morais da Rosa, a verdade não poderá ser atingida, portanto somente será uma busca pela hipótese que mais se adequa ao contexto e aos elementos e meios de prova.

A verdade processual, pois, não é espelho da realidade, e a atividade cognitiva avivada no Processo é um mecanismo de “bricolage singular”, entendido, como em francês, como fazer o possível, mesmo que o resultado não seja perfeito. E nunca o é, por impossível. A dita verdade processual trata de outra coisa, possui estrutura de ficção. E como o julgador precisa dar uma resposta, acertar os fatos, com os instrumentos que se lhe apresentam, vertido inexoravelmente na e pela linguagem, desprovido da verdade verdadeira.³⁹

³⁸ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal** / Aury Lopes Jr. – 12. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2015, p. 382.

³⁹ ROSA, Alexandre Morais da. **A teoria dos jogos aplicada ao processo penal** / Alexandre Morais da Rosa. – 2ª Ed. – Florianópolis: Empório do Direito e Rei dos Livros 2015, p.137.

Para Tourinho, a verdade real, a verdade material deve ser descoberta por meio de averiguação como fundamento da sentença penal.

Por outro lado, com bastante acerto, ensina Manzini que a declaração de certeza da verdade real, em princípio, é, sem dúvida, de todo ordenamento processual, seja penal, seja civil etc., mas, quando os particulares podem dispor livremente de seus interesses, um acordo direto ou indireto entre eles pode excluir, no todo ou em parte, necessária ou eventualmente, a verdade real do Processo Civil, sem dano, antes, com vantagem para a ordem das relações patrimoniais.

De fato, enquanto o Juiz não penal deve satisfazer-se com a verdade formal ou convencional que surja das manifestações formuladas pelas partes, e a sua indagação deve circunscrever-se aos fatos por elas debatidos, no Processo Penal, tal qual está no nosso ordenamento, o Juiz tem o dever de investigar a verdade real, procurar saber como os fatos se passaram na realidade, quem realmente praticou a infração e em que condições a perpetrou, para dar base certa à justiça.⁴⁰

5.2.1 Sistema de Valoração da Prova no Processo Penal

Os fatos e as circunstâncias de uma delito penal são a base das provas que servirão para o convencimento do julgador. A observância do princípio do devido processo legal leva à prerrogativa de se ter uma reconstrução formal e que não seja afetada pela ilicitude das provas e suas derivações para se comprovar ou não a suposta conduta ilícita.

A verificação da relevância das provas é ponto necessário a ser explorado a fim de permitir a convicção a respeito dos fatos imputados e sobre os quais se buscam esclarecimentos. Malatesta a respeito da eficácia da prova:

Sendo a prova o meio objetivo pelo qual o espírito humano se apodera da verdade, a eficácia da prova será tanto maior, quanto mais clara, ampla e firmemente ela fizer surgir no nosso espírito a crença de estarmos de posse da verdade. Para se conhecer, portanto, a eficácia da prova, é necessário conhecer qual como a verdade se refletiu no espírito humano, isto é, é necessário conhecer qual estado ideológico, relativamente à coisa a verificar, que ela criou no nosso espírito com sua ação.⁴¹

Segundo doutrina Tourinho, as provas devem ser apreciadas pelo juiz para levá-lo à justiça e não ao contrário:

Produzidas as provas, finda-se, por assim dizer, a primeira fase da instrução criminal, isto é, a fase probatória, dando lugar à sua última etapa, que é a fase das alegações, feitas oralmente. Muito embora as partes, nessas alegações, auxiliem o

⁴⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal, volume 1**/Fernando da Costa Tourinho Filho – 32ª ed. Rev. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2010, p. 59.

⁴¹ MALATESTA, Nicola Framarino dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. 2. Ed. – Livraria Clássica Editora. 1960, p. 19.

Juiz na valoração das provas, o certo é que somente o Juiz pode valorá-las. Trata-se de trabalho metódico e muito delicado. É uma análise crítica que deve ser elaborada com o máximo escrúpulo. Deve, pois, o Magistrado, com cuidado, afastar da sua mente determinados pré-julgamentos, quando estes possam conduzi-lo a erro.⁴²

GERMANDO MARQUES (1993, v. 2, p. 84 *apud* TOURINHO FILHO) assevera:

E, na verdade, o contraditório é, como professa Germano Marques da Silva, essencial para a valoração da prova, em termos tais que a prova que não lhe for submetida não vale para formar a convicção. O fato só pode ser julgado provado ou não provado após a submissão dos meios de prova ao contraditório em audiência.⁴³

5.3 – Meios de investigação e produção das provas

Se faz necessário o cumprimento de alguns requisitos para que as provas digitais em uma investigação possam ser efetivamente e juridicamente válidas para a sua valoração posterior.

Em seu Roteiro de Atuação sobre Crimes Cibernéticos⁴⁴, O Ministério Público Federal destaca o seguinte entendimento sobre as coletas de provas digitais:

Segundo o RFC 3227, que oferece uma série de recomendações para procedimentos de coleta e preservação de provas em meio digital, a evidência eletrônica deve ser (tradução livre):

1. Admissível: ou seja, estar em plena conformidade com a lei para que possa ser apresentada à Justiça.
2. Autêntica: as provas devem ser comprovadamente relacionadas ao incidente/crime investigado. O trabalho de uma documentação de qualidade é essencial para o cumprimento deste item.
3. Completa: o conjunto de evidências deve fornecer uma apresentação completa acerca do evento investigado. Nunca deve depender de elementos faltantes ou duvidosos. Deve "contar a história" completa, e não apenas fornecer perspectivas particulares.
4. Confiável: não deve haver incertezas acerca da autenticidade e veracidade das evidências, bem como sobre as formas como foram coletadas e posteriormente manuseadas durante a investigação.
5. Convincente: além de todas as características anteriores, deve ser documentada e apresentada de forma clara e organizada

Para Norberto Cláudio Pâncaro Avena "(...) é preciso ter em mente que a regulamentação dos meios de prova existente no Código de Processo Penal não é taxativa,

⁴² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal, volume 3**/Fernando da Costa Tourinho Filho – 32ª ed. Rev. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2010, p. 269.

⁴³ *Ibid*, Volume 3, 2010, p. 237.

⁴⁴ BRASIL. Ministério Público Federal. Câmara de Coordenação e Revisão, 2. – **Roteiro de atuação: crimes cibernéticos**. 2 ed. rev. – Brasília: MPF/2ªCCR, 2013, p. 164 e 165.

podendo ser aceitos meios de provas atípicos ou inominados, vale dizer, sem regulamentação expressa em lei, amplitude esta que se justifica na própria busca da verdade real que, sempre, será o fim do processo penal”⁴⁵

As provas digitais também podem e devem ser utilizadas como meio de convicção de verdade dos fatos aludidos. A prova digital pode ser assemelhada a prova documental, mas com natureza própria, devido às particularidades que lhe são características.

A busca e apreensão da prova digital podem ser realizadas segundo as regras constantes do Código de Processo Penal brasileiro, mas são necessárias normas mais específicas que tenham por exigência a presença de perito especializado na área de Direito Digital, para que se possa ter uma maior segurança jurídica probatória

O procedimento probatório deve se basear pela preservação da integridade, da legalidade e da autenticidade da prova obtida. Por ter características como a imaterialidade, volatilidade, possibilidade de clonagem, a necessidade de um equipamento disponível e adequado para o acesso das provas digitais, a grande questão acerca da utilização desse formato de prova se deve ao fato de ainda haver certa dificuldade em se comprovar a segurança técnica de tais provas e a falta de uma regulamentação mais específica que apontem os limites de sua utilização e dos critérios de validade.

Dessa forma, a investigação criminal deve atentar ao número de identificação do computador quando ele se conecta à rede. O *IP* poderá fornecer o endereço ou ao registro do *proxy*, que faz o intermédio entre o usuário e o servidor, ou seja, conecta o computador à rede de *Internet*. Através do *IP* do *proxy* que os hackers invadem e cometem os mais variados crimes. Para isso, a autoridade policial deve intimar o provedor para ter acesso a esse tipo de informação.

Em importante voto do Recurso Especial nº 1.342.640/SP (2012/0186042-0), a relatora Ministra Nancy Andrighi⁴⁶ entendeu que o fornecimento de meios que possam identificar os

⁴⁵ AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo Penal** / Norberto Avena . – 9ª ed. Rev. E atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017, p. 314.

⁴⁶(...) De acordo com os precedentes deste STJ, não se pode considerar de risco a atividade desenvolvida pelos provedores de conteúdo e sequer é possível exigir a fiscalização prévia das informações disponibilizadas em aplicações de internet.

usuários é uma contrapartida da liberdade de pensamento e é suficiente a apresentação dos registros de número *IP*.

O uso de e-mails como meio de prova é uma questão controvertida desde que as correspondências físicas, como as cartas, foram sendo substituídas pelo correio eletrônico.

A cada dia que passa, as comunicações ficam mais evoluídas ao passo que o próprio uso dos e-mails está se tornando obsoleto frente às mensagens instantâneas como os aplicativos Whatsapp, Telegram, Skype, entre outros mais. E isso cria mais um empecilho à investigação criminal.

Nesses meios instantâneos de comunicação, o conteúdo transmitidos entre quem manda a mensagem e quem a recebe não fica armazenado na rede do provedor como é o caso do e-mail. Levando-se em consideração esse tipo de prova, deve ser solicitado o log de conexão do usuário para o provedor do serviço desse aplicativo, pode também ser autorizado pela Justiça a interceptação telemática e ser investigado a origem do e-mail utilizado para a autenticação desse serviço instantâneo.

Para todos esses meios de provas, se faz necessário a autenticação através de exames e perícias técnicas para poder fornecer o esclarecimento necessário ao juiz e dar força probatória ao documento ou arquivo digital, evitando-se assim a dúvida de sua veracidade e, conseqüentemente, a possibilidade de uma absolvição por ter sido sucitada essa dúvida.

5.3.1 – O princípio do *favor rei* e da proibição da *reformatio in pejus*

O princípio do *favor rei*, também é conhecido como princípio do *favor innocentiae*, *favor libertatis* ou *in dubio pro reo* e decorre do princípio constitucional da presunção de inocência.

Por outro lado, esta mesma Corte exige que o provedor tenha o cuidado de propiciar meios para que se possa identificar cada um desses usuários, coibindo o anonimato e atribuindo a cada manifestação uma autoria certa e determinada. Trata-se, nada mais, que a contrapartida da liberdade de manifestação do pensamento, prevista no art. 5º, IV, da CF/88, que é a vedação ao anonimato. (...)

(...) Dessa forma, percebe-se que a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça é consolidada no sentido de – para adimplir sua obrigação de identificar usuários que eventualmente publiquem conteúdos considerados ofensivos por terceiros – é suficiente o fornecimento do número IP correspondente à publicação ofensiva indicada pela parte. (...)

Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=69019376&num_registro=201201860420&data=20170214&tipo=51&formato=PDF>

Esse princípio tem como fundamento o direito de liberdade do acusado quando confrontado com o direito de punir do Estado. Ele deve ser aplicado quando não está evidenciado a autoria e a materialidade do crime, que não foram sanadas com a produção das provas, devendo-se interpretar as regras a favor do réu e, portanto, a sua liberdade.

Segundo Tourinho:

(...)No conflito entre o jus puniendi do Estado, por um lado, e o jus libertatis do acusado, por outro lado, a balança deve inclinar-se a favor deste último se se quiser assistir ao triunfo da liberdade (Instituições, cit., p. 295).

E mais adiante acrescenta o mestre: o favor rei deve constituir um princípio inspirador da interpretação. Isso significa que, nos casos em que não for possível uma interpretação unívoca, mas se conclua pela possibilidade de duas interpretações antagônicas de uma norma legal (antinomia interpretativa), a obrigação é escolher a interpretação mais favorável ao réu (cf. Instituições, cit., p. 296).

No Processo Penal, várias são as disposições que consagram o princípio do favor innocentiae, favor libertatis ou favor rei Assim, a proibição da reformatio in pejus (art 617); os recursos privativos da Defesa, como os embargos infringentes ou de nulidade; a revisão criminal como direito exclusivo do réu (arts. 621 e s); a regra do art, 615, § 1 s, do CPP; e, por fim, como coroamento desse princípio, o da presunção de inocência, hoje erigido à categoria de dogma constitucional. Quanto à regra do art 386, V e VII, do CPP, impondo a absolvição por falta de provas, já nos pareceu ser mais uma hipótese de

aplicação do favor rei., Todavia, pensamos que a razão está com Santiago Sentis Melendo: “El juez no duda cuando absuelve Está firmemente seguro, tiene la plena certeza: de quê? De que faltan pruebas para condenar. . No se trata de favor sino de justicia” [In dubio pro reo, Buenos Aires, EJE, 1971, p, 158].⁴⁷

A proibição da *reformatio in pejus* afirma que se somente o réu apela de uma decisão, esta não poderá piorar a sua situação, só sendo possível ao Tribunal manter a decisão ou melhorá-la. Havendo apelação dos dois (acusação e defesa) lógico que o Tribunal poderá manter, melhorar ou piorar a decisão. Diferentemente, porém, ocorre no caso de haver apenas apelação da acusação, pois o nesta hipótese o Tribunal poderá manter a decisão, piorá-la ou até a melhorar, mesmo sem ter apelação da defesa, chama-se de *reformatio in melius*.

5.3.2 – As provas ilícitas

O uso das provas ilícitas é vedado pelo artigo 5º, LVI da Constituição da República Federativa do Brasil: “ são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

⁴⁷TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal, volume 1**/Fernando da Costa Tourinho Filho – 32ª ed. Rev. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2010, p. 101 e 102.

Para haver a adequação do Código de Processo Penal de 1941 com a redação do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, foi sancionada a Lei nº 11.690/08 que alterou e incluiu alguns dispositivos do CPP, incluindo o artigo 157 que dispõe:

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

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

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

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

§ 4º (VETADO)

Portanto, a prova ilícita é aquela prova que foi obtida por meio da violação direta ou indireta das normas constitucionais e não pode ser utilizada como fator para o convencimento do juiz.

GRINOVER (1976, p. 200 *apud* Tourinho Filho): “É, assim, nas normas constitucionais e nos princípios gerais da Lei Maior que se devem subsumir a avaliação substancial do ilícito extrajudicial e a qualificação processual de sua repercussão dentro do processo, deduzindo-se a proibição de admitir as provas obtidas contra a Constituição e sua ineficácia, diretamente desta”.⁴⁸

Não se deve confundir, portanto, com as provas ilegítimas que são as provas que foram obtidas por meio da violação das regras de natureza processual. Nesse caso não há o que se falar sobre inconstitucionalidade na obtenção, como exemplifica Tourinho Filho:

(...)Assim, por exemplo, a confissão do indiciado conseguida pelo *lie-detector* seria uma prova ilícita porque conseguida criminosamente Na verdade sua obtenção infringiria o disposto no art. 146 do CP. Em se tratando de cartas particulares, interceptadas ou obtidas por meios criminosos, além de ilícitas, em face do processo de obtenção, são ilegítimas, porque vedadas pelo art. 233 do CPP. O mesmo poderá ocorrer se houver transgressão ao art. 479 do CPP.

A expressão prova ilícita ganhou foros de cidadania jurídica, e segundo Eduardo de Urbano Castrillo, “suplantando outras expressões como “prova ilegal”, “prova viciada”, “nula”, etc... que eram usadas anteriormente e que constituíram avanços para configurar o que hoje se entende por “prova ilícita”... Prova ilícita — observa

⁴⁸TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal, volume 3**/Fernando da Costa Tourinho Filho – 32ª ed. Rev. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2010, p. 239.

— é uma manifestação espúria do jurídico” (*La prueba ilícita penal*, Navarra, Aranzadi Ed., 1996, p.. 52/53).⁴⁹

Voltando às provas ilícitas, essas podem ser ainda caracterizadas como provas ilícitas por derivação, dispostas no artigo 157, §1º, do CPP. Nessa modalidade, as provas são lícitas em sua essência, porém elas decorrem de uma outra prova considerada ilícita ou ilegal.

Trata-se da Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada que estabelece que o defeito existente no tronco contamina os frutos. Não se pode ter qualquer nexo de causalidade entre a prova que se quer usar com a prova ilícita ou ilegal que deu origem à essa outra, ou seja, deve ser uma fonte independente que não tenha qualquer contaminação.

Porém, a prova ilícita pode ser utilizada para que favoreça o réu, seja para absolvê-lo, seja para comprovar algo que seja importante à sua defesa pelo com fundamento no princípio da proporcionalidade.

Fazendo um paralelo às provas obtidas por meios digitais, deve ser abordado a questão da gravação de voz sem autorização para se comprovar fato que pode lhe auxiliar ou para se inocentar. Apoiado no princípio da proporcionalidade e no entendimento de que nenhum direito fundamental constitucional é absoluto, haverá o sopesamento do direito à imagem e à voz com o direito à liberdade. Ao se comparar esses dois fatores, o direito à liberdade se sobrepõe ao outro direito, pois a liberdade é a regra.

Com o entendimento de Alexandre de Moraes sobre a gravação de uma vítima de um crime de extorsão em que houve ameaça e coação por parte do agente do ato criminoso:

Note-se que não se trata do acolhimento de provas ilícitas em desfavor dos acusados e, conseqüentemente, em desrespeito ao art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal. O que ocorre na hipótese é a ausência de ilicitude dessa prova, vez que aqueles que a produziram agiram em legítima defesa de seus direitos humanos fundamentais, que estavam sendo ameaçados ou lesionados em face de condutas anteriormente ilícitas. Assim agindo - em legítima defesa - a ilicitude na colheita da prova é afastada, não incidindo, portanto, o inciso LVI, do art. 52, da Carta Magna.⁵⁰

Tourinho concorda com o critério de proporcionalidade em relação à Lei de

⁴⁹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal, volume 3**/Fernando da Costa Tourinho Filho – 32ª ed. Rev. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2010, p. 242.

⁵⁰MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional** / Alexandre de Moraes. – 30ª. Ed. – São Paulo: Atlas, 2014, p.120

Interceptações Telefônicas, Lei nº 9.296/96, ao explicitar:

Sem embargo dessa Lei, parece-nos que se deve respeitar o critério da proporcionalidade do direito tedesco, tão bem expresso na Súmula 50 das Mesas de Processo Penal da USP, segundo a qual “podem ser utilizadas no processo penal as provas ilicitamente colhidas, que beneficiem a defesa”. Na verdade, se a proibição da admissão das provas ilícitas está nos capítulos destinado aos direitos fundamentais do homem, parece claro que o princípio visa a resguardar o réu. Sendo assim, se a prova obtida por meio ilícito é favorável à Defesa, seria um não senso sua inadmissibilidade. É que nos pratos afilados da balança estão dois interesses em jogo: a liberdade e o direito de terceiro sacrificado, e entre os dois, obviamente, deve pesar o bem maior, no caso a liberdade, pelo menos como decorrência do princípio do *favor libertatis*.⁵¹

Assim como a Teoria da Árvore Envenenada, alguns outros tipos de fontes de provas, que são exceções à inadmissibilidade, decorrentes do direito norte-americano podem ser analisadas, como a fonte independente, a limitação da contaminação expurgada e a descoberta inevitável.

Na fonte independente, um outro elemento de convicção totalmente independente da situação que contaminou a prova, poderá transformá-la em lícita, porque se trata de uma fonte que pode ter surgido antes ou mesmo depois da produção da prova contaminada.

Na limitação da contaminação expurgada, também conhecida como limitação da conexão atenuada, trata da hipótese de se gerar uma prova lícita posterior à contaminação de um meio de prova, seja por ilicitude da prova, seja por ilegalidade da situação. Há um nexo de causalidade que será atenuado pela acontecimento posterior. Essa hipótese está disposta no artigo 157, §2º do CPP.

Na descoberta inevitável, a prova colhida ilegalmente ou derivada de outra prova ilícita, será admitida se for comprovado que ela seria inevitavelmente seria descoberta pelos meios legais e regulares de obtenção de prova.

Outro ponto é a prova ilícita *pro societate* que é quando um direito ou interesse coletivo se sobrepõe às ilegalidades das provas obtidas.

Em acórdão relativo ao HC 132036 – SE julgado pelo STF, está pacificado:

⁵¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal, volume 1**/Fernando da Costa Tourinho Filho – 32ª ed. Rev. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2010, p. 87.

(...) Finalmente, deve-se mencionar que, na fase de pronúncia, vigora o princípio do *in dubio pro societate*, segundo o qual somente as acusações manifestamente improcedentes não serão admitidas. O juiz verifica, nessa fase, tão somente, se a acusação é viável, deixando o exame apurado dos fatos para os jurados, que, no momento apropriado, analisarão a tese defensiva sustentada nestes autos.

Nesse sentido são os ensinamentos de Fernando Capez: “Pronúncia: decisão processual de conteúdo declaratório em que o juiz proclama admissível a imputação, encaminhando-a para julgamento perante o Tribunal do Júri. O juiz-presidente não tem competência constitucional para julgamento dos crimes dolosos contra a vida, logo não pode absolver nem condenar o réu, sob pena de afrontar o princípio da soberania dos veredictos. Na pronúncia, há um mero juízo de prelibação, pelo qual o juiz admite ou rejeita a acusação, sem penetrar no exame do mérito. Restringe-se à verificação da presença do *fumus boni iuris*, admitindo todas as acusações que tenham ao menos probabilidade de procedência. No caso de o juiz se convencer da existência do crime e de indícios suficientes da autoria, deve proferir sentença de pronúncia, fundamentando os motivos de seu convencimento. Não é necessária prova plena de autoria, bastando meros indícios, isto é, a probabilidade de que o réu tenha sido o autor do crime. Trata-se de decisão interlocutória mista não terminativa, que encerra a primeira fase do procedimento escalonado. A decisão é meramente processual, e não se admite que o juiz faça um exame aprofundado do mérito, sob pena de se subtrair a competência do Juri. A exagerada incursão do juiz sobre as provas dos autos, capaz de influir no ânimo do conselho de sentença, é incompatível com a natureza meramente prelibatória da pronúncia, gerando a sua nulidade e conseqüente desentranhamento dos autos” (CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 641-642).⁵²

A prova emprestada, como seu próprio nome pode indicar, é aquela prova que é colhida em um determinado processo e trasladada para outro em julgamento. Esse tipo de prova somente poderá ser utilizado se houve, no processo anterior, todos os requisitos dos princípios da ampla defesa e contraditório foram devidamente observados, caso contrário, essa prova se tornará ilícita. Como muito bem explicita Tourinho Filho:

Se a prova, para ser válida, deve passar pelo exame das partes, é indubitoso que uma prova colhida em um processo e transferida para outro não pode ter o menor valor. E o eminente Ministro Vicente Cernicchiaro chega a dizer, e com razão, que a prova emprestada é um fato, apenas um fato, suscetível de ser objeto de prova e, como toda prova, urge passar pelo contraditório.. Se assim não ocorrer, cumpre ser repelida, sob pena de invalidade: contr asta com o devido processo legal (Prova emprestada, artigo publicado no Correio Brasiliense, Coluna “Direito & Justiça”, 2-9-1996).⁵³

Se a partir das ponderações feitas em torno das provas ilícitas em favor do réu, sendo utilizado o princípio da proporcionalidade, restar comprovada a violação dos preceitos constitucionais, tais provas serão desentranhadas e inutilizadas por decisão judicial, com a intimação das partes envolvidas para acompanharem o incidente de ilicitude, conforme

⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 132036-SE**. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=132036&classe=HC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>

⁵³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal, volume 3**/Fernando da Costa Tourinho Filho – 32ª ed. Rev. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2010, p. 236 e 237.

disposição nos artigos 157, *caput* e §3º, do CPP.

5.3.3 As redes sociais como meios de obtenção de prova

Um dos grandes problemas em se tentar provar os delitos cometidos no meio ambiente virtual se deve ao fato da dificuldade em se descobrir o “ponto zero” do crime, ou seja, o lugar de onde partiu os comandos para acessar, destruir, vaziar os mais variados arquivos que existem, seja de pessoa física que porta em seu celular os seus dados bancários, seja de pessoa jurídica que armazena as informações de seus clientes.

No caso de conteúdos que tenham pornografia infantil, discursos de ódio, intolerância religiosa, incitação contra a vida, racismo, a partir do momento que as pessoas tomam conhecimento e reportam a página ou perfil nas redes sociais, a base de dados se perde e o mero print da página na Internet não resta suficiente para uma investigação completa e que vá atingir de fato os criminosos virtuais.

A dissiminação de fotos também se revela um problema difícil de lidar, pois a velocidade de propagação em grupos é exponencial e a cada compartilhamento se torna mais complicado de se encontrar os autores, embora não seja impossível.

Outro aspecto dos meios de produção de prova digital envolvendo redes sociais são as “curtidas” em páginas ou comentários. Já há jurisprudência em matéria trabalhista de empregados que foram demitidos por justa causa ao curtirem conteúdos que sejam considerados ofensivos à empresa em que trabalhava. A juíza desse caso em sua fundamentação explicou que a liberdade de expressão não permite as conversas públicas que ofendem a sócia da empresa.

(...) Efetivamente as ofensas foram escritas pelo ex-funcionário, no entanto, todas foram “curtidas” pelo recorrente, com respostas cheias de onomatopéias que indicam gritos e risos. (...)

(...) O fato é grave, posto que se sabe o alcance das redes sociais, isso sem contar que o recorrente confirma que outros funcionários da empresa também “eram seus amigos” no Facebook.

A liberdade de expressão não permite ao empregado travar conversas públicas em rede social ofendendo a sócia proprietária da empresa, o que prejudicou de forma definitiva a continuidade de seu pacto laboral, mormente quando se constata que seu contrato de trabalho perdurado por pouco mais de 4 meses. (...) ⁵⁴

⁵⁴ Processo nº 0000656-55.2013.5.15.0002, TRT-15

As redes sociais são uma vitrine do que as pessoas aspiram ser e não o que de fato são. A imagem que se quer passar é a de felicidade constante e plenitude através de fotos, músicas e frases de motivação.

A partir do momento que há uma investigação para se converter um benefício de auxílio-doença do INSS⁵⁵ baseado em supostas afirmações em uma página pessoal que confronta o laudo pericial e somente com base nesse indício e se converte o auxílio, sem a realização de novo laudo pericial, estamos seguindo um caminho para o uso de provas tarifadas. Deve-se prezar pela análise do conjunto probatório para então ser realizado o convencimento do julgador.

5.4 A CADEIA DE CUSTÓDIA

A cadeia de custódia é o processo de documentar cronologicamente as evidências, provas ou vestígios consignados nas investigações e que visa a possibilidade de rastreamento, além de viabilizar o conhecimento de qual pessoa teve acesso ou realizou a manipulação das evidências.

Esse processo é necessário para garantir a confiabilidade dos elementos probatórios e, posteriormente, garantir a validade da prova. Entretanto, não há uma regulamentação para a manutenção apropriada da cadeia de custódia probatória em nossa legislação.

De acordo com Robert Doran (2013, apud PRADO, 2014, p.82), “a cadeia de custódia é necessária para estabelecer a suficiência legal da prova, uma vez que esta veio para a custódia do departamento de polícia. Isso quer dizer que a evidência não foi perdida, que não houve adulteração da evidência e ela não foi contaminada, tanto por outros elementos armazenados nas proximidades, como pelo recipiente no qual está armazenada a prova”.⁵⁶

Em seu artigo “A importância da cadeia de custódia para preservar a prova penal”, Aury Lopes Júnior e Alexandre Morais da Rosa tratam dos aspectos processuais penais das provas

⁵⁵ O caso pode ser analisado através do link: http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/331566

⁵⁶ PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por meios ocultos** / Geraldo Prado. – 1. Ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 82

como um instrumento de persuasão e recognitivo dos fatos históricos narrados.

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 vistas a obter a melhor qualidade da decisão judicial e impedir uma decisão injusta. Mas o fundamento vai além: não se limita a perquirir a boa ou má-fé dos agentes policiais/estatais que manusearam a prova. Não se trata nem de presumir a boa-fé, nem a má-fé, mas sim de objetivamente definir um procedimento que garanta e acredite a prova independente da problemática em torno do elemento subjetivo do agente. A discussão acerca da subjetividade deve dar lugar a critérios objetivos, empiricamente comprováveis, que independam da prova de má-fé ou ‘bondade e lisura’ do agente estatal.

Do contrário, ficaremos sempre na circularidade ingênua de quem, acreditando na ‘bondade dos bons’ (Agostinho Ramalho Marques Neto), presume a legitimidade de todo e qualquer ato de poder, exigindo que se demonstre (cabalmente, é claro) uma conduta criminosa e os ‘motivos’ pelos quais uma ‘autoridade’ manipularia uma prova... Eis a postura a ser superada.⁵⁷

A cadeia de custódia é formada por uma série de ações articuladas e metodológicas que visam maior segurança das evidências, vestígios e provas com o intuito de se preservar tais elementos e garantir a sua segurança da manipulação de terceiros.

Não temos em nossa legislação penal um ordenamento, uma estruturação de quais procedimentos devem ser feitos para termos uma maior confiabilidade e segurança jurídica nos processos de manutenção dos elementos probatórios.

Para se garantir a legitimidade da prova produzida mediante um crime digital, serão demandados certos procedimentos técnicos a fim de se demonstrar a fidedignidades dos fatos através de laudos periciais elaborados por profissionais especializados ou analistas de sistemas de dados, de tráfego, segurança de rede, *hardware* ou *software*.

Esses profissionais poderão produzir um conteúdo probatório robusto trazendo a existência de indícios ou vestígios da atividade delituosa no meio ambiente digital, poderão por meio da localização do *IP* identificar a autoria, a procedência do crime e também poderão atestar quaisquer adulterações nos arquivos ou equipamentos.

As provas nos crimes digitais devem se submeter aos mesmos requisitos do processo

⁵⁷ LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre de Moraes da. **A importância da cadeia de custódia para preservar a prova penal**. 16 jan 2015. Revista Consultor Jurídico, 16 de janeiro de 2015 / Aury Lopes Jr. E Alexandre de Moraes da Rosa. – Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jan-16/limite-penal-importancia-cadeia-custodia-prova-penal>> Acesso em: 17 jun. 2017

penal tradicional, mas adequando-se à sua própria característica. Portanto, a prova pericial que será apresentada ao juízo deverá ser autêntica, confiável, transparente e legal, sob pena de nulidade processual.

Assim como qualquer outro documento físico que se tenha no meio ambiente “real”, os arquivos digitais também estão sujeitos à falsificações e fraudes, por isso se torna essenciais nesses tipos de crime a designação de um exame pericial para se autenticar esses documentos.

Entretanto, devido à deficiência científica probatória e de recursos humanos qualificados e capazes para investigar esses delitos digitais, a defesa do acusado tenta impugnar as provas obtidas com a negação da autoria do suposto crime cometido.

Poucos artigos em nosso Código Processual Penal tratam do tema e também não há um aprofundamento teórico e doutrinário sobre a cadeia de custódia. Deve-se ser debatido a importância de um estudo para haver uma estruturação que possibilite o conhecimento de todas as partes envolvidas no processo e que as auxilie na busca pela “verdade”.

Para proteger as provas que possam comprovar a prática da infração penal, a Lei nº 8.862/94 deu uma nova redação aos artigos 6º, incisos I e II; 159, *caput* e § 1º; 160, *caput* e parágrafo único; 164, *caput*; 169; e 181 *caput* do nosso Código de Processo Penal.⁵⁸

⁵⁸ Art. 1º O Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, passa a vigorar com as seguintes alterações:

"Art. 6º

I - dirigir-se ao local, providenciando para que não se alterem o estado e conservação das coisas, até a chegada dos peritos criminais;

II - apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais."

....."

"Art. 159. Os exames de corpo de delito e as outras perícias serão feitos por dois peritos oficiais.

§ 1º Não havendo peritos oficiais, o exame será realizado por duas pessoas idôneas, portadoras de diploma de curso superior, escolhidas, de preferência, entre as que tiverem habilitação técnica relacionada à natureza do exame....."

"Art. 160. Os peritos elaborarão o laudo pericial, onde descreverão minuciosamente o que examinarem, e responderão aos quesitos formulados.

Parágrafo único. O laudo pericial será elaborado no prazo máximo de 10 dias, podendo este prazo ser prorrogado, em casos excepcionais, a requerimento dos peritos."

"Art. 164. Os cadáveres serão sempre fotografados na posição em que forem encontrados, bem como, na medida do possível, todas as lesões externas e vestígios deixados no local do crime."

"Art. 169."

Parágrafo único. Os peritos registrarão, no laudo, as alterações do estado das coisas e discutirão, no relatório, as consequências dessas alterações na dinâmica dos fatos."

"Art. 181. No caso de inobservância de formalidades, ou no caso de omissões, obscuridades ou contradições, a autoridade jurídica mandará suprir a formalidade, complementar ou esclarecer o laudo."

Como fundamenta Prado:

Um dos aspectos mais delicados na temática da aquisição de fontes de prova consiste em preservar a idoneidade de todo o trabalho que tende a ser realizado sigilosamente, em um ambiente de reserva que, se não for respeitado, compromete o conjunto de informações que eventualmente venham a ser obtidas dessa forma. Trata-se de evitar o fenômeno da <<break on the chain of custody>>

Portanto, para se evitar qualquer dúvida quanto aos aspectos de sua origem e do seu trâmite até a sua valoração por parte do juiz, deve-se atentar para quais serão os procedimentos adequados à sua manutenção e integridade, quanto tempo essa prova poderá ficar armazenada para a utilização posterior sem que haja risco de perda e quantas e, principalmente, quais pessoas poderão manusear as evidências sem ter o enfraquecimento ou mesmo a destruição delas, o que causaria a quebra da cadeia de custódia.

5.4.1 Teoria da quebra da cadeia de custódia e o STJ

A teoria da quebra da cadeia de custódia das provas é alegada quando não é disponibilizado para uma das partes, geralmente a defesa, a integralidade das provas, produzindo assim uma prova ilícita e suas possíveis derivações.

Um caso notório envolvendo um pedido de Habeas Corpus trouxe à luz do processo penal a hipótese de anulação de provas produzidas em interpretações telefônicas e e-mails.

No julgado do HC nº 160.662 – RJ, a Ministra Assusete Magalhães, relatora do processo, considerou legal a quebra dos sigilos telefônicos e telemáticos, exemplificando em sua análise que o direito à intimidade e à privacidade não podem ser considerados direitos absolutos frente à existência de indícios razoáveis de autoria ou de participação e à impossibilidade de produção de provas por outros meios. Analisou, ainda, a produção de provas obtidas através dessas quebras de sigilos. Porém considerou ilegal a destruição de parte dos materiais obtidos.⁵⁹

⁵⁹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6ª Turma). HC nº 160.662 – RJ

(...) X. Apesar de ter sido franqueado o acesso aos autos, parte das provas obtidas a partir da interceptação telemática foi extraviada, ainda na Polícia, e o conteúdo dos áudios telefônicos não foi disponibilizado da forma como captado, havendo descontinuidade nas conversas e na sua ordem, com omissão de alguns áudios.

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

Portanto, como restou comprovada que houve a quebra da cadeia de custódia e, conseqüentemente, foi violado o devido processo legal, foi decidido então, em Acórdão da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, a ordem de ofício, para que o Juízo de 1º Grau, procedesse com a anulação das provas obtidas nas interceptações telefônica e telemática, o desentranhamento integral do material e que fosse examinado a existência de prova ilícita por derivação. Após isso, deve ser tudo excluído da Ação Penal 2006.51.01.523722-9.

5.5 (In) Segurança Jurídica e a manipulação de dados

A grande questão que permeia as provas digitais e as provas que foram obtidas por meios digitais é a da capacidade jurídica de ser um elemento não suspeito de manipulação e de ser preservado em sua integralidade.

Ao nos depararmos com a quebra da cadeia de custódia das provas, haverá a necessidade de se excluir essas evidências dos procedimentos penais em curso, porque deve-se acima de tudo garantir o princípio do devido processo legal.

O objetivo da cadeia de custódia é a preservação das provas colhidas para serem submetidas ao contraditório da parte acusada, ficando disponível para qualquer das partes ter acesso à esse material.

Quando há essa quebra, há a violação do direito ao contraditório, portanto, assim como foi decidido no STJ, as provas deverão ser inutilizadas e desentranhadas do processo judicial para não afetar o seu curso.

defesa, tendo em vista a impossibilidade da efetiva refutação da tese acusatória, dada a perda da unidade da prova.

XII. Mostra-se lesiva ao direito à prova, corolário da ampla defesa e do contraditório – constitucionalmente garantidos –, a ausência da salvaguarda da integralidade do material colhido na investigação, repercutindo no próprio dever de garantia da paridade de armas das partes adversas.

XIII. É certo que todo o material obtido por meio da interceptação telefônica deve ser dirigido à autoridade judiciária, a qual, juntamente com a acusação e a defesa, deve selecionar tudo o que interesse à prova, descartando-se, mediante o procedimento previsto no art. 9º, parágrafo único, da Lei 9.296/96, o que se mostrar impertinente ao objeto da interceptação, pelo que constitui constrangimento ilegal a seleção do material produzido nas interceptações autorizadas, realizada pela Polícia Judiciária, tal como ocorreu, subtraindo-se, do Juízo e das partes, o exame da pertinência das provas colhidas. Precedente do STF.

XIV. Decorre da garantia da ampla defesa o direito do acusado à disponibilização da integralidade de mídia, contendo o inteiro teor dos áudios e diálogos interceptados (...)

6 – CONCLUSÃO

A cada dia que passa, o mundo real se mistura com o mundo virtual e as interações entre os indivíduos que, no passado, eram estritamente materiais, passam a ser digitais.

As cartas evoluíram para e-mails e mensagens instantâneas, as fotos que levavam horas para serem reveladas, hoje estão a um toque de serem postadas e compartilhadas com pessoas que visualizarão quase que em tempo real e irão interagir na mesma velocidade. Documentos que eram apenas em papel, hoje tem seus dados e sua autenticação armazenadas em chips e códigos de barra, como a nova carteira de identidade e como os passaportes.

Essa evolução facilita a compreensão na sociedade moderna, mas também traz consigo o advento dos criminosos digitais que se utilizam desses mecanismos eletrônicos para cometer infrações penais.

No decorrer da monografia, vimos os direitos e garantias fundamentais constitucionais aplicados no processo penal, os princípios constitucionais processuais penais que são a base para os meios de obtenção e valoração das provas no meio digital e a análise do direito à Internet como um direito fundamental.

Foram analisados também os contextos históricos e políticos que deram vida às legislações penais brasileiras que enquadram alguns tipos de crimes digitais, mas que devido à aceleração exacerbada, custou uma maior averiguação de quais seriam as melhores medidas a serem tomadas e quais seriam os delitos cujo instrumento para se atingir outros dispositivos deveriam ser sancionados de forma mais incisiva.

Seria a aceleração da pretensão punitiva estatal, de um projeto de lei que está tramitando há anos nas Câmaras dos Deputados e do Senado, mediante o clamor público de se punir criminosos digitais a verdadeira preservação das tutelas dos direitos e garantias constitucionais? Ou seria uma forma de satisfazer os desejos imediatos da população que está sedenta por medidas mais duras através da persecução penal desmedida?

O que se mostra ao longo dos capítulos é a dificuldade que se tem em acompanhar os crimes digitais, seja os crimes cometidos contra um sistema virtual, seja os crimes cometidos

contra os bens já tutelados pelo nosso ordenamento jurídico, como a honra, a privacidade e a intimidade.

Nos meios de obtenção de prova, concluímos que é necessário haver a identificação do meio que foi empregado para a prática do ato delituoso, é extremamente necessária a preservação das provas colhidas pelo seu caráter imaterial e volátil, porque sem esse cuidado, não há como demonstrar a materialidade e autoria do crime.

A colheita dessas provas devem ser feitas por peritos especializados em sistemas e demais componentes eletrônicos a fim de se evitar a dúvida e a perda das evidências, deve ser realizado um pedido de preservação rápido para as autoridades terem como rastrear os criminosos.

Esse pedido de preservação pode abranger não apenas as provas de postagem, como o conteúdo de uma página, site, e-mail ou de qualquer outro meio empregado na prática criminosa, mas também os dados de registro referentes ao acesso realizado àquela página, por exemplo.⁶⁰

Foi analisada a impossibilidade de admissão das provas obtidas e parcialmente disponibilizadas à defesa, caracterizando-se assim o cerceamento de defesa, com consequência da inadmissibilidade das provas e desentranhamento delas do processo originário.

As provas ilícitas também não podem ser admitidas no processo, por estarem em violação direta com a nossa Constituição da República Federativa do Brasil. Somente no caso de ser o único meio de prova possível para a absolvição do acusado deve-se possibilitar o seu uso, pois pelo uso do princípio da proporcionalidade, a liberdade será valorada como o bem maior.

Porém, não há o que se falar em aceitação de provas ilícitas quando não for neste cenário hipotético, porque a presunção de inocência é a regra do nosso sistema penal jurídico, o que acarreta o in dubio pro reu quando não há certeza do que foi exposto como provas e, isso, levará à absolvição.

⁶⁰ BRASIL. **Roteiro de atuação: crimes cibernéticos** / Ministério Público Federal. Câmara de Coordenação e Revisão, 2. – 2. Ed. Rev. – Brasília: MPF/2ª CCR, 2013, p. 370.

A consequência da quebra da cadeia de custódia das provas é a invalidação de toda a cadeia e de sua valoração por parte do juízo. Todas as provas que foram documentadas e catalogadas serão consideradas contaminadas e a busca pela “verdade” é interrompida, porque não se pode violar o exercício dos direitos à ampla defesa e ao contraditório do acusado.

Não foi pretendido esgotar o tema, e nem poderia, pois a constante evolução dos meios tecnológicos nos levam à novos tipos de delito cometidos contra os dispositivos informáticos e por meio desses instrumentos, para se alcançar um bem jurídico já anteriormente tutelado. Essa evolução levará à adaptação e desenvolvimento de legislações que assegurem a proteção dos mais variados direitos e garantias que podem ser atingidos e violados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALBUQUERQUE, Roberto Chacon de. **A criminalidade informática** / Roberto Chacon de Albuquerque. – 1. Ed. – São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2006.
- AMERICANOS, Organização dos Estados. **PACTO DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA**. San José: Organização dos Estados Americanos, 1969.
- AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo Penal** / Norberto Avena . – 9ª ed. Rev. E atual. – Rio de Janeiro : Forense; São Paulo : Método, 2017.
- BARROS, Francisco Dirceu. **A teoria da quebra da cadeia de custódia da prova e as nulidades do processo penal. A nulidade decorrente da quebra da cadeia de custódia**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n. 4419, 7 ago. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/41506>>. Acesso em: 19 jun. 2017.
- BECHARA, Marcelo. **A inclusão digital à luz dos direitos humanos**. In: CGI.br (Comitê Gestor da Internet no Brasil). Pesquisa sobre o uso das tecnologias da informação e da comunicação 2005 . São Paulo, 2006, pp. 33-37.
- BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 07 jul. 2017.
- BRASIL. **Lei nº 7.716 de 5 de janeiro de 1989**; Brasília: Presidência da República, 1989. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7716.htm>
- BRASIL. **Lei nº 11.829 de 25 de novembro de 2008**; Brasília: Presidência da República, 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11829.htm#art1>
- BRASIL. **Lei nº 12.737 de 30 de novembro de 2012**; Brasília: Presidência da República, 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12737.htm>
- BRASIL. **Lei nº 12.965 de 23 de abril de 2014**; Brasília: Presidência da República, 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>
- BRASIL. **Lei nº 13.441 de 8 de maio de 2017**; Brasília: Presidência da República, 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13441.htm>
- BRASIL. **Decreto nº 678/92**. Promulga a Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos de 22 de novembro de 1969. Brasília: Presidência da República, 1992. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>
- BRASIL. **Roteiro de atuação: crimes cibernéticos** / Ministério Público Federal. Câmara de Coordenação e Revisão, 2. – 2. Ed. Rev. – Brasília: MPF/2ª CCR, 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 132036-SE**. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=132036&classe=HC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Prisão Preventiva para Extradicação nº 732 QO – Distrito Federal. Relator: Ministro Celso de Mello**. Disponível em: <
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7645112> > Acesso em 12 jun. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Doutrina: edição comemorativa, 25 anos. Ministra Assusete Magalhães. Quebra de sigilo de dados e das comunicações telefônicas: O dever estatal de preservação da fonte de prova**. Brasília, 2014 p. 508 e 523.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6ª Turma). **HC nº 160.662 – RJ**

CASTRO, Carla Rodrigues Araújo de. **Crimes de informática e seus aspectos processuais / Carla Rodrigues Araújo de Castro**. – 2ª Ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CEBRIÁN, B. D.. El País. **Cibertaque: o vírus WannaCry e a ameaça de uma nova onda de infecções**. Disponível em:
 <http://brasil.elpais.com/brasil/2017/05/14/internacional/1494758068_707857.html> Acesso em: 8 jun. 2017.

CIBERESPAÇO, Centro de Investigação Jurídica do. **Convenção sobre o cibercrime**. Disponível em: <<http://www.cijic.org/2015/10/27/convencao-sobre-o-cibercrime/>> Acesso em: 19 jun. 2017.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. – 26ª Ed. Rev. E Atual. – Malheiros Editores Ltda: São Paulo, 2010.

DARÓS MALAQUIAS, Roberto Antônio. **Crime cibernético e prova: a investigação criminal em busca da verdade / Roberto Antônio Darós Malaquias**. – 2.Ed. – Curitiba: Juruá, 2015.

FERRARI JÚNIOR, Ettore. A cadeia de custódia e a prova pericial. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 17, n. 3192, 28 mar. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/21391>>. Acesso em: 19 jun. 2017.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Crimes no meio ambiente digital e a sociedade da informação / Celso Antonio Pacheco Fiorillo, Christiany Pegorari Conte**. – 2. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.

GLOBO, Telejornal Fantástico da Rede. **Veja os documentos ultrassecretos que comprovam espionagem a Dilma**. Edição 02 set. 2013. Disponível em:
 <<http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2013/09/veja-os-documentos-ultrassecretos-que-comprovam-espionagem-dilma.html>> Acesso em: 12 jun. 2017.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal / Vicente Greco Filho**. – São Paulo: Saraiva, 1991, p. 29.

GUERREIRO FILHO, Evaldo José. Ensaio sobre as correntes doutrinárias da constituição: Da concepção jusnaturalista à concepção pós-positivista. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 79, ago 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8182>. Acesso em jun 2017.

KHALED JR., Salah; ROSA, Alexandre Morais da. **O standard de prova de Moro e o enfraquecimento das garantias do acusado: uma provocação**. Empório do Direito, Florianópolis/SC, 21 jul. 2015. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/o-standard-de-prova-de-moro-e-o-enfraquecimento-das-garantias-do-acusado-uma-provocacao-por-salah-khaled-jr-e-alexandre-morais-da-rosa/>> Acesso em: 19 jun. 2017.

LESSA, Breno Minucci. **A Invalidade das Provas Digitais no Processo Judiciário**. Conteudo Juridico, Brasília-DF: 02 dez. 2009. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.25613&seo=1>>. Acesso em: 19 jun. 2017.

LIMA, Paulo Marco Ferreira. **Crimes de computador e segurança computacional** / Paulo Marco Ferreira Lima. – 1. Ed. – Campinas, SP: Millennium Editora, 2005.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal** / Aury Lopes Jr. – 12. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2015.

LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre de Morais da. **A importância da cadeia de custódia para preservar a prova penal**. 16 jan 2015. Revista Consultor Jurídico, 16 de janeiro de 2015 / Aury Lopes Jr. E Alexandre de Morais da Rosa. – Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jan-16/limite-penal-importancia-cadeia-custodia-prova-penal>> Acesso em: 17 jun. 2017

MALATESTA, Nicola Framarino dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. 2. Ed. – Livraria Clássica Editora. 1960.

MASSON, Cleber. **Direito Penal esquematizado – Parte geral – vol. 1**/Cleber Masson. – 10ª ed. Rev., atual. E ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

_____. **Direito Penal esquematizado – Parte geral – vol. 3**/Cleber Masson. – 10ª ed. Rev., atual. E ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional** / Alexandre de Moraes. – 30ª. Ed. – São Paulo: Atlas, 2014.

NAÇÕES UNIDAS, Conselho de Direitos Humanos. **Direito à privacidade na era digital**. 24 de março de 2017. Disponível em: <<http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/notas-a-imprensa/15971-direito-a-privacidade-na-era-digital>> Acesso em: 12 jun. 2017.

NORONHA, Edgard Magalhães. **Curso de direito processual penal** / Edgard Magalhães Noronha. – 9. Ed. – São Paulo: Saraiva, 1976, p. 87

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais** / Guilherme de Souza Nucci. – 4. Ed. Rev. Atual. E ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PERFECTO, Andrés Ibáñez. **Valoração da prova e sentença penal** / Andrés Ibáñez Perfecto. – 1. Ed. – Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

PINHEIRO, Patricia Peck. **Direito digital** / Patricia Peck Pinheiro. — 5. ed. rev., atual. e ampl. de acordo com as Leis n. 12.735 e 12.737, de 2012 — São Paulo : Saraiva, 2013.

PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por meios ocultos** / Geraldo Prado. – 1. Ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2014.

_____. **A produção da prova penal e as novas tecnologias: o caso brasileiro** / Geraldo Prado. – 31 maio 2013.

ROSA, Alexandre Morais da. **A teoria dos jogos aplicada ao processo penal** / Alexandre Morais da Rosa. – 2ª Ed. – Florianópolis: Empório do Direito e Rei dos Livros, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional** – 11 ed. Rev. Atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo** / José Afonso da Silva. – 37ª Ed. – São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2014.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal, volume 1**/Fernando da Costa Tourinho Filho – 32ª ed. Rev. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Processo penal, volume 3**/Fernando da Costa Tourinho Filho – 32ª ed. Rev. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2010.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Prova penal: Estado Democrático de Direito** / Manuel Monteiro Guedes Valente, Geraldo Prado, Nereu José Giacomolli, Edson Damas da Silveira. – 1. Ed. – Florianópolis: Empório do Direito, 2015.