

VIII Congresso Internacional

Direitos Fundamentais e Processo Penal na Era Digital

Painel 3 | Legalidade e Meios de Obtenção de Provas Digitais

Filipe Pedra (Núcleo de Direito, Internet e Sociedade)

O painel “Legalidade e meios de obtenção de provas digitais”, ocorrido às 17h de 28/11, nos brindou com reflexões muito profundas e interessantes acerca desse tema tão inovador dentro do estudo do direito processual penal.

Inicialmente, Denise Provasi Vaz iniciou sua fala expondo o panorama das provas digitais. Destacou que grande parte delas é dotada de caráter imaterial, volátil, não-rastreável, com grande capacidade de armazenamento e sujeita ao anonimato. Quanto aos dados, estes poderiam se encontrar em fluxo ou armazenados (em nuvem ou alguma outra aplicação), além de poderem se referir a dados pessoais ou dados cadastrais, de acesso, metadados.

Nesse sentido, ela ressaltou a importância da discussão sobre o método e o objetivo quando se trata da escolha do meio de investigação para a obtenção de prova e levantou, a tipo de exemplo da problematização, o Whatsapp Web e sua vulnerabilidade a uma eventual interferência da prova. Diante desses desafios, como garantir a autenticidade, a veracidade e a legitimidade da prova?

Diante dessa e de outras preocupações, é necessário analisar, à luz do processo penal, quais casos exigem maior severidade e quais a dispensam, considerando-os sempre sob a perspectiva da instrumentalidade, distinguindo o procedimento, por exemplo, segundo a ofensividade do crime.

A palestrante levantou muitas reflexões e questões a serem debatidas pelos processualistas, ressaltando que os impactos não se encontram apenas na admissibilidade ou na legalidade da prova, mas também na valoração da prova.

Por fim, ela coloca, como prognóstico e esperança para o futuro, que as fontes confiáveis de IA possam nos ajudar a lidar com esses desafios. Em seguida, o Prof. Andrey Borges Mendonça inicia sua exposição ressaltando que os conceitos e

as inovações tecnológicas sobre as quais nos debruçamos são novas para todos nós.

E, nesse sentido, ele discute uma das principais características da prova digital: a sua promiscuidade.

O professor explica que, em apenas 1TB, tem-se o equivalente a 10 milhões de páginas ou 50 toneladas de papel. Nunca se teve um volume tão grande de informação envolvido em investigações.

“Em uma apreensão, é apreendida toda uma vida inteira”, ele ressalta, indicando a necessidade de se pensar em novas formas de dar respostas a isso.

Quanto ao estado da arte nessa temática, Mendonça sugere que “às vezes, estamos acostumados a procurar onde nós não vamos encontrar”, fazendo uma analogia com a metáfora de um bêbado que perde sua carteira no bar e a procura no poste.

A partir da necessidade de se pensar em novas formas de encarar a questão, ele estabelece alguns pilares.

O primeiro é a **legalidade** - nulla coactio sine lege -, fundamental para garantir a previsibilidade. É importante que a lei não seja só prévia, mas também estrita, de modo que delimite quais são as provas digitais, em que situações são admitidas e de que forma.

O ideal seria que o legislador disciplinasse de maneira prévia e desse ao cidadão previsibilidade. No entanto, quando se trata de provas digitais, tem-se um enorme paradoxo, na medida em que as provas e recursos digitais são novos enquanto a atividade legislativa no Brasil é dotada de grande morosidade, de modo que “se é inovação, não é regulamentada; e, se já é regulamentada, então já se passou tempo suficiente a ponto daquele recurso não ser mais uma inovação”.

Verifica-se que exigir uma lei específica para cada inovação seria inviável dentro do cenário moroso do legislativo brasileiro.

Mendonça afirma a necessidade de se pensar uma regulamentação apoiada no equilíbrio do binômio novidade x legalidade. Ele ressalva, ainda, que, em que pese as preocupações expostas – e corretamente justificadas – sobre os impactos

negativos das tecnologias nos direitos fundamentais, é necessário explorar também as tecnologias na proteção desses direitos, a exemplo dos scanners pessoais, que permitem acabar com as revistas vexatórias nos presídios, ou das câmaras nos uniformes policiais.

Entretanto, diante dos impactos negativos que as tecnologias podem produzir, há de se ter sempre em mente a primazia dos direitos fundamentais – que são fins em si mesmos – sobre as novas tecnologias (que são apenas meios, e não fins).

Sob essa perspectiva, apoiando-se também naquilo que defendem os Profs. Gustavo Badaró e Marta Saad, Mendonça destacou a necessidade de se exigir maior legalidade dos meios tecnológicos que restringem direitos fundamentais, especialmente em face de uma jurisprudência leniente que faz tábula rasa disso, a exemplo de meios chancelados pelos juízes brasileiros mesmo quando da falta de regulamentação legal, como a infiltração policial, o afastamento de sigilo bancário e a colaboração premiada.

No que tange à cobertura legal, portanto, Mendonça destaca a necessidade de que haja pelo menos uma lei prevendo hipótese semelhante, que permita - ao menos - uma analogia, um mínimo de previsibilidade ao jurisdicionado e ao Estado. No entanto, é necessário impedir que essas analogias desvirtuem a lei ou a finalidade da prova. O professor exemplifica esse desvirtuamento na figura da interceptação telefônica, que, muitas vezes, é invocada com o exclusivo intuito de localizar os alvos.

Após a legalidade, na figura da cobertura legal pela analogia, o Professor destaca um segundo pilar: uma **motivação robusta**, que cubra o déficit de legislação, por meio de um teste sério de proporcionalidade. Atribuindo-se esse ônus argumentativo ao juiz, exige-se que ele justifique qual lei irá aplicar, preencha determinadas lacunas e indique o teste de proporcionalidade que o levou a essa decisão, considerando a necessidade da medida, a sua adequação e a proporcionalidade entre as restrições e os direitos em jogo.

Em seguida, ele destaca a necessidade de **garantias contra o arbítrio**, de modo que se registre detalhadamente, ao longo de uma investigação, o procedimento e as técnicas a serem utilizadas pelas autoridades policiais e de

persecução, na forma de cada acesso, pesquisa, arquivo, ou palavra-chave – para que se possa fazer posteriormente o controle sobre aquele ato. Verifica-se aqui que, para levar essas mudanças a cabo, será necessário também transformar a cultura institucional da polícia, que não registra com o devido detalhe os procedimentos realizados.

Exige-se também que se tenham garantias de integridade e autenticidade das provas e dos sistemas operacionais a serem analisados no processo de depuração do material, estabelecendo parâmetros e limites para não adentrar injustificadamente a promiscuidade do material, a exemplo de um filtro de palavras-chave.

Por fim, como último pilar, o professor estabelece a **modulação temporal**, de modo que os juízes aceitem essa inovação por um período e notifiquem o legislador de prazo para legislar sobre a matéria, especificando, inclusive, o que é importante ser contemplado na legislação, sob pena de não mais admitir tal meio tecnológico caso o legislador não o regulamente. O professor expôs essa modulação com inspiração no Tribunal Constitucional Alemão e sugeriu que o mesmo fosse feito em nosso país.

Dessa forma, propondo os pilares da cobertura legal, da motivação robusta (com um teste sério de proporcionalidade), das garantias contra o arbítrio e da modulação temporal, o Professor Andrey Mendonça concluiu sua fala no sentido de que se pense uma regulamentação que observe essas proteções.

Por fim, o experiente delegado de polícia federal Stênio Santos Souza iniciou sua fala explicitando a necessidade de se olhar também para o direito fundamental da vítima do cybercrime. Estamos cada vez mais expostos a esses cybercrimes, conforme explicitaram as estatísticas trazidas pelo delegado, que refletiam diversos crimes no meio digital, notadamente: pedofilia e abuso sexual infantil, misoginia, LGBTQfobia, racismo, manifestações neonazistas, etc.

Em 30 dias, a Polícia Federal detectou mais de 1 milhão de compartilhamentos desse tipo. Stênio Souza explicou que a cybercriminalidade é extremamente complexa e demanda a busca de provas para que ela possa ser reduzida, considerando que “nulla poena sine iudicio et nullum iudicio sine probatione”. Ele destaca que não basta qualquer prova, mas uma prova de

qualidade, que possa ser submetida ao contraditório, atenda ao devido processo legal e se preste não só à verdade material, mas também à verdade processual – produzida dentro das normas processuais admitidas dentro de um Estado Democrático de Direito.

Após essa explanação, ele finaliza sua fala traçando um paralelo entre o art. 16 da Convenção de Budapeste (Convenção sobre o Cybercrime) e o art. 6º, I do Código de Processo Penal, no sentido da conservação das coisas pela autoridade policial, subsidiada pela verdade processual.

Nesse painel tão enriquecedor sobre a “Legalidade e os meios de obtenção de provas digitais”, cada palestrante, por meio de preciosas reflexões, trouxe novas perspectivas à mesa que contribuíram enormemente para o avanço desse debate e para a concepção de novas regulamentações nesse campo tão inovador.