

GERALDO PRADO

A CADEIA DE CUSTÓDIA
DA PROVA NO PROCESSO PENAL

2.^a Edição

 Marcial
Pons

MADRI | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO À SEGUNDA EDIÇÃO	13
1. APRESENTAÇÃO À PRIMEIRA EDIÇÃO	31
2. DA VERDADE À PROVA: OS CAMINHOS CRUZADOS DO DIREITO E DA EPISTEMOLOGIA JURÍDICA NA POLÍTICA DO PROCESSO PENAL	43
2.1. A verdade como colonizadora do discurso e das práticas penais: <i>realidade vs fato</i> no contexto jurídico.....	43
2.2. A <i>verdade</i> recolocada no âmbito das práticas penais: caminhando na direção do <i>conhecimento</i> e pelo fim da obsessão	49
2.3. A verdade como <i>indicador epistêmico</i> e o processo como <i>dispositivo</i>	54
3. A DOUTRINA DO CORPO DE DELITO	63
3.1. Elementos para uma sintética história do <i>corpus delicti</i> : notas preliminares	63
3.2. Uma breve história do corpo de delito	70
4. O PROCESSO PENAL COMO DISPOSITIVO SOB A ÓTICA DO ESTADO DE DIREITO E A LEGITIMIDADE DA PERSECUÇÃO PENAL	89
4.1. Estado de Direito e Processo Penal	90

4.2. A legitimidade da Persecução Penal e a oposição dicotômica acusatório-inquisitório relativamente à busca da verdade ..	95
4.3. O dispositivo processual em sua vertente probatória como articulador entre os vetores verdade processual e estado de direito	108
4.4. A reforma de 2008 e o procedimento trifásico: nas pegadas das transformações em outros estados democráticos	111
4.5. O dispositivo processual probatório e o exercício efetivo do direito de defesa em âmbito criminal	114
5. O DISPOSITIVO PROCESSUAL PROBATÓRIO E O SISTEMA DE CONTROLES EPISTÊMICOS	117
5.1. O direito da defesa de rastrear as fontes de prova: consideração preliminar	118
5.2. A etapa intermediária de admissibilidade da denúncia como filtro contra as acusações infundadas ou com lastro em prova ilícita como atividade própria do sistema de controles epistêmicos	120
5.3. A discovery e o sistema de controles epistêmicos	123
5.4. O controle de admissibilidade das provas	138
6. FIABILIDADE PROBATÓRIA E A CADEIA DE CUSTÓDIA DAS PROVAS	143
6.1. Fiabilidade probatória e valoração da prova: distinção necessária e seu enfoque no contexto da investigação criminal	143
6.2. A autenticidade da prova como premissa da fiabilidade: <i>a mesmidade e o princípio da desconfiança</i>	150
6.3. A cadeia de custódia das provas como consectário lógico do princípio da legalidade	154
6.4. A cadeia de custódia das provas na Lei nº 13.964/2019 – Código de Processo Penal	162
7. A CADEIA DE CUSTÓDIA DAS PROVAS DIGITAIS	173
7.1. A cadeia de custódia das provas relativamente aos métodos ocultos, as técnicas especiais de investigação (TIES) e as provas digitais: considerações iniciais	175

7.2. A investigação das infrações penais por meio de prova digital: os cuidados para a preservação das fontes de prova. Aspectos gerais e o ônus da prova	191
7.3. Os riscos que derivam da quebra da cadeia de custódia das provas relativamente aos métodos ocultos, as técnicas especiais de investigação (TIES) e as provas digitais.....	201
7.4. Sobre a inadmissibilidade da prova obtida por meio da violação da sua cadeia de custódia: tratamento de prova ilícita	205
8. POUCAS PALAVRAS A TÍTULO DE CONCLUSÃO	215
9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	219
ANEXO	241

APRESENTAÇÃO À 2ª EDIÇÃO:

**PREMISSAS DE UM ESTUDO
SOBRE O SISTEMA DE CONTROLES
EPISTÊMICOS QUE REGULA A PROVA PENAL
NO ÂMBITO DO ESTADO DE DIREITO**

I – Sou grato ao público pela excelente acolhida da primeira edição deste livro, tanto em sua versão em português como em espanhol, e o consequente incentivo à publicação da segunda edição, estimulada por vários fatores que convém explicitar ainda que de forma resumida.

O fator primeiro e mais imediato, diretamente relacionado ao Brasil, está configurado no advento da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, que alterou o Código de Processo Penal brasileiro e estabeleceu regime jurídico específico para o tratamento da cadeia de custódia das provas no capítulo do Código dedicado ao exame de corpo de delito e às perícias em geral.

Antes mesmo dessa explicitação por meio da lei nova, lei que, como será visto, não *institui* a «cadeia de custódia das provas» no direito brasileiro, uma vez que a preservação da integridade das provas e a garantia de sua autenticidade decorre do próprio modelo probatório tradicional, vários órgãos executivos que por força de sua atividade principal ou secundária lidam com elementos probatórios passaram a estipular protocolos específicos para a cadeia de custódia.

O Brasil é uma república federativa e além da justiça federal, que também atua segmentada em seções judiciárias distribuídas no território nacional, há justiças e polícias estaduais. Essa pluralidade de órgãos é causa da multiplici-

dade de protocolos sobre cadeia de custódia, protocolos que passam a ter suas balizas definidas no Código de vigência nacional, aplicado indistintamente ao processo penal na esfera federal, no âmbito estadual e também no que concerne ao processo criminal eleitoral e ao que tramita desde o início nos tribunais, incluindo os superiores.

Era necessário, portanto, tratar da nova lei brasileira.

II – O segundo aspecto a justificar a presente edição se refere à natureza da relação que se estabelece entre a cadeia de custódia das provas e o corpo de delito. Do ponto de vista prático a pertinência da análise decorre da percepção de dois problemas que a nova lei brasileira suscitou e que, na opinião defendida no texto, não serão adequadamente solucionados caso não se coloque a cadeia de custódia em perspectiva, sob o prisma do exame de corpo de delito.

São eles o da incidência temporal das regras introduzidas pela lei de 2019 e o de saber em que *setor* da atividade probatória são definidas as regras relativas às consequências jurídicas da violação da cadeia de custódia: se no da admissibilidade do elemento probatório ou se no de sua valoração.

Em geral, os comentários às novas leis, principalmente em sistemas jurídicos identificados com a experiência jurídica continental europeia, ainda carregam a herança metodológica das glosas e comentários que parcialmente caracterizaram o direito europeu ocidental do medievo.¹

Não faz sentido, no entanto, que em pleno Século XXI juristas sejam comentadores e intérpretes de leis e de decisões dos tribunais, malgrado se reconheça a inequívoca importância destas análises para o aperfeiçoamento do direito. O papel da dogmática como fonte do direito cobra que se vá bem além disso e para alcançar este escopo reputo imprescindível mergulhar na história das experiências jurídicas.²

1. Para uma visão geral do método das glosas: GARCÍA Y GARCÍA, Antonio. As Faculdades de Direito. Capítulo 12. In: RÜEGG, Walter (Coord. geral); RIDDER-SYMOENS, Hilde de (Coord.). *Uma História da Universidade na Europa*. Volume I: As Universidades na Idade Média. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 1996. p. 393-394.

2. Acerca desta opção metodológica no campo da história do direito coincido com Paolo Grossi, quando afirma: “Um instrumento adequado para a compreensão e a correta ordenação do material que temos diante de nós nos parece o esquema da «experiência jurídica» como esquema interpretativo ordenador e unificador do devir histórico-jurídico” (GROSSI, Paolo. *El orden jurídico medieval*. Trad. de Francisco Tomás y Valiente e Clara Álvarez. Madrid: Marcial Pons, 1996. p. 44). Penso que este pressuposto metodológico está em harmonia com duas outras noções igualmente importantes: a do *direito como cultura*, conforme Camilo Cardoso de Mello Prado (PRANDO, Camila Cardoso de Mello. *O saber dos juristas e o controle penal: o debate doutrinário na revista de direito penal (1933-1940) e a construção da legitimidade pela defesa social*. Rio de Janeiro: Revan, 2013. p. 14), e do *direito* como “grande reservatório de símbolos sociais emocionalmente importantes”, na esteira das

As práticas jurídicas, pois, têm sua história, história mais ou menos visível conforme o método empregado pelo analista para aproximar-se de institutos e instituições jurídicas. A compreensão dessa história, na medida em que é possível confiar nas fontes indiretas que a revelam, configura critério de orientação imprescindível à contextualização das categorias jurídicas.

Evidentemente, não se trata de história *linear*, idealizada como fruto do «progresso da civilização», como até o século XIX ainda era suposta a disciplina de forma acrítica. A história das experiências jurídicas deve tentar capturar a relação nem sempre clara, nem sempre explícita, entre *poder* e *direito*, entre o *político* e o *factual*, o que reclama do jurista posturas e ferramentas teóricas que viabilizem uma especial capacidade de diálogo intergeracional.³

A história das ideias e dos conceitos é, portanto, percurso incontornável a ser enfrentado pelo jurista quando se trata de saber o *como* e o *porquê* do exame de corpo de delito, por exemplo, na organização e funcionamento de estruturas de arbitramento de castigo ideologicamente tão distintas.⁴ Neste

análises de Edmundo S. Hendler (HENDLER, Edmundo. Enjuiciamiento penal y conflictividad social. In: MAIER, Julio Bernardo J.; BINDER, Alberto M. (Comps.). *El Derecho Penal Hoy*. Homenaje al Profesor David Baigún. Buenos Aires: Editores del Puerto s.r.l., 1995. p. 379). A percepção do universo normativo que toma em consideração o funcionamento concreto das instituições e o modo como a regulação social é assimilada e vivida pelas sociedades humanas, por meio de práticas sociais, está mais bem preparada para capturar a riqueza destas experiências e suas contradições no contexto de arbitramento institucional de responsabilidade.

3. Para se ter noção da importância deste tipo de análise, Grossi, ao tratar do pluralismo jurídico no medievo, advertirá para uma espécie de dicotomia que em determinado momento caracterizará a separação entre “a esfera do jurídico e a do factual”, algo que particularmente interessa ao nosso tema principal. GROSSI, Paolo. *El orden jurídico medieval*. Trad. de Francisco Tomás y Valiente e Clara Álvarez. Madrid: Marcial Pons, 1996. p. 75.

4. Ao investigar o percurso histórico da prova legal no processo criminal europeu ocidental do medievo, Giorgia Alessi Palazzolo afasta-se do senso comum para com base em fontes da época apontar a contradição interna de um sistema cuja inspiração, em tese, consistia em limitar os poderes judiciais de valoração da prova, mas que conviveu com esquemas de livre convencimento por meio da conversão de procedimentos visando a aplicação das chamadas «penas extraordinárias». As contradições concretas dos sistemas de responsabilização criminal somente são notadas quando o direito é considerado pelo ângulo da experiência jurídica. Será visto que a «experiência jurídica» como ferramenta analítica caracteriza-se por ser um recurso indispensável para compreender a configuração dos paradigmas dogmáticos do saber penal e para entender, à luz da advertência de Camila Prando, que se no século XIX e início do século XX “as fartas narrativas históricas e teóricas de modelos centrais de sistemas punitivos ganhavam em nossas narrativas um lugar central no nosso imaginário da punição”, isso de maneira alguma é o retrato fiel e linear de uma relação “atraso-avanço” do saber penal entre periferia e centro. Vale aqui antecipar, ainda na esteira das lições de Camila Prando e à luz dos elementos que nos permitem ajuizar a relação entre o pensamento jurídico-penal dos países centrais nos séculos XIX e XX, em sua relação com o periférico Brasil, que se o “modelo constitutivo do saber [penal], transnacionalizado, lançado fora de seus contextos de origem... encontrou um reflexo minimamente homogeneizador na codificação da segunda Reforma”, o contexto brasileiro processou a ideia liberal das garantias por meio de chaves de leitura e interpretação claramente focadas na defesa social. Sustento que a longevidade da escravidão e o racismo estrutural que decorreu da experiência escravagista explicam em parte considerável o compromisso das elites liberais brasileiras

ponto há coincidência com o que sublinha Reinhart Koselleck: “Sem formações sociais e sem os conceitos com os quais tais formações – de modo reflexivo ou autorreflexivo – tentam definir e vencer os desafios que se lhes apresentam, não existe história”.⁵

A história não se resume à história dos conceitos, mas é neste sentido que se pode perceber que a história do exame de corpo de delito é antiga, marcada por tensões, idas e vindas, que se confundem em razão *dos e pelos* objetivos e funções demarcados no Ocidente às justiças criminais, desde a Roma antiga republicana ao Século XX, quando o instituto é consagrado nos códigos de processo penal, passando pelo medievo das Bulas *ad abolendam* (1184) e *Vergentis in senium* (1199),⁶ e posteriormente pelo Renascimento italiano e o Iluminismo.

A cadeia de custódia das provas vista na perspectiva do direito da tradição continental europeia demanda o conhecimento do papel que o exame de corpo de delito joga na alegada determinação dos fatos. E há mais, claro, como poderá ser observado no capítulo próprio.

O que interessa aqui é que as duas questões pragmáticas que foram colocadas – a eficácia intertemporal da nova lei e a definição das consequências jurídicas da violação da cadeia de custódia – não são solucionáveis pura e simplesmente arriscando uma interpretação *seca* dos novos preceitos dispositivos. Do ponto de vista metodológico, agir assim levaria o intérprete a incorrer no mesmo equívoco de acreditar em *fatos brutos* como objeto do conhecimento proporcionado pela prova, o que traduziria uma inocência hermenêutica equivalente à inocência epistêmica.

III – O terceiro motivo a justificar a nova edição o associa ao que me pareceu bastante insuficiente na anterior: o tratamento que deve ser dedicado ao juízo de admissibilidade da prova. O tema está articulado à exigência de

com as práticas jurídicas mais abertamente antiliberais. A ignorância deste contexto de formação e consolidação da justiça criminal brasileira prejudica a interpretação/aplicação de normas processuais penais de inspiração garantista, como é o caso da exigência do exame de corpo de delito e a da observância da cadeia de custódia das provas. PALAZZOLO, Giorgia Alessi. *Prova legale e pena: La crisi del sistema tra evo medio e moderno*. Nápoles: Jovene Editore, 1979. p. 33; PRADO, Camila Cardoso de Mello. *O saber dos juristas e o controle penal: o debate doutrinário na revista de direito penal (1933-1940) e a construção da legitimidade pela defesa social*. Rio de Janeiro: Revan, 2013. p. 13 e 28-29.

5. KOSELLECK, Reinhart. *Histórias de conceitos: Estudos sobre a semântica e a pragmática da linguagem política e social*. Trad. de Markus Hediger. Rio de Janeiro: Contraponto, 2020. p. 19.

6. As bulas na sequência de significativo texto de apresentação de Leandro Rust: RUST, Leandro Duarte. Bulas inquisitoriais: *Ad Abolendam* (1184) e *Vergentis in Senium* (1199). *Revista de História*, n. 166, p. 129-162. Disponível em: <https://doaj.org/article/0abfd59c493f479eb5a9b4b33715d5d2> e <https://www.revistas.usp.br/revhistoria/article/view/48532/5245>. Consultado em: 02 de junho de 2021.

instauração e preservação da cadeia de custódia das provas e à determinação das consequências da sua violação, mas merece abordagem mais cuidadosa porque é necessário evidenciar o vínculo entre a estrutura do procedimento e as múltiplas atividades probatórias no contexto do estado de direito. Espero ter atingido meu objetivo, algo que evidentemente será mais bem ajuizado pelo leitor e pela leitora.

IV – Por fim, ainda que haja resistências obstinadas, a maior parte delas provocada pelo justo receio de uma espécie de supressão do caráter jurisdicional do arbitramento de responsabilidade penal, com transferências e delegações de poder a entes privados e/ou agentes públicos que não exercem a jurisdição, o fato é que, como sublinha Pere Simón Castellano, “[a] Justiça será digital ou não será Justiça”.⁷

Hoje, o tema da cadeia de custódia é o da cadeia de custódia das provas digitais.⁸ É ainda o do mundo em rede, interconectado, mas igualmente de uma aldeia global hipervigiada. Um olhar atento ao capítulo do corpo de delito já permitiria apreender nas tecnologias inquisitoriais as formas ideológicas de controle de corpos individuais e de coletivos humanos que atualmente estão em plena expansão, a demandar resistência pela via de novos direitos fundamentais, cuja estrutura, objeto e sujeitos não coincidem mais por completo com os elementos consagrados no pós-guerra no Século XX.

O arbitramento de responsabilidade criminal há muito é uma prática complexa e o é por um número expressivo de motivos cuja nomeação fugiria aos propósitos do presente trabalho. Alguns deles, no entanto, devem ser destacados pois se relacionam de forma direta com o atual estado de coisas.

Ao analisar a transição entre a pena privada e a pena pública, na esfera do direito visigótico ao tempo do *Liber Iudiciorum*, Nilo Batista propõe o abandono de uma ilusão que acompanha os penalistas e processualistas penais até os nossos dias. Adverte Nilo:

“Um último aspecto pede nossa atenção, ao olhar para esta pena pública visigótica que engatinha: as delegações penais. Percamos, nesta remota estação da longa viagem apenas iniciada, uma ilusão: a concentração de poder penal

7. SIMÓN CASTELLANO, Pere. *Justicia cautelar e inteligencia artificial: La alternativa a los atávicos heurísticos judiciales*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2021. p. 65.

8. Conforme pesquisas referidas por Linda Geddes, hoje, no Reino Unido, mais de 90% das provas em processos criminais são provas digitais. GEDDES, Linda. Digital forensics experts prone to bias, study shows. *The Guardian*, 31 de maio de 2021. Disponível em: https://www.theguardian.com/science/2021/may/31/digital-forensics-experts-prone-to-bias-study-shows?CMP=Share_iOSApp_Other. Consultado em: 09 de junho de 2021.

que implica a construção da pena pública jamais se exerce sem a participação privada das classes sociais dominantes.”⁹

O atual estágio de concentração do poder digital em mãos de pouquíssimas corporações haveria de impactar o nosso assunto.

Isso é assim, como alertado no início, pela inevitabilidade da investigação criminal e do processo penal recorrerem às provas digitais que, em boa parte, transitam por meios cuja proteção contra a intervenção censória estatal termina por promover novas formas de seletividade penal.

Ao tratar do *Reino das Online Giants*, Rikke Frank Jørgensen chama atenção para o imenso poder que companhias como Facebook e Google exercem a ponto de influenciar os direitos humanos em áreas tradicionalmente reservadas aos governos, operando fora do alcance dos marcos legais tradicionais destes direitos.¹⁰

Ao que interessará ao tratamento da cadeia de custódia das provas digitais é possível extrair preciosas lições das preocupações mais gerais de Jørgensen. Este autor investiga e aponta o fato de as *Online Giants*, detentoras de estupenda quantidade de informações, da tecnologia para sua captação, preservação e tráfico atuarem no mundo todo em uma relação nem sempre clara, nem sempre simétrica, nem sempre da mesma maneira, com as diversas agências criminais de investigação.

A natureza da cooperação destas entidades privadas com as agências de investigação dos diversos países é variável e em alguns casos as agências são obrigadas a atuar em cooperação com os setores de investigação das próprias corporações e não o contrário.¹¹

Como demonstra Fernando Gascón Inchausti, este é um contexto com múltiplas implicações, desde a externalização das investigações, com “medidas de investigação executadas materialmente por empresas privadas”, passando por “investigações internas empresariais” de mais amplo espectro e alcançando o reconhecimento do caráter essencial da atividade pericial, a ponto de se questionar se o perito segue sendo auxiliar do tribunal ou converte-se ele próprio em «fonte de prova».¹²

9. BATISTA, Nilo. *Matrizes Ibéricas do Sistema Penal Brasileiro* – I. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, Instituto Carioca de Criminologia, 2002. p. 88.

10. JØRGENSEN, Rikke Frank. Rights Talk: In the Kingdom of Online Giants. In: JØRGENSEN, Rikke Frank (Ed.). *Human Rights in the age of platforms*. Cambridge: MIT Press, 2019. p. 163.

11. “... law enforcement by public authorities must go hand in hand with privatized enforcement by companies.” JØRGENSEN, Rikke Frank. Rights Talk: In the Kingdom of Online Giants. In: JØRGENSEN, Rikke Frank (Ed.). *Human Rights in the age of platforms*. Cambridge: MIT Press, 2019. p. 176.

12. GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. Desafíos para el proceso penal en la era digital: externaliza-

Além disso, há de se observar as dificuldades criadas por um constante desenvolvimento das perícias digitais quase o tempo todo em caráter reativo, como sublinham Irfan Ahmed e Vassil Roussev, ao tratar dos elementos probatórios armazenados nas nuvens. Os mesmos Ahmed e Roussev assinalam corretamente a importância de uma nova perspectiva neste campo.¹³

V – É impossível tratar da prova digital, que caminha a passos largos para ser a mais comum das provas no processo penal, ignorando o papel significativo que desempenham poderosos sujeitos privados e o domínio de conhecimentos altamente sofisticados que se requer para o esclarecimento dos fatos. Uma presunção genérica de boa-fé dos envolvidos no processo de arbitramento da responsabilidade penal é incompatível com as legítimas expectativas de proteção das pessoas *no e pelo* processo penal.

A isso se soma a advertência de Juarez Tavares e Rubens Casara acerca da “tendência conservadora dos atores do sistema de justiça em práticas explicitamente ligadas aos interesses dos detentores do poder econômico... a partir da adesão do mundo jurídico à racionalidade neoliberal”.¹⁴

Em artigo publicado em janeiro de 2021, que resumia considerações que apresentei em palestra proferida em Portugal,¹⁵ expressamente me referi à apreciação de Wolfgang Hoffmann-Riem acerca do reconhecimento pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão de que a tutela da autodeterminação informativa fora ultrapassada na direção da proteção constitucional especial dos sistemas de tecnologia de informação e comunicação.¹⁶

Wolfgang Hoffmann-Riem é professor-associado de Inovação e Direito da Bucerius Law School, Hamburgo, e como informa Ingo Sarlet, é também professor catedrático de Direito Público da Universidade de Hamburgo e foi juiz do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha entre 1999 e 2008.

ción, sumisión pericial e inteligencia artificial. In: CONDE FUENTES, Jesús; SERRANO HOYO, Gregorio (Dir.). *La justicia digital en España y la Unión Europea: situación actual y perspectivas de futuro*. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2019. p. 193-201.

13. AHMED, Irfan; ROUSSEV, Vassil. Analysis of Cloud Digital Evidence. In: CHEN, Lei; TAKABI, Hassan; LE-KHAC, Nhien-An (Ed.). *Security, Privacy, and Digital Forensics in the Cloud*. Hoboken, Singapura: John Wiley & Sons, 2019. p. 302-303.

14. TAVARES, Juarez; CASARA, Rubens. *Prova e verdade*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. p. 14.

15. PRADO, Geraldo. Breves notas sobre o fundamento constitucional da cadeia de custódia da prova digital. *Geraldo Prado*, 22 de janeiro de 2021. Disponível em: <https://geraldoprado.com.br/artigos/breves-notas-sobre-o-fundamento-constitucional-da-cadeia-de-custodia-da-prova-digital/>. Consultado em: 02 de junho de 2021.

16. HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. *Teoria geral do direito digital*. Transformação digital. Desafios para o direito. Trad. de Italo Fuhrmann. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 49.

Embora pareça cansativo em uma apresentação de nova edição, creio que é interessante reproduzir as palavras do próprio professor alemão, quer para reiterar a tradução fiel de sua opinião sobre duas importantes decisões do referido tribunal, quer para na sequência referir trechos das decisões pelas preocupações que emanam e, finalmente, reconhecendo o imenso valor da contribuição germânica ao tema, retornar à perspectiva decolonialista que orienta minha específica visão do assunto e que proponho que vá além daquilo que está mencionado por Wolfgang Hoffmann-Riem como a trajetória até então percorrida.

É essencial clarificar este ponto porque, como mencionei, a doutrina crítica deve oferecer contribuição efetiva para a definição em termos mais adequados de problemas que não se apresentam da mesma forma em todos os lugares e que, pois, reivindicam que sejam colocadas em perspectiva as diversas experiências jurídicas, em um processo de troca que deve ser o menos possível resultado da hegemonia de uma cultura sobre a outra.

Não custa aqui lembrar a pensadora italiana Elisabetta Grande, que alerta para o risco de que o processo de «importação de soluções jurídicas» resulte em mera «circulação simbólica» de modelos de justiça a partir do suposto prestígio de que gozaria certo modelo em face dos nativos.¹⁷

Com efeito, comentando a decisão de 2008 do Tribunal Constitucional Federal alemão, decisão que será referida no capítulo próprio desta nova edição, Wolfgang Hoffmann-Riem expressamente afirma:

“No entanto, como se verificou **que** existem lacunas na proteção deste direito fundamental, o Tribunal Constitucional Federal formulou uma nova definição de direitos fundamentais em 2008, por ocasião da revisão de uma lei para permitir buscas estatais *on-line* ou vigilância de telecomunicações de origem – combinada com a possibilidade de colocar vírus (os chamados *malwares*) em computadores com a finalidade de espionagem e, se necessário, manipulação dos mesmos. Isso foi designado de ‘direito fundamental para garantir a confidencialidade e integridade dos sistemas de tecnologia de informação’. Frequentemente, isto é abreviado para direitos fundamentais de TI (às vezes também, na minha opinião, de forma muito restrita, para direitos fundamentais de informática) ...

Na visão do Tribunal Constitucional Alemão, a proteção da liberdade também deve se aplicar ao nível do sistema quando se utilizam novos e cada vez mais complexos sistemas de tecnologia de informação que ampliam as possibilidades de análise, **e deve ser estendida, em particular, para garantir a integridade e confidencialidade dos próprios sistemas de tecnologia da**

17. GRANDE, Elisabetta. *Imitação e direito: hipóteses sobre a circulação dos modelos*. Trad. de Luiz Fernando Sgarbossa. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009. p. 23.

“Se, entretanto, dados relevantes para a área central não puderem ser filtrados antes ou no momento da coleta de dados, o acesso ao sistema de tecnologia da informação é, no entanto, permitido, mesmo que seja provável que dados altamente pessoais também possam ser coletados incidentalmente. A este respeito, o legislador deve levar em conta a necessidade de proteção da pessoa em questão, colocando em vigor salvaguardas nos níveis de análise e uso, e minimizando os efeitos de tal acesso. É atribuída importância decisiva à triagem por um órgão independente que filtra as informações relevantes à área central antes da sua disponibilidade e uso pelo Departamento de Polícia Criminal Federal (cf. BVerfGE 120, 274 < 338 e 339 >).”²¹

[...]

“2. § 20v seção 4 sentença 2 n°. 2 BKAG, sobre o uso de dados para a proteção de testemunhas e outras pessoas, também é incompatível com os requisitos constitucionais. Devido à sua falta de especificidade isoladamente considerada, a referência irrestrita e geral aos deveres do Departamento de Polícia Criminal sob § 5 e § 6 BKAG não satisfaz os *standards* desenvolvidos acima.”²²

A perspectiva objetivo-legal resulta claramente visível no julgado de 2008, sem prejuízo do foco na subjetivo-legal:

Bundesverfassungsgericht. BVerfGE 120, 274 – Julgamento de 27 de fevereiro de 2008:²³

em inglês disponível em: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2016/04/rs20160420_1bvr096609en.html. Consultado em: 19 de janeiro de 2021.

21. Tradução livre da versão em inglês. No original (inglês): “If, however, data relevant to the core area cannot be filtered out before or at the time of the data collection, access to the information technology system is nevertheless permissible even if it is probable that highly personal data too might incidentally be collected. In this respect, the legislature must take into account the need for protection of the person concerned by putting in place safeguards at the levels of analysis and use, and by minimising the effects of such access. Decisive significance attaches to the screening by an independent body that filters out information relevant to the core area prior to its availability to and use by the Federal Criminal Police Office (cf. BVerfGE 120, 274 < 338 and 339 >).”. ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal da Alemanha). BVerfGE 141, 220. 1 BvR 966/09; 1 BvR 1140/09. Decisão. Data: 20 de abril de 2016. Parágrafo n°. 220. Versão em inglês disponível em: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2016/04/rs20160420_1bvr096609en.html. Consultado em: 19 de janeiro de 2021.

22. Tradução livre da versão em inglês. No original (inglês): “2. § 20v sec. 4 sentence 2 no. 2 BKAG, on the use of data for the protection of witnesses and other persons, is also incompatible with constitutional requirements. Due to its lack of specificity alone, the unrestricted and general reference to the duties of the Federal Criminal Police Office under § 5 and § 6 BKAG does not satisfy the standards developed above.”. ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal da Alemanha). BVerfGE 141, 220. 1 BvR 966/09; 1 BvR 1140/09. Decisão. Data: 20 de abril de 2016. Parágrafo n°. 303. Versão em inglês disponível em: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2016/04/rs20160420_1bvr096609en.html. Consultado em: 19 de janeiro de 2021.

23. ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal da Alemanha).

“1. O direito geral da personalidade (artigo 2.1 em conjunto com o artigo 1.1 da Lei Fundamental (*Grundgesetz - GG*)) abrange o direito fundamental à garantia da confidencialidade e integridade dos sistemas de tecnologia da informação.

2. A infiltração secreta de um sistema de tecnologia da informação por meio da qual o uso do sistema pode ser monitorado e sua mídia de armazenamento pode ser lida é somente constitucionalmente admissível se existirem indícios factuais de um perigo concreto a um interesse jurídico predominantemente importante. Predominantemente importantes são a vida, a integridade física e a liberdade do indivíduo ou tais interesses do público uma ameaça à qual afeta a base ou a existência continuada do Estado ou a base da existência humana. A medida já pode ser justificada mesmo que ainda não seja possível determinar com suficiente probabilidade que o perigo surgirá no futuro próximo, na medida em que certos fatos indiquem um perigo posto ao interesse legal predominantemente importante por indivíduos específicos no caso individual.

3. A infiltração secreta de um sistema de tecnologia da informação deve, em princípio, ser colocada sob reserva de uma ordem judicial. O estatuto que concede poderes para realizar tal intromissão deve conter precauções a fim de proteger a área central da vida privada.

4. Na medida em que o poder é restrito a uma medida estatal por meio da qual o conteúdo e as circunstâncias da telecomunicação contínua são coletados na rede de computadores, ou os dados a ela relacionados são avaliados, a violação deve ser medida somente em relação ao artigo 10.1 da Lei Básica.

5. Se o Estado obtiver conhecimento do conteúdo da comunicação via Internet pelo canal tecnicamente fornecido, isto só constituirá uma violação ao Artigo 10.1 da Lei Básica se o órgão estatal não estiver autorizado a obter tal conhecimento por aqueles envolvidos na comunicação.

6. Se o Estado obtiver conhecimento de conteúdo de comunicação publicamente acessível na Internet, ou se participar de processos de comunicação publicamente acessíveis, em princípio, ele não invade os direitos fundamentais.”²⁴

BVerfGE 120, 274. 1 BvR 370/07; 1 BvR 595/07. Decisão. Data: 27 de fevereiro de 2008. Versão em inglês disponível em: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2008/02/rs20080227_1bvr037007en.html. Consultado em: 14 de janeiro de 2021.

24. Tradução livre da versão em inglês. No original (inglês): “1. The general right of personality (Article 2.1 in conjunction with Article 1.1 of the Basic Law (*Grundgesetz - GG*)) encompasses the fundamental right to the guarantee of the confidentiality and integrity of information technology systems.

2. The secret infiltration of an information technology system by means of which the use of the system can be monitored and its storage media can be read is constitutionally only permissible if factual indications exist of a concrete danger to a predominantly important legal interest. Predomi-