

RITA DE CÁSSIA PIRES BEZERRA CAVALCANTI

**A análise constitucional do sigilo bancário e da privacidade nas
investigações criminais diante do compartilhamento de dados
financeiros e fiscais**

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Doutor José Raul Gavião de Almeida

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo - SP

2023

RITA DE CÁSSIA PIRES BEZERRA CAVALCANTI

A análise constitucional do sigilo bancário e da privacidade nas investigações criminais diante do compartilhamento de dados financeiros e fiscais

Dissertação de Mestrado, apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração de Direito Processual, sob a orientação do Professor Doutor José Raul Gavião de Almeida.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo - SP

2023

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Cavalcanti, Rita de Cássia Pires Bezerra

A análise constitucional do sigilo bancário e da privacidade nas investigações criminais diante do compartilhamento de dados financeiros e fiscais ; Rita de Cássia Pires Bezerra Cavalcanti ; orientador José Raul Gavião de Almeida -- São Paulo, 2023.

147

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2023.

1. Compartilhamento de Dados Financeiros e Fiscais. 2. Sigilo Bancário. 3. Transferência de Sigilo. 4. Prova Documental Digital. 5. Cadeia de Custódia. I. Almeida, José Raul Gavião de, orient. II. Título.

Nome: CAVALCANTI, Rita de Cássia Pires Bezerra.

Título: A análise constitucional do sigilo bancário e da privacidade nas investigações criminais diante do compartilhamento de dados financeiros e fiscais

Dissertação de Mestrado, apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração de Direito Processual, sob a orientação do Professor Dr. José Raul Gavião de Almeida.

Aprovado em

Banca Examinadora

Professor Doutor José Raul Gavião de Almeida – Orientador e Presidente

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

1º examinador (a)

2º examinador (a)

3º examinador (a)

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus por me acompanhar em cada desafio e a quem sempre recorro nos momentos de tribulação.

Ao Professor Doutor José Raul Gavião de Almeida, que me abriu as portas da prestigiosa Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e me concedeu a honra de tê-lo como orientador, demonstrando sempre, desde as primeiras aulas, uma inteligência invulgar, conhecimento ímpar e vasta experiência acadêmica e profissional.

A minha mãe, que, com o seu afeto, me apoiou no seu silêncio, repetindo os momentos de ansiedade mais aguda, ao compartilhar dos meus sonhos e se alegrar com minhas conquistas.

Ao meu pai, *in memoriam*, de quem guardo as melhores lembranças e estímulos, notadamente quanto aos estudos, ainda que por força de sua morte, não tenha podido alcançar com os olhos as sucessivas conquistas e emoções geradas com cada uma delas.

Ao meu esposo Waldir, mesmo nem sempre compreendendo a minha necessária reclusão e ausências sucessivas com vistas ao cumprimento dos meus compromissos, contudo, compreendendo a importância de cada um desses momentos.

Aos amigos que fiz na Universidade de São Paulo que, com suas generosidades acadêmicas, cada qual, a seu modo, pôde contribuir um pouco ou muito com o lapidar dos meus conhecimentos que ainda assim continuam a ser.

RESUMO

CAVALCANTI, Rita de Cássia Pires Bezerra. **A análise constitucional do sigilo bancário e da privacidade nas investigações criminais diante do compartilhamento de dados financeiros e fiscais.** 2023. 147 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2023.

A intensificação da troca de informações e a ausência de divisas para os lucros legais, bem assim para aqueles obtidos mediante ou como produto da prática de crimes, alterou significativamente as relações do Estado Fiscalizador com o contribuinte, permitindo a ressignificação de conceitos clássicos, tais como a noção de privacidade e a necessidade de reserva de jurisdição para o acesso aos dados financeiros e fiscais pelo Estado repressor. Na era da informação, é fato que a criminalidade desfruta de eficientes e velozes recursos tecnológicos para branqueamento de capitais, na modalidade em que a novos recursos tecnológicos permitem o trânsito de dinheiro, por vezes digitais, de forma veloz, exigindo-se velocidade também por parte do Estado fiscalizador e repressor, de modo a estancar a evasão de divisas e o cometimento de novos crimes. Tal fato vem exigindo a adoção de novos mecanismos de investigação criminal, dentre eles o acesso ao conteúdo de dados financeiros e fiscais sob a forma de compartilhamento, mediante a antes resistida transferência de sigilo. Em contrapartida, não houve evolução legislativa condizente com esta realidade digital, exigindo a busca de um ponto de equilíbrio na relação entre os direitos fundamentais à segurança e à liberdade, prestigiando-se a eficiência das atividades investigativas e, ao mesmo tempo, a proteção à privacidade e ao sigilo desses dados compartilhados que, embora transferidos, não perdem o caráter de sigilosos, posto que, enquanto direito da personalidade deve ser preservado. Neste contexto, bebendo nas referências a outros meios de obtenção de prova e mediante pesquisa sobre o tema, buscou-se discorrer sobre os parâmetros e procedimentos para o regular o referido compartilhamento de dados, de maneira a se preservar o sigilo e garantir a higidez da prova, o que motivou uma análise da cadeia de custódia da prova documental digital. Finalmente, avançou-se para o estudo das consequências jurídicas processuais em caso de descumprimento do referido modelo procedimental.

Palavras-chave: Acesso a dados financeiros fiscais compartilhados entre o Estado Administração e o Estado persecução – Transferência de Sigilo – Dispensabilidade de autorização judicial – Procedimento legal – Eficiência e garantismo.

ABSTRACT

CAVALCANTI, Rita de Cássia Pires Bezerra. **The constitutional analysis of secrecy bank and privacy in criminal investigations: access to data stored on the .** 2023, 168 f. Dissertation (Master) - Law School, University of São Paulo, 2023.

The intensification of the exchange of information and the absence of currency for legal profits, as well as for those obtained through or as a product of the commission of crimes, significantly altered the relationship between the Inspector State and the taxpayer, allowing the redefinition of classic concepts, such as the notion of privacy and the need to reserve jurisdiction for access to financial and fiscal data by the repressive State. In the information age, it is a fact that criminality enjoys efficient and fast technological resources for money laundering, in the modality in which new technological resources allow the transit of money, sometimes digital, in a fast way, demanding speed also for part of the supervisory and repressive State, in order to stop the evasion of funds and the commission of new crimes. This fact has required the adoption of new criminal investigation mechanisms, including access to the content of financial and tax data in the form of sharing, through the previously resisted transfer of secrecy. On the other hand, there was no legislative evolution consistent with this digital reality, requiring the search for a balance in the relationship between the fundamental rights to security and freedom, giving prestige to the efficiency of investigative activities and, at the same time, the protection of privacy and secrecy of these shared data which, although transferred, do not lose their confidential character, since, as a personality right, it must be preserved. In this context, drawing on references to other means of obtaining evidence and through research on the subject, an attempt was made to discuss the parameters and procedures for regulating said data sharing, in order to preserve secrecy and guarantee the integrity of the evidence, which motivated a chain of custody analysis of the digital documentary evidence. Finally, we moved on to the study of the procedural legal consequences in case of non-compliance with the aforementioned procedural model.

Keywords: Access to fiscal financial data shared between the Administration State and the prosecution State – Transfer of Confidentiality – Dispensability of judicial authorization – Legal procedure – Efficiency and guarantee.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
1. DA PRIVACIDADE: INTERPRETAÇÃO DIANTE DA RELAÇÃO EFICIÊNCIA E GARANTISMO	16
1.1. A privacidade e sua contextualização histórica	17
1.2. Privacidade, intimidade, vida privada e sigilo de dados: conceitos e definições	20
1.2.1. Privacidade	21
1.2.2. Vida privada e intimidade	25
1.2.3. Teoria das três esferas.	30
1.3. A privacidade e as relações sociais na era moderna e pós-moderna	31
1.3.1. A busca de um equilíbrio entre eficiência e garantismo.	41
2. O SIGILO BANCÁRIO NO TEMPO.....	36
2.1. O Sigilo Bancário e sua história.....	36
2.2. O público, o privado e a corrupção no Brasil	37
2.3. A sonegação fiscal, sua repressão e o sigilo bancário.....	41
2.4. O Estado neoliberal e a imposição de limites ao sigilo.....	49
3. DADOS FINANCEIROS ENQUANTO PROVAS E DOCUMENTOS DIGITAIS....	73
3.1. Provas e documentos digitais: primeiras noções	73
3.1.1. A prova digital e sua produção por meio documental	76
3.1.2. A prova digital e sua produção por meio pericial	83
3.1.3. A ausência de disciplina procedimental para a prova digital e as iniciativas estrangeiras	85
3.1.4. A analogia e os meios de busca e de produção de provas digitais	89
4. A CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA ORIUNDA DO ACESSO AOS DADOS ARMAZENADOS EM APARELHOS CELULARES	92
4.1. Preliminarmente.	92
4.2. A cadeia de custódia no Código de Processo Penal.	97
4.3. A cadeia de custódia da prova digital.	99

4.3.1. Fases da cadeia de custódia para a obtenção dos dados compartilhados.....	103
4.4. Violação da cadeia de custódia.	104
CONCLUSÃO.....	116
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	119

INTRODUÇÃO

O presente trabalho acadêmico tem, por objetivo, a análise da proteção constitucional ao sigilo e o acesso e compartilhamento de dados financeiros e fiscais com os órgãos de persecução penal, dentro de uma perspectiva de equilíbrio na relação entre eficiência e garantismo¹.

A revolução digital e o avanço tecnológico permitiram que as informações trafegassem com maior rapidez entre os órgãos administrativos, civis e de persecução penal, visando a lisura dos procedimentos bancários e fiscais, independente do sigilo constitucional que os reveste.

Infere-se que tal trânsito de dados², intimamente relacionados à privacidade e intimidade das pessoas, cujo acesso permitiria descortinar a vida íntima e particular de uma pessoa, expondo-a de maneira sensível.

É certo, outrossim, que a proteção do trânsito bancário sob a forma sigilosa, por via outra, permitiu que a criminalidade profissional, pudesse aproveitar-se do sigilo que reveste as transações para a cometimento de crimes financeiros, bem assim para transitar os lucros proveniente de outros crimes, sigilosamente, garantindo o sucesso de suas

¹ Inobstante a tese 990 e julgamento do RE 1.055.941 pelo Supremo Tribunal Federal, onde se fixou a tese para o compartilhamento de dados financeiros e fiscais com os órgãos de persecução penal, é preciso que se reflita acerca do percurso até ali chegar, traçando-se diretrizes que possam trazer a segurança necessária ao processo, evitando-se retrocessos. Tal tema posto em discussão permitirá que se encontre uma solução equilibrada desta equação, bem sintetizada pelo Professor das Arcadas Antonio Scarance Fernandes: “(...) não é tarefa fácil realizar a justa ponderação entre o interesse público na realização da quebra para a consecução de prova e o interesse privado de quem é submetido à investigação ou ao processo criminal. Encontram-se normalmente vozes extremadas. De um lado, a dos que sustentam arduamente a necessidade de ampla permissividade no acesso aos sigilos pessoais para coibir a prática criminosa, e, de outro, a daquele que, em defesa da privacidade, apregoam a necessidade de serem os indivíduos intensamente protegidos contra as invasões em suas esferas íntimas e particulares, só sendo permitidas em casos extremos. Necessário, contudo, buscar o ponto de equilíbrio, de modo que se garanta a eficiência do sistema persecutório, mas, ao mesmo tempo, se preservem os direitos da pessoa investigada ou acusada (...)”. (FERNANDES, Antonio Scarance. *O sigilo financeiro e a prova criminal*. In “Direito Penal, Processo Penal e Direitos Fundamentais. Uma visão Luso-brasileira”, p.457/477, 2006, Quartier Latin. São Paulo).

² Gregório Edoardo Raphael Selingardi, definiu o “(...) dado digital constitui a informação de estrutura numérica e imaterial, processadas por sistemas computacionais, voltada a desempenhar uma função e representada em diversos formatos informativos (textos, imagens, áudio e vídeo) Denomina-se documento eletrônico o agrupamento de dados digitais gerados, transmitidos ou conservados por meio de computador ou rede telemática (...)” (GUARDIA, Gregório Edoardo Raphael Selingardi. *Comunicações Eletrônicas e dados digitais no processo penal*. Tese (Mestrado em Direito Processo Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2016, p. 99).

ações delitivas, desvelando a necessidade do acesso não moroso e compartilhado dos dados contidos em sistemas da Administração Fazendária e Fiscal, como importante instrumento de investigação criminal.

Entretanto, as formas de acesso ao conteúdo dos dados armazenados a serem compartilhados entre a Administração e os órgãos de persecução penal e a necessidade de se buscar um equilíbrio entre investigação eficiente e a salvaguarda dos direitos constitucionais à proteção da privacidade e intimidade motivaram atuais e importantes discussões, especialmente em âmbito jurisprudencial, sobre a necessidade de reserva de jurisdição para o acesso ao conteúdo dos processos administrativos fiscais e dados bancários, bem assim acerca do compartilhamento de Relatórios de Investigação Financeira pelo COAF, pacificado já pelo Supremo Tribunal Federal (STF), em âmbito de Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo n.º 1.055.941/SP³.

Segundo o Supremo Tribunal Federal (STF) é constitucional o compartilhamento de relatórios de inteligência financeira e de procedimentos fiscalizatórios da Receita Federal com órgãos de persecução penal para fins penais, sem prévia autorização da Justiça.

Inobstante, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), em posicionamento parcialmente distinto, a partir da Terceira Câmara, por maioria, decidiu que é ilegal a requisição de dados fiscais feitas diretamente pelo Ministério Público, sem autorização judicial e, com esse entendimento, o colegiado deu provimento a dois recursos em Habeas Corpus nos quais os acusados alegaram constrangimento ilegal em razão da obtenção direta de seus dados fiscais, a partir da solicitação do Ministério Público à Receita Federal.

Na oportunidade, o Tribunal registrou que somente poderão ser compartilhadas as informações fiscais já analisadas, havendo imprescindibilidade da ordem judicial para acesso aos dados sob análise, ao dizer que é permitido que a Receita Federal encaminhe ao MP dados fiscais quando houver suspeita de crime, mas que tal não possibilitaria ao órgão de acusação requisitar esses mesmos dados sem autorização judicial.

O assunto ainda permanece, portanto, sob discussão, havendo o relator destacado em seu voto que *"Em um Estado de Direito, não é possível admitir que órgãos de*

³ STF, HC n.º 1.055.941/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Dias Tofolli, j. 24/04/2019, DJe 19/09/2019.

⁴ STJ, 3ª. Turma., Rel. Rogério Schietti, julgado em 19 de abril de 2016, j. 11/02/2022, Dje 23/04,2022.

investigação, em procedimentos informais e não urgentes, solicitem informações detalhadas sobre indivíduos ou empresas, informações essas constitucionalmente protegidas, salvo autorização judicial".

Portanto, a pesquisa pretende analisar quais as formas de acesso aos dados armazenados em aparelhos celulares, bem como se há necessidade de ordem judicial autorizativa para acesso aos dados armazenados em aparelhos celulares. Ainda, pretende-se identificar quais as balizas formais e procedimentais para que, da apreensão do aparelho celular até a extração dos dados, sejam resguardadas as garantias do processo justo e, ao mesmo tempo, assegure-se a eficiência da atividade investigativa.

Para tanto, a pesquisa estará dividida em partes.

Em primeira abordagem, será verificado no âmbito constitucional, primeiras premissas no que concerne à privacidade, intimidade e vida privada (artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal), bem assim acerca do (artigo 5º, inciso XII, da Carta Política), além de se estabelecer uma análise histórica e evolutiva do conceito de “privacidade” e sua resignificação.

Na segunda parte, o trabalho buscará realizar um mergulho histórico e jurídico acerca do sigilo especialmente relacionado ao bancário, origem até os dias hodiernos, culminando com o seu tratamento jurisprudencial no Direito Brasileiro.

Após, buscar-se-á, nos conceitos relacionados à prova digital, discorrer sobre os meios de obtenção e produção de provas clássicas, sob a forma compartilhada, bem assim da necessidade do uso da analogia, de forma a se conferir um marco procedimental para o acesso a dados transferidos em sigilo e ao seu tratamento, visando à conservação da higidez do dado.

Na terceira parte, na sétima e derradeira etapa, será objeto de estudo a cadeia de custódia da prova extraída a partir dos dados financeiros e fiscais compartilhados, discorrendo-se sobre as etapas a serem percorridas e as consequências jurídicas para a violação da cadeia de custódia.

Desta forma, presente a relevância e atualidade do tema, pretende-se tratar das linhas iniciais de sistematização dos aspectos formais e procedimentais a serem

adotados para a garantia de que o sigilo transferido seja preservado, evitando-se consequências pessoais e processuais em razão de sua inobservância, como a mais escorreita forma de se assegurar a eficiência investigativa, não se descuidando das garantias da privacidade e intimidade contempladas no texto constitucional.

1) DA PRIVACIDADE: INTERPRETAÇÃO DIANTE DA RELAÇÃO EFICIÊNCIA E GARANTISMO

Após período de ruptura institucional que precedeu a Constituição atual de 1988, foi promulgada de modo a acomodar diversos clamores da fase de redemocratização e, por tal, redefiniu as bases democráticas e republicanas do país e trilhou os primeiros passos e valores que se solidificaram com a evolução social que se seguiu.

Inaugurou, a nova Carta, verdadeira e inovadora ordem constitucional no país, estabelecendo um rol inicial, mas não limitativo, de garantias processuais⁵, passando a Constituição Federal a servir como orientação e, ao mesmo tempo, filtro de validade e legitimidade dos demais diplomas infraconstitucionais existentes.

Como cláusulas pétreas constitucionais, trouxe a Carta regras e princípios aplicáveis ao processo penal, destacando-se a obrigação de se respeitar um devido processo legal para que a pessoa se veja privada de sua liberdade (artigo 5º, inciso LIV), a inadmissibilidade de provas produzidas por meios ilícitos (artigo 5º, inciso LVI), regras específicas sobre a prisão e identificação do responsável pelo ato constrictivo (artigo 5º, incisos LXI e seguintes), bem como, especialmente na temática do presente trabalho, a inviolabilidade da intimidade, vida privada, imagem e honra das pessoas, do domicílio, bem como o sigilo da correspondência, comunicações telegráficas, dados e comunicações telefônicas, salvo para fins de investigação ou instrução criminal (artigo 5º, incisos X, XI e XII).

Portanto, ao estabelecer rol de direitos e garantias, a Constituição Republicana exortou aos demais diplomas infraconstitucionais, que a ela fossem devotados obediência e zelo, inadmitindo-se, sob o enfoque constitucional, um processo penal que não se assentasse sob diretrizes democráticas insculpidas no texto da novel Constituição, especial

⁵ “(...) A conscientização sobre a importância das ‘garantias processuais’, como expressão desses valores fundamentais de civilidade que devem informar as atividades de aplicação jurisdicional de direito, representa talvez o traço mais saliente da cultura processual contemporânea, chegando-se mesmo a afirmar a fecunda e expressiva ideia de um ‘jusnaturalismo processual’. Não se trata, porém, de simples orientação filosófica, visto que essa conscientização tem sido acompanhada pela progressiva ‘positivação’ e, mais precisamente, pela ‘constitucionalização’ do direito ao processo, com a correspondente explicitação, cada vez mais completa e analítica, das garantias do processo nos textos constitucionais (...)” (GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A Motivação das Decisões Penais*, 1ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 31)

mente se considerarmos que a estrutura processual penal de uma nação constitui o verdadeiro termômetro dos elementos corporativos ou autoritários de sua Constituição⁶.

Assim, é com assento na Constituição e com os valores por ela delimitados, que se pretende, a partir de uma determinação conceitual sobre temas que serão tratados ao longo deste trabalho científico, traçar a base estrutural para se responder as inquietações lançadas na parte introdutória.

1.1. A privacidade e sua contextualização histórica

A partir da obra “*The right to privacy*”⁷, de Samuel Dennis Warren e Louis Dembitz Brandeis, aliada ao trabalho “*A Treatise on the Law of the Torts*”⁸, em que o juiz Thomas Cooley utilizou a expressão “*right to be alone*”, já em 1880, as primeiras noções relacionadas à definição de direito à privacidade foram trazidas a julgo.

Num mergulho à origem, a “*privacy*” trouxe uma concepção individual, relacionada de modo íntimo àquilo que é recôndito ao indivíduo, isolamento e à tranquilidade, garantindo-se a possibilidade do homem poder ser concebido como agüém só. Warren e Brandeis, por seus estudos, trouxeram as bases conciliatórias, fomentando a privacidade (“*privacy*”) como um direito (“*right*”) a ser reconhecido no sistema jurídico-normativo da *commonlaw*⁹, melhor cunhando a temática a partir de uma necessidade de proteção à integridade psicológica dos seres individuais, a partir de um controle de informação que pudessem ilustrar e, por vezes, afetar suas personalidades¹⁰.

⁶ GOLDSCHMIDT, James. *Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal*. Barcelona: Editora Bosch, 1935, p. 67. Citando H. Henkel, Jorge Figueiredo Dias relembra que o processo penal é o “verdadeiro direito constitucional aplicado” (FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Direito processual penal*. Coimbra: Editora Coimbra, 2004, p. 74). Ainda, Claus Roxin sustenta que o processo penal é o “sismógrafo da Constituição do Estado” (ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2003, p.10). Na mesma linha, Julio Maier aponta que o processo é o próprio “*Derecho constitucional reglamentado*” (MAIER, Julio B. J. *Derecho Procesal Penal. Tomo I: Fundamentos*. 3ª edição, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004, p. 162/163).

⁷ WARREN, Samuel Dennis. BRANDEIS, Louis Dembitz. *The Right to Privacy*, Harvard Law Review, Vol. IV, n.º 5, 1890.

⁸ COOLEY, Thomas McIntyre. *A treatise on the law of torts*. Chicago: Callaghan, 1880.

⁹ Para uma análise detalhada da perspectiva norte-americana sobre a privacidade e os direitos à personalidade: ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *O surgimento e o desenvolvimento do right of privacy nos Estados Unidos*. Revista Brasileira de Direito Civil. Vol. 3, Jan/Março 2015.

¹⁰ GLANCY, Doroth. *The invention of the right to privacy*. Arizona Law Review, v.21, n.1, p. 2 (1979).

Originariamente, a proteção à privacidade e a proteção da integridade psicológica¹¹ dos indivíduos ocupavam semelhante assento, e poderiam ser violadas a partir da divulgação indiscriminada de informações determinadas que ao indivíduo afetam. No entanto, em momento posterior, tal direito evoluiu a ponto de se concebê-lo como um direito autônomo e básico de todo e qualquer indivíduo diante das alterações transformações sociais e tecnológica da época¹² – aqui importa dizer que a rapidez de tráfego de informações e, portanto, de exposição pessoal, por conseguinte, reafirmaram a necessidade de se proteger o direito ao isolamento¹³.

Àquela altura nada havia de formal quanto à proteção à intimidade, ao contrário, de modo que os mencionados doutrinadores buscaram, mediante uma interpretação extensiva de outros direitos e princípios já escritos na *First Amendment*¹⁴, *Fourth Amendment*¹⁵ e na *Fifth Amendment*¹⁶, estenderam à privacidade, as noções de proteção existentes para os direitos à vida, liberdade e propriedade, bem assim ao domicílio.

¹¹ Há diferenças entre a noção original de privacidade, sob uma esfera psicológica e insistentemente individual com as noções de privacidade atuais. Ao pontuar rol de direitos e garantias individuais relacionados à privacidade, cunhou-se a vedação à violação, mesmo que não haja qualquer dano psicológico individual conhecido. Por exemplo, a violação de uma carta constitui indefensável violação à privacidade, independente do conteúdo violado, dispensado-se perquirir se o cidadão, psicologicamente, se sentiu abalado com as informações expostas.

¹² Samuel Warren e Louis Brandeis apontam que “(...)The intensity and complexity of life, attendant upon advancing civilization, have rendered necessary some retreat from the world, and man, under the refining influence of culture, has become more sensitive to publicity, so that solitude and privacy have become more essential to the individual; but modern enterprise and invention have, through invasions upon his privacy, subjected him to mental pain and distress, far greater than could be inflicted by mere bodily injury (...)” (WARREN, Samuel Dennis. BRANDEIS, Louis Dembitz. *The Right to Privacy*, Harvard Law Review, Vol. IV, n.º 5, 1890, p. 196)

¹³ Stefano Rodotà aponta que “(...) é de fato o fim da linha de um longo processo evolutivo experimentado pelo conceito de privacidade – de uma definição original como o direito de ser deixado em paz, até o direito de controle sobre as informações de alguém e determinar como a esfera privada deve ser construída” (...)” (RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*. MORAES, Maia Celina Bodin de Moraes (org). Tradução de Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 17).

¹⁴ “Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances”.

¹⁵ “The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized”

¹⁶ “No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation”.

À guisa da conclusão, passa-se a asseverar que a própria Constituição dos Estados Unidos asseguraria proteção à propriedade, à vida, à liberdade e ao domicílio, de modo que, implicitamente, resguardaria, ainda que nela não expressa, a privacidade, que passa a ser reconhecida como direito e valor constitutivo da pessoa humana, diante do inegável desenvolvimento de novas tecnologias e do agigantamento das possibilidades de violação dos direitos da personalidade do cidadão americano.

As noções de “*right to privacy*” não deixaram de serem visitadas e, como resultado dos estudos e novos autores foram ganhando destaque e reconhecimento nas Cortes Norte-Americanas, sendo certo que, no caso *Griswold v. Cosmetitan*, 381 U.S. 479 (1965)¹⁷, a Suprema Corte reconheceu que o direito estaria implícito naquela Constituição.

No direito brasileiro, a proteção à privacidade também possui história evolutiva, estabelecendo-se enquanto proteção individual à intimidade e à honra de modo expreso na atual lei máxima, no artigo 5º, inciso X, da Carta Cidadã de 1988¹⁸, ao prescrever “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

¹⁷ Disponível em <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/381/479/>>. Acesso em: 04 de janeiro de 2023.

¹⁸ De início, observou-se um esboço de proteção aos direitos à personalidade e, especialmente, a proteção à privacidade na Constituição Política do Império (1824), notadamente em seu artigo 179, incisos VII e XXVII, em que se estabeleceu uma proteção ao domicílio e ao sigilo de correspondências.

A proteção à inviolabilidade do domicílio e ao sigilo das correspondências foi mantido na Constituição da República de 1891, em seu artigo 72, parágrafos 11 e 18, muito embora tenham ocorridas pequenas alterações no texto constitucional: estabeleceu-se a possibilidade de ingresso em domicílio durante a noite, para salvamento de vítimas de crimes ou para auxiliar em caso de desastres, bem como suprimiu-se a expressão “segredo”, utilizada para se referir às correspondências na Constituição anterior, mantendo-se, todavia, a inviolabilidade anterior.

A Constituição da República de 1934, manteve a mesma tutela da inviolabilidade do domicílio (artigo 113, 16) e o sigilo das correspondências (artigo 113, 8), inclusive com redação quase idêntica à da Constituição da República de 1891.

Já a Carta Constitucional de 1937, cujo preâmbulo já revelou seu caráter de ruptura à ordem democrática e externou sua inclinação fascista e déspota, também tutelou a inviolabilidade de domicílio e o sigilo das correspondências, especialmente em seu artigo 122, 6º. Diferentemente das previsões contidas nos textos constitucionais precedentes, a Constituição de 1937 se aliou a uma tendência revelada nas Constituições europeias e condicionou a inviolabilidade do domicílio e o sigilo das comunicações às “exceções expressas em lei”. Houve, portanto, um rebaixamento de proteção à privacidade, especialmente diante da possibilidade de previsões legais limitarem o pleno exercício de direitos que, sob a égide das Constituições anteriores, eram assegurados de forma plena e irrestrita.

Esta diminuição da esfera protetiva foi corrigida na Constituição Federal de 1946, que novamente retomou a inspiração democrática. Em seu artigo 141, parágrafos 6º e 15º, foi adotada uma redação similar àquela prevista na Constituição de 1934, assegurando-se novamente a inviolabilidade de domicílios e o sigilo de correspondências sem qualquer limitação ou condição infraconstitucional.

A Constituição Federal de 1967, em sua redação original, passou a acrescentar, ao lado da inviolabilidade da correspondência, a proteção ao sigilo das comunicações telegráficas e telefônicas (artigo 150, § 9º), bem como tornou a prever a inviolabilidade de domicílio (artigo 150, § 10º). Com o advento da Emenda Constitucional n.º 1 (1969), as mesmas previsões foram mantidas, porém no artigo 153, §§ 9º e 10º

A privacidade, na forma como vista atualmente, enquanto direito autônomo, encontra-se positivada através dos conceitos de “*intimidade*” e “*vida privada*”. Não bastasse, restou estabelecida a mencionada proteção de forma concreta à honra e à imagem das pessoas, ao passo que a instituiu como direito a ser oposto contra todos e sua violação, acaso ocorra, constitui ilícito passível de indenização.

Como complemento, o resguardo constitucional da privacidade é assegurado diante de outros modos, mormente através da garantia da inviolabilidade de domicílio (artigo 5º, inciso XI), da proteção ao sigilo da correspondência, das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas (artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal).

1.2. *Privacidade, intimidade, vida privada e sigilo de dados: conceitos e definições*

Conforme posto, é a partir da Constituição Federal de 1988 que a privacidade assume posição destacada, vinculando-se à inviolabilidade de domicílio e ao sigilo da correspondência, para ser erigida à condição de direito autônomo integrante da personalidade do cidadão.

Inobstante o tratamento da privacidade em âmbito constitucional, há que se verificar a vagueza de conceitos¹⁹ como “*vida privada*” e “*intimidade*”. Diante da imprecisão, coube à doutrina e à jurisprudência buscar uma interpretação do alcance dos termos e, mais precisamente, sua definição conceitual, especialmente diante de sua ressignificação em razão da época, lugar e a forma em que inseridos²⁰.

¹⁹ José Afonso da Silva, reconhecendo a indefinição conceitual, aponta que “(...) de fato, a terminologia não é precisa. Por isso, preferimos usar a expressão direito à privacidade, num sentido genérico e amplo, de modo a abarcar todas essas manifestações da esfera íntima, privada e da personalidade, que o texto constitucional em exame consagrou (...)” (SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 29. edição, São Paulo: Editora Malheiros, 2007, p. 205).

²⁰ BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. São Paulo: Editora Saraiva, 1988, p. 83. De igual sorte, David Gray aponta que “(...) privacy is a content neutral and context dependent. Nothing is inherently private or not private. Places, things, activities, and relationships are only private or not private to the extent that they lie on one side of a guarded boundary. Neither is there a necessary link between privacy and what is sensitive, embarrassing, or even illegal. In fact, much of what we regard as private is perfectly ordinary. Privacy is, instead, about agency, status and relationship (...)” (GRAY, David. *The Fourth Amendment in an Age of Surveillance*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017, p. 7)

É certo que falta o consenso²¹ com relação à definição de cada uma das expressões – notadamente se houver a necessidade de que o seu significado seja posto diante contextos social, econômico e tecnológico, abrindo caminho para algumas novas acepções sobre os institutos.

1.2.1. Privacidade

“Privacidade” é uma palavra de etimologia latina, derivando do adjetivo *privatus*, o qual ganha o significado de “privado”, “particular”, “próprio”²². Enquanto direito autônomo, a privacidade está naturalmente relacionada à personalidade humana, como sendo zona de exclusão sob controle social do cidadão, como forma de assegurar sua individualidade e a autonomia privada²³.

A palavra “privacidade” já fora destacada em inúmeras discussões com vistas à sua definição conceitual, notadamente diante da confusão natural com outras palavras também inseridas na tutela da personalidade: “vida privada”, “intimidade”, “segredo”, “sigilo”, “privatividade”, “privaticidade”, fato que também recorrente na busca da escorreita definição desses conceitos em legislações de outros países²⁴.

Inobstante à pouca precisão terminológica, é certo que não se descurou da tentativa de cunhar uma definição para “*privacidade*”, tendo JOSÉ AFONSO DA SILVA a definido como “(...) o conjunto de informações acerca do indivíduo, que ele pode decidir

²¹ LEONARDI, Marcel. *Tutela e Privacidade na Internet*. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 46.

²² SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito à intimidade e à vida privada*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1998. p. 268.

²³ Para Marcel Leonardi, a privacidade pode ser resumida em quatro perspectivas: a) o direito de ser deixado só; b) o resguardo contra interferências alheias; c) o segredo ou sigilo; d) o controle sobre informações e dados pessoais (LEONARDI, Marcel. *Tutela e Privacidade na Internet*. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 79). Esta última, propriamente, interessa ao presente trabalho científico.

²⁴ Conforme bem exposto por Danilo Doneda, “(...) a *privacy* norte-americana, o *droit au secret de la vie privée* ou simplesmente a *protection de la vie privée* na França; o *diritto alla riservatezza* (ou a *segretezza*) na Itália (ou mesmo a *privacy*, termo usado no país); a reserva da intimidade da vida privada (Portugal); o *Derecho a la intimidad* na Espanha; a noção da *Die Privatsphäre*, que divide a autonomia individual e a vida social, presente na doutrina da Alemanha; a integridade da Suécia, que compreende a noção pela qual as pessoas têm direito de serem julgadas de acordo com um perfil completo e fiel de sua personalidade; são algumas das designações utilizadas para se referir ao complexo de interesses que remetem ao termo privacidade (...)” (DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. 2ª ed. São Paulo: Editora RT, 2019, p. 98).

manter sob seu exclusivo controle, ou comunicar, decidindo a quem, quando, onde e em que condições, sem a isso poder ser legalmente sujeito (...)”²⁵.

Denota-se que a privacidade está relacionada à particular escolha do titular do direito, sobre o que será ou não submetido à exposição pública ou para um rol restrito de outras pessoas. Não se trata de uma obrigação estabelecida a cada cidadão, mas apenas uma alternativa a ele franqueada de, querendo, ter para si assegurado um campo de resguardo de informações que, por qualquer razão, não devam ser compartilhadas com terceiros.

De certeza têm-se que a privacidade assume contornos de um direito que permite controlar a informação referente a si mesmo, delimitando aquilo que poderá ser ou não compartilhado com terceiros, bem assim possibilita limitar a forma e a finalidade de uso destas informações de conteúdo individual e particular.

DAVID GRAY aponta que “(...) privacy is a complicated concept, and therefore resist reduction to a concise definition. Most accounts of privacy are tied to the ability to maintain boundaries and to limit access to the self (...)”²⁶. Contudo, é exato que a ligação entre a privacidade e a necessidade de se garantir autonomia individual às pessoas, fundamenta a sua existência, ao passo que possibilita aos indivíduos por ela protegidos que desenvolvam a criatividade e inovação, único lugar onde se verdadeiramente promove o florescimento da liberdade intelectual, a liberdade de pensamento e de expressão²⁷,

²⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 29. edição, São Paulo: Editora Malheiros, 2007, p. 206. Para Tércio Sampaio Ferraz Júnior, a “(...) privacidade, como direito, tem por conteúdo a faculdade de constringer os outros ao respeito e de resistir à violação do que lhe é próprio, isto é, das situações vitais que, por dizerem a ele só respeito, deseja manter para si, ao abrigo de sua única e discricionária decisão (...)”, apontando ainda que o objeto da privacidade seria a integridade moral do sujeito, sendo ainda a proteção inerente ao desenvolvimento da própria cidadania (FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado*. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 88, p. 440, jan. 1993. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67231/69841>>. Acesso em: 20 de dezembro de 2020).

²⁶ Em tradução livre: “A privacidade é um conceito complicado e, portanto, resiste a uma concisa definição. A maioria dos relatos sobre privacidade estão vinculados à habilidade de se manterem fronteiras e limitar o acesso às pessoas” (GRAY, David. *The Fourth Amendment in an Age of Surveillance*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017, p. 6). Igualmente, para RIGAUX, “La juridiction constitutionnelle a déduit du droit de la personnalité l’un de ses attributs, à savoir: « le pouvoir reconnu à l’individu et résultant de la notion d’auto-détermination, de décider en premier lieu lui-même quand et dans quelle mesure des faits relatifs à sa propre existence sont divulgués (...) Cet attribut du droit de la personnalité est appelé « droit à la maîtrise des données personnelles » (...) Il n’est toutefois pas sans limite. (...)” (RIGAUX, François. *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*. Bruylant: Bruxelles, 1990, p. 588-589, n.º 532).

²⁷ RICHARDS, Neil M. *The Dangers of Surveillance*, 126 Harvard Law Review, 2013, p. 1935.

além de assegurar que, por meio da exposição de ideias, se fomente a participação individual do cidadão no processo político-democrático de uma nação²⁸.

A proteção à privacidade²⁹, muito embora não tenha sido adotada explicitamente em algumas Constituições Federais, encontra previsão em diversos diplomas internacionais³⁰.

É diante do reconhecimento da privacidade como um direito inerente à personalidade, que se permitiu desenvolver e evoluir o tratamento da proteção a dados pessoais, ao logo das legislações internacionais: a) Convenção n.º 108/1981 do Conselho da Europa, para proteção de pessoas a respeito do tratamento automatizado de dados pessoais; e b) Diretivas n.º 95/46/CE e 2002/58/CE, ambas do Parlamento Europeu e do Conselho Europeu, relacionadas respectivamente à proteção das pessoas singulares no tratamento de dados pessoais e da livre circulação destes dados, bem como a proteção à privacidade no setor das comunicações eletrônicas; c) a Decisão-Quadro 2008/977/JAI, do Conselho da União Europeia, que regulamentou a proteção de dados pessoais tratados no âmbito da cooperação policial e judiciária em matéria penal, posteriormente revogada e substituída pelo Regulamento Geral de Proteção de Dados na União Europeia (*General Data Protection Regulation*), conforme Diretiva (UE) 2016/680.

Também na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 7 de dezembro de 2000, reconheceu-se em seu artigo 8º³¹ a proteção dos dados de caráter

²⁸ A Corte Europeia de Direitos Humanos, no caso “*Amman v. Switzerland*” em 16 de fevereiro de 2000, definiu que a expressão “(...) “private life” must not be interpreted restrictively. In particular, respect for private life comprises the right to establish and develop relationships with other human beings (...)” (Disponível em <<https://www.legal-tools.org/doc/6e49ed/pdf/>>, § 65º, Acesso em: 20 de dezembro de 2020).

²⁹ A privacidade, nesta perspectiva, será considerada em sua acepção interpretativa global, incluindo-se a vida privada e a intimidade, já que os ordenamentos jurídicos internacionais, via de regra, não seguiram a mesma divisão estabelecida na Constituição Federal de 1988.

³⁰ Com efeito, a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 estabeleceu, em seu artigo 12, que “Ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques a sua honra e reputação. Todo o homem tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques”. De igual sorte, a privacidade foi objeto de expresse reconhecimento no artigo 8º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem de 1950, assim como no artigo 17 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Político de 1966, no artigo 11, n. 2, do Pacto de São José da Costa Rica de 1969 e no artigo 16, n. 1, da Convenção sobre os Direitos da Criança de 1990.

³¹ Artigo 8.º Proteção de dados pessoais

1. Todas as pessoas têm direito à proteção dos dados de caráter pessoal que lhes digam respeito.
2. Esses dados devem ser objeto de um tratamento leal, para fins específicos e com o consentimento da pessoa interessada ou com outro fundamento legítimo previsto por lei. Todas as pessoas têm o direito de aceder aos dados coligidos que lhes digam respeito e de obter a respectiva retificação.
3. O cumprimento destas regras fica sujeito a fiscalização por parte de uma autoridade independente

pessoal, bem como o Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas, em sua Recomendação n.º 16, trouxe que os Estados deverão assegurar, sinteticamente, que informações a respeito da vida privada não estejam ao alcance de pessoas que não são autorizadas para recebê-las, processá-las ou utilizá-las.

Assim é que se verifica, numa perspectiva internacional e convencional sobre proteção à privacidade, sua tutela se dá sob o *nomen* de “vida privada”, expressão contemplada, igualmente, nos dizeres da nossa Constituição, ladeado pelo conceito de “intimidade”. Em razão de tal posicionamento, tem-se apontado que a privacidade seria o gênero, dos quais a “intimidade” e a “vida privada” seriam espécies³⁴.

1.2.2. *Vida privada e intimidade*

Já se aventou como certeza a falta de consenso doutrinário no tocante ao conceito e alcance das expressões “intimidade” e “vida privada”³⁵.

³⁴ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª edição, Salvador: Editora Juspodivm, 2011, p. 700. Luis Roberto Barroso identifica que “(...) a intimidade e a vida privada estariam representadas em esferas distintas, compreendidas no conceito mais amplo de direito de privacidade (...)” (BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional – tomo III*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 96).

³⁵ Manoel Gonçalves Ferreira Filho, por exemplo, não identifica diferença entre as expressões “vida privada” e “intimidade” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Editora Saraiva, 1990, v. 1, p. 35). Já para Paulo José da Costa Júnior, em célebre obra sobre o tema: “em correspondência com a sua natural divisão em ser individual e ser social, o homem vive como personalidade em esferas diferentes: numa esfera individual e numa esfera privada. Assim, o homem como pessoa, procura satisfazer dois interesses fundamentais: como indivíduo, o interesse a uma livre existência; como coparticipe do consórcio humano, o interesse a um livre desenvolvimento na vida de relação. Enquanto os direitos que se destinam à proteção da ‘esfera individual’ servem para a preservação da personalidade dentro da vida pública, na proteção da ‘esfera privada’ cogita-se da inviolabilidade da personalidade dentro de seu retiro, necessário a ser desenvolvimento e evolução, em seu mundo particular, à margem da vida exterior (...) Contrapõe-se à esfera individual a esfera particular ou privada. Aqui, não se trata mais do cidadão do mundo, relacionado com os semelhantes, como na esfera individual. Trata-se, pelo contrário do cidadão na intimidade ou na sua reserva, no isolamento moral, convivendo com a própria individualidade (...)” (COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. 2ª edição, São Paulo: Editora RT, 1995, p. 24-25). Na mesma linha, reconhecendo o conceito plurívoco da expressão “intimidade”: MARÍN, Fernando Rodríguez. *Los delitos de escuchas ilegales y el derecho a la intimidad*. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, t. XLIII, Fasc/Mes 1, 1990, págs. 197-240.

³⁶ Tércio Sampaio Ferraz Júnior reconhece que, “(...) no que diz respeito à ‘vida privada’, trata-se da informação de dados referentes às opções de convivência, como a escolha de amigos, a frequência a lugares, os relacionamentos civis e comerciais, ou seja, de dados que, embora digam respeito aos outros, não afetam (ainda que, no interior da própria convivência, possam vir a afetar) direitos de terceiros (exclusividade da convivência). Pelo sentido inexoravelmente comunicacional da convivência, a vida privada compõe, porém, um conjunto de situações que, usualmente, são informadas sem constrangimento. São dados que, embora privativos – como nome, endereço, profissão, idade, estado civil, filiação, número de registro público oficial, etc. -, condicionam o próprio intercâmbio humano em sociedade, pois constituem elementos de identificação que tornam a comunicação possível, corrente e segura (...)” (FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Sigilo bancário, a Constituição Federal e a Lei Complementar n. 105/2001, de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado*. In: *Direito Constitucional: liberdade de fumar, privacidade, estado, direitos humanos e outros temas*. Sampaio Ferraz Junior, Barueri: Editora Manole, 2007, p. 174-175).

A “vida privada” tem ganhado contornos interpretativos como sendo uma esfera de proteção que recai sobre as relações pessoais e profissionais que o indivíduo pretenda manter alheio ao conhecimento público. Tratar-se-ia de expressão capaz de abarcar inúmeras situações jurídicas, abrangendo tanto as relações mais restritas (v.g., as relações familiares entre pessoas mais próximas) quanto aquelas de maior amplitude, com um grau maior e, conseqüentemente, natural, de sociabilidade, de exposição social, mas que os envolvidos acordem em manter longe do conhecimento público (v.g., uma frequência a determinadas entidades religiosas ou clubes privados)³⁶.

Deste modo, é de ver-se que o conceito traria consigo sempre uma relação intersubjetiva, com diferentes aspectos de alcance ou restrição³⁷, admitindo um conceito de proteção mais amplo do que a própria “intimidade”.

A “intimidade”, por sua vez, tem sido definida dentro de uma acepção mais exclusiva³⁸, relacionada ao direito de estar só e retirar do conhecimento de terceiros alguns aspectos da vida íntima do indivíduo, mantendo livre do conhecimento de outrens informações que deseja manter forma recôndita³⁹. Neste contexto, a proteção à intimidade teria relação com a própria noção do direito de estar só (“right to be alone” ou “right of privacy”⁴⁰).

³⁷ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª edição, Salvador: Juspodivm, 2011, p. 702.

³⁸ Para Tércio Sampaio Ferraz Júnior, no âmbito da privacidade, a “(...) intimidade é o mais exclusivo dos seus direitos (...) É o âmbito exclusivo que alguém reserva para si, sem nenhuma repercussão social, nem mesmo ao alcance de sua vida privada que, por mais isolada que seja, é sempre um viver entre os outros (na família, no trabalho, no lazer em comum). Não há um conceito absoluto de intimidade, embora se possa dizer que o seu atributo básico é o estar-só, não exclui o segredo e a autonomia. Nestes termos, é possível exemplificá-la: o direito íntimo, o segredo sob juramento, as próprias convicções, as situações indevassáveis de pudes pessoal, o segredo íntimo cuja mínima publicidade constrange (...)” (FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado*. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 88, p. 439-459, jan. 1993. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67231/69841>>. Acesso em: 20 de dezembro de 2020). Ainda, o autor aponta que “(...) trata-se da informação daqueles dados que a pessoa guarda para si e que dão consistência à sua personalidade, dados de foro íntimo, expressões de auto-estima, avaliações personalíssimas com respeito a outros, pudores, enfim, dados que, quando constantes de processos comunicativos, exigem do receptor extrema lealdade e alta confiança, e que, se devassados, desnudariam a personalidade, quebrariam a consistência psíquica, destruindo a integridade moral do sujeito. Seu correlato, em face de um eventual receptor, é o sigilo profissional (CF, art. 5º, XIV). Em termos do princípio da exclusividade, diríamos que ela é, nesses casos, de grau máximo (...)” (FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Sigilo bancário, a Constituição Federal e a Lei Complementar n. 105/2001, de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado*. Op. cit. p. 174). Para Cleunice Pitombo, “(...) é um valor e cada indivíduo guarda-lhe a medida, no encontro de si mesmo; ainda que imerso no mundo interior do próprio organismo, ou no exterior, ou dos outros. Diverso viés exhibe a vida privada, posto que não privilegia a autoconsciência, mas a convivência (...)” (PITOMBO, Cleunice Valentim Bastos. *Da Busca e da Apreensão no Processo Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 75).

³⁹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado*. Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo, 88, p. 439-459. Para Fernando Rodrigues Marin, “(...) el derecho a la intimidad se perfila como el derecho de todos los ciudadanos a mantener una determinada parte de sus vidas fuera del conocimiento in consentido de los demás (esto es el resto de los particulares y sobre todo, el Gobierno).

⁴⁰ WARREN, Samuel e BRANDEIS, Louis. *The right to privacy*. *Harvard Law Review*, n. 5, vol. 4, Dec. 1890.

Importa dizer que a “intimidade” estaria relacionada aos segredos mais íntimos do indivíduo, abrangendo seus pensamentos, desejos, convicções⁴¹ e, por conseguinte, deixaria a parte⁴² as relações intersubjetivas. O objeto da tutela seriam os desejos, valores e segredos inconfessáveis, que não se compartilham com terceiros, sendo ainda um aspecto relacionado à própria essência e à personalidade do indivíduo como, por exemplo, as memórias, confissões, preferências sexuais, aspectos da vida conjugal e familiar etc.

1.2.3. Teoria das três esferas

Ainda no que tange à proteção da “intimidade” e da “vida privada”, desenvolveu-se na Alemanha, em 1935, a teoria dos círculos concêntricos da vida privada, também conhecida por “teoria das três esferas”⁴⁴, que seria composta por círculos concêntricos que compreenderiam, nesta ordem, a “vida privada”, a “intimidade” e o “segredo”, estando elas em grau crescente de proteção dada pela Constituição Federal.

⁴¹ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Editora Saraiva, 1989. v. 2, p. 73.

⁴² Gregório Edoardo Raphael Selingardi aponta que “(...) a ‘comunicação de dados’ pode ser definida como o processo de fluxo de informações entre dois ou mais comunicantes por intermédio de um aparelho capacitado. Os ‘dados’ referem-se a todas as informações que indicam atributos específicos de pessoas, coisas ou eventos. Sobre o conceito de dados, já se aludiu que não se faz referência a quaisquer dados pessoais (protegidos pelo CF, art. 5º, inciso X), mas apenas aos dados constantes em aparelhos eletrônicos. O constituinte originário optou por tutelar a inviolabilidade da ‘comunicação’ por correspondências e telegrafia, bem como a ‘comunicação’ telefônica e os dados. Conforme entendimento da Excelsa Corte, esta proteção refere-se à comunicação de dados e não aos dados em si mesmos. No entanto, concluída a comunicação não cessa a necessidade de tutela jurisdicional para o conhecimento de seu conteúdo. Por esta razão, não há que diferenciar a proteção das comunicações e a proteção dos dados em si mesmos (...). Para a obtenção dos dados, em respeito ao princípio democrático insculpido no art. 1º da Constituição Federal, se faz imprescindível a determinação judicial, não podendo quedar ao livre alvedrio do Poder Executivo e de outros órgãos institucionais, a decisão sobre o conhecimento de informações caras à vida pessoa (...)” (GUARDIA, Gregório Edoardo Raphael Selingardi. *Comunicações Eletrônicas e dados digitais no processo penal*. Tese (Mestrado em Direito Processo Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2016, p. 90).

⁴³ Por esta razão, Gustavo Badaró aponta que a proteção constitucional da liberdade das comunicações, insculpida no art. 5º, inciso XII, não inclui os dados do registro das ligações telefônicas (números discados e recebidos, horários das ligações, etc), já que tais dados ficariam registrados nas operadoras dos serviços de telefonia e, por essa razão, seriam objeto de proteção pela cláusula da intimidade e vida privada (artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal) (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Interceptação de Comunicações Telefônicas e Telemáticas: limites ante o Avanço da Tecnologia*. Badaró Advogados, São Paulo: 2009. Disponível em: <<http://badaroadvogados.com.br/interceptacao-de-comunicacoes-telefonicas-e-telematicas-limites-ante-o-avanco-da-tecnologia.html>>. Acesso em: 20 de dezembro de 2020).

⁴⁴ Para maiores informações sobre o tema, confira a obra de Paulo José da Costa Júnior (COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. 2ª edição, São Paulo: Editora RT, 1995, p. 24-25), em que se aponta que a teoria teria sido idealizada por Heinrich Hubbmann e posteriormente desenvolvida e aperfeiçoada por Heinrich Henkel e Schmidt.

Na parte de mais externa da esfera – e, por conseguinte, de menor grau de proteção à tutela da informação – estaria alocada a noção de “vida privada” (*Privatsphäre*), que abrangeria as informações que não seriam propriamente de divulgação pública mas que, ao mesmo tempo, estariam ao alcance de um número indeterminado de pessoas. São comportamentos e acontecimentos que, embora compartilhados por diversas pessoas, ainda não são de domínio público.

Já na parte intermediária da referida esfera imaginária estaria localizada a “intimidade” (*Vertrauenssphäre*) ou da “confiança” (*Vertraulichkeitssphäre*), em que apenas um número restrito e limitado de pessoas, geralmente de elevada proximidade e familiaridade do indivíduo, poderia privar da informação.

Por final, no círculo mais inscrito estaria o “segredo” (*Geheimsphäre*), que é caracterizado por compreender uma parcela da vida particular da pessoa que não é compartilhada ou divulgada, ainda que para membros da própria família. Trata-se de uma parcela absolutamente individual, em que o indivíduo não socializa a informação ou conteúdo restrito com ninguém⁴⁵, diante do seu elevado grau de importância para a proteção à privacidade do cidadão.

Esta distinção, embora de aceção teórica, vem sendo diluída a partir do intenso cruzamento de dados pessoais, permitindo-se o acesso a diversas camadas de privacidade sem, muitas vezes, contarem com a anuência do titular do direito violado⁴⁶.

1.4 A privacidade e as relações sociais da era moderna e pós-moderna

Compreender conceitos e suas definições nem sempre precisas notadamente no que confere extensão da proteção à privacidade e o acesso a dados que possam ser compartilhados, conforme seus contornos mais recentes, de certo trará melhor norte à discussão em voga neste trabalho acadêmico que, inobstante aos passeios históricos que

⁴⁵ José Raul Gavião de Almeida acrescenta uma quarta esfera, relacionada à intimidade oculta, a qual abarcaria todos os segredos que não se deseja compartilhar, mas reservar à própria consciência. É nesta esfera que estaria incluído a “*reserva da própria mente*”, inadmitindo-se métodos que eliminar a capacidade volitiva da pessoa, tal como o soro da verdade ou a hipnose (ALMEIDA, José Raul Gavião de. *Anotações acerca do direito à privacidade*. In: Jorge Miranda; Marco Antônio Marques da Silva. (Org.). *Visão Luso-Brasileira da Dignidade Humana*. 1ª edição, São Paulo: Editora Quartier Latin, 2008, v. 1, p. 677-684).

⁴⁶ SOARES, Paulo Vinícius de Carvalho. *A Diluição das Esferas de Privacidade e de Intimidade diante da Era dos Dados*. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erik Navarro. LAUX, Francisco de Mesquita; RAVAGNANI, Giovani dos Santos. *Direito, processo e tecnologia*. São Paulo: Editora RT, p. 571-572.

exige, necessariamente, uma análise evolutiva das noções sociais de privacidade ao longo do tempo.

Os valores que inspiraram a criação e reconhecimento de uma esfera íntima do cidadão, enquanto aspecto inerente à própria personalidade, evoluíram na mesma rota que evoluiu a sociedade ao longo dos anos e transformações⁴⁷, culminando-se na atual era moderna (ou pós-moderna), onde as relações sociais e familiares se apresentam com maior fluidez⁴⁸, amparada por crescentes interações intersubjetivas, permeadas por um inegável avanço tecnológico.

Não bastasse, aspecto metamórfico típico das relações transitórias e cotidianas, vem se juntar à perspectiva de maximização das projeções individuais (“eu”), implicando numa busca premente de se projetar ao crivo e avaliação de terceiros, implicando em auto exposições, na busca a aprovação e reconhecimento dos demais⁴⁹.

As redes sociais bem representam a fluidez dessas relações, trocas de comunicações instantâneas, em que há uma voluntária e, por vezes, inconsciente exposição da vida íntima e privada com terceiros, especialmente por parte de imaturos adolescentes⁵⁰.

⁴⁷ Zygmund Bauman aponta, em uma prognose realista, que “(...) perdemos a coragem, energia e sobretudo disposição de persistir na defesa desses direitos, esses tijolos insubstituíveis na construção da autonomia individual. Em nossos dias, o que nos assusta não é tanto a possibilidade de traição ou violação da privacidade, mas o oposto: o fechamento das saídas. A área da privacidade está se transformando num local de encarceramento (...)” (BAUMAN, Zygmunt. *Danos colaterais. Desigualdades sociais numa era global*. Tradução: Carlos Alberto Medeiros, Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2013, p. 113-114).

⁴⁸ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Tradução: Plínio Dentzien, Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2000, p. 12.

⁴⁹ NIETZSCHE, Friedrich. *Ecce homo: como alguém se torna o que é*. Traduzido por Artur Morão. Covilhã: Editora Lusosofia, 2008. Disponível em:

<http://www.lusosofia.net/textos/nietzsche_friedrich_ecce_homo.pdf>. Acesso em: 20 de dezembro de 2020.

⁵⁰ Susan B. Barnes aponta que “(...) according to three 2005 Pew Reports (Lenhart, 2005; Lenhart, et al., 2005; Lenhart and Madden, 2005), 87 percent of American teens aged 12–17 are using the *Internet*. Fifty–one percent of these teenagers state that they go online on a daily basis. Approximately four million teenagers or 19 percent say that they create their own weblogs (personal online journals) and 22 percent report that they maintain a personal Web page (Lenhart and Madden, 2005). In blogs and on personal Web sites, teenagers are providing so much personal information about themselves that it has become a concern. Today, content creation is not only sharing music and videos, it involves personal diaries (...)” (BARNES, Susan, *A privacy paradox: Social networking in the United States*, First Monday, volume 11, number 9, September 2006. Disponível em: <http://firstmonday.org/issues/issue11_9/barnes/index.html>. Acesso em: 20 de dezembro de 2020).

Ao mesmo tempo em que as redes sociais fomentaram esta superexposição, com o afrouxamento da proteção aos dados e informações compartilhadas⁵¹, donde se extraem, inclusive, aspectos da vida financeira, há uma crescente preocupação com a privacidade, que parece em conflito com a auto exposição.

A este fenômeno, cunhou-se o nome de “paradoxo da privacidade”, caracterizado pela preocupação do indivíduo com a sua privacidade e, ao mesmo tempo e em verdadeiro contra senso, não dotar suas atitudes de cuidados básicos para resguardar a intimidade a partir de um comportamento que a expõe⁵².

Por outro aspecto, o crescente enfraquecimento da proteção à privacidade tem sido notado, em prol de uma tutela da segurança nacional⁵³ direcionada à produção preventiva e antecipada de informações que venham expor a dano a nação.

Lastreada precipuamente no medo⁵⁴ de que novas ações criminosas venham a ocorrer e que ao Estado é atribuível o dever de se antecipar a estes atos, pretendeu-

⁵¹ WINTER destaca que “(...) es cierto que a través de las redes sociales en internet o de ‘reality shows’ el valor de la privacidad está experimentando un cambio. Pero también es cierto, que esa pérdida de privacidad es consentida (...)”, bem como que “(...) el ámbito de protección de la esfera privada, en mi juicio, no se ve afectado por esa nueva concepción de la privacidad. El individuo tiene derecho a decidir qué parte de su privacidad desea compartir y tiene derecho, como regla, a saber si está siendo observado e con qué fines (...)” (BACHMAIER WINTER, Lorena. *Investigación criminal y protección de la privacidad en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. In: 2º Congresso de Investigação Criminal. Coordenação: Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias e Paulo de Sousa Mendes. Lisboa: Almedina, 2010, p. 165).

⁵² TADDICKEN, Monika. “The ‘Privacy Paradox’ in the Social Web: The Impact of Privacy Concerns, Individual Characteristics, and the Perceived Social Relevance on Different Forms of Self-Disclosure”. *Journal of Computer-Mediated Communication*, 19 (2014) 248–273. Disponível em: <<https://academic.oup.com/jcmc/article/19/2/248/4067550>>. Acesso em: 20 de dezembro de 2020; BOYD, Dana; HARGITTAI, Eszter. *Facebook privacy settings: Who cares?*. 2010, First Monday, 15(8) <<http://www.uic.edu/htbin/cgiwrap/bin/ojs/index.php/fm/article/view/3086/2589>>. Acesso em: 20 de dezembro de 2020.

⁵³ Para WINTER: “(...) los tres factores unidos: 1) stress emocional; 2) actuación preventiva; 3) calificación de la lucha como un estado de ‘guerra’, constituyen una importante amenaza para la protección de los derechos fundamentales, dentro del marco de la investigación penal. Em primer lugar, porque el sentimiento de fuerte inseguridad hace que los ciudadanos tiendan a aceptar más injerencias en la esfera de sus derechos fundamentales a cambio de una mayor seguridad. En segundo lugar, porque las actuaciones de los servicios de inteligencia no están sometidas a los estrictos controles que prevén las leyes procesales. Y, em tercer lugar, porque, ante situaciones que pueden calificarse de emergencia o de excepción, los propios convenios internacionales em materia de derechos fundamentales, permiten la derogación de ciertos derechos, como prevé por ejemplo, el art. 15 del CEDCH (...)” (BACHMAIER WINTER, Lorena. *Investigación criminal y protección de la privacidad en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Op. cit, p. 162-163). A título de exemplo, nos Estados Unidos foi editado, pouco após os atentados terroristas de 11 de setembro de 2001, o “The USA PATRIOT Act: Preserving Life and Liberty”, um acrônimo para “Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism”, verdadeiro conjunto de atos que, a pretexto de reforçarem e fortalecerem a segurança nacional na prevenção de atentados e ações terroristas, acabaram por reduzir o espectro de proteção conferido aos cidadãos por intermédio da “Fourth Amendment”.

⁵⁴ Como destaca Gustavo Torres Soares, “(...) quanto maior o medo, justificado ou não, sentido pelos cidadãos ante o fenômeno criminoso, maior é a disponibilidade de tais cidadãos para abrirem mão de parcelas de sua liberdade. (SOARES, Gustavo Torres. *Investigação criminal e inovações técnicas e tecnológicas: perspectivas e limites*. Tese (Doutorado em Direito Processual Penal) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014, p. 203-204).

se reduzir a esfera de interpretação sobre a abrangência da garantia constitucional insculpida, em troca de uma promessa de segurança⁵⁵.

Esta nova forma de se relacionar com o conceito de intimidade reside na crença de que o recrudescimento das esferas de proteção às informações proporcionaria em certa dose, uma maior segurança nacional.

É assentado nesta premissão, que se sugere o sacrifício de parcela das garantias individuais, sendo uma delas a privacidade⁵⁶. WILLIAM STUNTZ, professor da Universidade de Harvard, conclui que, diante da desordem e das ameaças transnacionais, continuar-se falando em privacidade é uma “doença” que enfraquece e subverte a segurança pública e nacional⁵⁷.

Ainda, acrescenta-se a esta equação um aditivo: a difusão de que não devem os cidadãos, que nada têm a esconder, se preocupar com a crescente vigilância estatal, bem assim com a diminuição da privacidade de suas informações pessoais, reitere-se, principalemtn e se se está falar de cidadão que nada tem a esconder⁵⁸. Nesta linha, sob o prisma de uma visão individualista, a tutela da privacidade somente interessaria àqueles que, envolvidos em ilegalidades, pretenda mostrar a atuação estatal.

⁵⁵ Richard Posner aponta que “(...) in an era of global terrorism and weapons of mass destruction, the government has a compelling need to gather, pool, sift, and search vast quantities of information, much of it personal (...)” (POSNER, Richard. A. *Not a Suicide Pact*. New York: Oxford University Press, 2006, p. 141).

⁵⁶ Stephen J. Schulhofer sustenta que “(...) a majority of Americans seem to assume that traditional Fourth Amendment safeguards must be relaxed, at least to some extent, in order to confront this threat and provide an extra margin of safety. Many who treasure the Bill of Rights see the sacrifice of some privacy as a small price to pay for preventing a catastrophic attack. Either they assume that constitutional rights must give way in an ‘emergency’, or they assume that the rights themselves expand or contract, accordion-like, as countervailing security needs fluctuate. That intuition has led Americans to accept a host of new laws weakening traditional constraints on the executive. The nations has also tolerated law enforcement actions that disregard limits supposedly still in force. Existing Fourth Amendment requirements, already weakened by decades of Supreme Court precedent, have come under further attack. Statutory remedies for flaws in pre-9/11 Supreme Court precedent never had the constitutional status they deserve, and many of them have been rolled back under the pressures of the moment. When it comes to international terrorism, most people seem to assume that individuals like themselves will not come under suspicion. And even if they think that their own privacy may be affected, in matters of national security they prefer not to take chance. As a result, restraints have eroded across the entire spectrum of search-and-seizure powers (...)” (SCHULHOFER, Stephen J. *More Essential Than Ever. The Fourth Amendment in the Twenty-first Century*. Oxford University Press, 2012. p. 146).

⁵⁷ “(...) Today, the danger that American democracy faces is not that rulers will know too much about those they rule, nor that too many decisions will be made without public scrutiny. Another danger looms larger: that effective, active government—government that innovates, that protects people who need protecting, that acts aggressively when action is needed—is dying. Privacy and transparency are the diseases. We need to find a vaccine, and soon (...)” (STUNTZ, William J. *Secret Service: Against Privacy and Transparency*. The New Republic, April 17, 2006, p. 12).

A visão apresentada, sem qualquer dúvida, distorcida, desconsidera o fato de que a privacidade interessa a todos e a cada um dos cidadãos, enquanto necessidade para o desenvolvimento de nossa identidade pessoal e da personalidade humana⁵⁸. Ainda que determinadas pessoas pautem a sua vida através de ilegalidades, portanto, num raciocínio simplista, nada devam esconder, é inegável a necessidade de se estabelecer um mínimo espaço de controle pessoal sobre quais informações os cidadãos queiram revelar e a quem, como projeção de sua individualidade.

Ademais, ao contrário do que se imagina, a garantia da privacidade não pretende impedir ou dificultar a atuação estatal no combate às ações criminosas, como bem destaca ADA PELLEGRINI GRINOVER, ao reconhecer que os direitos e garantias individuais “(...) tem sempre feitiço e finalidade éticos, não podendo proteger abusos e nem acobertar violações (...)”⁵⁹.

Por outro viés, a proteção assegurada aos cidadãos quanto à sua intimidade e privacidade cria um dever de responsabilidade ao Estado, impedindo-se que os agentes estatais promovam verdadeira devassa na vida dos indivíduos, de forma temerária e injustificável, sob o fundamento de que estes nada deveriam temer, se nada têm a esconder.

⁵⁸ SCHULHOFER, Stephen J. *More Essential Than Ever. The Fourth Amendment in the Twenty-first Century*. p. 5. Para David Gray “(...) a common refrain is that ‘If you are not doing anything wrong, then you should not care whos is watching’. In a similar vein, some maintain that, if our lives are uninteresting, then government authorities will not bother to watch. Others assert that they just do not care whether the government is watching what they make for breakfast. (...)” (GRAY, David. *The Fourth Amendment in an Age of Surveillance*. Cambridge University Press, 2017, p. 11). Em outra ponderação, Hans-Joerg Albrecht indica que “(...) secret surveillance and investigation techniques are then discussed in the context of public trust in the state and state institutions. In this respect it is argued that public opinion surveys provide for evidence that the public accepts secret surveillance as well as general surveillance of the public space (“someone to watch over me”). Acceptance, however, declines significantly if surveillance aims at the immediate environment of citizens as well as at intimate areas. But, not much is known about how trust in public institutions (including law enforcement) as a basic condition of democratic societies is related to the states capacity and practices of interfering with individual privacy (...)” (ALBRECHT, Hans-Joerg. *Secret Surveillance. Measures of Secret Investigation in the Criminal Process*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, 92, p. 138).

⁵⁹ BELLOQUE, Juliana Garcia. *Sigilo Bancário: Análise Crítica da LC 102/2001*. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais: 2003, p. 21-22.

⁶⁰ GRINOVER, Ada P. *Liberdades públicas e processo penal – as interceptações telefônicas*. 2ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 1982, p. 306-307.

Como posto, a garantia da privacidade assume imperioso papel em prol de uma sociedade democrática⁷⁵, especialmente como forma de se assegurar a liberdade de expressão, de criatividade, de expansão intelectual, a possibilidade de discordâncias políticas e a proteção de minorias⁶¹.

1.4.1 A busca de um equilíbrio entre a eficiência e o garantismo

Se a evolução tecnológica alcançou a vida social de maneira inarredável, é certo que muito pouco se evoluiu, legislativa e doutrinariamente, para se fazer frente a esta nova realidade.

Com efeito, disposições relacionadas às interceptações telefônicas (Lei n.º 9.296/1996), a busca e apreensão (artigo 240 e seguintes do Código de Processo Penal) e a Lei do Marco Civil da *Internet* (Lei n.º 12.965/2014) são insuficientes para regularem, de forma direta e imediata, os aspectos procedimentais e legais na obtenção de provas digitais, especialmente a partir de dados comunicados e armazenados em aparelhos celulares.

Neste panorama, os dispositivos constitucionais relacionados à tutela da privacidade, direta e indiretamente, ao direito se apresentam como ponto de equilíbrio e baliza das relações entre a eficiência na atividade investigativa com a proteção às garantias constitucionais.

A um só tempo, a Constituição Federal assegurou limites à atuação estatal e impôs ao Estado o dever de proteger e tutelar o direito à vida e segurança (artigo 5º, *caput*). Não bastasse, solidificou compromissos e, no artigo 144, *caput*, da Constituição Federal⁹⁷ estabeleceu que a segurança pública é um dever do Estado, em busca da preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio.

⁶¹ De acordo com Sérgio Fernando Moro, “(...) talvez seja essa a norma mais categórica ao dispor sobre o dever do Estado em relação à segurança pública e ela mesmo como um direito do cidadão. O grau de abstração da norma, todavia, não permite conclusões óbvias acerca do nível de segurança pública que pode ser exigido do Estado. Interessante notar a inexistência de qualquer precedente do STF no qual o direito à segurança pública tenha sido invocado para a resolução de um caso concreto (...) a norma em questão permanece, em nossa jurisprudência, apenas como uma potencialidade a ser explorada, sem maiores reflexos no julgamento de casos (...)” (MORO, Sérgio Fernando. *Direito fundamental contra o crime*. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Direito Constitucional brasileiro: teoria da Constituição e direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 559-581)

Assim, o direito processual penal é balizado pelo reconhecimento de dois valores igualmente importantes e que devem ser equilibrados: o direito à liberdade e o direito à segurança pública⁶².

Está-se, portanto, diante do fato de que ao Estado é imposto o dever de assegurar, indistintamente, a segurança pública, devendo criar condições para o regular caminhar das atividades investigativas e preventivas, estabelecendo mecanismos que propiciem uma resposta rápida e eficiente após o abalo social causado pelo crime. Em contraponto⁶³, há a obrigação de se respeitar e fomentar o exercício dos direitos e garantias fundamentais do cidadão, porquanto inerentes ao ser humano em razão de sua condição de simplesmente existir enquanto sujeito, e não mero objeto de direitos⁶⁴.

É reconhecido o direito fundamental à segurança pública, à medida que o processo penal será o instrumento para concretização de normas penais, como instrumento de reprimir e punir àqueles que tenham violado a norma jurídica e ferido bens penalmente relevantes, bem como para se reafirmar os fundamentos de validade e eficácia da norma jurídica⁶⁵.

⁶² Invoca-se aqui o professor Antônio Scarance Fernandes, em seu clássico artigo sobre a relação entre eficiência e garantismo: “(...) são dois direitos fundamentais do indivíduo que interessam especialmente ao processo criminal: o direito à liberdade e o direito à segurança, ambos previstos no art. 5º, ‘caput’, da CF/1988. Como decorrência desses dois direitos fundamentais, os indivíduos têm direito a que o Estado atue positivamente no sentido de estruturar órgãos e criar procedimentos que, ao mesmo tempo, lhes dêem segurança e lhes garantam a liberdade. Em outras palavras, têm direito a um sistema que faça atuar as normas do direito repressivo, necessárias para a concretização do direito fundamental à segurança, e atribua ao acusado todos os mecanismos essenciais para a defesa de sua liberdade. De forma resumida, um sistema que assegure ‘eficiência’ com ‘garantismo’ (...)” (FERNANDES, Antonio Scarance. *Equilíbrio entre a eficiência e o garantismo*. Revista Brasileira de Ciências Criminais n.º 70/229, jan-fev/2008, p. 744)

⁶³ Aclara-se a possibilidade de se estabelecer, nesta perspectiva processual-penal, a aplicação de dois *status* mencionados por Georg Jellinek em sua obra “*As declarações de direitos do homem e Sistema de direitos públicos subjetivo*”, que foram bem esmiuçados por Paulo Thadeu Gomes da Silva: o *status negativo*, que compreende que o indivíduo tem um espaço de liberdade com relação a intervenções dos poderes estatais; e o *status positivo*, em que o indivíduo pode demandar do Estado uma prestação. Assim, o direito à segurança poderia ser considerado uma expressão deste *status positivo*, já que o cidadão tem direito de exigir que o Estado lhe garanta e assegure a prestação de segurança, como forma de, ao se concentrar esta prerrogativa nas mãos do Estado, desencorajar-se a vingança pessoal. Ao mesmo tempo, o direito à liberdade constitui projeção do *status negativo*, já que os direitos e garantias individuais são instrumentos de limitação ao exercício da atividade persecutatória estatal, impondo-se que o Estado não interfira indevidamente na esfera de liberdades do cidadão sem justo motivo e, sempre que o faça, deverá estrita obediência ao devido processo legal e às garantias legais e constitucionais aplicáveis à espécie. Vide: GOMES DA SILVA, Paulo Thadeu. *Direitos Fundamentais. Contribuição para uma teoria geral*. São Paulo: Editora Atlas, 2010, p. 99-102).

⁶⁴ SAAD, Marta. *O direito de defesa no inquérito policial*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004, p. 206-206.

⁶⁵ A perspectiva dogmática-penal de que o Direito Penal teria a finalidade de estabilização do sistema social através de suas próprias normas sistemáticas, de modo que a punição estaria intrinsecamente relacionada ao descumprimento da norma enquanto frustração de uma expectativa social. Trata-se da concepção funcionalista sistêmica de Günther Jakobs (EIBE, Manuel José Arias. *Funcionalismo penal moderado o teleológico-*

Contudo, se é a persecução penal eficiente a responsável por concretizar uma parcela deste dever de segurança pública, é certo que os direitos e garantias individuais, enquanto conquistas civilizatórias, não podem ser descartados sem motivo justo, em nome de um interesse social dotado de vagueza e difuso por si só a que se dê o nome de “segurança”.

Ainda que a sensação de insegurança ganhem macros contornos, especialmente diante das estatísticas de crimes graves e violentos que só se elevam, o exercício da atividade investigativa e persecutória não poderá ignorar o dever de respeito à ordem jurídica preexistente e, especialmente, aos direitos e garantias insculpidos na própria Constituição Federal e nos instrumentos infraconstitucionais, que encontrem fundamento de validade.

Os valores aparentemente opostos, em verdade, o são perfeitamente conciliáveis⁶⁶. Para a eficiência e garantismo caminharem juntos e harmônicos, é necessário se estabelecer parâmetros legais, formais e procedimentais⁶⁷ que confirmem a validade no compartilhamento, acesso e manuseio de informações sensíveis, notadamente fiscais e financeiros entre o Estado Administração e o Estado persecução⁶⁸.

valorativo Versus Funcionalismo Normativo o Radical. Doxa: Cuadernos de Filosofia del Derecho, Alicante, n. 29, p. 439-453, 2006)

⁶⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Lineamentos gerais do novo processo penal na América Latina*. Revista de Processo. São Paulo, v. 15, n. 58, p. 134, 1990, *apud* FERNANDES, Antonio Scarance. *Equilíbrio entre a eficiência e o garantismo*. Revista Brasileira de Ciências Criminas n.º 70/229, jan-fev/2008, p. 745.

⁶⁷ O procedimento compreende a projeção externa por intermédio do qual o processo se instaura, desenvolve e termina, atingindo o fim predeterminado e visando a satisfação do interesse tutelado. Trata-se do meio pelo qual a lei determina como os atos devem se desenvolver, em seu conjunto, observando-se fórmulas predefinidas, numa relação de coordenação lógica antecedente através do qual os atos anteriores se relacionam como pressuposto para os atos subsequentes. Assim, para se obter uma decisão justa e adequada, o procedimento deve ser válido e justo, permitindo-se a participação das partes envolvidas e a possibilidade de, à sua medida, trazerem elementos de informação que possam auxiliar na formulação do convencimento do julgador (GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 7.ed. São Paulo: Editora RT, 2001. p. 249-250). Especialmente no processo penal, o procedimento demanda a observância das formalidades prescritas em lei e, ainda, a obediência irrestrita aos princípios constitucionais e à garantia do devido processo legal (TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo: Editora Saraiva, 1993. p. 91-94).

⁶⁸ Antônio Magalhães Gomes Filho reconhece o direito à prova como um direito subjetivo às partes, que teriam a possibilidade de participar de todas as fases do procedimento respectivo, influenciando-se no convencimento do julgador. Ainda, reconhece que o direito à produção da prova percorrerá ao menos cinco etapas distintas: investigação; propositura; admissão; produção; e valoração (GOMES FILHO, Antônio Magalhães Gomes Filho, *Direito à prova no processo penal*, São Paulo: Editora RT, 1997, p. 84). Para Fernando Capez, a incorporação da prova demanda a superação de quatro etapas: proposição, admissão, produção e valoração (CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 13ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2006, p. 309-310). No tocante aos critérios lógicos de admissibilidade da prova e a pertinência e relevância para sua introdução, recomenda-se: BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Direito à prova e os limites lógicos de sua admissão: os conceitos de pertinência e relevância*. In: *Sistema penal e poder punitivo: estudos em homenagem ao prof. Aury Lopes Jr.*, p. 550; 2015; e BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Editorial dossiê “Prova*

A legalidade exigirá que o compartilhamento e manuseio dos dados compartilhados seja feito em harmonia com o direito processual vigente e respeito aos direitos e garantias individuais insculpidos na Carta Constitucional, nos exatos limites ali estabelecidos para o manuseio da prova documental digital. Trata-se de elemento que assegurará a licitude e a compatibilidade da persecução estatal, permitindo-se que, para determinadas finalidades investigativas, a esfera de proteção constitucional à privacidade do cidadão venha a ser mitigada em prol do interesse na prova a ser produzida, desta feita, em âmbito penal.

Ainda, o acesso aos dados demandará a observância de uma forma legalmente predeterminada, a fim de que o dado compartilhado pelo Estado Administração seja acautelado de forma sigilosa e acessado apenas por aqueles que assim estão determinados a conhecer as informações, transferindo-se o sigilo.

Finalmente, há de se estabelecer um procedimento para este acesso, cujas etapas e acessos possam ser validados, enquanto verdadeira projeção da garantia do devido processo legal⁶⁹, exigindo-se requisitos predefinidos, notadamente com relação ao modo de compartilhamento da prova, sob pena de possíveis ilicitudes ou inadmissibilidades serem declaradas.

Ao mesmo tempo, imprescindível se avançar na sistemática a ser observada para o acesso a estes dados documentais a serem compartilhados, especialmente porquanto prescindíveis de ordem judicial autorizativa, distinguindo-se também as situações fáticas relacionadas ao momento deste acesso, a fim de se constatar se, em todas elas, a chancela judicial se revela desnecessária.

penal: fundamentos epistemológicos e jurídicos". In: Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 4, n. 1, p. 43-80, jan.-abr. 2018.

⁶⁹ O "devido processo legal" constitui expressão com múltiplas definições, podendo ser entendido como o "(...) conjunto de garantias constitucionais que, de um lado, asseguram as partes o exercício de suas facultades e poderes processuais e, do outro, são indispensáveis ao correto exercício da jurisdição (...)" (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 89) e também, em sua faceta material, como elemento de controle quanto à racionalidade e razoabilidade dos atos normativos jurídicos emanados do poder público (BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*, 4ª Edição, São Paulo: Saraiva, 2001, p. 214).

2) O SIGILO BANCÁRIO NO TEMPO

2.1. O sigilo bancário e sua história

Nelson Abrão⁷⁰, analisando a dificuldade de se identificar com precisão a origem histórica do sigilo bancário, utiliza o critério lógico para vincular o sigilo ao “próprio dealbar das atividades bancárias, que, por seu caráter de discricção, dele não podem se separar, salvo em hipóteses excepcionais, expressamente previstas em lei, quando se pretenda resguardar o bem comum e a ordem pública”.

Segundo o mesmo autor ⁷¹, a mais antiga referência legislativa ao direito ao sigilo encontra-se no Código de Hamurabi, que previa a possibilidade de o banqueiro revelar os dados de seu cliente, em caso de conflito entre ambos, fazendo-se crer que, a *contrario sensu*, nas demais hipóteses, caberia a preservação do sigilo bancário.

Observa, ainda, Sérgio Langowski⁷² que o sigilo bancário não se vinculava, no passado, à ideia de intimidade ou privacidade, mas se baseava, unicamente, em aspectos de conveniência para o “impulso e desenvolvimento dos negócios”.

Maria José Roque⁷³, no mesmo sentido, aduz que “o sigilo nas transações comerciais surgiu muito antes da noção de personalidade. Desde o albor da atividade comercial, por uma questão de estratégia, o sigilo esteve presente. Até aum escravo, que não era considerado pessoa, pois sequer tinha o mais elementar dos direitos: a vida, seria garantido o sigilo, caso transacionasse com Bancos”.

⁷⁰ ABRÃO NELSON. Direito bancário. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 55.

⁷¹ ABRÃO, Nelson. Direito bancário. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 56; Já para Sérgio Covello, foi apenas no ano de 1706, com a *Grande Ordennance Sur le Commerce*, que o sigilo bancário restou positivado pela primeira vez. COVELLO, Sergio Carlos. O sigilo bancário. 2 ed. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2001, pp. 20-1.

⁷² LANGOWSKI, Luis Sergio. Direito à intimidade e sigilo bancário. Curitiba: Dissertação de mestrado apresentada em 2001 junto à Universidade Federal do Paraná- Faculdade de Direito, arquivada na biblioteca de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná sob o nº T 347.121.1 L 284 d, pp. 158; 199-200.

⁷³ ROQUE, Maria José Oliveira Lima. **Sigilo bancário e direito à intimidade**. Curitiba: Juruá, 2001, p. 118. ¹³ COVELLO, Sergio Carlos. **O sigilo bancário**. 2 ed. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2001, pp. 20-1

Sérgio Covello⁷⁴ identifica três fases na atividade bancária, quais sejam: a embrionária, a institucional e a capitalista. Já na primeira fase, em que a intermediação da economia se dava sobretudo dentro dos palácios e templos religiosos, observava-se uma vinculação da idéia do sagrado e do divino com o aspecto do silêncio, do mistério e do segredo que inspiravam a esfera da religiosidade.

Na fase institucional, iniciada durante a Idade Média⁷⁵ e caracterizada pela organização bancária através de empresas, o sigilo bancário passou a se desenvolver através dos costumes, com a disseminação na consciência comum da idéia de que as operações bancárias deveriam permanecer sob reserva⁷⁶. Observe-se, contudo, que o incremento das operações bancárias somente se deu com destaque a partir do momento em que o comércio e as atividades industriais foram expandidas e a idéia religiosa de proibição da usura restou suplantada.

Finalmente, a fase capitalista, iniciada no Renascimento, caracterizou-se pela paulatina positividade⁷⁷ do instituto do sigilo bancário, sobretudo em face da valorização da riqueza⁷⁸ e da internacionalização das operações bancárias⁷⁹, redundando, assim, na necessidade do estabelecimento de instrumentos mais sólidos de defesa do referido instituto.

O mistério que até então acompanhava as relações bancárias, ainda que não mais sob justificações de cunho religioso, segue a acompanhar as transações econômicas realizadas através das entidades de crédito, de caráter preponderantemente privado.

Como se depreende, foi com o eclodir dos valores individuais através do liberalismo que o direito ao sigilo bancário passou a receber reforço especial, através

^{74 75} COVELLO, Sergio Carlos. O sigilo bancário. 2 ed. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2001, pp. 31-4.

⁷⁶ ROBERTS, J.M. O livro de ouro da história do mundo. 12 ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2003, pp. 494-5.

⁷⁷ As instituições bancárias destacam-se para emissão de cartas de crédito e duplicatas, facilitando as operações entre países. ROBERTS, J.M. O livro de ouro da história do mundo. 12 ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2003, p. 496.

da expansão das atividades mercantis⁷⁸ e das possibilidades de lucro e de acumulação material de riquezas.

O aperfeiçoamento das técnicas utilizadas nas operações comerciais, aliado às novas conquistas territoriais da navegação e à necessidade de seu financiamento, passaram a implementar, como já visto, a circulação de capitais⁷⁹.

Preservando-se a reserva nas operações monetárias, sobretudo como meio atrativo para os grandes investidores e detentores de capital, passa-se, doravante, a buscar espaços mais expandidos e confortáveis para a legitimação do sigilo, através de uma positivação legislativa.

Segundo Luiz Cazorla Prieto,

“a atividade bancária se aparta da religiosa, mas nem por isso perde alguma das características que lhe proporciona aquela, a qual é a do sigilo. A discricção no desempenho dessas tarefas manter-se-á não só por herança recebida, que já marcará todo o seu desenvolvimento ulterior, senão pela própria índole do objeto da mesma, a riqueza material, o dinheiro que assim o exige”⁸⁰.- sic.

Com a consolidação do capitalismo na fase renascentista, os estabelecimentos de crédito passaram a se disseminar a fim de dar cabo às múltiplas relações negociais decorrentes da política do *laissez-faire*.

⁷⁸ GAMA E SILVA, José Saldanha da. Os bancos e o estado moderno. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1952, p. 105.

⁷⁹ ABRÃO, Nelson. Direito bancário. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 13.

⁸⁰ PRIETO, Luiz M. Cazorla. El secreto bancario. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, Ministerio de Hacienda, 1978, p.115.

A ascensão do movimento liberal burguês, que legitimou a usura⁸¹, até então duramente combatida pela igreja em tempos medievais, trazia a reboque o direito de todos e de cada um de exercer livremente suas potencialidades, sobretudo na seara econômica, com o estímulo à riqueza decorrente do esforço e capacidade individuais.

Vê-se, assim, que a idéia do direito ao sigilo bancário não se desenvolveu necessariamente vinculada ao universo de preservação da esfera da intimidade ou privacidade de quem quer que seja, mas sim, sempre se baseou no interesse de se manter em segredo as flutuações da vida econômica e as transações financeiras efetuadas pelos clientes dos bancos – pessoas físicas ou jurídicas.

2.2.O público, o privado e a corrupção no Brasil

A idéia do “homem cordial⁸²” pressupõe relações pessoais dentro da estrutura do Estado brasileiro⁸³. Trazemos da herança portuguesa o patriarcalismo e o personalismo, com a exaltação do prestígio pessoal e a falta de coesão social, o que aponta para uma elite ibérica que “não renuncia às veleidades em benefício do grupo ou dos princípios”⁸⁴.

A tradicional dificuldade do brasileiro (sobretudo aquele integrante das classes relacionadas com o poder) em identificar no Estado algo completamente impessoal faz

⁸¹ DANTAS, Ivo. Princípios constitucionais e interpretação constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1995, pp. 12-3.

⁸² Expressão utilizada pelo escritor Ribeiro Couto, segundo Sérgio Buarque de Holanda, no sentido de expressar características espontâneas encontradas no homem brasileiro, relacionadas ao seu caráter hospitaleiro e generoso. HOLLANDA, Sérgio Buarque de. Raízes do Brasil. 7 reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, pp. 146-7; 204-5.

⁸³ Do mesmo modo, Jorge Luis Borges já via no povo argentino a dificuldade de se identificar com o Estado. Imputa tal concepção à experiência de maus governos ou, ainda, à relutância do argentino em entender o Estado como ente impessoal, como abstração: “El Estado es impersonal: el argentino solo concibe una relación personal. Por eso, para él, robar dineros públicos no es un crimen. Compruebo un hecho; no lo justifico o excuso”. BORGES, Jorge Luis. “Otras Inquisiciones”. In: Obras completas: Buenos Aires: Emecé, 1989, v. I, p. 658.

⁸⁴ CÂNDIDO, Antônio. “O significado de Raízes do Brasil”. Apresentação do livro Raízes do Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 7 reimp., 1999, pp. 13-5.

Com que se recorra, até os dias atuais, a fórmulas ou padrões pessoais e afetivos⁸⁵, ainda dentro da estrutura oficial. Sérgio Buarque de Hollanda⁸⁶ chega a afirmar que:

“A democracia no Brasil foi sempre um lamentável mal-entendido. Uma aristocracia rural e semifeudal importou-a e tratou de acomodá-la, onde fosse possível, aos seus direitos ou privilégios, os mesmos privilégios que tinham sido, no Velho Mundo, o alvo da luta da burguesia contra os aristocratas. E assim puderam incorporar à situação tradicional, ao menos como fachada ou decoração externa, alguns lemas que pareciam os mais acertados para a época e eram exaltados nos livros e discursos”.

Tal ausência de impessoalidade no trato da coisa pública passou a resultar, em última análise, na ausência de interesse pelo respeito à ampla publicidade dentro da estrutura estatal. Rechaçada, nesse contexto, qualquer iniciativa voltada à transparência na atuação governamental, já que isso implicaria em admitir a exposição de todas as articulações engendradas em total desprestígio de ideários voltados ao bem comum ou ao progresso da Nação.

Tratando-se a visibilidade e a publicidade⁸⁷, na Administração pública, de ingredientes essenciais a uma verdadeira democracia, na medida em que se refletem em mecanismos essenciais ao controle da conduta dos governantes pela população³⁰, sua ausência contínua apenas contribuiu para a consolidação da idéia, considerados os distorcidos valores prevaletentes, de que o Estado pertencia, de modo inexorável, aos detentores do poder e seus afins.

⁸⁵ CÂNDIDO, Antônio. “O significado de Raízes do Brasil”. Apresentação do livro Raízes do Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 7 reimp., 1999, p. 17.

⁸⁶ HOLLANDA, Sérgio Buarque de. Raízes do Brasil. 7 reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p. 160.

⁸⁷ Nas palavras de Celso Lafer, “numa democracia a publicidade é a regra básica do poder e o segredo a exceção, o que significa que é extremamente limitado o espaço dos *arcana imperii*, ou seja, dos segredos de Estado”. LAFER, Celso. A reconstrução dos direitos humanos. Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. 5 reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2003, p. 244.

⁸⁸ LAFER, Celso. A reconstrução dos direitos humanos. Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. 5 reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2003, p. 243.

A idéia prevalecente entre os ocupantes dos cargos públicos residia, justamente, em extrair da máquina estatal o máximo de vantagens que a mesma pudesse proporcionar, sem qualquer compromisso ou preocupação com a concreção de diretrizes pautadas em critérios impessoais ou ao menos extensíveis a todos, simpatizantes ou não das classes ocupantes de posições estratégicas dentro da burocracia estatal: confundiu-se assim, desde sempre, o público com o privado, ausentes critérios razoáveis de distinção entre ambas as esferas.

Já se apontava, com certo espanto, para a tendência dos espanhóis - podendo-se aí estender o comentário a Portugal e Brasil, que guardam semelhanças profundas nesse aspecto - em não aceitarem com facilidade o fato de que alguém, por exercer determinada função pública, deixe de prestar a amigos e parentes “favores” pessoais⁸⁹ relacionados ao órgão oficial que integra⁸⁹.

Noutras palavras, chega-se a distinguir portugueses e espanhóis de outros povos europeus no que se refere à “incapacidade, que se diria congênita, de fazer prevalecer qualquer forma de ordenação impessoal e mecânica sobre as relações de caráter orgânico e comunal, como o são as que se fundam no parentesco, na vizinhança e na amizade”⁹⁰.

Talvez atentando para essa influência ibérica quanto ao prestígio dos valores pessoais nos negócios públicos, ou, noutras palavras, da confusão entre a coisa pública e os interesses privados, possa-se identificar algumas das raízes da disseminação da corrupção no Brasil e as razões da sua infiltração em todas as estruturas do Poder, de modo indelével e socialmente tolerável.

⁸⁹ Sérgio Buarque de Hollanda reporta-se aí a observações elaboradas pelo psicólogo alemão Alfred Rühl que aponta ainda, a título exemplificativo, no início do século XX, para um enorme volume de pedidos de passes gratuitos ou com redução de preços em transporte ferroviário, oriundos, no mais das vezes, dos integrantes das classes mais favorecidas economicamente. HOLLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 7 reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p. 17.

⁹⁰ HOLLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 7 reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p. 137.

Referindo-se sobretudo à burguesia pernambucana do Brasil Império, através de crônicas publicadas em jornal local ainda no século XIX, Padre Lopes Gama⁹¹ apresenta, com invulgar ironia, sinais claros de corrupção dentro da estrutura estatal brasileira:

“De saber furtrar, sim, porque de furtrar a saber furtrar vai uma distância imensa. Só furta segura e proveitosamente aquele que sabe repartir... Tudo está em que ele saiba e queira repartir com o advogado (a quem tanto rende o justo como o injusto), com o escrivão, que pode fazer muito bem ou muito mal, com o procurador, que não se descuida de procurar para si, e com o meritíssimo juiz, a quem muitas vezes é mister esclarecer com provas tão áureas, que não possa desconhecer a verdade, afora as gorjetas, que tem de repartir pelo banco dos acomodáveis beleguins”.

As empresas instaladas em solo brasileiro, desde o início da colonização, do mesmo modo que os particulares, sempre souberam extrair da máquina pública as benesses para seu êxito e ascensão e, desta forma, driblando eventuais fiscalizações estatais.

Joaquim Nabuco⁹², traçando um panorama do Brasil Império, mais precisamente da segunda metade do século XIX, afirma sem maiores rodeios que: “desde o princípio, o calor, a luz, a vida para as maiores empresas, tinha vindo do Tesouro. Em todo tempo, as grandes figuras financeiras, industriais, do país tinham crescido à sombra da influência e proteção que lhes dispensava o governo; esse sistema só podia dar em corrupção

⁹¹ GAMA, Padre Lopes. “A fofice aristocrata”. In: Evaldo Cabral de Mello (org). **O carapuceiro**. Coleção retratos do Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 1996, pp.315-6.

⁹² NABUCO, Joaquim. **Um estadista do Império**. 5 ed, 1 reimp. Rio de Janeiro: Topbooks, 1998. v.2, p. 987.

e a gangrena da riqueza pública e particular”.

Nesse contexto, outra não poderia ter sido a orientação jurídica cuidadosamente concebida para fomentar o gosto pelos ideários da liberdade - ainda que para poucos.

2.3 A sonegação fiscal, sua repressão e o sigilo bancário

Cristina Chulvi, estabelecendo um breve esboço histórico em relação à conturbada relação Estado - contribuinte, aponta para um primeiro momento em que o dever fiscal possuía como único fundamento o poder absoluto do soberano⁹³. Tal idéia por certo se encontra superada, ante as razões adiante expostas.

Posteriormente, ainda segundo a mesma autora, as teorias passaram a identificar o dever tributário como *“una relación de intercambio en la que el Estado presta servicios públicos y el ciudadano paga el tributo en compensación de lo recibido”*⁹⁴. A complexidade reclamada pela matéria e seus desdobramentos de ordem prática não permitem, contudo, que a relação se resolva de modo tão eqüitativo e equilibrado quanto a assertiva possa sugerir.

Hodiernamente, a questão passou a demandar ainda novos contornos, considerando-se os excessos e abusos que o Estado cuidou de praticar ao longo do tempo, no exercício de seu poder de arrecadação, como adiante se verá.

⁹³ CHULVI, Cristina Pauner. El deber constitucional de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, pp. 74-5.

⁹⁴ CHULVI, Cristina Pauner. El deber constitucional de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 75.

A adequada e regular arrecadação de impostos foi, desde sempre, combatida pelas classes acumuladoras de capital, que a viam como um mal necessário, a qual deveria, portanto, se circunscrever ao inevitável. Aliomar Baleeiro⁹⁵ já observava que, na época do apogeu burguês e, posteriormente, da Revolução Industrial, os impostos eram tidos como verdadeiros inimigos, capazes de desviar fundos os quais, pela acumulação, poderiam vir a formar capitais, através do emprego em atividades produtivas dos particulares.

Toda um arcabouço ideológico fora edificado, portanto, para apresentar o lado nefasto do acesso, pelo Estado, aos rendimentos e riquezas das classes privilegiadas, através da tributação. As justificativas negativas residiam, portanto, em uma suposta força intimidativa que tais tributos estariam a exercer sobre a formação de capitais, a produção, e a própria capacidade de os empresários assumirem riscos⁹⁶, reduzindo-se com isso, os incentivos ao trabalho, consubstanciados, justamente, no lucro que estaria sendo injustamente tributado.

Não raras vezes, o próprio Estado contribuiu, com seus excessos na cobrança de tributos, para a disseminação de uma concepção negativa em relação aos deveres fiscais.

Raymundo Faoro⁹⁷, tratando da realidade brasileira, refere-se a um “fiscalismo metropolitano”, ainda no século XVIII, antes da independência do Brasil, e que denota a exploração da colônia brasileira por Portugal, para estímulo do ócio, do luxo e da ostentação das elites lusitanas, através da cobrança extorsiva de tributos, gerando um quadro que chegou a deslocar “*o centro do interesse econômico do lucro do empresário para o beneficiário dos tributos, o velho, tenaz e rígido estamento*”.

⁹⁵ CHULVI, Cristina Pauner. El deber constitucional de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 76.

⁹⁶ BALEEIRO, Aliomar. Uma introdução à ciência das finanças. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1974, p.178.

⁹⁷ BALEEIRO, Aliomar. Uma introdução à ciência das finanças. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1974, p.178.

⁹⁸ FAORO, Raymundo. Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro. 3 ed. São Paulo: Globo, 2001, pp. 272-3.

De fato, a carga tributária vigente durante o período do Brasil Colônia refugia a qualquer padrão razoável, aliada a um fenômeno de corrupção crescente e ao desinteresse da Coroa em promover quaisquer medidas desenvolvimentistas em solo brasileiro.

Relata-nos Raymundo Faoro⁹⁹, ainda sobre o período colonial brasileiro, que “cerca de 30% do preço do açúcar cabe aos cofres públicos, por via tributária: a dízima, aspropinas (comissões devidas aos funcionários da Coroa), as pensões e a redízima (aodonatário), o cruzado e a vintena, o tostão por tarefa (na Bahia), o dote à rainha da Inglaterra e paz da Holanda (1662)...Nenhuma preocupação havia em aliviar a carga fiscal dos brasileiros e esse espírito perdurou já que, proclamada a Independência e no curso do Primeiro Reinado, ainda se pagava a tributação resultante do terremoto de Lisboa de 1755”.

Por outro lado, já se condenava, desde aquela época, os impostos progressivos, buscando-se com isso privilegiar os impostos sobre o consumo, por exemplo, justamente aqueles que atingem com mais vigor a classe assalariada. O argumento consistia no fato de que os impostos sobre a renda e a herança provocariam o êxodo dos capitais, que iriam em busca de países que não os perseguissem com as exigências do fisco¹⁰⁰: na outra face da moeda, os favores fiscais já se acumulavam em direção à burguesia, desde o século XIX.

Durante o Segundo Reinado, destaca-se a visão de um empresariado que, enquanto defensor da livre iniciativa, não declina da utilização reiterada de privilégios junto ao Governo, tendo-se em conta ainda o fato de que, no mais das vezes, tal camada de empresários era composta de integrantes da própria estrutura estatal. Raymundo Faoro fala, assim, de um “liberalismo *sui generis*, com a liberdade assentada sobre a rede oficial de favores”, em um “regime incestuoso entre economia e política”.

⁹⁹ FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. 3 ed. São Paulo: Globo, 2001, pp. 273-5.

¹⁰⁰ BALEEIRO, Aliomar. **Uma introdução à ciência das finanças**. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1974, pp.178-9.

Transcorrido mais de um século, o cenário parece não haver se modificado na estrutura brasileira até os dias atuais. O Estado não é visto como ente a serviço da sociedade, mas como elemento a ser explorado e manipulado ao alvedrio de quem detém poder decisório, gerando-se desesperança em relação a uma eficaz aplicação dos recursos arrecadados.

Entretanto, as sequelas que hoje vivencia o cidadão em sua descrença quanto à adequada aplicação pelo Estado dos tributos por ele pagos não pode justificar qualquer direito a que se furte em colaborar¹⁰¹ com o adimplemento dos compromissos estatais.

Sendo os tributos a principal fonte de financiamento do Estado, tem-se que a manutenção de elevados índices de sonegação fiscal¹⁰² compromete o próprio desenvolvimento econômico e social do País, através do gradativo aniquilamento do mecanismo de retroalimentação da relação Estado-cidadão.

Apesar de não explicitamente previsto na Constituição brasileira, pode-se facilmente depreender como implícito em seu texto o dever constitucional de todos de contribuir, na medida de sua capacidade econômica (art. 145, parág. 1º, CF), para a manutenção dos gastos públicos¹⁰³. Já na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem de 1948 se previa, em seu art. XXXVI, que “toda pessoa tem o dever de pagar os impostos estabelecidos pela Lei para a manutenção dos serviços públicos”¹⁰⁴.

¹⁰¹ FAORO, Raymundo. Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro. 3 ed. São Paulo:Globo, 2001, pp. 495-500.

¹⁰² De fato, os tributos são dotados de coercitividade ou, noutras palavras, são devidos nas hipóteses legalmente previstas, independentemente da vontade do contribuinte.

¹⁰³ Lênio Streck, na esteira do pensamento de Baptista Machado, refere-se aos sonegadores, pessoas físicas e jurídicas, como “poderes sociais de fato”, que obstaculizam, de modo escandaloso, a realização dos direitos previstos na CF/88, razão pela qual o princípio do Estado de Direito estaria a exigir atuação contra tais poderes, através de métodos preventivos e repressivos indispensáveis à tutela da segurança, dos direitos e liberdades dos cidadãos. STRECK, Lênio Luiz. O dever fundamental de pagar impostos. Disponível em: <<http://www.leniostreck.com.br>>. Acesso em: 16 jul. 2022.

¹⁰⁴ Na Constituição espanhola de 1978, tal dever se encontra consubstanciado expressamente no art. 31.1., nos seguintes termos: “*todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, em ningún caso, tendrá alcance confiscatorio*”.

José Casalta Nabais¹⁰⁵ aponta para um dever fundamental de pagar tributos a ser encarado não como simples poder para o Estado ou mero sacrifício para os cidadãos, mas, sobretudo, como elemento imprescindível para uma vida em comunidade organizada em Estado Fiscal. Ainda segundo o mesmo jurista, tal dever fundamental se constitui expressão da soberania fundada na dignidade da pessoa humana, na medida em que representa o preço que todos pagamos para dispormos de uma sociedade baseada na liberdade, de um lado, e num mínimo de solidariedade, de outro¹⁰⁶.

Doutra forma, não se poderia atingir os fins maiores estatuídos por um Estado inspirado em valores sociais, somente realizáveis *in concreto* com o produto da arrecadação fiscal, através de investimentos públicos¹⁰⁷.

Suplantada, por conseguinte, qualquer idéia de poder estatal personalizado ou justificado como fim em si mesmo, tampouco eventual indistinção entre o Estado e o governante, devendo este último guiar sua conduta sob inspiração de um interesse legítimoe dissociado de suas preferências pessoais. Tal premissa não retira, contudo, a posição de supremacia estatal em relação ao particular, que deve colaboração e obediência aos ditames fixados *erga omnes*.

O Estado brasileiro contemporâneo se encontra jungido, assim, a uma atuação necessariamente eficiente (art. 37, *caput*, CF), consentânea com os objetivos traçados pelo texto Constitucional, a ser continuamente avaliada e fiscalizada pelo cidadão, enquanto destinatário-mor dos resultados dela decorrentes, mediata ou imediatamente.

¹⁰⁵ NABAIS, José Casalta. O dever fundamental de pagar impostos. Coimbra: Almedina, Coleção teses, 1998, p. 679.

¹⁰⁶ NABAIS, José Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. Disponível em: <<https://www.agu.gov.br/Publicacoes/Artigos/05042002JoseCasaltaAfaceocultadireitos - 01.pdf>>. Acesso em: 04 mar. 2005.

¹⁻⁷ Cristina Chulvi, em sua tese de doutorado, observa que “*en el Estado social y democratico de Derecho, los derechos y los deberes son categorias inseparables en el sentido de que no existen derechos sin el cumplimiento de un mínimo de deberes*”. Vai ainda mais além, quando estabelece um paralelo entre o Estado liberal, onde os deveres imputáveis ao cidadão se baseiam no princípio da igualdade formal, e o Estado social e democrático de direito, em que a essência de tais deveres avança no sentido de promover a igualdade real e a própria realização da dignidade humana. CHULVI, Cristina Pauner. El deber constitucional de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, pp. 47-8.

Considerando-se os nefastos efeitos advindos de uma arrecadação fiscal ineficiente e insuficiente, põe-se hoje como inadiável o desafio de se proceder a uma eficaz repressão à fraude e à sonegação fiscal, idônea a autorizar, legitimamente, a imposição de limitações ao exercício dos direitos individuais, através de instrumentos legalmente previstos, de que lança mão o aparelho estatal¹⁰⁸. Nesse sentido, incabível a oposição do sigilo bancário como óbice inamovível aos mecanismos de fiscalização e investigação do Estado, desde que respeitados os regramentos previstos no ordenamento jurídico vigente.

¹⁰⁸ Não se pretendendo discutir, nesse tópico, a questão da inserção ou não do sigilo bancário no rol dos direitos fundamentais do cidadão, o que se intenta por ora é destacar que os direitos individuais não que ceder ante um interesse maior, justificado pelos princípios constitucionais que regem todo o sistema jurídico.

2.4. O Estado contemporâneo e os limites ao sigilo bancário

Desde a pré-história¹⁰⁹ já se tinha a noção de produção acima dos limites da simples subsistência. Na Antiguidade veio o uso da moeda¹¹⁰, de molde a facilitar as trocas e a acumulação de riquezas. Outros componentes a isso se somaram, como a indústria e a invenção fomentadas na Era moderna, capazes de multiplicar os bens disponíveis. Expandia-se assim a idéia de excedente e a necessidade de proteção do que foi adquirido.

A reforço à exploração do homem pelo homem com o movimento liberal iniciado no século XVIII e a descoberta da mais-valia, mostra-nos a história, desconstituiu a importância do trabalho em sua forma original e segmentou a sociedade em camadas sociais cuja mobilidade, no sentido ascendente, tornou-se cada vez mais tarefa verdadeiramente hercúlea, se o único instrumento de que se dispunha era o esforço humano pessoal.

Com o advento do fenômeno da globalização nas últimas décadas, eclodiram significativas alterações no perfil do Estado nacional. Sua soberania restou severamente ameaçada, sobretudo quando tal Estado se encontrava inserto no rol dos países periféricos, vendo-se, assim, *a priori*, privado da possibilidade de acesso ao desenvolvimento tecnológico e econômico pleno e integral.

Desenvolveu-se, nesse diapasão, toda uma ideologia idônea a justificar o acúmulo de capital praticamente sem limites¹¹¹, imprimindo-se reforço significativo aos direitos humanos de primeira geração, quais sejam, aqueles emanados do movimento liberal que culminou com a Revolução Francesa, consentâneos com os ideários do individualismo.

¹⁰⁹ ROBERTS, J.M. **O livro de ouro da história do mundo**. 12 ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2003, p. 51.

¹¹⁰ ROBERTS, J.M. **O livro de ouro da história do mundo**. 12 ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2003, pp. 140-1.

¹¹¹ CARCANHOLO, Reinaldo. "A globalização, o neoliberalismo e a síndrome da imunidade auto-atribuída". In: Manoel L. Malaguti, Reinaldo A. Carcanholo, Marcelo D. Carcanholo (orgs.). **Neoliberalismo: A tragédia do nosso tempo**. São Paulo: Cortez, 2002, v. 65, p. 80.

Observe-se, contudo, que a idéia inspiradora daquele movimento, em prol de um Estado Mínimo, passou a não mais se coadunar com as exigências e peculiaridades do cenário hodierno, impregnado de fenômenos como a globalização e a transnacionalidade. Nada obstante, as regras ditadas pelo “Consenso de Washington”¹¹² prevêm exatamente a redução do tamanho do Estado e outras medidas internas, com o fim de abertura dos países à livre circulação internacional do capital especulativo¹¹³.

O arcabouço teórico liberal surgido na Era Moderna cuidou de robustecer os direitos da liberdade, como se os mesmos possuíssem o condão de redundar, ao final, na igualdade de todos¹¹⁴. Doutra banda, os direitos sociais, econômicos e culturais e, mais ainda, os direitos de terceira e quarta dimensões, sofreram severo abalo em suas possibilidades de concreção, com o refreamento do poder regulador e intervencionista do Estado, e mesmo seu encolhimento, decorrente dos movimentos de privatização.

Nesse sentido, viu-se comprometida a natural evolução que mereceram os direitos fundamentais, transmutados que foram de uma perspectiva subjetiva para as regiões da objetividade, com fins de promoção de uma efetiva reforma da relação indivíduo-poder, sociedade-Estado, legalidade-legitimidade e, finalmente, governante-governado¹¹⁵.

¹¹² Trata-se aqui das conclusões decorrentes de reunião, realizada em 1989, entre o FMI, o Banco Mundial e o BID, além de economistas latino-americanos e funcionários do governo americano, com vistas a avaliar as reformas econômicas implementadas na América Latina.

¹¹³ CARCANHOLO, Reinaldo. “A globalização, o neoliberalismo e a síndrome da imunidade auto-atribuída”. In: Manoel L. Malaguti, Reinaldo A. Carcanholo, Marcelo D. Carcanholo (orgs.). Neoliberalismo: A tragédia do nosso tempo. São Paulo: Cortez, 2002, v. 65, p. 80.

¹¹⁴ Em pertinente comentário, Hannah Arendt assim se expressa: “Devo confessar que não vejo em que se baseiam os economistas liberais da sociedade atual (que hoje se chamam de conservadores) para justificar seu otimismo, quando afirmam que apropriação privada de riqueza será bastante para proteger as liberdades individuais- ou seja, desempenhará o mesmo papel da propriedade privada. Numa sociedade de detentores de empregos, estas liberdades só estão seguras na medida em que são garantidas pelo estado, e ainda hoje são constantemente ameaçadas, não pelo estado, mas pela sociedade, que distribui os empregos e determina a parcela de apropriação individual”. ARENDT, Hannah. A condição humana. 10 ed. Trad. Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 78.

¹¹⁵ BONAVIDES, Paulo. Direitos fundamentais, globalização e neoliberalismo. Conferência proferida em 15 de setembro de 2003, perante o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Disponível em: <oab-sc.com.br/oab-sc/outros/discursos/discurso_paulo.doc>. Acesso em: 12 mai. 2021; SODRÉ, Nelson Werneck. A farsa do neoliberalismo. 6 ed. Rio de Janeiro: Graphia, 1999, p.25.

O “mito desenvolvimentista”, ressurgido a partir das décadas de 70 e 80 com o codinome de neoliberalismo¹¹⁶, cuida de defender, portanto, a separação entre Estado e economia e Estado e sociedade, nos seguintes termos: seria a economia matéria atinente exclusivamente aos privados (sociedade civil, sociedade econômica), sendo dever do Estado apenas assegurar a todos a liberdade individual (a liberdade de adquirir e possuir, sem entraves, a liberdade econômica), o que, supostamente, levaria à concessão de iguais oportunidades a todos¹¹⁷.

A história nos mostra que as livres forças do mercado, ao tempo em que fizeram expandir as possibilidades de lucro e o movimento especulativo de capitais¹¹⁸, aumentaram ainda mais o fosso existente entre aqueles que realmente logram se posicionar como legítimos destinatários de direitos fundamentais, integrantes dos oligopólios dominantes e a grande maioria excluída, a quem foi completamente obstaculizada qualquer possibilidade de mobilidade positiva, seja econômica, social ou política¹¹⁹.

A propósito, as idéias neoliberais¹²⁰ recusam qualquer esforço no sentido de redução das desigualdades através de políticas voltadas à concreção de ideais de equidade e justiça: nesse ponto, a justiça social distributiva é rechaçada como atentado à liberdade individual¹²¹, configurando-se verdadeiro conflito entre os princípios da liberdade e igualdade, cabendo, sob tal concepção, prevalência do primeiro¹²².

¹¹⁶ CARCANHOLO, Marcelo Dias. “Neoliberalismo e o Consenso de Washington: A verdadeira concepção do desenvolvimento do Governo FHC”. In: Manoel L. Malaguti, Reinaldo A. Carcanholo, Marcelo D. Carcanholo (orgs.). *Neoliberalismo: A tragédia do nosso tempo*. São Paulo: Cortez, 2002, v. 65, p.16.

¹¹⁷ NUNES, António José Avelãs. *Neoliberalismo e direitos humanos*. Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar, 2003, p.38.

¹¹⁸ Saldanha da Gama observava, já na década de 50, a emergência do fenômeno da transferência de capital desvinculada dos bens de produção, característico do capitalismo financeiro, em que os instrumentos de riqueza tendem, de modo progressivo, para a impessoalidade. GAMA E SILVA, José Saldanha da. *Os bancos e o estado moderno*. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1952, p. 54.

¹¹⁹ Nesse sentido, Serge Halimi constata que, em toda a Europa, no final do século XX, fenômenos como a flexibilização do mercado de emprego, a privatização e a defesa incondicional da livre concorrência redundaram, em última análise, no aumento das desigualdades. HALIMI, Serge. “Um capitalismo fora de controle”. In: Manoel L. Malaguti, Reinaldo A. Carcanholo, Marcelo D. Carcanholo (orgs.). **Neoliberalismo: A tragédia do nosso tempo**. São Paulo: Cortez, 2002, v. 65, p.98.

¹²⁰ Paulo Bonavides, afirma que, em países como o Brasil, a implantação de um Estado Social é muito mais difícil que na Europa. Acresce ainda, em pertinente metáfora, que “No Velho Mundo o retrocesso neoliberal fere tão somente a epiderme da sobredita forma de organização do poder, ao passo que nos países da periferia a lesão do tecido social é bem mais grave e profunda”. BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 10.

¹²¹ NUNES, António José Avelãs. **Neoliberalismo e direitos humanos**. Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar, 2003, p.38.

Opondo-se a Milton Friedman, Marcelo Carcanholo contesta suas afirmações de que a política do *laissez-faire*, no século XIX, teria levado a um enorme desenvolvimento do bem-estar das massas¹²³. De fato, os registros históricos cuidaram de demonstrar realidade bem diversa.

Nada obstante tantas evidências em sentido contrário, a idéia que se tenta inculcar na opinião pública, contando-se com a preciosa colaboração de uma imprensa não raro comprometida com facções do poder e, portanto, parcial, é que o fenômeno globalizante, intrínseco e indissociável do cenário econômico hodierno, mostra-se inarredável ao progresso e à modernização de qualquer nação.

Tal fenômeno mundial, que traz consigo íntima imbricação com os valores neoliberais, em verdade, cuida de solapar a autonomia estatal dos países subdesenvolvidos como o Brasil e de manipular as decisões políticas, jurídicas e legislativas em prol da elite dominante, interessada, a todo custo, na manutenção do *status quo*.

Habermas¹²⁴ estabelece um paralelo entre os direitos humanos sob perspectiva liberal e republicana, apontando que, no primeiro, tais direitos impõem ao saber moral como algo dado, escudado num estado natural fictício. Já na segunda hipótese, a fundamentação encontra-se na vontade ético-política de uma coletividade que nada absorve que não o seu próprio projeto de vida autêntico. A distinção básica entre ambas as concepções reside, portanto, na consciência coletiva das classes em relação aos seus reais direitos e prerrogativas.

Até aqui se tratou de um período em que a concepção de crime ainda atendia, em certa medida, a padrões mais ou menos uniformes, em face dos quais dispunham os Estados de mecanismos tradicionais para sua prevenção e repressão. Com o advento do fenômeno da globalização, a acelerada disseminação da criminalidade transnacional,

¹²⁴ HARBEMAS, Jürgen. Direito e Democracia entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler - UGF. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. 1, p. 134

sobretudo no que concerne ao tráfico internacional de entorpecentes passou a apontar, de modo iniludível, para a necessidade de maior controle das transações financeiras operadas pelos grandes investidores.

Nesse sentido, atenuações à preservação do sigilo bancário restam identificadas como o único método idôneo a refrear a livre movimentação de capitais ilícitos, bem assim, a permitir a investigação da sistemática de atuação de tais organizações criminosas e a conseqüente responsabilização dos criminosos, cujas atividades necessitavam de imediata contenção.

Diversas atividades igualmente ilícitas merecem destaque na esteira da globalização organizacional da macrocriminalidade¹²⁵, como o tráfico de drogas, o contrabando de armas, o próprio contrabando de mercadorias (inclusive de materiais radioativos, órgãos humanos e imigrantes ilegais), além do terrorismo¹²⁶, seqüestro, extorsão, falsificação de mercadorias, ou ainda, de títulos bancários, papéis financeiros, cartões de crédito e cédulas de identidade, dentre muitas outras espécies criminosas típicas da modernidade.

Nesse diapasão, os destinatários de fato dos direitos privados ou civis, ocupantes da elite dominante e inseridos em todas as esferas de poder, cuidaram de dimensionar a extensão dos institutos que especificamente lhes interessavam, como os mecanismos de proteção à intimidade e à privacidade, de molde a desenvolver toda uma construção teórica tendenciosa, capaz de inserir, em seu contexto, suposto direito ao sigilo bancário, quase intangível, apesar de não restar qualquer previsão constitucional expressa que possa levar, de forma iniludível, a tal conclusão.

¹²⁵ BONAVIDES, Paulo. Direitos fundamentais, globalização e neoliberalismo. Conferência proferida em 15 de setembro de 2003, perante o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Disponível em: <http://oab-sc.com.br/oab-sc/outros/discursos/discurso_paulo.doc>. Acesso em: 12 mai. 2021, pp. 3-4.

¹²⁶ CARCANHOLO, Marcelo Dias. “Neoliberalismo e o Consenso de Washington: A verdadeira concepção do desenvolvimento do Governo FHC”. In: Manoel L. Malaguti, Reinaldo A. Carcanholo, Marcelo D. Carcanholo (orgs.). Neoliberalismo: A tragédia do nosso tempo. São Paulo: Cortez, 2002, v.65, p.16; HALIMI, Serge. “Um capitalismo fora de controle”. In: Manoel L. Malaguti, Reinaldo A. Carcanholo, Marcelo D. Carcanholo (orgs.). Neoliberalismo: A tragédia do nosso tempo. São Paulo: Cortez, 2002, v.65, pp.104-6.

¹²⁷ Ainda que a idéia do individualismo possua hoje novas feições, já que os verdadeiros “donos do capital” são instituições financeiras anônimas ou fundos de previdência privada. Assim, os capitais que migram das bolsas e transitam de um país para outro são apócrifos.

O fato é que referido esforço de elaboração interpretativa, absolutamente consentâneo com a política neoliberal, cuida de favorecer o livre fluxo de recursos financeiros para além das fronteiras nacionais, com o mínimo controle do aparelho estatal - judicial e fiscal, com vistas a se evitar qualquer redução das margens de lucro auferidas no mercado de capitais, ainda que se trate de operações ilícitas.

Aliás, os montantes em circulação não são capazes de revelar, por si sós, a origem de sua obtenção, ainda que haja suspeitas sobre seu volume, o que permite a conotação de licitude a qualquer movimentação financeira, ante a defesa neoliberal da ausência de fiscalização estatal, em prol de uma economia livre de amarras e, por conseguinte, apta a crescer e competir no mundo globalizado. Desse modo, empresas multinacionais ou mesmo especuladores financeiros de grande expressividade procuram se escudar sob a suposta defesa de sua esfera íntima e escamoteiam a “seara proibida” de suas transações financeiras.

Ainda que não se possa estigmatizar qualquer fluxo expressivo de numerário procedido através do sistema bancário como operação ilícita, o que se tem de fato é um grande volume de capital corrente comprometido com a especulação financeira, tendo em vista os atrativos de segurança e sigilo de investimentos oferecidos pela rede bancária.

De fato, os lucros estimulantes, a diversidade de opções oferecidas pelo mercado da especulação financeira e a expansão dos mecanismos utilizados para a lavagem de dinheiro, favorecem o escoamento de recursos para a ciranda do mercado de capitais, em manobras perniciosas e nefastas ao crescimento de qualquer economia nacional, fomentando-se ainda mais a concentração de renda.

Tudo isso em detrimento da drenagem de recursos para a economia produtiva propriamente dita, com a criação de novas empresas e, por conseguinte, de maiores oportunidades de inserção da população ativa no mercado de trabalho, decorrentes do crescimento da economia nacional.

Como consectários dessa ampla liberdade de transferência de capitais sem a “interferência” estatal, ocorre flagrante estímulo à sonegação de tributos, bem como à

prática de outros crimes contra o Sistema Financeiro Nacional ou contra a Administração Pública, de um lado, e, ainda, verifica-se uma mitigação das possibilidades de investimento estatal em políticas públicas tendentes à redução das desigualdades sociais, doutra banda.

Segundo Manuel Castells¹²⁷, apesar da prática delituosa ser tão antiga quanto a própria humanidade, o fenômeno do crime global, disseminado através da formação de verdadeiras redes criadas entre poderosas organizações criminosas e seus associados disseminados por todo o planeta, é capaz de afetar profundamente a economia no âmbito nacional e internacional, a segurança, a política, enfim, a sociedade como um todo.

As reais justificativas para a preservação do sigilo bancário, como se vê, passam longe de questões atinentes a direitos individuais em essência, vinculando-se muito mais a aspectos econômicos, no mais das vezes, inconfessáveis. Aliás, a própria globalização da economia reflete a utilidade do neoliberalismo para os interesses de acumulação financeira da classe dominante.

Emergem, nesse contexto, dificuldades operacionais de difícil superação para que o Estado possa vir a exercer qualquer controle eficaz em relação à circulação bancária de capitais. Tudo isso tendo em vista o crescimento das atividades internacionais decorrente de uma reorganização dos grupos industriais em redes de firmas, aliado a uma intensificação da circulação financeira fomentada pela expansão na mobilidade e intermediação do capital internacional e até por uma ampla mudança da base tecnológica, em fenômeno que, dada a velocidade de troca de informações, recebeu o nome de “Era da Informação”.

A idéia de soberania, ainda que mereça hoje novos contornos em face do mundo globalizado, resgata a necessidade de que o Estado estabeleça critérios de atuação compatíveis com os encargos e desafios que lhe foram impostos constitucionalmente.

¹²⁷ CASTELLS, Manuel. **Fim de milênio**. A era da informação: economia, sociedade e cultura. Trad. Klaus Brandini Gerhardt e Roneide Venancio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 2000, v. 3, p.203.

Sem dispor de eficazes mecanismos de controle da criminalidade e da evasão de divisas, onde se insere o acesso regrado aos dados bancários dos investigados, não se poderá pensar em qualquer evolução do País em termos de mitigação das desigualdades sociais e, por conseguinte, dos níveis de miséria que campeiam por todo o território brasileiro.

Tal mudança de atitude não deve significar, por certo, violação a direitos fundamentais, mas, isto sim, postura voltada ao efetivo respeito aos mandamentos basilares que transpiram de todo o Texto Constitucional, como se demonstrará ao longo dos próximos capítulos.

2.5. O sigilo bancário no Brasil e a Constituição de 1988

A idéia de sigilo bancário se iniciou no Brasil na seara dos costumes, sem qualquer previsão expressa que a amparasse. O Código Comercial de 1850 estabeleceu restrições ao fornecimento de informações bancárias a terceiros, inclusive autoridades judiciárias, mas sempre em defesa de banqueiros e comerciantes interessados no segredo em relação a seus atos negociais, sem qualquer relação direta com a intimidade dos indivíduos¹²⁸. Estava em jogo, em última análise, o próprio êxito da atividade bancária, atendendo-se à máxima popular de que “o segredo é a alma do negócio”.

Para o direito brasileiro, o sigilo bancário compreende a obrigação imposta às instituições financeiras “de conservar sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados”, incidindo em crime quem proceder a sua quebra de modo injustificado (art. 1º e 10 da LC 105/2001).

¹²⁸ COVELLO, Sergio Carlos. **O sigilo bancário**. 2 ed. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2001, pp.74-5.

Na doutrina, é possível a classificação do sigilo bancário de acordo com seis diferentes teorias¹²⁹, quais sejam: a contratualista, a extracontratual ou teoria da responsabilidade civil¹³⁰, a legal, a que insere o fundamento do sigilo bancário no direito à intimidade, a do segredo profissional e, finalmente, a do uso mercantil ou teoria consuetudinária.

De acordo com a primeira teoria (adotada pela Grã Bretanha e pela Holanda, por exemplo), tudo se resume ao contrato de fidúcia ou de confiança celebrado entre a instituição financeira e seu cliente. Já a segunda corrente teórica parte das conseqüências danosas que eventual divulgação de dados bancários possa trazer a certo cliente.

A corrente legalista, por sua vez, satisfaz-se com a simples positivação do instituto, sem perquirir sobre sua causa jurídica ou real adequação aos valores mais caros à sociedade.

A teoria que inclui o sigilo no direito à intimidade (adotada, por exemplo, na Espanha e por grande parte da doutrina e jurisprudência brasileiras), por sua vez, encontra elementos que representam óbices à identificação de seu real alcance.

Tais dificuldades exsurtem, por exemplo, a partir do momento em que se vislumbram diferentes limites para o próprio sigilo bancário e para o direito à intimidade, já que o primeiro não se limita, de modo restrito, a aspectos que importam em interesses pessoais do cliente, indo bem mais além.

Noutras palavras, só há que se falar em direito fundamental à intimidade em relação a elementos que guardem relação com a esfera íntima do cidadão, o

¹²⁹ BARBEITAS, André Terrigno. **O sigilo bancário e a necessidade de ponderação de interesses**. São Paulo: Malheiros, 2003, pp.16-8.

¹³⁰ COVELLO, Sergio Carlos. **O sigilo bancário**. 2 ed. São Paulo:Livraria e Editora Universitária de Direito, 2001, p.157.

que não pode abranger toda e qualquer movimentação financeira, que, no mais das vezes, reflete apenas aspectos patrimoniais do cliente bancário.

Muitas vezes é o interesse público que se impõe como prevalecente no caso concreto, legitimando a conveniência da transferência do sigilo, ainda que à revelia da vontade do correntista ou aplicador financeiro.

Em relação à corrente que legitima o direito ao sigilo bancário no dever desegredo profissional (utilizada pela França e Portugal¹³¹), tomam-se por base os dispositivos legais que poupam o profissional da divulgação de informações a que teve acesso no exercício de suas funções. Críticas a tal teoria dimanam da não coincidência entre as peculiaridades que envolvem o instituto do sigilo bancário e as justificativas que serviram de supedâneo às normas penais reguladoras do segredo profissional¹³².

Por fim, igualmente contestada a teoria que fundamenta o sigilo bancário no simples acordo tácito entre o particular e a instituição financeira, idôneo a justificar o dever de segredo das informações confiadas a esta última, preservando-as do acesso de terceiros. Nesse caso, tal regra poderia ser quebrada por previsões legais específicas que excepcionem o dever de sigilo em favor da proteção de outros bens jurídicos.

Diante de tantas construções doutrinárias, o que hoje se admite é que a matéria abarca um conteúdo eminentemente publicista¹³³, o qual não se compatibiliza com qualquer ideia absoluta de sigilo. Tal conteúdo público reflete, isto sim, a necessidade estatal de controle da evasão de receitas e da criminalidade perpetrada através da lavagem de capitais.

¹³¹ COVELLO, Sergio Carlos. O sigilo bancário. 2 ed. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2001, p.51.

¹³² BARBEITAS, André Terrigno. O sigilo bancário e a necessidade de ponderação de interesses. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 17. No Brasil, como já visto alhures, a legislação infraconstitucional, tanto na esfera civil quanto criminal, se aproxima de tal concepção.

¹³³ BARBEITAS, André Terrigno. O sigilo bancário e a necessidade de ponderação de interesses. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 19.

Partindo-se da realidade brasileira, faz-se necessário observar que o longo período ditatorial dos regimes militares, o qual dominou o cenário brasileiro por mais de vinte anos, cuidou de deixar rastros que necessitavam de imediata ruptura, através do novo texto constitucional.

Até então, eram os interesses da burocracia tecnocrático - militar que ditavam a ordem econômica e política¹³⁴, sem quaisquer pudores. O resgate da cidadania e de uma democracia fazia-se premente, ante uma verdadeira superposição entre o público e o privado¹³⁵, decorrente da eficiência no trato da coisa pública.

Entretanto, muitas foram as forças que passaram a conduzir e exercer significativa influência na redação do texto constitucional: de um lado, correntes progressistas do trabalhador, sedentas por mudanças efetivas e pelo definitivo resgate das liberdades públicas e, doutra banda, os interesses corporativos dos titulares do capital, ávidos pela preservação dos privilégios e pela concentração do poder.

Dessa tensão surgiu um texto onde a prevalência do interesse público mostra-se oscilante. O diploma constitucional recebe então a caracterização de compromissório, analítico e dirigente. Apesar da redação analítica, a Constituição, muitas vezes pecando pela inserção formal de matéria infraconstitucional, em essência, não se pode extrair de sua leitura conteúdos definidos em sua inteireza, mas sim, linhas diretivas que denotam seus princípios norteadores e suas opções ideológicas e políticas.

¹³⁴ BARROSO, Luís Roberto. “Doze anos da Constituição brasileira de 1988”. In: Temas de direito constitucional. Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar, 2001, p.11.

¹³⁵ BARROSO, Luís Roberto. “Doze anos da Constituição brasileira de 1988”. In: Temas de direito constitucional. Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar, 2001, pp.10-1.

Questiona-se, contudo, se o caráter detalhista em que o texto constitucional restou concebido não justificaria, caso essa fosse a vontade do constituinte, a referência expressa à inviolabilidade do sigilo bancário, considerando se tratar de tema tão polêmico. Nesse sentido, oportuno que se questione sobre sua real inclusão, ainda que de modo implícito, enquanto direito fundamental¹³⁶.

Desde a Constituição Federal anterior, a propósito, havia projeto de emenda (Emenda n. 139, de 11.5.84, não aprovada), tendente a inserir o sigilo bancário no bojo da Carta Fundamental, juntamente com o sigilo de correspondência e das comunicações em geral (art. 153, § 9º, CF 1967/69) sem, contudo, jamais haver se transmutado em texto definitivo¹³⁷.

Malgrado a ausência de previsão expressa, no texto constitucional, do instituto do sigilo bancário, a jurisprudência e doutrina pátrias, em sua maioria esmagadora, passaram a incluí-lo, no rol dos direitos à intimidade e da vida privada, com quebra ou transferência sujeita, na maioria dos casos, à reserva de jurisdição, como se a matéria comportasse um silogismo automático e acrítico, decerto cômodo e útil aos interesses nitidamente particulares que se fazem aflorar entre as elites investidas da construção jurídica do país.

Não se pode, por outro lado, esquecer o poder do *lobby* perpetrado pelos banqueiros brasileiros na Assembléia Constituinte, bem como nos processos legislativos em geral. A força do capital, utilizado sabida – e freqüentemente - para custeio de campanhas eleitorais de parlamentares, aliada à corrupção disseminada no meio político e ao interesse de muitos na imposição de dificuldades ao deslinde da macrocriminalidade, peculiar aos detentores do capital, a propósito, muitas vezes integrantes das classes dominantes,

¹³⁶ O Ministro Francisco Rezek manifestou-se pela inexistência de previsão do sigilo bancário dentro dos direitos e garantias individuais contidos no art.5º da Magna Carta, no julgamento do MS 21.729-4/DF, DJ 16- 10-1995 - STF - Pleno - Relatório Originário Min. Marco Aurélio - Rel. p/ Acórdão Min. Francisco Rezek, 5- 10-1995. O assunto será melhor detalhado no sub-item seguinte.

¹³⁷ COVELLO, Sergio Carlos. **O sigilo bancário**. 2 ed. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2001, p.81.

facilita em muito a perfeita compreensão da dimensão das pressões visando ao reforço emprestado à idéia de sigilo bancário.

A internacionalização das operações bancárias, sujeitas apenas a um controle estatal formal, vulnera, inclusive, a soberania do Estado nacional, que perde por completo as rédeas quanto às movimentações financeiras utilizadas para o desmedido sangramento de divisas do país¹³⁸.

Com isso, o que se vê é o fomento desenfreado a redes organizadas de criminalidade, verdadeiros oligopólios da ilicitude, em um cenário impregnado pelos ideários da globalização, que facilitam a impunidade, em prol da defesa incondicional do acúmulo monetário.

Ausente, assim, qualquer compromisso com os valores sociais mais caros à população. Nesse diapasão, a atuação estatal voltada ao combate da sonegação de impostos perpetrada pelos grandes detentores de capitais encontra-se sobremaneira dificultada, em face do uso abusivo do argumento do direito ao sigilo bancário.

A existência de elevados índices de sonegação fiscal, sempre aludida pelos Governos, Secretários da Receita, etc., tem resistido em face de barreiras opostas aos processos de investigação e, por conseguinte, de identificação de atores, em face da aceitação do direito ao sigilo bancário sob uma concepção rigorosa, por parte dos sistemas jurídico e político brasileiros.

Outro argumento que passa pelo viés do neoliberalismo é o temor, vivenciado sobretudo pelos países que dependem da movimentação de capitais para sua economia, como é o caso da Suíça e de outros paraísos fiscais, de que a flexibilização do sigilo possa arrefecer os atrativos de sua nação para as transações bancárias de grande monta, provocando a maciça fuga de capitais.

¹⁴² BARBEITAS, André Terrigno. **O sigilo bancário e a necessidade de ponderação de interesses**. São Paulo: Malheiros, 2003, p.20.

Outra circunstância que causa espécie é que o sigilo bancário é retirado facilmente quando se observa que, enquanto atua em prol dos interesses do mercado, o Estado mostra-se muito mais simpático à transferência¹⁴³ do sigilo, dispensando, nestes casos, a própria intervenção judicial.

Nesse sentido, em se tratando de informações transferidas às próprias instituições financeiras, não se admite como violação ao sigilo bancário o acúmulo de dados por centrais de risco como a SERASA, que detém detalhes da vida pessoal e financeira de todo cidadão que mantenha qualquer relação comercial¹⁴⁴ ou bancária, sob a escusa de constituir em um imperativo da economia da chamada “sociedade de massas”.

Aliás, o próprio Supremo Tribunal Federal decidiu nesse sentido, quando, no julgamento da ADIN 1.790-5 e assim se pronunciou: “A convivência entre a proteção da privacidade e os chamados arquivos de consumo, mantidos pelo próprio fornecedor de crédito ou integrados em bancos de dados, tornou-se um imperativo da economia da sociedade de massas”.

José Afonso da Silva já alertava para o perigo decorrente da utilização da informática para a interconexão de fichários visando à formação de grandes bancos de dados que pudessem desvendar cada detalhe da vida do indivíduo, promovendo um verdadeiro esquadrinhamento¹⁴⁵ de seus passos, sem sua autorização ou conhecimento: isso é, de fato, o que acontece com as famosas “centrais de risco”.

Maria José Roque¹⁴⁶, a esse respeito, tece o comentário seguinte:

¹⁴³ Veja-se, a propósito, o § 3º do art. 1º da LC 105/2001, que exclui da idéia de violação do sigilo as informações coletadas e transmitidas pelas centrais de risco e pelos serviços de proteção ao crédito.

¹⁴⁴ Sobre o assunto: ROQUE, Maria José Oliveira Lima. **Sigilo bancário e direito à intimidade**. Curitiba: Juruá, 2001, p. 116.

¹⁴⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 205.

¹⁴⁶ ROQUE, Maria José Oliveira Lima. **Sigilo bancário e direito à intimidade**. Curitiba: Juruá, 2001, p. 117.

“ É bom observar que os Bancos e os comerciantes possuem hoje acesso a bancos de dados que funcionam em rede, onde são cruzadas informações dos clientes. É possível saber, em poucos segundos, quem emitiu cheque sem fundos, quem teve cheques devolvidos por outros motivos, contas encerradas em estabelecimentos bancários ou está inadimplente no comércio ou com as instituições financeiras. Os bancos de dados são cada vez mais completos e têm por escopo defender os comerciantes dos maus pagadores e proteger o crédito, afastando os prováveis caloteiros”.

Nesses casos, o discurso é no sentido de que não há que se falar em ofensa a direitos fundamentais, sendo o direito à própria intimidade e ao sigilo bancário prontamente afastados, de modo não razoável ou plausível, visando a interesses eminentemente privados e financeiros das entidades interessadas. A propósito, o interesse público, nesses casos, não se faz presente, de molde a justificar tais condutas.

Em relação a tais hipóteses, tanto a doutrina quanto a jurisprudência silenciam e não invocam qualquer ferimento a direitos fundamentais da personalidade, já que é a elite financeira nacional, a maior beneficiária de tais bancos de dados, compartilhando-os com certa liberdade entre si.

Haveria que se perquirir: o mau pagador, o inadimplente com o comércio ou o insolvente têm menos privacidade ou intimidade do que o cidadão que honra seus compromissos econômico-financeiros? Nesse sentido, sob que parâmetros se poderá aquilatar quando o direito ao sigilo bancário pode ser invocado como óbice ao acesso por quem quer que seja a informações constantes de instituições financeiras? Por outro lado, quando tal direito haverá que ceder em face de outros interesses supostamente mais relevantes?

E não se venha aqui a dizer que o compartilhamento não é integral, não demonstra as transações, mas tão-somente um resumo dos dados, não se havendo o que falar em quebra de sigilo, mas tão-somente de transferência de dados, ou mesmo que, ainda que compartilhados os sigilos, haveria mera transferência, posto que ainda resta o dever de sigilo da instituição destinatária.

Ao Estado persecutor não se imporia igual dever, por acaso?

Incoerente imaginar tantos óbices aos interesses investigatórios de instituições como o Ministério Público, ao lado da complacência dos poderes constituídos com um sistema nacional de informações nos moldes do extinto regime militar, obtido mediante uma verdadeira devassa por parte das instituições integrantes do sistema bancário privado.

O eventual mau uso de tais informações pelas centrais de risco, argumentam doutrinadores, permite a responsabilização dos transgressores, em todas as esferas. Ora, não se teria, com maior razão, hipótese semelhante para o caso da divulgação inadequada dedados por parte do *Parquet* ou de outros órgãos institucionais com poderes de investigação? Afinal, a rigor, só se pode falar em “quebra de sigilo” quando as informações coletadas são disponibilizadas ao público em geral. Se seu conhecimento fica restrito aos órgãos incumbidos de investigação, mais adequado seria o uso da expressão “transferência de sigilo”, cuja quebra redundaria igualmente em sanções.

O fato não seria, portanto, de preocupação ou zelo pela intimidade do cidadão,mas de opção pela quebra de sigilo somente nas hipóteses em que evidenciado proeminenteinteresse dos titulares do capital.

Quando se trata do controle para se evitar a sonegação de tributos pode-se lançar mão, inclusive, do argumento do dever de todos de solidariedade¹⁵⁵ em relação aos gastos públicos, de acordo com a capacidade contributiva de cada um¹⁵⁶, que se sobreporia a qualquer argüição de violação da intimidade, nos moldes defendidos pela doutrina jurídica italiana. Não se vislumbra, *in casu*, valores da pessoa humana carecedores de tutela, mas sim, interesses meramente patrimoniais.

Aliomar Baleeiro¹⁵⁷, já nos idos de 1974, observava que:

¹⁵⁵ ¹⁵⁶ BARBEITAS, André Terrigno. **O sigilo bancário e a necessidade de ponderação de interesses**. São Paulo: Malheiros, 2003, p.20.

¹⁵⁷ BALEEIRO, Aliomar. **Uma introdução à ciência das finanças**. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1974, p.179.

“quanto mais violenta for a tributação baseada na capacidade contributiva dos indivíduos, tanto mais a atividade financeira aparece como processo de repartição de encargos e redistribuição da renda nacional. Fora de qualquer ponto de vista ideológico, essa redistribuição propicia a permanência e o crescimento da prosperidade geral, assim como as possibilidades de desenvolvimento, embora alguns sustentem que este depende da concentração de capitais em grupos restritos”.

Intenta-se, por outro lado, partindo-se do pressuposto de que direito ao sigilo bancário é direito fundamental, difundir a idéia de que somente o Poder Judiciário seria dotado da necessária capacidade de ponderação para filtrar as hipóteses em que admissível a excepcional transferência do sigilo, ainda que o interesse público na investigação criminal se faça flagrante, dados os indícios de prova apresentados.

Ocorre que, na prática, tal intermediação representa obstáculos concretos a atividades de cunho preventivo na detecção de atividades criminosas, contendo-se eventuais desvios continuados, tendo em vista o intrincado sistema de movimentações financeiras, o número indeterminado de pessoas envolvidas, além, por certo, a necessidade de agilidade nas investigações levadas a cabo.

Em muitos países, é determinado às instituições bancárias o dever de fornecer à Administração Pública ou diretamente aos órgãos incumbidos de fiscalização, informações sobre quaisquer movimentações de valores vultosos, indicadores de supostas atividades criminosas.

No Brasil, tal dever se faz presente quando a hipótese reflete suspeita da prática de delíto, detectável através das movimentações financeiras das pessoas envolvidas (art. 1º, parágrafo 3º, inc. IV, da Lei Complementar 105, de 10.01.01).

Decerto outros mecanismos podem ser concebidos no sentido de expandir e flexibilizar as possibilidades de acesso a dados bancários, atendendo-se ao perfil constitucional reclamado pelo momento histórico atual, que inclui imediatas mudanças voltadas ao eficaz arrefecimento dos alarmantes índices de desigualdades sociais, que assolam o Brasil e tantos outros países.

2.6 A evolução interpretativa das Cortes Superiores

O tema acerca da quebra e compartilhamento de dados financeiros já especificado, se apresenta ao debate acadêmico em face das tendências doutrinárias e decisórias, não raro heterogêneas, que circundam o afastamento do Sigilo Bancário. Esta tendência, por sua vez, remete à constatação de verdadeira insegurança jurídica que permeia o debate da proteção constitucional. Necessário o exame do alcance desta proteção que tende a merecer o referido sigilo nas investigações, especialmente diante das distintas nuances interpretativas adotadas no plano da literatura e jurisprudência internas, que, vezes sim, outras não, vão ao encontro de Convenções a que se obrigou o Estado brasileiro.

Bem verdade que o tema 990 estancou diversas dúvidas nesta quadra, ao fixar tese de que dados financeiros poderiam ser compartilhados com os órgãos de persecução, traçando parâmetros iniciais para que se verificasse esse compartilhamento. No entanto, mesmo após a refreenciada discussão no bojo do RE 1.055.941/SP e após esta, seguem os Tribunais interpretando o referido compartilhando de modo restritivo, além de vedarem a iniciativa dos órgãos de persecução que, para estes, deve apenas ser receptor de representações fiscais.

Já se trouxe à tona que a garantia individual do sigilo bancário não tem previsão expressa na legislação constitucional, extraíndo-se-lhe da leitura conjunta dos incisos X (*são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação*) e XII (*é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal*) do artigo 5º, da Constituição Federal.

A construção histórica e doutrinária não permite duvidar do assento que recebe a proteção ao Sigilo Bancário enquanto garantia individual e, acerca do tema, não há dissidências, conforme já se apontou na exposição supra à adequação deste escrito, com maior detalhamento. Contudo, por não estar regrada de forma expressa na legislação os caminhos quanto ao seu excepcionamento, o afastamento do sigilo bancário, tem demandado carga interpretativa e valorativa por parte da doutrina e jurisprudência, nem sempre uníssonas.

No âmbito infraconstitucional, a Lei Complementar nº 105/2001 informa em seu bojo, de modo expresse, a possibilidade de quebra do Sigilo Bancário em qualquer fase do inquérito ou processo judicial para a apuração de ilícito penal, contudo, diferentemente do quanto dispunha a Lei nº 4.595/64, em seu art. 38, §§ 1º e 3º não trouxe em seu texto a condição da prévia ordem judicial ou esclarecimento de Comissões Parlamentares de Inquérito.

Diante do espaço não legislado, o debate se acirrou ainda mais, despertando maiores divergências de interpretações quando alcança a discussão acerca da prévia reserva de jurisdição para o afastamento da garantia constitucional ou mesmo quais conteúdos sigilosos seriam passíveis de serem transferidos entre os atores da persecução sem a intervenção judicial, qual o momento dessa transmissão, de que forma e como se daria o manuseio da prova documental digital, de modo a que fosse tolerada a sua admissibilidade sem ofensa aos preceitos procedimentais. Ou não poderia esta ser usada como prova, mas tão-somente com força informativa.

Denota-se, pois, a despeito da Tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal (STF), a atualidade da matéria e a premente necessidade de seu meticuloso exame, mormente se considerada a vacilante posição jurisprudencial acerca de temas atinentes ao sigilo bancário que, até então, já trilhavam de certa forma para a pacificação e foram avivados no cenário nacional a partir de recente decisão proclamada pelo Supremo Tribunal Federal.

Antes mesmo da fixação da referida tese, houve a paralisação das investigações criminais em todo o país, que usavam dados detalhados de órgãos de controle – como o COAF, que deu lugar à UIF e, em seguida retornou a ser chamado de COAF, Receita Federal e Banco Central – sem autorização judicial anterior.

No bojo dos autos do RE nº 1.055.941/SP, sob o argumento de possível nulidade de todos os feitos cuja investigação teve nascedouro em dados detalhados compartilhados, foram suspensas todas as ações deste país até que fosse decidido em decisão plenária com repercussão geral reconhecida no Tema 990, no dia 04 de dezembro de 2019, onde se discute amiúde a possibilidade de compartilhamento de dados com o Ministério Público, para fins penais, dos dados bancários e fiscais do contribuinte, obtidos pela Receita Federal no legítimo exercício do seu dever de fiscalizar e sem autorização judicial, bem assim o compartilhamento de Relatórios

de Inteligência Financeiros confeccionados pela UIF/COAF.

Essa decisão se estendeu aos inquéritos em trâmite no território nacional, que haviam sido instaurados sem a supervisão do Poder Judiciário e de sua prévia autorização sobre os dados compartilhados pelos órgãos administrativos de fiscalização e controle que, conforme nela se assentou, iriam além da identificação dos titulares das operações bancárias e dos montantes globais, consoante decidido pela Corte (v.g. ADI's nsº 2.386, 2.390, 2.397e 2.859, Plenário, julg. 24/2/16, DJe 21/10/16).

Um apanhado histórico, pois, dos últimos caminhos decisórios internos se faz necessário quanto ao atualmente obscuro limite ético-jurídico no que pertine ao sigilo financeiro/bancário, também em cotejo com a transparência das referidas relações, buscadas no âmbito da cooperação internacional e que visam ao combate da criminalidade organizada.

De uma análise preliminar, infere-se que o Supremo Tribunal Federal (STF) entendeu, em um primeiro enfrentamento do tema, não ser possível o acesso direto da Receita Federal, mediante requisição às instituições financeiras e bancárias de dados financeiros e pessoais acobertados pelo sigilo, com base na Lei Complementar n.º 105/2001¹⁵⁸.

O tema, ainda palpitando no meio jurídico nacional e internacional, trouxe alteração do entendimento daquela Corte Constitucional, especialmente a partir do julgamento em conjunto das Ações Diretas de Inconstitucionalidade n.º. 2.386, 2.390, 2.397, 2.859 e RE n.º 601314, ocasião em que o Supremo Tribunal Federal (STF)¹⁵⁹, em fevereiro de 2016, admitiu o acesso direto, por parte da Receita Federal, a informações bancárias acobertadas pelo sigilo, independentemente de autorização judicial.

¹⁵⁸ Disse ainda a decisão de suspensão que o Plenário do STF já havia se manifestado outrora para dizer que “o acesso às operações bancárias se limita à identificação dos titulares das operações e dos montantes globais mensalmente movimentados, ou seja, dados genéricos e cadastrais dos correntistas, vedada a inclusão de qualquer elemento que permita identificar sua origem ou a natureza dos gastos a partir deles efetuados”.

¹⁵⁹ STF, RE n.º 389.808-PR, Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio Mello, j. 15/12/2010, DJe 09.05.2011.

Diante desta decisão plenária, alguns tribunais passaram a autorizar o compartilhamento destes mesmos dados entre a Receita Federal e o Ministério Público, sendo, em última instância, pelo Supremo Tribunal Federal (STF), julgado o caso e fixada a tese pertinente ao tema proposto, de Relatoria do Min. Dias Toffoli, nestes termos:

“1. É constitucional o compartilhamento dos Relatórios de inteligência financeira da UIF e da íntegra do procedimento fiscalizatório da Receita Federal do Brasil, que define o lançamento do tributo, com os órgãos de persecução penal para fins criminais, sem a obrigatoriedade de prévia autorização judicial, devendo ser resguardado o sigilo das informações em procedimentos formalmente instaurados e sujeitos a posterior controle jurisdicional.

2. O compartilhamento pela UIF e pela RFB, referente ao item anterior, deve ser feito unicamente por meio de comunicações formais, com garantia de sigilo, certificação do destinatário e estabelecimento de instrumentos efetivos de apuração e correção de eventuais desvios.”

Os importantes precedentes, anteriores à fixação da tese constitucional, que autorizaram o compartilhamento de dados, legitimaram uma extensão interpretativa, abrindo-se a possibilidade de o Ministério Público requisitar diretamente¹⁶⁰, no âmbito de suas investigações, os dados bancários às instituições financeiras. Afinal, “(...) se a Receita Federal, com atribuições relevantes, mas certamente não mais que aquelas desempenhadas pelo Parquet, pode requisitar diretamente dados bancários, por que não poderia fazê-lo o próprio Ministério Público? (...)”¹⁶¹. A zona limítrofe do que se entende por dados e sigilo bancário violado tem despertado defesas em sentidos opostos.

¹⁶⁰ STJ, RE no AgRg no HC n.º 234.857 - RS, Rel. Min. Humberto Martins, j. 26/05/2017.

¹⁶¹ TRF3ª Região, HC n.º 0020412-68.2016.4.03.0000/SP, 5ª Turma, Rel. Des. Federal Paulo Fontes, j. 06/02/2017.

No campo do sigilo fiscal, por sua vez, o Superior Tribunal de Justiça (STJ)¹⁶² admitiu recentemente que o Ministério Público solicitasse informações, quanto à movimentação financeira de determinada empresa, ao Conselho de Atividades Financeiras (COAF) - sem a necessidade de chancela prévia judicial.

No entanto, em recente decisão da Terceira Turma, voltou atrás e passou a considerar que, conforme a Tese 990, em sua interpretação, o Ministério Público deveria resguardar posição passiva, não podendo requisitar informações financeiras e fiscais, mas tão-somente poderia ser destinatário de informações fiscais¹⁶³

Em adição à celeuma, a pouca celeridade das práticas investigativas, estando as discussões jurídicas permeadas de conflitos interpretativos que pareciam dar voltas circulares para do mesmo lugar não passar, contrastam com a rapidez - inclusive em âmbito transnacional - que se diversificam e profissionalizam o crime organizado com estreita ligação com a lavagem de dinheiro.

Há sempre a necessidade de branquear o produto da empresa criminal, sendo a lavagem de dinheiro o “calcanhar de Aquiles” da criminalidade organizada¹⁶⁴, nas lições alinhavadas de Mário Zanchetti. São os crimes de lavagem de dinheiro, pela própria natureza, aqueles de maior necessidade da medida de quebra de sigilo bancário, constituindo os depósitos bancários, uma das duas categorias utilizadas, ao lado da conversão em bens, para a prática deste crime que nunca esta só.

No calor do debate, questiona Marcelo Batlouni Mendroni¹⁶⁵: “a propriedade, como um bem que é, integra a 'intimidade'? Veja-se que os imóveis são registrados em cartórios e tornam-se públicos, mas o dinheiro que pode comprar o imóvel, se depositado no banco, não o é...! Ambos, imóvel e dinheiro em espécie são bens. Um é público, o outro é 'íntimo'...?”

¹⁶² TJ, RMS n.º 52.677/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 27/04/2017, DJe05.05.2017.

¹⁶³ Acessível em: ([Para STJ, é ilegal requisição direta de dados fiscais pelo MP](#)). Acesso em 04.08.2022.

¹⁶⁴ In *Do crime de Branqueamento de Capitais. Introdução e Tipicidade*. Coimbra: Almedina, 2001, p.32 e 36.

¹⁶⁵ MENDRONI, Marcelo Batlouni, *Crime Organizado: Aspectos Gerais e Mecanismos Legais*. 6ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

De tal sorte, para as mais diversificadas formas de criminalidade, especialmente na seara do branqueamento de capitais, comumente realizada em atividade verdadeiramente profissional pelas organizações criminosas, foram perpetradas alterações legislativas que admitiram a possibilidade do abrandamento da proteção ao sigilo de dados pessoais no curso da investigação criminal, independentemente de autorização judicial.

Assim, tal como verificado na moderna interpretação conferida ao sigilo bancário e fiscal, revela-se uma tendência legislativa e jurisprudencial de se mitigar o espectro de proteção constitucional a determinados sigilos, no contexto das investigações desenvolvidas, sempre que o sigilo se prestar à fuga do controle fiscal e a acobertar ilícitos penais, fazendo ceder o direito individual frente ao interesse social. No entanto, tal tendência não se mostra uniforme, nem mesmo após a fixação da tese constitucional no Tema 990, apresentando nuances interpretativas acerca do conteúdo do dado compartilhado, o momento adequado ao compartilhamento, a (im)possibilidade de requisição direta pelo Ministério Público, a forma de transmissão do dado sigiloso e da adequada cadeia de custódia.

Na doutrina e jurisprudência, neste passo, há soluções para a celeuma, onde se confere uma maior autonomia investigativa, independentemente de escrutínio judicial, no tocante ao excepcionamento do sigilo bancário¹⁶⁶, sem reserva de jurisdição, trilhando-se, sob este ângulo, um caminho já perfilhado pelos países europeus no sentido de fortalecer o Ministério Público no âmbito da investigação criminal.

Ainda que na Europa, há muito, hajam sido assimilados e superados os debates, impende ressaltar que a referida discussão que os orientou não se encerra apenas no cenário brasileiro, SÁNCHEZ¹⁶⁷ verifica-se que “(...) la investigación penal de hechos delictivos graves no puede dejar de tomar en cuenta los nuevos escenarios en que se producen los intercambios de información entre las personas. El uso de las tecnologías de la comunicación

¹⁶⁶ Na decisão unânime proferida nos autos do HC 2001.02.01.033100-1, da Segunda Turma do TRF da segunda região, consignou-se ainda que “*O Ministério Público tem que ser poderoso sim, principalmente porque o Brasil é um dos países em que há mais desequilíbrio entre os ditos interesses públicos e o real interesse da sociedade; um país onde muitos que deveriam ser os primeiros a dar o exemplo não cumprem a lei. Diante disso, como se vai investigar?*”

²⁷ SÁNCHEZ, Alfredo Chirino. *Direito penal como crítica da pena. Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70.º Aniversário em 2 de setembro de 2012*. Marcial Pons: 2012, p. 108. 71

y la información han transformado, profundamente, nuestras vidas, y juegan un importante papel para definir la forma, intensidad y contenido de los datos que intercambiamos con nuestros semejantes. La delincuencia organizada ha tomado estos nuevos medios de comunicación y de interacción social como medios para realizar sus planes, coordinar sus actividades y reconducir sus tareas en una amplia gama de opciones a nivel nacional e internacional (...).”

Portanto, verifica-se que o caminhar doutrinário e jurisprudencial é bastante conflituoso, não havendo uniformidade no tocante à abrangência e limites ético-jurídicos da proteção constitucional do sigilo bancário, muito embora já decidido pelo Supremo Tribunal Federal (STF) a possibilidade de compartilhamento dos dados entre a Receita Federal e o Ministério Público, desnecessitando de prévia reserva jurisdicional para a quebra do sigilo do investigado, ao que se indica, ainda assim, urge a necessidade de fixação de parâmetros, a fim de evitar-se novos retrocessos à decisão da Corte Máxima, bem assim evitando-se novas inadmissibilidade de provas.

É na inclinação pela necessidade de avanços que tragam maior eficiência à investigação e ao combate à criminalidade, sem pender para o extremo, que se pretende trilhar, com a ânsia de buscar um “(...) equilíbrio entre o interesse social e o da defesa individual, entre o direito do Estado à punição dos criminosos e o direito do indivíduo às garantias e seguranças de sua liberdade (...)”²⁸²⁸, trazendo ao meio de obtenção de prova da violação do sigilo bancário no âmbito do processo penal eficiência com garantismo.

Importância esta que não se apequena com o julgamento plenário do RE 1.055.941/SP, o qual longe de encerrar o debate, apenas abriu caminhos à fixação do alcance desse compartilhamento com os órgãos de persecução, conteúdo, modo e cadeia de custódia, insuflando tantos outros novos debates que se seguirão.

3. DADOS FINANCEIROS ENQUANTO PROVAS E DOCUMENTOS DIGITAIS

3.2. Provas e documentos digitais: primeiras noções

Dentro desta nova realidade e lidando com um novo formato de provas, desta vez sob a via digital, avança-se para a necessidade de se debater sobre as características e a conceituação de *provas digitais*, bem como sobre aspectos relacionados aos meios de produção e de busca de prova digitais.

Com efeito, o conceito de *prova* é dotado de múltiplos e distintos significados no campo científico e jurídico¹⁰⁶, podendo inclusive transcender aspectos meramente técnicos para alcançar também fatores políticos, sociais e culturais¹⁰⁷.

Uma das definições clássicas sobre prova é trazida por ADA PELLEGRINI GRINOVER, ANTÔNIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA e CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, para quem prova é um “*instrumento por meio do qual se forma a convicção do juiz a respeito da ocorrência ou inoocorrência dos fatos controvertidos no processo*”¹⁰⁸.

Avançando-se sobre a definição de *prova*, ANTÔNIO MAGALHÃES GOMES FILHO e MICHELE TARUFFO propõe uma divisão classificatória da prova, enquanto: (a) demonstração, quando tem a pretensão de “estabelecer a verdade sobre determinados fatos”; (b) experimentação, como “atividade ou procedimento destinado a verificar a correção de uma hipótese ou afirmação” e (c) desafio, como “obstáculo que deve ser superado como condição para se obter o reconhecimento de certas qualidades ou aptidões”¹⁰⁹.

¹⁰⁶ Tendo em vista que a pretensão do trabalho está circunscrita ao acesso aos dados e os meios de busca e de produção de prova a ele relacionados, opta-se por não se realizar uma avançada digressão histórica e conceitual sobre o tema.

¹⁰⁷ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Editora RT, 1997, p. 18.

¹⁰⁸ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Editora Malheiros, 2001, p. 349.

¹⁰⁹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). In YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (coord.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005, pp. 303-318; TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*. Milano, Giuffrè, 1992, p. 415.

Com o avanço tecnológico que promoveu sensível alteração na realidade social, tem-se tornado ainda mais necessário avançar sobre o estudo da prova digital, cujo conceito pode ser extraído a partir da expressão “digital evidence” (utilizada para definir “prova digital” na doutrina norte-americana). Para EOGHAN CASEY, a “digital evidence” pode ser definida como “(...) any data stored or transmitted using a computer that support or refute a theory of how an offense occurred or that address critical elements of the offense such as intent or alibi (...)”¹¹⁰.

Ainda tomando-se as lições de CASEY, outras definições podem ser estabelecidas para a expressão “digital evidence”: (i) todo dado que pode estabelecer que um crime foi cometido ou pode proporcionar uma ligação entre o crime e sua vítima ou entre o crime e seu autor; (ii) toda informação de valor probatório que é armazenado ou transmitido no formato digital¹¹¹; (iii) a informação armazenada ou transmitida de forma binária que pode ser levada à apreciação da Corte Judicial¹¹²; (iv) a informação ou dado investigativo armazenado ou transmitido por intermédio de um computador¹¹³; (v) o dado digital que confirma ou refuta uma hipótese sobre eventos digitais ou o estado de dados digitais.

Para THAMAY e TAMER, a prova digital consiste no:

instrumento jurídico vocacionado a demonstrar a ocorrência ou não de determinado fato e suas circunstâncias, tendo ele ocorrido total ou parcialmente em meios digitais ou, se fora deles, esses sirvam como instrumento para sua demonstração. A prova digital é o meio de demonstrar a ocorrência de um fato ocorrido em meio digital, o que tem no

¹¹⁰ CASEY, Eoghan. *Digital evidence and computer crime: forensic science, computers and the internet*. 3th Edition, Ed. Elsevier, 2011, p. 7, a partir do conceito trazido por CHISUM, J. W. *Crime reconstruction and evidence dynamics*. 1999. Presented at the Academy of Behavioral Profiling Annual Meeting. Monterey, CA. A mesma definição, diante de sua relevância, é rememorada por Giovanni Ziccardi (ZICCARDI, Giovanni. *Informatica giuridica. 2: Privacy, sicurezza informatica, computer forensics e investigazioni digitali*. Milano: Ed. Giuffrè, 2008, p. 271).

¹¹¹ Definição trazida pela Standard Working Group on Digital Evidence (SWGDE), em *Proposed Standards for the Exchange of Digital Evidence Scientific Working Group on Digital Evidence (SWGDE)*, April 2000, vol. 2, n. 2, tradução livre.

¹¹² Definição da International Organization of Computer Evidence (IOCE) (ZICCARDI, Giovanni. *Informatica giuridica. 2: Privacy, sicurezza informatica, computer forensics e investigazioni digitali*. Op. cit. p. 272, tradução livre).

¹¹³ Definição dada pela Association of Chief Police Officers (CASEY, Eoghan. *Digital evidence and computer crime: forensic science, computers and the internet*. Op. cit. 7, tradução livre).

meio digital um instrumento de demonstração de determinado fato de seu conteúdo (THAMAY, Rennan; TAMER, Mauricio. *Provas no direito digital. Conceito da prova digital, procedimentos e provas digitais em espécie*. São Paulo: Editora RT, 2020, p. 33).

Destarte, seriam consideradas provas digitais tanto os fatos ocorridos por meios digitais (v.g., a prova de um crime de invasão de dispositivo informático) quanto aqueles em que o meio digital sirva de instrumento para demonstrar a existência de um fato ocorrido em meio não digital (v.g., por intermédio da prova digital é possível se identificar a localização de uma vítima sequestrada).

Todavia, esta concepção abrangente não é compartilhada por toda a doutrina, que vislumbra uma distinção técnica entre a prova digital e a prova eletrônica. Com efeito, a categoria de provas eletrônicas é gênero da qual se inclui a prova digital, pois compreenderia todo e qualquer documento acessível e interpretável por um equipamento eletrônico (v.g., uma câmera fotográfica, uma filmadora, etc.)¹¹⁴. Não seria necessário, portanto, que o valor probatório tenha sido criado de forma digital, por intermédio de um computador.

Assim, um documento originalmente analógico que conserve essa formatação ou que venha a ser digitalizado pode ser considerado um documento eletrônico e, caso detenha relevante valor de interesse para comprovação ou refutação de uma hipótese fática debatida, é considerada uma prova eletrônica.

Já a prova digital, por sua vez, abrange os documentos eletrônicos de relevante valor probatório que sejam codificados em dígitos binários e acessado por instrumento computacional. Nesta ordem, todo documento digital é, ao mesmo tempo, um

¹¹⁴ Na precisa definição de Joaquín Delgado Martín, “(...) por prueba electrónica cabe entender toda información de valor probatorio contenida em un medio electrónico o transmitida por dicho medio. En esta definición cabe destacar los siguientes elementos: se refiere a cualquier clase de información; que ha ser producida, almacenada o transmitida por medios electrónicos; y que pueda tener efectos para acreditar hechos en el proceso abierto para la investigación de todo tipo de infracciones penales, y no solamente para los denominados delitos informáticos. De esta manera, la fuente de la prueba radica en la información contenida o transmitida por medios electrónicos, mientras que el medio de prueba será la forma a través de la cual esa información entra en el proceso: normalmente como prueba documental o como prueba pericial, pero también incluso a través de la prueba testifical mediante el testimonio de la persona que ha tenido contacto con el dispositivo electrónico (...)” (DELGADO MARTÍN, Joaquín. *La prueba electrónica em el proceso penal*. Diario La Ley, N° 8167, Sección Doctrina, 10 Oct. 2013, Año XXXIV, Editorial LA LEY, p. 1).

documento eletrônico, mas nem todo documento eletrônico assume a característica de digital.

Denota-se que o conceito de provas digitais não se dissocia da acepção terminológica de provas pelos meios convencionais. Com efeito, ambas se prestam a confirmar ou refutar um fato suscitado, contribuindo na formação do convencimento das partes e do julgador. Todavia, as provas digitais têm um propósito maior, podendo ser mais sensíveis em razão da vastidão de dados que contemplam, móvel e demandar a utilização de ferramentas e conhecimento tecnológico para lidar com seu formato¹¹⁵.

Nas palavras de DENISE VAZ, as provas digitais são “(...) os dados em forma digital (no sistema binário) constantes de um suporte eletrônico ou transmitidos em rede de comunicação, os quais contêm a representação de fatos ou ideias (...)”¹¹⁶.

As provas digitais gozam de algumas características que demandam a observância de certas peculiaridades no tocante à forma de acesso, extração, arquivamento e validação, dentre as quais se destacam sinteticamente:

3.2.1. imaterialidade: as provas digitais consistem em verdadeiros impulsos elétricos autônomos, não palpáveis, que se revelam a partir da utilização de um recurso tecnológico. Embora o suporte físico seja necessário para se revelar os contornos

¹¹⁵ GOODISON, Sean E., DAVIS, Robert C., JACKSON, Brian A. *Digital Evidence and the U.S. Criminal Justice System: Identifying Technology and Other Needs to More Effectively Acquire and Utilize Digital Evidence*. Santa Monica, CA: RAND Corporation, 2015, p. 3. Disponível em <https://www.rand.org/pubs/research_reports/RR890.html>, Acesso em: 20 de dezembro de 2020.

Ainda no tocante à prova digital e a necessidade de preservação das fontes digitais, Guardia adverte que “(...) a complexidade técnica da investigação ou a urgência para assegurar fontes de provas não podem justificar a delegação à polícia de funções ligadas a faculdades judiciárias instrutoras. A pré-constituição probatória figura como intolerável fonte de fragilização da via judicial que converte o juiz em mero agente de convalidação de decisões previamente tomadas (...)” (GUARDIA, Gregório Edoardo Raphael Selingardi. *Comunicações Eletrônicas e dados digitais no processo penal*. Tese (Mestrado em Direito Processo Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2016, p. 141).

¹¹⁶ VAZ, Denise Provazi. *Provas digitais no processo penal: formulação do conceito, definição das características e sistematização do procedimento probatório*. Tese (Doutorado em Processo Penal) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012, p. 63. Citando Eoghan Casey, a autora estabelece uma distinção entre as provas digitais e as provas eletrônicas, sendo esta utilizada para se referir ao suporte físico onde os dados estariam armazenados (v.g., o aparelho celular), ao passo que as provas digitais seriam efetivamente, o conteúdo dos dados extraídos da precitada base tecnológica. No mesmo sentido: DANIELE, Marcelo. *La prova digitale nel processo penale*. Rivista di Diritto Processuale Anno LXVI (Seconda Serie) – n. 2, Marzo – Aprile, 2011, p. 284.

existenciais da prova, não é condição de sua existência, porquanto os dados digitais podem ser transferidos livremente para outros dispositivos sem que perca sua forma ou essência¹¹⁷;

3.2.2. *volatilidade*: trata-se de característica derivada da imaterialidade e consiste na variabilidade da prova digital, a qual não é perene e possui uma preocupante facilidade de desaparecimento. Um problema técnico irrecuperável em um *hardware*, a sobreposição de gravações e o desaparecimento de um arquivo temporário são exemplos de dificuldades técnicas que podem levar ao desaparecimento da prova produzida, comprometendo-a enquanto elemento valorativo¹¹⁸;

3.2.3. *fragilidade*: a prova digital, para além de volúvel, é facilmente modificável, alterável ou manipulável por qualquer pessoa, não apenas pelo criador mas, sobretudo, por terceiros que tenham tido contato com a prova, inclusive os investigadores durante sua aquisição e análise¹¹⁹. A fragilidade do dado o torna refém de atitudes deliberadas para sua manipulação ou destruição ou, ainda, a meros erros procedimentais na escolha do método para extração do dado, o que pode comprometê-lo¹²⁰;

3.2.4. *intrusividade*: a busca da prova digital permitirá que, diante da sua forma de armazenamento, se tenha acesso a uma gama variada de dados que estejam relacionados à intimidade e privacidade do titular. Assim, especialmente considerando que a vasta e diversificada quantidade de dados armazenados em um mesmo suporte, é possível

¹¹⁷ Marcelo Daniele reconhece que “(...) oggi nessuno dubita più del fatto che le prove digitali esistano indipendentemente dai supporti in cui si trovano, i quali sono solo involucri esterni di per sé processualmente irrilevanti. Spesso vi è, anzi, un’assoluta sproporzione tra le prove digitali ed i loro recipienti: un supporto di piccole dimensioni è in grado di contenere una massa enorme di informazioni digitali (...) Dalla immaterialità discendono ulteriori caratteristiche delle prove digitali, che creano non pochi inconvenienti in rapporto alla loro acquisizione processuale. Si pensi, anzitutto, al rischio della loro dispersione. Molto più frequentemente delle prove tradizionali, le prove digitali di un reato si trovano dislocate in luoghi distanti tra loro: ad esempio in ‘servers’ e in ‘personal computers’ fisicamente moltolontani. Considerata l’estensione mondiale delle reti informatiche, potenzialmente la dispersione può riguardare l’intero globo terrestre (...)” (DANIELE, Marcelo. *La prova digitale nel processo penale*, op. cit. p. 285)

¹¹⁸ Denise Vaz, todavia, ressalva que o dado digital poderá deixar de ser volátil, caso seja armazenado em suporte eletrônico e submetido a técnicas de armazenamento que assegurem a perenidade do dado (VAZ, Denise Provasi. *Provas digitais no processo penal: formulação do conceito, definição das características e sistematização do procedimento probatório*. Op. cit. p. 67).

¹¹⁹ Ministério Público Federal. *Roteiro de atuação: crimes cibernéticos*, 2. ed. rev. – Brasília: MPF/2ª TCR, 2013, p. 172

¹²⁰ Como bem menciona John. R. Vacca, “(...) digital evidence is the most easily lost evidence. There’s nothing in criminal justice more easily damaged, corrupted, or erased. You need to be able to demonstrate that the evidence is what you say it is, came from where you say it did, and has not been modified in any way since you obtained it (...)” (VACCA, John. R. *Computer Forensics: Computer Crime Scene Investigation*. Second Edition, Charles River Media, p. 238).

que a violação à privacidade ocorra de maneira mais aguda do que na mera pesquisa de dados e elementos físicos¹²¹;

3.2.5. *suscetibilidade de clonagem*: a prova digital é passível de ser reproduzida e replicada de forma fiel, mediante espelhamento, com absoluta identidade ao arquivo original. Ademais, as cópias poderão ser utilizadas como elemento de comparação com o arquivo original, a fim de se apurar eventual alteração ou modificação em seu conteúdo e, com isso, atestar-se a utilidade ou imprestabilidade do elemento probatório produzido;

3.2.6. *intermediação de equipamento para acesso*: a prova digital, embora de existência autônoma, é processada e disponibilizada por intermédio de equipamentos e ferramentas próprias, razão pela qual dele são dependentes para sua verificação.

2.1.1. A prova digital e sua produção por meio documental

A prova digital poderá ser documentada, ocasião em que será reconhecida na condição de “documento digital”¹²², que são os atos, fatos ou dados juridicamente relevantes e que são incorporados em uma base material por meio de um

¹²¹PINTO PALACIOS, Fernando. PUJOL CAPILLA, Purificación. *La prueba en la era digital*. 1ª Edición. Madrid: Editora Wolters Kluwer, 2017, p. 26-29. GUARDIA, Gregório Edoardo Raphael Selingardi. *Comunicações Eletrônicas e dados digitais no processo penal*. Op. cit., p. 123-126. Marcelo Daniele trata desta característica sob o nome de *promiscuità*, aduzindo que “(...) Queste prove possono trovarsi collocate in spazi virtuali enormi e pieni di dati di ogni tipo. Non è raro che siano mescolate ad informazioni irrilevanti rispetto al reato, e magari attinenti alla vita privata dell’indagato o di altre persone. Le indagini informatiche, dunque, sono sempre potenzialmente in grado di pregiudicare la riservatezza degli individui. La loro capacità lesiva della ‘privacy’ è addirittura superiore a quella delle intercettazioni; queste ultime si limitano a carpire le informazioni che la persona intercettata ha deciso di rivelare ad altri, mentre l’analisi dei sistemi informatici e delle reti possono rivelare il contenuto di interesse esistente: abitudini, opinioni politiche, preferenze di ogni genere (...)” (DANIELE, Marcelo. *La prova digitale nel processo penale*, op. cit. p. 285)

¹²² VAZ, Denise Provazi. *Provas digitais no processo penal: formulação do conceito, definição das características e sistematização do procedimento probatório*. Op. cit. p. 66-76. Anote-se que, terminologicamente, tem-se tratado de maneira equivalente as provas digitais e os documentos digitais, reconhecendo-se a ambos as mesmas características. Entretanto, Denise Vaz reconhece a prova digital como uma categoria autônoma, razão pela qual não menciona a expressão documento digital ou eletrônico. Ao tratar a prova digital, a autora a distingue da prova documental em geral, por defender que a prova digital exiba um fato ou ideia de maneira mais ampla, possua desprendimento material – já que a prova digital poderia ser alterada ou destruída sem comprometer o seu suporte, o que não ocorreria no tocante ao documento –, bem como por não ser, necessariamente, um registro da representação de forma duradoura

método digital¹²³, produzidos sem contraditório prévio em sua formação, posteriormente introduzidos ao processo pela via do meio de prova documental.

Dispõe o artigo 232 do Código de Processo Penal que “consideram-se documentos quaisquer escritos, instrumentos ou papéis, públicos ou particulares”, sendo certo que, no parágrafo único, o legislador reconheceu que “(...) à fotografia do documento, devidamente autenticada, se dará o mesmo valor do original (...)”.

Ao mesmo tempo, no artigo 479 do Código de Processo Penal, houve uma inequívoca extensão do conceito de documento. Com efeito, ao se referir aos “documentos” que não poderiam ser juntados antes do tríduo legal, na realização de julgamentos perante o Tribunal do Júri, o legislador reconheceu que “compreende-se na proibição deste artigo a leitura de jornais ou qualquer outro escrito, bem como a exibição de vídeos, gravações, fotografias, laudos, quadros, croqui ou qualquer outro meio assemelhado, cujo conteúdo versar sobre a matéria de fato submetida à apreciação e julgamento dos jurados”.

A definição de uma concepção sobre documentos pode estar relacionada a uma definição mais restritiva ou ampliativa¹²⁴. Todavia, seja qual a formatação que se pretenda adotar, não se pode ignorar o fato de que o “documento”, verdadeiro meio de prova por intermédio do qual os dados são introduzidos no processo, deverá incluir novas formas representativas de fatos, diversas da mera escrita, inclusive em atenção à evolução e desenvolvimento tecnológico.

¹²³ MENDONÇA, Andrey Borges. *Prova documental no processo penal: aspectos relevantes e controvertidos*. In: SALGADO, Daniel Resende. KIRCHER, Luis Felipe Schneider. QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro. *Altos Estudos sobre a prova no processo penal*. Ed. Juspodium, 2020, p. 508; TONINI, Paolo. *Manuale di Procedura Penale*, Undicesima edizione, Milano: Editora Giuffè: Milano, 2010, p. 350.

¹²⁴ Novamente invoca-se o magistério de Denise Vaz, que discorre com perfeição sob as mais distintas abordagens no tocante à concepção de “documentos”, desde as mais restritivas – que enxergam como documento apenas os escritos em papel – até as mais ampliativas, que o tratam como qualquer representação de um fato ou ideia, bem como um objeto qualquer criado para fins probatórios. Ao final, a autora adota uma visão intermediária, para reconhecer os documentos como sendo o “(...) registro da representação de um fato ou ideia, pela intervenção humana, por meio de escrito, imagem ou som, em base material móvel, de maneira duradoura e realizado fora do processo (...)” (VAZ, Denise Provazi. *Provas digitais no processo penal: formulação do conceito, definição das características e sistematização do procedimento probatório*. Op. cit. p. 72)

O documento, assim, é “prova histórica real” de fatos, composta por elementos comunicativos, que consistem na representação de um pensamento ou ocorrência; e certificante, com a demonstração de que a representação é exata e exprime a verdade¹²⁵.

A despeito de suas peculiaridades, os dados digitais se assemelham à prova documental¹²⁶, aplicando-se aos documentos digitais toda a disciplina relacionada à prova documental, com as devidas ressalvas decorrentes das particularidades inerentes às provas digitais.

Com efeito, em ambos são reconhecidos os elementos constitutivos¹²⁷ dos “documentos”, a saber: um fato representado, que poderá ser um fato, pessoa ou coisa que venha a ser objeto de prova; a representação de um fato, por meios de imagens, palavras, gestos ou sons, a fim de se permitir que um fato se torne conhecido por outras pessoas; a incorporação, que consiste no meio pelo qual a representação é fixada em uma base material, através do registro do fato; e a base material, onde se incorpora a representação e poderá ser analógica ou digital.

Entretanto, os documentos digitais distinguem-se dos documentos tradicionais especialmente no tocante à sua forma de incorporação sobre uma base digital¹²⁸. Em sendo obtido por intermédio de um dispositivo eletrônico ou durante sua transmissão, os dados extraídos são incorporados sobre este formato de base digital, distinta da tradicionalmente analógica¹²⁹.

¹²⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal*, 8ª edição, São Paulo: Editora RT, 2020, p. 573.

¹²⁶ Refoge ao propósito do presente trabalho científico a análise da prova documental no processo penal. Assim, o subtópico limitou-se a apontar as semelhanças e distinções relativas à prova documental digital e a prova documental pelo formato “tradicional”. Para aprofundamento com relação ao tema da prova documental, suas características e elementos, a forma de produção, o procedimento a ser seguido, seu valor e os limites probatórios de cada um dos meios, recomenda-se: DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de processo penal*. 6. ed., Op. cit, p. 666-696 e 761-766. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal*, Op. cit., p. 497-511 e 571-576; NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de processo penal*. 17ª Edição, São Paulo: Gen/Forense, 2020, p. 446-469 e 548-555; MENDONÇA, Andrey Borges. *Prova documental no processo penal: aspectos relevantes e controvertidos*. In: *Altos Estudos sobre a prova no processo penal*. Ed. Juspodium, 2020, p. 430-523.

¹²⁷ TONINI, Paolo. *Manuale di Procedura Penale*. Op. cit. p. 349-352.

¹²⁸ Denise Vaz reconhece que as principais precauções relacionadas às provas digitais, quando cotejadas com a análise dos documentos tradicionais, diz respeito à autenticidade, identificação de autoria e consequente valor probatório, além do acesso aos sujeitos processuais à fonte de prova (VAZ, Denise Provazi. *Provas digitais no processo penal: formulação do conceito, definição das características e sistematização do procedimento probatório*. Op. cit. p. 114).

¹²⁹ Marcelo Daniele reconhece que “(...) oggi nessuno dubita più del fatto che le prove digitali esistono indipendentemente dai supporti in cui si trovano, i quali sono solo involucri esterni di per sé processualmente

Extrai-se, pois, a importância do suporte eletrônico que armazenam as informações, haja vista que, como bem destacam MARINONI e ARENHART, “(...) a confiabilidade da prova documental – e a importância singular que os ordenamentos processuais lhe emprestam – assenta-se, exatamente, na estabilidade do suporte em que a informação é registrada (...)”¹³⁰.

Algumas peculiaridades, próprias das características dos documentos digitais, merecem atenção especialmente no que se refere no tocante à obtenção da prova e sua correspondente valoração.

Especialmente em razão de sua volatilidade, a produção e captura do documento digital deve ser dar de forma rápida, com o fito de se assegurar a preservação do máximo de elementos que guarneçam e integrem a prova, especialmente diante dos dados em tráfego. Ao mesmo tempo, tão logo o documento seja produzido, há necessidade de sua fixação em uma base material acessível no futuro, reduzindo-se sobremaneira as chances de alterabilidade e preservando-se a integralidade e autenticidade da prova produzida¹³¹.

Outrossim, para fins práticos e com o claro intuito de se direcionar o documento à representação do fato ou ideia que se pretenda comprovar, há necessidade de organização e filtragem destes documentos digitais, geralmente abundantes em razão da enorme capacidade de armazenagem dos dispositivos eletrônicos que os contém¹³².

Por derradeiro, a documentação da prova digital é considerada válida por expressa disposição do artigo 11 da Lei n.º 11.419/2006, desde que assegurados dois elementos essenciais: autenticidade e integridade, que demandarão a observação da cadeia de custódia¹³³.

irrelevanti. Spesso vi è, anzi, un'assoluta sproporzione tra le prove digitali ed i loro recipienti: un supporto di piccole dimensioni è in grado di contenere una massa enorme di informazioni digita (DANIELE, Marcelo. *La prova digitale nel processo penale*, op. cit. p. 285)

¹³⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. 2ª edição, São Paulo: Editora RT, 2011, p. 563-564.

¹³¹ MENDONÇA, Andrey Borges. *Prova documental no processo penal: aspectos relevantes e controvertidos*. Op. cit. p. 511.

¹³² VAZ, Denise Provazi. *Provas digitais no processo penal: formulação do conceito, definição das características e sistematização do procedimento probatório*. Op. cit. p. 78.

¹³³ Vide Capítulo 7.

A autenticação é o processo estabelecido para se garantir que o elemento probatório é, exatamente, o que ele se propõe a ser. Assim, compete à parte que apresentou a prova digital comprovar sua veracidade e genuinidade, especialmente de forma a se identificar o autor do documento. Assim, *ad exemplum*, o órgão acusatório deverá demonstrar que uma mensagem supostamente encaminhada pelo investigado a um terceiro foi, efetivamente, emitida e enviada pelo dispositivo eletrônico pertencente ao investigado.

A autenticidade do documento, no ordenamento jurídico brasileiro, pode se dar através da assinatura eletrônica de documentos (artigo 411 do Código de Processo Civil), emitidos geralmente pela certificação digital. Entretanto, os documentos digitais não providos de uma certificação que lhes permita reconhecer a autenticidade podem ser comprovados por intermédio de outras formas digitais, tais como o registro de acesso a páginas, o *Internet Protocol (IP)*, os dados cadastrais utilizados no aplicativo por intermédio do qual a mensagem foi enviada, dentre outros meios¹³⁴.

Ainda, a higidez do documento é essencial, como forma de se garantir que a prova não fora alterada indevidamente. Para tanto, extrai-se a imprescindibilidade de se observar a cadeia de custódia da prova, a fim de assegurar que o documento apresentado em Juízo é exatamente o mesmo que fora apreendido no aparelho celular do investigado e não sofreu qualquer alteração ou supressão.

Diante destas características e, especialmente, das peculiaridades da prova digital com relação à sua introdução no processo na qualidade de prova documental ou pericial, é inegável reconhecer que a busca e produção da prova digital exige novas

¹³⁴ Importante destacar que, no cenário americano, a *Federal Rules of Evidence*, adotada em alguns Estados como regras elementares para se assegurar a validade e eficácia da prova, permite que a autenticação se dê pela via testemunhal, tal como, *verbi gratia*, o depoimento do agente público que efetuou a busca no celular ou no computador e pode testemunhar onde e como os arquivos e dados foram apreendidos. Ademais, um aspecto importante relacionado às provas digitais é a sua confiabilidade, o que poderá ser atestada por intermédio de métodos científicos confiáveis pela comunidade científica, o que vem causando grandes adversidades diante das novas formas de tecnologia. Sobre o tema, confira-se: GOODISON, Sean E., DAVIS, Robert C., JACKSON, Brian A. *Digital Evidence and the U.S. Criminal Justice System: Identifying Technology and Other Needs to More Effectively Acquire and Utilize Digital Evidence*. Santa Monica, CA: RAND Corporation, 2015, p. 11-12, Disponível em <https://www.rand.org/pubs/research_reports/RR890.html>. Acesso em 20 de dezembro de 2020).

formas, métodos e ferramentas que permitam assegurar a credibilidade e confiabilidade da prova¹³⁵.

2.1.2. A prova digital e sua produção por meio pericial

Após a introdução no processo, a prova documental digital poderá vir a ser submetida a exame pericial, cuja disciplina encontra-se inserida nos artigos 158 a 164 do Código de Processo Penal. A perícia consiste em um exame que demanda a invocação de conhecimentos técnicos, científicos, jurídicos e artísticos, subministrando fundamentos ao julgador e as partes que estariam fora da órbita do saber ordinário¹³⁶.

A natureza jurídica da prova pericial é controversa: ao mesmo tempo em que pode ser considerada meio de prova¹³⁷, no âmbito de inquéritos policiais ou

¹³⁵ Como bem aponta Armando Ramos, a evidência digital “(...) não se compraz com os velhos métodos de busca que se realizavam (e continuam a realizar) na descoberta de provas de outros tipos de criminalidade. Ela exige novas formas, novos métodos e ferramentas informáticas específicas conducentes a uma recolha de prova digital que possam ser indubitáveis e credíveis em sede de audiência e julgamento (...)” (RAMOS, Armando Dias. *A prova digital em processo penal: o correio eletrônico*. Lisboa: Ed. Chiado, 2014, cap. 2.3, p. 103-105)

¹³⁶ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 469.

¹³⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal*, Op. cit., p. 434; TONINI, Paolo. *Manuale di Procedura Penale*. Op. cit. p. 327.

Impende estabelecer uma distinção classificatória entre os “meios de prova” e os “meios de produção ou obtenção de prova”. Com efeito, os meios de provas são os “instrumentos e atividades” (GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro)*. Op. cit, p. 308), que servem de liame introdutório dos elementos de prova ao processo, visando sua produção a partir das fontes de provas, com o objetivo de se chegar ao resultado da prova. Para Cândido Rangel Dinamarco, são as “técnicas destinadas a atuar sobre fontes e delas se extrair o conhecimento dos fatos relevantes para a causa” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2001, vol. III, p. 47). Seriam “(...) todos los elementos que pueden servir para producir el convencimiento judicial (...)” (ROMERO COLOMA, Aurelio. *Estudios de la prueba procesal*, Madrid, Colex, 1986, p. 39), vale dizer, “(...) todo aquello que permite conocer los hechos relevantes de la causa; es decir, lo que ‘permite formular o verificar’ enunciados asertivos que sirven para reconstruir esos hechos (...)” (GASCÓN ABELLÁN, MARINA, *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba*, Marcial Pons, 1ª edic., Madrid, 1999, pp. 83-86).

Os meios de prova, todavia, não se confundem se distinguem de outro conceito semelhante, consistente nos meios de pesquisa (também chamados de meios de investigação e meios de busca da prova), uma distinção conceitual que fora objeto de expressão previsão no Código de Processo Penal Italiano, mas que não se repetiu no ordenamento processual pátrio. Sobre o tema, confira-se: TONINI, Paolo. CONTI, Carlotta. *Il diritto delle prove penali*. 1ª edizione aggiornata, Ed. Giuffrè, 2011, 379-380.

Assim, enquanto os meios de prova se referem a “(...) uma atividade endoprocessual que se desenvolve perante o juiz, com o conhecimento e participação das partes, visando a introdução e a fixação de dados probatórios no processo (...)”, os meios de pesquisa ou investigação estão relacionados aos procedimentos, geralmente anteriores à formação da relação jurídica processual, com “(...) o objetivo de conseguir provas materiais, e que podem ser realizados por outros funcionários (...)” (GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Notas sobre a terminologia da prova*. Op. cit. p. 309-310). A utilidade da definição terminológica se extrai no tocante à análise de possíveis repercussões das irregularidades verificadas em relação a ambos, haja vista que, em vícios apresentados com relação ao meio de prova, a consequência seria a nulidade dos elementos da prova produzida, ao passo que as irregularidades nos meios de pesquisa acarretarão a inadmissibilidade da prova, por violação às regras atinentes à Para Marcos Alexandre Coelho Zilli, os meios de prova constituem os instrumentos que

procedimentos ministeriais próprios, visando a formação de *opinio delicti*, pode também assumir a condição de meio de investigação e de prova¹³⁸. Ainda, alguns a situam em um patamar distinto, revelando-a como instrumento de auxílio valorativo ao convencimento do julgador, situando-se em um local autônomo entre a prova e a sentença¹³⁹.

Embora seja inegável o grande relevo probatório conferido à prova pericial, especialmente diante de seu cunho eminentemente técnico, é de grande valia a advertência de AURY LOPES JR., para quem, rememorando-se a exposição de motivos do Código de Processo Penal, sustenta que todas as provas são relativas e nenhuma delas terá, *ex vi*, valor decisivo ou prestígio superior a outras¹⁴⁰, especialmente em um sistema pautado pelo livre convencimento motivado, o que afasta qualquer prévia vinculação do julgador a uma ou outra prova.

Para TONINI, a prova pericial tem o objetivo de *a)* realizar investigações para adquirir dados probatórios; *b)* adquirir os mesmos dados, selecionando e interpretando-os; *c)* realizar avaliações sobre os dados já adquiridos¹⁴¹.

Especificamente com relação à prova digital, bem destaca VAZ, a prova pericial poderá ser necessária para a pesquisa da prova, nas hipóteses de apreensão remota dos dados; para a captação da prova e a realização de procedimentos técnicos para a interceptação de dados ou para cópia de um dispositivo; para a análise dos dados apreendidos e sua separação; e também para a constatação da autenticidade dos dados e eventuais modificações da prova¹⁴², destacando ainda que, nas duas primeiras hipóteses, o trabalho

“(…) levam ao conhecimento dos sujeitos processuais os fatos (…)” ao passo que os meios de “busca de prova” (expressão utilizada pelo autor) são as “(…) próprias medidas tendentes à busca, à coleta, à obtenção, enfim, de provas (…)” para posterior instrumentalização e transporte até o processo (ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal*. São Paulo: RT, 2003).

Ainda, os meios de pesquisa, busca ou investigação da prova, via de regra, seriam realizados sem o conhecimento da parte investigada – sob pena de se comprometer a obtenção das fontes materiais de prova – e não constituem efetivas fontes de conhecimento, mas mero instrumento para se chegar às fontes de provas, por meio das quais a Polícia e o Ministério Público poderão requerer a produção dos elementos de prova.

¹³⁸ SOARES, Gustavo Torres. *Investigação criminal e inovações técnicas e tecnológicas: perspectivas e limites*. Op. cit., p. 235-236.

¹³⁹ TORNAGHI, Hélio. *Curso de processo penal*. 7ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 313.

¹⁴⁰ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. Op. cit, p. 470.

¹⁴¹ TONINI, Paolo. *Manuale di Procedura Penale*. Op. cit. p. 327.

¹⁴² VAZ, Denise Provazi. *Provas digitais no processo penal: formulação do conceito, definição das características e sistematização do procedimento probatório*. Op. cit., p. 116.

pericial auxiliará na captação da prova digital, ao passo que as etapas finais seriam, propriamente ditas, o meio de prova pericial.

De igual sorte, a prova pericial poderá ser capaz de afiançar a integralidade e autenticidade da prova, mormente considerando que as provas digitais, em razão de suas características peculiares, são imateriais, frágeis e voláteis, de modo que a ausência de padrões seguros para a busca, identificação, captação, análise e documentação dos dados poderá comprometer sobremaneira seu grau de convencimento ou, ainda, prejudicar sua própria admissibilidade¹⁴³.

2.2.1. A ausência de disciplina procedimental para a prova digital e as iniciativas estrangeiras

A *prova digital* não possui disciplina procedimental previamente regulamentada no Código de Processo Penal, sendo considerado verdadeiro meio atípico de obtenção e produção de prova¹⁶⁶. Muito embora a legislação faça menção aos documentos eletrônicos e digitais e tangencie aspectos relacionados à sua validade quando produzidos eletronicamente ou armazenados nestas formas de suporte – conforme se verifica do artigo 11, *caput*, da Lei n.º 11.419/2006 e artigo 2º-A, § 2º, da Lei n.º 12.682/2012 –, não há regulamentação probatória dos meios de prova e de produção de provas¹⁶⁷.

A ausência de uma previsão relativa aos meios de obtenção de provas digitais conduz à sua absoluta inadmissibilidade. Entretanto, a falta de uma regulamentação própria quanto aos meios de obtenção e produção gera inevitável insegurança e potencial afronta a

¹⁶⁴ GOMES FILHO, Antônio Magalhães; BADARÓ, Gustavo. *Prova e sucedâneos da prova no processo penal brasileiro*. Op. cit. p. 180-183; FERNANDES, Antônio Scarance. *Tipicidade e sucedâneos de prova*. Op. cit. p. 28-29.

¹⁶⁵ STF, Inquérito n.º 2424, Rel. Min. Cezar Peluso, julgado em 26 de março de 2009, DJe 25/03/2010. Destaque-se que, com o advento da Lei n.º 13.964/2019, foi incluído o artigo 8º-A na Lei n.º 9.296/1996, que passou a regulamentar o precitado meio de prova.

¹⁶⁶ VAZ, Denise Provazi. *Provas digitais no processo penal: formulação do conceito, definição das características e sistematização do procedimento probatório*. Op. cit. p. 60 e 80.

¹⁶⁷ Como sustenta Carlos Hélder Carvalho Furtado Mendes, “(...) em um salto de uma década o legislador brasileiro se mantém negligente. A atenção legislativa se volta ao emprego do meio eletrônico na tramitação de processos judiciais, comunicação de atos e transmissão de peças processuais conforme a Lei n.º 11.419/06. Todavia, não se avança quanto à temática relativa às provas penais eletrônica, informática ou digital, exceto quando da inclusão de conteúdos probatórios via documentação digital de atos processuais (...)” (MENDES, Carlos Hélder Furtado. *Tecnoinvestigação Criminal: Entre a Proteção de Dados e a Infiltração por Software*. São Paulo: Editora Jospodivm, 2020, p. 115).

direitos e garantias fundamentais, por não se estabelecer limites e marcos aceitáveis para utilização destas novas tecnologias¹⁶⁸.

Esta insuficiência legislativa não é uma realidade unicamente brasileira e ganha contornos globais¹⁶⁹. Nos Estados Unidos, berço da primazia tecnológica e precursor das amplas liberdades individuais, reconhece-se as dificuldades relativas à adaptação desta nova tecnologia ao conteúdo protetivo das emendas constitucionais assecuratórias de direitos e garantias individuais, conforme expõe ORIN S. KERR:

The problem of digital evidence should inspire the creation of a new criminal procedure, a set of rules that both builds upon and expands from traditional solutions to embrace new and creative mechanisms for regulating evidence collection and use. We should also recognize that the problem of digital evidence extends beyond our borders, and that helpful solutions and insights may be found there. Every industrial country is undergoing the same shifts from physical evidence and eyewitness testimony to digital evidence that is occurring in the United States. We all use the same networks, the same hardware, and the same software. Although different countries have different constitutional traditions and protect different values, all are facing the same basic questions of how to regulate third-party evidence collection, prospective surveillance, and the computer forensics process. By looking broadly for new institutional arrangements and approaches to regulate digital evidence collection, we can open ourselves to the best ideas abroad to supplement the solutions generated from within our constitutional traditions (KERR, Orin S. *Digital Evidence and The New Criminal Procedure. Digital Evidence and the New Criminal Procedure*. 105 Columbia Law Review 279 (2005). Disponível

¹⁶⁸ Gustavo E. L. Garibaldi reconhece que “(...) la peor actitud frente a tal estado de cosas es la renuncia a toda regulacion, y reconocer el fenómeno como ilimitable em función de sua velocidad de diversificación. Legitimar simplemente certa realidade y renunciar a toda fijación de limites y marcos aceptables de utilización sería una claudicación inaceptable del Estado de derecho (...)” (GARIBALDO, Gustavo E. L. *Las modernas tecnologías de control y de investigación del delito: su incidència em el derecho penal y los principios constitucionales*. 1ª Ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2010, p. 103, *apud* MENDES, Carlos Hélder Furtado. *Tecnoinvestigação Criminal: Entre a Proteção de Dados e a Infiltração por Software*, p. 109).

¹⁶⁹ Daniela Dupuy, analisando-se as perspectivas do direito argentino – mas que são igualmente aplicáveis ao direito processual penal brasileiro -, aponta os desafios a serem enfrentados para investigação de delitos informáticos digitais, dentre eles a adaptação e reforma das normas processuais, adaptando-as inclusive à Convenção de Budapeste, sem prejuízo do fortalecimento dos mecanismos de cooperação internacional e o estreitamento de laços com provedores de *internet*.

em <https://ssrn.com/abstract=594101>. Acesso em: 20 de dezembro de 2020)¹⁷⁰.

Visando fazer frente a esta insuficiência legislativa, um primeiro passo foi dado com a Convenção sobre *cybercrime*, conhecida por “Convenção de Budapeste”. O documento, celebrado em 23 de novembro de 2001 e em vigor desde 1º de julho de 2004, buscou estabelecer uma harmônica política criminal entre os Estados-parte signatários, mediante uma sucessiva alteração do ordenamento jurídico interno a fim de que, no âmbito penal e processual, todos se comprometessem a adaptar a legislação local para investigar e combater, de forma eficiente, a referida criminalidade.

Na Convenção, foram estabelecidas definições conceituais e terminológicas comuns, bem como alinhavadas medidas para se garantir uma relação equilibrada na tutela penal e processual dos delitos informáticos, sempre com a observância aos direitos e garantias fundamentais da liberdade de expressão e privacidade¹⁷¹.

No espectro penal, por intermédio dos Títulos 1 a 4 da referida Convenção, os Estados-partes se comprometeram a editar medidas legislativas incriminadoras visando zelar pela confidencialidade, integridade e disponibilidade dos sistemas e dados informáticos, a falsidade e a burla perpetradas por meio igualmente

¹⁷⁰ Em tradução livre: “O problema da prova digital deve inspirar a criação de um novo procedimento criminal, um conjunto de regras que se baseia e se expande das soluções tradicionais para adotar mecanismos novos e criativos para regulamentar a coleta e o uso de provas. Também devemos reconhecer que o problema da evidência digital se estende além de nossas fronteiras e que soluções e ideias úteis podem ser encontradas lá. Todo país industrial está passando pelas mesmas mudanças de provas físicas e testemunhas oculares para provas digitais, que é o que está ocorrendo nos Estados Unidos. Todos usamos as mesmas redes, o mesmo hardware e o mesmo software. Embora países diferentes possuam tradições constitucionais diferentes e protejam valores igualmente distintos, todos enfrentam as mesmas questões básicas de como regular a coleta de provas em poder de terceiros, a vigilância prospectiva e o processo forense de computadores. Ao procurar amplamente novos arranjos e abordagens institucionais para regular a coleta de evidências digitais, podemos nos abrir para as melhores ideias no exterior para complementar as soluções geradas dentro de nossas tradições constitucionais (...)”.

¹⁷¹ Mindful of the need to ensure a proper balance between the interests of law enforcement and respect for fundamental human rights as enshrined in the 1950 Council of Europe Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, the 1966 United Nations International Covenant on Civil and Political Rights and other applicable international human rights treaties, which reaffirm the right of everyone to hold opinions without interference, as well as the right to freedom of expression, including the freedom to seek, receive, and impart information and ideas of all kinds, regardless of frontiers, and the rights concerning the respect for privacy;

Mindful also of the right to the protection of personal data, as conferred, for example, by the 1981 Council of Europe Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data (...)

informático, além do combate à pornografia infantil e à violação aos direitos autorais e conexos.

No âmbito processual e à guisa de exemplo, a Convenção de Budapeste estabeleceu, em seu artigo 19¹⁷², a obrigação dos Estados-partes de adotarem meios legislativos para permitir que as autoridades façam a regular apreensão e coleta de dados armazenados em dispositivos informáticos, além de dispor sobre medidas para preservação da integridade do dado.

O artigo 19.3 dispõe sobre as medidas relacionadas à preservação da integridade da prova, com a subsequente apreensão do próprio suporte físico informático, a cópia e conservação dos dados e o seu armazenamento, visando assegurar sua integridade e evitar desaparecimento e eliminação dos dados informáticos do sistema acessado. Por sua vez, o artigo 19.4 preconiza a necessidade de os Estados promoverem a capacitação das autoridades competentes, para que tenham imersão no sistema informático e saibam adotar medidas para proteção e conservação do conteúdo buscado e apreendido.

Embora a Convenção tenha sido proposta pelo Conselho da Europa, sua participação não se limitou a países europeus, à medida que Japão, África do Sul, Canadá e Estados Unidos também subscreveram os termos do acordo. O Brasil, por sua vez, não

¹⁷² Article 19 – Search and seizure of stored computer data 1 Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to empower its competent authorities to search or similarly access: a a computer system or part of it and computer data stored therein; and b a computer-data storage medium in which computer data may be stored in its territory.

2 Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to ensure that where its authorities search or similarly access a specific computer system or part of it, pursuant to paragraph 1.a, and have grounds to believe that the data sought is stored in another computer system or part of it in its territory, and such data is lawfully accessible from or available to the initial system, the authorities shall be able to expeditiously extend the search or similar accessing to the other system.

3 Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to empower its competent authorities to seize or similarly secure computer data accessed according to paragraphs 1 or 2. These measures shall include the power to:

a seize or similarly secure a computer system or part of it or a computer-data storage medium;

b make and retain a copy of those computer data;

c maintain the integrity of the relevant stored computer data;

d render inaccessible or remove those computer data in the accessed computer system.

4 Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to empower its competent authorities to order any person who has knowledge about the functioning of the computer system or measures applied to protect the computer data therein to provide, as is reasonable, the necessary information, to enable the undertaking of the measures referred to in paragraphs 1 and 2.

5 The powers and procedures referred to in this article shall be subject to Articles 14 and 15”

figurou como um dos países signatários da Convenção, sendo certo que as recentes medidas penais e processuais são, ainda, verdadeiramente incipientes.

2.2.2. O uso da analogia e os meios de busca e de produção de provas digitais

Como destaca SOARES, a vagariedade da produção legislativa contrasta com as frequentes alterações da vida em sociedade, de modo que as normas processuais deveriam ser dinâmicas a ponto de alcançar e reger os fenômenos sociais relevantes e contemporâneos. Daí, surgiria a necessidade de o direito processual se valer de instrumentos integradores para a construção de soluções judiciais amoldadas às especificidades de cada caso¹⁷³.

Este vácuo legislativo procedimental, por sua vez, vem sendo suplantado pela obtenção e incorporação destas provas mediante a utilização de analogia¹⁷⁴ com outros meios de produção probatória tradicionais¹⁷⁵.

A utilização da analogia não constitui meio de prova anômala ou irritual, haja vista que estas espécies de provas inadmissíveis pressupõem a existência de um procedimento que venha a ser descumprido ou substituído por outro. Como já mencionado, não há procedimento probatório legalmente atribuído às provas digitais.

O sistema normativo processual penal admite, em regra, a utilização da analogia, salvo em hipótese previamente excepcionadas por expressa reserva legal¹⁷⁶. Portanto, aplicar-se a analogia nos casos admitidos é, em última análise, assegurar-se a aplicação da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e, portanto, prestigiar-se o princípio da legalidade.

¹⁷³ SOARES, Gustavo Torres. *Investigação criminal e inovações técnicas e tecnológicas: perspectivas e limites*. Op. cit., p. 253.

¹⁷⁴ A analogia é um dos meios de integração jurídica previstos no artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, utilizado para se suprir uma lacuna decorrente da ausência de regulamentação específica, ocasião em que poderá ser utilizada uma regulamentação aplicável a uma situação análoga (DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de processo penal*, op. cit. p. 81).

¹⁷⁵ SALT, Marcos G. *Tecnología informática: un nuevo desafío para el Derecho Procesal Penal?* 1ª ed. Bueno Aires: Ad-hoc, 2017, p. 7, *apud* MENDES, Carlos Hélder Furtado. *Tecnoinvestigação Criminal: Entre a Proteção de Dados e a Infiltração por Software*, p. 109.

¹⁷⁶ *Verbi gratia*, a analogia não poderá ser utilizada para se admitir a criação de um crime ou interpretação em desfavor do réu (analogia *in malam partem*), diante do princípio da reserva legal assegurado no tocante à definição de crimes e penas (artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal)

Desta forma, a liberdade probatória e a analogia poderão ser utilizadas para se assegurar a obtenção e produção de novos meios de provas que surjam a partir das mudanças oriundas do dinamismo social e tecnológico, como bem pontua GISELA AGUIAR WANDERLEY:

a evolução tecnológica impede a normatização precisa de todo e qualquer meio de obtenção de prova. Quebras de sigilo e acesso a dados armazenados em computador, em correio eletrônico ou aparelhos celulares são exemplos de meios de obtenção de prova cuja regulamentação não foi exaurida por meio de lei, mas que ostentam extrema relevância para a investigação penal. Em tal contexto, não é adequado inviabilizar a atividade de persecução penal ao simplesmente cominar de nulo qualquer meio de obtenção de prova ainda não regulamentado em lei específica. Ao revés, é preciso examinar, diante das novas tecnologias existentes, quais critérios, procedimentos e limites devem ser impostos de forma a compatibilizá-las às diretrizes do Estado de Direito. Assim, na ausência de lei específica, o desafio de estabelecer tais requisitos de validade recai sobre o Poder Judiciário e sobre os demais atores do processo penal, inclusive e sobretudo na fase de investigação preliminar (WANDERLEY, Gisela Aguiar. *Privacidade e Cidadania: os limites jurídicos da atividade investigativa e a legalidade do acesso policial a aparelhos celulares*, Disponível em <https://www.internetlab.org.br/wp-content/uploads/2019/08/InternetLabCongressoII_simples.pdf>. Acesso em: 20 de dezembro de 2020).

Por óbvio, a analogia exige o respeito às garantias individuais, especialmente aquelas contempladas no texto constitucional, bem como a utilização dos parâmetros procedimentais de outros meios de obtenção de prova típicos. Seria impensável se cogitar em analogia diante de outros meios atípicos, sob pena de se conceber flagrante desrespeito ao princípio da legalidade.

Conclui-se, desta forma, que o meio de busca de provas atípico é admissível, especialmente diante das características assumidas pelas provas de natureza

digital¹⁷⁷, desde que não se constate ofensa aos direitos e garantias fundamentais, à eficiência do processo e, principalmente, à autenticidade e integridade da prova produzida.

Entretanto, esta atipicidade dos meios de busca não regulamentados os conduz à utilização em cunho excepcional e subsidiário, relegando-a às situações fáticas em que, diante da forma em que o delito tenha se aperfeiçoado (v.g., nos casos de delitos puramente informáticos) ou em razão de suas peculiares características, a veiculação de outros meios típicos seja inaplicável ou comprovadamente insuficiente para os propósitos técnico-investigativos almejados¹⁷⁸.

Como se verá adiante, a busca de dados armazenados em modernos aparelhos celulares constitui verdadeiro meio atípico de busca e obtenção de provas¹⁷⁹, cuja admissibilidade exigirá a analogia para com outros meios típicos de busca de provas, à exemplo da busca e apreensão (artigo 240 e seguintes do CPP), da interceptação telefônica e telemática (Lei n.º 9.296/1996), dentre outros.

¹⁷⁷ VAZ, Denise Provazi. *Provas digitais no processo penal: formulação do conceito, definição das características e sistematização do procedimento probatório*. Op. cit. p. 77-79.

¹⁷⁸ MENDES, Carlos Hélder Furtado. *Tecnoinvestigação Criminal: Entre a Proteção de Dados e a Infiltração por Software*, p. 214-215.

¹⁷⁹ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A prisão em flagrante e o acesso de dados em dispositivos móveis. Nem utopia, nem distopia. Apenas a racionalidade*. In: ABREU, Jacqueline de Souza; ANTONIALLI, Dennys (eds.). *Direitos Fundamentais e Processo Penal na Era Digital: Doutrina e Prática em Debate*. Vol. I. São Paulo. InternetLab, 2018, p. 90.

4. A CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA ORIUNDA DO ACESSO AOS DADOS FINANCEIROS COMPARTILHADOS

Nos capítulos anteriores, discorreu-se sobre a forma de acesso aos dados financeiros e fiscais compartilhados, distinguindo-se do acesso aos procedimentos fiscais inconclusos, diante dos quais têm-se observado a exigência de uma decisão judicial autorizativa de intromissão a seu conteúdo.

A partir do momento em que se obtém o legítimo acesso aos dados financeiros e fiscais compartilhados, necessário avançar sobre a técnica para obtenção da prova digital, como forma de se preservar sua integridade e, por conseguinte, extrair sua capacidade de demonstração e convencimento.

4.1. Preliminarmente

O processo penal, enquanto instrumento para se legitimar o exercício do poder punitivo estatal, tem por objetivo a reconstrução do fato histórico, mediante a avaliação racional de provas e sua subsunção à norma jurídica corretamente aplicável, com o objetivo de constatar a veracidade do enunciado fático estabelecido.

Esta análise retrospectiva dos fatos, que tem heurísticamente a verdade como parâmetro de justiça, abandonou a premissa de que essa descoberta seja a finalidade única do processo, a ser obtida a todo custo. Ao revés, a moderna doutrina sobre epistemologia da prova chega à conclusão de que a verdade assume contornos relativos e deve se aproximar, o tanto quanto possível e admissível, da realidade histórica dos fatos⁶²⁷.

Sob essa perspectiva, demoliram-se sofismas relacionados à necessidade de uma verdade absoluta e incontestável dos fatos⁶²⁸ para, então, se caminhar

⁶²⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *A cadeia de custódia e sua relevância para a prova penal*. In: SIDI, Ricardo, LOPES, Anderson Bezerra (orgs.) *Temas atuais da investigação preliminar no processo penal*. Belo Horizonte: Editora D' Plácido, 2017, p. 517-538).

⁶²⁸ Como destaca Luigi Ferrajoli, “(...) a oposição até agora conhecida entre garantismo e autoritarismo⁹² no direito penal corresponde, pois, a uma alternativa entre duas epistemologias judiciais distintas: entre cognoscitivismo e decisionismo, entre comprovação e avaliação, entre prova e inquisição, entre razão e vontade, entre verdade e potestade. Se uma justiça penal completamente ‘com verdade’ constitui uma utopia,

com a ideia de que a verdade seja um objetivo institucional do processo⁶²⁹, a ser obtida mediante análise racional das provas em que, respeitados os limites epistêmicos e legais, se conclua pela escolha da hipótese fática mais provável, mediante motivação que atenuie os riscos de escolhas individuais desconectadas da razão.

Dentre estes controles epistêmicos que limitam a produção de elementos probatórios que possam contribuir para a reconstrução histórica dos fatos, reconhece-se a necessidade de se documentar e preservar a cadeia de custódia (“chain of custody”), como forma de se atestar a integridade da prova⁶³⁰.

Assim, a cadeia de custódia é uma metodologia⁶³¹ estabelecida pelo legislador para se comprovar, documental e ininterruptamente, os atos que sucederam a fonte de prova, desde sua recolha, o traslado e a conservação dos indícios e vestígios obtidos no curso de uma investigação criminal, que deverá percorrer determinadas etapas concatenadas em que cada uma proporciona a viabilidade ao desenvolvimento da seguinte⁶³², previamente estabelecidas para se assegurar a autenticidade, integridade e inalterabilidade da fonte de prova⁶³³.

Como bem define o artigo 158-A, *caput*, do Código de Processo Penal, é “(...) o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte (...)”.

A cadeia de custódia pretende, nos dizeres de GERALDO PRADO, “(...) garantir que não haja deturpação do conhecimento produzido ao longo do processo penal a que uma pessoa está sendo submetida transcende o caso concreto e cuida de legitimar

uma justiça penal completamente sem verdade equivale a um sistema de arbitrariedade (...)” (FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*. Madrid: Editora Trotta, 2014, p. 45, trad. Livre).

⁶²⁹ FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 29.

⁶³⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Op. cit. p. 517-538.

⁶³¹ SOUZA, Gilson Sidney Amancio de. *Princípio da indenidade ou da Higidez da Prova*. In: HAMMERSCHMIDT, Denise (Org.). *Código de Processo Penal Comentado*. Curitiba: Editora Juruá, 2020, p. 279-280.

⁶³² DIAS FILHO, Claudemir Rodrigues. *Cadeia de custódia: do local de crime ao trânsito em julgado; do vestígio à evidência*. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; NUCCI, Guilherme de Souza (orgs). *Doutrinas Essenciais - Processo Penal*. v. 3. São Paulo: Editora RT, 2012, p. 404.

⁶³³ Definição extraída da decisão do Tribunal Supremo da Espanha no STS 208/2014, de 10 de março de 2014, Sala de lo Penal.

o exercício do poder de punir no marco do Estado de Direito, coibindo o abuso de poder (...)⁶³⁴.

Entretanto, como bem destacam DALLAGNOL e CÂMARA, é relevante se diferenciar a “cadeia de custódia” e a “prova da cadeia de custódia”, já que a primeira seria a corrente histórica relativa a todos aqueles que, de maneira sucessiva e encadeada, tiveram contato com a fonte de prova real⁶³⁵, ao passo que a última estaria relacionada com a produção de elementos probatórios que visem documentar esta reconstrução cronológica, desde sua geração até o seu aporte aos autos⁶³⁶. Assim, interessaria ao processo penal a “prova da cadeia de custódia”.

A noção de “cadeia de custódia” tem inspiração norte-americana, por servir como uma das medidas utilizadas para “autenticação da prova”, prevista especialmente nas *Rules 901 e 902 do Federal Rules of Evidence* dos Estados Unidos⁶³⁷, em que se estabelece os requisitos para autenticação ou identificação de um item de evidência. Nesta ordem, a autenticação é um dos elementos que garantem a relevância da prova⁶³⁸ – na forma da *Rule 401 (a) do Federal Rules of Evidence* – e, por conseguinte, a torna admissível de apreciação pelo Júri, após a chancela do juiz togado.

⁶³⁴ PRADO, Geraldo. *A cadeia de custódia da prova no processo penal*. São Paulo: Editora Marcial Pons, 2019, p. 134.

⁶³⁵ Gustavo Badaró também destaca que, quando se fala em “cadeia de custódia”, a expressão deve ser entendida como a elipse de “documentação da cadeia de custódia”. Nesta linha, não seria possível se falar em violação da “cadeia de custódia”, haja vista que eventual adulteração ou falsificação somente incidiria sobre a própria fonte real de prova ou, ainda, com relação à documentação da cadeia de custódia. Portanto, uma adulteração da fonte de prova (substituição da droga por açúcar, v.g.), atinge a fonte real diretamente, e não sua “cadeia de custódia”. De igual sorte, a completa ausência de registro quanto às pessoas que tiveram contato com a prova não traz eiva à “cadeia de custódia” propriamente dita, já que esta efetivamente existiu, à medida que um maior ou menor número de pessoas teve, documentadamente ou não, contato com a prova. O que ocorre, nesta hipótese, é um vício em relação à documentação da cadeia de custódia, que serve para se assegurar a autenticidade e integridade da prova (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *A cadeia de custódia e sua relevância para a prova penal* Op. cit. p. 524).

⁶³⁶ DALLAGNOL, Deltan Martinazzo; CÂMARA, Juliana de Azevedo Santa Rosa. *A cadeia de custódia da prova*. In: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Org.). *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, cap. 18, p. 530. Os autores indicam, de maneira bem didática, que em relação à cadeia de custódia podem ser questionadas a falsidade da prova propriamente dita, a insuficiência da prova da cadeia de custódia da prova ou a falsidade da prova da cadeia de custódia da prova. Para fins do presente trabalho científico, passaremos a nos referir apenas a “cadeia de custódia”, mas com o viés relacionado à prova desta cadeia de custódia.

⁶³⁷ Para inteiro teor das normativas, confira-se: https://www.law.cornell.edu/rules/fre/rule_901; https://www.law.cornell.edu/rules/fre/rule_902; https://www.law.cornell.edu/rules/fre/rule_903. Acesso em: 20 de dezembro de 2020.

⁶³⁸ Dallagon e Câmara apontam, com propriedade, que não se confundem os conceitos de “autenticação” e “autenticidade” da prova, sendo certo que a “autenticação” é um dos critérios pelos quais se atesta a relevância da prova (DALLAGNOL, Deltan Martinazzo; CÂMARA, Juliana de Azevedo Santa Rosa. *A cadeia de custódia da prova*. Op. cit. p. 533).

A “cadeia de custódia”, embora umbilicalmente ligada à prova pericial, tem pertinência com todas as fontes de provas reais, servindo para assegurar a autenticidade e integridade destas quando a investigação envolver sua coleta, armazenamento ou análise⁶³⁹.

Pretende-se, com a documentação da “cadeia de custódia”, atender aos princípios da “mesmidade” e da “desconfiança”, conforme explica PRADO⁶⁴⁰.

A “mesmidade” seria um neologismo extraído a partir do direito espanhol⁶⁴¹, que estabelece que a prova da cadeia de custódia visa assegurar que a prova valorada é exatamente a mesma que fora colhida. Desta forma, evita-se que alguém seja julgado não com base no “mesmo”, mas no “selecionado” pela acusação, desequilibrando-se a relação processual entre as partes⁶⁴².

Por sua vez, a “desconfiança” consistiria na exigência de que os elementos de prova sejam “acreditados”, mediante submissão de procedimentos que demonstrem que os objetos correspondem ao que a parte alega ser, evitando-se a adoção de sistemas de confiança preestabelecidos em benefício de quaisquer das partes e nos elementos que por eles são introduzidos. Assim, todos os elementos devem ser “acreditados”, para que detenham valor probatório⁶⁴³, de modo que o julgador não pode colocar especial confiança em uma das partes, principalmente quando ela representa o Estado⁶⁴⁴.

Em perspectiva distinta e primando pelas relações de boa-fé que pautam as relações humanas e jurídicas, DALLAGNOL e CÂMARA admitem a

⁶³⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *A cadeia de custódia e sua relevância para a prova penal* Op. cit. p. 522.

⁶⁴⁰ PRADO, Geraldo. *Ainda sobre a quebra da cadeia de custódia das provas*, Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 22, n.º 262, setembro de 2014, p. 16-17.

⁶⁴¹ Conforme se extrai da *Sentencia Penal n.º 160/2015*, de 10 de março de 2015, Sección 1, Recurso n.º 10716/2014, na Sala de lo Penal do Tribunal Supremo “(...) garantizar la 'mismidad' de la prueba, es decir identidad de los efectos recogidos con los efectos trasladados hasta el lugar del examen y los efectos analizados, y en su caso destruídos (...)”.

⁶⁴² LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. Op. cit. p. 459. Na jurisprudência, destaca-se que o Supremo Tribunal Federal (STF) já reconheceu o direito da defesa ter acesso aos arquivos originais enviados pela empresa *Blackberry*, em razão de fundadas dúvidas quanto à preservação da cadeia de custódia da prova (STF, Recl. n.º 32.722/MT, 2ª Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 7 de maio de 2019, DJe 29/11/2019).

⁶⁴³ PRADO, Geraldo. *A cadeia de custódia da prova no processo penal*. Op. cit. p. 94 e seguintes.

⁶⁴⁴ MENEZES, Isabela Aparecida; BORRI, Luiz Antônio; SOARES, Rafael Júnior. *A quebra da cadeia de custódia da prova e seus desdobramentos no processo penal brasileiro*. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 4, n. 1, jan.-abr. 2018, p. 283.

possibilidade de se realizar generalizações indutivas alcançadas com base na experiência, na boa-fé das pessoas, na correção do agir estatal e na veracidade da prova, o que permitiria admitir uma presunção relativa de regularidade da prova.

Assim, os autores apontam que, conquanto deva existir indicativos de que a prova trazida seja, efetivamente, aquilo que o proponente diz que ela é, bem como que seu conteúdo fora preservado, a avaliação dessas indicações deve se pautar pela presunção⁶⁴⁵ de regularidade da prova e a boa-fé dos agentes. Portanto, “(...) conquanto a boa-fé ou regularidade da prova não se revista de caráter absoluto, se não demonstrada a má-fé, supõe-se a integridade da evidência, sob pena de subverter-se toda a lógica do sistema jurídico (...)”.

Assentando-se nestas premissas, DALLAGNOL e CÂMARA reportam que a prova da cadeia de custódia possui valor relativo, não apenas em razão das possibilidades de adulteração e falsificação, na teoria e na prática, mas também pelo fato de que a adoção de uma preconcebida desconfiança conduziria ao regresso, *ad infinitum*, da justificação na epistemologia, já que em matéria da simples prova haveria a necessidade de uma metaprova que, por sua vez, novamente em razão do princípio da desconfiança, exigiria uma metaprova sobre a metaprova para sua aceitabilidade e suficiência, e assim sucessivamente.

De toda sorte, é evidente que a presunção de boa-fé e correção do agir no dever estatal não afastam a responsabilidade dos agentes estatais em documentar a cadeia de custódia, especialmente em um sistema de investigação criminal atribuída a órgãos estatais oficiais⁶⁴⁶.

A adoção do princípio da boa-fé e da relativa regularidade da prova exige, por conseguinte, que o ônus probatório para comprovação de eventual violação à prova da cadeia de custódia parta da efetiva ocorrência de corrupção de evidência - e não

⁶⁴⁵ STJ, AgRg no REsp n.º 1.668.560/PR, 5ª Turma, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 15 de maio de 2018, DJe 21/05/2018; STJ, AgRg no REsp n.º 911.137/PR, 5ª Turma, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 15 de maio de 2018, DJe 21/05/2018. 96

⁶⁴⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *A cadeia de custódia e sua relevância para a prova penal* Op. cit. p. 534.

apenas da mera possibilidade ou conjectura⁶⁴⁷ -, sob pena de se impor à acusação o dever de comprovar uma infinidade de fatos negativos, para além de indicações relacionadas à boa-fé, regularidade, identidade e conservação da prova⁶⁴⁸.

Extrai-se, portanto, que a cadeia de custódia tem relação direta com os princípios do contraditório, devido processo legal, paridade de armas e ampla defesa, especialmente com relação aos elementos de prova submetidos a contraditório diferido, permitindo-se ao acusado ter acesso⁶⁴⁹ aos elementos de prova produzidos pela Polícia Judiciária e pelo Ministério Público, sindicando-os quanto à sua integridade, coerência e consistência⁶⁵⁰.

4.2. A cadeia de custódia no Código de Processo Penal

Até o advento da Lei n.º 13.964/2019, não havia uma previsão normativa expressa acerca da cadeia de custódia da prova. Entretanto, a inexistência de regulamentação não impedia que se reconhecesse a necessidade de preservação da cadeia de custódia, fruto de interpretação sistemática do artigo 6º, incisos I e III, artigo 159, § 6º e artigo 170, todos do Código de Processo Penal, especialmente em um processo penal lastreado em *standart* probatório elevado, em que a fundada possibilidade de adulteração da

⁶⁴⁷ Como bem assentou o Superior Tribunal de Justiça (STJ), “(...) compete a defesa infirmar a presunção de validade e legitimidade dos atos praticados por agentes públicos, demonstrando de forma concreta o descumprimento das formalidades legais e essenciais, e especificamente no caso concreto, que o material apreendido e eventualmente não lacrado foi corrompido ou adulterado, de forma a causar prejuízo a defesa e modificar o conteúdo da prova colhida (...)” (STJ, RHC n.º 59.414/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 27 de junho de 2017, DJe 03/08/2018).

⁶⁴⁸ DALLAGNOL, Deltan Martinazzo; CÂMARA, Juliana de Azevedo Santa Rosa. *A cadeia de custódia da prova*. Op. cit. p. 543-549. Diferente é a visão de LOPES JR., para quem “(...) 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 (...)”, arrematando que a exigência do cumprimento das etapas da cadeia de custódia é “(...) uma forma de diminuir o espaço impróprio da discricionariedade judicial, fazendo com que a decisão não dependa da valoração do juiz acerca da interioridade/subjetividade dos agentes estatais, sob pena de incorrer numa dupla subjetividade com incontornabilidade ao quadrado (...)” (LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. Op. cit, p. 456. No mesmo sentido, citando *Pilas Ladrón Tabuesca*: BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *A cadeia de custódia e sua relevância para a prova penal* Op. cit. p. 534).

⁶⁴⁹ Especialmente com relação ao acesso aos elementos de prova, destaca-se a Súmula Vinculante n.º 14 do Supremo Tribunal Federal (STF). Sobre o tema, recomenda-se: MACHADO, Vitor Paczek; JEZLER JUNIOR, Ivan. *A prova eletrônica-digital e a cadeia de custódia das provas: uma (re)leitura da Súmula Vinculante 14*. Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 24, n.º 288, nov./2016; PRADO, Geraldo. *Prova Penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por meios ocultos*. São Paulo: Editora Marcial Pons, 2014, p. 41.

⁶⁵⁰ EDINGER, Carlos. *Cadeia De Custódia, Rastreabilidade Probatória*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 120, mai.-jun./2016, p. 254-255.

prova ou ausência de demonstração segura de sua autenticidade poderia comprometer o resultado condenatório⁶⁵¹.

Com a reforma legislativa operada pela Lei n.º 13.964/2019, foram introduzidos no Código de Processo Penal os artigos 158-A a 158-F, com redação inspirada na Portaria n.º 82, de 16 de julho de 2014, da Secretaria Nacional de Segurança Pública do Ministério da Justiça e no artigo 254 do *Código de Procedimiento Penal* colombiano⁶⁵².

Assim, a cadeia de custódia tem início com a efetiva preservação do local do crime ou com procedimentos policiais ou periciais nos quais seja detectada a existência de vestígio (artigo 158-A, § 1º, do Código de Processo Penal) e se encerrará com o descarte do vestígio (artigo 158-B, inciso X, do mesmo Diploma Legal), mesmo se já apresentado o laudo pericial e prestados os esclarecimentos necessários pelos peritos.

De maneira descritiva e em caráter protocolar, o artigo 158-B do Código de Processo Penal cuidou de estabelecer que a cadeia de custódia compreende o rastreamento dos vestígios nas etapas do *reconhecimento* (artigo 158-B, inciso I), *isolamento* (artigo 158-B, inciso II), *fixação* (artigo 158-B, inciso III), *coleta* (artigo 158-B, inciso IV), *acondicionamento* (artigo 158-B, inciso V), *transporte* (artigo 158-B, inciso VI), *recebimento* (artigo 158-B, inciso VII), *processamento* (artigo 158-B, inciso VIII), *armazenamento* (artigo 158-B, inciso IX) e *descarte* (artigo 158-B, inciso X).

De igual sorte, nos artigos 158-C, 158-D, 158-E e 158-F o legislador estabeleceu a forma pela qual deverá ser implementada a coleta dos vestígios, o recipiente para acondicionamento da prova, bem como disciplinou como deveriam ser implementadas as centrais de custódia destinadas à guarda e controle dos vestígios, além de seu acesso e a forma de registro.

⁶⁵¹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *A cadeia de custódia e sua relevância para a prova penal* Op. cit. p. 526-527.

⁶⁵² Artículo 254. Aplicación. Con el fin de demostrar la autenticidad de los elementos materiales probatorios y evidencia física, la cadena de custodia se aplicará teniendo en cuenta los siguientes factores: identidad, estado original, condiciones de recolección, preservación, embalaje y envío; lugares y fechas de permanencia y los cambios que cada custodio haya realizado. Igualmente se registrará el nombre y la identificación de todas las personas que hayan estado en contacto con esos elementos. La cadena de custodia se iniciará en el lugar donde se descubran, recauden o encuentren los elementos materiales probatorios y evidencia física, y finaliza por orden de autoridad competente. Parágrafo. El Fiscal General de la Nación reglamentará lo relacionado con el diseño, aplicación y control del sistema de cadena de custodia, de acuerdo con los avances científicos, técnicos y artísticos.

Embora louvável a iniciativa legislativa de estabelecer as etapas da cadeia de custódia e reconhecer a importância do instituto, especialmente nos delitos que demandam a produção de prova pericial, é certo que a implementação efetiva das etapas e, principalmente, da central de custódia nos Institutos de Criminalística demandará dotação orçamentária aos Estados, sob pena de tornar letra morta as inovações legislativas trazidas⁶⁵³.

Não bastasse, uma questão relevante passou ao largo da reforma implementada: as consequências da violação da cadeia de custódia, o que será visto oportunamente.

4.3. A cadeia de custódia da prova digital

Como visto, a cadeia de custódia consiste na sequência de proteção e guarda de elementos materiais encontrados durante uma atividade investigativa, a fim de se assegurar a idoneidade do conteúdo e a manutenção de suas características originais, além de se estabelecer a autenticidade da prova⁶⁵⁴.

Nesta perspectiva, é indiscutível que a cadeia de custódia goza de distinta importância no tratamento das provas obtidas no contexto digital, especialmente em razão de suas características já anteriormente tratadas⁶⁵⁵, notadamente a imaterialidade, volatilidade, fragilidade, intrusividade, suscetibilidade de clonagem e imprescindibilidade de intermediação de equipamento para acesso ao conteúdo.

Como bem destaca CASEY: “

chain of custody and integrity documentation are important for demonstrating the authenticity of digital evidence. Proper chain of custody demonstrates that digital evidence was acquired from a specific system and/or location, and that it was continuously controlled since it was collected. Thus, proper chain of custody documentation enables the court to link the digital evidence to the crime. Incomplete documentation can

⁶⁵³ DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de processo penal*. Op. cit. p. 695

⁶⁵⁴ ESPINDULA, Alberi, *Perícia criminal e cível: uma visão geral para peritos e usuários da perícia*. 4^a Ed. Campinas: Editora Millenium, 2013.

⁶⁵⁵ Vide tópico 2.1.

result in confusion over where the digital evidence was obtained and can raise doubts about the trustworthiness of the digital evidence (CASEY, Eoghan. *Digital evidence and computer crime: forensic science, computers and the internet*. 3th Edition, Maryland: Ed. Elsevier, 2011, p. 60)⁶⁵⁶.

É relevante assentar que o Código de Processo Penal deixou de estabelecer, de maneira expressa, um regramento particular de cadeia de custódia para a prova digital. Entretanto, embora fosse desejável uma disciplina expressa sobre o tema, há de se atentar para a advertência de DANIELE, para quem a adoção de uma legislação que cristalice os métodos próprios correria o risco da obsolescência quase imediata, diante da constante evolução e superação da tecnologia da informação⁶⁵⁷.

Especificamente com relação à prova digital, ganha projeção o estudo da “computer forensic”⁶⁵⁸, expressão cunhada para se definir a utilização de técnicas confiáveis, seguras e relevantes para busca, autenticação e exame dos dados amealhados em dispositivos eletrônicos.

⁶⁵⁶ Na mesma linha, Fábio Bechara aponta que “(...) tais cuidados são de extrema importância considerando o fim da fronteira entre o ambiente físico e o digital, dada a migração do ambiente off-line para o ambiente online. Hoje, a maioria das evidências é coletada em ambientes digitais, como servidores, computadores e outros dispositivos eletrônicos. Os dispositivos de armazenamento digital, em geral, são voláteis, frágeis e se não manuseados corretamente, podem acarretar na destruição ou deturpação das evidências do ilícito (...)” (BECHARA, Fábio Ramazzini. *Evidências Digitais e Confiabilidade do Conteúdo*. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/evidencias-digitais-e-a-confiabilidade-do-conteudo-16072019>. Acesso em: 20 de dezembro de 2020).

⁶⁵⁷ Para Marcello Daniele, “(...) un primo antidoto è rappresentato dall’impiego delle metodologie di individuazione e di apprensione delle prove digitali in assoluto ritenute migliori dalla tecnica informatica. Sotto questo profilo, l’ideale sarebbe che il legislatore potesse prestabilire una specifica tecnica di acquisizione dalle prove digitali, da osservare scrupolosamente a pena di inutilizzabilità ogni volta in cui un reato lasciasse tracce in un sistema informatico. Il metodo prescelto diventerebbe la ‘regola d’oro’ della formazione delle prove digitali, come l’esame incrociato lo è per l’assunzione delle prove dichiarative. Al momento, però, purtroppo questa strada non è percorribile. L’informatica è una scienza relativamente giovane, e non si può dire che ad oggi esista un método di raccolta delle prove digitali in grado di imporsi su tutti gli altri. Gli esperti in materia suggeriscono perlopiù un approccio pragmatico: la scelta della técnica da impiegare dipende dalla situazione che si presenta in concreto agli investigatori (52). Una normativa che cristallizzasse un metodo piuttosto che un altro sarebbe a rischio di immediata obsolescência, in quanto fisserebbe regole che potrebbero essere velocemente superate dell’evoluzione (...)” (DANIELE, Marcello. *La prova digitale nel processo penale*. Rivista di diritto processuale. Padova, p. 283 s., 201, p. 293)

⁶⁵⁸ O termo “computer forensics”, embora utilizado inicialmente quando as fontes digitais primárias eram computadores, já é considerada inapropriada para se reconhecer a coleta de novos elementos digitais em outras fontes digitais distintas dos computadores (CASEY, Eoghan. *Digital evidence and computer crime: forensic science, computers and the internet*. Op. cit. p. p. 37-38). Sobre o tema, recomenda-se ainda: LUPARIA, Luca; ZICCARDI, Giovanni. *Investigazione penale e tecnologia informatica: L'accertamento del reato tra progresso scientifico e garanzie fondamentali*. Milano: Editora Giuffrè, 2007, p. 31-46.

Em razão das características próprias da prova digital, especialmente sua fragilidade e a possibilidade de a evidência vir a ser adulterada, modificada ou excluída, ainda que não intencionalmente⁶⁵⁹, a admissibilidade da cadeia de custódia deverá assegurar que a prova digital⁶⁶⁰ seja:

4.3.1. *autêntica*, exigindo-se a comprovação de que tenha provido do suporte eletrônico indicado e que os dados permaneceram inalterados desde sua coleção, o que poderá se comprovar mediante a utilização de metadados relacionados aos dados a serem extraídos⁶⁶¹;

4.3.2. *completa*, de forma a evitar a elucubração de suspeitas alternativas, permitindo-se a análise, pelas partes, de toda a fonte de prova da qual se extraiu a evidência, assegurando-se seu contraditório de forma a evitar que apenas o material que interessar a cada uma delas seja introduzido, acriticamente, no processo⁶⁶²;

4.3.3. *confiável*, que visa assegurar a legítima expectativa de confiança das partes na prova digital coletada, o que demanda a minuciosa identificação das etapas da cadeia de custódia, com a correta individualização dos *hardwares* e *softwares* utilizados, bem como o manejo das evidências por profissionais capacitados que, diante de sua *expertise*, evitem a adulteração da prova digital;

4.3.4. *crível*, a fim de que a prova digital seja compreensível às partes e ao julgador, de forma clara, permitindo-se sua interpretação sem que venha a perder seu rigor metodológico.

É certo que algumas evidências de cunho digital possuem padrões de autenticação que permitem certificar a veracidade de um documento e sua intangibilidade. *Ad exemplum*, a certidão de antecedentes federais solicitada diretamente no sítio eletrônico

⁶⁵⁹ VACCA, John. R. *Computer Forensics: Computer Crime Scene Investigation*. Second Edition, Charles River Media, p. 240.

⁶⁶⁰ PINHEIRO, Patrícia Peck. *Direito Digital*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 411.

⁶⁶¹ CASEY, Eoghan. *Digital evidence and computer crime: forensic science, computers and the internet*. 3th Edition, Ed. Elsevier, 2011, p. 60.

⁶⁶² LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. Op. cit, p. 457.

da Polícia Federal é suscetível de validação mediante códigos de autenticação próprios⁶⁶³, o que permite atestar a autenticidade e integridade do conteúdo emitido.

Entretanto, outros elementos de prova, notadamente os dados armazenados em aparelhos celulares que vierem a ser obtidos, não dispõem de padrões de autenticação instantâneos e, com isso, podem ser mais facilmente manipulados⁶⁶⁴. De igual sorte, por se tratar de evidente meio de investigação de prova, a busca é realizada normalmente em fase investigativa, sem a possibilidade da realização do contraditório prévio, o que exige um maior rigor na observância de toda a trajetória da prova, desde sua coleção até seu descarte⁶⁶⁵.

Ainda que as provas digitais gozem de disciplina própria em razão de suas características já mencionadas, a sua cadeia de custódia não difere substancialmente das etapas a serem percorridas para os demais tipos tradicionais de provas⁶⁶⁶, com algumas especificidades próprias, normalmente de cunho tecnológico, que já vem sendo objeto de atenção por legislações processuais internacionais⁶⁶⁷.

⁶⁶³ <https://www.gov.br/pf/pt-br/assuntos/antecedentes-criminais>. Acesso em: 20 de dezembro de 2020.

⁶⁶⁴ CALDEIRA, Rodrigo de Andrade Figaro. *Cadeia de Custódia: arts. 158-A a 158-F, do CPP*. In: AKERMAN, William; DUTRA, Bruna Martins Amorim (Orgs.) Pacote Anticrime. Análise crítica à luz da Constituição Federal. São Paulo: Editora RT, 2020, p. 216.

⁶⁶⁵ AZEVEDO, Yuri; VASCONCELOS, Caroline Regina Oliveira. *Ensaio sobre a cadeia de custódia das provas no processo penal brasileiro*. Florianópolis: Editora Empório do Direito, 2017, p. 127.

⁶⁶⁶ FRIEDEN e MURRAY reconhecem que “(...) it is important to remember that there is nothing ‘magical’ about the admission of electronic evidence. The prevalence of electronic evidence has required no substantial changes to the Federal Rules of Evidence. In analyzing the admissibility of such evidence, it is often best to treat it as originating from the most similar, non-electronic source as thoughtful application of traditional evidentiary principles will nearly always lead to the correct result. Thus, while electronic evidence may present some unique challenges to admissibility and complicate matters of establishing authenticity and foundation, it does not require the proponent to discard his knowledge of traditional evidentiary principles or learn anything truly new (...)” (FRIEDEN, Jonathan D.; MURRAY, Leigh M. *The Admissibility of Electronic Evidence Under the Federal Rules of Evidence*, XVII Richmond Journal of Law and Technology, Vol. XVII, Issue 2, p. 2). No mesmo sentido: MENDES, Carlos Hélder Furtado. *Tecnoinvestigação Criminal: Entre a Proteção de Dados e a Infiltração por Software*, p. 138.

⁶⁶⁷ À guisa de exemplo do artigo 247, 1-bis, do *Codice de Procedura Penale Italiano*⁶⁶⁷, alterado como forma de se amoldar as disposições normativas italianas às previsões da Convenção de Budapeste para o *cybercrime*: “(...) Quando vi è fondato motivo di ritenere che dati, informazioni, programmi informatici o tracce comunque pertinenti al reato si trovino in un sistema informatico o telematico, ancorchè protetto da misure di sicurezza, ne è disposta la perquisizione, adottando misure tecniche dirette ad assicurare la conservazione dei dati originali e ad impedirne l’alterazione (...)”

4.3.1 Fases da cadeia de custódia para obtenção dos dados compartilhados

A cadeia de custódia da prova digital, em geral, deve abranger etapas de *recolha, autenticação, exame, análise e relatório*⁶⁶⁸ da prova, atentando-se ainda para as diretrizes contidas na normativa ABNT/ISO 27037:2013, estabelecida pela Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), que objetiva padronizar o tratamento das evidências digitais a fim de preservar sua integridade.

A partir da nova disciplina trazida pelo Código de Processo Penal, buscar-se-á estabelecer, de maneira breve e sem adensamentos em especificidades técnicas próprias⁶⁶⁹, as etapas a serem observadas para se assegurar a integridade e idoneidade dos dados compartilhados, desde seu *recebimento* até seu eventual *descarte*.

As primeiras etapas da cadeia de custódia se referem ao *reconhecimento* (artigo 158-B, inciso I, do CPP), *isolamento* (artigo 158-B, inciso II, do CPP) e *fixação* (artigo 158-B, inciso III, do CPP).

Assim, tão logo recepcionado o dado que seja de interesse investigativo, deverá a autoridade investigante promover o *isolamento* e a *fixação* do objeto, evitando-se que terceiros não autorizados tenham contato com os dados sigilosos, atrelando-o a uma investigação em curso, na qual devam estar ilustradas as circunstâncias do caso posto à apreciação, devidamente delimitado, permitindo-se identificar o fim a que se destina a prova.

Este isolamento poderá se dar a partir da introdução de senhas de acesso, rompendo qualquer contato externo com o dado aportado em meio eletrônico;

⁶⁶⁸ MENDES, Carlos Hélder Furtado. *Tecnoinvestigação Criminal: Entre a Proteção de Dados e a Infiltração por Software*, p. 154-155.

⁶⁶⁹ As etapas para o cumprimento da cadeia de custódia das provas armazenadas em aparelhos celulares são bem individualizadas na obra de Luca Luparia e Giovanni Ziccardi: LUPARIA, Luca; ZICCARDI, Giovanni. *Investigazione penale e tecnologia informatica: L'accertamento del reato tra progresso scientifico e garanzie fondamentali*. Op. cit., p. 80-83.

Após o *isolamento* e a *fixação de senha* ou qualquer outro mecanismo que limite o acesso externo ao dado, a próxima etapa consiste na *coleta* do conteúdo (artigo 158-B, inciso IV, do CPP), etapa que desperta atenção por ser complexa e suscetível de impactar substancialmente a cadeia de custódia⁶⁷⁶.

Por esta razão, tem-se recomendado⁶⁷⁷ que, quando possível, a fase da *coleta* do dado seja acompanhada de profissionais técnicos e especializados, justamente por envolver, nos dizeres de MARSHALL⁶⁷⁸, a fase da pré-visualização da fonte da prova digital, com o contato direto do investigador com o objeto informático, a quem caberá analisar o dispositivo para constatar se há dados relevantes para a investigação e, por conseguinte, se há justificativa para manutenção do dado com a subsequente análise minuciosa do seu conteúdo.

Nesta etapa e durante o próprio exame do dado financeiro compartilhado, é comum que os investigadores constatem a exigência de etapas de autenticação.

⁶⁷⁵ No caso *Riley vs California*, a Suprema Corte Norte-Americana sustentou que a simples possibilidade de acesso e destruição remota dos dados armazenados em *smartphones* não justifica, por si só, a necessidade do acesso sem autorização judicial” (Disponível em: https://www.supremecourt.gov/opinions/13pdf/13-132_819c.pdf. Acesso em: 20 de dezembro de 2020, p. 13-14). Entretanto, AYERS, BROTHERS e JANSEN advertem que, em pesquisas recentes, apurou-se que estes materiais de isolamento de rádio frequência não conseguem isolar completamente o aparelho apreendido, permitindo-se o recebimento de mensagens de texto e vídeo (AYERS, Rick; BROTHERS, Sam; JANSEN, Wayne. *Guideline on Mobile Device Forensics*. Op. cit., p. 31).

⁶⁷⁶ COSIC, Jasmin; COSIC, Zoran. *Chain of Custody and Life Cycle of Digital Evidence*. Computer Technology and Application 3 (2012), p. 128.

⁶⁷⁷ Márcio Satalino Mesquita registra, com acerto, que a participação deste técnico se limita a auxiliar na busca a ser realizada, já que as técnicas e procedimentos empregados não constituem o exame de corpo de delito, sendo que a perícia nos equipamentos será realizada posteriormente, por peritos oficiais (MESQUITA, Márcio Satalino. *A busca e apreensão na investigação e prova dos crimes cibernéticos*. In: Brasil. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Escola de Magistrados. *Investigação e prova nos crimes cibernéticos*. São Paulo: EMAG, 2017, p. 203).

⁶⁷⁸ MARSHALL, Angus. *Digital forensics: digital evidence in Criminal Investigation*. Wiley-Blackwell, 2008, p. 43, *Apud* MENDES, Carlos Hélder Furtado. *Tecnoinvestigação Criminal: Entre a Proteção de Dados e a Infiltração por Software*, p. 155.

decorrente de criptografia ou biometria estabelecidas pelo detentor dos dados, tanto para acesso ao conteúdo do dado compartilhado, quanto para acesso a sistema específico.

Ao se deparar com um dado protegido por senhas numéricas, sequenciais, biométricas ou por outras formas de criptografias, caberá ao investigador solicitar ao remetente que forneça as senhas ou códigos necessários para acesso ao dispositivo, anotando-os para posterior fornecimento ao perito.

⁶⁷⁹ É relevante a discussão quanto à possibilidade da adoção de medidas sancionatórias e coercitivas para constranger o detentor a fornecer a senha que garante a proteção de seu aparelho celular. O tema demandaria um estudo denso e específico sobre as garantias contra a autoincriminação, o que transcende os limites do presente trabalho científico. Em uma perfunctória análise do tema, destaca-se a existência de vertente doutrinária e jurisprudencial que assenta ser impossível se obrigar o titular do suporte eletrônico a fornecer as senhas e códigos de acesso, em homenagem ao princípio do *nemo tenetur se detegere*, extraídos do artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal, artigo 14, n.º 3, alínea “g”, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e artigo 8º parágrafo 2º, alínea “g”, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (“Pacto de San Jose da Costa Rica”). Nesta linha, o Supremo Tribunal Federal (STF) já reconheceu que a garantia da não autoincriminação se estende às provas que demandem a participação ativa do acusado, conforme se verifica de alguns precedentes daquela Corte (STF, HC n.º 80.616/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Mello, julgado em 18 de setembro de 2001, DJ 12/04/2004; HC n.º 83.096/RJ, Rel. Min. Ellen Gracie, julgado em 8 de agosto de 2003, DJ 22/08/2003; HC n.º 93.916/PA, 1ª Turma, Rel. Min. Carmen Lucia, julgado em 10 de junho de 2008, DJe 26/06/2008. Portanto, sob essa ótica, o detentor da senha não poderia ser coagido, legal ou arbitrariamente, a fornecê-la, cabendo ao órgão investigativo adotar os meios tecnológicos próprios para decodificar a senha e garantir o acesso aos dados armazenados em seu aparelho celular.

Entretanto, parte da doutrina tem reconhecido a necessidade de se restringir a incidência do princípio da não autoincriminação, dentro de uma perspectiva relacionada ao equilíbrio de armas no processo penal. Assim, a garantia constitucional do direito ao silêncio não se estenderia aos elementos de prova que possuam existência independente do investigado. Especificamente no que tange à busca de aparelhos celulares, interpreta-se a necessidade da obtenção da senha como um obstáculo que impediria, propriamente, a apreensão do objeto pretendido, à exemplo da porta de uma residência ou um cofre, o que autorizaria a adoção de medidas de força para vencer o obstáculo e assegurar a apreensão do elemento de prova pretendido. Assentando-se nestas premissas, *Diogo Erthal Alves da Costa* reconhece que a questão deva ser solucionada à luz da proporcionalidade, admitindo-se inclusive a adoção de medidas coercitivas como a incriminação pelo delito de desobediência (artigo 330 do Código Penal), sem prejuízo da decretação da prisão temporária ou da prisão preventiva do investigado que se nega a fornecer a senha, sempre que estiver previamente demonstrada: (a) existência do crime; (b) indícios de vinculação do possuidor do dispositivo com o crime em investigação; (c) que há verossimilhança na alegação de que o dispositivo apreendido pode conter dados relevantes que se relacionam com o delito; (d) que o possuidor tem ciência da senha; (e) não há meio hábil para acessá-las diverso da obtenção da senha. Finalmente, *Diogo Costa* cita precedentes dos Estados Unidos e do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (*Murray vs. Reino Unido*) para reconhecer a possibilidade de que, caso a medida de prisão não surta o efeito desejado ou não possa ser aplicada em razão de outras circunstâncias, o magistrado poderá valorar negativamente a obrigação do investigado em fornecer a senha, aplicando-se consequências negativas ao investigado a partir das regras de experiência, sem que isso importe em inversão do ônus da prova (COSTA, Diogo Erthal Alves da Costa. *Nemo tenetur se detegere e dados criptografados: restabelecendo o equilíbrio*. In: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Org.). *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. Salvador: Editora JusPodivm, 2019. cap. 8, p. 209-252). Também discorrendo sobre o tema, DARIO KIST reconhece a inexistência de obrigatoriedade ou dever do acusado em fornecer a senha. Entretanto, o autor admite a possibilidade de por alteração legislativa, se impor ao acusado o dever de fornecer a senha em determinadas condições e para alguns tipos penais específicos, cabendo ao julgador analisar o caso à luz da proporcionalidade (KIST, Dario José. *Prova digital no processo penal*. Op. cit. p. 406-452).

Algumas legislações estrangeiras têm admitido a aplicação de consequências jurídicas, inclusive administrativas e penais, para os casos de recusas do investigado no fornecimento de senhas ou biometrias. Na França, o *Article 434-15-2 do Código Penal* prevê, expressamente, a pena de prisão e de multa para aquele que, detendo conhecimento sobre a senha de uma criptografia, deixa de informá-lo às autoridades judiciárias ou de

na fase de *processamento* dos dados. Deverá o investigador se atentar para o fato de que, em algumas plataformas operacionais, a inserção repetida e equivocada de senhas poderá gerar o bloqueio indevido do dado ou, ainda, a remoção automática de todos os dados armazenados no dispositivo, prejudicando-se a evidência digital pretendida.

Registre-se que, em dispositivos conectados a servidores e que sejam de difícil apreensão⁶⁸¹, é recomendável a criação de cópia forense da mídia de armazenamento, seja por intermédio de cópia *bit a bit* do dispositivo (“espelhamento”) ou, ainda, mediante a criação de uma imagem das informações contidas no dispositivo⁶⁸².

O procedimento de cópia integral deve ser realizado, preferencialmente, em modo *off-line*, conectando-se os dados a uma estação de processamento e geração de *images* e a um bloqueador de gravações, evitando-se a introdução ou alteração de dados por um sistema informático⁶⁸³.

execução, mediante requisições desta, sempre que a criptografia foi utilizada para preparação, facilitação ou cometimento de um crime ou de um delito. A questão foi levada à apreciação do *Conseil constitutionnel* da França, sob alegação de que a punição trazida no tipo penal violaria o direito ao silêncio e a garantia da não autoincriminação. Entretanto, a Corte admitiu, em decisão de 29 de março de 2018, que “(...) Le premier alinéa de l'article 434-15-2 du code pénal, dans sa rédaction résultant de la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale, est conforme à la Constitution (...)”. De igual sorte, o *Regulation of Investigatory Powers Act 2000* do Reino Unido estabelece, na Parte III, item n.º 53, a pena de prisão de até 5 (cinco) anos, em casos envolvendo segurança nacional ou pedofilia, ou 2 (dois) anos nas hipóteses residuais, e multa, para o descumprimento de ordem de fornecimento de chave para acesso a dados protegidos por criptografia. Em julgamento ocorrido em 2008, a *Royal Courts of Justice* Britânica admitiu a regularidade da intimação dos proprietários de computadores para que informassem a senha para acesso aos dados contidos no dispositivo, sob pena de desobediência (<http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Crim/2008/2177.html>. Acesso em: 20 de dezembro de 2020).

⁶⁸⁰ AYERS, Rick; BROTHERS, Sam; JANSEN, Wayne. *Guideline on Mobile Device Forensics*, Op. cit. p. 24-25.

⁶⁸¹ Vide subtópico 4.2.1.

⁶⁸² BECHARA, Fábio Ramazzini. *Evidências Digitais e Confiabilidade do Conteúdo*. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/evidencias-digitais-e-a-confiabilidade-do-conteudo-16072019>>. Acesso em: 20 de dezembro de 2020).

⁶⁸³ MENDES, Carlos Hélder Furtado. *Tecnoinvestigação Criminal: Entre a Proteção de Dados e a Infiltração por Software*, p. 156.

Juntamente com a *coleta* do dispositivo informático, deverá o investigador zelar pelo *acondicionamento*) do objeto (artigo 158-B, inciso V, do CPP), ocasião em que deverá cuidar para que o dado, se enciado mediante objetos físicos que o armazenem seja acondicionado e embalado em um pacote com atributos antiestáticos, em formato distinto de plásticos que possam transmitir eletricidade estática ou permitir um acúmulo indevido de condensação ou umidade⁶⁸⁵, conforme artigo 158-D do Código de Processo Penal.

Ainda durante a fase do *acondicionamento*, o investigador deverá, para além de identificar a data, hora e nome de quem realizou a coleta e o acondicionamento, discriminar o suporte eletrônico onde encontra-se armazenado o dado, indicando as características necessárias à pronta identificação.

Em seguida, o dado deverá ser *transportado* (artigo 158-B, inciso VI, do CPP) de forma adequada até o local onde vier a ocorrer seu *recebimento* (artigo 158-B, inciso VII, do CPP), em ambiente com temperatura e condições ideais, preservando-se a integridade do dado armazenado. Nesta etapa, deverá ser observada a necessidade de documentação completa do ato, com informações referentes ao número de procedimento e unidade de polícia judiciária relacionada, local de origem, nome de quem transportou o vestígio, código de rastreamento, natureza do exame, tipo do vestígio, protocolo, assinatura e identificação de quem o recebeu.

⁶⁸⁴ AYERS, Rick; BROTHERS, Sam; JANSEN, Wayne. *Guideline on Mobile Device Forensics*. Op. cit. p. 36.

⁶⁸⁵ Conforme recomendação oriunda do guia “*Electronic Crime Scene Investigation: An On-the-Scene Reference to First Responders*”, do *National Institute of Justice* do *U.S. Department of Justice*, Nov. 2009, p. 21-22. Disponível em www.ojp.usdoj.gov/nij. Acesso em: 20 de dezembro de 2020.

Após o recebimento, inicia-se a fase de *processamento* do objeto (artigo 158-B, inciso VIII, do CPP), em que o setor técnico pericial deverá manipular o vestígio de acordo com a metodologia adequada, realizando-se o laudo pericial correspondente.

Nesta etapa, o perito que ficar incumbido de realizar o *processamento* e a análise dos vestígios deverá adotar cuidados adicionais para preservar a autenticidade e integridade dos dados, mantendo-se o isolamento do objeto de conexões *wireless*, bem como instalando um “*write-blocking software*”, que visa impedir o acréscimo, supressão ou modificação dos dados a serem analisados⁶⁸⁶.

Para extração dos dados, recomenda-se a conexão direta, por cabos, entre o aparelho e a estação pericial, evitando-se a utilização de procedimentos *wireless*, à medida que a simples habilitação e conexão *bluetooth* poderá alterar a transmissão do dado⁶⁸⁸.

A extração dos dados poderá se dar de diversas formas⁶⁸⁹, dentre elas:

a) *forma manual*: mediante análise individual realizada diretamente no

⁶⁸⁶ Recomendação extraída do guia “*A Simplified Guide to Digital Evidence*”, elaborado pela *National Forensic Science Technology Center* e pelo *U.S. Department of Justice*. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/dados-da-atuacao/eventos-2/eventos-internacionais/conteudo-banners-1/crimes-ciberneticos/a-simplified-guide-to-digital-evidence>>. Acesso em: 20 de dezembro de 2020.

⁶⁸⁷ A coleta dos dados é expressão trazida por Evandro Dalla Vecchia para se referir à etapa de extração dos dados, não se confundindo com a “coleta” do vestígio, prevista no artigo 158-B, inciso IV, do Código de Processo Penal (VECCHIA, Evandro Dalla. *Perícia Digital: Da investigação à análise forense*. Op. cit. p. 287).

⁶⁸⁸ VECCHIA, Evandro Dalla. *Perícia Digital: Da investigação à análise forense*. Op. cit. p. 288. CASEY e TURNBULL, por sua vez, recomendam a utilização complementar dos métodos de aquisição via cabo e *bluetooth*, haja vista que “(...) in some instances, the information retrievable from a data cable is different from the information extractable via Bluetooth, so it may be beneficial to perform logical extraction in different ways to ensure all possible content has been extracted (...)” (CASEY, Eoghan; TURNBULL, Benjamin. *Digital Evidence on Mobile Devices*. Op. cit. p. 21).

⁶⁸⁹ CASEY, E. & TURNBULL, B. *Digital Evidence on Mobile Devices*. Op. cit. p. 19; OWEN, Paul; THOMAS, Paula; MCPHEE, Duncan. *An analysis of the Digital Forensic Examination of Mobile Phones*. 2010. In: Fourth International Conference on Next Generation Mobile Applications, Services and Technologies (Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/221328104_An_Analysis_of_the_Digital_Forensic_Examination_of_Mobile_Phones>. Acesso em: 20 de dezembro de 2020); AYERS, Rick; BROTHERS, Sam; JANSEN, Wayne. *Guideline on Mobile Device Forensics*. Op. cit. p. 18-24).

dispositivo, utilizada para a identificação particular de uma informação específica, adotando-se cuidados adicionais para evitar a alteração ou exclusão acidental de dados. Trata-se da forma mais básica de extração de dados e permite o acesso a toda informação disponível na plataforma⁶⁹⁰; b) *forma direta*: mediante acesso físico e direto à memória interna do dispositivo informático, mediante reconhecimento pelo sistema operacional ou do cartão de memória; c) *forma automática*: mediante a utilização de *software* capaz de ler, captar e sistematizar os dados.

Com a completa extração dos dados, o perito deverá condensar os elementos obtidos e proceder a análise das informações, com a subsequente elaboração de um laudo pericial a ser apresentado⁶⁹¹.

Ainda durante a fase de *processamento*, é relevante que as partes especifiquem ao perito qual o objetivo da diligência, notadamente o conteúdo dos dados que são de interesse para a atividade investigativa desenvolvida.

⁶⁹⁰ GOODISON, Sean E., DAVIS, Robert C., JACKSON, Brian A. *Digital Evidence and the U.S. Criminal Justice System: Identifying Technology and Other Needs to More Effectively Acquire and Utilize Digital Evidence*. Op. cit. p. 5-6; CARNEIRO, Márcio Rodrigo de Freitas. *Perícia de informática nos crimes cibernéticos*. In. *Caderno de Estudos de Investigação e prova nos crimes cibernéticos*, da Escola de Magistrados da Justiça Federal da 3ª Região, São Paulo: 1ª edição, 2017, p. 50-51.

⁶⁹¹ Em normatização interna, o Instituto de Criminalística (IC) da Polícia Civil do Estado de São Paulo, por intermédio dos pareceres CJ/SSP 1559/2016 e 2363/2016, tem exigido a prévia autorização judicial para a análise pericial dos dados armazenados no aparelho celular, sob pena da análise ser meramente de constatação física e detalhada do objeto, sem imersão quanto ao seu conteúdo. Como destaca KIST, “(...) tem-se por adequado que, como regra, seja solicitada autorização judicial para o acesso aos dados arquivados (...)”, uma vez que “(...) a proteção da intimidade e a reserva da vida privada contra devassas e ingerências indevidas, em especial por agentes públicos, é direito fundamental de envergadura constitucional e que, em situação concreta, deve ser cotejado com o também e igualmente relevante interesse público na elucidação de infrações penais, condição para a correta aplicação da lei penal, o que inclui a necessidade de direcionar a persecução penal contra quem efetivamente é seu autor e, com isso, evitar a punição de inocentes (...)” (KIST, Dario José. *Prova digital no processo penal*. Op. cit. p. 161).

Portanto, com o intuito de se evitar subsequentes complementações do laudo pericial, é importante que, tanto quanto possível, as partes especifiquem ao perito qual o objeto da investigação e o conteúdo a ser analisado na sua atividade técnica⁶⁹², tais como as transações bancárias de especial interesse, como aquelas que reпреtem o destinatário da transferência, as de altos valores, transações internacionais etc.

Inegável que a análise forense do conteúdo extraído de dados financeiros e fiscais demandará a utilização de procedimentos bastante específicos e que, no mais das vezes, serão desconhecidos pelas partes do processo. Entretanto, considerando que o relatório da análise probatória deverá servir para sustentar ou refutar as hipóteses trazidas pela defesa ou pela acusação, é importante que a linguagem técnico-informática ceda espaço a uma perspectiva acessível aos sujeitos processuais, sem deixar de especificar, detalhada e minuciosamente, cada etapa dos procedimentos adotados para a obtenção dos dados relevantes⁶⁹³.

⁶⁹² No guia *Best Practices for Seizing Electronic Evidence (A Pocket Guide for First Responders)*, v. 3, do *United States Secret Services*, há recomendação das informações que devem ser repassadas ao perito forense, além de uma sugestão de questões a serem formuladas e respondidas pelo profissional na conclusão de seu trabalho analítico-pericial (Disponível em <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/dados-da-atuacao/eventos-2/eventos-internacionais/conteudo-banners-1/crimes-ciberneticos/best-practices-for-seizing-electronic-evidence-v-3-a-pocket-guide-for-first-responders/view>. Acesso em: 20 de dezembro de 2020).

⁶⁹³ MENDES, Carlos Hélder Furtado. *Tecnoinvestigação Criminal: Entre a Proteção de Dados e a Infiltração por Software*, p. 160. O Procedimento Operacional Padrão (POP) para provas digitais, elaborado pelo Ministério da Justiça, prevê em seu item 3.2. *Informática Forense*, os tópicos a serem observados quando da elaboração do laudo pericial, a saber: “4.4. Elaboração do laudo. Esta etapa envolve a descrição dos exames efetuados e a apresentação, de forma clara e sucinta, dos procedimentos e métodos utilizados, esclarecendo os temas relevantes para a compreensão dos exames. Tópicos a serem observados: A descrição do material (equipamento, bateria, cartão SIM, cartão de memória removível, etc.) deve conter todos os dados para a sua correta identificação e individualização, tais como marca, modelo, número de série, IMEI (número internacional de identificação do aparelho GSM), ICCID (impresso no cartão SIM), MSI (número de identificação do assinante junto à operadora) e operadora do cartão SIM. Descrever os exames de forma proporcional à sua complexidade, evitando-se assim descrições extensas e complexas para laudos simples, e vice-versa. Especificar os softwares utilizados durante os exames somente quando essencial para a compreensão dos procedimentos adotados ou para futuras verificações dos resultados. Descrever as técnicas periciais propriamente ditas, e não os detalhes da utilização dos aplicativos forenses. Para o caso de existência de mídia anexa ao laudo, explicar que os arquivos ali gravados foram submetidos a uma função de hash para fins de garantia de integridade. Mencionar eventuais alterações (físicas ou lógicas) promovidas no material examinado. As ferramentas forenses de extração de dados geralmente apresentam os dados analisados em forma de relatório. Dependendo do volume e das características das informações extraídas, esse relatório poderá compor o laudo de forma impressa ou seguir em mídia anexa (...)” (*Procedimento Operacional Padrão (POP) Perícia Criminal n.º 3.2. Informática Forense*, do Ministério da Justiça do Brasil, publicado em setembro de 2013, p. 95).

Finalmente, com a elaboração do laudo pericial respectivo, encerra-se a fase do *processamento*. Assim, caberá ao perito promover o *armazenamento* (artigo 158-B, inciso IX, do CPP) dos dados financeiros, em condições adequadas para preservação da evidência, garantindo-se o seu sigilo, seguindo-se ao seu posterior adequado *descarte* (artigo 158-B, inciso X, do CPP) após decisão judicial, com a destruição do objeto ou sua restituição ao legítimo proprietário.

Infere-se, portanto, que a cadeia de custódia da prova digital deve ser documentada por intermédio de relatório⁶⁹⁴ que permita verificar a efetiva compreensão da diligência da recolha das *fontes de provas*, notadamente quando, onde e quem teve contato com a evidência digital em cada etapa da investigação⁶⁹⁵, como forma de se garantir o cumprimento dos procedimentos forenses que assegurem o afastamento das hipóteses de contaminação por ingerência humana – no manuseio inapropriado de dispositivos informáticos – ou por via digital.

4.4. Violação da cadeia de custódia

Estabelecidas os regramentos a serem observados para cada etapa da cadeia de custódia, impende avançar sobre as consequências advindas de sua eventual violação (“break on the chain of custody”).

Ao que se percebe, as consequências da violação poderão repercutir em dois campos, notadamente o da admissibilidade e o da valoração da prova⁶⁹⁶.

Uma primeira vertente doutrinária aponta a inadmissibilidade da prova produzida com violação à cadeia de custódia. Para tanto, sustentam que a consequência inerente ao descumprimento das etapas seja a proibição de qualquer valoração probatória (*inadmissibilidade*), em razão da ilicitude da prova⁶⁹⁷ e das que dela decorram,

⁶⁹⁴ RAMALHO, David Silva. *Métodos Ocultos de Investigação*. Op. cit. p. 258.

⁶⁹⁵ GIOVA, Giuliano. *Improving Chain of Custody in Forensic Investigation of Electronic Digital Systems*. IJCSNS International Journal of Computer Science and Network Security, VOL. 11 No. 1, January 2011, p. 1.

⁶⁹⁶ Para Badaró, “(...) no caso de violação da cadeia de custódia, em tese, duas soluções seriam possíveis: a primeira, considerar que a prova se torna ilegítima, não podendo ser admitida no processo; a segunda, superar o problema da admissão da prova e resolver o problema do vício da cadeia de custódia dando menor valor ao meio de prova produzido a partir de fontes de prova cuja cadeia de custódia tenha sido violada (...)” (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *A cadeia de custódia e sua relevância para a prova penal* Op. cit. p. 533).

⁶⁹⁷ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. Op. cit, p. 459; PRADO, Geraldo. *Prova Penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por meios ocultos*. Op. cit. p. 92; AZEVEDO, Yuri; VASCONCELOS, Caroline Regina Oliveira. *Ensaio sobre a Cadeia de Custódia das*

conforme artigo 157 do Código de Processo Penal e artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, acarretando-se a consequente exclusão física da prova e de toda a ela derivada.

Trata-se de uma interpretação que encontra inspiração no direito anglo-saxão, especialmente considerando que as *Rules 901 e 902 do Federal Rules of Evidence* dos Estados Unidos trazem a análise da cadeia de custódia para o campo da admissibilidade⁶⁹⁸.

Uma segunda corrente, amparada na reforma legislativa que introduziu os artigos 158-A a 158-F no Código de Processo Penal, sustenta que eventual violação à sistemática adotada poderá acarretar a ilegitimidade da prova, por violação a regras de direito processual, com a consequente aplicação da teoria das nulidades⁶⁹⁹.

Já para uma terceira corrente, a violação da cadeia de custódia deve ser apreciada na perspectiva da valoração da prova, de modo que eventual problema de higidez é solucionado no âmbito do peso a ser dado à prova pelo juiz, na formação de seu convencimento. Com efeito, a cadeia de custódia não teria relação com a licitude ou ilicitude da prova, mormente considerando que a cadeia de custódia não é a prova em si, mas sim uma metaprova (“prova sobre prova”), que visa assegurar a autenticidade e integridade da fonte de prova⁷⁰⁰.

Provas no Processo Penal Brasileiro. Op. cit., p. 109; JEZLER JÚNIOR, Ivan. *Prova penal digital: tempo, risco e busca telemática*. Op. cit. p. 186; EDINGER, Carlos. *Cadeia De Custódia, Rastreabilidade Probatória*, Op. cit. p. 251; MENEZES, Isabela Aparecida; MENEZES, Isabela Aparecida; BORRI, Luiz Antônio; SOARES, Rafael Júnior. *A quebra da cadeia de custódia da prova e seus desdobramentos no processo penal brasileiro*. Op. cit., p. 293.

⁶⁹⁸ DALLAGNOL, Deltan Martinazzo; CÂMARA, Juliana de Azevedo Santa Rosa. *A cadeia de custódia da prova*. Op. cit. p. 553.

⁶⁹⁹ Guilherme Dezem aponta que toda violação da cadeia de custódia acarretará a nulidade pela não observância das regras, mas poderá o Estado, por seu órgão acusador, comprovar que não houve prejuízo e, aí, afastar a nulidade na forma do artigo 563 do Código de Processo Penal (DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de processo penal*. Op. cit. p. 696). Registre-se que parte da divergência entre a primeira e a segunda correntes deriva da discussão doutrinária quanto à distinção entre prova ilícita e prova ilegítima, especialmente a parte da redação dada ao artigo 157, *caput*, do Código de Processo Penal, com a reforma da Lei n.º 11.690/2008. O tema já foi discutido no subtópico 5.5.1.

⁷⁰⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *A cadeia de custódia e sua relevância para a prova penal*. Op. cit. p. 535; DALLAGNOL, Deltan Martinazzo; CÂMARA, Juliana de Azevedo Santa Rosa. *A cadeia de custódia da prova*. Op. cit. p. 552 e 566.

Portanto, especialmente nos casos de omissões ou irregularidades sem maiores gravidades⁷⁰¹ (v.g., o armazenamento do objeto a ser periciado na Delegacia de Polícia, ao invés do Instituto de Criminalística⁷⁰²; a ausência de indicação do número do pacote e a concisão do ofício⁷⁰³; a ausência de lacre em todos os documentos ou bens apreendidos⁷⁰⁴, dentre outros), sem que haja indicativos concretos de que a fonte de prova possa ter sido modificada, adulterada ou substituída, a questão deve ser resolvida no momento da apreciação da prova⁷⁰⁵, admitindo-se sua produção e valoração.

Entrementes, nos casos de vícios mais graves que coloquem em dúvida a integridade e autenticidade da prova (v.g., a contaminação da amostra de sangue ou a modificação ou alteração de dados armazenados em um aparelho celular), é evidente que isso enfraquecerá sobremaneira sua valoração.

No campo jurisprudencial, a jurisprudência não é segura no tocante às consequências da violação da cadeia de custódia da prova. Com efeito, no *Habeas Corpus n.º 160.662/RJ*, a Corte reconheceu que o extravio de parte de áudios telefônicos interceptados ao longo de uma investigação acarreta a ilicitude de todo o material derivado da interceptação telefônica.

Sem mencionar expressamente a “cadeia de custódia”, a Corte apontou que a perda de parte do material repercute no próprio dever de garantia da paridade de armas, inviabilizando-se o próprio exercício da ampla defesa⁷⁰⁶, o que seria um aceno à interpretação de que a violação à cadeia de custódia atingiria a própria admissibilidade da evidência.

⁷⁰¹ O Supremo Tribunal Federal (STF), no bojo da Ação Penal n.º 1.030/DF, foi instado a apreciar supostas irregularidades decorrentes de violação da cadeia de custódia. Na ocasião, a Corte reconheceu que meras irregularidades relacionadas à forma de transporte do material colhido e sua manipulação não seriam aptas, por si só, a macular as conclusões extraídas em laudo pericial, especialmente quando analisadas conjuntamente com outras provas (STF, Ação Penal n.º 1.030/DF, 2ª Turma, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 22 de outubro de 2019, DJe 13/02/2020).

⁷⁰² STJ, HC n.º 462.087/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 17 de outubro de 2019, DJe 29/10/2019.

⁷⁰³ STJ, HC n.º 574.103/MG, 6ª Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, julgado em 4 de agosto de 2020, DJe 14/08/2020.

⁷⁰⁴ STJ, RHC n.º 59.414/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 27 de junho de 2017, DJe 03/08/2018.

⁷⁰⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *A cadeia de custódia e sua relevância para a prova penal*. Op. cit. p. 535.

⁷⁰⁶ STJ, *Habeas Corpus* n.º 160.662/RJ, 6ª Turma, Rel. Min. Assusete Magalhães, julgado em 18 de fevereiro de 2014, DJe 17/03/2014.

Entretanto, a decisão vem sendo objeto de críticas⁷⁰⁷, cabendo o registro de que o Superior Tribunal de Justiça não mencionou, ao menos expressamente, que a ilicitude teria decorrido de uma quebra ou violação da cadeia de custódia, razão pela qual não seria correto assentar que os resultados das interceptações telefônicas foram considerados ilícitos por violação da cadeia de custódia⁷⁰⁸.

Em outra decisão sobre tema, a mesma Corte invocou o princípio do prejuízo para afastar a nulidade sustentada pela defesa, em razão de erro em gravações de mídias decorrentes de interceptação telefônica. Na ocasião, reconheceu-se que não estaria caracterizada a violação à cadeia de custódia, uma vez que o material que não pôde ser captado ou gravado deixou de ser usado por quaisquer das partes, não sendo possível se falar em prejuízo ou nulidade⁷⁰⁹.

No julgamento da Ação Penal 684/DF⁷¹⁰, o Superior Tribunal de Justiça aparentemente deslocou a análise da violação à cadeia de custódia para a perspectiva

⁷⁰⁷ Dallagnol e Câmara afirmam que a perda de parte dos diálogos seria lesiva à “prova” da acusação e à sua força, o que deveria ser avaliado no campo da valoração da prova, e não de sua licitude ou ilicitude. Ademais, apontam que a nulidade não deveria ser declarada por ausência de prejuízo, devendo ser demonstrada a repercussão do defeito do ato processual no exercício do contraditório ou da ampla defesa. Assim, haveria a possibilidade da utilização do material que não fora perdido, aduzindo que a perda de parte dos diálogos colocou a defesa, e não a acusação, em posição vantajosa. Finalmente, os autores reconhecem que, se fosse uma questão de validade e não de peso, e ainda que houvesse efetivo prejuízo, a nulidade das provas desaparecidas não contaminaria as provas existentes (DALLAGNOL, Deltan Martinazzo; CÂMARA, Juliana de Azevedo Santa Rosa. *A cadeia de custódia da prova*. Op. cit. p. 554-560).

⁷⁰⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *A cadeia de custódia e sua relevância para a prova penal* Op. cit. p. 532.

⁷⁰⁹ STJ, HC n.º 422.642/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 25 de setembro de 2018, DJe 02/10/2019. Por sua vez, no REsp n.º 1.795.341/RS, o STJ invocou expressamente a “quebra da cadeia de custódia” para sustentar a nulidade da prova diante da falta de acesso à defesa da integralidade da interceptação telefônica, já que a apresentação de parcela do produto extraído dos áudios, cuja filtragem foi estabelecida sem a presença do defensor, acarreta ofensa ao princípio da paridade de armas e ao direito à prova (STJ, REsp n.º 1.795.341/RS, 6ª Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, julgado em 7 de maio de 2019, DJe 14/05/2019).

⁷¹⁰ Na referida ação penal, imputou-se ao réu a prática dos crimes de injúria, difamação e calúnia, os quais teriam sido cometidos por intermédio de e-mails enviados à suposta vítima. Com a localização e apreensão do computador por intermédio do qual as mensagens eletrônicas foram enviadas, realizou-se a perícia do disco rígido e, na oportunidade, apurou-se que a máquina estaria infectada com um vírus conhecido por “cavalo de Tróia”. Os peritos, no curso da atividade técnica, promoveram a exclusão do arquivo infectado. A defesa sustentou, por sua vez, que o vírus teria permitido o acesso remoto ao computador por pessoa desconhecida, o que teria ocasionado o envio dos e-mails. Entretanto, a análise da tese aventada pela defesa não foi passível de comprovação, diante da impossibilidade de reexame dos arquivos deletados, o que acarretou a absolvição do réu por insuficiência de provas para a condenação. Assim, a Corte decidiu que “a regra básica da perícia criminal é a de que seu objeto seja preservado. Espécie em que os peritos flagrando no computador apreendido um ‘vírus’ conhecido como ‘cavalo de tróia’, excluíram-no do material a ser periciado, gerando incerteza acerca de sua potencialidade para invadir o equipamento e transmitir mensagens à revelia do usuário” (STJ, Ação Penal n.º 684/DF, Corte Especial, Rel. Min. Ari Pargendler, julgado em 3 de abril de 2013, DJe 09/04/2013).

valorativa. De igual sorte, na hipótese de interceptação telefônica por intermédio do *WhatsApp Web*⁷¹¹, as dúvidas acerca da confiabilidade e integridade da prova foram utilizados como fundamentos para se reconhecer a nulidade da decisão judicial que autorizou o espelhamento do *WhatsApp* via “Código QR”, especialmente diante da possibilidade de alteração ou exclusão de dados, sem a possibilidade de recuperação para efeitos de prova no processo penal.

Já na perspectiva do Supremo Tribunal Federal (STF), a Corte manteve decisão do Tribunal de Justiça do Paraná que reconheceu não ser razoável ou proporcional que a quebra da cadeia de custódia acarretasse a anulação e desentranhamento da totalidade do material coletado através das interceptações telefônicas, limitando-se à anulação, afastamento e desentranhamento do material probatório coletado contemporaneamente àquele subtraídos dos autos⁷¹².

⁷¹¹ STJ, RHC n.º 99.735/SC, 6ª Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 27/11/2018, DJe 12/12/2018. Sobre o tema, vide subtópico 4.2.3.1.

⁷¹² STF, Agravo Regimental no *Habeas Corpus* n.º 156.157/PR, 1ª Turma, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgamento em 19 de novembro de 2018, DJe 26/11/2018.

CONCLUSÃO

Ao final do presente trabalho científico e considerando os estudos realizados acerca da proteção constitucional ao sigilo bancário e o acesso a dados financeiros compartilhados pelos órgãos de persecução, é possível concluir pelos seguintes encaminhamentos, ainda que de modo preliminar:

1) A privacidade, concebida originariamente dentro de uma perspectiva meramente individualista, foi consagrada como cláusula pétrea no artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal, além de ser resguardada por intermédio de outras proteções constitucionalmente asseguradas, notadamente a da inviolabilidade de domicílio (artigo 5º, inciso XI) e ao sigilo da correspondência, das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas (artigo 5º, inciso XII).

2) Embora seja conceito dotado de plurais definições, a pode-se dizer que é a privacidade o gênero, nela estando consubstanciadas as espécies “intimidade” e “vida privada”, sendo, outrossim, atribuída à mesma a chancela de direito fundamental autônomo e inerente à personalidade, evoluindo-se daí a necessidade de tutelar as transações bancárias.

3) O avanço da criminalidade e a rapidez das transações comerciais impôs a resignificação da proteção dos dados financeiros, notadamente diante dos avanços computacionais, em especial com o advento das redes sociais, que minimizou a privacidade, exposta pelos próprios indivíduos, decorrendo daí um crescente enfraquecimento de proteção à mesma conferida, em prol de uma tutela da segurança nacional direcionada à produção preventiva e antecipada de informações.

4) O crescimento da tecnologia e a possibilidade de criação de instrumentos de produção, captação e compartilhamento massificado de dados digitais, onde até o dinheiro passou a ser digital, também foi utilizado pela moderna criminalidade, que se valeu destas facilidades para a perpetração de novas e antigas condutas criminosas, especialmente diante de uma sensação de anonimização dos dados cibernéticos.

116

5) A evolução tecnológica também exigiu o rápido trânsito de informações para fins de investigação criminal e de meios de produção de provas, que passaram a se ater à realidade e rapidez da transferência das informações que fizeram com que

meios tradicionais de obtenção de prova se tornassem obsoletos.

6) Embora tenha o Supremo Tribunal Federal, ao fixar a tese junto ao Tema 990, decidido pela possibilidade de compartilhamento de dados financeiros e fiscais com os órgãos de persecução criminal, a Corte condicionou as comunicações a meios formais, com garantia de sigilo, certificação do destinatário e estabelecimento de instrumentos efetivos de apuração e correção de eventuais desvios;

7) Diante de uma transferência de sigilo que se dá por meio de projeção tecnológica, é fato que legislativa e doutrinariamente, neste ponto, pouco houve de evolução, o que importa em delicado exercício interpretativo na tentativa de se estabelecer parâmetros formais e procedimentais para a obtenção de provas a partir destes modernos recursotecnológicos, na busca de uma transmissão de dados eficiente, mas que resguarde a proteção à privacidade e ao sigilo do dado compartilhado.

8) A prova digital é passível de ser produzida sob a forma documental e pericial, mas exigem novas formas, métodos e ferramentas que permitam assegurar a credibilidade e confiabilidade destas provas, ainda que compartilhadas.

9) O acesso a dados financeiros compartilhados pelo Estado Administração, enquanto meio de produção de provas sem regulamentação legislativa específica, se dá a partir da decisão da Suprema Corte, fazendo uso da analogia a outros meios de produção de provas (v.g., a busca e apreensão, a interceptação telemática, a requisição a dados em poder de prestadores de serviços de aplicações de *internet*, dentre outros), permitindo-se a formação de uma base regulamentar e legal para sua operacionalização imediata.

10) A requisição direta pelo Ministério Público ou qualquer outro órgão de execução poderá, conforme decisões recentes, acarretar a ilicitude da prova, salvo nos casos em que se atenha à necessidade de reserva de jurisdição para procedimentos fiscais que não tenham chegado à finalização, podendo a não observação de tal constitui medida arbitrária e potencialmente caracterizadora de *fishing expedition*, com caráter randômico e especulativo, com vistas prospectiva de elementos incriminatórios;

11) A cadeia de custódia da prova, enquanto metodologia para se atestar a integridade e confiabilidade da prova, foi incluída expressamente nos artigos 158-A a 158-F do Código de Processo Penal. Com relação à prova documental digital, a cadeia de custódia da prova tem por finalidade acautelar a autenticidade do dado, complete,

confiabilidade e credibilidade, bem assim conservar o sigilo da transferência, bem assim possibilitar a responsabilização do agente que não tenha se atido à necessidade de manter a sigilosidade no tratamento das informações, durante a investigação.

12) As etapas da cadeia de custódia para o compartilhamento das informações financeiras deverão observar as diretrizes legais, atentando-se para algumas especificidades relacionadas ao isolamento do suporte eletrônico, a extração dos dados compartilhados por pessoa devidamente identificada, tudo dentro de procedimento próprio, que especifique de logo qual o objeto da investigação e o conteúdo a ser analisado, considerando a vastidão de dados passíveis de extração e persecução.

13) Em caso de descumprimento da cadeia de custódia, em que pesem as divergências doutrinárias e jurisprudenciais, entende-se que a repercussão deverá se dar no campo da valoração da prova, mormente em hipóteses de omissões ou irregularidades sem maiores gravidades.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, Jacqueline de Souza. *Passado, presente e futuro da criptografia forte: desenvolvimento tecnológico e regulação*. Rev. Bras. Polít. Públicas, Brasília, v. 7, nº 3, 2017.

ABREU, Jacqueline de Souza; ANTONIALLI, Dennys M.. *E quando o policial vira hacker?*. Disponível em: <<https://www.internetlab.org.br/pt/privacidade-e-vigilancia/e-quando-o-policial-vira-hacker/>>. Acesso em: 20 de dezembro de 2020.

_____. *O conto do baú do tesouro: a expansão da vigilância pela evolução e popularização dos celulares no Brasil*. Surveillance in Latin America, v. 5, p. 353, 2017.

_____. *Vigilância sobre as comunicações no Brasil: interceptações, quebras de sigilo, infiltrações e seus limites constitucionais*. São Paulo: InternetLab, 2017.

_____; MASSARO, Heloisa Maria Machado. LUCIANO, Maria. *Acesso de autoridades policiais a celulares em abordagens e flagrantes: retrato e análise da jurisprudência de tribunais estaduais*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 154/2019, p. 177-214, abril/2019.

ACILA, Carlos Roberto. *Criminologia e estigmas – um estudo sobre os preconceitos*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 23, *Apud*, NETO, Francisco Alves Cangerana. Meios de Obtenção de Prova no Processo Penal, Paraná: Editora Juruá, 2018.

ALBRECHT, Hans-Joerg. *Secret Surveillance. Measures of Secret Investigation in the Criminal Process*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, 92, p. 123-153.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2ª edição, São Paulo: Editora Malheiros, 2015.

ALMEIDA, José Raul Gavião de. *Anotações acerca do direito à privacidade*. In: Jorge Miranda; Marco Antônio Marques da Silva. (Org.). *Visão Luso-Brasileira da Dignidade Humana*. 1ª edição, São Paulo: Editora Quartier Latin, 2008, v. 1.

AMARAL, Cláudio do Prado. *Inviolabilidade do domicílio e flagrante de crime permanente*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 95, p. 165, São Paulo: Ed. RT, mar. 2012, *Apud* DEZEM, Guilherme Madeira. *A espiritualização do domicílio*. In: MASSO, Fabiano Del. ABRUSIO, Juliana, FILHO, Marco Aurélio Florêncio (org.). *Marco Civil da Internet – Lei n.º 12.965/2014*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, 2ª tiragem.

ANDRADE, Manoel da Costa. *Métodos ocultos de investigações (plädoyer para uma teoria geral)*. In: MONTE, Mário Ferreira et ali (org.). *Que futuro para o direito processualpenal? Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do código de processo penal português*. Coimbra: Editora Coimbra, 2009.

_____. *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, Coimbra: Editora Coimbra, 2006.

ANTONIALI, Dennys Marcelo; BRITO CRUZ, Francisco; VALENTE, Mariana Giorgetti. *Smartphones: treasure chests of the Lava-Jato investigation*. Disponível em: <<https://www.internetlab.org.br/en/policy-watch/smartphones-treasure-chests-of-the-lava-jato-investigation/>>. Acesso em: 20 de dezembro de 2020.

ANTUNES, Leonardo Leal Peret. *(Re)pensando a busca e apreensão no processo penal*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2016.

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo: *Da prova no processo penal*. 7ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

ARANTES FILHO, Márcio Geraldo Britto. *A interceptação de comunicação entre pessoas presentes como meio de investigação de prova no processo penal brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Penal) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2011.

ARAÚJO, Márcio Schusterschitz da Silva. *O lixo como fonte de prova no processo penal*. In: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Org.). In: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Org.). *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 10ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas Ilícitas Interceptações telefônicas e gravações clandestinas*, 7ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019.

_____ ; REBELLATO, Luiz Fernando Bugiga. *Provas ilícitas*. In: *Contraponto jurídico. Posicionamentos divergentes sobre grandes temas do Direito*. São Paulo: Editora RT, 2018.

AZEVEDO, David Teixeira de. *Delação premiada e direito de defesa*. Boletim IBCCRIM, São Paulo, IBCCRIM, v. 22, n. 265, p. 4, 2014.

_____. *O interrogatório do réu e o direito ao silêncio*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 682, ago. 1992.

AZEVEDO, Yuri; VASCONCELOS, Caroline Regina Oliveira. *Ensaio sobre a cadeia de custódia das provas no processo penal brasileiro*. Florianópolis: Editora Empório do Direito, 2017.

AYERS, Rick; BROTHERS, Sam; JANSEN, Wayne. *Guideline on Mobile Device Forensics*, In: National Institute of Standards and Technology of U. S. Department of Commerce, May 2014 (Disponível em: <<https://nvlpubs.nist.gov/nistpubs/SpecialPublications/NIST.SP.800-101r1.pdf>> Acesso em: 20 de dezembro de 2020.

BACHMAIER WINTER, Lorena. *Investigación criminal y protección de la privacidad en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. In: 2º Congresso de Investigaçã

Criminal. Coordenação: Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias e Paulo de Sousa Mendes. Lisboa: Almedina, 2010.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *A cadeia de custódia e sua relevância para a prova penal*. In: SIDI, Ricardo, LOPES, Anderson Bezerra (org.) *Temas atuais da investigação preliminar no processo penal*. Belo Horizonte: Editora D' Plácido, 2017.

_____. *Direito à prova e os limites lógicos de sua admissão: os conceitos de pertinência e relevância*. In: *Sistema penal e poder punitivo: estudos em homenagem ao prof. Aury Lopes Jr.*, p. 550; 2015; e BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Editorial dossiê "Prova penal: fundamentos epistemológicos e jurídicos"*. In: *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 4, n. 1, p. 43-80, jan.-abr. 2018.

_____. *Direito Processual Penal. Tomo I*. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2008.

_____. *Interceptação de Comunicações Telefônicas e Telemáticas: limites ante o Avanço da Tecnologia*. In: CASARA, Rubens Roberto R.; Lima, Joel Correa de (Org.). *Temas para uma Perspectiva Crítica do Direito - Homenagem ao Professor Geraldo Prado*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

_____. *Processo Penal*, 8ª edição, São Paulo: Editora RT, 2020.

_____. *Provas atípicas e provas anômalas: inadmissibilidade da substituição da prova testemunhal pela juntada de declarações escritas de quem poderia ser testemunha*. In: Yarshell, Flávio Luiz; Moraes, Maurício Zanoide (coord.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005.

_____. *Quem está preso pode delatar?* Jota, 23 jun. 2015. Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/quem-esta-presos-pode-delatar>>. Acesso em: 20 de dezembro de 2020.

BADARÓ, Jennifer Falk. *Produção de provas: WhatsApp, Facebook, e-mail*. AASP ¹²² Boletim, Edição n. ° 3096, Dezembro/2019.

BARNES, Susan, *A privacy paradox: Social networking in the United States*, First Monday, volume 11, number 9, September 2006. Disponível em: <http://firstmonday.org/issues/issue11_9/barnes/index.html>. Acesso em: 3 de julho de 2020.

BARRETO, Alesandro Gonçalves; ALMEIDA, Everton Ferreira de. *Perícia em celular: necessidade de autorização judicial?* Revista Direito & TI, Porto Alegre, 04.06.2016. Disponível em: <http://direitoeti.com.br/artigos/pericia-em-celular-necessidade-de-autorizacao-judicial>. Acesso em: 20 de dezembro de 2020.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*, 4ª Edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2001.

_____. *Temas de direito constitucional – tomo III*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Editora Saraiva, v. 2, 1989.

_____. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. São Paulo: Editora Saraiva, 1988.

BAUMAN, Zygmunt. *Danos colaterais. Desigualdades sociais numa era global*. Tradução: Carlos Alberto Medeiros, Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2013.

_____. *Modernidade Líquida*. Tradução: Plínio Dentzien, Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2000.

BECHARA, Fábio Ramazzini. *Evidências Digitais e Confiabilidade do Conteúdo*. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/evidencias-digitais-e-a-confiabilidade-do-conteudo-16072019>>. Acesso em: 20 de dezembro de 2020.

BELLOQUE, Juliana Garcia. *Sigilo Bancário: Análise Crítica da LC 102/2001*. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais: 2003.

BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019.

BONFIM, Edilson Mougnot. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

BORGES DA ROSA, Inocêncio. *Processo penal brasileiro*, Porto Alegre: Editora Globo, 1942.

BORRI, Luiz Antônio. *Delação premiada do investigado/acusado preso cautelarmente: quando o Estado se transfigura em criminoso para extorquir a prova do investigado*. Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 24, n. 285, p. 6-8, ago. 2016.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Buscas policiais sem mandado judicial parecem ter se normatizado*. Conjur, 11 de novembro de 2014. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2014-nov-11/direito-defesa-buscas-policiais-mandado-parecem-normatizado#_edn7>. Acesso em: 20 de dezembro de 2020.

BOYD, Dana; HARGITTAI, Eszter. *Facebook privacy settings: Who cares?*. 2010, First Monday, 15(8) <<http://www.uic.edu/htbin/cgiwrap/bin/ojs/index.php/fm/article/view/3086/2589>>. Acesso em 3 de julho de 2020.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

CALDEIRA, Rodrigo de Andrade Figaro. *Cadeia de Custódia: arts. 158-A a 158-F, do CPP*. In: AKERMAN, William; DUTRA, Bruna Martins Amorim (Org.) Pacote Anticrime. Análise crítica à luz da Constituição Federal. São Paulo: Editora RT, 2020.

CAMARGO, Coriolano Almeida; SANTOS, Cleórbete. *Crimes digitais no ordenamento brasileiro*. Revista de Direito e as Novas Tecnologias, vol. 2/2019, Jan-Mar/2019.

CARMEN, Rolando V. Del. *Criminal procedure Law and Practice*, Wadsworth Publishing; 8 edition, p. 86-88.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 13ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

CAPEZ, Rodrigo. *Pressupostos de admissibilidade e requisitos de validade da colaboração premiada: critérios para orientar a proposta e o controle da justiça criminal negocial*. In: *Colaboração Premiada*. Org. Maria Thereza de Assis Moura e Pierpaolo Cruz Bottini, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

CAPRIOLI, Francesco. *Il 'captatore informatico' come strumento di ricerca della prova in Italia*. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 3, n. 2, p. 483-510, mai.-ago. 2017.

CARDOZO, José Eduardo Martins. *Prefácio*. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo. (Coord.). *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Editora Atlas.

CARVALHO, Manuel da Cunha. *O conceito de servidor em informática e suas implicações jurídicas*. In: Revista de Direito do Consumidor n.º 39/158 – São Paulo: Editora RT.

CASEY, Eoghan. *Digital evidence and computer crime: forensic science, computers and the internet*. 3rd Edition, Maryland: Ed. Elsevier, 2011.

_____ ; TURNBULL, Benjamin. *Digital Evidence on Mobile Devices*. In: *Digital Evidence and Computer Crime*, 3 Ed. Elsevier, 2011.

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede: a era da informação: economia, sociedade e cultura*. Tradução Roneide Venancio Majer. 21. edição, São Paulo: Editora Paz e Terra, 2020.

CASTILHOS, Guilherme Machado; POLL, Roberta Eggert. “*E se a sua geladeira pudesse depor contra você no tribunal?*”: *internet das coisas e provas no processo penal brasileiro*”. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 163/2020, p. 363-391, Jan/2020.

CASTRO, Pedro Machado de Almeida. *Operação Lava Jato e gravações clandestinas*. In: SIDI, Ricardo, LOPES, Anderson Bezerra (org.) *Temas atuais da investigação preliminar no processo penal*. Belo Horizonte, Editora D' Plácido, 2017.

CASTRO, Luiz Augusto Sartori de. *Busca e apreensão mediante uso de 'malware'*. In: Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, ano 21, n.º 251, outubro de 2013.

CESCA, Brenno Gimenes; GUARDIA, Gregório Edoardo Raphael Selingardi. *Busca e apreensão: o regime jurídico de Argentina, Inglaterra e Itália*. Revista Liberdades, Edição n.º 24, julho/dezembro de 2017.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Editora Malheiros, 2001.

COOLEY, Thomas McIntyre. *A treatise on the law of torts*. Chicago: Callaghan, 1880.

CÓRDOBA, Gabriela E. *Nemo tenetur se ipsum accusare: ¿principio de pasividad?* Estudios sobre Justicia Penal: Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2005.

COSIC, Jasmin; COSIC, Zoran. *Chain of Custody and Life Cycle of Digital Evidence*. Computer Technology and Application 3 (2012).

COSTA, Diogo Erthal Alves da Costa. *Nemo tenetur se detegere e dados criptografados: restabelecendo o equilíbrio*. In: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Org.). *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

COSTA, Helena Regina Lobo da; LEONARDI, Marcel. *Busca e apreensão e acesso remoto a dados em servidores*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 19, n. 88, p. 203-223, jan.fev/2011.

COSTA, Leonardo Dantas. *Delação Premiada*, Paraná: Editora Juruá, 2017.

COSTA ANDRADE, Manoel. *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, Coimbra: Editora Coimbra, 1992.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. 2ª edição, São Paulo, RT, 1995.

COUTINHO, Gustavo Leuzinger. *A Era dos 'Smartphones: Um estudo exploratório sobre o uso dos 'smartphones' no Brasil*. Monografia. Universidade de Brasília (UNB), dezembro de 2014.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Código de Processo Penal e Lei de Execução Penal Comentados*. 2ª ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2018.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª edição, Salvador: Editora Juspodivm, 2011.

DALLAGNOL, Deltan Martinazzo; CÂMARA, Juliana de Azevedo Santa Rosa. *A cadeia de custódia da prova*. In: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Org.). *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

DANIELE, Marcelo. *La prova digitale nel processo penale*. *Rivista di Diritto Processuale Anno LXVI (Seconda Serie) – n. 2, Marzo – Aprile, 2011*.

DELGADO MARTÍN, Joaquín. *La prueba electrónica em el proceso penal*. *Diario La Ley*, n.º 8167, Sección Doctrina, 10 Oct. 2013, Año XXXIV, Editorial La Ley.

DELMANTO, Roberto e DELMANTO JÚNIOR, Roberto. *A permissão constitucional e a nova lei de interceptação telefônica*, em *Boletim IBCCrim* n. 47, p. 2.

DEZEM, Guilherme Madeira. *A espiritualização do domicílio*. In: MASSO, Fabiano Del. ABRUSIO, Juliana, FILHO, Marco Aurélio Florêncio (org.). *Marco Civil da Internet – Lei n.º 12.965/2014*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, 2ª tiragem.

_____. *Curso de processo penal*. 6ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2020.

_____. *Da prova penal: tipo processual, provas típicas e atípicas (Atualizado de acordo com as Lei 11.689/08, 11.690/08 e 11.719/08)*. Campinas: Ed. Millenium, 2008.

DIAS FILHO, Claudemir Rodrigues. *Cadeia de custódia: do local de crime ao trânsito em julgado; do vestígio à evidência*. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; NUCCI, Guilherme de Souza (org.). *Doutrinas Essenciais - Processo Penal*. v. 3. São Paulo: Editora RT, 2012.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Editora Malheiros, 2001, vol. III.

DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. 15ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

DI PAOLO, Gabriella. *Tecnologie del controllo e prova penale: l'esperienza statunitense e spunti per la comparazione*. Padova: Editora Cedam, 2008.

DOENES, William S. *Search and Seizure: The Physical Trespass Doctrine and the Adaption of the Fourth Amendment to Modern Technology*, 2 Tulsa L. J. 180 (2013), Disponível em: <https://digitalcommons.law.utulsa.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1038&context=tlr>.

Acesso em: 20 de dezembro de 2020.

DOMINGOS, Fernanda Teixeira Souza. *As provas digitais nos delitos de pornografia infantil na Internet*. In: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Org.). *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

_____. RÖDER, Priscila Costa Schreiner. *Obtenção de provas digitais e jurisdição na Internet*. In. *Caderno de Estudos de Investigação e prova nos crimes cibernéticos*, da Escola de Magistrados da Justiça Federal da 3ª Região, São Paulo: 1ª edição, 2017.

DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. 2ª ed. São Paulo: Editora RT, 2019.

D'URSO, Luiz Flávio Borges. *Delação premiada – Proibição para quem está preso*. Migalhas, 28 de julho de 2015, Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/224179/delacao-premiada-proibicao-para-quem-esta-presos>>. Acesso em: 20 de dezembro de 2020.

DUPUY, Daniela. *Desafíos procesales en la investigación de delitos informáticos*. Reunión preparatoria del XIX Congreso Internacional de la Asociación Internacional de Derecho Penal (AIDP) Grupo argentino, Facultad de Derecho, UBA, marzo de 2014.

EDINGER, Carlos. *Cadeia De Custódia, Rastreabilidade Probatória*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 120, mai.-jun./2016.

EIBE, Manuel José Arias. *Funcionalismo penal moderado o teleológico-valorativo Versus Funcionalismo Normativo o Radical*. Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, n. 29, p. 439-453, 2006.

ESPINDULA, Alberi, *Perícia criminal e cível: uma visão geral para peritos e usuários da perícia*. 4ª Ed. Campinas: Editora Millenium, 2013.

FAYET, Fábio Agne; CARVALHO, Andersson Vieira. *WhatsApp, sigilo de dados e prova ilícita: para dizer o óbvio*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 140/2018, p. 297-322, fevereiro/2018.

FERNANDES, Antônio Scarance. *A lei de interceptação telefônica*. In: Justiça Penal, n. 4, coord. de Jaques de C. Penteadó, São Paulo: Editora RT, 1997.

_____. *Equilíbrio entre a eficiência e o garantismo*. Revista Brasileira de Ciências Criminais n.º 70/229, jan-fev/2008.

_____. *O sigilo financeiro e a prova criminal*. In “Direito Penal, Processo Penal e Direitos Fundamentais. Uma visão Luso-brasileira”, p.457/477, 2006.

_____. *Processo penal constitucional*. 6ª edição. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

_____. *Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal*. São Paulo: Editora RT, 2005.

_____. *Tipicidade e sucedâneos de prova*. In: FERNANDES, Antônio Scarance; GAVIÃO DE ALMEIDA, José Raul; ZANOIDE DE MORAES, Maurício (coord.). *Provas no Processo Penal: estudo comparado*. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*. Madrid: Editora Trotta, 2014.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Comunicação de dados e proteção ao sigilo*. In: DONEDA, Danilo; MENDES, Laura Schertel; CUEVA, Ricardo Villas Bôas. *Lei Geral de Proteção de Dados (Lei n.º 13.709/2018): a caminho da efetividade: contribuições para a implementação da LGPD*. São Paulo: Editora RT, 2020.

_____. *Sigilo bancário, a Constituição Federal e a Lei Complementar n. 105/2001, de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado*. In: *Direito Constitucional: liberdade de fumar, privacidade, estado, direitos humanos e outros temas*. Sampaio Ferraz Junior, Barueri: Editora Manole, 2007.

_____. *Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado*. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo*, v. 88, p. 440, jan. 1993. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67231/69841>>.

_____. *Sigilo de dados, o direito à privacidade e os limites do poder do Estado: 25 anos depois*. In: ABREU, Jacqueline de Souza; ANTONIALLI, Dennys (eds.). *Direitos Fundamentais e Processo Penal na Era Digital: Doutrina e Prática em Debate*. Vol. I. São Paulo. Internet Lab, 2018.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Editora Saraiva, 1990, v. 1.

FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007

FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Direito processual penal*. Coimbra: Editora Coimbra, 2004.

FILIOL, Eric. *Computer Viruses: from theory to application*. Paris: Springer, 2005, p. 86.
Apud: VACIAGO, Giuseppe; RAMALHO, David Silva. Online searches and online surveillance: the use of trojans and other types of malware as means of obtaining evidence in criminal proceedings, *Digital Evidence and Electronic Signature, Law Review*, 13 (2016).

FISCHER, Douglas; OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2010.

FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael; FELIX, Yuri. *Crimes hediondos*. 7ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

FRIEDEN, Jonathan D.; MURRAY, Leigh M. *The Admissibility of Electronic Evidence Under the Federal Rules of Evidence*, XVII *Richmond Journal of Law and Technology*, Vol. XVII, Issue 2.

GASCÓN ABELLÁN, MARINA, *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba*, 1ª edic., Madrid: Editora Marcial Pons, 1999.

GARIBALDO, Gustavo E. L. *Las modernas tecnologías de control y de investigación del delito: su incidência em el derecho penal y los principios constitucionales*. 1ª Ed. Buenos Aires: Editora Ad-Hoc, 2010, p. 103, *apud* MENDES, Carlos Hélder Furtado. *Tecnoinvestigação Criminal: Entre a Proteção de Dados e a Infiltração por Software*. São Paulo: Editora Juspodivm, 2020.

GIOVA, Giuliano. *Improving Chain of Custody in Forensic Investigation of Electronic Digital Systems*. *IJCSNS International Journal of Computer Science and Network Security*, VOL. 11 No. 1, January 2011, p. 1

GLANCY, Doroth. *The invention of the right to privacy*. Arizona Law Review, v. 21, n. 1, p. 2 (1979).

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. EILBERG, Daniela Dora. *Busca e apreensão de dados em telefones celulares: novos desafios diante dos avanços tecnológicos*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 156/2019, Jun/2019.

GOLDSCHMIDT, James. *Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal*. Barcelona: Editora Bosch, 1935.

GOMES, Marcus Alan de Melo. *Breve crítica ao afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal na Lei nº 12.850/2013*. In: AMBOS, Kai; ROMERO, Eneas (Org.). Crime organizado: análise da Lei 12.850/2013. 1ª edição, São Paulo: Editora Marcial Pons, 2017.

GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. *Crime organizado: enfoques criminológicos, jurídico (Lei 9.034/1995) e político-criminal*. São Paulo: Editora RT, 1995.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A Motivação das Decisões Penais*, 1ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *Da busca e apreensão*. In: GOMES FILHO, Antônio Magalhães; TORON, Alberto Zacharias; e BADARÓ, Gustavo Henrique (coord.). *Código de Processo penal comentado*. São Paulo: Editora Thomson Reuters Brasil, 2018.

_____. *Direito à prova no processo penal*, São Paulo: Editora RT, 1997.

_____. *Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro)*. In YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (coord.). Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: DPJ, 2005.

_____. *Provas. Lei 11.690, de 09.06.2008*. In. ASSIS MOURA, Maria Thereza Rocha de (Coord.). As reformas no processo penal. As novas leis de 2008 e os projetos de reforma. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

_____ ; BADARÓ, Gustavo. *Prova e sucedâneos da prova no processo penal brasileiro*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 15, n. 65, p. 175-208, mar./abr., 2007.

GOMES DA SILVA, Paulo Thadeu. *Direitos Fundamentais. Contribuição para uma teoria geral*. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, volume 1: parte geral, 10ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás. *Garantías constitucionales de la persecución penal em el entorno digital*. In: GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. Prueba y proceso penal (Análisis especial de la prueba prohibida em el sistema español y em el derecho comparado). Valencia: Tirant Le Blanch, 2008.

GOODISON, Sean E., DAVIS, Robert C., JACKSON, Brian A. *Digital Evidence and the U.S. Criminal Justice System: Identifying Technology and Other Needs to More Effectively Acquire and Utilize Digital Evidence*. Santa Monica, CA: RAND Corporation, 2015, Disponível em <https://www.rand.org/pubs/research_reports/RR890.html>. Acesso em 20 de dezembro de 2020.

GRANDIS, Rodrigo de. *Prisão não invalida a delação premiada*. Jota, 5 de agosto de 2015, Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/quem-esta-presos-pode-delatar>>. Acesso em: 20 de dezembro de 2020.

GRASSI, Roberto Joacir. *Busca e apreensão (Processo Penal)*. Enciclopédia Saraiva do Direito. São Paulo: Saraiva, 305, 1978., v. 12, p. 306, *apud* PITOMBO, Cleunice Valentim Bastos. *Da Busca e da Apreensão no Processo Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

GRAY, David. *The Fourth Amendment in an Age of Surveillance*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

GRECO FILHO, Vicente. *Interceptação telefônica (considerações sobre a lei nº 9.296 de 24 de julho de 1996)*. São Paulo: Editora Saraiva, 1996.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 7.ed. São Paulo: Editora RT, 2001

_____. *O regime brasileiro das interceptações telefônicas*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, 207, jan/mar., 1997.

_____. *Liberdades públicas e processo penal – as interceptações telefônicas*. 2ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 1982.

_____. *Lineamentos gerais do novo processo penal na América Latina*. Revista de Processo. São Paulo, v. 15, n. 58, p. 134, 1990, *apud* FERNANDES, Antônio Scarance. *Equilíbrio entre a eficiência e o garantismo*. Revista Brasileira de Ciências Criminais n.º 70/229, jan-fev/2008.

GUARDIA, Gregório Edoardo Raphael Selingardi. *Comunicações Eletrônicas e dados digitais no processo penal*. Tese (Mestrado em Direito Processo Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2016.

HUTCHINS, Renée McDonald, *Tied Up in Knotts? GPS Technology and the Fourth Amendment*, 55 UCLA L. Rev. 409, 444, 2007.

JESUS, Francisco Marcolino. *Os Meios de Obtenção da Prova em Processo Penal*, 2.ª edição, Coimbra: Editora Almedina, 2015.

JEZLER JÚNIOR, Ivan. *Prova penal digital: tempo, risco e busca telemática*. Florianópolis: Editora Tirant lo Blanch, 2019.

KERR, Orin S. *An Equilibrium-Adjustment Theory of the Fourth Amendment*. 125 Harvard Law Review 476. 2011.

_____. *Applying the Fourth Amendment to the Internet: A General Approach*. Vol. 62: 1005 Stanford Law Review, 2010.

_____. *Digital Evidence and The New Criminal Procedure*. *Digital Evidence and the New Criminal Procedure*. 105 Columbia Law Review 279 (2005). Disponível em <https://ssrn.com/abstract=594101>. Acesso em 20 de dezembro de 2020.

_____. *Fernandez v. California and the problem of third-party consent*. 2013, Disponível em: <<https://www.scotusblog.com/2013/11/fernandez-v-california-and-the-problem-of-third-party-consent/>> . Acesso em: 20 de dezembro de 2020

_____. *Fourth Amendment Seizures of Computer Data*. 119 Yale Law Journal 700 (2010).

KIST, Dario José. *Prova digital no processo penal*. Leme: Editora JHMizuno, 2019.

KNIJNIK, Danilo. *A trilogia Olmstead-Katz-Kyllo: o art. 5º da Constituição Federal do século XXI*. Revista Escola da Magistratura do TRF da 4ª Região, ano 2, número 4. Porto Alegre/RS, 2016.

LANGER, Maximo. *From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure*. In Harvard International Law Journal. v. 45. n. 01, 2004.

LASH, Scott. *Crítica de la información*. Buenos Aires: Editora Amorrortu, 2005.

LEMOS, Bruno Espiñeira; CALDEIRA, Felipe Machado. *Delação premiada de acusado preso*. In: LEMOS, Bruno Espiñeira; CALDEIRA, Felipe Machado (Org.). *Delação premiada: estudos em homenagem ao ministro Marco Aurélio de Mello*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

LEONARDI, Marcel. *Responsabilidade Civil dos Provedores de Serviços de Internet*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005.

_____. *Tutela e Privacidade na Internet*. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de Processo Penal*. São Paulo: Editora Juspodivm, 2020.

LOMBARDO, Luigi, *Profili delle prove civile atipiche*, Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, Milano, A. LXIII, n.º 4, Dicembre 2009.

LOPES, Anderson Bezerra. *Os conhecimentos fortuitos de prova no direito processual penal*. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Penal) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2020.

LÓPEZ, Juan José Gonzalez. *Los datos de tráfico de las comunicaciones electrónicas em el proceso penal*. Madrid: La Ley, 2007.

LUPARIA, Luca; ZICCARDI, Giovanni. *Investigazione penale e tecnologia informatica: L'accertamento del reato tra progresso scientifico e garanzie fondamentali*. Milano: Editora Giuffrè, 2007.

MAIER, Julio B. J. *Derecho Procesal Penal. Tomo I: Fundamentos*. 3ª edição, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004.

MARANHÃO, Juliano. *O acesso ao WhatsApp pela operação Lava Jato*. Disponível em <<http://jota.info/artigos/o-acesso-ao-whatsapp-pela-operacao-lava-jato-05122016>>. Acesso em 20 de dezembro de 2020.

_____. *O que é dado não é comunicado?* In: ABREU, Jacqueline de Souza; ANTONIALLI, Dennys (eds.). *Direitos Fundamentais e Processo Penal na Era Digital: Doutrina e Prática em Debate*. Vol. I. São Paulo. Internet Lab, 2018.

MACHADO, André Augusto Mendes; KEHDI, André Pires de Andrade. *Sigilo das comunicações e de dados*. In: FERNANDES, Antônio Scarance; ALMEIDA, José Raul

Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de. *Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo*. São Paulo: Editora RT, 2008.

MACHADO, Vitor Paczek; JEZLER JUNIOR, Ivan. *A prova eletrônica-digital e a cadeia de custódia das provas: uma (re)leitura da Súmula Vinculante 14*. Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 24, nº 288, nov./2016.

MAGALHÃES, Vlamir Costa. *Ilicitude probatória em processo penal e regra de exclusão (exclusionary rule): comentários sobre a legitimidade do acesso a aparelhos eletrônicos apreendidos em situação flagrancial*. Direito Federal: Revista da AJUFE. São Paulo, v. 31, n. 97, jan./jun. 2019.

MARÍN, Fernando Rodríguez. *Los delitos de escuchas ilegales y el derecho a la intimidad*. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, t. XLIII, Fasc/Mes 1, 1990.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. 2ª edição, São Paulo: Editora RT, 2011.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. 3ª Atualização, vol. II, Campinas: Millenium Editora, 2009.

MARQUES, Pedro Campanholo. *Busca e apreensão: juízo de admissibilidade*. Florianópolis: Editora Tirant Lo Blanch, 2019.

MARTINS, Leonardo (org.) *Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Montevideú: Fundação Konrad Adenauer, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 13ª Edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira; PINHEIRO, Jurandi Borges. *Interceptações e privacidade: novas tecnologias e a Constituição*. In: MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; COELHO, Alexandre Zavaglia P. (coord.). *Direito, Inovação e Tecnologia*.¹³⁷ Volume 1. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

MENDES, Carlos Hélder Furtado. *Tecnoinvestigação Criminal: Entre a Proteção de Dados e a Infiltração por Software*. São Paulo: Editora Juspodivm, 2020.

MENDES, Laura Schertel Ferreira. *Habeas data e autodeterminação informativa: os dois lados da mesma moeda*. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 12, n. 39, p. 185-216, jul./dez. 2018.

_____. *Uso de softwares espiões pela polícia: prática legal?*, disponível em: www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/uso-de-softwares-espioes-pela-policia-pratica-legal-04062015. Acesso em: 20 de dezembro de 2020.

MENDONÇA, Andrey Borges de. *Os benefícios possíveis na colaboração premiada: entre a legalidade e a autonomia da vontade*. In: MOURA, Maria Thereza de Assis; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Coord.). *Colaboração premiada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

_____. *Prova documental no processo penal: aspectos relevantes e controvertidos*. In: SALGADO, Daniel Resende. KIRCHER, Luis Felipe Schneider. QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro. *Altos Estudos sobre a prova no processo penal*. São Paulo: Ed. Juspodium, 2020.

MENEZES, Isabela Aparecida; BORRI, Luiz Antônio; SOARES, Rafael Júnior. *A quebra da cadeia de custódia da prova e seus desdobramentos no processo penal brasileiro*. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 4, n. 1, jan.-abr. 2018.

MESQUITA, Paulo Dá. *Processo Penal, Prova e Sistema Judiciário*, Coimbra: Editora Coimbra (Wolters Kluwer), 2010.

MESQUITA, Márcio Satalino. *A busca e apreensão na investigação e prova dos crimes cibernéticos*. In: Brasil. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Escola de Magistrados. *Investigação e prova nos crimes cibernéticos*. São Paulo: EMAG, 2017.

MONCAU, Luiz; LEMOS, Ronaldo; BOTTINO, Thiago. *Projeto de Lei de Cibercrimes: há outra alternativa para a internet brasileira?* Revista de Direito Administrativo – RDA, Belo Horizonte, ano 2008, n. 249, set.-dez. 2008.

MONTEIRO, Renato Leite. *Da Proteção aos Registros, aos dados pessoais e às comunicações privadas*. In: MASSO, Fabiano del et al. (Coord.). *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil – Parte Geral*. 39ª Edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

MOORE, Jennifer L.; LANGTON, Jonathan; POCHRON, Joseph. *The cost of privacy: Riley v. California's impact on cell phone searches*, JDFSL, vol. 9, number 3.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 28ª edição, São Paulo: Editora Atlas, 2012.

MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2012.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. *A nova lei que permite a infiltração de agentes na investigação criminal*. In: SIDI, Ricardo, LOPES, Anderson Bezerra (org.) *Temas atuais da investigação preliminar no processo penal*. Belo Horizonte: Editora D' Plácido.

MORO, Sérgio Fernando. *Direito fundamental contra o crime*. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Direito Constitucional brasileiro: teoria da Constituição e direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Interceptação Telefônica e Telemática na Jurisprudência Brasileira*. In: AMBOS, Kai; ROMERO, Eneas (org.). *Crime Organizado: Análise da Lei n.º 12.850/2013*. São Paulo: Editora Marcial Pons, 2017.

_____ ; BARBOSA, Daniel Marchionatti. *Dados digitais: interceptação,¹³⁵ busca e apreensão e requisição*. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erik

Navarro. LAUX, Francisco de Mesquita; RAVAGNANI, Giovani dos Santos. *Direito, processo e tecnologia*. São Paulo: Editora RT, 2020.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*. 2ª edição, São Paulo: Editora RT, 2009.

NIETZSCHE, Friedrich. *Ecce homo: como alguém se torna o que é*. Traduzido por Artur Morão. Covilhã: Editora Lusosofia, 2008. Disponível em: <http://www.lusosofia.net/textos/nietzsche_friedrich_ecce_homo.pdf>. Acesso em: 3 de julho de 2020.

OWEN, Paul; THOMAS, Paula; MCPHEE, Duncan. *An analysis of the Digital Forensic Examination of Mobile Phones*. 2010. In: Fourth International Conference on Next Generation Mobile Applications, Services and Technologies (Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/221328104_An_Analysis_of_the_Digital_Forensic_Examination_of_Mobile_Phones>. Acesso em: 20 de dezembro de 2020.

PACELLI, Eugenio. *Curso de processo penal*. 19. ed. rev. atual. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

PANNAIN, Remo. *Manuale di diritto penale: parte generale*. Torino: 1967, p. 649. Apud COSTA, Álvaro Mayrink. *Direito penal: parte geral*. v. 1., tomo II. 6ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998.

PASCHOAL, Jorge Coutinho. *Caso Riley v. California (Suprema Corte dos Estados Unidos da América) – o acesso aos dados registrados em aparelhos de telefonia móvel e o resguardo da intimidade*. Revista Fórum de Ciências Criminais (RFCC), v. 4, 2015.

PÉREZ ESTRADA, Miren J. *La protección de los datos personales en el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información*. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, vol. 5, n. 3, set./dez. 2019.

PINHEIRO, Patrícia Peck. *Direito Digital*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PINTO PALACIOS, Fernando. PUJOL CAPILLA, Purificación. *La prueba en la era digital*. 1ª Edición. Madrid: Editora Wolters Kluwer, 2017.

PITOMBO, Cleunice Valentim Bastos. *Da Busca e da Apreensão no Processo Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. *Do sequestro no processo penal brasileiro*. São Paulo: Editora Bushatsky, 1993.

_____. *Sigilo nas comunicações. Aspecto processual penal*. Boletim IBCCrim, São Paulo, n. 49, p. 7-8. dez. 1996.

POSNER, Richard. A. *Not a Suicide Pact*. New York: Oxford University Press, 2006.

PRADO, Geraldo. *A cadeia de custódia da prova no processo penal*. São Paulo: Editora Marcial Pons, 2019.

_____. *Ainda sobre a quebra da cadeia de custódia das provas*, Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 22, n.º 262, setembro de 2014.

_____. *Limite às interceptações telefônicas e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. 2ª edição, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

_____. *Prova Penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por meios ocultos*. São Paulo: Editora Marcial Pons, 2014

QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo*. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; PONCE, Paula Pedigone. *Tércio Sampaio Ferraz Júnior e sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do estado: o que permanece e o que deve ser reconsiderado*. Internet & sociedade. N.1., volume 1, fevereiro de 2020. Disponível em <<https://revista.internetlab.org.br/tercio-sampaio-ferraz-junior-e-sigilo-de-dados-o-direito-a-privacidade-e-os-limites-a-funcao-fiscalizadora-do->

[estado-o-que-permanece-e-o-que-deve-ser-reconsiderado/](#)>. Acesso em 20 de dezembro de 2020).

QUINTIERI, Victor Minervino; MOURA, Humberto Fernandes de. *As (i)legalidades no processo penal: breve reflexão a respeito do 'WhatsApp' a partir da lei 9.296/1996 – um estudo de caso*. In: FREITAS FILHO, Roberto; VELOSO FILHO, José Carlos (org.). *Cadernos jurídicos temáticos. Direito do Consumidor e Direito Penal*. Brasília: UNICEUB, 2016.

QUITO, Carina. *As quebras de sigilo telemático no processo penal*. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erik Navarro. LAUX, Francisco de Mesquita; RAVAGNANI, Giovani dos Santos. *Direito, processo e tecnologia*. São Paulo: Editora RT.

RAMALHO, David Silva. *Métodos Ocultos de Investigação*. Coimbra: Editora Almedina, 2017.

RAMOS, Armando Dias. *A prova digital em processo penal: o correio eletrônico*. Lisboa: Editora Chiado, 2014.

RANGEL, Paulo. *Breves considerações sobre a Lei n.º 9.296/1996: interceptação telefônica*. *Revista Brasileira de Ciência Criminais*, São Paulo, v. 7, n. 26, p.143-151, abr./jun. 1999.

RASSAT, Michèle-Laure. *Procédure pénale*, 3^e édition, Paris: Editora Ellipses, 2017.

RESTA, Giorgio. *Revoca del consenso ed interesse al trattamento nella legge sulla protezione dei dati personali*, In: *Rivista Critica del Diritto Privado*, 200, p. 307, *apud* DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. 2^a ed. São Paulo: Editora. RT, 2019.

RICHARDS, Neil M. *The Dangers of Surveillance*, 126 *Harvard Law Review*, 2013.

RIGAUX, François. *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*.¹⁴⁷
Bruylant: Bruxelles, 1990, p. 588-589, n.º 532.

RICCI, Gian Franco. *Le Prove atipiche*. Milano: Editora Giuffrè, 1999.

RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*. (Org.)

MORAES, Maia Celina Bodin de Moraes. Tradução de Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RODRIGUES, Benjamim Silva. *Das Escutas Telefônicas à Obtenção de Prova (Em Ambiente) Digital: a monitorização dos fluxos informais e comunicacionais*, Tomo II, Coimbra: Editora Coimbra, 2009.

_____. *Da prova penal: Tomo II – Bruscamente...a(s) face(s) oculta(s) dos métodos ocultos de investigação criminal*. Lisboa: Editora Rei dos Livros, 2010.

ROMERO COLOMA, Aurelio. *Estudios de la prueba procesal*, Madrid; Editora Colex, 1986.

ROVIRA DEL CANTO, Enrique. *Delincuencia informática y fraudes informáticos*. Granada: Editora Comares, 2002.

ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2003.

SAAD, Marta Cristina Cury. *Defesa no inquérito policial*. Revista de Direito de Polícia Judiciária, Brasília, ano 2, n. 4, p. 67, jul-dez de 2018

_____. *O direito de defesa no inquérito policial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

SALT, Marcos G. *Tecnología informática: um nuevo desafío para el Derecho Procesal Penal?* 1ª ed. Bueno Aires: Ad-hoc, 2017, p. 7, *apud* MENDES, Carlos Hélder Furtado. *Tecnoinvestigação Criminal: Entre a Proteção de Dados e a Infiltração por Software*, São Paulo: Editora Juspodivm, 2020.

SALTZBURG, Stephen A, SCHLUETER, David A. *Federal Criminal Procedure Litigation Manual*, Huntington, New York: Editora Juris, 2015.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito à intimidade e à vida privada*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1998.

SANNINI NETO, Francisco. *Dados de telefone celular apreendido podem ser vasculhados em investigação criminal*. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 21, n. 4762, 15 de julho de 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/40053/investigacao-criminal-e-os-dados-obtidos-de-aparelhos-de-celular-apreendidos>>. Acesso em: 20 de dezembro de 2020.

SARAIVA, Wellington Cabral. *Obtenção de prova decorrente de agente infiltrado*. In: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Org.). *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

SCHULHOFER, Stephen J. *More Essential Than Ever. The Fourth Amendment in the Twenty-first Century*. Oxford University Press, 2012.

SCHÜNEMANN, Bernd. *La Reforma del Proceso Penal*. Madrid: Editora Dykinson, 2005.

SHOEBOTHAM, Leslie A. *The Strife of Riley: The Search-Incident Consequences of Making an Easy Case Simple*. Loyola University New Orleans College of Law, 75 La. L. Rev. 29 (2014).

SIDI, Ricardo. *A interceptação de e-mails e a apreensão física de e-mails armazenados*. Revista Fórum de Ciências Criminais – RFCC, Belo Horizonte, ano 2, n. 4, p. 101-121, jul./dez. 2015.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

_____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 29. edição, São Paulo: Editora Malheiros, 2007.

SILVA, Viviane Ghizoni da; MELO E SILVA, Philipe Benoni; MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Fishing Expedition e Encontro Fortuito na Busca e Apreensão*. Florianópolis: Editora Emais, 2019.

SILVA, Gabriela Buarque Pereira; MOURA, Tâmara. *Prisão em flagrante e acesso a dados de celular: deságios entre a privacidade e a investigação criminal*. In: ARAS, Vladimir Barros; MENDONÇA, Andrey Borges de; CAPANEMA, Walter Aranha; SILVA, Carlos Bruno Ferreira da; COSTA, Marcos Antônio da Silva. *Proteção de dados pessoais e investigação criminal*. Associação Nacional do Procuradores da República, 3ª Câmara de Coordenação e Revisão. Brasília: ANPR, 2020.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes. *Curso de direito processual penal: teoria (constitucional) do processo penal*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2008, *apud* LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de Processo Penal*. São Paulo: Editora Juspodivm, 2020.

SIMAS SANTOS, Manoel. LEAL HENRIQUE, Manuel. *Código de Processo Penal Anotado*, 3.ª edição, 2008, volume I, pág. 832, *apud* Supremo Tribunal de Justiça, Processo n.º 149/07.9 JELSB.E1.S1, 3ª Secção, Rel. Raul Borges, julgado em 14 de julho de 2010.

SOARES, Gustavo Torres. *Investigação criminal e inovações técnicas e tecnológicas: perspectivas e limites*. Tese (Doutorado em Direito Processual Penal) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014.

SOARES, Paulo Vinícius de Carvalho. *A Diluição das Esferas de Privacidade e de Intimidade diante da Era dos Dados*. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erik Navarro. LAUX, Francisco de Mesquita; RAVAGNANI, Giovanni dos Santos. *Direito, processo e tecnologia*. São Paulo: Editora RT, 2020.

SOUSA, Marllon. *Busca Pessoal v. Stop and Frisk: um breve exame sobre a abordagem policial de rua no Brasil e nos EUA*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 151/2019, jan./2019, p. 317-343.

SOUZA, Gilson Sidney Amancio de. *Princípio da indenidade ou da Higuez da Prova*. In: HAMMERSCHMIDT, Denise (Org.). *Código de Processo Penal Comentado*. Curitiba: Editora Juruá, 2020.

SOUZA, Rodrigo Telles de. *A exigência de autorização judicial para acesso ao conteúdo de telefone móvel apreendido: uma ampliação da garantia à inviolabilidade domiciliar incompatível com o sistema jurídico brasileiro*. In: SALGADO, Daniel Resende. KIRCHER, Luis Felipe Schneider. QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro. *Altos Estudos sobre a prova no processo penal*. São Paulo: Ed. Juspodium, 2020.

STARR, Adriana Galvão. *A dificuldade de acesso ao conteúdo das mensagens ilícitas trocadas via WhatsApp para uso em procedimento de investigação e ação penal*. In: Caderno de Estudos de Investigação e prova nos crimes cibernéticos, da Escola de Magistrados da Justiça Federal da 3ª Região, São Paulo: 1ª edição, 2017.

STEINMETZ, R. WEHRLE, K. *Peer-to-Peer Systems and Applications. Lecture Notes in Computer Science*, vol. 3485. Springer, Berlin: Heidelberg.

STRECK, Lênio. *Sigilo de correspondência e comunicações*. Comentário ao art. 5º, XII, da CF. In: CANOTILHO, J.J.; MENDES, Gilmar; SARLET, Ingo; STRECK, Lênio (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

STUNTZ, William J. *Secret Service: Against Privacy and Transparency*. *The New Republic*, April 17, 2006.

SYDOW, Spencer Toth. *Crimes informáticos e suas vítimas*. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

TADDICKEN, Monika. "The 'Privacy Paradox'in the Social Web: The Impact of Privacy Concerns, Individual Characteristics, and the Perceived Social Relevance on Different Forms of Self-Disclosure". *Journal of Computer-Mediated Communication*, 19 (2014) 248–273. Disponível em: < <https://academic.oup.com/jcmc/article/19/2/248/4067550>>. Acesso em 3 de julho de 2020.

TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*. Milano: Editora Giuffrè, 1992.

TAVARES, Letícia Antunes; ALVAREZ, Bruna Acosta. *Da proteção dos dados pessoais: uma análise comparada dos modelos de regulação da Europa, dos Estados Unidos da América e do Brasil*. In: ONODERA, Marcus Vinicius Kiyoshi; FILLIPO, Thiago Baldani Gomes de. (Org.). *Brasil e EUA: Temas de Direito Comparado*. 1ª edição. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2017.

TEBET, Diogo. *Inadmissibilidade da gravação telefônica e ambiental clandestina: da necessária revisão da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. In: SIDI, Ricardo, LOPES, Anderson Bezerra (org.) *Temas atuais da investigação preliminar no processo penal*. Belo Horizonte, Editora. D' Plácido, 2017.

TEIXEIRA, Tarcísio. *Curso de direito e processo eletrônico: doutrina, jurisprudência e prática*. 3ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

THAMAY, Rennan; TAMER, Mauricio. *Provas no direito digital. Conceito da prova digital, procedimentos e provas digitais em espécie*. São Paulo: Editora RT, 2020, p. 33

THEOHARIDOU, Marianthi; MYLONAS, Alexios; GRITZALIS, Dimitris. *A Risk Assessment Method for Smartphones*. *27th Information Security and Privacy Conference (SEC)*, Jun 2012, Heraklion, Crete, Greece.

TOKSON, Matthew. *Knowledge and Fourth Amendment Privacy*. Vol. 111, n.1, *Northwestern University Law Review*.

TONINI, Paolo. *Manuale di Procedura Penale*, Undicesima edizione, Milano: Editora Giuffè, 2010.

TONINI, Paolo. CONTI, Carlotta. *Il diritto delle prove penali*. 1ª edizione aggiornata, Milano: Editora Giuffrè, 2011.

TORNAGHI, Hélio. *Curso de processo penal*. 7ª. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1990.¹⁴⁷

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 33ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo: Editora Saraiva, 1993.

VACCA, John. R. *Computer Forensics: Computer Crime Scene Investigation*. Second Edition, Charles River Media.

VACIAGO, Giuseppe; RAMALHO, David Silva. *Online searches and online surveillance: the use of trojans and other types of malware as means of obtaining evidence in criminal proceedings*, Digital Evidence and Electronic Signature, Law Review, 13 (2016).

VALIENTE, Luis M. PIAY, Tomás Farto. *El proceso penal español: jurisprudencia sistematizada*. Madrid: Editora La Ley, 2007.

VAZ, Denise Provazi. *Provas digitais no processo penal: formulação do conceito, definição das características e sistematização do procedimento probatório*. Tese (Doutorado em Processo Penal) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012.

VECCHIA, Evandro Dalla. *Perícia Digital: Da investigação à análise forense*. Campinas: Editora Millenium, 2ª edição, 2019.

VIANNA, Túlio Lima. *Transparência pública, opacidade privada: o Direito como instrumento de limitação do poder na sociedade de controle*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006.

VIANNA, Túlio Lima; MACHADO, Felipe. *Crimes informáticos*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013.

VIEIRA, Renato Stanziola. *Dados cadastrais na Lei n.º 12.850/2013*. In: AMBOS, Kai; ROMERO, Eneas (Org.). *Crime organizado: análise da Lei 12.850/2013*. 1ª Ed, São Paulo: Editora Marcial Pons, 2017.

WANDERLEY, Gisela Aguiar. *Privacidade e Cidadania: os limites jurídicos da atividade investigativa e a legalidade do acesso policial a aparelhos celulares*, disponível em <https://www.internetlab.org.br/wpcontent/uploads/2019/08/InternetLabCongressoII_simples.pdf>. Acesso em: 20 de dezembro de 2020.

WARREN, Samuel Dennis; BRANDEIS, Louis Dembitz. *The Right to Privacy*, Harvard Law Review, Vol. IV, n. ° 5, 1890.

WINN, Peter. *Katz and the Origins of the “Reasonable Expectation of Privacy” Test*. 40 McGeorge L. Rev. (2016). Disponível em <https://scholarlycommons.pacific.edu/mlr/vol40/iss1/1>. Acesso em: 20 de dezembro de 2020.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *O surgimento e o desenvolvimento do right of privacy nos Estados Unidos*. Revista Brasileira de Direito Civil. Vol. 3, Jan/Março 2015.

ZAWOAD, Shams; HASAN, Ragib. *Digital forensics in the cloud*. CrossTalk. The Journal of Defense Software Engineering, September/October 2013.

ZICCARDI, Giovanni. *Informatica giuridica. 2: Privacy, sicurezza informatica, computer forensics e investigazioni digitali*. Milano: Editora Giuffrè, 2008.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal*. São Paulo: RT, 2003.

_____. *A prisão em flagrante e o acesso de dados em dispositivos móveis. Nem utopia, nem distopia. Apenas a racionalidade*. In: ABREU, Jacqueline de Souza; ANTONIALI, Dennys (eds.). *Direitos Fundamentais e Processo Penal na Era Digital: Doutrina e Prática em Debate*. Vol. I. São Paulo. InternetLab, 2018.

_____. *O Pomar e as Pragas*. Boletim do IBCCrim, n.º 188, julho/2008.

_____. *Resquícios Inquisitórios na Lei 9.034/1998*. In: Revista Brasileira¹⁴⁶ de Ciências Criminais. Bimestral, ano 12 n.º 46, jan-fev 2004.