

BOLETIM

Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

ISSN 1676-3661



ANO 31 - Nº 364 - MARÇO/2023



CADERNO DE DOCTRINA

4 **Política criminal e punitivismo racial**
Camila Torres Cesar

6 **A impugnação do acordo de colaboração por terceiros: uma leitura do Art. 3º-A da Lei 12.850/2013 conforme a Constituição**

Rafael de Alencar Araripe Carneiro
Ana Letícia Rodrigues da Costa Bezerra
Pedro Victor Porto Ferreira

9 **Colonização e privilégios: duas faces da mesma moeda**

Nicole Emanuelle Carvalho Martins

13 **A dúvida sobre a ilicitude como erro de proibição: uma pequena contribuição para os seus fundamentos**

Thiago Rocha de Rezende

16 **A cadeia de custódia das provas colhidas em aparelhos móveis de gravação**

Lurã Azevedo de Oliveira
Lucas Arieih Bezerra Medina
Fabrício Antônio de Araújo Feliciano

20 **Criminalização de fake news: apontamentos desde a experiência alemã**

Raphael Boldt

22 **Canal de denúncia e a figura do whistleblower: a denúncia anônima como ferramenta efetiva do programa de integridade**

Pedro Henrique Hernandes Argentina

25 **Immigration Removal Centre: just another name for a prison?**

Gustavo Henrique Holanda Dias Kershaw

CADERNO DE JURISPRUDÊNCIA

TEMA: A DECISÃO DO MIN. RICARDO LEWANDOWSKI NO HABEAS CORPUS 222.141/PR FOI CORRETA?

DIÁLOGOS

29 **Sim - A incidência do direito à privacidade e da legalidade estrita na indisponibilidade de dados**

Pedro Luís de Almeida Camargo

32 **Não - Provas obtidas a partir do congelamento de conteúdo de contas da internet: a decisão do ministro Ricardo Lewandowski no HC 222.141 foi correta?**

Fernando Henrique Santos Terra

NOVO CONGRESSO, VELHOS DESAFIOS (E O IBCCRIM SEMPRE ATENTO E ATUANTE)

O ano de 2023 se inicia com um novo Presidente da República e, também, com um novo Congresso Nacional. No dia 1º de fevereiro, os parlamentares eleitos no ano passado tomam posse na 57ª Legislatura da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. Com isso, assumem não apenas projetos que já estavam em andamento, como também desafios a serem enfrentados com novas proposições.

Se, de um lado, o novo mandatário nacional segue uma política progressista, que provavelmente norteará os rumos do Poder Executivo Federal, por outro lado o novo Congresso Nacional será composto por maioria ligada à ideologia conservadora.

Fato ilustrativo desse novo cenário são as bancadas eleitas do Partido Liberal (PL), ao qual é filiado o ex-Presidente da República e que, inclusive, está mudando o seu estatuto para se alinhar à denominada “pauta de costumes”.¹ Tanto no Senado Federal como na Câmara dos Deputados, o partido terá a maior bancada: 14 senadores e 99 deputados (sendo que, na última casa, a federação partidária do Presidente eleito, PT-PV-PCdoB, elegeu 81 parlamentares).²

Esse contexto desperta preocupação para as Ciências Criminais, pois pode não só gerar dificuldades para o avanço de pautas importantes, como também causar retrocessos legais. Para tudo isso, o IBCCRIM está (e sempre estará) atento e atuante.

Assim, por exemplo, há de se acompanhar com atenção o andamento do Projeto de Lei 2.253/2022 do Senado Federal,³ que promove retrocessos na Lei de Execução Penal 7.210/1984. Dentre outros pontos, ressaltem-se a extinção das saídas temporárias de presos e a obrigação de exame criminológico para a progressão de regime. Oriundo da Câmara dos Deputados, onde foi aprovado em 3 de agosto de 2022, é fruto do substitutivo apresentado pelo então relator, deputado Guilherme Derrite (PL-SP), atual Secretário de Segurança Pública do Estado de São Paulo.

Também causa preocupação o andamento do Projeto de Lei 1.515/2022 da Câmara dos Deputados, que visa regulamentar a proteção de dados pessoais para fins de atividades de segurança do Estado, de defesa nacional, de segurança pública e de investigação e repressão de infrações penais (lacuna deixada expressamente pelo art. 4º, § 1º, da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, 13.709/2018). Apesar da urgente necessidade de regulamentação do tema, o projeto colide com os ideais postos na LGPD de proteção primordial do indivíduo, ao priorizar “o dever estatal de eficiência nas atividades de segurança do Estado e de defesa nacional e de garantia do direito à segurança pública” (art. 2º, VI, do projeto). Espera-se que, em seu lugar, seja debatido o anteprojeto elaborado em 2020 por comissão de juristas da sociedade civil e do Superior Tribunal de Justiça.⁴

Outro projeto de grande importância para o Processo Penal (sobretudo para evitar condenações injustas) é o 676/2021 da Câmara dos Deputados,⁵ que altera o art. 226 do Código de Processo Penal para modificar as regras de reconhecimento de pessoa. O debate, inclusive, pode ser enriquecido pelos substanciais estudos desenvolvidos pelo Grupo de Trabalho instituído pelo Conselho Nacional de Justiça, cujo relatório final foi divulgado recentemente.⁶

Por fim, mas não menos importante, destaca-se o projeto de novo Código de Processo Penal (8.045/2010 da Câmara dos Deputados),⁷ que o IBCCRIM há muito tempo acompanha (desde o início da tramitação legislativa, com Boletim Especial no ano de 2010)⁸ e sugere modificações⁹ (muitas delas aceitas, inclusive). Apesar de avanços em alguns pontos, em tantos outros houve retrocessos – que se espera não venham a prosperar.

Nesse contexto, o IBCCRIM se faz presente por diversas maneiras – seja na elaboração de notas técnicas, seja na promoção de debates, seja na organização de eventos e seminários, entre tantas outras. O cenário legislativo é muito caro às Ciências Criminais, por ser o seu instrumento de concretização. E é por isso que o IBCCRIM segue atento e atuante nesses e em tantos outros projetos que surgirem e tramitarem nessa nova legislatura.

Notas

- ¹ Disponível em: encr.pw/!UgmT. Acesso em: 5. jan. 2023.
- ² Disponível em: 11nq.com/Yjcyr. Acesso em: 5. jan. 2023.
- ³ Disponível em: 11nq.com/Z9dT5. Acesso em: 5. jan. 2023.
- ⁴ Disponível em: 11nq.com/8rFEh. Acesso em: 5. jan. 2023.
- ⁵ Disponível em: encr.pw/uXlrb. Acesso em: 5. jan. 2023.
- ⁶ Disponível em: encr.pw/95sNz. Acesso em: 5. jan. 2023.
- ⁷ Disponível em: encr.pw/xaxhf. Acesso em: 5. jan. 2023.
- ⁸ Disponível em: 11nq.com/gjTux. Acesso em: 5. jan. 2023.
- ⁹ Disponível em: 11nq.com/UQGVO. Acesso em: 5. jan. 2023.

Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

BOLETIM

4. Política criminal e punitivismo racial

Camila Torres Cesar

6. A impugnação do acordo de colaboração por terceiros: uma leitura do Art. 3º-A da Lei 12.850/2013 conforme a Constituição

Rafael de Alencar Ararípe Carneiro, Ana Letícia Rodrigues da Costa Bezerra e Pedro Victor Porto Ferreira

9. Colonização e privilégios: duas faces da mesma moeda

Nicole Emanuelle Carvalho Martins

13. A dúvida sobre a ilicitude como erro de proibição: uma pequena contribuição para os seus fundamentos

Thiago Rocha de Rezende

16. A cadeia de custódia das provas colhidas em aparelhos móveis de gravação

Lurã Azevedo de Oliveira, Lucas Ariei Bezerra Medina e Fabrício Antônio de Araújo Feliciano

20. Criminalização de *fake news*: apontamentos desde a experiência alemã

Raphael Boldt

22. Canal de denúncia e a figura do *whistleblower*: a denúncia anônima como ferramenta efetiva do programa de integridade

Pedro Henrique Hernandez Argentina

25. *Immigration Removal Centre: just another name for a prison?*

Gustavo Henrique Holanda Dias Kershaw

28. CADERNO DE JURISPRUDÊNCIA

Tema: A decisão do Min. Ricardo Lewandowski no *Habeas Corpus* 222.141/PR foi correta?

29. DIÁLOGOS

29. Sim - A incidência do direito à privacidade e da legalidade estrita na indisponibilidade de dados

Pedro Luís de Almeida Camargo

32. Não - Provas obtidas a partir do congelamento de conteúdo de contas da internet: a decisão do ministro Ricardo Lewandowski no HC 222.141 foi correta?

Fernando Henrique Santos Terra

IBCCRIM requer ingresso como *amicus curiae* em recurso sobre o termo inicial para a contagem da prescrição da pretensão executória para o Estado

No último dia 17 de fevereiro, o IBCCRIM requereu seu ingresso como *amicus curiae* no recurso extraordinário com agravo nº 848.107, com rito de repercussão geral (tema 788), em que se discute se o marco inicial para a contagem da prescrição da pretensão executória é o trânsito em julgado para a acusação (pela interpretação literal do art. 112, I, do Código Penal) ou para todas as partes. A questão constitucional, especificamente, é a recepção, ou não, pela Constituição Federal (à luz do art. 5º, II e LVII), do art. 112, I, do Código Penal.

No pedido, o Instituto já apresentou seu parecer sobre o tema. Após indicar que há propostas em andamento no Legislativo (e “é lá que a discussão deve permanecer”), pontuou que “todo o exercício hermenêutico, em matéria penal, deve ter como primado a limitação desse poder repressivo, servindo as garantias do acusado como standards para aferição de sua própria legitimidade”.

Ao final, concluiu: “do ponto de vista técnico-jurídico, o IBCCRIM opina pela impossibilidade da interpretação diversa não autorizada pela literalidade insculpida no texto do art. 112, I, do Código Penal. A pretendida adoção de interpretação exógena aos limites semânticos estabelecidos pelo legislador constitui violação frontal à regra da legalidade insculpida no art. 5º, II, da Constituição da República, e implica na vedada criação de novo marco interruptivo prescricional pelo Poder Judiciário, em violação às atribuições desta própria C. Corte enquanto Tribunal Constitucional”.

Confira a íntegra da manifestação no processo eletrônico: encr:pw/KsZcT (peça nº 100).

5 anos dos homicídios de Marielle Franco e de Anderson Franco

O mês de março ficou marcado na recente história brasileira pelos brutais assassinatos de Marielle Franco e Anderson Torres. Em 2023, atingimos a triste marca de 5 anos do bárbaro crime, sem que houvesse respostas efetivas acerca dos mandantes desse atentado à democracia. Ao passo em que defendemos as inegociáveis garantias constitucionais do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, também depositamos nossa confiança no empenho das autoridades para a conclusão das investigações. Tal medida é fundamental para alcançarmos patamar mínimo de convivência civilizada e democrática. Para que não se esqueça, para que nunca mais aconteça.

POLÍTICA CRIMINAL E PUNITIVISMO RACIAL

CRIMINAL POLICY AND RACIAL PUNITIVISM

Camila Torres Cesar

Doutoranda em Direitos Humanos pela USP. Mestra em Direito Político e Econômico pela Mackenzie.

Cofundadora do Instituto Formação Antirracista. Diretora Tesoureira do IBCCRIM. Advogada.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0492406138113389>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6190-2102>

camilatorres@adv.oabsp.org.br

Resumo: O presente artigo busca, a partir de sintética revisão bibliográfica, apresentar a violência simbólica e física com o meio utilizado para construção de uma sociedade alicerçada no racismo estrutural. A institucionalização da violência permitiu uma política criminal pautada na dominação, inferiorização e opressão de corpos negros.

Palavras-chave: Racismo; Necropolítica; Política criminal; Encarceramento em massa.

Abstract: This article uses a synthetic bibliographic review to present symbolic and physical violence as a means used to build a society based on structural racism. The institutionalization of violence allowed a criminal policy based on domination, inferiority, and oppression of black bodies.

Keywords: Racism; Necropolitics; Criminal Policy; Mass Incarceration.

Negar a humanidade da população negra é um projeto político também forjado na naturalização de uma suposta incivilidade e normalização do imaginário de que as pessoas negras são inferiores ou subalternizáveis.

[...] de fato, o ser branco é uma grande e insuperável contradição: só se é branco na medida em que se nega a própria identidade enquanto branco. Ser branco é atribuir identidade aos outros e não ter identidade. É uma raça que não tem raça. Por isso, é irônico, mas compreensível que alguns brancos considerem legítimo chamar de identitários outros grupos sociais não brancos, sem se dar conta de que esse modo de lidar com a questão é um traço fundamental da sua própria identidade (ALMEIDA, 2018, p. 60).

Como em outros países onde a escravização centrou-se em explorar pessoas vindas de África e não houve a segregação formal no pós-abolição, no Brasil, as relações sociais se pautaram na inferiorização da pessoa negra, africana e de sua cultura, colocando-as em um não lugar¹ ou no lugar de indesejadas.

Sem políticas públicas ou privadas de inclusão, o Estado centrou a produção legislativa na penalização de práticas religiosas e culturais – como a capoeira, fortalecendo o consciente e o inconsciente social que ligava a imagem do negro ao crime² e ao ócio,³ eternizando a dita vadiagem como imoral e nociva.

O discurso de que pessoas negras, sobretudo homens, são indivíduos que devem ser temidos e por isso, sujeitos à repressão, espalhou-se na sociedade assim como o medo que corrobora e incentiva a violência, a tortura, as prisões e o genocídio. E é este estereótipo criado no período pós-abolicionista que segue

perpetuando, nas mais diversas esferas, a lógica de exclusão e consequente extermínio da população negra brasileira (BORGES, 2019).

No Brasil, país em que a estrutura social se transforma e ressignifica a todo tempo os modos de subalternação de grupos inferiorizados, ser pessoa negra, significa ser: “desde sempre, excluído das esferas de cidadania, do consumo, de pertencimento político”, perder sua humanidade, ou seja: “não ser, significa ser, socialmente, desde sempre, socialmente morto” (VARGAS, 2017, p. 85).

A Constituição Federal aponta como objetivo da nação uma sociedade justa, solidária, com igualdade e sem discriminação (art. 3º, incisos III e IV, art. 5º, *caput*, CF/88), que reconhece a dignidade humana (art. 1º, inciso III, CF/88), repudia o racismo (art. 4º, inciso VIII, CF/88) e o classifica como crime imprescritível e inafiançável (art. 5º, inciso XLII, CF/88).

As normas do Direito Penal integram este sistema formalmente alicerçado em direitos e garantias fundamentais, que asseguram a presunção de inocência, o devido processo legal, o *in dubio pro reo*, a impossibilidade de aplicação de penas de morte, penas perpétuas, de trabalhos forçados e cruéis e que resguardam a integridade física e moral da pessoa presa (art. 5º, CF/88).

O racismo, por sua vez, produz violência física e simbólica para punir a racialidade negra,⁴ transformando atos infracionais em: “consequência esperada e promovida da substância do crime que é a negritude” (CARNEIRO, 2020), delito para o qual, largas vezes, pressupõe-se condenação sem defesa e julgamento.

Trata-se de uma tecnologia de poder que utiliza a raça como estratégia de controle de vida e morte, atribuindo diferentes

significados e resultados a um mesmo fato, a depender de quem o protagoniza.

As instituições do sistema de justiça criminal brasileiro refletem: “conflitos, antagonismos e contradições que não são eliminados, mas absorvidos, mantidos sob controle por meios institucionais” (ALMEIDA, 2018, p. 30), que favorecem a população branca, ocupante do lugar de verdadeira cidadã.

Não é difícil perceber que a seletividade da repressão penal se manifesta no tratamento dispensado a pessoas negras vítimas de crimes de racismo e injúria racial, neste caso, demonstrando a irrelevância do delito para o Estado, minimizando a importância do sofrimento e culpabilizando a vítima.

Nosso ordenamento tipificou o racismo, mas a todo tempo vemos reforçado o caráter apenas simbólico destas leis que, quando utilizadas: “reafirmam as condições de manutenção do racismo estrutural ao tratarem de condutas individualizadas que, dentro da lógica binária, se afastam da ‘normalidade’ sustentada, no caso do racismo, pelo mito da democracia racial” (BAGGIO; RESADORI; GONÇALVES, 2019, p. 1857-1858).

Ilesa ao que Mbembe⁵ chamou de necropolítica, a pessoa branca não se racializa mas, ao contrário, de seu lugar distanciado do abuso estatal e dos prejuízos da Justiça Criminal, é estimulada: “à intelectualidade e a construir aspirações a partir do acesso à educação, saúde, habitação, bens de consumo, lazer, etc.” (BATISTA *et al.*, 2022, p. 95), sem jamais pensar sobre si.

Este lugar de privilégio é compartilhado pela esmagadora maioria dos atores e atrizes judiciais: juízes(as), promotores(as), defensores(as), delegados(as), advogados(as) cuja atuação, quando não pautada em

uma criminologia crítica e antirracista, apenas reproduz opressões, sob o pretexto de legalidade e neutralidade.

Nosso sistema de justiça criminal se apresenta como garantidor da propriedade privada, protetor dos grupos dominantes e não inibidor de práticas de agentes policiais que selecionam pessoas negras como inimigas, suspeitas e culpadas antes mesmo do trânsito em julgado (BATISTA *et al.*, 2022).

Enquanto isso, a sociedade permanece estruturada no racismo, classismo e machismo. Mais da metade da população, 56% conforme dados do IBGE, é alvo de violência, que vai das batidas policiais ilegais e autos de resistência a inúmeras tentativas de apagamento, silenciamento e epistemicídio.

Para esta maioria, a ideia de impunidade não se mostra factível, porque a punição é fato cotidiano e se revela sempre que: “pobres, negros ou quaisquer outros marginalizados vivem a conjuntura de serem acusados da prática de crimes interindividuais (furtos, lesões corporais, homicídios)” (BATISTA, 1990, p. 38).

O sofrimento psíquico e físico também se apresenta a essa população, a partir da consciência de que além de seus próprios corpos, seus filhos(as), pais/mães, irmãos(ãs), parentes são alvo de um sistema criminal que atua como instrumento de controle social e de manutenção do “estado inconstitucional de coisas”.

A transição da escravização para o trabalho livre teve preço, que ainda é pago por meio da política de encarceramento e de morte – não apenas física como simbólica – reproduzida pelo Estado brasileiro e suas instituições contra a população negra, ao som do silêncio da branquitude, representada por suas pessoas físicas e jurídicas.

Notas

¹ No racismo, corpos negros são construídos como corpos impróprios, como corpos que estão “fora do lugar” e, por essa razão, não podem pertencer. Corpos brancos ao contrário, são construídos como próprios, são corpos que estão “no lugar”, “em casa”, corpos que sempre pertencem. Eles pertencem a todos os lugares: na Europa, na África, no norte, no sul, leste, oeste, no centro, bem como na periferia. A partir de tais comentários, intelectuais negros/os são convidadas/os persistentemente a retornar a “seus lugares”, “fora” da academia, nas margens, onde seus corpos são vistos como “apropriados” e “em casa” (KILOMBA, 2019, p. 57).

² Com o Código Penal de 1890 (art. 399), a vadiagem e a capoeira tornaram-se crimes.

³ Florestan Fernandes destaca que após a abolição, fazendeiros brancos e imigrantes europeus acabaram ocupando os trabalhos remunerados disponíveis (2021).

⁴ O depoimento de Malkia Cyril. Diretora-Executiva da Center for Media Justice, no

documentário A 13ª Emenda de Ava DuVernay destaca o peso deste imaginário: “Homens negros, e pessoas negras em geral, são representados excessivamente nos noticiários como criminosos. Significa que são mostrados como criminosos de modo exagerado, mais do que o número real de criminosos [...]. Então, você educou um povo, deliberadamente, por anos, por décadas, para crer que homens negros, em especial, e pessoas negras, em geral, são criminosos. Quero ser clara. Não estou falando só de pessoas brancas. Pessoas negras também acreditam e morrem de medo de si mesmas” (2016).

⁵ As “novas tecnologias de destruição estão menos preocupadas com inscrição de corpos em aparatos disciplinares do que em inscrevê-los, no momento oportuno, na ordem da economia máxima, agora representada pelo ‘massacre’” (MBEMBE, 2016, p. 141).

Referências

A 13ª EMENDA. Direção: Ava DuVernay. Produção: Howard Barish, Ava DuVernay e Spencer Averick. Roteiro: Ava DuVernay e Spencer Averick. Música: Jason Moran. Kadoo Films; Netflix, EUA, 2016.

ALMEIDA, Silvío Luiz de. *O que é racismo estrutural?* Belo Horizonte: Letramento, 2018.

BAGGIO, Roberta Camineiro; RESADORI, Alice Hertzog; GONÇALVES, Vanessa Chiari. Raça e biopolítica na América Latina: os limites do direito penal no enfrentamento ao racismo estrutural. *Revista Direito e Práxis*, v. 10, n. 3, p. 1834-1862, 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2018/34237>. Acesso em: 01 out. 2022.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 9. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

BATISTA, Waleska Miguel; SANTOS, Julio Cesar Silva; SANTOS, Lídia Carolina Nascimento dos; SILVA, Ariella Luiza Rodrigues da. Sistema de justiça criminal brasileiro e o racismo institucional. *Revista Brasileira de Sociologia do Direito*, v. 9, n. 2, p. 93-119, 2 maio 2022. Disponível em: <https://revista.abrasod.com.br/index.php/rbsd/article/view/645>. Acesso em: 07 nov. 2022.

BORGES, Juliana. *Encarceramento em massa*. São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019.

CARNEIRO, Sueli. *Escritos de uma vida*. São Paulo: Jandaíra, 2020.

FERNANDES, Florestan. *A integração do negro na sociedade de classes*. 6. ed. São Paulo: Contracorrente, 2021.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. *Corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2008.

GÓES, Luciano. *A “tradução” de Lombroso na obra de Nina Rodrigues: o racismo como base estruturante da Criminologia Brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2016.

KILOMBA, Grada. *Memórias da plantaçoão: episódios de racismo cotidiano*. Rio de Janeiro: Cobogó, 2019.

MBEMBE, Achille. *Necropolítica. Arte & Ensaios: Revista da PPGAV/EBA/UFRJ*, Rio de Janeiro, n. 32, 2016.

MUNANGA, Kabengele. *Rediscutindo a mestiçagem no Brasil: identidade nacional versus identidade negra*. 5. ed. rev., amp., 2 reimp. Belo Horizonte: Autêntica, 2020.

VARGAS, João. Por uma mudança de paradigma: antinegitude e antagonismo estrutural. *Revista de Ciências Sociais*, Fortaleza, v. 48, n. 2, p. 83-105, jul./dez. 2017.

Autora convidada

A IMPUGNAÇÃO DO ACORDO DE COLABORAÇÃO POR TERCEIROS: UMA LEITURA DO ART. 3º-A DA LEI 12.850/2013 CONFORME A CONSTITUIÇÃO

THE OBJECTION OF THE COLLABORATION AGREEMENT BY THIRD PARTIES: AN INTERPRETATION OF ARTICLE 3º-A OF FEDERAL LAW 12.850/2013 ACCORDING TO THE CONSTITUTION

Rafael de Alencar Araripe Carneiro

Doutorando e Mestre em Direito Público pela Universidade Humboldt (Berlim). Professor do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP). Advogado.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3712339939581953>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6018-8231>

rafael@carneirosedipp.com.br

Ana Letícia Rodrigues da Costa Bezerra

Pós-graduação lato sensu em Direito Penal e Processual Penal pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP).

Bacharela em Direito pela UnB. Advogada.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4577133131410020>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1751-027X>

analeticiarcb@gmail.com

Pedro Victor Porto Ferreira

Mestre em Direito, Estado e Constituição pela UnB. Bacharel em Direito pela UnB. Advogado.

Link Lattes <http://lattes.cnpq.br/4782845477169929>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1991-6655>

pedrovportoferreira@gmail.com

Resumo: O artigo discute a possibilidade de o terceiro delatado impugnar o acordo de colaboração premiada. Inicialmente, é demonstrada a existência de controvérsia atual sobre o tema na jurisprudência pátria e, em seguida, propõe-se solução jurídica embasada na interpretação conforme a Constituição do artigo 3º-A, recentemente incluído na Lei 12.850/2013, examinando-se a natureza jurídica do acordo de delação.

Palavras-chave: Colaboração premiada; Impugnação por terceiros; Justiça criminal negocial; Delação.

Abstract: The article discusses the possibility of the accused third party object a collaboration agreement. Initially, it demonstrates the existence of current jurisprudential controversy on the subject and then proposes a legal solution based on the constitutional interpretation of the article 3º-A recently included in Law 12.850/2013, examining the legal nature of the collaboration agreement.

Keywords: Collaboration agreement; Objection by third parties; Negotiated criminal justice; Delation.

A possibilidade do questionamento de acordos de colaboração premiada por terceiros delatados é assunto que ganhou maior relevo após a regulamentação específica desse meio de obtenção de prova pela Lei 12.850/2013, que viabilizou seu uso no enfrentamento da denominada criminalidade econômica.

No ano de 2015, no conhecido julgamento do HC 127.483/PR pelo Supremo Tribunal Federal, assentou-se a impossibilidade de impugnação do acordo de colaboração premiada por parte de terceiros sob o argumento de que o acordo: "como negócio jurídico personalíssimo, não vincula o delatado e não atinge diretamente sua esfera jurídica: *res inter alios acta*" (BRASIL, 2015a, p. 40).

Esse entendimento foi reiterado por diversas vezes nos anos seguintes pela Corte Suprema, a exemplo do Agravo Regimental na Pet 7.074 (BRASIL, 2017a), Agravo Regimental na Rcl. 21.258/PR (BRASIL, 2016a) e Agravo Regimental no Inq. 4.619/DF (2018b). No mesmo sentido, diversos tribunais pátrios impediram a impugnação de acordos por terceiros delatados, a exemplo do RHC 43.776/SP no STJ (BRASIL, 2017b),¹ HC 5032948-33.2015.4.04.0000 no TRF-4 (2015b), processo 1657774-1 no TJPR (BRASIL, 2017d), HC 0077636-06.2016.8.11.0000 no TJMT (BRASIL, 2016b).

Sucedo que, mais recentemente, em 2020, em sentido diametral-

mente oposto, a Segunda Turma do STF proferiu acórdão no HC 142.205/PR com entendimento sobre a possibilidade de impugnação do acordo por terceiros delatados, em cuja ementa destacou que: "Além de caracterizar negócio jurídico entre as partes, o acordo de colaboração premiada é meio de obtenção de provas, de investigação" e que há: "Potencial impacto à esfera de direitos de corréus delatados", concluindo pela necessidade de: "controle e limitação a eventuais cláusulas ilegais e benefícios abusivos" (BRASIL, 2020, ementa).

Novamente essa possibilidade foi admitida na Suprema Corte em 2021 quando o Min. **Edson Fachin** concedeu a ordem em *Habeas Corpus* impetrado pela defesa de terceiro delatado para reconhecer a nulidade de acordo colaboração premiada em relação ao paciente dado o vício de competência do acordo homologado (RODAS, 2021; VIVAS; FALCÃO, 2021).

Nesse contexto, percebe-se que a controvérsia permanece atual e há expectativa de que a questão seja rediscutida pelo Plenário do Supremo. Assim, o presente artigo busca contribuir com o debate trazendo uma interpretação conforme a Constituição sobre o novo art. 3º-A, incluído pela Lei 13.964/2019, que assim consigna: "O acordo de colaboração premiada é negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesse públicos."

Como se depreende do dispositivo, o acordo de colaboração não é apenas um negócio jurídico personalíssimo e bilateral, que cria direitos e obrigações apenas para as partes contratantes sem afetar interesses de terceiros, mas também meio de investigação que deve atender à utilidade e ao interesse público, além de, como qualquer meio investigativo, respeitar os direitos individuais dos investigados.

A menção ao interesse público na lei advém, a nosso ver, da constatação de que o acordo de colaboração premiada envolve diretamente os interesses coletivos da sociedade, uma vez que o instituto possibilita a concessão de benefícios penais por parte do Estado e até mesmo a não persecução do investigado em alguns casos. Dessa forma, de pronto, a nova redação do art. 3º-A da Lei 12.850/2013 consolida cenário em que deve ser reconhecida a possibilidade de questionamento do acordo por terceiros.

Isso porque o novo dispositivo colocou expressamente a necessidade de controle a respeito da utilidade e do interesse público, o que somente é viável com a ampla possibilidade de contestação e de debate sobre a sua admissibilidade. Essa premissa soma-se às considerações acerca da importância de garantia dos direitos individuais dos investigados incriminados por agentes colaboradores.

Logo, o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal em 2015 vai de encontro a qualquer viabilidade de resguardo do interesse público e de construção de um efetivo controle dos acordos, já que os legitimados a impugnar (apenas o Ministério Público e o colaborador) têm interesse inequívoco na sua homologação. Com isso, tais acordos tornam-se, na prática, intangíveis, o que foi destacado pelo Min. **Gilmar Mendes** no HC 142.205/PR:

Sem dúvidas, a tese adotada pelo Supremo Tribunal Federal no sentido de não impugnabilidade do acordo por terceiros possuía, naquele momento, premissas pertinentes. Contudo, isso ocasionou uma quase total intangibilidade e incontrolabilidade dos acordos de delação, ao passo que aqueles que poderiam impugná-lo (colaborador e MP), normalmente almejarão interesse completamente inverso, no sentido de fazer o máximo para a sua manutenção. Por efeito colateral, tornamos os acordos de colaboração premiada praticamente intocáveis (BRASIL, 2020, p. 17-18).

Além disso, é evidente que a colaboração premiada afeta diretamente a esfera de direitos das pessoas delatadas, pois, embora envolva diversos objetivos, tem como principal função a instrução do Processo Penal em desfavor de terceiros. Afinal, o acordo só será eficaz e o colaborador só receberá os benefícios nele previstos se houver: "I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; [...]" como exige a Lei 12.850/2013 em seu artigo 4º.

A colaboração premiada tem como um de seus principais propósitos a obtenção de provas contra outros envolvidos, sendo que, conforme ressalta **Guilherme Nucci** (2013, p. 47): "O instituto, tal como disposto em lei, não se destina a qualquer espécie de investigado ou acusado, mas aquele no qual se descobre dados desconhecidos quanto à autoria ou materialização da infração penal – por isso, trata-se de autêntica delação, no perfeito sentido de acusar ou denunciar alguém".

Nesse sentido, não há dúvidas que, do mesmo modo que a investigação penal por si só gera efeitos negativos ao investigado trazendo danos para a esfera constitucional da intimidade e

privacidade,² o delatado sofrerá as mesmas consequências, como ressaltado pelo STF no julgado mencionado:

Por um lado, ainda que o Supremo tenha bem ressaltado que a homologação do acordo de colaboração premiada não assegura ou atesta a veracidade das declarações do delator, não se pode negar que o uso midiático de tais informações acarreta gravíssimos prejuízos à imagem de terceiros. Além disso, há julgados desta Corte que, de modo questionável, autorizam a decretação de prisões preventivas ou o recebimento de denúncias com base em declarações obtidas em colaborações premiadas. Ou seja, é evidente e inquestionável que a esfera de terceiros delatados é afetada pela homologação de acordos ilegais e ilegítimos.

[...]

Devemos lembrar, por exemplo, das delações firmadas (e homologadas) com o ex-Senador Delcídio Amaral, cujas declarações abalaram a República e denegriram a imagem de diversos cidadãos, mas, ao final das investigações, restaram completamente esvaziadas e infundadas. Ou seja, violaram direitos fundamentais que deveriam ser protegidos pelo Poder Judiciário e acabaram por tornarem-se imprestáveis à persecução penal (BRASIL, 2020, p. 6-7).

Sobre a aptidão da colaboração de impactar os direitos dos investigados delatados, **J. J. Gomes Canotilho** e **Nuno Brandão** explicitam que: "a colaboração premiada se apresenta como um meio processual idóneo a atentar contra direitos fundamentais das pessoas visadas pela delação, desde logo e de forma imediata, o direito à honra, mas ainda também, potencialmente, a liberdade de locomoção, a propriedade ou a reserva íntima da vida privada" (2017, p. 146).

Desse modo, como qualquer outro meio de investigação, a colaboração premiada deve estar submetida aos princípios constitucionais – em especial, o da legalidade e da ampla defesa – devendo-se resguardar o direito do delatado de acesso aos documentos já produzidos e de combatê-los. Essa interpretação do art. 3º-A da Lei 12.850/2013 é, ademais, a mais compatível com o princípio constitucional do acesso à justiça, pois: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".³

Dessarte, em se tratando a colaboração de instituto lastreado no incentivo à incriminação de terceiros, é evidente o condão de ilegalidade que possuem acordos celebrados a partir de declarações falsas que possam gerar a concessão de benefícios aos colaboradores. Circunstância especialmente potencializada diante da assimetria de informações entre as autoridades e o delator, o que cria espaço para omissão de informações ou criações na narrativa.

O controle externo dos acordos de colaboração deve ser entendido, portanto, como uma maior possibilidade de impugnação para coibir erros e arbitrariedades, bem como resguardar melhor o interesse público e os direitos das pessoas afetadas. Assim, **Francisco Schertel Mendes** ressalta:

Furthermore, given the incentives for offenders and law enforcement authorities to quickly resolve criminal investigations through consensual arrangements that meet their interests but externalize costs for society and other individuals, broad and in-depth judicial control is necessary for sound implementation of the rewarded collaboration regulation. Legal actions presented by third parties represent here both a channel for the protection of individual rights and a mechanism for ensuring that cooperation agreements abide by statutory provisions, preserving the system of incentives designed by the legislator (MENDES, 2021, p. 283-284).⁴

Para **Frederico Valdez Pereira**, a possibilidade de impugnação de acordo de colaboração premiada pelo delatado é: “uma relevante eficácia amplificada na espécie, ao representar verdadeiro método indireto de controle da atuação dos órgãos de persecução” (2016, p. 158). Já **Vinícius Vasconcellos** ressalta que: “é legítima a irrisignação diante do oferecimento de benefícios em acordo, por qualquer motivo, ilegal” (2017, p. 106).

Além do mais, **Francisco Schertel Mendes** explica que esse controle é especialmente relevante considerando a vedação constitucional à prova ilícita expressa no art. 5º, LVI da Constituição Federal, sendo o direito de questionar a legalidade dos meios de investigação de fundamental importância no Processo Penal brasileiro. Nas palavras do autor:

The interpretation of collaboration agreements under the light of the *res inter alios acta* principle, as proposed by the Federal Supreme Court, is incoherent, since the crux of these agreements is establishing the criminal liability of third parties. [...] In Brazilian

criminal procedure, the use of investigative tools is subject to strict judicial scrutiny and defendants can incidentally question the legality of its use, including through a writ of habeas corpus directed to the higher courts. Because the Brazilian Federal Constitution provides that evidence obtained through illegal means cannot be admitted by courts, and the Brazilian Code of Criminal Procedure determines that all illicit evidence must be removed from trial, the right to question the legality of investigative measures is of paramount importance in Brazilian criminal procedure (MENDES, 2021, p. 281-282).⁵

Conclui-se, portanto, que, considerando (i) a natureza jurídica atribuída ao instituto da colaboração premiada pelo legislador no art. 3º-A da Lei 12.850/2013, (ii) a necessidade de se resguardar o interesse e utilidade públicos, (iii) os princípios do contraditório e da ampla defesa, (iv) o princípio do acesso à justiça, e (v) a vedação constitucional à prova ilícita, denota-se não só possível e adequado aos terceiros delatados impugnar o acordo de colaboração, mas revela-se que essa é a interpretação da lei que se mostra mais consentânea com a Constituição.

Notas

- 1 “[...] 3. Firmou-se na jurisprudência dos Tribunais Superiores o entendimento de que a delação premiada constitui negócio jurídico personalíssimo, que gera obrigações e direitos entre as partes celebrantes, e que não interfere automaticamente na esfera jurídica de terceiros, razão pela qual estes, ainda que expressamente mencionados ou acusados pelo delator em suas declarações, não possuem legitimidade para questionar a validade do acordo celebrado.” (BRASIL, 2017b).
- 2 Nesse sentido, o c. STJ já destacou por vezes que: “4. Não se admite que alguém seja objeto de investigação eterna, notadamente, porque essa é uma situação que conduz a um evidente constrangimento, seja ele moral ou até mesmo financeiro e econômico.” (BRASIL, 2018a).
- 3 Art. 5º, XXXV da Constituição Federal.
- 4 Além disso, considerando os incentivos para infratores e autoridades policiais para resolverem investigações criminais rapidamente por meio de acordos consensuais

que atendam seus interesses, mas externalizem custos para a sociedade e outros indivíduos, um controle judicial amplo e aprofundado é necessário para uma implementação sólida da regulação da colaboração premiada. Impugnações apresentadas por terceiros representam aqui tanto um canal de proteção de direitos individuais, quanto um mecanismo para garantir que os acordos de colaboração premiada obedeçam às previsões legais, preservando o sistema de incentivos desenhado pelo legislador (Tradução nossa).

- 5 A interpretação dos acordos de colaboração à luz do princípio da *res inter alios acta*, conforme proposta pelo Supremo Tribunal Federal, é incoerente, uma vez que o cerne desses acordos é o estabelecimento da responsabilidade penal de terceiros. [...] No processo penal brasileiro, o uso de instrumentos investigativos está sujeito a estrito escrutínio judicial e os réus podem questionar incidentalmente a legalidade de seu uso, inclusive por meio de *Habeas Corpus* dirigido aos tribunais superiores. Tendo em vista que a Constituição Federal Brasileira estabelece que as provas obtidas por meios ilícitos não podem ser admitidas pelos tribunais, e o Código de Processo Penal Brasileiro determina que todas as provas ilícitas devem ser retiradas do julgamento, o direito de questionar a legalidade das medidas investigativas é de suma importância no Processo Penal Brasileiro (Tradução nossa).

Referências

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *HC 127483/PR*. Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 27/08/2015a. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10199666>. Acesso em: 06 jul. 2022.
- BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região (8. Turma). *HC 5032948-33.2015.4.04.0000*. Rel. João Pedro Gebran Neto, juntado aos autos em 24/09/2015b. Disponível em: https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=7844710. Acesso em: 06 fev. 2023.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *Rcl 21.258 AgR*. Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 15/03/2016a. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10756463>. Acesso em: 06 fev. 2023.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso (2. Câmara Criminal). *HC 0077636-06.2016.8.11.0000*. Rel. Des. Alberto Ferreira de Souza, publicado em 10/10/2016b. Disponível em: <https://jurisprudencia-api.tjmt.jus.br/VisualizaRelatorio/RelatorioEmentaJurisprudencia?id=331532&colegiado=Segunda&tipoProcesso=Acordao>. Acesso em: 06 fev. 2023.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Pet 7074 AgR*. Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 29/06/2017a. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14751660>. Acesso em: 06 fev. 2023.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). *RHC 43.776/SP*. Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 14/09/2017, DJe, 20/09/2017b. Disponível em: https://scon.stf.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201304132087&dt_publicacao=20/09/2017. Acesso em: 06 fev. 2023.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). *RHC 61.451/MG*. Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 14/02/2017c. Disponível em: https://scon.stf.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201501631640&dt_publicacao=15/03/2017. Acesso em: 06 fev. 2023.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. *Processo 1657774-1*. Des. Laertes Ferreira Gomes, publicado em 21/07/2017d. Disponível em: https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/12390151/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-#integra_12390151. Acesso em: 06 fev. 2023.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). *AgRg no RMS 49.749/BA*. Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, Rel. p/ Acórdão Ministro Nefi Cordeiro, julgado em 08/11/2018a. Disponível em: https://scon.stf.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201502874046&dt_publicacao=06/12/2018. Acesso em: 06 fev. 2023.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). *Inq 4619 AgR*. Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 10/09/2018b. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748275194>. Acesso em: 06 fev. 2023.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *HC 142.205*. Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 25/08/2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753982192>. Acesso em: 06 jul. 2022.
- CANOTILHO, J. J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 133, ano 25, p. 133-171, jul. 2017.
- MENDES, Francisco Schertel. *Leniency Policies in the prosecution of economic crimes and corruption*: consensual justice and search for truth in Brazilian and German law. v. 48. Schriften zum Internationalen und Europäischen Strafrecht Series. Baden-Baden, DE: Nomos Verlagsgesellschaft, 2021.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Organização criminosa*: comentários à Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada*: legitimidade e procedimento. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2016.
- RODAS, Sérgio. Edson Fachin tranca ação penal contra desembargador Siro Darlan, do TJ-RJ. *Conjur*, 23 jun. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jun-23/fachin-tranca-acao-penal-desembargador-tj-rj-siro-darlan>. Acesso em: 04 jul. 2022.
- VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. *Colaboração premiada no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- VIVAS, Fernanda; FALCÃO, Márcio. Fachin encerra ação penal contra desembargador do Rio Siro Darlan. *Globo*, 23 jun. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2021/06/23/fachin-encerra-acao-penal-contra-desembargador-do-rio-siro-darlan.ghtml>. Acesso em: 04 jul. 2022.

Recebido em: 05.09.2022 - Aprovado em: 24.01.2023 - Versão final: 17.02.2023

COLONIZAÇÃO E PRIVILÉGIOS: DUAS FACES DA MESMA MOEDA

COLONIZATION AND PRIVILEGIES: TWO SIDES OF THE SAME COIN

Nicole Emanuelle Carvalho Martins

Mestra em Ciências Jurídicas, área de concentração Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC-Rio. Especialista em Ciências Penais pela PUC-Minas. Policial Civil do Estado de Minas Gerais.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0582615145984284>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1960-1434>

nicoleecmartins95@gmail.com

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo analisar a relação da colonização do Brasil pela perspectiva decolonial, com os privilégios resultantes às elites brancas. Além disso, a colonização enquanto fenômeno, entendida não só como perpetuação de poder, mas como rechaço aos aspectos culturais, sociais e modos de vida desse "outro". Na introdução são explicados aspectos estruturais da pesquisa, como objetivo, metodologia e revisão de literatura. Como conclusões não limitadas, entende-se que a consequência dos privilégios e vantagens históricas pode ser minimizada, trazendo visibilidade social, acadêmica e cultural àqueles silenciados até então.

Palavras-chave: Criminologia; Decolonialidade; Racismo.

Abstract: The present work aims to analyze the relation between the colonization of Brazil from a decolonial perspective, with the resulting privileges for white elites. Moreover, colonization as a phenomenon, understood not only as the perpetuation of power, but as a rejection of the cultural, social aspects and way of life of this "other". In the introduction, explains structural aspects of the research, such as objective, methodology, and literature review. As non-limited conclusions, it is understood that the consequence of historical privileges and advantages can be minimized, bringing social, academic, and cultural visibility to those silenced until then.

Keywords: Criminology; Decoloniality; Racism.

1. Introdução

A pesquisa consiste em analisar a Criminologia atrelada com a perspectiva decolonial a partir da ótica da perpetuação dos privilégios, decorrente inicialmente com a colonização dos povos nativos da América Latina e, em seguida, com as práticas não só de genocídio no sentido literal, como enquanto uma forma de extermínio cultural e social.

Tendo em vista a limitação do trabalho em si, não se pretende esgotar o tema, mas lançar mão de uma análise introdutória, numa temática que é vasta e, nesse sentido, permitir que se aprofunde à medida que a pesquisa evolua. Nessa conjuntura, busca-se abordar o tema da perpetuação das ideologias colonizadoras, como as práticas de genocídio físico e cultural, por uma perspectiva precipuamente decolonial, abrindo mão de outras abordagens teóricas, mas entendendo-se que aqui a decolonialidade se expressa com maior ênfase, uma vez que esta compreende a colonização como a gênese da modernidade.

O problema da pesquisa, nesse sentido, é a relação da colonização no Brasil, entendida pela perspectiva decolonial, e os privilégios resultantes para as elites brancas nas esferas de poder e localização. Isto é, em que medida aquela é responsável pelas

práticas sociais, ideológicas e culturais de perpetuação de poder e concomitantemente o rechaço às manifestações, expressões e formas de vida do "outro". São faces da mesma moeda?

O objetivo da pesquisa perpassa por buscar uma perspectiva mais ampla dos estudos da Criminologia, para além da exposição da estigmatização e violência social e cultural, mas retornando ao fator colonização como a base das práticas estatais genocidas – entendida aqui em sentido amplo – e perpetuadoras de privilégios, resultantes das estruturas de poder demarcadas.

O método utilizado, tendo em vista a limitação quantitativa do artigo, consiste na revisão de literatura de autores tanto do tema da colonidade/decolonidade, quanto da Criminologia, com a coleta de dados e análises sobre o tema. Para tanto, a presente pesquisa adota a metodologia dedutiva, com ênfase na pesquisa bibliográfica para responder o problema proposto, com a análise de artigos científicos e livros que versem sobre a temática, com a intenção de apresentar as principais discussões sobre a Criminologia e a decolonialidade/colonialidade.

Dessa forma, alguns autores foram utilizados na revisão de literatura para compreensão e análise da colonialidade do ser e do saber, bem como da decolonialidade: **Aníbal Quijano, Joaze Bernardino-Costa,**

Franz Fanon, Lélia Gonzalez, dentre outros que trazem na essência a visão latino-americana da localização de poder e da colonização como marco da modernidade. Para a análise de aspectos especialmente da Criminologia, como as políticas e ideologias de extermínio baseadas nos aspectos sociais, raciais, localização espacial e geográfica, foram pesquisados **Vera Malaguti Batista, Eugênio Raúl Zaffaroni** e demais.

2. Colonização e privilégios

Ao se analisar a criminologia a partir da ótica da decolonialidade e compreender o mecanismo de formação sociocultural por uma perspectiva mais ampla, para além da exposição da estigmatização e violência social, mas retornando ao fator colonização como base fundante das práticas estatais genocidas – entendida no presente trabalho como também um genocídio cultural – e perpetuadoras de privilégios de alguns, resultante das estruturas de poder demarcadas, é possível pensar em novas formas de inserção social.

Sob a perspectiva decolonial, o que se pretende, em suma, é descolonizar a Criminologia, provocando um giro de olhar, enxergando os pontos esquecidos através das lentes da decolonialidade, posicionando o estudo criminológico como uma faceta capaz de expor também as práticas genocidas e colonizadoras de Estado, tanto quanto à população nativa da América, quanto à população negra trazida à força nos navios, bem como a perpetuação dessas *práxis* no modelo estatal de dominação e imposição.

Além disso, exatamente buscando apontar esse giro, em contrapartida também se enxerga os benefícios e vantagens históricas que tais fatores trouxeram para os descendentes das elites brasileiras e a relação destas vantagens com a necessária manutenção do *status quo* e das localizações de poder.

A perspectiva da decolonialidade, por sua vez, procura valorizar e reconhecer as teorias e epistemologias do sul, segundo **Ballestrin** (2013), o autor **Walter Mignolo** entendia que não se tratava da substituição ou rechaço dos paradigmas do norte, mas em enxergar o surgimento de outros pontos de vista.

Tendo por base a perspectiva decolonial, é possível enxergar de que forma o poder capitalista-colonialista inseriu a cultura de violência e extermínio estatal que encontramos por todo o sistema sociológico e criminal na América Latina. Enquanto o colonialismo europeu fundou as estruturas hierárquicas verticalizantes, segundo **Zaffaroni** (2007), o que se percebe hoje é que, mesmo não sendo mais colônia, mas substituída a colonização pela globalização, essas mesmas estruturas se apresentam de forma global e ainda se perpetuam no tempo e na sociedade capitalista periférica.

A colonialidade e o capitalismo andam de mãos dadas nessa empreitada. Para tanto, houve a necessidade de classificar essas novas identidades sociais, surgindo a diferenciação entre conquistadores e conquistados, baseada na ideia de raça. Partindo-se dessa premissa, **Aníbal Quijano** (2005) explica que a ideia de raça, na concepção moderna, também adveio com a América,

possivelmente com relação às diferenças fenotípicas entre os conquistadores e conquistados.

A colonialidade, então, é responsável por posicionar o racismo como o princípio que organiza e estrutura as relações sociais e de dominação. Ou seja, o racismo é um princípio organizador, que constitui todas as relações da modernidade, sejam elas epistêmicas, sexuais, de gênero, unidas à subjetividade, dividindo os seres em superiores e inferiores.

Franz Fanon (2020) analisa o que denominou de zona do não ser, que se constitui como uma área nua, cuja dominação dos corpos negros e a imposição cultural branca, permitiu que estes se enxergassem apenas dessa maneira, nessa zona apartada, desculturalizada. Pairava sobre o negro, então, um complexo de inferioridade decorrente dessa ausência de senso de pertencimento, o que resultava também em um desejo de se tornar branco, obrigando-o, assim, a enxergá-lo como um ser humano.

A zona do não ser – racial – é tangenciada por outras variáveis, como classe e gênero. A localização geopolítica se mostra um dos marcadores de poder nesse completo sistema moderno-colonial, entrelaçando-se com esses outros marcadores responsáveis por demarcar os corpos colonizados (BERNARDINO-COSTA, 2020).

A decolonialidade não pretende transformar a América Latina como a nova Europa, mas sim em reorganizar o ponto de nascimento da modernidade, enxergando o processo colonizador como o verdadeiro marco da modernidade e não o iluminismo. A epistemologia construída foi capaz de sustentar as formas de saber e ser no mundo para deixar a Europa no centro e então justificar a colonização dos povos americanos (MARTINS, 2022).

Assim, o olhar eurocentrado foi construído como justificativa de poder e dominação para a colonização, baseada no genocídio de seus povos, resultando na superioridade política e econômica da Europa. Enxergar estas questões sob a ótica do negro, permite compreender as contradições de uma sociedade pretensamente hegemônica, mas que não só não as enxerga, como não cria novos mecanismos para tornar justiça e igualdade uma realidade para a população negra brasileira (MARTINS, 2022).

Partindo-se da ideia de demanda por ordem logo após a instauração da República, a preocupação das elites brasileiras após a abolição da escravidão estava em manter a diferenciação e a perpetuação do “outro” no local que sempre ocuparam, de maneira que as mudanças sociais e políticas do período conturbado não desestruturasse as posições senhor-escravo, que a partir de então precisava ser atualizada pelo mecanismo do sistema penal.

O negro e, em seguida, o criminoso no Brasil, foram historicamente rotulados e identificados a partir dessa visão, que se baseia em uma relação de dominação e imposição cultural do colonizador ao seu colonizado. Assim, tendo por base a naturalização da hierarquia, baseada na diferenciação entre os seres, o sistema penal brasileiro se fundou e ao mesmo tempo permite que a

branquitude se exima da responsabilidade política e social.

O genocídio e a imposição cultural analisados pela perspectiva decolonial, nos permite compreender que não é suficiente descrever a situação sem que se aprofunde na raiz da seletividade racial e social, bem como apenas enxergar a ascensão limitada dos brancos descendentes (ZAFFARONI, 2007). Esse ponto de vista, sozinho, acaba por perpetuar o olhar colonizador. É necessário transpassar essa fronteira, permitindo que a discussão evolua por meio da experiência daqueles que não só enxergam, mas vivem sob a sua outra face, relacionada à questão da continuidade de privilégios e benefícios brancos.

O Estado, que deveria ser o instrumento de estabilização social, na verdade, nos países periféricos, assume a postura de agente violador de direitos e um dos responsáveis pela perpetuação da violência. O que se vê, por essa perspectiva, é o surgimento do medo do Estado, que deveria garantir proteção, mas, na verdade, se utiliza desse mesmo medo como fio condutor de políticas de segregação e estigmatização (BATISTA, 2020).

As políticas de segurança no Brasil foram constituídas a partir da valorização do medo dos escravizados, e permanece ainda até hoje, fruto de uma sociedade extremamente hierarquizada e desigual, incapaz de superar o passado, que se mostra, pelo contrário, enraizada nas questões raciais e sociais. "A letalidade policial é a maior expressão disso quando constatamos que o perfil de seus mortos é sempre o mesmo: jovens, negros e pobres." (BATISTA, 2020, p. 238).

A política de segurança, as operações policiais em comunidades quase diariamente e o uso excessivo da força pelo Estado sinalizam a preservação e a legitimação do poder estatal por meio do terrorismo.

A guerra vislumbrada nos morros e favelas brasileiras é a expressão da vida política dos seus moradores, é uma realidade. O elemento bélico constitui a programação político-criminal: "amplamente aceito e legítimo em Estados que, sob o manto da democracia, instauram discursos e práticas autoritários típicos de modelos autocráticos." (CARVALHO; BOLDT, 2020, p. 252).

Ou seja, o projeto genocida foi sendo perpetuado e atualizado à medida que novas necessidades econômicas surgiam, baseado na ideia do medo, contudo utilizando-se da mesma técnica colonial desde a invasão.

Porém, não só com relação ao genocídio em seu sentido literal, isto é, físico e corporal, a colonização e suas consequências podem ser

compreendidas. O controle dos corpos da população nativa e negra vinda da África foi além do aspecto restrito ao indivíduo analisado materialmente, compondo, em verdade, uma restrição do sujeito, da sua essência e existência subjetivamente falando.

Lélia Gonzalez (1988) ressalta a existência de uma contradição da luta e resistência negra no "Novo Mundo", no que se refere a formas político-ideológicas de enfrentamento, mantendo-se de forma passiva, frente aos Estados Unidos, potência mundial. Nesse contexto, a autora reflete e pensa na "Amefricanidade". Em linhas gerais, pode ser entendida como a incorporação de todo um processo histórico que perpassou pela adaptação, resistência, reinterpretação da população negra, que ocorreu nos países da América do Sul, Central e Norte, de forma a gerar uma relação cultural afrocentrada. O termo remete a uma reconstrução de uma identidade étnica, que adveio com os antepassados, do continente africano.

A dominação enquanto forma de sistematização política e social se mostra como a base da organização das sociedades ocidentais, com seu cerne na questão racial, mas não exclusivamente no aspecto físico. Quando **Lélia** reflete sobre esse resgate de uma relação afrocentrada na América, pode ser entendido como forma de recuperar, reestabelecer as práticas de vida social e cultural perdidas em razão do genocídio ocorrido com a colonização e a escravidão negra.

Ou seja, para além do extermínio dos povos em termos numéricos, o racismo trouxe consigo também um extermínio dos aspectos culturais, artísticos, expressivos e característicos de um povo. O repúdio a essas expressões de vida é capaz de determinar, quando não relacionado a uma pro-

gramação político-criminal, quais são as exteriorizações do sujeito que devem ser invisibilizadas e silenciadas.

Dentre vários exemplos de recuperação e fortalecimento da identidade e cultura étnica da Amefricanidade, como a linguagem, moda, música, religião afrocentradas, dentre outros, destaca-se o *Slam*. Entendido como uma batalha de poesia falada, surgiu nos anos de 1980, nos Estados Unidos, lembrando em alguns aspectos o Sarau, com algumas distinções.

A literatura e a poesia foram entendidas por muito tempo como expressões elitizadas, limitadas a um círculo social restrito, acadêmico e branco – este apenas recentemente em transformação. O *Slam* se insere nesse contexto, em linhas gerais, como uma literatura periférica, de empoderamento e organização político-social, um espaço de visibilidade para várias pautas, dentre elas

"[...] O PROJETO GENOCIDA FOI SENDO PERPETUADO E ATUALIZADO À MEDIDA QUE NOVAS NECESSIDADES ECONÔMICAS SURGIAM, BASEADO NA IDEIA DO MEDO, CONTUDO UTILIZANDO-SE DA MESMA TÉCNICA COLONIAL DESDE A INVASÃO".

negras e indígenas, com temas aliados a essas dores e críticas sociais.

Transformar uma expressão artística até então essencialmente elitizada, fruto do pacto narcísico branco, e abordar uma temática periférica, negra, indígena, mostra-se uma das formas de alcance da visibilidade dessa população.

O racismo deve sim continuar a ser enxergado como uma variável importante no âmbito do sistema sociopenal, resultado prático das políticas colonizadoras, mas não somente sob a sistemática da repressão e estigmatização, e sim pela ótica do próprio pacto de branquitude que perpetua essa segregação e mantém as estruturas sociais e estatais baseadas nesse projeto de violência e ignorância.

O resultado de exclusão social e desigualdades de ordem política e social no Brasil tem origem direta na formação do país a partir do colonialismo e da colonialidade, separando os indivíduos que nascem tendo direitos daqueles que não têm.

Numa base racista, há o controle dos corpos advindo do sistema colonialista, pautado numa hipótese de garantia da ordem, que sobrevive numa agenda de pauta social e criminal. A população negra, convidada a se retirar do mercado de trabalho formal, de outro lado, é inserida num sistema penal crescente. Não há só uma preferência, mas uma continuação da criminalização do modo da vida da população negra, como condutor da criminalização e distanciamento social (MARTINS, 2022).

O modelo penal baseado no genocídio de Estado precisa ser compreendido para além da abordagem da seletividade, enquanto fruto de rótulos e estigmas, fundado no controle social das agências penais, mas principalmente enquanto objeto de tensões raciais, de classe e gênero, que se mostram responsáveis pela manutenção dos privilégios e vantagens históricas que são usufruídas por determinados grupos, formados por homens, brancos, heterossexuais e proprietários (PIRES, 2017).

3. Conclusão

Ao se enxergar o racismo sob a base explicativa decolonial, é

possível pensar em novas estratégias para o enfrentamento da violência física e cultural e do genocídio estatal produzidos como consequência da colonização dos povos nativos da América Latina e da escravidão negra.

A violência e o genocídio estatal produzidos pelo sistema de justiça penal, oriundo do projeto colonizador, demonstram que a igualdade e a dignidade humana são esquecidas por estratégias que excluem os segmentos marginalizados. Como manifestação dos dois lados de uma mesma moeda, em contrapartida, ao se enxergar a herança de benefícios e privilégios históricos, a Criminologia é capaz de adquirir uma nova perspectiva, através da lente da amefricanidade e isto pode ser possível dando voz e ouvindo as vozes silenciadas e invisíveis até então.

Dessa forma, as expressões artísticas e culturais como o *Slam* constituem uma das maneiras de projetar a voz e visualizar as manifestações afrocentradas, realizando um giro reinterpretaivo entre o que é considerado culto, indagando a sistemática dos privilégios elitistas e viabilizando novas formas de ser, saber e existir no mundo.

A elitização não só do conhecimento, mas das formas ditas “certas” de viver a vida, de existir no mundo, são fruto direto da colonização. Como forma de minimizar esse distanciamento, oriundo dos privilégios decorrentes para os brancos, um caminho possível é a valorização cultural e social, que pode gerar, inclusive, uma mudança a longo prazo, nas práticas de violência ainda existentes. Compreender e valorizar a cultura afrocentrada em grande escala, pode ocasionar a integração e aproximação, pois, não compreendendo esse “outro” como diferente, mas sim participante do mesmo conjunto social, pode haver uma repercussão na sistemática criminal.

Para tanto, é necessário deixar de entender o sistema social e penal pela visão exclusivamente relacionada à raça sob a perspectiva do branco, mas sim mediante uma mudança de paradigma, que se compreende a partir de um conjunto de vantagens históricas e benefícios diretamente relacionados ao privilégio racial branco.

Referências

- BALLESTRIN, Luciana. América Latina e o Giro Decolonial. *Revista Brasileira de Ciência Política*, Brasília, n. 11, p. 89-117, maio/ago. 2013.
- BATISTA, Vera Malaguti. Crime e guerra no Brasil contemporâneo. In: CARVALHO, Thiago Fabres de; BATISTA, Vera Malaguti (orgs.). *Política criminal e estado de exceção no Brasil: o Direito Penal do inimigo no capitalismo periférico*. Rio de Janeiro: Revan, 2020. p. 229-243.
- BERNARDINO-COSTA, Joaze. Convergências entre intelectuais do Atlântico Negro: Guerreiro Ramos, Franz Fanon e Du Bois. In: BERNARDINO-COSTA, Joaze; TORRES, Nelson Maldonado; GROSFUGUEL, Ramón (orgs.). *Decolonialidade e pensamento afrodiaspórico*. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2020. p. 247-268.
- CARVALHO, Thiago Fabres; BOLDT, Raphael. Política criminal de guerra ou cessar-fogo? In: CARVALHO, Thiago Fabres de; BATISTA, Vera Malaguti (orgs.). *Política criminal e estado de exceção no Brasil: o Direito Penal do inimigo no capitalismo periférico*. Rio de Janeiro: Revan, 2020. p. 245-290.
- FANON, Franz. *Pele negra, máscaras brancas*. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Ubu, 2020.
- GONZALEZ, Lélia. A categoria político-cultural da amefricanidade. *Revista Tempo Brasileiro*, Rio de Janeiro, n. 92/93, p. 69-82, jan./jul. 1988.
- LUZ, Igor Gomes Xavier. O que é Slam? Poesia, educação e protesto. *Prof's Educação*, 12 nov. 2019. Disponível em: <https://profseduacao.com.br/artigos/o-que-e-slam-poesia-educacao-e-protesto/>. Acesso em: 08 dez. 2022.
- MARTINS, Nicole Emanuelle Carvalho. *Criminologia Positivistica no Brasil: análise decolonial na obra de Nina Rodrigues*. São Paulo: Dialética, 2022.
- PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. Criminologia crítica e pacto narcísico: por uma crítica criminológica apreensível em pretuguês. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 135, p. 541- 562, set. 2017.
- QUIJANO, Anibal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In: LANDER, Edgard (org.). *Colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas Latino-americanas*. Coleção Sur Sur. Buenos Aires: CLACSO, 2005. p. 227-278.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no Direito Penal*. Tradução de Sérgio Lamarão. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

Recebido em 15.08.2022 - Aprovado em: 27.10.2022 - Versão final: 09.01.2023

A DÚVIDA SOBRE A ILICITUDE COMO ERRO DE PROIBIÇÃO: UMA PEQUENA CONTRIBUIÇÃO PARA OS SEUS FUNDAMENTOS

THE DOUBT ABOUT THE WRONGFULNESS AS A MISTAKE OF LAW:
A SMALL CONTRIBUTION TO ITS GROUNDS

Thiago Rocha de Rezende

Doutorando e Mestre em Direito Penal pela UERJ. Advogado.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1955187887202661>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5053-0873>

1.thiago.rocha.rezende@gmail.com

Resumo: A chegada ao Brasil das ideias de Alair Leite sobre a dúvida e o erro de proibição fez com que renomados autores tivessem que alterar seus manuais para adotá-las. Nada além do justo: ideias brilhantes propostas em um dos lugares dogmáticos que mais necessitava delas. O que este trabalho pretende fazer é um pequeno debate sobre uma objeção bastante específica a essa proposição – a comparação entre o conhecimento eventual sobre os elementos do tipo, que denota dolo eventual e exclui o erro de tipo, e sobre a ilicitude, que nessa proposta constitui o erro de proibição –, confirmando o acerto da proposta de Leite, mas apresentando um novo argumento para a sua fundamentação.

Palavras-chave: Dúvida; Consciência eventual; Erro de proibição; Dolo.

Abstract: The arrival in Brazil of Alair Leite's ideas on doubt and prohibition error caused renowned authors to have to alter their manuals to adopt them. Nothing but fair: brilliant ideas stated in one of the systematic categories that most needed them. This paper intends to briefly discuss a specific objection to that proposal – the comparison between the eventual knowledge about the elements of the offense, that denotes *dolus eventualis* and excludes the mistake about those elements, and about the unlawfulness, that in this proposal institutes the mistake about the unlawfulness –, confirming Leite's proposal, but presenting a fresh argument to substantiate it.

Keywords: Doubt; Eventual knowledge; Mistake of law; Dolus.

Em 2013, **Alair Leite** lançou sua obra "Dúvida e erro sobre a proibição no Direito Penal: a atuação nos limites entre o permitido e o proibido", fruto da sua dissertação de mestrado junto à Universidade Ludwig-Maximilians, sob orientação do professor **Claus Roxin**. Nela, o autor apresenta ao público brasileiro a sua proposição de que a dúvida sobre a proibição é um legítimo caso de erro de proibição, de modo que a doutrina deve dirigir os seus esforços para definir, com clareza, os critérios de evitabilidade dessa dúvida (LEITE, 2013, p. 140-141).

Para entender o mérito dessa proposta, é preciso levar em consideração o tratamento dado à matéria pela doutrina dominante. Essa entende que a dúvida seria um conhecimento eventual da antijuridicidade, suficiente para excluir o erro de proibição. O sujeito em dúvida teria o dever de abdicar da prática da conduta – as dúvidas sobre a infração do dever necessitariam ser resolvidas em favor do cumprimento de tal dever. Logo, a proposição dominante é de que o sujeito em dúvida sobre a proibição deveria ser responsabilizado como se tivesse o conhecimento seguro dela (por exemplo, SILVA SÁNCHEZ, 1987, p. 648-649).

Olhando para tal cenário, **Leite** faz críticas bastante contundentes, tanto no âmbito dogmático quanto no âmbito político-criminal. Uma das suas críticas, considerada aqui como a mais incisiva, é no sentido de uma obsessão pela proibição. Se o sujeito tem dúvida sobre a proibição da sua conduta, existe a possibilidade de ela ser

proibida, mas também existe a possibilidade de ela ser permitida – *ex ante*, as duas possibilidades existem. Nesse contexto, mesmo ante as duas possibilidades, a doutrina dominante afirma que o sujeito teria o dever de se abster da conduta. Ocorre que isso seria bastante problemático para os casos em que a conduta era, na verdade, permitida – nesses casos, o Direito Penal estaria proibindo o permitido. Se determinadas ações, apesar de aparentemente proibidas, eram permitidas, como se justifica que o Direito Penal tenha limitado o espaço de atuação do sujeito em relação a elas, proibindo-o de praticá-las? A doutrina dominante não percebe esse problema, conforme explica **Leite**, porque está em uma obsessão pela proibição: ao exigir a abstenção, ela tem como foco confirmar a proibição de ações aparentemente proibidas que, *ex post*, se revelam como efetivamente proibidas, sem perceber (ou sem se importar com o fato de) que acaba também criando uma proibição para ações que, *ex post*, se revelam como permitidas (LEITE, 2013, p. 27). É a partir de críticas como essa que o autor esvazia a doutrina dominante e prepara o terreno para apresentar a sua proposta, qual seja, de considerar a dúvida acerca da proibição como erro de proibição.

A proposta foi muito bem recebida pela doutrina brasileira. **Juarez Cirino dos Santos** (2018, p. 326), por exemplo, subscreve a proposta de **Leite**, afirmando que a posição repressiva da doutrina majoritária foi desafiada pelo jovem jurista brasileiro, o qual demonstrou que

toda dúvida sobre a proibição configura autêntico erro de proibição. Outro exemplo pode ser visto em **João Paulo Martinelli** e **Leonardo Schmitt de Bem** (2021, p. 832), que também subscrevem à proposta de **Leite**, afirmando que a dúvida sobre a proibição é um dos problemas mais interessantes e menos estudados na matéria do erro e que, no estudo de tal problema, destaca-se a sua obra. A boa recepção é absolutamente justa, uma vez que se trata de um trabalho que empurra a matéria do erro para um tratamento em maior conformidade com um Estado de Direito, o que, por si só, já torna a sua aceitação necessária.

Ocorre que qualquer mudança em uma categoria do delito pode gerar ruídos em outras e nesse caso não é diferente. Mais especificamente: após a aceitação da proposta de **Leite** no âmbito da consciência da ilicitude, quais são os efeitos no âmbito da consciência referente ao dolo? De uma forma geral, pode-se olhar para o erro de proibição da seguinte forma: o erro de proibição inevitável ocorre quando o sujeito não tinha a possibilidade de conhecer a ilicitude da conduta – falta conhecimento potencial da proibição; o erro de proibição evitável ocorre quando o sujeito tinha a possibilidade de conhecer a ilicitude da conduta, porém, não a conhecia – há conhecimento potencial, mas falta conhecimento efetivo da proibição; a inexistência de erro de proibição ocorre quando o sujeito conhece a ilicitude da conduta – há conhecimento efetivo da proibição. A proposta de **Leite** é no sentido de que a dúvida acerca da proibição constitui erro de proibição. Isto quer dizer que a falta de certeza acerca da ilicitude exclui o conhecimento efetivo dela. Nesse cenário, trocando-se o objeto dogmático “ilicitude” pelo objeto dogmático “elementos objetivos do tipo”, pode-se dizer, igualmente, que a falta de certeza acerca de qualquer elemento objetivo do tipo exclui o conhecimento efetivo dele e, portanto, exclui o dolo?

Desde ao menos **Platzgummer**, é sabido que a consciência é uma grandeza variável, devendo-se aceitar, para a afirmação do dolo, formas menos intensas de atenção e consciência (MARTELETO FILHO, 2019, p. 428). Assim, para o dolo, não é sempre necessário que o sujeito tenha prestado plena atenção, que tenha feito uma profunda reflexão ou mesmo que tenha plena certeza sobre todos os elementos objetivos do tipo. Portanto, a resposta à pergunta do parágrafo anterior é negativa: a falta de certeza acerca de um elemento do tipo não conduz, necessariamente, à exclusão do dolo.

Veja-se que os dois autores já citados, que subscrevem a proposta de **Leite**, parecem concordar que o dolo não exige plena certeza dos elementos objetivos do tipo. **Martinelli** e **Schmitt de Bem** (2021, p. 620) afirmam, na esteira da tese de doutorado de **Guilherme Lucchesi** (2017), que parte dos casos em que os tribunais pátrios aplicam a cegueira deliberada seria correspondente ao dolo eventual, enquanto outra parte seria uma ampliação indevida do alcance do tipo penal – punição da culpa como dolo. Considerando que a cegueira deliberada foi desenvolvida para punir os agentes que deliberadamente evitaram a sua certeza acerca de um fato,¹ pode-se dizer que os autores, ao afirmarem que parte desses casos é compatível com o dolo eventual, entendem que o dolo não necessita sempre de certeza. **Cirino dos Santos** (2018, p. 161-162), por sua vez, fala expressamente sobre a intensidade da representação dos elementos do tipo, satisfazendo-se com níveis mais baixos em alguns casos, como nos de coconsciência. Assim, parece que o autor concorda com a premissa de que a consciência é uma grandeza variável e de que níveis mais baixos de intensidade da representação, como algo menor do que a certeza plena, podem ser suficientes para a afirmação do dolo.

Aliás, negar o dolo na inexistência de certeza geraria uma larga inviabilidade do dolo eventual. Conforme **Zaffaroni** e **Pierangeli** (2019, p. 447), os casos mais comuns de dolo eventual ocorrem

quando o sujeito não conhece com certeza a existência dos elementos requeridos pelo tipo objetivo – dúvida –, mas ainda assim age, aceitando a possibilidade da existência deles. Aquele que incendeia um campo para resgatar um seguro sabendo que ali mora uma família, ainda que não tenha certeza de que a família está em casa no momento e, portanto, não tenha certeza de que está matando alguém, ainda assim age com dolo eventual.

É nesse quadro que se coloca a questão: no âmbito da consciência dos elementos do tipo, tem-se que a dúvida não exclui o conhecimento efetivo; no âmbito da consciência proibição, porém, ao se aceitar a proposta de **Leite**, tem-se que a dúvida sempre exclui o conhecimento efetivo. Vê-se, assim, que o próprio conceito de conhecimento variaria conforme a categoria do crime, de modo que, no âmbito do tipo, o conhecimento efetivo seria compatível com a dúvida, ao passo que, no âmbito da proibição, não seria.

Alaor Leite tenta resolver a questão a partir da separação entre injusto e culpabilidade. O que se faz no plano do injusto é delimitar esferas de liberdade e a mera possibilidade de lesionar outrem já é uma boa razão para renunciar ao projeto de comportamento, delimitando-se a liberdade de atuação nesses casos. Já na culpabilidade, verifica-se se o autor individual merece pena, momento em que o injusto já está confirmado. Isso implica no seguinte: ao se permitir que a dúvida sobre os elementos do tipo seja equiparável ao erro de tipo, caso o erro seja inevitável – excludente da tipicidade –, imputa-se à vítima um dever de tolerância e inviabiliza-se a sua legítima defesa; por outro lado, a absolvição do autor em dúvida sobre a ilicitude por erro de proibição não deixa a vítima desprotegida, uma vez que não instaura nenhum dever de tolerância, permitindo a legítima defesa. A diferença se justificaria, portanto, pelo dever de renunciar ao comportamento ante a possibilidade de lesão de outrem e pela necessidade de proteção de vítima (LEITE, 2013, p. 91). A conclusão dessa resolução consta, sinteticamente, na apresentação que **Leite** faz da 2ª edição do livro: “[...] a dúvida no plano do dolo é, em princípio, dolo eventual e não erro de tipo, ao contrário da dúvida sobre a proibição, que, a meu ver, é caso de erro de proibição.” (LEITE, 2014, p. XXII).

É bem verdade que injusto e culpabilidade estão em planos diversos e que a questão merece soluções que vão além de analogias rasas. Porém, isso não significa permitir uma larga incoerência sistemática, como se conhecimento no âmbito do dolo fosse um conceito e conhecimento no âmbito da culpabilidade fosse outro, completamente diferente. Conhecimento é conhecimento, seja ele referido aos elementos do tipo ou à ilicitude. A implicação de que conhecer, para a tipicidade, não exigiria certeza enquanto, para a culpabilidade, exigiria, efetivamente é um problema. Sem uma boa justificativa para essa diferença, está-se diante de uma inconsistência no sistema. É para resolver isso que vem a resolução de **Leite**.

Tal resolução, porém, não parece ser a mais adequada. Primeiramente, a afirmação de que a vítima não pode se defender legitimamente de alguém que atua em erro de tipo é correta, pois a legítima defesa exige a atuação injusta do agressor. Porém, afirmar a partir disso que a vítima ficaria desamparada já não parece mais estar tão correto – a vítima poderia se valer do estado de necessidade defensivo, que não exige uma ação injusta do agressor, bastando a existência do perigo. Portanto, ainda que excluída a legítima defesa, a vítima pode ter a sua atuação igualmente justificada pelo estado de necessidade, não ficando desamparada. Assim, vê-se que a alegada desproteção da vítima não pode fundamentar a diferença pois a vítima que pode se valer do estado de necessidade está tão protegida quanto aquela que pode se valer da legítima defesa.

Entretanto, mesmo que a vítima só tivesse a legítima defesa à sua disposição, afirmar o dolo unicamente devido a uma necessidade protetiva da vítima parece abrir a porta para uma intervenção

excessiva. Perceba-se que nenhum erro de tipo está sujeito à legítima defesa, de modo que, levado ao extremo, esse argumento excluiria todo e qualquer erro de tipo, já que afirmá-lo deixaria a vítima desprotegida. E é exatamente para evitar que o argumento se estenda até aí que **Leite** introduz a consideração da possibilidade de lesão a bem jurídico – conhecer tal possibilidade já seria motivo suficiente para abdicar da ação. Assim, a necessidade protetiva não excluiria o erro de tipo em todos os casos, mas somente naqueles em que o autor conhecia a possibilidade de lesão. Com tal argumento, porém, **Leite** acaba entrando em um conflito de coerência: ele foca demais nos casos em que, *ex post*, o bem jurídico foi efetivamente lesado e pouco nos casos em que a lesão, apesar de prevista como possível, não se produziria e o sujeito estaria em pleno exercício de liberdade, que foi exatamente o que ele flagrou criticamente na doutrina dominante em relação ao erro de proibição.

Em face disso, o presente trabalho desenvolve uma justificativa alternativa para que tal diferença não seja vista como uma incoerência. Seja no dolo ou na consciência da ilicitude, o grande problema que se origina em admitir, para o conhecimento efetivo, menos do que a certeza é quantitativo: se não é exigida plena segurança no conhecimento, quão seguro, então, deve ser tal conhecimento para se poder falar em um conhecimento efetivo? Ocorre que, no âmbito do dolo, há um ponto de referência bastante satisfatório para orientar a resposta a tal pergunta, qual seja, o domínio sobre a realização do fato.

Luís Greco (2009, p. 891-892; 895) já propunha isso em uma perspectiva normativo-atributiva de dolo.² Conforme o autor, o que marca a diferença entre o dolo e a culpa é o domínio sobre a realização do fato. Aquele que sabe o que faz e o que pode decorrer do seu agir controla, em um certo sentido, aquilo que faz e o que pode decorrer do seu fazer. O agente que dispõe desse domínio, portanto, detém nas mãos o poder de decidir que curso a ação tomará, tendo também mais responsabilidade pela prática dessa ação do que aquele que não tinha o mesmo poder em mãos. Por isso, quem não domina o fato deve responder por culpa enquanto aquele que domina a realização do fato deve responder por dolo. Nesse cenário, para haver dolo, deve haver tanto conhecimento quanto necessário para que o agente domine a realização do fato.

É possível extrair uma conclusão similar, mas a partir de fundamentos diversos, da obra de **Juarez Tavares** (2018, p. 261-264), adotando um conceito psicológico-descritivo de dolo. Conforme o autor, o

que marca a diferença entre o dolo e a culpa também é o domínio dos fatos, porém, tal domínio não se situa no conhecimento, e sim na vontade – o sujeito só controla os fatos quando volitivamente os dirige. É a vontade consciente que domina a causalidade. A partir disso, pode-se dizer que o conhecimento efetivo é aquele conhecimento suficiente para que o sujeito possa dominar a realização do fato, ou seja, para que a vontade possa se orientar e dominar os meios causais em direção à finalidade.

Assim, seja a partir de um conceito atributivo-normativo ou psicológico-descritivo de dolo, há um ponto de referência bastante forte para determinar quanto conhecimento é necessário para se falar em conhecimento efetivo: esse é o conhecimento suficiente para permitir ao sujeito o domínio sobre a realização do fato. É isso que permite ao dolo não exigir uma certeza plena para o conhecimento efetivo, um ponto de referência satisfatório e coerente. A partir do momento em que a linha divisória entre dolo e culpa está vinculada ao domínio, pode-se dizer que conhece efetivamente, fazendo jus ao reconhecimento do dolo, quem conhece o suficiente para dominar. Logo, se a dúvida deixa intacta a possibilidade de dominar a realização do fato, há conhecimento efetivo, apesar da dúvida.

No âmbito da proibição, porém, não há um ponto de referência desse tipo. Quanto de conhecimento seria necessário para se falar que alguém conhece efetivamente a proibição? Não há qualquer conceito seguro que oriente na resposta a essa pergunta. Em tal cenário, não se pode permitir à consciência da proibição, tal qual se permite à consciência dos elementos do tipo, uma exigência menor do que a certeza. Se não é possível dizer quanto conhecimento seria suficiente para o conhecimento efetivo da proibição, então a falta de certeza realmente deveria excluir o conhecimento efetivo da proibição.

A partir disso, a tese de **Leite** – de que a dúvida sobre a proibição constitui erro de proibição – pode ser afirmada sem que se entre em uma incoerência sistemática relativa ao conhecimento no dolo. Nesse, a consciência eventual opera para excluir o erro de tipo, mas na consciência da ilicitude, ela confirma o erro de proibição, diferença justificada pelo argumento de que, no dolo, há um parâmetro claro para orientar o *quantum* de conhecimento necessário – domínio sobre a realização do fato –, parâmetro inexistente para a consciência da ilicitude. Eis a pequena contribuição que este trabalho pretende dar para, concordando com a tese de **Leite**, oferecer um novo argumento sistemático em seu favor.

Notas

¹ De forma mais detalhada, tem-se que a cegueira deliberada foi desenvolvida para, naqueles crimes (*offenses*) que exigem conhecimento (*knowledge*), punir o autor que deliberadamente evitou o seu conhecimento do fato como se tivesse o conhecido. O conhecimento no sistema anglo-americano, por sua vez, é incompatível com a dúvida – se há dúvida, não há *knowledge*. Veja-se, detalhadamente, em Robbins

(1990). Assim, ao afirmarem que parte desses casos, em que não há certeza dos fatos, é compatível com o dolo eventual, entende-se que os autores estão concordando que o dolo não exige necessariamente certeza dos fatos.

² O presente trabalho não se filia a esse conceito normativo-atributivo de dolo, e sim a um conceito psicológico-descritivo de dolo.

Referências

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal*: parte geral. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

GRECO, Luís. Dolo sem vontade. In: D'ALMEIDA, Luís Duarte et al. (orgs.). *Liber amicorum de José de Sousa Brito em comemoração do 70º aniversário*: estudos de direito e filosofia. Coimbra: Almedina, 2009.

LEITE, Alaor. *Dúvida e erro sobre a proibição no Direito Penal*: a atuação nos limites entre o permitido e o proibido. São Paulo: Atlas, 2013.

LEITE, Alaor. Apresentação à 2ª edição. In: LEITE, Alaor. *Dúvida e erro sobre a proibição no Direito Penal*: a atuação nos limites entre o permitido e o proibido. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

LUCCHESI, Guilherme Brenner. *A punição da culpa a título de dolo*: o problema da chamada "cegueira deliberada". 2017. 366 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017.

MARTELETO FILHO, Wagner. *O problema do desconhecimento no dolo*: os dois planos

de normatização do elemento intelectual, com particular aplicação ao erro e aos desvios dos processos causais. 2019. 618 f. Tese (Doutorado em Ciências Jurídico-Criminais) – Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2019.

MARTINELLI, João Paulo Orsini; BEM, Leonardo Schmitt de. *Direito penal*: lições fundamentais – parte geral. 6. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021.

ROBBINS, Ira P. The ostrich instruction: deliberate ignorance as a criminal *mens rea*. *Journal of Criminal Law & Criminology*, Chicago, v. 81, n. 2, p. 191-234, 1990.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Observaciones sobre el conocimiento eventual de la antijuricidad. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Madrid, v. 40, n. 3, p. 647-663, set./dez. 1987.

TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro*: parte geral. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

Recebido em: 06.10.2022 - Aprovado em: 22.12.2022 - Versão final: 03.02.2023

A CADEIA DE CUSTÓDIA DAS PROVAS COLHIDAS EM APARELHOS MÓVEIS DE GRAVAÇÃO

THE CHAIN OF CUSTODY OF EVIDENCE COLLECTED ON MOBILE RECORDING DEVICES

Lurã Azevedo de Oliveira

Graduando em Direito.

Link Lattes: <https://lattes.cnpq.br/1419124350597285>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6433-5569>

lura0oliveira@gmail.com

Lucas Ariei Bezerra Medina

Mestrando em Criminologia pela USP. Pós-graduado em Direito Penal e

Criminologia pelo Instituto de Criminologia e Política Criminal (ICPC). Advogado.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4620259090953642>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7706-6169>

lucas@fabriziofeliciano.adv.br

Fabrizio Antônio de Araújo Feliciano

Graduado em Direito pela Universidade Federal de Campina Grande - UFCG. Advogado.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8353322528729825>

ORCID: <https://orcid.org/000000-0002-1374-0521>

fabrizio@fabriziofeliciano.adv.br

Resumo: O presente trabalho pretende refletir sobre as especificidades da cadeia de custódia da prova digital. Ao longo do texto, será abordado de que forma as disposições sobre a cadeia de custódia da prova, incluídas pela Lei 13.964, de 2019, apesar de insuficientes, podem ser utilizadas para garantir a legitimidade do uso de provas obtidas por meio de dispositivos eletrônicos. Para isso, serão analisadas práticas e recomendações forenses relacionadas à colheita de provas não analógicas. Por fim, serão definidas as consequências de uma incorreta observação da custódia, argumentando pela necessidade de se reconhecer e declarar a ilicitude probatória, desentranhando-a dos autos, incluindo tudo que dela resultou.

Palavras-chave: Cadeia de custódia; Prova digital; Prova ilícita.

Abstract: The present work intends to reflect on the specifics of the chain of custody in digital evidence. Throughout the text, it will be discussed how the chain of custody of evidence included by Law 13.964, of 2019, although insufficient, can be used to guarantee the legitimacy of the use of evidence obtained through electronic devices. For this, forensic practices and recommendations related to the collection of non-analog evidence will be analyzed. Finally, the consequences of an incorrect observation of the custody will be defined, arguing for the need to recognize and declare the evidence as illicit and remove it from the records, including everything that resulted from it.

Keywords: Chain of custody; Digital evidence; Illicit evidence.

1. Introdução

A cadeia de custódia foi inserida expressamente no ordenamento jurídico a partir do advento da Lei 13.964/2019, que a conceitua, no novel art. 158-A do Código de Processo Penal (CPP), como: "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" (BRASIL, 2019). O preceito impõe deveres estatais para garantir a confiabilidade da prova, especialmente quando produzida fora do âmbito judicial.

Entretanto, apesar de dispositivos proveitosos e em diálogo com a doutrina especializada, as especificidades das provas digitais foram negligenciadas pelo legislador, sendo necessário esforço dos intérpretes para aproveitar a norma em relação a elas. Neste artigo, pretende-se contribuir para o tema indicando de que forma a legislação ora vigente pode ser interpretada para provas não analógicas a fim de zelar pela confiabilidade de provas colhidas mediante aparelhos eletrônicos.

Sem pretensão de esgotar o tema, este trabalho utilizará a metodologia de revisão de literatura e da legislação, bem como o

estudo de casos da jurisprudência dos tribunais superiores acerca do tema e, ainda, recomendações de técnicos forenses para o adequado tratamento da evidência digital. O método de análise é o dedutivo, uma vez que o trabalho parte das normas gerais para interpretar problema concreto.

2. Da construção legal sobre a cadeia de custódia da prova a partir da Lei 13.964/2019

Em um estado constitucional, a busca pela verdade não pode se dar a qualquer custo, devendo, por isso, seguir critérios que garantam o respeito aos direitos fundamentais dos imputados. Mesmo evidências que supostamente elucidem fatos controversos, jamais poderão ser aceitas para condenar (a prova ilícita pode ser usada para absolver)¹ caso a prova seja ilícita ou obtida por meios ilícitos, construção jurídica que deve ser vista como garantidora do devido processo legal e, portanto, como fruto de desenvolvimento civilizatório (BADARÓ, 2019).

Há muito discutida como necessária pela doutrina nacional, as regras sobre a cadeia de custódia da prova foram positivadas com a Lei 13.964/2019, objetivando: a) legitimidade da prova obtida para além da subjetividade dos agentes estatais; b) certificar-se de que não houve alteração das características da prova, a fim de incriminar ou inocentar um investigado; c) assegurar a “mesmidade” “segundo a qual se deve garantir que a prova avaliada pelo juiz seja “exatamente e integralmente aquela que foi colhida, correspondendo portanto “a mesma”, e a “desconfiança da prova”, que requer a possibilidade de a prova ser “acreditada”, isto é, de ser “submetida a um procedimento que demonstre que tais objetos correspondem ao que a parte alega ser” (LOPES JR., 2020, p. 657, e-book).

Nesse sentido, a cadeia de custódia compreende o correto tratamento dos vestígios nas etapas de: a) reconhecimento; b) isolamento; c) fixação; d) coleta; e) acondicionamento; f) transporte; g) recebimento; h) processamento; i) armazenamento; e j) descarte (BRASIL, 2019).

A consequência da violação à cadeia de custódia segue, contudo, controversa. Por um lado, defende-se que a violação à cadeia de custódia deve apenas implicar análise, no caso concreto, sobre o nível de comprometimento probatório. Nessa visão, quanto maior o prejuízo gerado para o acusado, menor o valor probatório que a evidência pode ter, a ponto de ser considerada totalmente imprestável (BADARÓ, 2021).

De outro ponto de vista, **Geraldo Prado** argumenta que: “violada a cadeia de custódia do elemento probatório, não é mais possível assegurar a autenticidade da prova e sua integridade, sendo a prova inadmissível e, pois, insuscetível de exame de peso ou força probatória” (PRADO, 2021a, [n.p.]). Ou seja, maculada a cadeia de custódia, seria inevitável desentranhar a prova, na medida em que sua confiabilidade foi posta em dúvida, conseqüentemente a tudo que dela derivou, conforme o art. 157, *caput* e § 1º do CPP.

Toma-se esse ponto de vista por considerar que, de fato, violada a integridade de uma prova ou de seu meio de obtenção, resulta, no mínimo, duvidoso o uso de tais elementos.

2.1. Cadeia de custódia da prova digital

A correta catalogação das provas digitais² é de suma importância em razão da sua grande volatilidade (BADARÓ, 2021). A possibilidade de alteração do material que se coligirá posteriormente ao processo é real, seja por algum descuido por parte do órgão de investigação, seja por ação deliberada daquele que coleta a evidência, não raramente estimulado pelos benefícios da delação premiada.

Dito isso, quando se trata de evidências eletrônicas de um dispositivo móvel, existem duas cadeias de custódia diferentes: uma para o dispositivo físico (que pode ter modificadas suas formas de captação, transformando os sons captados, por exemplo) e outra para os dados coletados (que podem ser adulterados por programas de edição). Dessa forma, se o aparelho que contém as informações não for apreendido corretamente e a cadeia de custódia não for estabelecida no início, qualquer informação coletada estará prejudicada em sua confiabilidade (REIBER, 2019). Acerca da questão que aqui está sendo discutida, a análise de um certo dispositivo legal incluído pela Lei 13.964/2019 é bastante pertinente. Trata-se do artigo 158-B do Código de Processo Penal, que define as etapas que devem ser seguidas para a preservação da cadeia de custódia, em especial os incisos II, IV e VIII.

Nessas disposições legais é possível perceber a necessária preocupação com a manutenção das características físicas originais dos vestígios coletados. Todavia, a adequada cadeia de custódia da prova digital pressupõe igualmente a extensão desses procedimentos ao material lógico apreendido e ao dispositivo informático que o armazena; afinal, estão plenamente conectadas as funções física e lógica do equipamento eletrônico que capta a evidência. Mais adiante será tratado de maneira específica como o processo pode ser corretamente realizado na esfera física e lógica.

2.2. Cadeia de custódia do aparelho de gravação

Para estabelecer a legitimidade da prova recolhida por dispositivo de gravação, é necessária a perícia do aparelho para averiguar a integridade das informações e recuperar arquivos apagados ou fragmentos de arquivos incompletos (SYDOW, 2021, p. 198) – sempre pressupondo a cautela correta do equipamento físico. Dessa forma, em que pese a legislação existente não seja tão específica para com as peculiaridades da evidência digital, o procedimento é fundamental para descobrir se houve alguma alteração no material e deve ser realizado o quanto antes, pois as provas digitais são fortemente instáveis – o que as diferencia dos clássicos meios probatórios.

Com efeito, o art. 158-B, III, do CPP descreve a fixação como a: “descrição detalhada do vestígio conforme se encontra no local do crime ou no corpo de delito, e sua posição na área de exames” (BRASIL, 1941). Essa etapa da cadeia de custódia é fundamental para assegurar a legitimidade das provas digitais. Todavia, convém destacar singularidades dessas pretensas evidências em relação às provas convencionais. Essas tornam indispensável a posse e a análise do dispositivo gravador da informação, a qual se pretende prova. Como destaca **Spencer Toth Sydow**:

Na questão do reconhecimento e da fixação, a prova informática é diversa da física. Isso porque ela registra de um modo lógico

um comportamento, um fato ou uma informação. Registrar de modo lógico significa gravar na memória através de linguagem especial, incompreensível para um ser humano por conta de sua complexa extensão, mas que, pela velocidade de processamento de um dispositivo informático pode ser rapidamente traduzida para compreensão humana. Apenas um profissional adequadamente capacitado é capaz de fazer um reconhecimento efetivo e eficaz seguido de uma fixação técnica e de pouco questionamento (SYDOW, 2021, p. 198).

Portanto, a garantia da idoneidade do elemento colhido condiciona-se a essa perícia realizada por um profissional munido de conhecimento técnico para reconhecer possíveis alterações realizadas. Seu uso de maneira legítima no processo depende, portanto, desta etapa crucial a fim de garantir a prestabilidade, higidez e confiança da prova a ser usada em um processo criminal.

2.3. Cadeia de custódia da informação contida no aparelho de gravação

Além da análise do aparelho utilizado, o uso da função *hash* é fundamental para assegurar a integridade dos dados lógicos colhidos, periciados durante o manejo do dispositivo informático pelos órgãos investigatórios. Tal código ou função é, de maneira bem simplificada, gerado por um algoritmo utilizado para mapear dados e criar uma identificação única do arquivo periciado. Uma vez gerado o código, é criada uma "impressão digital" do arquivo, de forma que a mudança de um *bit* que seja resulta na geração de um novo código, garantido a lisura da evidência.

Esse procedimento é indispensável para deixar clara a exata correspondência entre os arquivos de mídia utilizados em juízo e os que correspondem aos captados no mundo físico. Ademais, sua utilização é aconselhada pelo Ministério da Justiça em recomendação de exame pericial de equipamento operacional portátil, realizado junto a profissionais de investigação forense (BRASIL, 2013).

Outrossim, as complexas necessidades da cadeia de custódia da evidência digital são mais bem definidas pela norma ABNT NBR ISO/IEC 27037:2013 (ABNT, 2013). Essa norma técnica, que tem por objetivo prescrever o adequado tratamento de evidências digitais, dentre outras coisas, descreve as informações que viabilizarão o respeito à cadeia de custódia: a) identificação por meio de função *hash* da evidência; b) quem a acessou e o tempo do local; c) quem checkou a evidência e quando isso ocorreu; e d) qualquer inevitável alteração da evidência digital.

Além disso, a disposição prevê os princípios da: i) auditabilidade: capacidade de se averiguar se o método pericial utilizado seguiu o método científico adequado; ii) repetibilidade: característica que indica que os mesmos resultados poderiam ser repetidos utilizando os mesmos procedimentos e na exata condição em que os técnicos se encontravam; iii) reprodutibilidade: os mesmos resultados poderiam ser produzidos usando instrumentos diversos; e iv) justificabilidade: justificativa do porquê dos métodos utilizados nas exatas condições e características da prova periciada. Seriam eles indispensáveis para a legítima obtenção de prova digital.

Com a legislação carente de normas adequadas para lidar com a distinta natureza das provas digitais, as diretrizes da Associação Brasileira de Normas Técnicas são bom norte para guiar as práticas forenses (OLIVEIRA, [s.d.]). Ademais, a legitimidade da prova assegurada pelos procedimentos descritos encontra eco no art. 7º do Estatuto da OAB (BRASIL, 1994), pois garante ao advogado o direito ao acesso e análise de todos os elementos da investigação.

Nesse sentido, em decisão de relatoria do Ministro Reynaldo Soares, divulgada no caderno de jurisprudência do Boletim IBCCRIM nº 349, a 5ª turma do STJ considerou indispensável o acesso do aparelho móvel de gravação apreendido e dos dados informáticos nele contidos à defesa, de modo a possibilitar o contraditório e, decorrência desta garantia, a sindicabilidade do elemento informativo. O relator destacou a imprescindibilidade da medida, mormente quando há notícias de possível adulteração da prova ou de exclusão de conteúdo

indispensável para a defesa.³

Essa preocupação quanto à integralidade probatória da evidência digital pautou a bem-vinda inovação apresentada em parecer no bojo do PL 8.045/2010, projeto de Código de Processo Penal com grandes perspectivas de ser aprovado no ano de 2023. O parecer de relatoria do Dep. João Campos (PRB/GO), prevê o espelhamento das informações contidas no dispositivo eletrônico copiando a totalidade dos arquivos da qual se retirará: "o máximo de metadados e a descrição completa de procedimentos, datas, horários ou outras circunstâncias de contexto aplicáveis" (BRASIL, 2010). O texto também garante a não apreensão dos dispositivos continentais da informação, salvo quando for absolutamente necessário. Tal previsão reflete reivindicação doutrinária, na medida em que, após perícia da sua unidade física, possa ser devolvida ao proprietário (PRADO, 2021b, p. 198).

"COM A LEGISLAÇÃO CARENTE DE NORMAS ADEQUADAS PARA LIDAR COM A DISTINTA NATUREZA DAS PROVAS DIGITAIS, AS DIRETRIZES DA ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS SÃO BOM NORTE PARA GUIAR AS PRÁTICAS FORENSES"

3. Efeitos da inobservância da cadeia de custódia

À guisa de exemplo, aplicando as elaborações acima expostas, tome-se o caso hipotético em que alguém com interesse de realizar valioso negócio jurídico processual, como uma delação premiada, realize uma escuta ambiental para oferecer ao Ministério Público em troca do acordo de colaboração.

Caso ele apresente as gravações, deve-se periciar o dispositivo informático utilizado, identificando todos os agentes supostamente presentes nas gravações e o momento em que eles tiveram contato com o pretense colaborador. Esse procedimento é necessário tanto para que um profissional capacitado possa averiguar se arquivos tenham sido apagados do dispositivo pelo delator, bem como para possibilitar a ampla compreensão do contexto, no qual pode haver informações que, em sua integridade, possam servir ao pleito absolutório.

Além disso, adotada essa diligência, faz-se necessária a auditabilidade dos dados recolhidos para assegurar que não houve qualquer alteração das características da prova durante seu manejo, mediante a utilização de ferramentas que garantam a correspondência da prova coletada com a utilizada em um eventual processo criminal, como a função *hash*.

Desse modo, haverá a correta observância da cadeia de custódia da prova com as particularidades que exigem a evidência digital. Caso desse modo não se proceda, a prova não poderá ser utilizada para um juízo de condenação porque é impossível afirmar com certeza que: a) os elementos que foram apreendidos não foram adulterados conforme a conveniência do delator; e b) a informação obtida não foi modificada de maneira deliberada ou por descuido dos órgãos de investigação encarregados.

4. Considerações finais: a imprestabilidade da prova colhida em aparelho móvel que não tem assegurada a cadeia de custódia

A par de tudo quanto dito, demonstrou-se que o valor da evidência colhida por meio de dispositivo móvel fica comprometido pela não observância da cadeia de custódia do aparelho de que se tirou a informação lógica e da informação em si. Isso porque a possibilidade do direito ao contraditório e a ampla defesa restam afetados de forma insustentável.

Com efeito, a não observância da cadeia de custódia gera um grave prejuízo para a defesa, o que já seria mais do que suficiente para invalidá-la. Em verdade, também o próprio valor probatório é prejudicado.

Desse modo, como bem destaca **Geraldo Prado** (2021b, p. 209), há um prejuízo à capacidade da prova de representação da realidade, pois violado o contraditório. Assim, a ausência de algum dos elementos que assegurem os valores previstos pela Norma ISO/IEC 27037:2013, quais sejam: a) auditabilidade; b) repetibilidade, c) reprodutibilidade; e d) justificabilidade, torna a prova ilícita, pois é violado o princípio da ampla defesa, gerando uma desconfiança acerca do elemento de prova produzido e prejudicando os princípios da mesmidade e da desconfiança, que incidem sobre o regramento da cadeia de custódia.

Dessa forma, entende-se que as provas e tudo o que delas derivou devem ser desentranhados dos autos. Não há que se falar em menor valor epistêmico de prova porque, principalmente em relação às provas digitais, o dano à cadeia de custódia destrói, por si só, a necessária confiabilidade plena no elemento produzido, o que faz o processo conviver com a possibilidade de condenação baseada em prova duvidosa, flagrante atentado à presunção de inocência.

Notas

¹ HC 186.797/RJ, Rel. Ministro Celso de Mello.

² Por prova digital, entendem-se: "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" (VAZ, 2012, p. 63).

³ RHC 74.665, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, quinta turma, julgado em 06/12/2016, DJe 15/12/2016.

Referências

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS (ABNT). *NBR ISO/IEC 27037*: Diretrizes para identificação, coleta, aquisição e preservação de evidência digital. Rio de Janeiro, 2013. Disponível em: <https://www.abntcatalogo.com.br/norma.aspx?ID=307273>. Acesso em: 10 mar. 2022.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia judiciária e prova penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

BADARÓ, Gustavo Henrique. Standard metodológicos na produção de prova digital e a importância da cadeia de custódia. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 29, ed. 343, jun. 2021. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/exibir/747>. Acesso em: 15 jul. 2021.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 13 out. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 30 jan. 2022.

BRASIL. Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 5 jul. 1994. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm. Acesso em: 25 nov. 2022.

BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 24 dez. 2019. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13964.htm. Acesso em: 18 dez. 2022.

BRASIL. Projeto de Lei nº 8.045, de 22 de dezembro de 2010. Ementa do Código Penal. Revoga o Decreto-lei nº 3.689, de 1941. [...] Reforma o Código de Processo Penal. 2010. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>. Acesso em: 18 ago. 2022.

BRASIL. Secretaria Nacional de Segurança Pública. *Procedimento operacional padrão: perícia criminal*. Brasília: Ministério da Justiça, 2013. Disponível em: https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/sua-seguranca/seguranca-publica/analise-e-pesquisa/download/pop/procedimento_operacional_padrao-pericia_criminal.pdf. Acesso em: 18 dez. 2022.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*: único. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

OLIVEIRA, Vinicius Machado de. ISO 27037: Identificação coleta aquisição e preservação de evidência. *Academia de Forense Digital*, [s.d.]. Disponível em: <https://academiadeforensedigital.com.br/iso-27037-identificacao-coleta-aquisicao-e-preservacao-de-evidencia>. Acesso em: 14 jul. 2021.

PRADO, Geraldo. Breves notas sobre o fundamento constitucional da cadeia de custódia da prova digital. *Geraldo Prado*: Consultoria Jurídica, São Paulo, 2021a. Disponível em: <https://geraldoprado.com.br/artigos/breves-notas-sobre-o-fundamento-constitucional-da-cadeia-de-custodia-da-prova-digital>. Acesso em: 9 jul. 2021.

PRADO, Geraldo. *A cadeia de custódia da prova no processo penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2021b.

REIBER, Lee. *Mobile forensic investigations: a guide to evidence collection, analysis, and presentation*. 2. ed. New York: McGraw-Hill Education, 2019. ISBN 978-1-26-013509-1.

SYDOW, Spancer Toth. *Curso de Direito Penal informático*: parte geral e especial. 2. ed. rev. e atual. Salvador: Jusprovim, 2021.

VAZ, Denise Provasi. *Provas digitais no processo penal: formulação do conceito, definição das características e sistematização do procedimento probatório*. 2012. 198 f. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

Recebido em: 02.09.2022 - Aprovado em: 22.11.2022 - Versão final: 21.12.2022

CRIMINALIZAÇÃO DE *FAKE NEWS*: APONTAMENTOS DESDE A EXPERIÊNCIA ALEMÃ

CRIMINALIZATION OF *FAKE NEWS*: NOTES FROM THE GERMAN EXPERIENCE

Raphael Boldt

Pós-Doutor em Direito Penal pela Goethe-Universität/Frankfurt am Main e em Criminologia pela Universität Hamburg, ambos com bolsa DAAD. Doutor em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV), com estágio doutoral na Goethe-Universität/Frankfurt am Main.

Professor nos cursos de Graduação e Pós-Graduação (Mestrado e Doutorado) da FDV. Advogado.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7059830980608621>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1625-9856>

raphaelboldt@hotmail.com

Resumo: O grande desafio trazido pela proliferação aparentemente incontrolável de discursos de ódio e *fake news* no ambiente virtual é encontrar soluções apropriadas à instantaneidade da era digital, e não meras transposições de técnicas de aplicação do Direito que tem origem no paradigma analógico. A partir da noção de crítica reconstrutiva como base metodológica, o artigo pretende analisar a experiência alemã no que diz respeito à regulamentação e ao controle de *fake news* e responder às seguintes questões norteadoras: quais as medidas adotadas pela Alemanha para lidar com a disseminação de notícias falsas na internet e em que medida tal modelo pode servir de inspiração para o debate sobre a criminalização de *fake news* no Brasil?

Palavras-chave: Direito Penal; *Fake News*; Criminalização; Alemanha; Regulação.

Abstract: The great challenge brought about by the apparently uncontrollable proliferation of hate speech and fake news in the virtual environment is to find appropriate solutions to the instantaneousness of the digital age, and not mere transpositions of law enforcement techniques that originate in the analog paradigm. Based on the notion of reconstructive criticism as a methodological basis, the work intends to analyze the German experience with regard to the regulation and control of fake news and answer the following guiding questions: What are the measures adopted by Germany to deal with the dissemination of fake news on the internet and to what extent can such a model serve as an inspiration for the debate on the criminalization of fake news in Brazil?

Keywords: Criminal Law; Fake News; Criminalization; Germany; Regulation.

O fenômeno das *fake news* tem sido objeto de discussões constantes na política e na mídia desde a campanha presidencial de Donald Trump nos Estados Unidos (ALLCOT; GENTZKOW, 2017). No entanto, a divulgação de notícias falsas tem uma longa tradição. Em 1870, a publicação do "Emser Depesche", documento deliberadamente falsificado por Otto von Bismarck, desencadeou tensões entre a Alemanha e a França e levou os dois países à guerra. Embora a produção e a divulgação de notícias falsas não seja algo novo, as formas e o alcance de sua comunicação atingiram patamares inéditos. Se por um lado o acesso irrestrito à publicidade rompe com os limites do passado e possibilita uma resistência crítica, especialmente em sistemas antidemocráticos, por outro, com a eliminação das instâncias intermediárias de controle da comunicação, também foram excluídos os filtros qualitativos que garantem uma revisão ética e profissional das notícias. Assim, deliberadamente ou não, as notícias falsas (*fake news*) chegam às redes sociais sem entraves, são compartilhadas e se transformam em verdades aparentes por meio da divulgação de um grande número usuários. Os riscos inerentes à disseminação de *fake news* se tornam ainda maiores devido à mudança no comportamento de recepção dos consumidores de notícias: segundo um estudo de 2014, dois terços dos usuários com menos de 30 anos confiam nas redes sociais como fonte de informação (67%) (VAN EIMEREN, 2015, p. 2-3).

No Brasil há atualmente inúmeros projetos de lei em tramitação no Congresso que, entre outros assuntos, versam sobre a criminalização de *fake news*. Entre eles está o Projeto de Lei 3.813/2021, oriundo da chamada "CPI da Pandemia", que propõe alterar o Código Penal para criminalizar a criação e a divulgação de notícias falsas, especialmente em casos envolvendo a saúde pública.¹ Esse é apenas um dos diversos projetos que pretendem responsabilizar criminalmente autores de notícias falsas na internet. Aliás, na tentativa de reduzir os danos decorrentes da disseminação de *fake news* nas eleições de 2022, a Lei 14.192/2021 alterou a redação do Art. 323 do Código Eleitoral (Lei 4.737/1965), punindo a divulgação, na propaganda eleitoral ou durante o período de campanha, de "fatos inverídicos".²

No que diz respeito à experiência alemã, a criminalização da disseminação de *fake news* é um tema que tem sido amplamente discutido e desperta inúmeras divergências. Enquanto alguns sustentam que o Direito Penal alemão não tem instrumentos suficientes para reagir ao fenômeno, principalmente nas plataformas digitais, e alegam que em uma sociedade liberal e pluralista os fundamentos do direito à liberdade de expressão e a verdade no discurso político também devem ser penalmente protegidos (HOVEN, 2017), outros, um pouco mais céticos, entendem que é surpreendente verificar como a questão da proteção da verdade, que há muito definiu à margem do Direito Penal político, se tornou

tão atual como resultado do triunfo da internet (SCHÜNEMANN, 2019, p. 623).

Na esteira daqueles que recomendam a criação de um tipo penal para a divulgação de notícias falsas, **Hoven** assinala que há três conceitos regulatórios possíveis para a punição criminal de *fake news*: (1) uma responsabilidade penal amplamente incondicional por notícias falsas; (2) uma proibição qualificada de alegações factuais falsas, que perseguem fins políticos; e (3) adaptar as infrações penais existentes às condições da nova mídia (HOVEN, 2017, p. 738).

O que se vê atualmente na Alemanha é a opção por esta última concepção regulatória, com o recurso ao sistema repressivo se necessário, evitando-se, porém, a criação de novos tipos penais. Entre as possibilidades iniciais de tipificação da conduta estão os crimes contra a honra, especialmente os delitos previstos nos §§ 186 e 187 do Código Penal (*StGB*). Se o ato for cometido contra políticos por motivos relacionados à sua posição, tornando em razão disso o seu trabalho consideravelmente mais difícil, é aplicável o § 188 do Código.

A divulgação de notícias falsas também pode ser punida por intermédio do crime de "incitação ao ódio" (*Volksverhetzung*), nos termos do § 130, nº 1 ou nº 2, do Código Penal, cujo bem jurídico protegido não é a honra, mas a paz pública. Duas situações podem ser úteis para ilustrar os requisitos e limites da Seção 130 do Código Penal alemão: (1) o autor publica dados incorretos sobre a atividade criminosa de refugiados (exemplo: afirma que "95% dos refugiados são criminosos"); e (2) o autor menciona publicamente um crime grave supostamente cometido por refugiados, que de fato não ocorreu.³

Apesar da previsão legal de crimes contra a honra e do delito de incitação ao ódio no caso da disseminação de notícias falsas, o fenômeno das *fake news* tem levantado novas questões sobre a interpretação desses tipos penais. Durante os debates sobre a legislação aplicável às plataformas digitais, os serviços científicos do Parlamento Alemão, responsáveis por apoiar os membros do *Bundestag* em suas atividades relacionadas ao mandato, declararam que, ao longo da discussão sobre como lidar com notícias falsas nas redes sociais, várias sugestões foram apresentadas, entre elas o endurecimento da legislação penal, com o aumento de penas e a tipificação de uma conduta específica para a disseminação de *fake news*. Entretanto, no relatório publicado pelo mencionado

departamento científico do Parlamento, foram indicados os efeitos deletérios referentes ao tratamento penal de notícias falsas, quando se assinalou que o recrudescimento da lei penal não teria efeito sobre a dificuldade prática de identificar o infrator individual, autor de declarações feitas na internet.

Como resultado dos debates sobre a necessidade de estruturação da comunicação na internet e de medidas adequadas para a regulação das redes sociais, o legislador alemão optou pela criação da Lei para a Melhoria da Aplicação do Direito nas Redes Sociais (*Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken* ou *Netzwerkdurchsetzungsgesetz – NetzDG*), diploma normativo de natureza administrativa que faz menção aos tipos penais existentes, mas que não conduziu à criminalização de novas condutas. Apesar das críticas⁴ e dos pedidos de anulação da lei no Parlamento Alemão,⁵ a *NetzDG* tem sido considerada majoritariamente como uma legislação paradigmática sobre o tema,⁶ capaz de oferecer, no âmbito da autorregulação regulada e do Direito Administrativo, um caminho adequado para lidar com as novas demandas oriundas da digitalização.⁷

Se é necessário reconhecer que a disseminação de informações falsas é um fenômeno típico da comunicação moderna nas redes sociais, resta questionar se o Direito Penal deve levar em conta essa realidade e, eventualmente, impor exigências que podem ser consideradas irrealistas à comunicação em plataformas digitais. Ainda que alguns autores entendam que a divulgação de *fake news* não pode ser considerada como manifestação da liberdade de expressão, senão um ataque aos fundamentos da formação democrática da opinião (HOVEN, 2017, p. 744), a história do Direito Penal indica que enfrentar os desafios da era digital com os instrumentos jurídico-penais parece uma ideia pouco promissora.

O Direito moderno deve reagir ao fenômeno das notícias falsas e criar padrões que sejam adequados à comunicação nas redes sociais, o que não implica necessariamente na expansão do Direito Penal. Para tanto, a experiência de outros países, como é o caso da *NetzDG* na Alemanha, pode auxiliar o legislador brasileiro, estabelecendo paradigmas normativos que sejam mais criativos, eficientes e menos danosos aos direitos fundamentais, afinal, como lembra **Vesting**: "um novo modelo normativo para a esfera pública digital deve ser formulado de forma diferente".⁸

Notas

- ¹ O PL pretende inserir no Código Penal o Art. 288-B, com a seguinte redação: Criar ou divulgar notícia que sabe ser falsa para distorcer, alterar ou corromper gravemente a verdade sobre tema relacionado à saúde, à segurança, à economia ou a outro interesse público relevante: Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, se o fato não constitui crime mais grave.
- ² Art. 323. Divulgar, na propaganda eleitoral ou durante período de campanha eleitoral, fatos que sabe inverídicos em relação a partidos ou a candidatos e capazes de exercer influência perante o eleitorado. Pena – detenção de dois meses a um ano ou pagamento de 120 a 150 dias-multa. § 1º Nas mesmas penas incorre quem produz, oferece ou vende vídeo com conteúdo inverídico acerca de partidos ou candidatos.
- ³ Tal caso foi investigado pela polícia da Baviera. Uma postagem no Facebook informou sobre o suposto estupro de uma jovem de 17 anos por um refugiado. O Ministério Público investigou acusações de incitação ao ódio. Disponíveis em: <http://www.spiegel.de/netzwelt/web/fake-news-Investigations-against-55-jaehrige-wegen-erfundener-vrapigung-a-1129223.html>. Acesso em: 22 jan. 2023.

- ⁴ Para uma visão geral das principais críticas ao modelo regulatório da *NetzDG*: MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Fake News e as novas ameaças à liberdade de expressão*. In: ABOUD, Georges; NERY JR., Nelson; CAMPOS, Ricardo. *Fake News e regulação*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 242.
- ⁵ Requerimentos dos partidos AfD (BT-Drs. 19/81, FDV (BT-Drs. 19/204) e Die Linke (BT-Drs. 19/218).
- ⁶ EIFERT, Martin. A lei alemã para a melhoria da aplicação da lei nas redes sociais (*NetzDG*) e a regulação da plataforma. In: ABOUD, Georges; CAMPOS, Ricardo. *op. cit.*, p. 162.
- ⁷ Direito proceduralizado. In: ABOUD, Georges; CAMPOS, Ricardo. *op. cit.*, p. 126.
- ⁸ VESTING, Thomas. The impact of artificial intelligence on the structures of the modern public sphere. In: MORAIS, Carlos Blanco de; MENDES, Gilmar; VESTING, Thomas. *The rule of law in cyberspace*. Berlin: Springer, 2022. p. 161.

Referências

- ABOUD, Georges; NERY JR., Nelson; CAMPOS, Ricardo. *Fake News e regulação*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.
- ALLCOT, Hunt; GENTZKOW, Matthew. *Social Media and Fake News in the 2016 Election*. Working paper for the National Bureau of Economic Research, n. 23089, 2017. Disponível em: https://www.nber.org/system/files/working_papers/w23089/w23089.pdf. Acesso em: 23 jan. 2023.
- HOVEN, Elisa. Zur strafbarkeit von fake news: de lege lata und de lege ferenda. *ZStW*, v. 129, n. 3, 2017.
- MORAIS, Carlos Blanco de; MENDES, Gilmar; VESTING, Thomas. *The rule of law in cyberspace*. Berlin: Springer, 2022.
- SCHÜNEMANN, Bernd. Gefährden fake news die demokratie, wächst aber im strafrecht das rettende auch? *Goltdammer's archiv für strafrecht*, v. 166, n. 10, 2019.
- VAN EIMEREN, Birgit. Nachrichtenrezeption im internet. In: *Media Perspektiven* 1, 2015. Disponível em: https://www.ard-media.de/fileadmin/user_upload/media-perspektiven/pdf/2015/01-2015_Eimeren.pdf. Acesso em: 23 jan. 2023.

Recebido em: 22.01.2023 - Aprovado em: 13.02.2023 - Versão final: 18.02.2023



CANAL DE DENÚNCIA E A FIGURA DO *WHISTLEBLOWER*: A DENÚNCIA ANÔNIMA COMO FERRAMENTA EFETIVA DO PROGRAMA DE INTEGRIDADE

WHISTLEBLOWING HOTLINE AND THE FIGURE OF THE WHISTLEBLOWER: ANONYMOUS REPORT AS AN EFFECTIVE TOOL OF THE INTEGRITY PROGRAM

Pedro Henrique Hernandez Argentina

Pós-graduado em direito corporativo e *Compliance*, pela EPD. Advogado e Assistente de *Compliance*.

Link Lattes <http://lattes.cnpq.br/3328977634621892>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3654-1963>

pedro.sano@hotmail.com

Resumo: O presente trabalho visa abordar um dos mecanismos que sustentam um bom programa de integridade: os canais de denúncias. Com essa finalidade, analisa a realidade daqueles que fazem o uso do canal, os *whistleblowers*, que têm como função relatar uma prática ilícita, e, acompanhado desta denúncia, estão consequências como a possibilidade de retaliação e a famosa e popular rotulação de “dedo-duro”, chegando em alguns casos extremos a colocar em risco a sua carreira e vida. Para evitar os efeitos negativos que o uso do *hotline* pode causar e pôr em risco parte do fundamento da cultura do *compliance*, é importante que os canais de denúncia estejam previstos na modalidade anônima; ainda que não exista legislação específica que regularize os meios de implementação, pesquisas apontam que o formato de recebimento de denúncias de caráter sigiloso e anônimo tem sido a forma mais eficaz.

Palavras-chave: Programa de integridade; *Compliance*; Canal de denúncia; Lei anticorrupção.

Abstract: The objective is to discuss one of mechanisms supporting a good integrity program: whistleblowing hotline. To this end, it analyzes the reality of those who use the channel, the whistleblowers, whose function is to report an illicit practice, and, accompanied by this denunciation are consequences such as the possibility of retaliation and the famous and popular labeling of “whistleblower”, in some extreme cases even putting their career and life at risk. To avoid the negative effects that the use of the hotline can cause and put at risk part of the foundation of the compliance culture, it is important that the whistleblowing hotline are provided in the anonymous mode; although there is no specific legislation that regulates the means of implementation, research shows that the format for receiving confidential and anonymous reports has been the most effective way.

Keyword: Integrity program; Compliance; Hotline; Anti-corruption law.

1. Introdução

É comum que o programa de *compliance* surja de uma realidade catastrófica e desse momento de adversidade nasce a ideia de implementar um programa de integridade. Os autores **Silveira** e **Saad-Diniz** ressaltam que (2015, p. 142): “[...] em face de tantos escândalos econômicos recentes, tem-se visto uma tentativa por parte das empresas de evidenciar uma modalidade de regulação a fim de externalizar sua correção, visando, também, uma menor severidade judicial”.

O *compliance* tem função tríplice: prevenir, detectar e remediar. A ideia principal de um bom programa é prevenção dos eventuais problemas que podem ocorrer em uma empresa. Nos casos em que não seja possível a prevenção, a segunda etapa se concentrará em detectar a situação que esteja causando irregularidades para a empresa e, dessa forma, remediar especificamente o problema.

O termo *compliance* é originário do verbo *to comply*, significa estar em conformidade com algo. É a conformidade entre os parâmetros legais, éticos e morais que regem uma determinada organização.

A Lei brasileira 12.846/2013, a “Lei Anticorrupção”, foi resultado de um compilado de inspirações internacionais. Complementa **Araújo** (2016, p. 13) que: “a Lei 12.846/2013 é nitidamente influenciada pelo compromisso internacional assumido pelo Brasil de incluir a iniciativa privada como parceira do Estado no combate à corrupção”.

A lei anticorrupção brasileira traz então as ideias de um programa de

compliance sem denominá-lo como tal. No artigo 7º é elencado um rol de situações que serão levadas em consideração no momento de aplicação das sanções para as pessoas jurídicas condenadas com atos lesivos previstos nesta lei.

De acordo com o artigo supracitado, é possível analisar que a legislação descreve mecanismos que fazem parte e devem existir em um programa. O inciso VIII afirma: “a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de código de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica”.

A denominação “programa de integridade” apenas foi trazida no ordenamento jurídico brasileiro com o Decreto 8.420/2015, que regulamentava a Lei 12.846/2013, revogado pelo Decreto 11.129, de 2022. O artigo 41 trouxe de fato uma conceituação para o que seria programa de integridade, reforçando o objetivo do combate às práticas ilícitas e irregulares na esfera da pessoa jurídica.

No Brasil, algumas das formas de garantir essa efetividade estão elencados no artigo 57, do novo decreto, destaque para o inciso X: “canais de denúncia de irregularidades, abertos e amplamente divulgados a funcionários e terceiros, e de mecanismos destinados à proteção de denunciante de boa-fé”.

O *hotline* ou canal de denúncia como ferramenta do programa de integridade é essencial, tendo em vista que ele deve ser implementado como um meio de comunicação para que o denunciante de boa-fé, também conhecido como *whistleblower*,

relate alguma prática irregular que tenha percebido ou da qual tenha sido vítima. Para **Ballesteros Sánchez** (2020, p. 46): "*la introducción de sólidos canales de denuncia contribuye de forma directa en la mejora del marco de integridad o, si se prefiere, del sistema de public compliance de la institución; y, por el contrario, su inexistencia o débil implantación favorece el delito*".

2. O canal de denúncia como mecanismo do programa

Quando o assunto é *compliance*, cabe destacar que este deve ser considerado como um "organismo vivo", que deve ser atualizado sempre que necessário.

Não existe, portanto, um canal de denúncia que seja padrão. A existência de um *hotline* efetivo depende de um estudo em relação ao método que será mais eficiente no local em que será aplicado. De acordo com a Controladoria-Geral da União, em seu guia de implementação de programa de integridade nas empresas estatais (2015a, p. 72): "a empresa deve avaliar a necessidade de adotar diferentes meios para o recebimento de denúncias, como telefone, e-mail, internet ou entrega de formulários em papel".

Cada lugar precisa implementar o canal de denúncia de forma que seja condizente com a realidade do ambiente, aumentando a expectativa de utilização do meio implementado; muitas práticas irregulares são identificadas pelo uso desse mecanismo. Uma pesquisa realizada pela KPMG, intitulada Perfil do *Hotline* no Brasil, de 2020, com a participação de 60 empresas, aponta (p. 13-14) que 85% das empresas dispõem de um canal de denúncia implementado, sendo motivo mais apresentado como justificativa: "a formalização ou implementação do programa de *compliance*/integridade". Em contrapartida, o motivo com maior destaque para os 15% que não têm o canal é: "baixa percepção de valor ao negócio e pelos executivos". Todavia, destacam **Saad-Diniz e Marin** (2021, p. 83), que: "as poucas pesquisas realizadas na área, ainda que produzidas no setor privado, dão conta da baixa maturidade do WB no ambiente empresarial brasileiro".

Para que o uso do canal de denúncia corresponda às expectativas é importante que ele seja divulgado e sua utilização incentivada. De acordo com os resultados da pesquisa realizada pela *Association of Certified Fraud Examiners* (ACFE), em seu último estudo global sobre fraudes ocupacionais de 2020, o *Report to the Nations*, o uso de canais de denúncia aumentou de forma notável desde o ano de 2010; e as três formas de *hotlines* mais utilizadas são telefones exclusivos, e-mails e um website com uma plataforma específica.

Para **Ruivo e Pires** (2020, p. 50): "o regular funcionamento do canal de denúncias é um dos elementos de verificação da efetividade do programa de *compliance* em defesa da corporação".

O canal de denúncia deve ser um meio de comunicação acessível, permitindo que não somente os funcionários possam utilizar do mecanismo, mas também terceiros que não fazem parte do núcleo interno, os *stakeholders*. Os *hotlines* podem ser considerados como uma ferramenta relacionada à detecção dos atos irregulares. Para que seu funcionamento tenha êxito, é necessário que sua cultura seja implementada e divulgada para que as pessoas façam o uso do mecanismo.

2.1. A figura do whistleblower no cenário do compliance

Ao abordar sobre canal de denúncia, a figura do *whistleblower* merece destaque. O termo em inglês, pode ser interpretado como a pessoa que faz o uso do canal de denúncia para relatar um ato irregular, seja um funcionário ou um terceiro, que é o denunciante. Ainda de acordo com **Ruivo e Pires** (2020, p. 44): "o termo inglês *whistleblowing* significa literal e originariamente o 'assopro do apito', ou seja, o aviso sonoro que alerta sobre a conduta negativa de terceiro".

Destaca-se o *whistleblower* como sendo aquele que, além de noticiar a atividade ilícita àqueles que deverão apurar e tratar desta, realiza com as melhores das intenções, ou seja, configurando-se como um denunciante de boa-fé. Sendo assim, para **Japiassú e Ferreira** (2021, p. 49): "*whistleblower* é aquele que segue os procedimentos preestabelecidos para denunciar e denuncia condutas ilícitas, antiéticas ou perigosas".

O denunciante de boa-fé não deve ser confundido com a figura do delator, tendo em vista que não há benefícios para que neste caso aconteça a incriminação da pessoa denunciada. Neste sentido, bem pontuam **Saad-Diniz e Marin** (2021, p. 91): "o *whistleblower*, diferente do delator, não tem envolvimento com os fatos suspeitos, nem está engajado na associação criminosa".

No Brasil existe proposta para que o conceito seja introduzido ao ordenamento jurídico nacional. De acordo com a Exposição de Motivos 00014/2019, a intenção é que a figura do *whistleblower* ou, conforme é trazido, "quem dá o aviso", complemente a Lei 13.608/2018, que trata sobre o serviço telefônico de recebimento de denúncias.

Contudo, é necessário destacar que, apesar de a lei anticorrupção brasileira e o atual Decreto 11.129/2022 incentivarem a existência de um canal de denúncia, não existe uma forma pré-estipulada de como os mecanismos de *hotline* devem funcionar.

Um dos grandes desafios, ainda, é transmitir confiança e segurança para o *whistleblower* ao fazer o uso do canal, tendo em vista que o receio de retaliação, principalmente em ambientes de trabalho, é um sentimento que ainda predomina. Destacam **Ávila e Tiner** (2021, p. 21), que: "a proteção antirretaliação é um dos pontos mais sensíveis na questão do *whistleblowing* porque não basta o seu reconhecimento normativo, ela precisa ser efetiva".

Recentemente, a União Europeia publicou a Diretiva (UE) 2019/1937, que trata sobre a proteção das pessoas que denunciam violações do direito da União. O texto europeu destaca o objetivo de combater atos de retaliação a qualquer pessoa que comunique práticas ilícitas, a exemplo do artigo 19 da Diretiva que tem o título "proibição de retaliação", inserindo um rol de práticas consideradas atitudes de retaliação. Salientam **Japiassú e Ferreira** (2021, p. 54): "a Diretiva 2019/1937 representa um avanço da normatização dos mecanismos de proteção do *whistleblower* no nível europeu, constituindo o primeiro instrumento vinculante sobre a matéria".

Sobre o instituto *whistleblowing*, afirma **Palma** (2018) que é de suma importância retirar a palavra de uma esfera com uma abordagem pejorativa e trazer ao conceito os aspectos virtuosos que alguns países destacam, considerando o denunciante como a pessoa corajosa que informa sobre as ações irregulares, tendo a convicção de que relatar é a melhor medida.

Apesar da não obrigatoriedade, o *hotline* com a modalidade de uso anônimo ainda parece ser a melhor opção para evitar que retaliações aconteçam. Importante que a Diretiva 1.937 estabelece medidas de proteção não apenas ao denunciante anônimo, como também para aqueles que tiverem sua identidade revelada.

Ainda segundo pesquisa supracitada realizada pela KPMG, dentre as 60 empresas que participaram, 100% delas permite que a denúncia seja feita de forma anônima e apenas 16% dos denunciantes sentem segurança para identificar-se. Sobre a natureza das denúncias, a maioria diz respeito a desvio de conduta ou comportamento, seguido de assédio moral e descumprimento de políticas.

Para que o canal de denúncia seja eficiente, é muito importante vir acompanhado de uma implementação que aborde a forma que é utilizado, como são feitos os tratamentos da denúncia e, sobretudo,

quais as formas de segurança que o *whistleblower* tem. Destacam **Rios e Machado** (2017, p. 99): “nesse sentir, sob o eixo preventivo, o programa ambicionaria instituir medidas de organização e vigilância voltadas a evitar que se pratiquem condutas ilícitas”.

Isso porque o medo de retaliação, ou até mesmo do rótulo de “dedo-duro”, ainda é um aspecto que causa muito receio no momento de relatar alguma atividade ilícita. No Programa de Integridade, segundo a Controladoria-Geral da União (2015b, p. 21): “o bom cumprimento pela empresa das regras de anonimato, confidencialidade e proibição de retaliação é um fator essencial para conquistar a confiança daqueles que tenham algo a reportar”.

Por isso, apesar da não obrigação do anonimato, esta é ainda a melhor forma de passar confiança para o uso deste meio de comunicação. De acordo com o *Whistleblower Protections: A Guide*, de 2018, idealizado por *International Bar Association*, além do anonimato, eles destacam o ponto da confidencialidade. Para eles, a denúncia no formato anônimo é a maneira mais segura para o denunciante; bem como a importância do tratamento da denúncia de forma confidencial, não apenas para quem está denunciando, mas também para o denunciado, pelo menos até o momento da confirmação daquilo que foi relatado.

No Brasil, algumas normas específicas já trazem em seu escopo o sigilo e anonimato como uma opção de escolha para o denunciante. Pode ser mencionado o Decreto 6.029, de 2007, que institui o sistema de ética do Poder Executivo Federal; segundo o artigo 10 do decreto, a proteção da identidade do denunciante é tratada como um princípio.

A instrução normativa conjunta 01 CRG/OGU, de 2014, estabelece diretrizes para o recebimento e tratamento de denúncias em que o denunciante não se identifica. A própria instrução aborda o conceito de denúncia anônima, como sendo “manifestação que chega aos órgãos e entidades públicas sem identificação” e traz a possibilidade da reserva de identidade.

A cultura do cancelamento causa o receio da retaliação, um ponto presente quando é necessário fazer uma denúncia relacionada ao seu superior, ao seu colega de trabalho ou até mesmo sobre a empresa em que trabalha.

3. Considerações finais

Com o aumento das interações entre as empresas, a necessidade de se investir em programas de integridade efetivos cada vez mais vem sendo uma prática importante. O mecanismo do canal de denúncia é a principal fonte de indicações de práticas ilícitas e seu uso deve ser incentivado pela alta gestão. Concordam sobre o tema os autores **Saad-Diniz e Marin** (2021, p. 75): “a expansão dos mercados trouxe consigo demandas pela internacionalização das estratégias de regulação e controle social da atividade empresarial, com ênfase na promoção de novas estruturas de governança corporativa e soluções de *compliance*”.

Em contrapartida, o receio da retaliação ainda tem sido o principal aspecto da desistência de muitos que desejam reportar algo que tenham conhecimento. Por isso, apesar de não dispor de legislações que especifiquem como o *hotline* deva ser estruturado, o formato anônimo demonstra ser a forma mais utilizada, por transmitir confiança aos que dele queiram fazer o uso.

A legislação pátria deveria ter como inspiração a Diretiva Europeia 2019/1937 e investir em normas de proteção dos *whistleblower*, tendo em vista que nosso país ainda é reconhecido pela forte retaliação aos que são intitulados como “dedo-duro”, causando danos não apenas na vida profissional, como também afetando a vida pessoal do denunciante.

Destarte, ter o *compliance* como um organismo vivo significa tirar o programa meramente do papel e torná-lo prático. O que também significa que todos, funcionários ou terceiros, possam fazer parte ativamente e sem receios. Uma das formas viáveis de colocar tal ideia em atuação é garantir o sigilo, anonimato e, sobretudo, a segurança dos que façam o uso dos canais de denúncia.

Referências

ARAÚJO, Marcelo Barreto de. *Comentários à Lei 12.846/2013: diretivas sobre o programa de compliance*. Rio de Janeiro: Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo, 2016.

ASSOCIATION OF CERTIFIED FRAUD EXAMINERS. *Report to the Nations 2020: global study on occupation fraud and abuse*. 2020. Disponível em: <https://acfepublic.s3-us-west-2.amazonaws.com/2020-Report-to-the-Nations.pdf>. Acesso em: 21 mar. 2022.

ÁVILA, Ana Paula Oliveira; TÍNER, José Eduardo. Whistleblowing e a regulamentação dos canais de denúncia: a experiência nos sistemas comparados. *Revista eletrônica do CPJM*, v. 1, n. 1, p. 1- 27, 2021. Disponível em: <https://rcpjm.cpjmu.uerj.br/revista/article/view/5/107>. Acesso em: 23 dez. 2022.

BALLESTEROS SÁNCHEZ, Julio. Pautas y recomendaciones técnico-jurídicas para la configuración de un canal de denuncias eficaz en organizaciones públicas y privadas. La perspectiva española. *Derecho*, Lima, n. 85, p. 41-78, jul. 2020. Disponível em: http://www.scielo.org/pe/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0251-34202020000200041&lng=es&nrm=iso. Acesso em 21 abr. 2022.

CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. *Guia de implantação de programa de integridade nas empresas estatais: orientações para a Gestão da Integridade nas Empresas Estatais Federais*. Brasília, dez. 2015a. Disponível em: https://www.gov.br/cgu/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/integridade/arquivos/guia_estatais_final.pdf. Acesso em: 26 mar. 2022.

CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO (CGU). *Programa de Integridade Diretrizes para Empresas Privadas*. Brasil, set. 2015b. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/integridade/arquivos/programa-de-integridade-diretrizes-para-empresas-privadas.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2022.

DIRETIVA (UE) 2019/1937 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de outubro de 2019 relativa à proteção das pessoas que denunciam violações do direito da União. *Jornal Oficial da União Europeia*, 26 nov. 2019. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019L1937&from=en>. Acesso em: 23 abr. 2022.

FRANCO, Isabel (org.). *Guia prático de compliance*. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION. *Whistleblower protections: a guide*. 2018. Disponível em: <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=a8bac0a9-ea7e-472d-a48e-ee76cb3cdef8>. Acesso em: 17 fev. 2022.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano; FERREIRA, Ana Lúcia Tavares. O whistleblowing como instrumento de política criminal: uma breve perspectiva panorâmica da evolução normativa dos mecanismos de proteção do whistleblower. *Revista eletrônica do CPJM*, v. 1, n. 1, p. 43-60, 2021. Disponível em: <https://rcpjm.cpjmu.uerj.br/revista/article/view/7/4>. Acesso em 23 de dez. de 2022.

KPMG. *Pesquisa: perfil do hotline no Brasil*. 2. ed. 2020. Disponível em: <https://d3351uupugsy2.cloudfront.net/cms/files/69324/1623874294pesquisa-perfil-hotline-brasil.pdf>. Acesso em: 21 fev. 2022.

PALMA, Enrique Benítez. El control externo y el whistleblowing (canales de denuncia). *Revista Española de Control Externo*, v. XX, n. 59, p. 11-42, mayo 2018.

RIOS, Rodrigo Sánchez; MACHADO, Allian Djeyce Rodrigues. Criminalidade intraempresarial, sistemas de denúncia interna e suas repercussões na seara penal: o fenômeno do whistleblowing. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 25, n. 137, p. 89-123, nov. 2017. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/noticias/exibir/7849/>. Acesso em: 24 dez. 2022.

RUIVO, Marcelo Almeida; PIRES, Adriane da Fonseca. Limites do whistleblower – denúncia de crimes contra a administração pública, ilícitos administrativos e ações lesivas ao interesse público. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 28, n. 174, p. 41-69, dez. 2020. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/edicoes/733/8266>. Acesso em: 24 dez. 2022.

SAAD-DINIZ, Eduardo; MARIN, Gustavo de Carvalho. Criminalidade empresarial e programas de whistleblowing: defesa dos regimes democráticos ou mercancia de informações? *Revista eletrônica do CPJM*, v. 1, n. 1, p. 72-99, 2021. Disponível em: <https://rcpjm.cpjmu.uerj.br/revista/article/view/10/20>. Acesso em: 23 dez. 2022.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, direito penal e lei anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2015.

Recebido em: 11.08.2022 - Aprovado em: 07.12.2022 - Versão final: 09.01.2023

IMMIGRATION REMOVAL CENTRE: JUST ANOTHER NAME FOR A PRISON?

CENTRO DE REMOÇÃO DE IMIGRANTES: APENAS UM OUTRO NOME PARA PRISÃO?

Gustavo Henrique Holanda Dias Kershaw

M.Sc Criminology and Criminal Justice (University of Edinburgh). Honorary Research Fellow (University of London, Birkbeck).

Lecturer in Penal Process (UNINASSAU/Recife). Public Prosecutor (Brazil).

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3119698214921044>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2505-5502>

gustavo.kershaw@mppe.mp.br

Abstract: The United Kingdom (UK) has nine places of confinement dedicated for the expulsion of immigrants. Last official figures show that there were more than one thousand people in these facilities. Previous research shows that more than half are eventually released back into the community in the UK and their detention had served no purpose. This paper intends to look at the nature of the Immigration Removal Centres (IRCs), discuss a new field in criminology that is dedicated to studies on immigration criminalisation, and briefly explain the UK's policy on immigration and the IRCs. The methodology used for this investigation is a wide range of articles on the subject, that are focused on the immigration centers in the United Kingdom. The article concludes by the need for criminological investigation to focus on the points of intersection between punishment and immigration, criminal law, and immigration law.

Keywords: Border Criminology; Immigration; Immigration Removal Centre; IRC.

Resumo: O Reino Unido tem nove locais de confinamento dedicados à expulsão de imigrantes. Os últimos números oficiais mostram que havia mais de mil pessoas detidas nesses locais. Pesquisas anteriores mostram que mais da metade acaba sendo liberada de volta à comunidade no Reino Unido e sua detenção não serviu para nada. Este artigo pretende olhar para a natureza dos Centros de Remoção de Imigrantes (IRCs), discutir um novo campo na criminologia que se dedica aos estudos sobre a criminalização da imigração e explicar brevemente sobre a política britânica de imigração e os IRCs. A metodologia utilizada para esta investigação inclui uma ampla gama de artigos sobre o assunto, os quais são focados nos centros de imigração no Reino Unido. O artigo conclui pela necessidade de uma investigação criminológica focar nos pontos de interseção entre punição e imigração, Direito Penal e direito migratório.

Palavras-chave: Criminologia de Fronteira; Imigração; Centro de Remoção de Imigrantes; IRC.

1. Introduction: Immigration, Politics and Immigration Removal Centre (IRCs)

The number of people migrating from one country to another has increased considerably and this movement occurs for reasons ranging from armed conflicts and climate change to the search for better life opportunities (BOSWORTH, 2019, p. 83). Mass immigration processes impact international relations, law, domestic politics and the criminal justice system itself (BOSWORTH, 2017, p. 374).¹

Immigration control, influenced by public opinion, enters the government agenda and is no longer restricted to physical barriers (FORD et al., 2015, p. 1407). This control is also becoming punitive, with an intersection between migration policy and criminal laws (ARMENTA, 2017, pp. 82-83). What was once a matter of administrative routine has come to be treated as a matter of public safety, involving varying degrees of fantasy and exaggeration about the supposed danger surrounding the presence of foreigners in a country. As a consequence of this "panic", added to anti-immigration policy, sections of society harbour an aversion to immigrants (BHUI, 2007, p. 369; GRIFFITHS, 2017, p. 530).

It is nothing new - immigrants being blamed for the failures of countries and governments. Speeches in favour of toughening immigration laws and policy make up the platform of electoral campaigns around the world, ranging from the well-known anti-immigration discourse of politicians from the far right (BOSWORTH,

2019, p. 83) to the left (GIBNEY, 2008, p. 146). Both sides vie for public approval on the matter.

Around the world, there are a growing number of spaces with very similar characteristics to prisons that do not necessarily host criminals. In the United Kingdom (UK), to meet an increased demand for confinement spaces (COSTELLO, 2015, p. 143) the British government created special places to detain foreigners in the process of leaving the country, called Immigration Removal Centres (IRC).

These centres were intended for the detention of illegal immigrants, for people who have not committed common crimes but who have violated immigration. More recently, these IRCs host immigrants that have finished their sentence and have no debt to the justice system.

In this contribution to the periodic, we will look at the nature of these institutions, see a new field in criminology that is dedicated to studies on immigration criminalisation and learn a little more about British policy on immigration and the IRCs.

2. What are IRCs?

What we now know as Immigration *Removal* Centres were once called Immigration *Detention* Centres. They took on this new name in 2001 as an attempt to clarify the temporary purpose of people staying in the institution (BOSWORTH, 2012, p. 127). The name change, however, was not able to change reality because, in some

cases, detainees end up staying in IRCs for more than a year (UNITED KINGDOM, 2021).

Across the UK, all nine IRCs are located in England (UNITED KINGDOM, 2022), raising questions about the personal, family and social bonds of people transported to places far from where they lived. Distance, difficulties and travel costs are factors that impact on receiving visits from family and friends. In 2021, 1,033 people were detained under immigration powers (UNITED KINGDOM, 2021). Even children are in these places. As far back as 2009 almost 1,100 children were held in IRCs (THE MIGRATION OBSERVATORY, 2021).

The main countries of origin of the people detained (UNITED KINGDOM, 2021) include areas of conflict with a history of current or recent war (UNITED NATIONS, 2021). It is contradictory that countless people are deported to places that the UK itself recognises as extremely dangerous and recommends its citizens avoid. Although many have built their lives on British soil, have deep roots in the local culture and little or no connection with their countries of nationality, they are sent to an “unknown land”. What legitimacy does the government have when talking about human rights being violated in the countries to which it removes people to? In the last few weeks, the UK government announced plans to send asylum seekers to live in Rwanda, yet only last year this government voiced concern at the UN over “continued restrictions to civil and political rights and media freedom” (FAULKNER, 2022) in Rwanda.

Most IRCs house young men aged between 18 and 45 years of minority ethnicity. White people are rare (BOSWORTH, 2012, pp. 122,128), a profile very similar to that of the prison population, mostly from marginalised layers of society (SPARKS; MCNEILL, 2009, p. 7). Even so, detainees are not seen as vulnerable groups, but as a double threat: “immigrants” and “criminals” (BHUI, 2007, p. 378).

Some IRCs are managed by the private sector, that is, by companies (BOSWORTH, 2017, p. 380), which aim at profit. Economically, the existence of the centres is questionable, as they come at a high cost to taxpayers. In 2021, the estimated total annual cost was £95 million. The estimated average cost of holding one person was £98.78 per day (THE MIGRATION OBSERVATORY, 2021).

3. Are these centres prisons?

This is not a simple reflection to be answered and any answer will depend on the definition of prison that is adopted. However, there are profound similarities between prisons and removal centres that lead us to reflect on the real nature of these places of confinement. The questions are not few. If we think that prisons have, to a certain extent, a punitive, preventive and rehabilitative purpose, what were the detention centres for if we consider that “more than half are eventually released back into the community in the UK, their detention having served no purpose?” (DETAINED ACTIONS, 2020). Punishment? For what reason? Prevention? From what or who? Rehabilitation? For what purpose since they will be deported?

In research carried out in 2012, it was found that IRCs did not have enough natural light and the detainees' contact with fresh air was only when they were outside. They were described as noisy, suffocating spaces, in some cases without windows and that they very much resembled prison cells. Interestingly, even though the centres are not classified according to security levels, such as prisons, some were built following the architectural standards of prisons, including the standards of high security prisons (BOSWORTH, 2012, pp. 127-129).

Just like prisoners, who depend on the action and decision of state agents for practically everything, showing their condition of vulnerability (SPARKS; MCNEILL, 2009, p. 21), IRC detainees also have their lives ruled and disciplined by State agents. “Men detained

there are held in cells, on housing units that are overseen by officers in uniform [...] Under these circumstances, it is hard to view it as anything other than a prison” (BOSWORTH, 2019, p. 86).

Detainees not only feel like prisoners, but also as if they are in prisons. This similarity between IRCs and prisons is also reported by IRC employees. Equally, the treatment detainees receive at the time of expulsion is also similar to the treatment given to prisoners, as, on the way to the airport, they are transported in cell cars and handcuffed as if they were dangerous (BOSWORTH, 2019).

However, in some aspects prisons seem to be better spaces. Prisoners are offered more activities and treatment options than those offered to detainees in removal centres – paradoxical as it may be, prisoners have more rights. There are other possible comparisons: detainees are subject to an uncertain period of detention, while prisoners know in advance the duration of their punishment. This uncertainty takes on a punitive aspect, generating anxiety. The procedures to which the detainees are subjected are less transparent, less participatory and far more bureaucratic – they are, in fact, piles of paperwork without any personal representation or opportunity for the detainee to tell their story. Court proceedings tend to be more engaging and allow for greater participation by the accused. Foreign prisoners convicted of crimes are subjected to an additional penalty to which nationals in similar conditions are not subjected, generating a crisis of legitimacy not only for the expulsion process, but for the criminal penalty itself and its purpose. The migration system is guided by exclusion rather than inclusion (BOSWORTH, 2019).

Some other features draw our attention to the possibility that we are facing places worse than prisons: lack of information and understanding of the reasons for detention, barriers to effective communication in the English language, isolation, lack of social interaction, even with family members, and denunciations of racism (BHUI, 2007, pp. 368-369). Abusive language by staff, communication problems with the English language, people being brought to IRCs at inappropriate times, detainees being referred to as detainees in medical documents, delays in transfers to psychiatric hospitals, ‘poor living conditions, including the food’ have been reported on the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment visit to the UK (CPT, 2017).

4. Crimmigration and border criminology: a new horizon of studies in Criminology

The changes in society and the transformation of the exercise of penal power has drawn the attention of researchers in several areas of knowledge and, in particular, of criminology. The criminalisation of conduct that violates immigration rules is a global phenomenon, not exclusive to the UK or Europe (BOSWORTH, 2019, p. 81; DE GIORGI, 2010, p. 155). Immigration regulations, previously characterised as an administrative rule and its violation as a mere illegality, now has a punitive character, more similar to a criminal sanction. There is a growing intersection between immigration laws and criminal laws. Criminal law and punishment have not only been expanding, but have also taken other forms (BOSWORTH, 2012, p. 125). Border criminology seeks to better understand this growing interaction between criminal justice and immigration control (BOSWORTH, 2017, p. 373).

In addition to illegal immigrants, from the entry into force of the UK Border Act (UNITED KINGDOM, 2007), foreigners who commit crimes in British territory can also be expelled after serving their sentences. With the mandatory deportation laws for foreigners who commit crimes, it is clear that there has been a remodeling in the concept of punishment with regard to non-nationals.

There is certainly a new division between citizens and non-citizens (STUMPF, 2006, p. 377; GIBNEY, 2008, p. 167) and “foreigners no longer receive the same treatment as citizens in the criminal justice system. From policing to imprisonment, the emphasis on immigration status has affected all parts of the criminal justice system” (BOSWORTH, 2017, p. 376). Being foreign prisoners, these people are categorised as members of an “other group” and are subject to a new form of punishment in the IRCs, whose purpose of existence is solely deportation and not the traditionally indicated aims for prisons (BOSWORTH, 2012, p. 134).

The Memberships Theory offers an interesting explanation for this phenomenon. Individual rights and privileges would be dependent to whether a person is categorised a citizen and, thereby, an individual belonging to the community. Anyone else would be excluded from this State-individual relationship and rights. With the expansion of this synergy between immigration laws and criminal laws, to some extent, foreigner becomes a synonym for criminal. “The result is a society increasingly stratified by flexible conceptions of membership in which nonmembers are cast out of the community by means of borders, walls, rules, and public condemnation” (STUMPF, 2006, p. 419). The realisation of Justice itself is questioned from the vilification of values such as due process of law and equal treatment at a time when foreigners are subject to additional punishments simply by being classified a non-citizen.

The relationship between race and punishment needs attention, since most detainees are ethnic minorities (BOSWORTH, 2019, p. 85). Based on the perception that migration is driven and influenced by racial elements, border criminologists have emphasised race and ethnicity in their research (BOSWORTH, 2017, p. 376). More than a division between legal and illegal immigrants – without racial contours – recent migration policies reveal, rather, a racialised act that goes beyond the immigrant’s status aspects. Immigration policies are therefore a racial project (ARMENTA, 2017, pp. 83-84).

The ethnic-racial issue in immigration policy and criminalisation of immigration is not exclusive to the UK, as “restrictive immigration policies are the primary mechanism through which Latinos are excluded and racialized in the United States” (ARMENTA, 2017, p. 83) and reflect the fact that modern states are racialised and immigration control policy promotes racial hierarchies, sharpening ideas of nationality and belonging (GOLDBERG, 2002).

Despite the official discourse that prisons and IRCs are different things, if you come across these places or were to talk to the people who live there, you will have the strong impression of being in front of a prison and talking with an inmate. Very recently, the UK Government announced a new policy on immigration. It is very controversial (FAULKNER; LEE, 2022). Now, asylum seekers who come illegally to the country will be sent to Rwanda. There, they will be subject to an asylum process, and, if they succeed, they could live in Rwanda. This new policy will cost £120m and the very good intention, according to the PM, is to ‘save countless lives’ from human trafficking (FAULKNER, 2022).

5. Final considerations

The British IRCs, created to detain immigrants for the purpose of expulsion, are new places of confinement of people, and something that deserves attention from criminological research. From this experience, it is noticed an expansion of the concept of punishment – now observed for individuals who seek to immigrate from one country to another and violate immigration’s regulation. These sanctions closely resemble criminal punishments, especially with the form of imprisonment. As pointed out in the text, in many ways, IRCs have been even more severe. Going further, it is possible to verify, from the analysis of British IRCs, the intersection between punishment and migration, highlighting points of contact between criminal law and immigration law that cannot be neglected by criminological investigation.

Notas

¹ Revisão aos cuidados do autor

Referências

- ARMENTA, Amada. Racializing Crimmigration - Structural Racism, Colorblindness, and the Institutional Production of Immigrant Criminality. *Sociology of race and ethnicity*, Thousand Oaks, California, v. 3, n. 1, p. 82-95, 2017.
- BHUI, Hindpal Singh. Alien Experience: Foreign National Prisoners after the Deportation Crisis. *Probation Journal*, London, v. 54, n. 4, p. 368-382, 2007.
- BOSWORTH, Mary. Subjectivity and Identity in Detention: Punishment and Society in a Global Age. *Theoretical criminology*, London, v. 16, n. 2, p. 123-140, 2012.
- BOSWORTH, Mary. Border criminology and the changing nature of penal power. In: LIEBLING, Alison; MARUNA, Shadd; MCARA, Lesley (Orgs.) *The Oxford handbook of criminology*. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 373-390.
- BOSWORTH, Mary. Immigration Detention, Punishment and the Transformation of Justice. *Social & legal studies*, London, v. 28, n. 1, p. 81-99, 2019.
- COSTELLO, Cathryn. Immigration Detention: The Grounds Beneath Our Feet. *Current Legal Problems*, Oxford, v. 68, n. 1, p. 143-177, 2015.
- DE GIORGI, Alessandro. Immigration Control, Post-Fordism, and Less Eligibility: A Materialist Critique of the Criminalization of Immigration Across Europe. *Punishment & society*, London, v. 12, n. 2, p. 147-167, 2010.
- DETAINED ACTION. *Detention Centres*. Disponível em: <https://detentionaction.org.uk/about-detention/centres/>. Acesso em 22 ago. 2022.
- EUROPEAN COMMITTEE FOR THE PREVENTION OF TORTURE AND INHUMAN OR DEGRADING TREATMENT OR PUNISHMENT. *CPT/Inf (2017) 9 - EXECUTIVE SUMMARY* Disponível em: <https://rm.coe.int/168070a774> Acesso em 22 agosto 2022.
- FAULKNER, Doug. Rwanda asylum seekers: UK government criticised over ‘cruel’ plan. *BBC News*, 14 abr. 2022. Disponível em: <https://www.bbc.co.uk/news/uk-politics-6110237> Acesso em: 22 ago. 2022.
- FAULKNER, Doug e LEE, Joseph. UK Rwanda asylum plan against international law, says UN refugee agency. *BBC News*, 16 abr. 2022. Disponível em: <https://www.bbc.co.uk/news/uk-61122241> Acesso em: 22 ago. 2022.
- FORD, Robert; JENNINGS, Will; SOMERVILLE, Will. Public Opinion, Responsiveness and Constraint: Britain’s Three Immigration Policy Regimes. *Journal of ethnic and migration studies*, Abingdon, v. 41, n. 9 p. 1391-1411, 2015.
- GIBNEY, Matthew. Asylum and the Expansion of Deportation in the United Kingdom. *Government and opposition*, Oxford, v. 43, n. 2, p. 146-167, 2008.
- GOLDBERG, David. *The Racial State*. Oxford: Wiley-Blackwell, 2002.
- GRIFFITHS, Melanie. Foreign, Criminal: a Doubly Damned Modern British Folk-Devil. *Citizenship studies*, Abingdon, v. 21, n. 5, p. 527-546, 2017.
- SPARKS, Richard; MCNEILL, Fergus. Punishment, Incarceration and Human Rights. *International Council on Human Rights Policy*, 2007.
- STUMPF, Juliet. The Crimmigration Crisis: Immigrants, Crime, and Sovereign Power. *The American University law review*, Washington, v. 56, n. 2, p. 367-419, 2006.
- THE MIGRATION OBSERVATORY AT THE UNIVERSITY OF OXFORD. *Immigration Detention in the UK*. Disponível em: <https://migrationobservatory.ox.ac.uk/resources/briefings/immigration-detention-in-the-uk/> Acesso em: 22 ago. 2022.
- UNITED KINGDOM *Borders Act [2007]* Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2007/30/data.pdf> Acesso em: 22 ago. 2022.
- UNITED KINGDOM. Home Office. *Immigration statistics, year ending March 2021* Disponível em: <https://www.gov.uk/government/statistics/immigration-statistics-year-ending-march-2021/how-many-people-are-detained-or-retained> Acesso em: 22 ago. 2022.
- UNITED KINGDOM. UK Government. *Find an immigration removal centre* Accessed March 9 2022. <https://www.gov.uk/immigration-removal-centre> Acesso em: 22 ago. 2022.
- UNITED NATIONS. *2021 Year in Review: UN support for countries in conflict* Disponível em: <https://news.un.org/en/story/2021/12/1108352> Acesso em: 22 ago. 2022.

Recebido em: 01.09.2022 - Aprovado em: 01.01.2023 - Versão final: 13.01.2023

TEMA:

A DECISÃO DO MIN. RICARDO LEWANDOWSKI NO *HABEAS CORPUS* 222.141/PR FOI CORRETA?

Em dezembro de 2022, o Excelentíssimo Ministro Ricardo Lewandowski proferiu decisão monocrática acerca da impossibilidade de o Ministério Público requerer diretamente a provedores de conexão e a plataformas de acesso a aplicações de internet a preservação de dados e conteúdo eletrônicos. Da leitura da decisão, verifica-se que, no caso, o pedido do MP/PR envolve a guarda de “dados e IMEI coletados a partir das contas de usuários vinculadas, tais como dados cadastrais, histórico de pesquisa, todo conteúdo de *e-mail* e *iMessages*, fotos, contatos e históricos de localização, desde a data de 01.06.2017 até o presente momento”.

O pedido de *Habeas Corpus* está fundamentado na divergência existente entre os termos “conteúdo” e “registros de conexão e registros de acesso”, sendo que o “congelamento” daquele dependeria de prévia autorização judicial. Além disso, o requerimento de preservação do conteúdo eletrônico seria restritivo ao Paciente de dispor de forma livre os seus dados, alegando ser essa uma interferência indevida do órgão persecutório.

Em contrapartida, o Ministério Público Federal reitera que a solicitação direta do MP/PR às provedoras não teve por finalidade o acesso direto ao conteúdo dos dados objeto de “congelamento”, mas tão somente a sua preservação. Isso para que futuro pedido de quebra de sigilo telemático não fosse protocolizado já natimorto, sendo possível o cumprimento de seu objeto em caso de eventual autorização pela autoridade judicial. Registrou, ainda, que o pedido de quebra foi deferido em 03/12/2019. Assim, não se verificaria qualquer ilegalidade no pedido direto de guarda de dados e conteúdo eletrônicos.

Após inicialmente indeferir a liminar pleiteada, tendo em vista que o pedido se confundia com o próprio mérito da impetração, o Ministro Lewandowski proferiu decisão monocrática concedendo a ordem. Em suas palavras:

A jurisprudência desta Suprema Corte tem afirmado reiteradamente que o inciso XII do art. 5º da Carta Magna protege o sigilo das comunicações em fluxo (troca de dados e mensagens). Assenta também que o sigilo das comunicações armazenadas, como depósito registral, é tutelado pela previsão constitucional do direito à privacidade, na forma do inciso X do art. 5º, CF (cito, v.g., o HC 91.867/PA, relator Ministro Gilmar Mendes). No campo infraconstitucional, o Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014) traça os princípios aplicáveis em nosso ordenamento, enumerados no art. 3º, tal como o da proteção da privacidade e dos dados pessoais, assegurando, outrossim, a inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, ressalvada ordem judicial de sua quebra (art. 7º da mencionada lei).

Partindo dessas premissas, tenho que o pedido de indisponibilidade dos registros de que trata a Lei 12.965/2014 (dados intercambiados), seja pelo Ministério Público, seja por autoridades policiais ou administrativas, em atenção à referida cláusula constitucional, deverá, a toda evidência, ser precedido de indispensável autorização judicial. Sim, pois, na forma do art. 5º, V, da supracitada legislação,

os registros de conexão se referem, tão somente, ao conjunto de informações concernentes à data e hora de início e de término de uma conexão à internet, sua duração e o endereço de IP utilizado pelo terminal. Registros de acesso a aplicações de internet, por sua vez, previstos no inciso VIII do citado dispositivo, tratam apenas do conjunto de informações relativas à data e hora de uso de uma determinada aplicação de internet a partir de um determinado endereço de IP.

[...]

Caso prevalecesse o entendimento esposado no acórdão combatido, toda e qualquer autoridade policial ou o próprio Ministério Público poderiam requisitar aos provedores da internet, sem a devida autorização judicial, a indisponibilidade de dados telemáticos de qualquer investigado, situação que, a toda evidência, não se concebe. Nesta senda, rememoro as palavras do Ministro Edson Fachin no julgamento da ADPF 403/DF, de sua relatoria, ao enfatizar que a privacidade é o direito de manter o controle sobre a sua própria informação e de determinar a maneira de construir sua própria esfera pública.

[...]

Conclui-se, portanto, que, na hipótese sob exame, o Ministério Público do Estado do Paraná não observou a necessária reserva de jurisdição no que toca à ordem de indisponibilidade do conteúdo telemático por parte da sua legítima titular, contrariando, na forma acima delineada, a Constituição Federal e o Marco Civil da Internet, pois decretou verdadeira medida cautelar ao ordenar, sponte propria, o “congelamento” de todo o conteúdo de comunicações telemáticas da paciente. Em suma, retirou do seu legítimo proprietário o direito de dispor do conteúdo dos seus dados para quaisquer fins, sem que houvesse autorização judicial para tanto.

Isso posto, concedo a ordem a fim de declarar nulos os elementos de prova angariados em desfavor da paciente a partir do congelamento prévio, sem autorização judicial, do conteúdo de suas contas eletrônicas, bem como de todos os demais que dele decorrem, nos autos da ação penal ora em comento. (destaques nossos – **Cadastro IBCCRIM 6425**).

Compilação e curadoria científica de: **Gessika Christiny Drakoulakis**

SIM
Pg. 29

A INCIDÊNCIA DO DIREITO À PRIVACIDADE E DA LEGALIDADE ESTRITA NA INDISPONIBILIDADE DE DADOS

NÃO
Pg. 32

PROVAS OBTIDAS A PARTIR DO CONGELAMENTO DE CONTEÚDO DE CONTAS DA INTERNET: A DECISÃO DO MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI NO HC 222.141 FOI CORRETA?

A INCIDÊNCIA DO DIREITO À PRIVACIDADE E DA LEGALIDADE ESTRITA NA INDISPONIBILIDADE DE DADOS

THE IMPACT OF THE RIGHT TO PRIVACY AND OF STRICT LEGALITY ON DATA UNAVAILABILITY

Pedro Luís de Almeida Camargo

Mestrando em Direito Processual Penal pela USP. Especialista em Obtenção, Interpretação e Valoração da Prova pela Universidade de Salamanca.

Bacharel em Direito pela USP. Advogado.

Link lattes: <http://lattes.cnpq.br/8451429372152340>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1330-0929>

pedro.la.camargo@gmail.com

Resumo: O presente artigo visa analisar brevemente a decisão monocrática proferida pelo Ministro Ricardo Lewandowski sobre o HC 222.141 no Supremo Tribunal Federal, que invalidou operação na qual o Ministério Público requereu diretamente e sem autorização judicial a provedores de aplicações de internet a preservação e a indisponibilidade de dados de indivíduos investigados. A partir de uma análise da concepção contemporânea do direito à privacidade e do princípio da legalidade processual, será demonstrada a correção de referida decisão no que diz respeito à proteção de direitos fundamentais.

Palavras-chave: Investigação criminal; Reserva judicial; Apreensão de dados; Legalidade processual.

Abstract: This article aims to briefly analyze the individual ruling made by Justice Ricardo Lewandowski on HC 222.141 at the Supreme Court, which invalidated an investigation in which the Prosecutors asked directly to internet service providers the preservation and unavailability of data produced by individuals who were being investigated. After analyzing the contemporary concept of the right to privacy and the principle of procedural legality, it will be demonstrated the correctness of said decision with regard to the protection of fundamental rights.

Keywords: Criminal investigation; Judicial authorization; Data seizure; Procedural legality.

A decisão monocrática ora analisada se insere no contexto da definição jurisprudencial dos limites da ação estatal na persecução penal envolvendo meios de obtenção de prova relacionados à tecnologia. Diversas decisões em temas correlacionados já foram proferidas, a exemplo da jurisprudência existente sobre acesso a dados de celulares apreendidos (2021b), obtenção de dados de geolocalização (BRASIL, 2022), as discussões sobre criptografia forte em aplicativos de mensagens (2021a),¹ entre outros.

No presente caso, a decisão não se refere exatamente à necessidade de decisão judicial para obtenção em si de dados telemáticos. Ao contrário, a questão versa sobre uma “etapa preparatória” para essa obtenção. Devido à volatilidade inerente ao domínio probatório digital, com a possibilidade de fácil adulteração e apagamento de arquivos e dados (ALMEIDA, 2018, p. 43), há sempre o justo receio por parte das autoridades responsáveis pela persecução penal de que elementos essenciais para a apuração dos fatos que pertencam

ao mundo virtual sejam perdidos antes da apreensão e análise.

Nesse contexto, o requerimento feito diretamente pelo Ministério Público sem autorização judicial se refere à preservação dos dados a provedores de aplicação, incluindo informações cadastrais, históricos de localização e pesquisas, conteúdo de correspondência eletrônica, fotos e nomes de contato.

Isso significa que o próprio Ministério Público não acessou os conteúdos até que fosse proferida decisão judicial autorizando a quebra de sigilo, mas pediu somente sua preservação. Como consequência necessária dessa preservação, os serviços ficaram indisponíveis para os usuários. A controvérsia se refere justamente à possibilidade desse requerimento direto.

A decisão do Ministro **Ricardo Lewandowski** foi justamente no sentido de que esse pedido foi ilegal, porque, mesmo sem o acesso, o pedido de indisponibilidade deveria ser precedido de autorização

judicial. O raciocínio empregado versa tanto sobre a interpretação das garantias constitucionais do art. 5º, incisos X e XII, quanto em razão das disposições legais da Lei 12.965/2014 (Marco Civil da Internet).

Em relação à interpretação constitucional, a decisão dá a entender que o congelamento e a perda da disponibilidade violariam ambos os incisos supracitados. Já em relação ao Marco Civil da Internet, o Ministro indica que o texto legal não dá autorização ao requerimento cautelar de preservação de dados em geral, mas somente de registros de conexão e de acesso às aplicações.

Inicialmente, deve-se analisar se o requerimento do Ministério Público entra em colisão com os direitos fundamentais supracitados. Não se pode adentrar essa questão sem fazer o breve esclarecimento de que a revolução da tecnologia da informação na contemporaneidade alterou completamente o paradigma do que se pode ter como direito à privacidade, especialmente na esfera digital.

Se antes o domicílio era considerado o paradigma da intimidade, hoje se pode dizer que tanto o uso extensivo da tecnologia – em especial, da internet – quanto a captura em grande escala de dados pessoais faz com que os dispositivos informáticos e os dados armazenados de maneira remota representem mais a projeção de direitos fundamentais da personalidade do que a própria residência (ZILLI, 2018, p. 85-88).² Com efeito, uma enorme gama de atividades humanas somente é possibilitada, ou ao menos muito facilitada, pela internet, e os dados pessoais coletados capturam essencialmente tudo sobre a experiência humana contemporânea: relacionamentos profissionais e sociais, gostos e preferências, localização e deslocamento, hábitos de consumo, informações financeiras.

Em uma concepção contemporânea de privacidade, que leve em conta o peso que a dimensão digital da projeção da personalidade exerce, não se pode ficar restrito à ideia de que a violação da vida privada só se pode dar por meio da invasão desses conteúdos por terceiros ou pelo Estado. Ao contrário, é indispensável também uma concepção positiva de privacidade,³ que entenda que o direito fundamental também inclui a possibilidade de construção de uma esfera de vida privada (QUEIROZ; PONCE, 2020, p. 75).⁴ Em uma sociedade altamente integrada e permeada por tecnologias da informação, qualquer medida estatal no sentido de impedir o livre exercício da construção da esfera digital da vida privada precisa ser compreendida como uma colisão com esse direito fundamental (SOLOVE, 2008, p. 105).⁵

A modernização da concepção do direito fundamental à privacidade encontra ecos na normatização recente (BRASIL, 2020).⁶ Não apenas a constitucionalização da proteção de dados pessoais, nos termos

do art. 5º, LXXIX, mas também a legislação infraconstitucional reflete essa atualização, como disposto no próprio Marco Civil da Internet, especialmente nos dispositivos relacionando diretamente o uso da internet com o direito à privacidade, e a Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018), porque consagra a autodeterminação informativa e a liberdade, além da própria privacidade, como fundamentos da disciplina legal da proteção de dados pessoais.

Por sua vez, o direito ao sigilo das comunicações, previsto no art. 5º, XII, também precisa ser analisado sob uma perspectiva contemporânea. Sem pretensão de esgotar o complexo debate sobre a construção da noção de que tal inciso protege somente as comunicações em fluxo ou em trânsito ou se comunicações armazenadas também são abrangidas pelo direito fundamental,⁷ tem-se que a transformação tecnológica também se operou no seio das formas de transmissão de informação. Devido à capacidade de armazenamento e a possibilidade de comunicação escrita em tempo real, tanto por e-mail quanto por aplicativos de mensagens, a existência de um histórico organizado de comunicações faz com que seja necessário

o reconhecimento de uma dimensão de tal direito fundamental que proteja, também, as comunicações armazenadas. A proteção do sigilo das comunicações também deve impor o reconhecimento de uma dimensão histórica e organizacional das informações transmitidas: o indivíduo deve ter direito a organizar e armazenar o que lhe interessa, sem interferências indevidas.⁸

A conclusão dessa análise deve ser, portanto, justamente no sentido de que o pedido de congelamento dos dados efetuado pelo Ministério Público atinge o direito fundamental à privacidade e o direito fundamental ao sigilo das comunicações.

Isso é verdadeiro mesmo para o caso de não ter havido o efetivo acesso a esses dados. Ao serem congelados os

dados, os provedores impediram os usuários de acessarem e utilizarem os serviços e os dados armazenados (incluindo os de comunicação), bem como de organizarem os dados e conteúdos como bem entendessem. A extensão dos dados preservados também chama a atenção, já que cobriu período superior a dois anos.

Sendo esse o caso, é inafastável a conclusão de que se exige tanto uma previsão legal específica quanto uma autorização judicial para que haja legitimidade na restrição do direito fundamental.⁹

No caso subjacente à decisão ora analisada, ambos os pressupostos estão ausentes. Foi incontroverso que o congelamento não se amparou em decisão judicial anterior, mas constituiu uma medida preparatória para a autorização judicial da efetiva quebra de sigilo dos dados. No entanto, ainda deve ser feita uma análise sobre o teor dos dispositivos legais do Marco Civil da Internet citados

"[...] O PEDIDO DE CONGELAMENTO DOS DADOS EFETUADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO ATINGE O DIREITO FUNDAMENTAL À PRIVACIDADE E O DIREITO FUNDAMENTAL AO SIGILO DAS COMUNICAÇÕES."

pelo Ministro **Lewandowski** para verificar se, excepcionalmente, existe uma autorização legal para tais requerimentos sem prévia autorização judicial.

O Marco Civil da Internet prevê limitadíssimas hipóteses de requerimentos diretos que podem ser feitos pela Polícia ou pelo Ministério Público, nos termos do art. 13, § 2º, e do art. 15, § 2º. Em ambas as hipóteses, o pedido cautelar atinge unicamente a possibilidade de manutenção de registros de conexão e de registros de acesso às aplicações de internet por prazo superior àqueles aos quais os provedores estão ordinariamente obrigados.

Esses registros são expressamente definidos pelo próprio Marco Civil, considerando-se registro de conexão: “o conjunto de informações referentes à data e hora de início e término de uma conexão à internet, sua duração e o endereço IP utilizado pelo terminal para o envio e recebimento de pacotes de dados” (art. 5º, V, do Marco Civil) e registro de acesso a aplicações de internet: “o conjunto de informações referentes à data e hora de uso de uma determinada aplicação de internet a partir de um determinado endereço IP” (art. 5º, VIII, do Marco Civil). Ou seja, não há menção alguma à possibilidade de guarda de conteúdos, mas somente de conexão ou acesso nos estritos termos delineados pela própria lei.

No âmbito da persecução penal, a necessidade de interpretação

estrita dos dispositivos legais que atingem direitos fundamentais, já bem assentada na doutrina,¹⁰ atinge, por óbvio, os meios de obtenção de prova digitais devido aos potenciais danos aos direitos fundamentais analisados. O fato de o caso concreto se referir à indisponibilidade de conteúdos e dados especialmente sensíveis, tais como dados de localização, fotos e conteúdos de comunicações privadas, apenas amplifica a necessidade dessa proteção.

Dessa forma, diante da análise empregada, fica evidente o acerto da decisão proferida pelo Ministro **Ricardo Lewandowski** nos autos do *HC 222.141/PR*. O requerimento de indisponibilidade dos dados efetuado pelo Ministério Público no caso atinge os direitos fundamentais à privacidade e ao sigilo das comunicações e, portanto, exige decisão judicial. Ademais, uma análise cuidadosa do texto do Marco Civil da Internet indica que não existe autorização legal para o acautelamento de dados telemáticos em geral, mas somente para registros de conexão e acesso.

A decisão é, portanto, um importante passo para a construção de uma cultura e de uma prática judicial que, cientes dos riscos que as investigações criminais representam na era digital, avançam na proteção dos direitos fundamentais em uma sociedade tão dependente das tecnologias da informação.

Notas

- 1 Importante mencionar que o mesmo tema atualmente encontra-se pendente de julgamento no Supremo Tribunal Federal, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 403.
- 2 Examinando a revolução tecnológica e as transformações provocadas por ela em relação à privacidade, Marcos Zilli rejeita a equiparação do celular ao domicílio, mas reconhece a importância da proteção da privacidade no contexto tecnológico em razão das funções exercidas por dispositivos como celulares.
- 3 A respeito de uma possibilidade de conceituação plural da privacidade, ver Leonardi (2011, p. 78-83).
- 4 Conforme afirmado por Rafael Mafei Rabelo Queiroz e Paula Pedigoni Ponce (2020, p. 75): “A privacidade, com os instrumentos jurídicos à sua disposição – dentre os quais o sigilo – serve para garantir aos cidadãos espaços de autonomia indispensáveis ao florescimento humano individual. Sem esses espaços de autonomia, corre-se o risco de aniquilamento do indivíduo [...]”.
- 5 Dentro da taxonomia de privacidade proposta por Daniel Solove, poderia se qualificar essa interferência como uma “interferência decisional”, ou seja, uma incursão estatal nas decisões do indivíduo em relação à sua vida privada.
- 6 A atualização da interpretação do conceito de privacidade em decorrência dos avanços tecnológicos e das mudanças normativas infraconstitucionais encontra eco na jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal, especialmente no voto do Ministro Gilmar Mendes no âmbito do *HC 168.052*. Nesse contexto, o Ministro destaca

que houve mutação constitucional, apta a estender a necessidade de autorização judicial para o acesso a dados armazenados em telefones celulares.

- 7 Para verificar o estado atual da discussão, ver o precedente do Supremo Tribunal Federal no *HC 168.052*, já citado, bem como: Queiroz e Ponce (2020, p. 64-90); e Ferraz Júnior (2021).
- 8 Na já exposta concepção plural de privacidade, que inclui questões atinentes ao sigilo, também se pode conceber isso como uma interferência indevida nas escolhas do indivíduo de como construir sua própria esfera privada.
- 9 Esses são dois dos pressupostos para o exame de proporcionalidade de medidas restritivas de direitos fundamentais e, tendo em vista que foram a base para a decisão ora analisada, não se adentrará ao exame de proporcionalidade propriamente dito. Para um exame detalhado dos pressupostos e requisitos da restrição legítima de direitos fundamentais no processo penal, ver Zanoide de Moraes (2010, p. 310-329).
- 10 “A legalidade processual penal, como pressuposto formal para o exame da proporcionalidade, aufere toda sua justificação e impositividade do texto expresso da Constituição. O preceito do devido processo legal (art. 5º, inciso LIV, CR), em sua feição material (*substantive due process of law*), associado às regras da legalidade geral (art. 5º, inciso II, CR) e penal material (art. 5º, XXXIX, CR), formam a base jusfundamental que determina a imprescindibilidade de que toda medida estatal processual penal restritiva de direito fundamental seja prévia, escrita, estrita e se dirija a um fim constitucionalmente legítimo.” (ZANOIDE DE MORAES, 2010, p. 315).

Referências

- ALMEIDA, Ivo de. *A Prova Digital*. Porto: Librum, 2018.
- BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça (2. Turma). *HC 168.052/SP*. Rel. Min. Gilmar Mendes. DJe 20 out. 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345143997&ext=.pdf>. Acesso em: 05 fev. 2023.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). *AgRg no REsp 1.871.695*. Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe 10 maio 2021a. Disponível em: https://scon.stf.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202000954433&dt_publicacao=10/05/2021. Acesso em: 05 fev. 2023.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). *HC 674.185/MG*. Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe 20 ago. 2021b. Disponível em: https://scon.stf.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202101864837&dt_publicacao=20/08/2021. Acesso em: 05 fev. 2023.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). *AgRg no RMS 68.119*. Rel. Min. Jesuino Rissato, DJe 28 mar. 2022. Disponível em: https://scon.stf.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202104046013&dt_publicacao=28/03/2022. Acesso em: 05 fev. 2023.
- BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça (6. Turma). *HC 222.141/PR*. Rel. Min. Ricardo

Lewandowski. DJe 01 dez. 2022. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC222141.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2023.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. O alcance da proteção do sigilo das comunicações no Brasil. In: CRUZ, Francisco Brito; SIMÃO, Bárbara (eds.). *Direitos fundamentais e processo penal na era digital*: doutrina e prática em debate. v. IV. São Paulo: InternetLab, 2021.

LEONARDI, Marcel. *Tutela e privacidade na internet*. São Paulo: Saraiva, 2011.

QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; PONCE, Paula Pedigoni. 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*, v. 1, n. 1, p. 64-90, 2020.

SOLOVE, Daniel. *Understanding privacy*. Cambridge: Harvard University Press, 2008.

ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *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.

ZILLI, Marcos. A prisão em flagrante e o acesso de dados dispositivos móveis. Nem utopia, nem distopia. Apenas a racionalidade. In: ANTONIALLI, Denny; ABREU, Jacqueline de Souza (eds.). *Direitos fundamentais e processo penal na era digital*: doutrina e prática em debate. v. 1. São Paulo: InternetLab, 2018, p. 64-99.

Autor convidado

PROVAS OBTIDAS A PARTIR DO CONGELAMENTO DE CONTEÚDO DE CONTAS DA INTERNET: A DECISÃO DO MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI NO HC 222.141 FOI CORRETA?

EVIDENCE OBTAINED FROM THE FREEZING OF INTERNET ACCOUNTS CONTENT: WAS JUSTICE RICARDO LEWANDOWSKI'S DECISION IN HC 222.141 CORRECT?

Fernando Henrique Santos Terra

Mestrando em Direito Processual Penal pela USP. Pós-graduado em Direito Processual Civil e em Direito Constitucional. Promotor de Justiça.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8308530358715219>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8019-0921>

fhsterra@usp.br/fhsterra@gmail.com

Resumo: No julgamento do HC 222.141, o Ministro do Supremo Tribunal Federal Ricardo Lewandowski anulou todas as provas produzidas a partir do congelamento de conteúdos de contas de internet vinculadas à pessoa investigada, cujo pedido para a deflagração da providência foi formulado pelo Ministério Público com fundamento no previsto no Art. 13, § 2º, da Lei 12.965/2014, o cognominado “Marco Civil da Internet”. Neste artigo, pondera-se sobre o acerto da decisão tomada que, sob a alegação maior de violação ao direito fundamental à privacidade, reputou ilegal o atendimento da medida pelos provedores de internet, ainda que tenha sido sucedida por autorização judicial, nos termos legais. Obtempera-se que a posição suprema destoa da praxis probatória penal, notadamente por se tratar de solução que conflita com a sistemática das nulidades processuais e seus princípios.

Palavras-chave: Processo penal; Provas; Congelamento de conteúdos virtuais; Marco Civil da Internet; Direito à privacidade; Teoria das nulidades.

Abstract: In the judgment of HC 222.141, Supreme Court Justice Ricardo Lewandowski annulled all the evidence produced from the freezing of the contents of internet accounts linked to the person under investigation, whose request for the triggering of the measure was formulated by the Public Prosecutor's Office based on the provisions of Art. 13, § 2, of Law 12.965/2014, the so-called “Civil Rights Framework for the Internet”. In this article, we ponder on the correctness of the that, under the major allegation of violation of the fundamental right to privacy, considered illegal the fulfillment of the measure by internet providers, even if it was succeeded by judicial authorization, under legal the legal terms. It should be noted that the supreme position is not in line with the practice of criminal evidence, notably because it is a solution that conflicts with the system of procedural nullities and its principles.

Keywords: Criminal procedure; Evidences; Virtual content freezing; Civil Rights Framework for the Internet; Right to privacy; Theory of nullities.

1. O Habeas Corpus 222.141

Impetrado contra decisão do Superior Tribunal do Justiça (STJ), o HC 222.141 teve por objetivo desconstituir sucessivas decisões que mantiveram a regularidade de medida deferida sob os auspícios da Lei 12.965/2014, o Marco Civil da Internet. No caso, o Ministério Público do Paraná solicitou extrajudicialmente aos provedores de internet (Apple e Google), que congelassem de forma preventiva conteúdos específicos de contas virtuais de pessoas investigadas em razão da suspeita da prática de infrações penais no contexto de licitações no Detran daquele Estado.

O pedido formulado visava à “preservação dos dados e IMEI coletados a partir das contas de usuários vinculadas, tais como dados cadastrais, histórico de pesquisa, todo conteúdo de e-mail e iMessages, fotos, contatos e históricos de localização” (BRASIL, 2022a, p. 3). De acordo

com a impetrante, o conteúdo indicado não se enquadrava nos conceitos de “registros de conexão” ou de “registros de acesso a aplicações de internet”, para os quais o Marco Civil da Internet possibilita a formulação de requerimento administrativo de guarda cautelar, respectivamente no Art. 13, § 2º,¹ e no Art. 15, § 2º.²

E mesmo que o *Parquet* tenha obtido, posteriormente, provimento jurisdicional favorável ao acesso especificamente de todo o conteúdo solicitado, que, por sua vez, foi formulado com fundamento e no prazo do Art. 13, § 3º,³ do Marco Civil, defendia a impetrante que além da ilegalidade pela inadequação às mencionadas hipóteses, ocorreu também violação ao direito fundamental à privacidade em virtude de terem sido impedidos de utilizar livremente os dados que foram armazenados em decorrência do requerimento apresentado às plataformas.

A tese da impetrante, acolhida pelo Ministro Ricardo Lewandowski, do Supremo Tribunal Federal (STF), foi essencialmente pela violação do direito à privacidade. Para a concessão da ordem e anulação de todo o acervo probatório produzido no contexto da diligência provocada pelo Ministério Público, o Ministro concluiu que houve contrariedade à Constituição Federal e ao Marco Civil da Internet, pois a medida se constituiu em verdadeira medida cautelar ordenada por conta própria, sem autorização judicial, de todo conteúdo de comunicações telemáticas da impetrante.

Além disso, observou que o congelamento – e, conforme por ele destacado –, a: “consequente perda da disponibilidade [...] de todo o conteúdo de e-mails, mensagens, contatos e históricos de localização” (BRASIL, 2022b, p. 8), estaria albergada pela reserva de jurisdição, à vista do direito à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, à luz do Art. 5º, X, da Constituição Federal.

Por fim, assentou que a medida solicitada pelo Ministério Público se afastou completamente do que o Marco Civil definiu conceitualmente para a guarda cautelar de: “registros de conexão” e de: “registros de acesso a aplicações de internet”;⁴ de forma que a providência, tal como se deu, tratou-se de efetiva busca e apreensão prévia de conteúdos telemáticos para posterior formalização por ordem judicial: “em prática vedada por qualquer *standard* que se extraia da ordem constitucional vigente” (BRASIL, 2022b, p. 15).

2. A Decisão Foi Correta?

Não. Com todas as vênias ao Ministro e a suas colocações, pondera-se que a decisão caminha até certo ponto na jornada legítima e escorreita da tutela dos direitos e garantias fundamentais, mas se distancia de outros pontos igualmente relevantes, equivalentes ou até superiores, que envolvem mais do que somente a posição jurídica da paciente no *HC 222.141*.

De fato, o conteúdo indicado pelo Ministério Público na solicitação formulada aos provedores de internet não se enquadra no teor dos dispositivos que o legitimavam a adotar a providência estudada; vai além. No entanto, a casuística ganha outra dimensão quando observado que, a despeito do parcial descompasso, os provedores de internet Apple e Google acataram a solicitação administrativa na sua integralidade quando podiam recusar o seu cumprimento, em razão do que preconiza a legislação.

Além disso, é de bom alvitre pressupor que o Ministério Público não tenha agido de má-fé, seja por não ser comum a atuação deliberadamente ilegal, seja porque, consoante a máxima do Direito: a boa-fé se presume; a má-fé se comprova. Frise-se, porém, que não se quer estabelecer nenhuma espécie de defesa ou justificativa para eventuais violações a direitos fundamentais, com ou sem intenção.

Almeja-se, na verdade, salientar a circunstância da possibilidade de haver dúvida e boa-fé de todos os envolvidos quando a solicitação foi formulada aos provedores de internet para o congelamento dos dados dos investigados, até mesmo do próprio juízo de primeiro grau, que, poucos dias depois de o pedido de congelamento dos dados ter sido acatado, deferiu a sua disponibilização ao Ministério Público.

Esse detalhe não poderia ter sido meramente desconsiderado porque não há como negar que, para todos os efeitos, o Ministério

Público sempre atua no sentido de cumprir um mister investigativo de ordem constitucional, que prima pela tutela de outros interesses também de cariz fundamental – como, em último grau, o de segurança, expresso em diversas passagens do texto constitucional (Arts. 5º e 6º, 144, *capita*).

Logo, ao ser redesenhado o quadro julgado no *HC 222.141* para incluir outros aspectos merecedores de ponderação, constata-se: i) a existência de interesses fundamentais de ambas as partes – investigador/Estado e investigado; ii) a possibilidade de dúvida quanto aos termos e alcance da medida de congelamento dos dados virtuais; iii) a existência de indícios da prática de infrações penais em desfavor dos investigados, sem os quais a medida não obteria chancela jurisdicional posterior;⁵ iv) o estado e as consequências da reclamada violação ao direito de privacidade da impetrante.

Com isso, a questão relativa à violação ao direito de privacidade, antes de ser o argumento silenciador da discussão, merecia, no mínimo, que fosse cotejada com aqueles outros aspectos, ainda que para rejeitá-los. Além de não os abordar, a decisão estabelece como o único viés apenas a perspectiva da paciente, o que torna a solução sedimentada pelo STF, indiscutivelmente, limitada.

Com efeito, não houve o exame sob a ótica da teoria das nulidades, que, mesmo em relação às de caráter absoluto – como se dá em casos de violações a direitos fundamentais –, autoriza a aplicação do princípio do prejuízo ou da instrumentalidade das formas.⁶ Esta regra é: “a viga mestra em matéria de nulidade”.⁷

Em verdade, dados os inúmeros inconvenientes e perdas que a decretação de uma nulidade representa à persecução penal, não é razoável: “que a simples possibilidade de prejuízo dê lugar à sanção; o dano deve ser concreto e efetivamente demonstrado em cada situação” (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2011, p. 28). Tanto que o próprio STF admite a manutenção do ato judicial ainda que infirmado por nulidade absoluta quando não demonstrado haver prejuízo.⁸

Ainda nesse sentido:

A manutenção da eficácia do ato atípico ficará na dependência da demonstração de que a atipicidade não causou prejuízo algum. E será o juiz – a quem incumbe zelar pela regularidade do processo e observância da lei – que, para manter a eficácia do ato, deverá expor as razões pelas quais a atipicidade não impediu que o ato atingisse sua finalidade (BADARÓ, 2015, p. 790).

Portanto, se ao longo de todas as decisões nas instâncias inferiores a ausência de prejuízo não só foi um ponto discutido, como foi o próprio fundamento para a manutenção da investigação no primeiro grau, era mais do que razoável esperar que o Supremo Tribunal Federal também se debruçasse sobre essa questão.

No caso concreto, entre a solicitação do Ministério Público, o atendimento pelos provedores e a obtenção da autorização judicial de acesso ao que foi demandado (e não só aos “registros de conexão” e de “registros de acesso a aplicações de internet”) se passaram pouco menos de duas semanas (de 22/11 a 3/12/2019).

Nesse período, conforme a impetrante e o Ministro Ricardo Lewandowski, teria havido a perda da disponibilidade, por seus titulares, sobre os conteúdos telemáticos congelados. Com arrimo

em passagem do voto do também Ministro Edson Fachin na ADPF 403/DF, estabeleceu o Ministro Relator que a violação ao direito de privacidade se deu pela afronta ao: “direito de manter o controle sobre a sua própria informação e de determinar a maneira de construir sua própria esfera pública” (BRASIL, 2022b, p. 11).

Ocorre que, do ponto de vista semântico, e salvo melhor juízo, “perda” se relaciona com a ideia de definitividade, ou seja, deixa de poder fazer o que quiser, quando quiser e como quiser com o conteúdo privativo.

Entretanto, o que houve na hipótese fática foi de que, por 13 dias, os investigados até poderiam exercer o controle sobre os conteúdos telemáticos congelados, mas apenas parcialmente, pois continuariam guardados junto aos provedores de internet por força de medida inicialmente administrativa e, depois, judicial.

Logo, verifica-se ter ocorrido mera suspensão da possibilidade do controle absoluto sobre o conteúdo privativo, tornando-se definitiva a partir do momento em que, constatados os indícios da prática de ilícitos penais e procedido conforme a legislação de regência, aqueles elementos passariam a pertencer à investigação.

Vale dizer que, durante todo o período da alegada indisponibilidade, o conteúdo foi mantido sob absoluto sigilo, de forma que somente quem sempre teve, em tese, conhecimento dos dados virtuais – os investigados e os provedores de internet – assim permaneceu até o deferimento de acesso ao Ministério Público.

Sendo assim, realmente não se compreende qual foi o prejuízo experimentado pela impetrante se, em termos práticos, nada em sua situação jurídica foi alterada até ser expedida ordem judicial. Efetivamente, não há nem que se falar em “ameaça a direitos”; pois,

se havia indícios de ilícitos criminais que pesavam em desfavor dela e dos demais investigados, isso é justamente razão para que se autorizem medidas de ingerência à esfera individual ou patrimonial de uma pessoa, e não o contrário.

3. Considerações Finais

Da mesma forma que não se tolera lesão ou ameaça de lesão a direitos, principalmente os de caráter fundamental, do mesmo modo não se admite que nenhuma pessoa se arvore neles para cometer ilícitos e se furtar à aplicação da lei.

Ao conceder a ordem no HC 222.141 e anular todas as provas de operação levada a efeito pelo Ministério Público do Estado do Paraná, entende-se, com a devida vênia, que o Supremo Tribunal Federal se afastou da integralidade dos *standards* da ordem constitucional por ele mesmo preconizados, os quais, certamente, acolhem a sistemática das nulidades previstas na legislação processual penal.

Assim agindo, descurando-se da inexistência de prejuízo que autorizaria a manutenção de toda a investigação, a Corte Constitucional caminhou exclusivamente na direção do indivíduo, ainda que contra ele pesassem informações do cometimento de crimes e outras circunstâncias que, no caso, reclamavam por maior atenção.

Sob outro viés, a sociedade se viu descoberta e sozinha – nem sequer lembrada em seus interesses –, a qual, representada não só pelo *Parquet*, como também por todos os juízes de instância inferior (o Superior Tribunal de Justiça inclusive), laborou para manter tão custosa e desgastante hipótese de persecução penal.

A forma superou a finalidade.

Notas

- Art. 13. Na provisão de conexão à internet, cabe ao administrador de sistema autônomo respectivo o dever de manter os registros de conexão, sob sigilo, em ambiente controlado e de segurança, pelo prazo de 1 (um) ano, nos termos do regulamento. [...] § 2º A autoridade policial ou administrativa ou o Ministério Público poderá requerer cautelarmente que os registros de conexão sejam guardados por prazo superior ao previsto no caput (BRASIL, 2014, grifo nosso).
- Art. 15. O provedor de aplicações de internet constituído na forma de pessoa jurídica e que exerça essa atividade de forma organizada, profissionalmente e com fins econômicos deverá manter os respectivos registros de acesso a aplicações de internet, sob sigilo, em ambiente controlado e de segurança, pelo prazo de 6 (seis) meses, nos termos do regulamento. [...] § 2º A autoridade policial ou administrativa ou o Ministério Público poderão requerer cautelarmente a qualquer provedor de aplicações de internet que os registros de acesso a aplicações de internet sejam guardados, inclusive por prazo superior ao previsto no caput, observado o disposto nos §§ 3º e 4º do Art. 13 (BRASIL, 2014, grifo nosso).
- Art. 13. [...] § 3º Na hipótese do § 2º, a autoridade requerente terá o prazo de 60 (sessenta) dias, contados a partir do requerimento, para ingressar com o pedido de autorização judicial de acesso aos registros previstos no caput (BRASIL, 2014).
- Nos termos do Marco Civil da Internet, registros de conexão são: “o conjunto de informações referentes à data e hora de início e término de uma conexão à internet, sua duração e o endereço IP utilizado pelo terminal para o envio e recebimento de

- pacotes de dados” (Art. 5º, VI) e registros de acesso a aplicações da internet: “o conjunto de informações referentes à data e hora de uso de uma determinada aplicação de internet a partir de um determinado endereço IP” (Art. 5º, VIII) (BRASIL, 2014).
- O Art. 22 do Marco Civil da Internet define que: “a parte interessada poderá, com o propósito de formar conjunto probatório em processo judicial cível ou penal, em caráter incidental ou autônomo, requerer ao juiz que ordene ao responsável pela guarda o fornecimento de registros de conexão ou de registros de acesso a aplicações de internet. Parágrafo único. Sem prejuízo dos demais requisitos legais, o requerimento deverá conter, sob pena de inadmissibilidade: I - fundados indícios da ocorrência do ilícito; II - justificativa motivada da utilidade dos registros solicitados para fins de investigação ou instrução probatória; e III - período ao qual se referem os registros”. Vale, ainda, a menção ao Art. 23, pelo qual: “cabe ao juiz tomar as providências necessárias à garantia do sigilo das informações recebidas e à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem do usuário, podendo determinar sigredo de justiça, inclusive quanto aos pedidos de guarda de registro” (BRASIL, 2014, grifo nosso).
 - Vale a menção de que, em seu Art. 563, o Código de Processo Penal prevê que: “nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa” (BRASIL, 1941, grifo nosso).
 - TOURINHO FILHO *apud* BADARÓ, 2015, p. 790.
 - BRASIL, Supremo Tribunal Federal *apud* BADARÓ, 2015, p. 791.

Referências

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*, de 5 de outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso: 5 fev. 2023.

BRASIL. Decreto-lei 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 13 out. 1941. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 5 fev. 2023.

BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 24 abr. 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 5 fev. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). *Habeas Corpus* 626.683. Rel. Min. Olindo Menezes. Brasília, DF, 8 fev. 2022a. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202003003135&dt_publicacao=22/02/2022. Acesso em: 5 fev. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *Habeas Corpus* 222.141. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 1º dez. 2022b. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC222141.pdf>. Acesso em: 5 fev. 2023.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

Autor convidado

DIRETORIA EXECUTIVA

Presidente: **Renato Stanzola Vieira**
1.º Vice-Presidente: **Maria Carolina de Melo Amorim**
2.º Vice-Presidente: **Vinicius de Souza Assumpção**
1.ª Secretária: **Raquel Lima Scalcon**
2.º Secretário: **Bruno Shimizu**
3.ª Secretária: **Carina Quito**
1.ª Tesoureira: **Camila Torres Cesar**
2.º Tesoureiro: **Antonio Pedro Melchior**
Diretoras Nacionais das Coord. Regionais e Estaduais:
Juliana Sanches Ramos
Luanna Tomáz de Souza
Fernanda Pascoal Valle Bueno de Castilho



CONSELHO CONSULTIVO

Marina Pinhão Coelho Araújo
André Nicolitt
Ester Judite Rufino
Felipe Cardoso Moreira de Oliveira
Cleunice Aparecida Valentim Bastos Pitombo
Marcos Alexandre Coelho Zilli

OUIDORA

Alessandra Rapacci Mascarenhas Prado

BOLETIM IBCCRIM - ISSN 1676-3661

CONSELHO EDITORIAL: Ana Elisa Liberatore Silva Bechara (USP – São Paulo/SP), Aury Lopes Jr. (PUCRS – Porto Alegre/RS), Juevez Cirino dos Santos (UFPR – Curitiba/PR), Sérgio Salomão Shecaira (USP – São Paulo/SP), Luis Fernando Niño (Universidad de Buenos Aires/ Argentina), Vera Malaguti Batista (UERJ – Rio de Janeiro/RJ) e Vera Regina Pereira de Andrade (UFPR – Curitiba/PR).

EDITOR-CHEFE: Fernando Gardinali.

EDITORES/AS ASSISTENTES: Andrey Borges e Gessika Christiny Drakoulakis.

EDITORES EXECUTIVOS: Helen Christo e Willians Meneses.

ESTAGIÁRIA: Mabilly Cristina Oliveira dos Anjos.

EXPEDIENTE EDITORIAL: IBCCRIM

CORPO DE PARECERISTAS DESTA VOLUME: Adriane Pinto Rodrigues da Fonseca Pires (UFT – Palmas/TO), Alneir Fernando Santos Maia (FUMEC – Belo Horizonte/MG), André Lozano Andrade (USJT – São Paulo/SP), Anne Caroline Cobbe de Freitas (UNINTER – Curitiba/PR), Antonio Carlos Moni de Oliveira (UFU – Uberlândia/MG), Arthur Felipe Azevedo Barretto (USP – São Paulo/SP), Bárbara Brum Nery (PUC – Belo Horizonte/MG), Cristiane Bianco Panatieri (UFG – Goiânia/GO), Daiane Ayumi Kassada (USP – São Paulo/SP), Iany Elizabeth da Costa (UEPB – Campo Grande/PB), José Manuel de Sacadura Rocha (UPM – São Paulo/SP), Luís Gustavo Durigon (UNICRUZ – Cruz Alta/RS), Luiz Philipe Ferreira de Oliveira (USJT – São Paulo/SP), Mariana Colucci Goulart Martins Ferreira (PUC – Belo Horizonte/MG), Marina Oliveira Teixeira dos Santos (Universidad de Salamanca – Espanha), Rafael Junior Soares (PUC – Curitiba/PR), Ramiro Gomes von Saltiel (PUC – Porto Alegre/RS), Sara Vieira Antunes (USP – São Paulo/SP), Thiago Guilherme Nolasco (UERJ – Rio de Janeiro/RJ) e Victor Cezar Rodrigues da Silva Costa (FAC – Curitiba/PR).

AUTORES(AS) DESTA VOLUME: Ana Letícia Rodrigues da Costa Bezerra (Unb – Brasília/DF), Camila Torres Cesar (USP – São Paulo/SP), Fabrício Antônio de Araújo Feliciano (UFPB – João Pessoa/PB), Fernando Henrique Santos Terra (USP – São Paulo/SP), Lucas Ariebe Bezerra Medina (USP – São Paulo/SP), Lurã Azevedo de Oliveira (UFRN – Natal/RN), Nicole Emanuelle Carvalho Martins (PUC – Rio de Janeiro/RJ), Pedro Henrique Hernandez Argentina (UFMS – Pioneiros/MS), Pedro Luís de Almeida Camargo (Universidad de Salamanca – Espanha), Pedro Victor Porto Ferreira (UnB – Brasília/DF), Rafael de Alencar Araripe Carneiro (Humboldt-Universität Zu Berlin – Alemanha), Raphael Boldt (Goethe Universität Frankfurt am Main – UNI-FRANKFURT/Alemanha) e Thiago Rocha de Rezende (UERJ – Rio de Janeiro/RJ).

CAPA E PRODUÇÃO GRÁFICA: Able Digital | Tel.: (11) 97426-3650 | E-mail: contato@abledigital.com.br

REVISÃO: Primavera Assessoria Revisão de Textos | E-mail: primaverarevisao@gmail.com

IMPRESSÃO: Eskenazi Indústria Gráfica | Tel.: (11) 98424-0654

BASES DE DADOS INDEXADAS:



O Boletim do IBCCRIM circula exclusivamente entre os associados e membros de entidades conveniadas. O conteúdo dos artigos publicados expressa a opinião dos autores, pela qual respondem, e não apresenta necessariamente a opinião deste Instituto.

ENDEREÇO DO IBCCRIM:

Rua Onze de Agosto, nº 52, 2º andar, CEP 01018-010, S. Paulo/SP, Brasil.
Tel.: (11) 3111-1040 (tronco-chave)
www.ibccrim.org.br

LAB AUMENTE 2023 SUA CHANCE DE ENTRAR EM UMA PÓS-GRADUAÇÃO

CONFIRA AS VANTAGENS



Enriqueça o seu currículo com uma passagem pelo IBCCRIM, uma instituição tradicional de referência no Brasil e no exterior;



Desenvolva seu Networking com pessoas renomadas na área das Ciências Criminais;



Aumente as oportunidades de pesquisa e emprego no Brasil e no exterior (temos parceria com a Universidade de Coimbra, Portugal);



Contribua com a sociedade através das suas produções e constatações acadêmicas;



Desenvolva habilidades úteis para qualquer escolha profissional;



Conte com horas complementares na faculdade.

Inscreva-se
por apenas

R\$ **25**^{*}
,00

