

OS RISCOS DE UM AÇODADO USO DE SOFTWARES ESPIÕES NA PERSECUÇÃO PENAL

THE RISKS OF A HASTY USE OF SPYWARE IN CRIMINAL PROSECUTION

Resumo: Em dezembro de 2023, a Procuradoria-Geral da República ajuizou, no Supremo Tribunal Federal, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO) 84, posteriormente convertida na arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) 1.143, alegando existir omissão parcial do Congresso Nacional em dar efetividade aos direitos constitucionais à intimidade, à vida privada e ao sigilo das comunicações (art. 5º, X e XII). A situação é tão preocupante quanto paradoxal: a instituição à qual caberia zelar pelos direitos fundamentais propõe restringir esses direitos a pretexto de protegê-los.

Palavras-chave: *Software* espião; Direito à intimidade; ADPF 1.143.

Abstract: In December 2023, the Office of the Prosecutor General filed direct action of unconstitutionality by omission (ADO) 84, later converted into the plea of noncompliance with a fundamental precept (ADPF) 1,143, alleging a partial omission by the National Congress in ensuring the constitutional rights to privacy, private life, and confidentiality of communications (art. 5, X and XII). The situation is as concerning as it is paradoxical: the institution responsible for safeguarding fundamental rights proposes to restrict these rights under the pretext of protecting them.

Keywords: Spyware; Right to privacy; ADPF 1,143.

Em dezembro de 2023, a Procuradoria-Geral da República ajuizou, no Supremo Tribunal Federal, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO) 84, posteriormente convertida na arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) 1.143, alegando existir omissão parcial do Congresso Nacional em dar efetividade aos direitos constitucionais à intimidade, à vida privada e ao sigilo das comunicações (art. 5º, X e XII).

De acordo com a Procuradoria-Geral da República, a controvérsia objeto da ação de controle de constitucionalidade surge da constatação de que agentes do Estado vêm fazendo uso secreto e abusivo de programas de intrusão virtual remota e de ferramentas de monitoramento de aparelhos de comunicação pessoal (como computadores, *tablets* e *smartphones*) sem autorização judicial e sem limites e salvaguardas, tanto em atividades de persecução criminal como em atividades de inteligência.

Discussões sobre a utilização dessas ferramentas de vigilância acontecem em nível mundial pelo menos desde 2008, especialmente em países como Alemanha, Espanha, França e Holanda, onde há regulação. Essas discussões relacionam-se diretamente ao debate que vem sendo travado, também em nível mundial, sobre um suposto obscurecimento de agências de investigação ocasionado pelo uso disseminado de criptografia forte em aplicativos de comunicação eletrônica. Como alternativa ao monitoramento de comunicações, agentes do Estado reclamam a possibilidade de utilizarem *softwares* maliciosos para invadir ocultamente dispositivos e outros equipamentos informáticos para neles colherem de forma direta

dados dos usuários.

Em 2021, o assunto ganhou notoriedade quando veículos de imprensa revelaram que governos em vinte e quatro países teriam adquirido e utilizado o *software* espião Pegasus, da empresa israelense NSO Group, para hackear e vigiar secretamente jornalistas, advogados, ativistas e opositores políticos, incorrendo em violações gravíssimas de direitos humanos.

O *software* Pegasus é um dos muitos *spywares* desenvolvidos e vendidos por empresas privadas a governos de diversos países – muitos deles totalitários –, com os alegados propósitos de monitorar terroristas e fazer a defesa de Estado. São ferramentas que, sem qualquer ação do usuário (*zero click*), invadem dispositivos informáticos permitindo acesso a todos os dados ali já armazenados e os que passam a ser gerados, e ganho de controle sobre funcionalidades do aparelho, com o acionamento de microfone e câmera – tudo isso à distância.

Não à toa, programas desse tipo vêm sendo equiparados a armas digitais, e seu uso tem suscitado questões jurídicas das mais complexas pelo mundo, tamanha é dificuldade de compatibilizar forma tão extrema de vigilância com a preservação do núcleo de direitos fundamentais.

No Brasil, embora a utilização dessas ferramentas seja hoje inconstitucional e ilegal – falta lei específica que a autorize –, circulam notícias alarmantes de que autoridades têm adquirido programas do tipo de empresas privadas, à margem da lei, e sem qualquer tipo de controle de uso. Em novembro de 2022, o estudo publicado pelo Instituto de Pesquisa em Direito e Tecnologia do Recife, denominado “Marcadores da insegurança:

conjuntura e riscos do *hacking* governamental no Brasil”, identificou a existência de centenas de contratos envolvendo a compra de ferramentas de *hacking* de empresas privadas com enorme quantidade de recursos públicos.

Nesse contexto, em vez de fazer valer a proibição hoje existente ao uso de *spywares*, o Ministério Público Federal ajuizou ação buscando obrigar o Congresso Nacional (e o Supremo Tribunal Federal, em caráter liminar) a regulamentá-lo. A situação é tão preocupante quanto paradoxal: a instituição à qual caberia zelar pelos direitos fundamentais propõe restringir esses direitos a pretexto de protegê-los.

Na visão do IBCCRIM, não há lesão a preceito fundamental que justifique a propositura da ação; ela própria decorre de interpretação deturpada do texto constitucional. Há também uma clara confusão sobre o regime da separação de Poderes. Sob a equivocada premissa de que há mora legislativa, o Ministério Público Federal pretende que o próprio Supremo Tribunal Federal fixe balizas provisórias para autorizar desde logo o uso dessas ferramentas, invadindo um espaço de atuação exclusiva do Poder Legislativo.

Nos dias 10 e 11 de junho deste ano, o Supremo Tribunal Federal realizou audiência pública para a discussão do tema, da qual o IBCCRIM participou ao lado de outras entidades da sociedade civil igualmente empenhadas em conter os agravos a direitos fundamentais que emergem de novas tecnologias.

Ainda que seja louvável a iniciativa da mais alta corte do País de ouvir os diversos pontos de vista sobre uma eventual regulação nesse tema, é o Congresso Nacional, por sua representatividade popular, o espaço institucional adequado para o amadurecimento da discussão democrática que a matéria suscita e para sua consequente deliberação.

Atualmente, tramitam diversos projetos de lei que, direta ou

indiretamente, buscam regular a matéria, dentre eles o PL 402/2024, de autoria do Senador Alessandro Vieira, apresentado pouco tempo após a propositura da ADPF 1.143, diante da alegada urgência em preencher a lacuna legislativa apontada pelo Ministério Público Federal.

Trata-se de um projeto de lei produzido apressadamente, que busca, em apenas nove artigos, dar conta de toda a regulamentação do uso dessas ferramentas por órgãos de segurança pública, pelas forças policiais em âmbito estadual e federal, por membros do Ministério Público em âmbito estadual e federal, pelos serviços de inteligência e pelas Forças Armadas.

Ao invés de pressa, o momento é de cautela, a fim de que o legislador possa dimensionar corretamente os riscos que se colocam antes de deliberar se autorizará ou não as intervenções em direitos fundamentais ocasionadas por tecnologias de intrusão e monitoramento remoto.

Nesse sentido, será crucial que também o Congresso Nacional acolha as diversas vozes sobre o tema, promovendo debates públicos amplos, que devem levar em consideração dados importantes da realidade brasileira, entre eles o fato de que, até o momento, o País não avançou em aprovar uma disciplina específica para as provas digitais ou para o tratamento de dados pessoais na persecução criminal e na segurança pública (a chamada “LGPD Penal”).

Considerando que violações a direitos fundamentais são sistematicamente toleradas pelo Estado brasileiro a pretexto de promover segurança pública, toda cautela será necessária para que se possa discutir uma regulação minimamente orientada pela proteção a direitos fundamentais.

São Paulo, julho de 2024.

NOTAS DE AMICUS CURIAE

Inconstitucionalidade da Resolução do CFM 2.378/2024

O IBCCRIM requereu admissão como *amicus curiae* na ADPF 1141 (STF), na qual se sustenta a inconstitucionalidade da Resolução nº 2.378/2024 do Conselho Federal de Medicina. A matéria em debate é o tratamento jurídico ao procedimento de assistolia fetal, para interrupção de gravidez em casos de aborto decorrente de estupro a partir da 22ª semana de

gestação. O instituto focaliza a manifestação tanto no aspecto deontológico da profissão médica quanto, principalmente, no respeito aos direitos fundamentais de meninas e mulheres. Confira a manifestação do Instituto em: <https://www.ibccrim.org.br/media/posts/arquivos/arquivo-10-06-2024-17-50-40-843006.pdf>.

Necessidade de revisão da Súmula 70 do TJRJ para garantia da presunção de inocência

O IBCCRIM foi admitido como *amicus curiae* no procedimento nº 0032357-91.2024.8.19.0000, iniciado por provocação da Defensoria Pública daquele Estado, a respeito do cancelamento, ou revisão, da Súmula 70 daquele Tribunal, que dispõe: “o fato de restringir-se a prova oral a depoimentos de autoridades policiais e seus agentes não desautoriza a condenação.” Para o Instituto, a garantia constitucional da presunção de inocência “pode ter a sua efetividade inibida por interpretações da Súmula 70 que acabam por supervalorizar o depoimento policial, ainda

que de modo residual”. Além disso, sustenta-se que “uma cultura de respeito às garantias fundamentais e que crie incentivos para que a palavra policial seja corroborada por elementos externos, quando possível, tendem a fazer melhorar a qualidade das investigações, bem como a coibir quadros de abuso policial”. Leia o memorial apresentado pelo IBCCRIM em: <https://ibccrim.org.br/media/posts/arquivos/arquivo-19-06-2024-16-19-25-380734.pdf>.

Inconstitucionalidade da Lei Complementar 1.398/2024 do estado de São Paulo: “programa escola cívico-militar”

No último dia 12 de junho, o IBCCRIM pediu admissão como *amicus curiae* na ADI 7662 (STF), em que se pede a declaração de inconstitucionalidade da lei que, no Estado de São Paulo, implantou as chamadas “Escolas Cívico-Militares”. A manifestação do Instituto trata da inconstitucionalidade formal do projeto estadual, além de levar em conta a democratização do Estado brasileiro a partir da nova ordem constitucional, a valorização

dos profissionais da educação básica, os direitos das crianças e adolescentes, submetidos precocemente a instituições de feição militar, e questiona a atribuição de funções anômalas às forças militares, em ofensa ao art. 144 da Constituição Federal. Leia a manifestação do Instituto em: <https://www.ibccrim.org.br/media/posts/arquivos/arquivo-19-06-2024-16-27-07-922633.pdf>.

Discussão sobre a violência contra objetos no crime de roubo

No último dia 20 de junho, o IBCCRIM requereu o ingresso como *amicus curiae* no REsp 2.046.906/SP (STJ), no qual se

discute se a ocorrência de violência contra um objeto pode ser entendida não como furto, mas como inerente ao tipo penal de

roubo. A questão, que será decidida no recurso representativo da controvérsia, gerou o tema 1.227: “definir se a tipificação do crime de roubo exige que a violência empregada seja direcionada à vítima ou se também abarca os casos em que a

violência tenha sido empregada contra um objeto, com o intuito de subtrair o bem”. Confira aqui a manifestação do IBCCRIM: <https://cpe.web.stj.jus.br/#/processo/202300074152> (fls. 458/476 do processo).

ERRATA

No artigo “O *stealth*ing como tipo autônomo sob o crivo da intervenção mínima: uma análise do projeto de Lei Federal nº 965/22 e a expansão penal ilegítima”, originalmente publicado na

versão impressa do número 378 do Boletim IBCCRIM, o nome correto do coautor é Luciano de Almeida Maracajá e não Carlos Domenico Viveiros. A correção foi procedida na versão digital.

Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

EDITORIAL

2. Os riscos de um açodado uso de *softwares* espíões na persecução penal

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

NOTAS DE AMICUS CURIAE

3. Inconstitucionalidade da Resolução do CFM 2.378/2024

Necessidade de revisão da súmula 70 do TJRJ para garantia da presunção de inocência

Inconstitucionalidade da Lei Complementar 1.398/2024 do estado de São Paulo: “programa escola cívico-militar”

Discussão sobre a violência contra objetos no crime de roubo

CRIMINOLOGIAS

5. O melhor remédio é a luz do dia: transparência e controle da intrusão cibernética estatal

Pedro Amaral

9. A política criminal colonizada pelo medo

Fernanda Miler Lima Pinto, Paulo Thiago Fernandes Dias e Sara Alacoque Guerra Zaghlout

PROCESSO PENAL

12. O procedimento processual penal como último estandarte de construção objetiva do crime

Ana Cristina Gomes e Giuseppe Cammilleri Falco

DOSSIÊ: DESAFIOS ATUAIS DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL PARA A POLÍCIA

14. Tribunais do crime e a teoria do domínio do fato

Lucas Starling Albuquerque Cerqueira e Henrique Geaquinto Herkenhoff

18. Uso de *bitcoins* em atos de lavagem de dinheiro: dissensos doutrinários

Renata da Silva Rodrigues

22. O uso do espelhamento via Whatsapp Web como prova no processo penal

Anelise Assumpção

DIREITOS HUMANOS

25. Golpe de Estado constitucional: o poder moderador e a ADI 6.457/DF

Julia Baroli Sadalla

LAUT

30. Violência e política na gestão da segurança em São Paulo: notas sobre o governo Tarcísio, a história de massacres e a extrema-direita brasileira

Pedro de Almeida Pires Camargos