

IMPUGNAÇÕES À LAVAGEM DE DADOS NO PROCESSO PENAL

OBJECTIONS TO DATA LAUNDERING IN CRIMINAL PROCEDURE

Luiz Eduardo Cani

Doutor em Ciências Criminais pela PUC-RS. Professor convidado de Aspectos fundamentais da investigação criminal na Especialização em Direito Processual Penal Contemporâneo Aplicado da UCS.

Advogado.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8283452898258709>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4016-5945>

luiz@acaz.law

Resumo: Com o acoplamento das atividades de inteligência à persecução penal e a implementação de novas táticas e estratégias de guerra no processo penal, passou a ser feita a lavagem de dados produzidos ilicitamente em atividades de inteligência, de modo a dar aparência de licitude na fase judicial, ou seja, a conversão de dados ilícitos em provas aparentemente lícitas. O objetivo, neste artigo, é apontar alguns modos de impugnar tais atos de lavagem, quando possível fazê-lo.
Palavras-chave: Inteligência de segurança pública; Prova ilícita; Nulidade.

Abstract: With the coupling of intelligence activities to criminal prosecution and the implementation of new tactics and strategies of war in criminal proceedings, the laundering of data produced illicitly in intelligence activities began to be carried out, in order to give the appearance of lawfulness in the judicial phase, that is, the conversion of illicit data into apparently lawful evidence. The aim of this article is to point out some ways to challenge such acts of laundering, when possible to do so.

Keywords: Public safety intelligence; Illicit proof; Nullity

1. Introdução

Não se trata, neste texto, de um fenômeno novo. Para que fosse, seria necessário retroceder ao início da década passada, pelo menos.¹ Nova é, contudo, a abordagem, pois um aspecto escapa ao que vem sendo chamado, por uns, de provas esquentadas/requentadas, e, por outros, de lavagem de provas² (Lopes Jr.; Morais da Rosa, 2015; Lucchesi; Vida, 2021). Tal aspecto é a produção unilateral dos dados antes e/ou fora da persecução penal oficial. Daí que as expressões consolidadas são insuficientes para designar o objeto deste artigo, devendo ser complementada pela expressão “lavagem de dados” (*data laundering*).

Hoje dados são produzidos em todas as atividades, inclusive persecutórias. Algumas vezes, sua produção é lícita, outras não — por exemplo, serviços de inteligência e/ou abordagens abusivas das polícias e/ou do Ministério Público, mormente em prisões em flagrante e em cumprimentos de mandados de busca e apreensão e/ou prisão. Na persecução penal, os dados produzidos são, posteriormente, encetados de variadas maneiras. Algumas identificáveis, outras não. O desafio da prática forense é separar os dados potencialmente lavados daqueles produzidos de maneira escorreita. Muitas vezes é impossível fazer frente ao desafio, mas a tentativa é sempre imperiosa.

Nesse sentido, a principal indagação possível é: o que se pode fazer? O objetivo geral neste texto é tentar responder essa questão, de modo a apontar algumas formas de impugnação da lavagem de dados, sem ignorar as limitações e contingências de cada

“caso penal” (Coutinho, 1998, p. 138) que, não raro, tornam quase impossíveis as impugnações. Para tanto, explica-se a diferença entre dados e provas, aponta-se dois métodos de lavagem de dados e indica-se algumas maneiras para impugnar dados lavados.

As sugestões aqui formuladas não devem servir de pretextos de uma suposta redução ou resolução das dúvidas, senão para complementá-las, porquanto as dúvidas devem sempre beneficiar os imputados. Seja invocando o *in dubio pro reo*, seja invocando o *beyond a reasonable doubt*, é sempre de dúvida que se trata e essa dúvida não é suprida com o aparecimento de novos conhecimentos — como alguns querem crer — senão ampliada. Ademais, a proposta é aplicável exclusivamente a favor dos imputados, uma vez que as provas ilícitas são admissíveis tão somente *pro reo*, em razão da presunção de inocência.

O método de abordagem neste texto é dedutivo, partindo-se da análise das especificidades do tema para, ao final, inferir uma conclusão. A pesquisa é qualitativa, de ordem explicativa, com recurso à técnica de pesquisa indireta em fontes secundárias (bibliografia).

2. Entre dados e provas: o agenciamento da inteligência ao Processo Penal

As significativas mudanças nos tipos de dados lavados, bem como nas estratégias, nas táticas e nos métodos de lavagem tornam relevante a propositura de um novo conceito para complementar o objeto da lavagem, o qual deve levar em consideração dois aspectos. Por um lado, o agenciamento de atividades de inteligência de

segurança pública na persecução penal,³ e, por outro, o recorrente uso de novas tecnologias na produção probatória.

A proposta é de uma complementação conceitual que permita ampliar o espectro de elementos lavados, para abranger, a um só tempo, por um lado, provas e elementos não probatórios, e, por outro, elementos analógicos e digitais.

O primeiro pressuposto dessa complementação é que não se pode conceber como “provas” os elementos não produzidos em contraditório.⁴ Existem tanto as provas anteriormente declaradas ilícitas e lavadas por outro meio (lavagem de provas), quanto as informações ilícitas reproduzidas pela primeira vez no processo (lavagem de dados). O segundo é que se não lida mais somente com elementos analógicos.

Logo, a abordagem se dá em dois planos distintos: a transformação do procedimento penal atual e a possível produção de dados analógicos e digitais.

A transformação do procedimento é consequência direta e imediata do agenciamento da inteligência na persecução penal, ou seja, na inserção na persecução penal de elementos obtidos ilegalmente — antes ou durante a persecução penal —, com aparência de licitude. O *iter* da lavagem de dados pode ser assim esquematizado: elemento bruto/vestigio (dado) -> relatório de análise do elemento (informação)⁵ -> integração do dado (*integration*) -> reprodução do elemento em contraditório (prova). A etapa de integração pode não ocorrer durante a investigação (ou até três dias antes do interrogatório do imputado — art. 23, parágrafo único, da Lei 12.850/13), mas somente no curso do processo nas hipóteses dos art. 479 do CPP e art. 52, parágrafo único, I, da Lei 11.343/06, uma vez que existem autorizações legais (violadoras do devido processo e do contraditório — razão pela qual existe o art. 435, parágrafo único, do CPC) para juntada de elementos depois da denúncia e antes da audiência de instrução. A isso tem-se chamado *big* processo inquisitório (cf. Cani; Morais da Rosa, 2023; Santos; Cani, 2022).

As atividades de inteligência são originárias das forças armadas e objetivam produzir relatórios (informações) acerca de preocupações atuais com ameaças em potencial. Esses relatórios são utilizados para tomar decisões governamentais em questões de segurança nacional. Inserida na segurança pública, a inteligência transforma a persecução penal em um estado de guerra permanente, voltado à obtenção de dados e conversão em informações (cf. Cani; Nunes, 2022a). Daí a transformação da persecução penal, de uma atividade repressiva, em uma atividade preventiva ininterrupta (persecução penal ilimitada). Diferente da investigação que se dá a partir da *notitia criminis*,⁶ a inteligência busca potenciais *notitias criminis*, de maneira ativa e incessante (por exemplo, *inchieste preparatorie* na Itália, consideradas uma reedição da *inquisitio generalis*⁷ — concepção da qual se discorda, uma vez que aquela parece muito mais ampla do que essa).

Isso quer dizer que não se lida mais com o produto do “refluxo” do processo inquisitório do *ancien régime* (Cordero, 1986, p. 64-68), muitas vezes chamado, equivocadamente, de sistema misto, um procedimento composto por uma fase de investigação inquisitória e outra judicial pseudoacusatória (mera reprodução de elementos produzidos unilateralmente na fase inquisitória). Esse moderno procedimento penal misto passou por profundas transformações nas últimas décadas, mormente após 11 de setembro de 2001, dentre as quais interessam principalmente a introdução das atividades de inteligência na persecução penal, as quais culminaram em um procedimento trifásico composto por inteligência-investigação-processo (cf. Cani; Morais da Rosa, 2023). Embora ilícita e inconstitucional a adoção de medidas de inteligência (cf. Cani; Nunes, 2022a), não se pode ignorá-la.

A existência de dados analógicos e digitais é consequência da informatização, em geral, e da difusão das novas tecnologias, em especial. A difusão das novas tecnologias é duplamente observável: tanto no recurso a meios tecnológicos para a produção de provas (mormente no que concerne às “organizações criminosas” em face das quais estão disponíveis as técnicas especiais de investigação, também chamadas de meios ocultos), quanto no uso generalizado de aparelhos eletrônicos pelos imputados.

Com a ampliação exponencial da quantidade e a qualidade dos dados armazenados em aparelhos eletrônicos e em sistemas de informação, tornou-se possível obter dados sensíveis recorrendo a equipamentos eletrônicos de registro (escutas, câmeras etc.), principalmente com câmeras (cf. Cani; Nunes, 2019; 2022b; Cani; Morais da Rosa, 2020; 2021), e/ou buscando equipamentos eletrônicos dos suspeitos (por isso o elevado interesse persecutório nos aparelhos eletrônicos, sobretudo nos *smartphones* — cf. Cani; Giacomoli, 2022).

Com essas duas mudanças substanciais, o que se entende por “dado” é muito mais amplo do que se poderia considerar numa persecução penal analógica e, de consequência, os elementos introduzidos no processo vêm de fontes distintas e são muito mais vastos que antes.

De acordo com o cientista de dados Michael Gramlich (2020, tradução minha), dados são tentativas de “retratar ou representar [...] o mundo”. Portanto, não são coisas, senão imagens e, como tais, seu significado “encontra-se na superfície” (Flusser, 2018, p. 15), razão pela qual “podem ser errados ou imprecisos” (Gramlich, 2020, tradução minha).

Essa definição serve para dados analógicos ou digitais. Da existência de dados analógicos e digitais decorre a ambivalência dos meios pelos quais são produzidos. Exemplificativamente, pode se tratar desde a transcrição à mão de um depoimento oral até o arquivo digital de uma conversa via aplicativo — nesse segundo caso, a complexidade é ainda maior, uma vez que existem relevantes discussões acerca do termo “arquivo” (cf. Harper *et al.*, 2013), bem como uma confusão entre os “bancos de dados criptografados” e os “arquivos anexos” do “local de vestígio”, o qual só é também o “local de crime” nos crimes informáticos próprios (Conecta, 2023).

3. Lavagem de dados: dois métodos para converter dados ilícitos em provas

Alguns métodos para a lavagem de dados são conhecidos há muito. Os mais difundidos são os monitoramentos de suspeitos pelas unidades de inteligência das polícias militares, cujas informações são posteriormente repassadas às polícias judiciárias, reproduzidas em juízo e adotadas como razões de decidir, não raro, implicitamente (a ocultação dessas razões se deve à sua proibição — por exemplo: STF, RE 603.616 e Rcl 56.510), e as interceptações telefônicas clandestinas, cujas gravações são juntadas aos autos com as gravações lícitas, sem a correspondente identificação.

Contudo a situação atual é muito mais complexa e necessita de melhor abordagem.

Embora não se trate de prova, a noção de repetibilidade é profícua também nesta matéria, uma vez que também os dados podem ser repetíveis ou irrepetíveis. Daí que se propõe, em analogia, a separação dos métodos de lavagem em dois grupos a partir do critério de repetibilidade/irrepetibilidade do dado. Os critérios para avaliar a repetibilidade do dado são: (a) ausência de vestígios e (b) alterações nos vestígios.

Como exemplos de dados irrepetíveis pode-se citar aqueles obtidos em interceptações telefônicas, captações ambientais, ações contro-

ladas, infiltrações de agentes e delações premiadas.

Exemplo de ausência de vestígio: numa infiltração sem autorização judicial, um policial federal presencia uma transação de drogas com a associação para o tráfico que investiga. Tal informação não poderá ser novamente obtida por meio lícito, uma vez que a decisão judicial que autoriza o meio de obtenção de prova produz efeitos *ex nunc* e aquela transação já foi concluída.

Exemplo de alteração de vestígio: durante o atendimento de uma ocorrência, um policial apreende um celular e o mantém ligado sem colocá-lo no modo avião, de modo que uma mensagem trocada por WhatsApp é apagada para todos pelo outro interlocutor. Essa mensagem não poderá ser obtida novamente, nem no celular apreendido, nem no celular do outro interlocutor.

Já os dados repetíveis podem ser obtidos sempre que os vestígios estiverem presentes e inalterados, como em buscas em locais de crime, residências e estabelecimentos, afastamentos de sigilos, cooperação nacional e internacional, depoimentos, perícias e acessos a aparelhos eletrônicos, bem como a bancos de dados de registros de ligações, de dados cadastrais, eleitorais e comerciais. Por exemplo: uma equipe da Polícia Civil invade a sede de uma empresa investigada por fraude fiscal e localiza documentos comprobatórios do crime. Desde que ninguém tenha presenciado a invasão, esses mesmos documentos poderão ser novamente encontrados no local e apreendidos, uma vez obtido o mandado de busca e apreensão e cumprido de maneira lícita.

Como se pode notar, a lavagem de dados repetíveis, ao mesmo tempo, é a de mais simples execução e a com menos indicativos para constatação. A lavagem de dados irrepetíveis, por outro lado, demanda uma elaboração complexa e, frequentemente, é feita em delações premiadas ou acompanhada dessas — daí a preocupação de **Lucchesi e Vida** (2021) — ou mediante acesso autorizado a aparelhos eletrônicos anteriormente acessados de maneira ilícita. A situação se torna ainda mais problemática quando dados repetíveis e irrepetíveis são mesclados de modo a dar aparência de licitude ao conjunto. Isso resulta em maior complexidade tanto nos atos de lavagem, quanto na sua impugnação.

As estratégias, por outro lado, são variáveis, de modo que seria impossível classificá-las. Em todo caso, não se pode ignorar que frequentemente envolvem a imputação de organização criminosa, mesmo que de organização criminosa não se trate. *Overcharging* é tática recorrente, uma vez que a prática de tal crime associativo é condição de possibilidade para o recurso aos meios ocultos de investigação (art. 3º da Lei 12.850/13). Desbloqueado esse limite, a lavagem dos dados é facilitada, sobretudo diante da jurisprudência que nega aos co-imputados legitimidade para impugnar as delações uns dos outros.

Não por outro motivo a cadeia de custódia da prova se tornou requisito indispensável em matéria probatória. Com a exigência de provas sobre provas é possível evitar ilicitudes que vão desde a manipulação incorreta de vestígios que resulta na contaminação de outros meios de prova (contaminação cruzada produzida pelo efeito bola de neve — Castelle; Loftus, 2001, p. 29; Godsey, 2017, p. 194-211; Cani; Morais da Rosa, 2022, p. 96-99), até as fraudes em exames periciais (cf. Garrett, 2021).

Contudo é preciso que a fase preparatória da coleta dos vestígios no local de crime, que pode ou não coincidir com o local de vestígio (art. 158-B, I, II e III, do CPP), seja executada de maneira adequada, pois, por um lado, ocorrendo alterações, até mesmo vestígios digitais podem se tornar irrepetíveis, e, por outro, sem a adequada preparação da coleta, impossível a cadeia de custódia (Conecta, 2023).

4. Impugnações à lavagem de dados e informações: limites e possibilidades

Cada método de lavagem deixa indicativos (vestígios) distintos ou sequer deixa indícios, de modo que a constatação da prática ilícita e a sua impugnação variam ou podem ser impossíveis ou quase. Mesmo nos casos em que se tem vestígios para demonstrar os motivos da impugnação, pode não ser possível fazê-lo. Há, enfim, casos em que não se tem meios para impugnar a ilicitude, mas se pode impugnar a invalidade em sua formação, pois a ilicitude da prova é distinta da nulidade do ato processual.

Em todos os casos, ao fim e ao cabo, existem duas condições indispensáveis para a impugnação: (a) existência de elementos nos autos ou (b) informações claras e precisas sobre as diligências. Trata-se dos dois limites de conhecimento que afetam diretamente o *cross-examination* de provas periciais, o conhecimento e a ausência de má-fé (cf. Edmond *et al.*, 2019), validamente generalizáveis para todos os elementos. Especial atenção merece o tema em matéria de provas digitais, com as juntadas de supostos documentos (*rectius*: burlas ao contraditório para produção unilateral de elementos), funcionais na produção de erros judiciais (cf. Cani, no prelo), cujas impugnações são, muitas vezes, impossíveis (cf. Cani; Nunes, 2022c).

Por tudo isso, a elaboração da impugnação deve levar em consideração dois critérios distintos e cumulativos: (a) repetibilidade ou irrepetibilidade do dado e (b) invalidade da prova. O primeiro critério é utilizado na primeira etapa da impugnação, a avaliação, e o segundo na etapa subsequente, a elaboração da impugnação.

A repetibilidade ou irrepetibilidade do dado pode resultar em lavagem de dados (menos visível) ou em lavagem de provas (mais visível). Essa repetibilidade importa no momento de avaliação da possibilidade de lavagem, de modo que a temporalidade e a cadeia de custódia são os pontos centrais da análise. Como dito anteriormente, o fato de ser o dado produzido antes ou fora do processo não obsta sua reprodução na fase judicial, como se prova fosse. É até mais frequente do que a lavagem de provas. Daí porque os indicativos de lavagem, quando existentes, poderão ser constatados no cruzamento dos elementos juntados aos autos.

A cadeia de custódia da prova deve reportar as condições dos vestígios desde a fase precedente à coleta (art. 158-B, I, do CPP) até o momento de seu descarte (art. 158-B, X, do CPP) a fim de garantir a integridade e autenticidade da prova (Prado, 2019). Daí porque as alterações nos vestígios devem ser reportadas (art. 169, parágrafo único, do CPP), mesmo que comumente não o sejam.

O primeiro indicativo de potencial lavagem é, então, a falta de qualquer informação sobre alteração nos vestígios. Isso vem ocorrendo em perícias nos celulares, os quais são infectados por *softwares* maliciosos para explorar vulnerabilidades e, com isso, obter forçadamente a chave criptográfica do banco de dados. Todo uso de *exploit* produz alterações mais ou menos significativas nos vestígios (Conecta, 2023).

Outros indicativos podem ser localizados no cruzamento dos elementos constantes nos autos, cujas incongruências provam a lavagem. A decisão de admissão da prova é fundamental para tanto, porquanto a produção sempre deve suceder à admissão da prova admissível e relevante. Três exemplos são profícuos para ilustrar essas modalidades de lavagem, sendo os dois primeiros de lavagem de dados e o último de lavagem de prova. Primeiro, a data de coleta de vestígios digitais, a qual deve ser comparada com a data da decisão que autoriza a perícia — ainda que se repute tal meio de obtenção de fonte de prova inconstitucional e ilegal (Cani; Giacomolli, 2022). Segundo, o registro de diligência de captação

ambiental ou infiltração de agente, mormente quando realizada por coimputado delator, e a data da celebração de acordo de delação premiada. Terceiro, o depoimento prestado por testemunha acerca de dados que foram produzidos em prova anteriormente declarada ilícita⁸ — esse exemplo ilustra a necessidade incontornável de cadeia de custódia da prova testemunhal (cf. Ávila; Borri, 2022).

A segunda hipótese é exemplificativa da centralidade das delações premiadas na lavagem dos dados, mormente porque os delatores têm sido utilizados ilicitamente como figuras híbridas, agregando condições de imputados e de policiais. Se a delação é irrepetível, isso não impede, contudo, a dissimulação de dados irrepetíveis, tais como as informações supostamente vistas ou ouvidas pelos delatores. Todos os dados irrepetíveis — muitos dos quais são intangíveis pelas agências de persecução penal — podem passar por atos de dissimulação e, com isso, ser convertidos em pretensas provas documentais. Sabe-se que não se trata de provas documentais, uma vez que o documento não foi formado até a consumação do crime, e que a delação é meio de obtenção de prova (art. 3º-A da Lei 12.850/13). Entretanto não é incomum que os acordos de delação premiada e seus anexos sejam valorados como provas.

A impugnação da lavagem de dados pode ser feita em dois graus distintos e independentes: (a) invalidade ou ausência da etapa prévia à coleta, a qual deve tornar inadmissível a prova diante da impossibilidade da cadeia de custódia para provar a mesmidade cuja principal consequência é a impossibilidade do contraditório; e (b) quebra da cadeia de custódia ou ausência de registro integral.

O segundo grau, diante da incompletude das informações mínimas acerca das condições de produção dos elementos, é o mais desafiador, porquanto se torna impossível, em cruzamento de dados, constatar a lavagem. Em tais casos, a solução constitucionalmente adequada é presumir a lavagem de dados em favor dos imputados. Trata-se de condição de possibilidade da presunção de inocência, pois, do contrário, inverte-se a carga probatória da acusação e se exige prova diabólica de condição para a qual os imputados não contribuíram (incompletude da cadeia de custódia). Como bem lembrado por Roxin (2000), inexistem motivos para negar aplicabilidade do *in dubio pro reo* em matéria de invalidades.⁹

Ao elaborar a impugnação, diferente do que é frequentemente proposto, não se deve avaliar a modalidade de invalidade: ilicitude da prova ou nulidade do ato.¹⁰ Isso porque a nulidade tem por objeto um ato formado em descumprimento das condições e requisitos da sua regular formação, e tem como consequência jurídica a desconstituição dos atos decorrentes (art. 573 do CPP), com possibilidade de repetição do ato. Ao passo que a ilicitude tem por objeto a prova produzida em descumprimento de suas condições e requisitos — após a proibição constitucional de provas obtidas por meios ilícitos, não é mais possível sustentar a divisão entre provas ilícitas e ilegítimas proposta por Nuvolone (1966, p. 464) para o contexto italiano — e, como consequência, a exclusão das provas derivadas (art. 157 do CPP) sem possibilidade de repetição ou produção de prova paralela do mesmo dado.

Portanto, é sempre de prova que se trata em matéria de lavagem, seja de dado, seja de provas. Daí porque, nesse momento, deve-se avaliar a prova produzida sob dois aspectos: (a) possibilidade da sua cadeia de custódia (regular preparação da prova sobre a prova) e (b) integridade da sua cadeia de custódia.

A discussão deve iniciar com a coleta regularmente precedida dos requisitos legais (art. 158-B, I, II e III, do CPP) (Conecta, 2023). Mesmo a falta de reportagens às condições dos vestígios (art. 169, parágrafo único, do CPP) deve ser presumida como impossibilidade da cadeia de custódia, uma vez que a precedente alteração dos elementos

torna inócuas a integridade e a autenticidade subsequentes. Nesse caso, tendo em vista que o exercício do contraditório é condição de possibilidade da produção da prova e que esse exercício é inepto para uma defesa efetiva quando não se pode conhecer as condições do vestígio no momento do crime, a prova não deve ser admitida.

Somente se a preparação foi correta, analisa-se a consequência da quebra da cadeia de custódia. Existem quatro entendimentos acerca do tema: (a) nulidade da prova; (b) ilicitude da prova; (c) presunção de ilicitude da prova;¹¹ e (d) inutilizabilidade da prova (Machado, 2023).

Por um lado, embora a avaliação da ilicitude das provas não prescindia da avaliação da nulidade, as provas não podem ser nulas, pois seria uma impropriedade técnica. Por outro, a ilicitude enseja a necessária punição dos agentes por abuso de autoridade (Coutinho, 2012). Daí as propostas alternativas. Prefere-se a presunção de ilicitude, em razão da qual se torna irrepetível a prova declarada ilícita e suas derivadas, sem ser imperiosa a punição de alguém.

Para dar efetividade às impugnações, é indispensável a completude da prova sobre todas as provas produzidas em cada caso, como imposição da presunção de inocência enquanto carga probatória (Illuminati, 1984; Moraes, 2010). Inexistindo vestígios de lavagem, como a incompletude das informações, mas havendo algum elemento introduzido de maneira incomum, deve ser presumida a ilicitude da prova produzida. Não havendo uma aplicação do *in dubio pro reo* na matéria, por um lado, a presunção de inocência seria neutralizada, e, por outro, a lavagem de provas seria não somente inimpugnável, mas também fomentada.

5. Considerações Finais

A fim de responder o problema de pesquisa, formulou-se uma proposta que, a um só tempo, toma os direitos fundamentais (mormente no devido processo legal, na vedação de provas ilícitas e na presunção de inocência) como ponto de partida, e, ignora a cisão das provas em ilícitas e ilegítimas — não recepcionada pelo texto constitucional.

A proposta de uma teoria única das invalidades processuais (Gloeckner, 2017) potencializa esta elaboração, pois permite enfrentar de forma homogênea a matéria. Em todo caso, fez-se um desvio para dialogar com a dicotomia entre nulidades dos atos e ilicitude das provas para evitar distorções, uma vez que, em última análise, sempre se trata de matéria probatória. Afinal, o objetivo com a lavagem de dados é converter dados em provas.

Assim, tem-se que a lavagem de dados é sempre ilícita e inconstitucional, só podendo ser admitida quando utilizada pela defesa.

O tema ainda é pouco estudado, razão pela qual merece maiores reflexões. No Direito, essas reflexões devem levar em consideração sobretudo as formas e os métodos incessantemente modificados. Reflexões filosófico-políticas sobre o tema podem abordar a legitimidade e as estratégias da lavagem de dados.

Aponta-se alguns problemas para subsidiar pesquisa futuras: De que modo a negação da existência de invalidades nos procedimentos investigatórios, sobretudo diante da lavagem de dados, contribui para um indevido processo ilegal? Quais procedimentos de cadeia de custódia podem otimizar a prevenção à lavagem de dados? Como o juiz das garantias pode auxiliar nessa prevenção? Quais outros métodos podem ser utilizados para lavar dados na persecução penal? De que outros modos as novas tecnologias podem modificar a persecução penal? O que restaria do processo penal caso a lavagem de dados fosse admitida?

Notas

- 1 Agradeço a Marcelo Ruivo, Virgínia Lessa, Fernanda Osório e Carlo Velho Masi pela oportunidade de debater previamente o texto, a qual possibilitou a elaboração de importantes ajustes.
- 2 “Propõe-se definir lavagem de provas, portanto, como a dissimulação ou a ocultação da origem de uma informação inutilizável no processo como fonte de meios de prova, a fim de conferir aparência de legitimidade à sua origem.” (Lucchesi; Vida, 2021, p. 2205).
- 3 “O assinalamento de atribuições de inteligência para órgãos de segurança pública é nitidamente marcado por inconstitucionalidade material decorrente, por um lado, da usurpação de atribuições das forças de defesa, e, por outro, da introdução de atribuições de guerra em face de cidadãos, no interior do território nacional, em pleno estado de paz.” (Cani; Nunes, 2022, p. 12).
- 4 “[...] processos de tipo ‘acusatório’ que praticam o contraditório em sentido forte, ou seja, preveem o exercício no momento mesmo de formação da prova (obviamente se se refere às provas constituídas no processo e, em particular, àquelas declarativas); salvo casos excepcionais, as declarações colhidas pela acusação ou defesa na fase da investigação preliminar não assumem valor probatório no juízo [dibattimento], sendo utilizáveis somente para fins contestatórios, para testar a credibilidade das testemunhas na presença de uma versão diversa dos fatos;” (Ferrua, 2017, p. 8-9). “Se uma investigação não culmina na produção de provas — salvo no caso de produção antecipada —, é certo que a inteligência, que sequer investigação é, não pode, em nenhuma hipótese, produzir provas.” (Cani; Nunes, 2022, p. 12).
- 5 “[...] o ‘dado’ significa algo mais primitivo, uma informação em estado potencial, antes de ser transmitida, anterior ao processo interpretativo [...]. A ‘informação’ é algo [...] já no limiar da cognição, pressupondo-se com um meio de redução de um estado de incerteza.” (Martins Júnior, 2015, p. 30).
- 6 “[...] o conjunto de atividades realizadas concatenadamente por órgãos do Estado; a partir de uma notícia-crime ou atividade de ofício, com caráter prévio e de natureza preparatória em relação ao processo penal; que pretende averiguar a autoria e as circunstâncias de um fato aparentemente delitivo com o fim de justificar o exercício da ação penal ou o arquivamento (não processo).” (Lopes Jr; Gloeckner, 2013, p. 90-91).
- 7 “*Inquisitio generalis* era chamada a primeira fase da investigação destinada a apurar a existência do crime na sua palpável objetividade. Partindo-se do pressuposto de que a ação criminosa estava destinada a deixar um traço sensível no mundo externo, acreditava-se que a primeira tarefa do inquisidor consistisse em pesquisar a *veritas criminalis*, ou,

segundo expressão análoga, o *corpus delicti* ou o *constare de delicto*.” (Orlandi, 2021, p. 375).

- 8 “[...] uma vez reconhecida a ilicitude de uma prova, não se pode, por exemplo, fazer posteriormente perguntas para testemunhas sobre o mesmo objeto, buscando validar por via transversa. Ainda que a prova testemunhal seja válida e não derive da ilícita (não há causalidade naturalística), existe um impedimento decorrente da causalidade normativa, que veda o emprego do conhecimento ilicitamente obtido. É um mecanismo com ambição de evitar a ‘lavagem da prova ilícita’ (Lopes Jr; Moraes da Rosa, 2015).
- 9 “[...] segundo a opinião dominante, o princípio *in dubio pro reo* não deve valer para a prova de vícios do procedimento. Se um acusado fundamenta seu recurso de cassação em que uma declaração lhe foi arrancada à força através de coerção (§ 136a), a jurisprudência decide *contra reo* quando a violação da lei não pode ser comprovada (BGHSt 16, 164). Se isso é sempre correto (cf. também Eb. Schmidt Jr., 1962, p. 109) parece duvidoso ao tratar-se da aplicação de regras do Estado de Direito; diante da importância que, de *lege lata*, tem a livre vontade de decisão do imputado que presta declaração (cf. art. 1, I, GG) se deve apoiar a aplicação do princípio *in dubio pro reo* para violações do § 136a (cf. Michael, 1981, p. 154). Também em outros casos, diante de sérias dúvidas, é mais justo partir da existência de uma infração das regras do processo em favor do acusado [...] pois, quando há bons motivos para afirmar a invalorabilidade, não é justo fundar a condenação em um meio de prova tão duvidoso.” (Roxin, 2020, p. 114).
- 10 “[...] os atos nulos e a prova ilícita guardam uma relação de gênero e espécie. A problemática reside em que a prova ilícita não pode ser construída sem o exame das nulidades. Isso porque [...] a ilicitude se dá numa dimensão axiológica (adjetivo valorativo atribuído a um ato) e não no plano da validade. No plano da validade, encontra-se o ato perfeito ou imperfeito, o que culminará com a declaração judicial de nulidade, cabendo ao magistrado nulificar os atos processuais contaminados pela irregularidade verificada.” (Gloeckner, 2017, p. 326).
- 11 “A fé inabalável nos agentes estatais deve ser invertida não pela desconfiança pressuposta e sim porque se trata de comprovação de condutas, a partir da presunção de inocência. Evidentemente que o mero passar de mãos não precisa constar expressamente do relatório da cadeia de custódia, mas o trajeto do material utilizado pela acusação precisa estar delineado a partir de sujeitos humanos que fizeram a apreensão, manuseio e análise. Sem isso, impede-se a comprovação do nexo de causalidade entre o resultado pretendido e o caminho retrospectivo até a cena do crime.” (Felix; Moraes da Rosa, 2017, p. 163).

Referências

ÁVILA, Gustavo Noronha de; BORRI, Luiz Antônio. A cadeia de custódia da prova penal dependente da memória: diálogos entre a psicologia do testemunho e a dogmática processual penal. In: CRUZ, Rogério Schietti; MARTINS, Mauro Pereira; LANFREDI, Luís Geral Sant’Ana. (Coords.). *Coletânea reflexões sobre o reconhecimento de pessoas: caminhos para o aprimoramento do sistema de justiça criminal*. Brasília: CNJ, 2022. p. 50-68.

CANI, Luiz Eduardo. *Regimes de autoverificação e heteroverificação no processo penal: genealogia dos erros judiciários*. Florianópolis: EMais, [2023?]. No prelo.

CANI, Luiz Eduardo; GIACOMOLLI, Nereu José. O acesso autorizado a aparelhos smart: burla ao agente infiltrado digital? *Boletim do IBCCRIM*, v. 352, pp. 4-6, 2022. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/edicoes/766/8786>. Acesso em: 14 ago. 2023.

CANI, Luiz Eduardo; MORAIS DA ROSA, Alexandre. Gravações com câmeras individuais em policiais gera outros problemas no processo penal. In: CUNHA, Rogério Sanches. (Org.). *Atualidades do direito: obra em homenagem ao professor Luiz Flávio Gomes*. 1ed. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 75-90.

CANI, Luiz Eduardo; MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Guia para a mitigação dos erros judiciários no processo penal*. Florianópolis: EMais, 2022.

CANI, Luiz Eduardo; MORAIS DA ROSA, Alexandre. Investigação criminal 4.0: entre soluções e problemas. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, v. 16, n. 1, e55252, p. 1-20, 2021. <https://doi.org/10.5902/1981369455252>

CANI, Luiz Eduardo; MORAIS DA ROSA, Alexandre. No processo penal combo, o exercício da ampla defesa é brinde. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 03 fev. 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-fev-03/limite-penal-processo-penal-combo-exercicio-ampla-defesa-brinde>. Acesso em: 25 jul. 2023.

CANI, Luiz Eduardo; NUNES, João Alcantara. Diante de Argos: notas sobre a ilicitude das informações produzidas em atividade de inteligência. *Boletim do IBCCRIM*, v. 30, n. 357, p. 11-12, 2022a.

CANI, Luiz Eduardo; NUNES, João Alcantara. Erros judiciários em tempos de *digital surveillance*. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 8, n. 2, p. 679-712, 2022b. <https://doi.org/10.22197/rbdppv8i2.720>

CANI, Luiz Eduardo; NUNES, João Alcantara. Gravação audiovisual de oitiva na investigação criminal: a busca pela celeridade no emaranhado burocrático do procedimento misto. *Revista Húmus*, v. 9, n. 26, p. 401-410, 2019. Disponível em: <https://periodicosletronicos.ufma.br/index.php/revistahumus/article/view/11730>. Acesso em: 14 ago. 2023.

CANI, Luiz Eduardo; NUNES, João Alcantara. Limites do contraditório na análise de provas digitais. *Boletim Trincheira Democrática*, v. 5, p. 16-18, 2022c.

CASTELLE, George; LOFTUS, Elizabeth F. Misinformation and wrongful convictions. In: HUMPHREY, John A.; WESTERVELT, Sandra D. (Orgs.). *Wrongly convicted: perspectives on failed justice*. Nova Jérsei: Rutgers University Press, 2001. p. 17-35.

CONNECTA: Processo Penal em debate. Ep. 116 - Cadeia de custódia de vestígios digitais. [Locução de]: Nereu Giacomolli e Marcos Eberhardt. Entrevistado: Marcos José Alves de Barros Monteiro. Porto Alegre: PUC-RS, 10 maio 2023. *Podcast*. Disponível em: <https://open.spotify.com/episode/6UgMqEJR7DP0wA7B5CLT4z>. Acesso em: 25 jul. 2023.

CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*. Turim: UTET, 1986.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal*. Curitiba: Juruá, 1998.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Prova ilícita e a responsabilidade pelo abuso de autoridade. In: ANAIS DA XXI CONFERÊNCIA NACIONAL DOS ADVOGADOS: LIBERDADE, DEMOCRACIA, MEIO AMBIENTE. *Anais [...]* Brasília: Conselho Federal da OAB, 2012.

EDMOND, Gary; CUNLIFFE, Emma; MARTIRE, Kristy; SAN ROQUE, Mehera. Forensic science evidence and the limits of cross-examination. *Melbourne University Law Review*, v. 42, n. 3, 2019.

FELIX, Yuri; MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Novas tecnologias de prova no processo penal: o DNA na delação premiada*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

FERRUA, Paolo. *La prova nel processo penale: struttura e procedimento*. 2. ed. Turim: G. Giappichelli, 2017. v. I.

FLUSSER, Vilém. *Filosofia da caixa preta: ensaios para uma filosofia da fotografia*. São Paulo: É Realizações, 2018.

GARRETT, Brandon L. *Autopsy of a crime lab: exposing the flaws in forensics*. Oakland: California University Press, 2021.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no processo penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GODSEY, Mark. *Blind Injustice: A former prosecutor exposes the psychology and politics of wrongful convictions*. Oakland: California University Press, 2017.

GRAMLICH, Michael. What is data? *Michael Gramlich*. 28 jul. 2020. Disponível em: <https://www.michael-gramlich.com/what-is-data>. Acesso em: 25 jul. 2023.

HARPER, Richard et al. What is a file? In: CSCW’13: *Proceedings of the 2013 conference on computer supported cooperative work*[...] Association for Computing Machinery: Nova Iorque, 2013. <https://doi.org/10.1145/2441776.2441903>

ILLUMINATI, Giulio. *La presunzione d’innocenza dell’imputato*. Turim: G. Giappichelli, 1984.

LOPES JR, Aury; MORAIS DA ROSA, Alexandre. A importância da cadeia de custódia para preservar a prova penal. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 16 jan. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jan-16/limite-penal-importancia-cadeia-custodia-prova-penal>. Acesso em: 14 ago. 2023.

LUCCHESI, Guilherme Brenner; VIDA, Lucas Gandolfi. Perspectivas quanto à lavagem de provas na colaboração premiada: proposta para controle de abuso processual. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 7, n. 3, p. 2203-2243, 2021. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v7i3.542>

MACHADO, Vitor Paczek. *Exceção de inutilização? Por um procedimento incidental de discussão da quebra da cadeia de custódia das provas*. 2023. 407 f. Tese (Doutorado em Ciências Criminais) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2023.

MARTINS JÚNIOR, Ayrton Figueiredo. *Atividade de inteligência: uma proposta de controle judicial*. 2015. 152 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015. <https://tede2.pucrs.br/tede2/handle/tede/4980>

MORAES, Maurício Zanoide. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

NUVOLONE, Pietro. Le prove vietate nel processo penale nei paesi di diritto latino. *Rivista di Diritto Processuale*, Pádua, v. XXI, n. II, pp. 442-475, 1966.

ORLANDI, Renzo. Investigações preparatórias nos procedimentos de criminalidade organizada: uma reedição da *inquisitio generalis*? Tradução: Ricardo Jacobsen Gloeckner e Luiz Eduardo Cani. In: TERRA, Luiza Borges. (Org.). *Lições contemporâneas do direito penal e do processo penal*. Tirant lo Blanch Brasil: São Paulo, 2021. p. 371-391.

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

ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. Tradução: Gabriela E. Córdoba e Daniel R. Pastor. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000.

SANTOS, Gabriel Teixeira; CANI, Luiz Eduardo. O acordo de não persecução penal em um *big process* inquisitorial. In: ANAIS DO XII CONGRESSO INTERNACIONAL DE CIÊNCIAS CRIMINAIS DA PUCRS E XX CONGRESSO TRANSDISCIPLINAR DE CIÊNCIAS CRIMINAIS DO ITEC-RS. *Anais [...]* Porto Alegre: EDIPUCRS, 2022.

Autor convidado