

ADRIANO YAMAZAWA

OUTROS TRABALHOS EM:

www.projetoderedes.com.br

A ACEITAÇÃO DA PROVA ELETRÔNICA NO ÂMBITO CRIMINAL

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SANTOS

BACHARELADO EM DIREITO

SANTOS – 2009

ADRIANO YAMAZAWA

A ACEITAÇÃO DA PROVA ELETRÔNICA NO ÂMBITO CRIMINAL

Trabalho de conclusão de curso apresentado à banca examinadora da Faculdade de Direito da Universidade Católica de Santos, como exigência parcial para obtenção do grau de bacharel em direito.

Orientador Professor Antônio Frederico Ozanan C. Souto Corrêa.

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SANTOS

SANTOS – 2009

Yamazawa, Adriano

A aceitação da prova eletrônica no âmbito criminal / Adriano Yamazawa. --
2009.

69 fls.

Bacharelado de Direito – Universidade Católica de Santos, Santos, 2009.

1. Prova Eletrônica 2. Direito Eletrônico 3. Trabalho de Conclusão de Curso I.
Título.

ADRIANO YAMAZAWA

A ACEITAÇÃO DA PROVA ELETRÔNICA NO ÂMBITO CRIMINAL

Trabalho de conclusão de curso
apresentado à banca examinadora da
Faculdade de Direito da Universidade
Católica de Santos, como exigência parcial
para obtenção do grau de bacharel em
direito.

SANTOS, _____ de _____ de _____.

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso buscou analisar a aceitação da prova obtida através de meios eletrônicos junto ao direito processual penal brasileiro, assim como os métodos de obtenção e utilização de provas eletrônicas no âmbito criminal. Por ser um tema extremamente atual, de grande relevância à vida moderna, pois a comunicação ocorre em tempo real e a conectividade é ininterrupta, a importância deste estudo vem elucidar a existência de maneiras práticas de se provar ou evidenciar um delito junto ao ambiente eletrônico. A pesquisa também teve como objetivo a compilação de argumentos favoráveis ao reconhecimento das provas obtidas por meios digitais. Também foi demonstrada a resistência jurídica na aceitação de tais evidências. O método utilizado foi pesquisa bibliográfica e sítios da Internet relacionados ao tema. Atualmente, com a migração do mundo real ao virtual, vê-se necessário o conhecimento deste novo ambiente chamado eletrônico, assim como seus principais crimes e o direito que o rege. Devido a tais ilícitos cometidos neste ambiente eletrônico, surge a necessidade da admissão das provas obtidas através de meios digitais, pois esta é a única forma possível de evidenciar o delito neste novo ambiente. Para que seja possível a discussão do tema proposto, é necessário a abordagem de assuntos considerados “pré-requisitos”, como os que vem a seguir: noções de prova criminal no direito brasileiro – conceito, noções gerais, meios de prova, prova emprestada, provas ilícitas, interrogatório judicial e videoconferência, alterações da temática provas no processo penal e provas no direito constitucional; explicações sobre o ambiente, crimes e direito eletrônico; a visão teórica e prática da aceitação das provas eletrônicas no âmbito criminal e a confiabilidade dos documentos eletrônicos; e as provas eletrônicas na visão dos tribunais – pesquisa jurisprudencial sobre o assunto.

PALAVRAS-CHAVE: provas eletrônicas, direito eletrônico, direito processual penal brasileiro.

DEDICATÓRIA

Ao Professor Mestre Antônio Frederico Ozanan Chasseraux Souto Corrêa agradeço pelo empenho, dedicação e compreensão durante a elaboração deste trabalho. Tenho comigo a premissa de que ser mestre não é apenas lecionar, nem tampouco transmitir a matéria, mas ser exemplo de dedicação, doação e dignidade pessoal. Assim, agradeço com muita admiração, também, ao grande exemplo de meu Mestre Orientador.

AGRADECIMENTOS

À Ana Carolina Hamal de Oliveira pelo amor e paciência de estar ao meu lado nos momentos mais árdusos do desenvolvimento desta pesquisa, assim como suportar as correções de português e perder suas férias do ano de 2009, para que eu pudesse realizar o sonho de completar este trabalho de conclusão de curso.

LISTA DE TABELAS

TABELA 1 – Principais Crimes ocorridos na Internet – 1º Semestre 2009.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO 1 – NOÇÕES DE PROVA CRIMINAL NO DIREITO BRASILEIRO	12
1.1. Prova Criminal: Conceito e noções gerais	12
1.2. Meios de Prova	13
1.3. Prova Emprestada	14
1.4. Provas Ilícitas	14
1.5. Interrogatório Judicial e Videoconferência	16
1.6. Alterações da temática provas no Processo Penal	24
1.7. Provas no Direito Constitucional	27
CAPÍTULO 2 – DO AMBIENTE, CRIMES E DIREITO ELETRÔNICOS	30
2.1. Ambiente Eletrônico	30
2.2. Crimes Eletrônicos	33
2.3. Direito Eletrônico	39
CAPÍTULO 3 – A ACEITAÇÃO DA PROVA ELETRÔNICA NO ÂMBITO CRIMINAL	43

3.1. O Documento Eletrônico no Processo Penal – a Teoria	43
3.2. O Documento Eletrônico no Processo Penal – a Prática	47
3.3. Confiabilidade do Documento Eletrônico	52
3.3.1. Assinatura Digital e Certificação Digital	54
 CAPÍTULO 4 – AS PROVAS ELETRÔNICAS NA VISÃO DOS TRIBUNAIS	 57
 CONCLUSÃO	 68

INTRODUÇÃO

Este trabalho de conclusão de curso visa a abordar os métodos de obtenção e utilização de provas eletrônicas no âmbito criminal e, de outro lado, a resistência jurídica no tocante à aceitação de tais evidências. O objetivo deste trabalho é a compilação de argumentos favoráveis à aceitação das provas obtidas por meios digitais, uma vez que são consideradas, atualmente, uma evolução natural das provas.

Devido à transição do mundo “real” ao “virtual”, seja nas relações pessoais, seja nas negociais, surge a necessidade de melhor conhecer o ambiente e os crimes, antes físicos, hoje eletrônicos. Como exemplo da transição supracitada, anteriormente as transações bancárias, como pagamentos de contas, exigiam a presença física do cliente na agência. Hoje, tem-se o acesso bancário através da *Internet*, sendo possível a realização da maior parte das transações sem a necessidade de sair de casa. Desta forma, ocorrendo uma fraude bancária, o que antes se provava através da obtenção de documentos físicos, hoje se faz necessário o levantamento de registros eletrônicos.

Para bem frisar o tema em tela, inicialmente abordou-se a noção de prova criminal no direito brasileiro, explanando-se, em seguida, sobre o ambiente digital, os crimes e o direito eletrônico e sua evolução, para, então, analisar-se o cerne do trabalho, ou seja, a aceitação da prova eletrônica no âmbito criminal. Por fim, foram compiladas decisões proferidas pelos Tribunais, a fim de demonstrar-se de que forma a tese está sendo tratada na jurisprudência brasileira.

A metodologia utilizada para o desenvolvimento do trabalho foi a pesquisa bibliográfica. Todavia, ante a atualidade do tema e a escassez de obras doutrinárias acerca do assunto em questão, foi necessária a utilização de obras e artigos publicados em sítios na *Internet*.

CAPÍTULO 1

NOÇÕES DE PROVA CRIMINAL NO DIREITO BRASILEIRO

1.1. Prova Criminal: Conceito e noções gerais

Com a evolução tecnológica nesta era em que a prática empresarial e mesmo a diversão habitam o mundo virtual e, conseqüentemente, a criminalidade também adquire uma nova face, torna-se de grande importância o conhecimento da validade, da legalidade e dos meios de obtenção das provas que possam ser utilizadas na instrução penal.

Nessa esteira, primeiramente se faz imprescindível estabelecer, de forma geral, o conceito de prova e de direito eletrônico e, por conseguinte, a interligação destes.

Esclarecendo a etimologia da palavra prova, em suas brilhantes lições, o ilustre doutrinador Nucci¹ assim diz:

O termo prova origina-se do latim – probatio -, que significa ensaio, verificação, inspeção, exame, argumento, razão, aprovação ou confirmação. Dele deriva o verbo provar – probare, significando ensaiar, verificar, examinar, reconhecer por experiência, aprovar, estar satisfeito com algo, persuadir alguém a alguma coisa ou demonstrar.

Ainda consoante o insigne autor, existem três sentidos para o termo em tela: ato de provar, meio e resultado da ação de provar. O primeiro trata-se da verificação da exatidão ou verdade do fato alegado pela parte no processo, tendo-se como exemplo a fase probatória. O segundo sentido, o meio, é o instrumento utilizado para demonstrar-se a verdade. Por fim, o último sentido é o resultado que demonstra a

¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 5ª ed. rev., atual. e ampl. 2 tir., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008, p. 388.

verdade de um fato, obtido da análise dos meios de prova postos à apreciação no processo (NUCCI, 2008, p. 388).

Já o emérito professor Tourinho Filho² assim esclarece:

Provar é, antes de mais nada, estabelecer a existência da verdade; e as provas são os meios pelos quais se procura estabelecê-la. Provar é, enfim, demonstrar a certeza do que se diz ou alega. Entendem-se, também por prova, de ordinário, os elementos produzidos pelas partes ou pelo próprio Juiz visando a estabelecer, dentro do processo, a existência de certos fatos. É o instrumento de verificação do thema probandum. Às vezes, emprega-se a palavra prova com o sentido de ação de provar. Na verdade, provar significa fazer conhecer a outros uma verdade conhecida por nós. Nós a conhecemos; os outros não.

Assim, para que uma alegação torne-se conhecida de outros, devem ser apresentados os meios necessários de prová-la. Por isto dizer-se que o ônus da prova incumbe a quem a alega, ou seja, aquele que levar aos autos uma alegação deve fazer a sua prova (TOURINHO FILHO, 2007, p. 214).

1.2. Meios de Prova

Meios de prova são todos os recursos, diretos ou indiretos, utilizados para alcançar a verdade dos fatos no processo. Enfim, é o procedimento pelo qual é gerado um conhecimento certo ou provável a respeito de um objeto do fato criminoso (OLMEDO, Clariá apud NUCCI, 2008, p. 389). Estes meios podem ser lícitos (os admitidos pelo ordenamento jurídico) e ilícitos (os contrários ao ordenamento e os imorais, antiéticos, atentatórios à dignidade e à liberdade da pessoa humana e aos bons costumes, e os contrários aos princípios gerais de

² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 3º volume, 29ª ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 213/214.

direito³). Destes, por evidente, apenas os primeiros devem ser aceitos pelo juiz.

A assertiva de que todas as provas que não contrariem o ordenamento jurídico podem ser utilizadas no processo penal é de grande valia, pois, atualmente, no ambiente eletrônico, é possível obter indícios de diversas maneiras. Como exemplo, podem ser colhidas fotografias para provar-se crime de difamação ou arquivos de música em formato *mp3* para evidenciar crime de violação de direitos autorais.

1.3. Prova Emprestada

Prova emprestada é aquela produzida em determinado processo e transferida e utilizada em outro procedimento. Nesta hipótese, é de suma importância que o juiz deste verifique como ela foi formada no processo original a fim de certificar-se da observância do indispensável e devido processo legal. Exige-se, também, o respeito ao princípio do contraditório e da ampla defesa, caso contrário esta se torna uma prova ilícita.

Para o ilustre mestre Tourinho (2007, p. 213), se a prova, para ser válida, deve passar pelo exame das partes, é indubitoso que uma prova colhida em um processo e transferida para outro, caso não examinada pelas partes neste último, não pode ter o menor valor.

1.4. Provas Ilícitas

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, veda expressamente as provas obtidas através de meios ilícitos. O conceito de ilicitude em tela possui dois sentidos:

³ GRINOVER, Ada Pellegrini, *Liberdades públicas e processo penal*, p. 98 apud NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*, 5ª ed. rev., atual. e ampl. 2 tir., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008, p. 390.

meio proibido por lei e meio contrário à moral, aos bons costumes e aos princípios gerais do direito.

Nessa esteira, diz o insigne jurista Luiz Flávio Gomes⁴:

"As partes contam com liberdade para a obtenção, apresentação e produção da prova, porém, esta liberdade possui limites. É importante ter em mente que o direito não deve ser realizado a qualquer preço. O que é válido no processo penal é a verdade processual, que significa a verdade que pode ser (jurídica e validamente) comprovada e a que fica (efetivamente) demonstrada nos autos."

A prova possui diversas limitações. Ela necessita ter pertinência, relevância, validade, ser apropriada à finalidade a que se destina. Deve, também, ser lícita, ou seja, conforme as leis e os princípios do direito. Possui, outrossim, restrições e vedações legais e constitucionais, como por exemplo, o direito ao sigilo (GOMES, 2008, p.35).

As provas ilícitas, de acordo com a nova redação dada pela lei nº 11.690 de 2008, são aquelas que violam regras de direito material, constitucional ou legal, no momento de sua aquisição. Esta obtenção, de qualquer modo, sempre se dá fora do processo (GOMES, 2008, p.35).

As provas ilegítimas são aquelas que violam regras de direito processual no momento da sua obtenção em juízo, ou melhor, no momento em que é produzida no processo (GOMES, 2008, p.35).

Neste contexto, o ilustre mestre Luiz Flávio Gomes⁵ afirma o seguinte:

"o fator decisivo para se descobrir se uma prova é ilícita ou ilegítima é o lócus da sua obtenção: dentro ou fora do processo. De qualquer

⁴ GOMES, Luiz Flávio. *A prova no processo penal – Comentários à Lei nº 11.690/2008*. 1ª Ed. São Paulo: Premier, 2008, p. 34.

⁵ PACHECO, Denílson Feitoza, *Direito processual penal*, 3ª Ed., Rio de Janeiro: Impetus, 2005, p.812 apud GOMES, Luiz Flávio. *A prova no processo penal – Comentários à Lei nº 11.690/2008*. 1ª Ed. São Paulo: Premier, 2008, p. 36.

maneira, combinando-se o que diz a Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LVI (São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos) com o que foi redigido no artigo 157 do Código de Processo Penal Brasileiro (ilícitas são as provas obtidas em violação a normas constitucionais ou legais), vê-se que as provas ilícitas ou ilegítimas passaram a ter um mesmo e único regramento jurídico: são inadmissíveis."

Continuando sobre a violação das regras de direito material, constitucional ou legal, informa o mestre Luiz Flávio Gomes o seguinte:

"Paralelamente às normas constitucionais e legais existem também as normas internacionais (previstas em tratados de direitos humanos). Por exemplo: Convenção Americana sobre Direitos Humanos. No seu artigo 8º ela cuida de uma série (enorme) de garantias. Provas colhidas com violação dessas garantias são provas que colidem com o devido processo legal. Logo, são obtidas de forma ilícita. Uma das garantias previstas no artigo 8º diz respeito à necessidade de o réu se comunicar livre e reservadamente com seu advogado. Caso essa garantia não seja observada no momento da obtenção da prova (depoimento de uma testemunha, v.g.), não há dúvida de que se trata de uma prova ilícita (porque violadora de uma garantia processual prevista na citada Convenção).

Não importa, como se vê, se a norma violada é constitucional, ou internacional, ou legal, se material ou processual: caso venha a prova a ser obtida em violação a qualquer uma dessas normas, não há como deixar de concluir pela sua ilicitude (que conduz, automaticamente, ao sistema da inadmissibilidade)."

1.5. Interrogatório Judicial e Videoconferência

Em suas lições, o ilustre doutrinador Nucci⁶ assim conceitua o interrogatório judicial:

"ato processual que confere oportunidade ao acusado de se dirigir diretamente ao juiz, apresentando a sua versão defensiva aos fatos que lhe foram imputados pela acusação, podendo inclusive indicar

⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 5ª ed. rev., atual. e ampl. 2 tir., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008, p. 420.

meios de prova, bem como confessar, se entende cabível, ou mesmo permanecer em silêncio, fornecendo apenas dados de qualificação."

Existem quatro posições a respeito da natureza jurídica do interrogatório: meio de prova, fundamentalmente; meio de defesa; meio de prova e de defesa; e meio de defesa, primordialmente, e, em segundo plano, meio de prova.

Nucci (2008, p. 420) adota esta última posição, ou seja, entende ser o interrogatório juridical um meio de defesa primordialmente, e, em segundo plano, um meio de prova. Assim complementa:

"o interrogatório é fundamentalmente, um meio de defesa, pois a Constituição Federal assegura ao réu o direito ao silêncio. Logo, a primeira alternativa que se avizinha ao acusado é calar-se, daí não advindo consequência alguma. Defende-se apenas. Entretanto, caso opte por falar, abrindo mão do direito do silêncio, seja lá o que disser, constitui meio de prova inequívoco, pois o magistrado poderá levar em consideração suas declarações para condená-lo ou absolvê-lo."

Adotando outro posicionamento, por sua vez, o mestre Guilherme Madeira Dezem⁷ ensina que:

"o interrogatório é, efetivamente, meio de defesa, especialmente quando se verificou a mudança havida no procedimento do júri e no procedimento comum (Lei 11.719/08), em que o acusado agora é interrogado após a colheita de todas as provas em audiência. Quanto a este aspecto, vale ressaltar um detalhe: o objetivo do legislador foi erigir o interrogatório a verdadeiro meio de defesa. Mas é possível que se destrua esse sistema garantista com a simples determinação da retirada do acusado da sala de audiências prevista no artigo 217 do Código de Processo Penal Brasileiro."

Devido à redação do artigo 185 do Código de Processo Penal Brasileiro, tem-

⁷ DEZEM, Guilherme Madeira. *Prova Penal – tipo processual, provas típicas e atípicas*. 1ª Ed. São Paulo: Millennium, 2008, p.198.

se entendido pela obrigatoriedade do interrogatório. Esta norma reza que “o acusado que comparecer perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado na presença de seu defensor, constituído ou nomeado”.

As características do interrogatório, pacificadas na doutrina, são as seguintes: ato personalíssimo (exclusivamente o próprio acusado pode ser sujeito do interrogatório); ato público (este não pode ser praticado de maneira clandestina); judicialidade (o magistrado possui a prerrogativa, a atribuição de proceder ao interrogatório do acusado, não podendo delegar tal função) (DEZEM, 2008, p.203).

Neste ponto, mister se faz traçar alguns comentários acerca de um dos aspectos mais polêmicos acerca do interrogatório, que sofreu importantes alterações com a Lei nº 11.900 de 2009. Esta Lei trata especificamente acerca da possibilidade de realização de interrogatório e outros atos processuais por sistema de videoconferência.

Ávila⁸ explica o funcionamento da seguinte forma:

“nessa espécie de interrogatório ou depoimento, o juiz está na sede do juízo processante e o réu ou testemunha está no estabelecimento prisional ou na sede de juízo de outra comarca, ambos interligados por um sistema de videoconferência, e o juiz procede ao interrogatório ou colheita do testemunho pela via eletrônica.”

Já o objetivo da videoconferência foi assim exposto pelo mestre Luiz Flávio Gomes⁹:

“o objetivo do interrogatório on line (ou seja: do uso da videoconferência no âmbito criminal) não é só a agilização, a economia e a desburocratização da justiça, senão também a

⁸ ÁVILA, Thiago André Pierobom de. Lei nº 11.900/2009: a videoconferência no processo penal brasileiro . Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2022, 13 jan. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12197>>. Acesso em: 11 ago. 2009.

⁹ GOMES, Luiz Flávio. Videoconferência e os direitos e garantias fundamentais do acusado . Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2092, 24 mar. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12507>>. Acesso em: 11 ago. 2009.

segurança da sociedade, do juiz, do representante do Ministério Público, dos defensores, dos presos, das testemunhas e das vítimas. Não se trata de privilegiar só o indivíduo ou a só a Justiça, senão também a sociedade.”

Ávila¹⁰ explica as hipóteses de cabimento do interrogatório por videoconferência, assim dizendo:

“Segundo o art. 185, § 2º, o interrogatório por videoconferência poderá ser realizado de forma excepcional, mediante decisão fundamentada do juízo, quando a medida for necessária para atender a uma das seguintes finalidades:

I – prevenir risco à segurança pública, quando exista fundada suspeita de que o preso integre organização criminosa ou de que, por outra razão, possa fugir durante o deslocamento;

II – viabilizar a participação do réu no referido ato processual, quando haja relevante dificuldade para seu comparecimento em juízo, por enfermidade ou outra circunstância pessoal;

III – impedir a influência do réu no ânimo de testemunha ou da vítima, desde que não seja possível colher o depoimento destas por videoconferência, nos termos do art. 217 deste Código;

IV – responder a gravíssima questão de ordem pública.

Da análise desses dispositivos, conclui-se que o interrogatório por videoconferência não é uma regra, mas a exceção. O primeiro inciso indica o risco de fuga, durante o deslocamento ou durante o ato processual, em razão de o réu integrar organização criminosa ou por outro motivo concreto fundamentado. O segundo inciso indica dificuldades de comparecimento do réu ao juízo; todavia, essas dificuldades devem estar ligadas com circunstâncias pessoais do próprio réu, como enfermidade, ameaça de morte ao réu, o réu se encontrar em outro estado e não desejar ser interrogado por carta precatória mas sim ser interrogado diretamente pelo juiz que o julgará, ou ainda outras hipóteses; nesse inciso não se inclui a economia de recursos materiais e humanos ordinariamente inerentes à escolta. Contudo, em nossa visão, a situação de o réu estar preso em outra unidade da federação justifica a possibilidade do interrogatório por videoconferência, que permite maior efetividade à ampla defesa que o interrogatório por carta precatória (já que o interrogatório por videoconferência respeita mais o princípio da identidade física do juiz que colhe as provas e julga); nessa situação, entre o interrogatório presencial por um juiz que não julgará a causa, e o interrogatório por videoconferência pelo juiz natural, este segundo proporciona mais efetividade ao conjunto das garantias

¹⁰ ÁVILA, Thiago André Pierobom de. Lei nº 11.900/2009: a videoconferência no processo penal brasileiro. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2022, 13 jan. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12197>>. Acesso em: 11 ago. 2009.

constitucionais.

O inciso III prevê a situação na qual o réu está ameaçando a vítima ou testemunhas, ou quando estas se sentem ameaçadas com a presença réu. Vale esclarecer que a regra do art. 217 é que, se a testemunha está atemorizada com a presença do réu, a testemunha deve se retirar da sala da audiência e seu testemunho ser colhido por videoconferência, permanecendo o réu na sala de audiências; Assim, se essa situação ainda assim permitir que a testemunha se sinta intimidada, poderá ser realizado o inverso (ora previsto nesse inciso III do § 2º do art. 185): a testemunha fica na sala de audiências e o réu acompanha o ato processual por videoconferência. Caso não haja sistema de videoconferência, ainda será possível o método antigo, previsto no art. 217: retirar o réu da sala de audiências, permanecendo apenas o seu defensor. Todavia, a aplicação residual apenas será possível se não houver um sistema de videoconferência disponível, pois a possibilidade de participação do réu no ato processual deve ter prevalência. Assim, a ordem preferencial será: a) testemunha e réu presentes; b) réu presente na sala de audiências e testemunha ouvida por videoconferência; c) testemunha presente na sala de audiências e réu participando do ato por videoconferência; d) testemunha presente na sala e réu retirado da sala, sem videoconferência.

Finalmente, o inciso IV prevê uma cláusula genérica, correspondente a uma "gravíssima questão de ordem pública". Trata-se de uma cláusula genérica, que permite que a jurisprudência fixe contornos para outras hipóteses. A expressão "garantia da ordem pública" já é utilizada pelo CPP como hipótese autorizadora de decretação da prisão preventiva, nos termos do art. 312 do CPP. Em sentido etimológico a ordem pública significa a "paz do meio social" e sua efetivação está intrincada na problemática da colisão com o princípio constitucional da presunção de inocência, sendo interpretada por alguns como sendo "o binômio gravidade da infração penal + repercussão social", o perigo de continuidade da prática da infração penal, além dos que defendem sua inconstitucionalidade. Segundo o STF, repercussão do crime ou clamor social não ensejar a prisão cautelar. Esse inciso deve ser interpretado no sentido de que uma necessidade excepcional de manutenção da segurança dos trabalhos da audiência justifica a realização da videoconferência, segundo um prognóstico concretamente aferível que justifique um fundado receio à normalidade dos trabalhos. Trata-se de um juízo objetivo de probabilidade razoável e não decorrente de mera elucubração subjetiva (há que se registrar que todos os juízos de decisão de prova são proferidos com base na probabilidade argumentativa e motivada, que busca a melhor justificação possível para as premissas fáticas, e não proferidos com fundamento na certeza, que é metafísica e inalcançável no processo)."

Sobre o procedimento do interrogatório por videoconferência, Ávila¹¹ explica brilhantemente o seguinte:

“Da decisão que determina o interrogatório por videoconferência, as partes devem ser intimadas (rectius, notificadas) com antecedência mínima de 10 dias (art. 185, § 3º). A disposição possui a finalidade de permitir à defesa que se organize para, eventualmente providenciar que dois defensores prestem assistência ao réu, sendo um presente no presídio e outro presente na sede do juízo. Também permite eventual impugnação da decisão pela parte que se sentir prejudicada. Considerando que há disposição legal expressa sobre o prazo e que ele visa assegurar a eventual preparação da parte ao ato processual, a violação desse prazo gerará nulidade absoluta, pois, como se verá adiante, o § 5º exige a presença de dois advogados (um no presídio e outro na sede do juízo) e o réu possui o direito de escolher quem serão seus defensores, de sorte que a ausência da intimação restringe o direito de escolha do defensor, modalidade de exercício da ampla defesa. Considerando que não se trata de decisão com força de definitiva (portanto, incabível apelação) e que não está prevista no rol taxativo do art. 581 (que a admissibilidade do recurso em sentido estrito), contra a decisão que determina o interrogatório por videoconferência será cabível o recurso de reclamação (denominado, em alguns estados, de correção parcial) ou ainda o habeas corpus pela defesa, sem prejuízo de posterior impugnação como preliminar de apelação.

O § 4º do art. 185 visa compatibilizar o sistema da participação do réu por videoconferência também na audiência de instrução e julgamento, pois, como dito anteriormente, o réu preso possui o direito de participar da audiência de instrução, quando da colheita dos testemunhos. Nessa oportunidade, o réu poderá indicar ao seu defensor possíveis perguntas a serem formuladas às testemunhas, poderá indicar ao seu defensor incongruências nos depoimentos a serem posteriormente exploradas pela defesa, enfim, poderá efetivamente participar de seu julgamento (um desdobramento do direito de auto-defesa).

O direito de entrevista prévia e reservada com seu advogado está previsto no art. 185, § 5º. Caso o interrogatório seja realizado por videoconferência, essa entrevista será realizada em canal reservado, sem que o juiz, membro do Ministério Público ou mesmo a segurança do presídio tenham acesso ao conteúdo do diálogo entre réu e defensor. A privacidade dessa entrevista é decorrência da ampla defesa, constituindo sua intromissão uma violação indevida dos direitos fundamentais à privacidade e à ampla defesa e uma restrição às prerrogativas profissionais do advogado (Lei n. 8.906/94, art. 7º, III).

Questão intrincada é esclarecer se deve ou não haver

¹¹ ÁVILA, Thiago André Pierobom de. Lei nº 11.900/2009: a videoconferência no processo penal brasileiro. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2022, 13 jan. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12197>>. Acesso em: 11 ago. 2009.

obrigatoriamente dois defensores, um na sede do juízo e outro no estabelecimento penitenciário. Entendemos que sim. O § 5º do art. 185 estabelece:

§ 5º - Em qualquer modalidade de interrogatório, o juiz garantirá ao réu o direito de entrevista prévia e reservada com o seu defensor; se realizado por videoconferência, fica também garantido o acesso a canais telefônicos reservados para comunicação entre o defensor que esteja no presídio e advogado presente na sala de audiência do Fórum, e entre este e o preso.

O dispositivo estabelece que deve haver um defensor no presídio e um advogado na sala de audiência. A lei não utiliza a expressão "eventualmente presente", mas sim "presente". Entendemos que é obrigatória a presença desse defensor no presídio como forma de garantia ao réu que ele não sofrerá qualquer espécie de pressão no interior do presídio, que ele poderá se expressar da forma mais segura possível, que eventuais dúvidas do réu poderão ser sanadas in loco por um profissional do direito que está atuando em seu favor, enfim, que o exercício da ampla defesa será efetivamente assegurado. Imagine-se a situação em que o réu deseja reclamar de estar sofrendo tortura na prisão ou que sofreu abuso de autoridade quando de sua prisão, ou de o réu desejar delatar um policial que participou do crime e se sentir coagido por estar sob autoridade de outros policiais no presídio e sem qualquer apoio físico e moral próximo. A obrigatoriedade da presença do defensor no presídio é uma norma de garantia contra essas eventuais arbitrariedades. Por ser uma norma de garantia, a ausência de defensor no presídio gerará nulidade absoluta do ato processual, por ausência de defesa técnica.

A interpretação é corroborada por precedentes de São Paulo, que exigiam a presença de dois advogados, um no presídio e outro na sala de audiências.

Entendemos que o defensor que foi eleito pelo réu possui o direito de estar presente tanto na audiência na sede do juízo quanto no estabelecimento penitenciário. Nessa situação, caso o defensor esteja presente no estabelecimento prisional, o juiz deverá nomear um defensor ad hoc para acompanhar o ato processual na sede do juízo. E se o defensor constituído comparecer à sede do juízo, o juiz deverá nomear um defensor ad hoc para acompanhar o ato processual no estabelecimento penitenciário. Dessa forma, como o juízo nunca saberá em qual dos dois locais o defensor constituído comparecerá, deverá sempre ser providenciado um defensor ad hoc para o presídio, que será dispensado com o eventual comparecimento do defensor constituído. Nesse ponto, parece-nos essencial uma estruturação da Defensoria Pública para atender a essa nova demanda no interior dos presídios.

Além da presença obrigatória de um defensor no presídio, deverá o juiz esclarecer se será admissível ou não a participação de outras pessoas a essa audiência de interrogatório no presídio. Tecnicamente, o local da prática do ato processual passa a ser dual: o ato está sendo praticado tanto no presídio quanto na sala de audiências do juízo processante. Assim, caso fosse aplicada a regra geral decorrente do princípio da publicidade, a sala de videoconferências do presídio deveria estar aberta ao público. Ocorre

que, nas hipóteses em que a lei prevê a realização do interrogatório mediante videoconferência, todas elas já são situações excepcionais em que motivos de ordem pública extrema justificam a realização da medida. Portanto, parece-nos razoável concluir que, nessas situações tão extremas, a presença de pessoas externas ao presídio também deverá ser restringida pelos mesmos motivos de ordem pública, da mesma forma que o juiz poderia, por questões de ordem pública e segurança, limitar a publicidade externa em um ato processual no fórum (CF/1988, art. 5º, LX e art. 93, IX). Exceção sempre feita ao advogado do réu, que possui o direito de estar presente na sala de videoconferência no presídio, bem como de eventuais fiscais da legalidade do ato (representante da OAB, membro do Ministério Público, membro da Corregedoria do Tribunal, bem como, entendemos, membro de comissão de defesa de direitos humanos que queira eventualmente fiscalizar o ato, mediante prévio requerimento, ou outros em situação análoga). Caso eventualmente legislação posterior venha alargar as hipóteses de admissibilidade do interrogatório por videoconferência em presídios, entendemos que necessariamente deverá se resguardar a publicidade do ato processual, permitindo-se aos eventuais interessados acompanharem a audiência no presídio, resguardada a segurança.

Segundo o § 5º deve haver duas linhas de comunicação: a) uma linha reservada entre os dois defensores (o da sede do juízo e o outro do presídio) e entre o réu (que está no presídio) e o defensor que está na sala de audiências na sede do juízo; b) outra linha pública (publicidade interna ao processo) para a realização do interrogatório entre réu e juiz e também, nessa mesma linha, para as perguntas do Ministério Público e do defensor que está no fórum, todos os sujeitos processuais participantes da audiência acompanhando as perguntas e respostas. No caso de o réu acompanhar a audiência de instrução por videoconferência, o canal reservado com seu defensor deve ser-lhe mantido durante todo o ato processual da audiência de instrução, de forma a proporcionar que o réu tenha o mesmo contato que poderia ter caso estivesse presente no ato.

O § 6º estabelece que a sala no presídio destinada à realização de videoconferência deverá ser fiscalizada pelo Corregedor, pelo juiz da causa, pelo Ministério Público e pela OAB. Obviamente, essa deverá ser uma fiscalização periódica e estes não deverão estar obrigatoriamente presentes no momento da realização do interrogatório por videoconferência, apesar de, por ser um ato processual público, caso eventualmente alguns desses indicados deseje estar presente no presídio no momento do interrogatório por videoconferência, será possível seu acompanhamento do ato. Em nosso entendimento, a lei exige que o juiz que realizará a videoconferência já tenha ao menos uma vez realizado uma vistoria na sala de videoconferência no presídio, situação que deverá estar preferencialmente indicada nos autos para evitar-se arguições desnecessárias de nulidade."

Continuando, Ávila¹² menciona as vantagens da videoconferência, assim dizendo:

“Em síntese, as vantagens da videoconferência são:
a) Evita o deslocamento de réus ou testemunhas presos, permitindo a economia de recursos públicos com a escolta, a liberação destes policiais para outras atividades de policiamento, bem como evitando-se o risco de fuga de presos ou o risco de intimidação pessoal do preso às demais testemunhas presentes;
b) Evita o cancelamento de atos processuais em razão da não apresentação de réus presos em decorrência de falta de pessoal para escolta;
c) Permite a maximização do princípio do juiz natural, da imediação, da efetiva participação das partes (promotor natural e defensor da causa), da oralidade (concentração dos atos processuais) e celeridade (evitando-se expedição de carta precatória) nas hipóteses de colheita de interrogatório ou testemunho por videoconferência.”

A corrente contrária ao uso desta tecnologia pela Justiça brasileira fundamentava suas críticas à inovação, principalmente, na ausência de permissivo legal expresso no Código de Processo Penal que autorize essa forma de interrogatório. Todavia, esse argumento não pode mais ser considerado. Outro aspecto mencionado por Luiz Flávio Gomes¹³:

“O argumento desfavorável mais repetido é o seguinte: com a videoconferência impede-se o contato físico do réu com o juiz. Na década de sessenta (do século XX) foram proclamados o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Eles falam em contato pessoal do acusado com o juiz. Esse contato “pessoal”, naquela época (analógica) só podia ser físico. Hoje tais dispositivos devem ser interpretados progressivamente (ou seja: digitalmente, não analogicamente).”

1.6. Alterações da temática provas no Processo Penal

¹² ÁVILA, Thiago André Pierobom de. Lei nº 11.900/2009: a videoconferência no processo penal brasileiro . Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2022, 13 jan. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12197>>. Acesso em: 11 ago. 2009.

¹³ GOMES, Luiz Flávio. Videoconferência: Lei nº 11.900/2009 . Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2028, 19 jan. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12227>>. Acesso em: 11 ago. 2009.

Devido à reforma do tratamento das provas no Código de Processo Penal com a Lei 11.690/2008, há a necessidade da explanação dos principais aspectos alterados no Processo Penal.

Segundo Fudoli, a formação do convencimento judicial significa a exigência de que o Juiz se ampare em prova produzida em contraditório judicial. Necessita ser produzida durante o processo, porém, é permitido que esta prova seja complementada por outra produzida em inquérito policial. A prova não poderá ser exclusivamente aquela produzida em inquérito policial, mas deve ser complementada por outra prova produzida em contraditório¹⁴.

Outra novidade surge na possibilidade do Juiz ordenar, de ofício, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando necessidade, adequação e proporcionalidade da medida. Alguns doutrinadores afirmam que neste aspecto há a lesão ao princípio da inércia e da iniciativa das partes, pois, o Juiz não deveria ser autorizado a fazê-lo de ofício (FUDOLI, 2008).

Fudoli relata que o artigo relacionado a provas ilícitas (artigo 157 do Código de Processo Penal Brasileiro) foi totalmente reformulado. Este afirma a “inadmissibilidade das provas ilícitas e a sanção da declaração de ilicitude, realizando assim o desentranhamento de tais peças dos autos do processo”. Ainda define que “as provas ilícitas são aquelas obtidas com violação a normas constitucionais ou legais”. Também foram determinadas situações especiais relacionadas à prova ilícita, como as provas ilícitas por derivação (frutos da árvore envenenada), que passam a ser provas ilícitas. Foi ressaltado pelo legislador, quando não evidenciado o nexo de causalidade entre as provas lícitas das provas ilícitas, aquelas são admissíveis. Outro aspecto a ser considerado é que são admissíveis as provas (lícitas) derivadas das ilícitas quando puderem ser obtidas por uma fonte independente das provas ilícitas.

¹⁴ FUDOLI, Rodrigo de Abreu. *Lei nº 11.690/08: reforma do tratamento das provas no Código de Processo Penal*. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1821, 26 jun. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11430>>. Acesso em: 31 maio 2009.

Este ainda informa que o regramento da prova pericial também foi alterado pela nova lei (FUDOLI, 2008).

"Até a modificação, exigia-se que dois peritos participassem do ato e assinassem o laudo pericial. Hoje, com as alterações, basta que a perícia seja realizada por "perito oficial". O perito necessita ser portador de diploma de curso superior. Prevendo a falta de peritos oficiais no Brasil, foi contemplado em lei que, na falta deste, o exame será realizado por duas pessoas idôneas, portadores de curso de diploma superior, preferencialmente na área específica do exame a ser realizado. Como novidade em relação à perícia, foi a indicação de assistentes técnicos, pelas partes, para o acompanhamento da perícia e formulação de quesitos. Este assistente atuará somente depois de ser admitido pelo Juiz e após a conclusão dos exames e da elaboração do laudo pelo perito oficial. Foi previsto que, se houver requerimento das partes, o material probatório que serviu de base para a perícia, será disponibilizado no ambiente do órgão oficial, que manterá sua guarda, e na presença de perito oficial, para exame pelos assistentes, salvo se impossível a sua conservação."

Na oitiva do ofendido e das testemunhas, as partes (Ministério Público ou querelante, como autores, e réu) realizarão suas perguntas diretamente à testemunha, mas o Juiz não permitirá perguntas que puderem induzir a resposta, que não tiverem relação alguma com a causa ou forem repetições de outra já respondida. Somente depois a esta inquirição é que o Juiz poderá complementar a inquirição. Fudoli informa que houve atenção especial à vítima, trazendo-lhe maior respeito, durante as alterações no processo penal, pois foi estabelecido que esta será comunicada dos atos processuais relativos ao ingresso e à saída do acusado da prisão, à designação de data para audiência e à sentença e respectivos acórdãos que a mantenham ou modifiquem, sendo as comunicações feitas no endereço por este indicado ou por meio eletrônico. Complementando os direitos às vítimas, determinaram que estas deveriam obter um espaço separado, antes do início da audiência e durante a sua realização, evitando assim situações desagradáveis, constrangedoras e por vezes perigosas diante das quais se vêem. Este espaço físico também servirá para que as testemunhas e as vítimas permaneçam incomunicáveis umas com as outras. Outra característica desta alteração foi a possibilidade do Juiz adotar as providências necessárias à preservação da

intimidade, vida privada, honra e imagem do ofendido, podendo decretar o segredo de justiça em relação aos dados, depoimento e outras informações constantes dos autos a seu respeito para evitar sua exposição aos meios de comunicação.

Foi previsto nesta alteração que, por ocasião da oitiva do ofendido ou da testemunha, se o Juiz verificar que a presença do réu poderá causar humilhação, temor, ou sério constrangimento à testemunha ou ao ofendido, de modo que prejudique a verdade do depoimento, fará a inquirição por videoconferência e, somente na impossibilidade dessa forma, determinará a retirada do réu, prosseguindo na inquirição, com a presença do seu defensor. A razão jurídica desta norma é evitar que o réu influencie o depoimento da testemunha ou as declarações da vítima, o que se tornaria um obstáculo à produção probatória eficiente por parte da acusação e da defesa.

Houve também modificações no que trata dos fundamentos possíveis para a absolvição penal. Criou-se mais um fundamento, o de estar provado que o réu não concorreu para a infração penal. Anteriormente, caso o Juiz, verificando que havia certeza de que o réu não havia concorrido para a infração penal, tinha que absolvê-lo por insuficiência de provas. Porém, na esfera cível, caso fique provado que o réu não concorreu para a infração penal, a absolvição faz coisa julgada. Se ficar provado que o réu foi absolvido por falta de provas, não o faz na cível. A absolvição também poderá se dar quando, embora não esteja provada a circunstância que exclua o crime ou isente o réu de pena, haja fundada dúvida sobre sua existência. Basta o réu trazer dúvida razoável ao Juiz, para que obtenha a absolvição, recaindo o ônus probatório sobre a acusação (FUDOLI, 2008).

1.7. Provas no Direito Constitucional

O ilustríssimo mestre Alexandre de Moraes¹⁵ conceitua que são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos, como reza o artigo

¹⁵ MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 19ª Ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 95.

5º, inciso LVI, da Constituição Federal, entendendo-as como aquelas colhidas em infringência às normas do direito material, configurando-se importante garantia em relação à ação persecutória do Estado.

Explica o referido autor a diferença conceitual entre as provas ilícitas, ilegítimas e ilegais. As provas ilícitas são aquelas obtidas com infringência ao direito material, as provas ilegítimas são as obtidas com desrespeito ao direito processual, e as provas ilegais seriam o gênero destas espécies (provas ilícitas e ilegítimas).

E continua, dizendo que é importante destacar que, a doutrina constitucional passou a atenuar a vedação das provas ilícitas, pois visava corrigir distorções que a rigidez da exclusão poderia levar em casos de excepcional gravidade. Esta atenuação prevê, com base no Princípio da Proporcionalidade, hipóteses em que as provas ilícitas, em caráter excepcional e em casos extremamente graves, poderão ser utilizadas, pois nenhuma liberdade pública é absoluta, havendo a possibilidade, em casos delicados, em que se percebe que o direito tutelado é mais importante que o direito à intimidade, segredo, liberdade de comunicação, por exemplo, de permitir-se sua utilização (MORAES, 2006, p.97).

Em nossa jurisprudência, somente se aplica o princípio da proporcionalidade *pro reo*, entendendo-se que a ilicitude é eliminada por causas excludentes de ilicitude, em prol do princípio da inocência (MORAES, 2006, p.97).

A regra é a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, que só excepcionalmente deverão ser admitidas em juízo, em respeito às liberdades públicas e ao princípio da dignidade humana na colheita de provas e na própria persecução penal do Estado (MORAES, 2006, p.97).

As provas ilícitas não têm a capacidade de gerar a nulidade de todo o processo, pois, a previsão constitucional não afirma serem nulos os processos em que haja prova obtida por meios ilícitos. Portanto, devemos delimitar a consequência da inadmissibilidade de uma prova ilícita, definindo se haverá contaminação de todas as demais provas dela resultantes ou somente a desqualificação desta para o julgamento da causa (MORAES, 2006, p.98).

Hoje, a atual posição majoritária do Supremo Tribunal Federal entende que a

prova ilícita originária contamina as demais provas dela decorrentes, de acordo com a teoria dos frutos da árvore envenenada. As provas ilícitas, bem como todas aquelas derivadas, são constitucionalmente inadmissíveis, devendo, pois, serem desentranhadas do processo, não tendo, porém, o condão de anulá-lo, permanecendo válidas as demais provas lícitas e autônomas delas não decorrentes (MORAES, 2006, p.98).

CAPÍTULO 2

DO AMBIENTE, CRIMES E DIREITO ELETRÔNICOS

2.1. Ambiente Eletrônico

Para melhor compreender o conceito de ambiente eletrônico, é necessário abordar a questão da Sociedade Convergente¹⁶.

Segundo a advogada Patrícia Peck, nestas últimas quatro décadas, diversos eventos foram responsáveis por uma profunda mudança na realidade social.

- 1964 – Gordon Moore cria a Lei de Moore, revolucionando a produção de chips;
- 1981 – O primeiro computador com *mouse* e interface gráfica é lançado pela Xerox;
- 1982 – A Intel lança o primeiro computador pessoal, o 286;
- 1989 – Tim Bernes Lee inventa a linguagem HTML, criando do seu pequeno projeto, o conceito de *World Wide Web* (WWW);
- 1993 – Marc Andreessen cria o *browser* (navegador) Mosaic, que permite fácil navegação na Internet;
- 1995 – Bill Gates compra a Netscape (antigo navegador Mosaic).
- 1996 – Steve Jobs lança o iMAC; e
- 1999 – Um ataque de *hackers* tira do ar sítios da Internet como o Yahoo (na época, considerado o maior site de buscas da Internet) e a Amazon (considerada a maior livreria virtual existente).

Estes são apenas alguns dos eventos que demonstram como a sociedade

¹⁶ PECK, Patrícia. Direito Digital. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 17.

convergente vem sendo construída.

Informa Peck que a Internet chega com o intuito de não só possibilitar o encurtamento das distâncias com maior eficiência de custos, mas também traz a multi comunicação, com a transmissão de texto, voz, imagem e vídeo ao mesmo tempo. Isto, associado à capacidade de respostas mais rápidas, tornando assim a Internet o mais novo veículo de comunicação a desafiar o modo como nos relacionamos.

Hoje, a Internet está presente em tudo o que fazemos. Utilizada na vida pessoal, sentimental, profissional e acadêmica. Como exemplo, podemos citar que, atualmente, os contatos principais de uma empresa junto a seus clientes são de formas virtuais, os chamados portais de negócio, onde estes têm a possibilidade de conhecer a sua marca, seus produtos, obter suporte, entre outros.

Segundo Peck, o ambiente virtual ou ambiente eletrônico está totalmente ligado ao conceito da Internet, e tem seus primórdios nos Estados Unidos, pois foi estruturada para ser um sistema de interligação entre redes de computadores para fins de proteção militar. O crescimento foi devido à utilização de diversos recursos e facilidades de acesso e transmissão, que vão desde o correio eletrônico (*e-mail*), até o acesso de bancos de dados e informações disponíveis na *World Wide Web* (WWW) – espaço multimídia, de navegação.

Resumindo tecnicamente, a Internet nada mais é que uma grande rede, ou melhor, é a interligação de milhares de redes de computadores do mundo inteiro. Isto só é possível porque a Internet utiliza um mesmo padrão de transmissão de dados. Ilustrando, é como se o mundo inteiro falasse uma única língua, permitindo assim a comunicação pura e simples entre os povos (PECK, 2002, p.14).

O conhecimento deste sistema é fundamental para entender o surgimento de uma sociedade convergente plena. A sociedade que, em todo o momento, utiliza os meios de comunicação, de forma como nunca vista antes.

Da transmissão dos chamados pacotes de dados (essencialmente texto), passamos para a transmissão de pacotes de áudio e vídeo (conteúdo multimídia). Este é considerado o segundo passo à convergência. Para isso, tornou-se

necessário a atualização, ou melhor, um imenso investimento em novos equipamentos e infra-estrutura para que as redes tivessem a possibilidade da transmissão destes novos pacotes. Neste momento, é vislumbrado o aumento das velocidades na comunicação de dados, pois, uma simples rede discada, capaz de trafegar dados a uma baixíssima taxa de transmissão, não teria os meios necessários para o envio e recebimento de arquivos de áudio e vídeo. Este é o momento de entrada das chamadas “bandas largas” no Brasil (PECK, 2002, p.15).

A mudança foi grande com a entrada deste novo modo de acesso à Internet no Brasil, pois, com ela, foi possível estar conectado a todo tempo, assim como a popularização do acesso à mesma.

Como demonstrativo do crescimento e da popularização do acesso à banda larga no Brasil, a maior empresa de telecomunicações do estado de São Paulo reporta¹⁷:

“Os brasileiros representam 5% do total de internautas do planeta, que já conta com 1,6 bilhão de pessoas conectadas. O País supera o total de usuários de internet de todo o restante da América Latina somados. Os números são da consultoria Everis, que, em parceria com a Escola da Universidade de Navarra (IESE Business School) e com base em estatísticas da União Internacional de Telecomunicações, avaliou 44 países. Hoje, os internautas da China, Estados Unidos, Japão, Índia e Alemanha correspondem a mais da metade do total mundial de usuários.”

Não só a melhoria do acesso, e à infra-estrutura, fez que houvesse um aumento de acesso ao ambiente virtual. É presenciado, diariamente, que equipamentos ontem tão caros, hoje estão em valores mais acessíveis. Portanto, com esta queda de preços, tanto no processo de fabricação, quanto na venda destes equipamentos, houve um aumento no acesso ao ambiente virtual. A diminuição dos custos no acesso destes serviços também possui grande influência à popularização da Internet no Brasil.

¹⁷ Portal informativo Telefônica – Telecomunicações de São Paulo S/A, São Paulo, 30 de junho de 2009. Disponível em: < <http://www.informativotelefonica.com.br/noticias/brasil-e-o-5-pais-mais-conectado-do-mundo.aspx>>. Acesso em: 16 de julho de 2009.

A conectividade hoje é plena, num equipamento celular é possível enviar *e-mails*, acessar a *World Wide Web*, pagar boletos bancários, entre outros. Com um *notebook* é possível realizar diversas ações, lícitas e ilícitas, no ambiente virtual. Há conexão todo o tempo. Devido a isso, serão demonstrados os principais crimes cometidos através de recursos de informática.

2.2. Crimes Eletrônicos

Nas palavras do mestre Sandro D'Amato Nogueira, o primeiro caso de crime pela Internet esclarecido no país foi em 2007, quando uma famosa jornalista da TV Cultura, recebeu 105 mensagens (*e-mails*) de cunho erótico-sexual, além de ameaçador a sua integridade física. Através de diversas pesquisas realizadas na Internet, e utilizando ferramentas de análise, foi possível chegar até o usuário que tinha enviado estas mensagens. Depois de realizada a busca e apreensão, o usuário confessou ter realizado o delito. O usuário foi condenado a prestar serviços junto à Academia de Polícia Civil, dando aulas de informática a novos policiais¹⁸.

A pergunta que fica em mente é a seguinte: o que leva uma pessoa a cometer tais crimes no ambiente virtual? As respostas mais comuns seriam as seguintes:

Espionagem Industrial – uma empresa contrata um usuário com grandes conhecimentos em segurança da informação para invadir o sistema da concorrência, descobrir seus planos e roubar seus programas (NOGUEIRA, 2008, p.31).

Proveito próprio – usuários invadem sistemas para se beneficiarem (roubar dinheiro, cancelar dívidas, fraudar concursos) (NOGUEIRA, 2008, p.31).

Vingança – um ex-funcionário (ou funcionário interno), tendo conhecimento do sistema, pode causar vários prejuízos, caso seu acesso não seja cancelado imediatamente pela empresa (NOGUEIRA, 2008, p.31).

Curiosidade e aprendizado – estes alegam invadir sistemas apenas para

¹⁸ NOGUEIRA, Sandro D'Amato. Crimes de informática. São Paulo: BH Editora, 2008, p.29.

aprender como eles funcionam (NOGUEIRA, 2008, p.32).

Busca de aventuras – estes atacam sistemas importantes, onde esquemas de segurança são extremamente avançados, para sentirem o perigo de serem pegos (NOGUEIRA, 2008, p.32).

Maldade – algumas pessoas sentem prazer na destruição, invadem e destroem, pelo prazer de causarem mal (NOGUEIRA, 2008, p.32).

Segundo mestre Nogueira, temos como principais crimes cometidos por meio do computador, ou melhor, usando-o como ferramenta para cometer os delitos, os seguintes:

Cyberbullying – são todas as formas de atitudes agressivas, intencionais e repetidas, que ocorrem sem motivação evidente, adotadas por um ou mais estudantes, contra outro(s), causando dor e angústia, e executadas dentro de uma relação desigual de poder. Portanto, os atos repetidos entre iguais (estudantes) e o desequilíbrio de poder são as características essenciais, que tornam possível a intimidação da vítima. Não há uma palavra em nossa língua que possa expressar todas as situações possíveis de *bullying*. Algumas delas seriam as seguintes: colocar apelidos, ofender, zoar, perseguir, intimidar, aterrorizar, entre outros. Hoje, esta prática foi migrada para o principal canal de comunicação, a Internet. Exemplos de técnicas de *bullying*: insulto a vítima em listas de discussão ou perfis de redes sociais. Interferência com propriedade pessoal de uma pessoa, site pessoal, entre outros. Espalhar rumores negativos e fofocas sobre a vítima. Depreciar a vítima sem qualquer motivo. Chantagear a vítima, fazendo que esta faça o que não quer. Colocar a vítima em situação problemática com alguém (geralmente, uma autoridade), ou conseguir uma ação disciplinar contra a vítima. Fazer comentários depreciativos sobre a família de uma pessoa, sobre o local onde mora, aparência pessoal, orientação sexual, religião, raça, nível de renda, nacionalidade, ou qualquer outra inferioridade. Criação de páginas falsas sobre a vítima em páginas de relacionamento. Entre outros (NOGUEIRA, 2008, p33).

Este não é um “privilegio” somente de estudantes. É visto, cada vez mais, a prática entre colegas de trabalho – o chamado *Workplacebullying*. Este se

caracteriza pelo acúmulo de pequenos incidentes. Quase que diariamente são levados a esta “perseguição”, nem sempre ofensiva, mas provocativa ou com caráter de humilhação e discriminação. Esta é considerada uma espécie do assédio moral. É recomendada a investigação destes casos nas empresas, pois, podem atingir psicologicamente um empregado ou um grupo, trazendo depressão, queda na produtividade, disputas internas piores do que as que já existem hoje em dia nas empresas; stress; ansiedade; vergonha; pânico, entre outros (NOGUEIRA, 2008, p.38).

Cyber Terrorismo – A Internet está sendo usada há vários anos pelos terroristas, do mundo todo, devido a sua rapidez na propagação de mensagens e alcance de milhões de pessoas rapidamente. Este é um problema que preocupa todo o mundo, pois, o terror está sendo difundido na Internet de uma maneira assustadora (NOGUEIRA, 2008, p.39). Esta ferramenta é utilizada para:

- Planejamento de ataques em massa;
- Divulgação de manuais de guerrilha;
- Ensino do preparo de bombas;
- Envio de mensagens de ódio;
- Divulgação de boatos para aterrorizar algum país ou população específica;
- Como realizar ataques suicidas; e
- Recrutamento de novos terroristas, entre outros.

Racismo – Nossa Constituição Federal de 1988 declara, em seu artigo 5º, inciso XLII, “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito a pena de reclusão, nos termos da lei.”.

A migração deste crime repugnante para o ambiente eletrônico é demonstrada através da criação de sites com conteúdo exclusivamente racista – neste caso, por exemplo, dos “*Skinheads*”, ou quando encontramos comunidades

criadas com este intuito, em redes sociais, como o *Orkut*, por exemplo.

Neste caso, já existe lei infraconstitucional proibindo tal ato – Lei 7.716 de 5 de janeiro de 1989, que trata dos crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, assim prevê, no seu artigo 20: “Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. Pena: reclusão de um a três anos e multa.”. O primeiro processo aberto no Brasil, acusando a prática de racismo pela Internet, foi em janeiro de 2006 (NOGUEIRA, 2008, p.41).

Phishing– Este termo é melhor explicado como o furto de dados pessoais do internauta. Neste, o usuário geralmente recebe um *e-mail* enganoso (com iscas), com a finalidade de disseminação de vírus, furto de dados pessoais e senhas, entre outros. O objetivo final é a utilização destes dados para fins ilícitos como: fraudes sistêmicas, abertura de contas bancárias, compras de mercadorias ou falsificação de documentos, entre diversas outras utilidades (NOGUEIRA, 2008, p.41).

Venda e apologia ao uso de drogas – Há uma grande preocupação da polícia e que já movimentava milhões de reais e cresce assustadoramente no Brasil é o uso da Internet para apologia ao uso e venda de drogas e medicamentos controlados. Esta é uma preocupação mundial e inclusive a ONU (Organização das Nações Unidas) demonstrou, através de relatório da entidade, que esta é uma situação inédita, pela dimensão que tomou este fenômeno, em razão do uso de novas tecnologias. Com o uso da Internet é possível comprar medicamentos controlados, sem receita médica, trazendo assim um alto risco para a saúde. Para melhor ilustrar, o relatório afirma que, as apreensões têm registrado números sem precedentes, como a de 500 mil comprimidos de *Diazepam* na Tailândia, calmante que contém codeína – sendo este contrabandeado através dos correios (NOGUEIRA, 2008, p.44).

Pedofilia – A pedofilia é uma parafilia na qual a atração sexual de um indivíduo adulto está dirigida primariamente para crianças pré-púberes ou ao redor da puberdade. A pedofilia, por si só, não é um crime, mas sim, um estado psicológico, e um desvio sexual. A pessoa passa a cometer um crime quando, baseado em seus desejos sexuais, comete atos criminosos como abusar sexualmente de crianças ou divulgar e produzir pornografia infantil. Estes pedófilos e

criminosos utilizam a Internet para realizarem suas fantasias sexuais, trocarem e comercializarem fotos, filmes, *cd-rom*, entre outros. Isto faz que girem milhões de dólares em todo o mundo, pois este é um mercado em alta. Fotos e vídeos de bestialidades com crianças estão entre os mais comercializados na Internet. Estima-se que os vídeos com crianças, que as vezes são seviciadas até a morte, custe de US\$ 400,00 a US\$ 6.000,00. Existem estatísticas informando que tais criminosos já lucraram mais de 600 milhões de dólares. Outras formas de abordagem são as ferramentas de conversa (bate-papo), em que o aliciador entra em contato com a vítima, passando-se por outro adolescente, e influenciando até que consiga o que deseja (fotos, vídeos, entre outros) (NOGUEIRA, 2008, p.91).

Apologia e incitação a crimes contra a vida – de acordo com o instituto Safernet (associação civil de direito privado, com atuação nacional, sem fins lucrativos ou econômicos, e sem vinculação político-partidária, religiosa ou racial), este crime está relacionado à apologia de crimes contra a vida, sendo considerado uma Violação / Crime contra os Direitos Humanos que consiste em discursos, textos ou imagens que se defende, louva, enaltece, aprova, exalta, justifica ou elogia qualquer doutrina, ação e/ou obra considerados crime; e incitação a crime consiste em estimular publicamente a prática de qualquer ilícito penal, instigar ao crime. Portanto, qualquer tipo de conteúdo publicado na Internet que promova, incite ou faça apologia à violência contra seres humanos é considerado apologia e/ou incitação contra a vida, merecendo, por isso, a sua devida responsabilização. Só é punível a apologia ou a incitação se esta for feita a favor de atos tipificados em nossa legislação, ou melhor, definidos como crimes pelas leis penais do Brasil. O praticante pode ser qualquer pessoa, tanto para apologia quanto para a incitação, inclusive o criminoso que se vangloria dos atos ao fazer apologia à violência. Por ser crime contra a paz pública, a lei visa a proteger a coletividade, e o crime é considerado cometido com a simples conduta do indivíduo direcionado a atingir um número indeterminado de pessoas, não sendo necessário que provoque qualquer resultado no mundo real, que perturbe a paz pública e muito menos que haja, de fato, distúrbios.

Através de dados estatísticos apurados pelo instituto Safernet, fica demonstrado que as principais ocorrências de crimes na Internet, no primeiro

semestre de 2009, tratam de pornografia infantil e apologia e incitação a crimes contra a vida. A análise completa, disponível em <http://www.safernet.org.br/site/indicadores>, acesso em 21 jul. 2009, segue em tabela abaixo:

Denúncias de 1 de Janeiro de 2009 a 1 de Julho de 2009

Tipo de Conteúdo	Período de 2009-1-1 a 2009-7-1	
	<input checked="" type="checkbox"/> Domínio <input type="checkbox"/> Não-Orkut	<input checked="" type="checkbox"/> Únicas
Apologia e Incitação a crimes contra a Vida	1280	10495
Homofobia	178	1126
Intolerância Religiosa	496	2301
Maus Tratos Contra Animais	310	1215
Neo Nazismo	370	2475
Pornografia Infantil	7081	25212
Racismo	572	1834
Xenofobia	281	1907
Todos	10568	46565

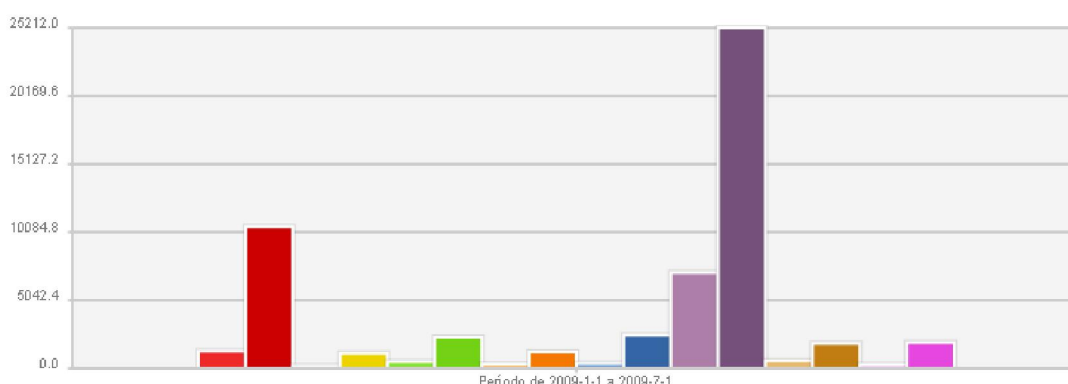


Tabela 1 - Principais crimes ocorridos na Internet - 1o Semestre 2009.

Os crimes mais comuns partem das chamadas redes sociais, por exemplo, o *Orkut*, sendo esta a rede social mais utilizada atualmente no Brasil. Esta forma de rede tem como objetivo ajudar seus membros a criar novas amizades e manter relacionamentos. Sua utilização é muito simples, cada usuário cria seu perfil na rede, com a opção da inserção de diversas informações sobre sua vida pessoal, profissional, familiar, entre outros. Devido a diversos recursos existentes nestas redes sociais, e sua facilidade de uso, foi o que possibilitou a popularização desta ferramenta. O problema surgiu a partir do momento em que seu uso foi deturpado. Começaram a utilizar as redes sociais para a venda de drogas (maconha, cocaína e *ecstasy* são as mais comercializadas); racha de carros (incentivando a corrida criminosa de carros em áreas urbanas, além de ser o ponto de encontro dos

praticantes); execução de pessoas (incentivo a assassinar mendigos nas ruas, homossexuais afetados, travestis e até negros); calúnia, injúria e difamação (com a criação de perfis falsos ou clones de usuários já existentes, expondo familiares, denegrindo a imagem das pessoas ou de uma certa camada da sociedade); induzimento e instigação ao suicídio (com a existência de comunidades que ensinam a se matar, passo a passo).

Segundo Nogueira, existem “crimes cometidos contra o computador em si, ou seja, o computador como objeto material do delito”. Conforme suas lições, as tipologias de tais crimes são: crimes contra o hardware, crimes contra o software (invasão contra o sistema), espionagem industrial e furto de dados e segredos profissionais e pessoais (como alguma patente nova, projeto novo, produto ainda não lançado), invasão de sites do poder público (NOGUEIRA, 2008, p.55).

2.3. Direito Eletrônico

Segundo a advogada Patrícia Peck, o maior desafio ao Direito é a evolução humana. Este, como instrumento de regulação de condutas, deve refletir a realidade da sociedade. Se não é possível, cabe ao juiz adaptá-lo ao caso concreto. Porém, como adaptar-se à nova realidade que se apresenta, de forma que altera todo o conceito já estudado anteriormente (PECK, 2002, p.23).

Hoje, o instrumento de poder é a informação. Tudo está ligado a isto, desde a liberdade individual à soberania do Estado. A tecnologia afeta diretamente as relações sociais. Portanto, este direito eletrônico é necessariamente, pragmático e costumeiro, baseado na estratégia jurídica e dinamismo (PECK, 2002, p.24).

O Direito Costumeiro (*Common Law*) é o direito que utilizava o histórico de decisões de casos concretos como subsídio legal para uma ação judicial. Este criava um “banco de dados” de memória futura, tendo por referência os próprios costumes da sociedade. É este o princípio que deve reger o Direito Eletrônico ou Digital, de modo a imprimir dinamismo que seja capaz de dar soluções rápidas aos conflitos

(PECK, 2002, p.24).

Nas palavras da advogada Peck, este Direito, que ela chama de Direito Digital, nada mais é que a evolução natural do próprio Direito, abrangendo todos os princípios fundamentais e institutos que estão vigentes e são aplicados até hoje, assim como introduzindo novos institutos e elementos para o pensamento jurídico, em todas as suas áreas (Civil, Autoral, Comercial, Contratual, Penal, Econômico, Financeiro, Tributário, Penal, Internacional, etc) (PECK, 2002, p.25).

Curiosamente, todos os veículos de comunicação que compõe a sociedade convergente passaram a ter relevância jurídica a partir do momento que se tornaram instrumentos de comunicação de massa, pois a massificação do comportamento exige que a conduta passe a ser abordada pelo Direito, sob pena de se criar insegurança no Ordenamento Jurídico e na sociedade. Foi assim com a imprensa, telefone, rádio, televisão, entre outros. Com a Internet, não há diferença: não existe um direito da Internet, assim como não há um direito televisivo ou direito radiofônico. Existem peculiaridades do veículo que devem ser contempladas pelas várias áreas do Direito, mas não existe a necessidade da criação de um Direito específico (PECK, 2002, p.26).

A proposta dada por Peck não é a criação de uma infinidade de leis próprias, pois esta legislação seria limitada no tempo (vigência) e no espaço (territorialidade), conceitos que ganham outra dimensão em uma sociedade convergente. O ritmo da evolução tecnológica será sempre mais veloz que o da atividade legislativa. O que deve haver é a publicação das “normas digitais”, no formato de *disclaimers*, como já fazem os provedores, ou seja, estar publicada na página inicial a norma à qual se está submetido, sendo ela um princípio geral ou uma norma-padrão para determinada atuação. A publicidade das regras possibilita maior conhecimento do público e conseqüentemente aumenta sua eficácia. Em nosso Ordenamento Jurídico já é princípio que ninguém pode alegar desconhecimento da lei; mas neste caso, onde a auto-regulamentação deve prevalecer, faz-se necessário informar ao público os procedimentos e regras às quais está submetido, e este ponto de contato com a norma se faz simultaneamente à situação de direito que ela deve proteger (PECK, 2002, p.26).

Continuando, Peck nos informa que este Direito Digital traz a oportunidade de aplicar dentro de uma lógica jurídica uniforme uma série de princípios e soluções que já vinham sendo aplicadas de modo difuso – princípios e soluções que estão na base do chamado Direito Costumeiro. Os elementos do direito costumeiro que estão a amparar o direito eletrônico são os seguintes: a generalidade, a uniformidade, a continuidade, a durabilidade e a notoriedade (ou publicidade). Tudo devidamente adequado ao fator tempo, de fundamental importância em um mundo em que transformações tecnológicas cada vez mais aceleradas ditam, de modo cada vez mais intenso, as transformações no próprio funcionamento da sociedade (PECK, 2002, p.28).

A **generalidade** determina que certo comportamento deva ser repetido um razoável número de vezes para evidenciar a existência de uma regra. No mundo digital, em muitos casos, não há tempo hábil para se criar jurisprudência pela via tradicional nos Tribunais. Se a decisão envolve aspectos tecnológicos, cinco anos podem significar profundas mudanças na sociedade. Ainda assim a generalidade pode ser aplicada aqui, amparada por novos processos de pensamento do Direito como um todo: a norma deve ser genérica, aplicada no caso concreto pelo uso da analogia e com o recurso à arbitragem, onde o árbitro seja uma parte necessariamente atualizada com os processos de transformação em curso (PECK, 2002, p.28).

A **uniformidade** das decisões é de extrema importância, pois, a não aplicação deste conceito incentiva a elitização e o casuísmo, faz com que os mais fracos sintam-se marginalizados perante a Justiça e não incentiva os consumidores a buscar os seus direitos. Por exemplo, caso um consumidor tenha uma decisão favorável contra um site que lhe vendeu algo e não colocou claramente um telefone para reclamações em suas páginas então, todos os outros sites que enfrentarem problemas semelhantes, terão de ser automaticamente condenados (PECK, 2002, p.28).

A **continuidade** está relativa ao conceito de que tais decisões devam ser repetidas ininterruptamente, dentro de um princípio genérico e uniforme (PECK, 2002, p.29).

A **durabilidade** é responsável pela criação da crença no uso destes elementos. A credibilidade do próprio ordenamento jurídico depende disto (PECK, 2002, p.29).

A **notoriedade** (ou **publicidade**) informa que as decisões arbitrais devem sempre ser tornadas públicas, para que sirvam de referência aos casos seguintes e diminuam a obsolescência de decisões tomadas exclusivamente no âmbito do Judiciário (PECK, 2002, p.29).

Portanto, as características deste Direito Eletrônico são as seguintes: celeridade, dinamismo, auto-regulamentação, poucas leis, base legal na prática costumeira, uso da analogia e solução por arbitragem.

CAPÍTULO 3

A ACEITAÇÃO DA PROVA ELETRÔNICA NO ÂMBITO CRIMINAL

3.1. O Documento Eletrônico no Processo Penal – a Teoria

O significado da palavra “documento”, segundo o dicionário Houaiss, versão 2009, formato eletrônico, grifo nosso, diz o seguinte:

“substantivo masculino

1 declaração escrita que se reconhece oficialmente como prova de um estado, condição, habilitação, fato ou acontecimento

Exs.: d. de identidade

o policial pediu-lhe que mostrasse os d. do automóvel

2 texto ou qualquer objeto que se colige como prova de autenticidade de um fato e que constitui elemento de informação

Exs.: d. históricos

d. filológicos

3 Rubrica: informática.

m.q. arquivo

3.1 Rubrica: informática.

arquivo gerado por certos programas ou pacotes, como processadores de texto, planilhas eletrônicas etc.

4 Rubrica: termo jurídico.

qualquer título, declaração, testemunho etc. que tenha valor legal para instruir e esclarecer algum processo judicial”

Nas palavras de Márcia Benedicto Ottoni¹⁹, o conceito de documento não tem uma relação necessária com o papel, significando apenas a fixação do conhecimento ou da informação para posterior acesso e comprovação, independentemente do suporte utilizado. E esta continua: na verdade, não há diferença ontológica entre o documento tradicional e o documento eletrônico, conclusão também suportada pelo professor e doutor Newton De Lucca apud Ottoni, em sua obra, Títulos e Contratos Eletrônicos (p. 44). Ambos representam um ato.

¹⁹ ÓPICE BLUM, Renato. Manual de Direito Eletrônico e Internet. 1ª Ed. São Paulo: LEX Editora, 2006. In: OTTONI, Marcia Benedicto, Certificação Digital, p. 243.

Esta diferença está apenas no suporte, na substituição do papel pelos disquetes, discos rígidos, CDs, etc.

Já os autores Gandini, Salomão e Jacob apud Ottoni, em seu artigo para a Revista dos Tribunais (ano 1991, v. 805, Nov. 2002, São Paulo, p. 83-98) – “A validade jurídica dos documentos digitais”, informam que:

“Como sendo o que se encontra memorizado em forma digital, não perceptível para os seres humanos senão mediante intermediação de um computador. Nada mais é do que uma sequência de bits, que, por meio de um programa computacional, mostrar-nos-á um fato.”

E ao conceito do documento digital, o fazem

“Como sendo uma representação da realidade, podendo apresentar-se em forma textual, gráfica, sonora ou outra admitida pela técnica, tendo como base qualquer suporte que possa garantir sua certeza e imutabilidade, e que possa ser atribuído a um sujeito determinado.”

O que acontece é que no mundo físico a existência do documento escrito depende do suporte do papel. O documento em papel está preso ao seu suporte original. Porém, no ambiente eletrônico, este conceito é diferente. O documento na realidade é uma sequência de *bits*, intangível, que pode ser infinitamente reproduzida. A fixação em variados suportes não gera “cópias”. Não existem cópias no ambiente eletrônico, somente vias, registradas em suportes diferentes (OTTONI, 2006, p.245).

Até hoje o documento em papel foi um suporte prático e barato, muito eficiente para os fins de documentação, e sua utilização teve como grande fortalecimento da associação que temos entre papel e documento. Mas, o papel, está se tornando um material escasso e caro. Além do problema ambiental, e da sua guarda (pelo espaço que ocupa), este apresenta obstáculos relacionados à sua guarda e integridade. Temos a necessidade urgente de realizar migrações para suportes digitais, como digitalização de documentos para economia de locais de

armazenamento e contingência (OTTONI, 2006, p.245).

Para que este documento digitalizado possa ter força probatória há a necessidade da adoção da chamada Certificação Digital, que será explicado posteriormente.

Contestando esta forma de abordagem do documento eletrônico, de que este seria uma sequência de bits e, como tal, plenamente dissociável do suporte em que se encontra, escreveu Ivo Teixeira Gico Júnior apud Rossini²⁰, no artigo “O arquivo eletrônico como meio de prova” (Repertório IOB de jurisprudência, agosto de 2000, número 15, caderno 3, p.327):

“Bem, este tipo de questão nos parece mais um problema psicológico dos doutrinadores do que um problema de fato. Toda esta magia criada pela mídia acerca dos computadores e da Internet parece ter afetado um pouco o juízo das pessoas. Não encontramos, em texto doutrinário algum, a preocupação de um jurista em saber como o cabeçote do aparelho do videocassete opera a transformação dos registros magnéticos daquela fita cassete em som e imagem. Nem como o aparelho de interceptação telefônica intercepta a frequência correta de um celular para captar o número desejado. Essas coisas são detalhes técnicos que ao jurista não interessam em sua atividade normal. Então por que alguns ficam impressionados com o fato de os arquivos computadorizados serem guardados em linguagem binária para que o chip de processamento possa interpretá-lo? Que relevância tem isso para o Direito? Alguém se incomoda com o tipo de ligação química estabelecida entre as moléculas de tinta e as de celulose do papel para formarem um amálgama indissociável? Ou que fenômeno físico explica a nossa percepção da mensagem escrita no papel? Não, isto não tem a menor relevância jurídica. (...) Os arquivos eletrônicos são indissociáveis do meio físico em que se encontram. A posição dos que defendem o contrário desta afirmativa é fruto da tendência que os novos doutrinadores têm de achar que tudo que é eletrônico é virtual (...) O fato de ser armazenado em linguagem binária também não é problema, uma vez que determinado arquivo quando lido pelo programa adequado sempre se revelará da mesma forma, e toda vez que o mesmo programa (ou uma cópia sua) for utilizado para ler aquele arquivo, o resultado será sempre o mesmo. É como se o arquivo estivesse escrito em chinês e fosse necessário um tradutor para compreender o seu conteúdo; mas com uma vantagem, os computadores são incapazes de realizar juízos de valor, traduzindo a linguagem binária sempre dentro da mesma lógica matemática em que foram programados.”

²⁰ ÓPICE BLUM, Renato. Manual de Direito Eletrônico e Internet. 1ª Ed. São Paulo: LEX Editora, 2006. In: ROSSINI, Augusto Eduardo de Souza, O Documento Eletrônico no Processo Penal, p. 99.

Esta seria a melhor solução, para fins penais e processuais, chamada equiparação jurídica, tese defendida por Augusto Eduardo de Souza Rossini, em “A informática e a telemática ante o direito penal” (2003, 418f. Tese de Doutorado em Direito Penal – PUC São Paulo, São Paulo: p:44-51). A exemplo do que foi feito com o furto de energia elétrica, quando da vigência do Código Penal em 1940, por falta de outra solução que não a que vem expressada no artigo 155, 3º parágrafo, antes transcrito. Neste exemplo, demonstra que o legislador não procurou definir ou explicar o que exatamente é energia elétrica, esta afeta à física, trazendo tão somente ao corpo legislativo a sua equiparação a coisa, tudo a permitir que a conduta de quem, através de ligação clandestina chamada “gato”, pudesse ser tipificada e assim reprimida com o uso do mesmo tipo penal, sem maiores esforços hermenêuticos (ROSSINI, 2006, p.106).

Este conceito de documento eletrônico também é encontrado na medida provisória de número 2.200-2, de 2 de agosto de 2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas – ICP BRASIL, em plena vigência em nosso território, que tem, em seu artigo 10, a seguinte redação:

“Art. 10. Consideram-se documentos públicos ou particulares, para todos os fins legais, os documentos eletrônicos de que trata esta Medida Provisória.

§ 1o As declarações constantes dos documentos em forma eletrônica produzidos com a utilização de processo de certificação disponibilizado pela ICP-Brasil presumem-se verdadeiros em relação aos signatários, na forma do art. 131 da Lei no 3.071, de 1o de janeiro de 1916 - Código Civil.

§ 2o O disposto nesta Medida Provisória não obsta a utilização de outro meio de comprovação da autoria e integridade de documentos em forma eletrônica, inclusive os que utilizem certificados não emitidos pela ICP-Brasil, desde que admitido pelas partes como válido ou aceito pela pessoa a quem for oposto o documento.”

É importante observar que o legislador utiliza a expressão “considera-se”,

concluindo assim que tudo não passa de equiparação, pois ao intérprete é desnecessária a explicação técnica e sim as consequências para o mundo jurídico quando da utilização destes meios de prova na questão a ele apresentada (ROSSINI, 2006, p.107).

3.2. O Documento Eletrônico no Processo Penal – a Prática

Como é de conhecimento, na teoria, tudo funciona, e esta é bem diferente da prática. Portanto, é de grande valia mencionar as melhores práticas em relação ao documento eletrônico.

É de grande importância, que os documentos eletrônicos sejam impressos, e seu teor seja retratado em documento físico, exteriorizado, inclusive para fins do artigo 158, “quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado”, do Código de Processo Penal, e juntado aos autos do inquérito ou processo, enquanto não se tratar de autos exclusivamente digitais (ROSSINI, 2006, p.109).

Segundo Rossini, esta impressão assegura a manutenção ou perpetuação da informação em meio físico, problema ainda não totalmente superado no campo da informática, questão não propriamente técnica, mas decorrente do avanço tecnológico, extremamente rápido. Para exemplificar, caso um documento eletrônico tivesse sido criado há dez anos atrás, ele estaria armazenado em um suporte extremamente avançado da época, um disquete flexível 5 ¼. Atualmente, não é possível encontrar o dispositivo que faz a leitura de determinada mídia, pois acabaram os *drives*, ou leitores no formato citado – não é economicamente viável a manufatura de tal equipamento. Para melhor ilustrar esta situação, menciono Carolina Sanchis Crespo apud Rossini, em sua obra “*La prueba por soportes informáticos*” (Valência: *Tirant lo Blanch*, 1999, 176 p. – *Abogacía práctica*, v.7, p. 66-67):

“O principal obstáculo que tem a durabilidade dos documentos digitais é duplo: de um lado sua fragilidade física, por outro sua suicida tendência de ficar antiquado. O primeiro destes pode superar-se realizando-se, a cada tempo, cópias. O segundo é mais complicado de evitar. Como se disse, os documentos digitais ficam antiquados rapidamente e não permanecem legíveis durante a centésima parte do tempo que foi a Pedra Roseta, é dizer mais de 22 séculos. Com um exemplo se ilustram as afirmações anteriores: ‘Ano 2045: meus netos (que não nasceram ainda) estão explorando o forro de minha casa (que ainda não comprei). Descobrem uma carta fechada em 1995 e um disco de CD-Rom. A carta diz que o disco contém um documento em que se dá a chave para herdar minha fortuna (que não ganhei ainda). Meus netos sentem viva curiosidade, mas jamais viram um disco compacto, salvo em velhos filmes. Mesmo quando localizarem um leitor de discos adequado, como conseguiriam funcionar os programas necessários para a interpretação do conteúdo? Como poderão ler meu antigo documento digital? Não fosse pela carta explicativa, meus netos não teriam motivos para pensar que valeria a pena decifrar o disco. A carta tem a propriedade de ser lida sem máquinas, instrumentos ou conhecimentos especiais, a parte do próprio idioma (...) devido que a informação digital pode copiar-se e recopiar-se à perfeição se falava a menos sua inquestionável longevidade. Mas a verdade é outra. Dado o caráter mutável de programas e circuitos, dentro de 50 anos o único e diretamente inteligível será a carta. O conteúdo de quase todos os suportes digitais se esfumaça muito antes que as palavras escritas em papel de qualidade’.

Para que possa ser legível o documento de que falamos se deverá incluir no mesmo toda a base informática requerida para extrair o conteúdo do programa sem alterar sua forma (já que alterações na forma podem modificar o conteúdo) junto com a informação necessária para gerar um emulador capaz de executar os programas originais ou conseguir um ordenador antigo e em bom uso. (...) A conclusão é, pois, que os novos documentos não gozam dos mesmos níveis de segurança e perdurabilidade que os tradicionais.”

Por ser uma ação penal, com conseqüências extremas, especialmente para o réu, que por si ou por seus herdeiros pode permanentemente pleitear a revisão criminal, a perpetuação da informação é absolutamente necessária, por força do grande avanço tecnológico que impossibilitaria o acesso ao dado guardado em suporte ultrapassado (ROSSINI, 2006, p. 110).

Por isso é conveniente e necessário que qualquer documento eletrônico seja submetido à transcrição e degravação, prática já utilizada para fitas de videocassete, quando cenas criminosas ou reportagens a elas referentes são captadas por câmeras de vídeo, e principais quadros são impressos e encartados a um laudo

final, ou mesmo com fitas cassetes de gravações autorizadas (escutas telefônicas) que diálogos são transcritos e impressos em documentos físicos, permitindo assim a leitura por qualquer um que tenha regular acesso aos autos, tudo independentemente do arquivamento de todas estas informações nos suportes informáticos originais ou em outros compatíveis e a manutenção dos próprios autos, permitindo assim eventual análise direta pelo juiz ou por qualquer parte interessada. É importante também dizer que estas transcrições devam ser desenvolvidas preferencialmente pelos respectivos Institutos de Criminalística, por seus peritos oficiais, respeitadas as regras dos artigos 159 e seguintes do Código de Processo Penal e, onde estes não houver, que os trabalhos fiquem a cargo de peritos nomeados pela autoridade policial ou pelo Juízo Criminal (ROSSINI, 2006, p.110).

Em casos específicos como do *e-mail* (correio eletrônico) como prova, nas palavras de Rossini, é recomendável que:

"Além da impressão e salvamento em suporte informático da parte aparente, todos os seus aspectos técnicos também devem gozar das mesmas cautelas, com a impressão e salvamento das partes ditas "escondidas" (que existem mas não aparecem ordinariamente nas mensagens), que podem ser obtidas através do acesso à opção "arquivo" e, em seguida, à opção "propriedades", ou até mesmo à consulta aos provedores de acesso. Conforme dito, todas as outras possíveis especificações merecem atenção da autoridade policial, das partes e do próprio juízo, como o número IP (Internet Protocol), a hora da remessa, que necessariamente não é a hora da chegada, entre outras. No caso de site criminoso, v.g., página com conteúdo pedófilo, racista ou fraudulento, as mesmas cautelas acima devem ser tomadas (impressão e salvamento de todas as informações em suporte informático etc.), acrescidas daquelas informações específicas, como a titularidade da página, cadastro de seus responsáveis, os arquivos log (arquivo de registro automático de operações efetuadas num computador, ou que armazena todas as entradas ou saídas de uma sessão de uso) a ela referidos, etc. Enfim, tudo que permita garantir de forma lícita o acesso às necessárias e imprescindíveis informações para que se apure a autoria, materialidade e circunstâncias do fato criminoso, sem se descurar naturalmente dos demais meios de prova, tudo a permitir uma decisão justa (ROSSINI, 2006, p. 111)."

A responsabilidade dos provedores de acesso à busca da verdade é de grande importância, pois estes precisam ser vistos como grandes parceiros das

autoridades, nos crimes praticados no ambiente de rede, pois todas estas informações podem e devem ser fornecidas por tais entes jurídicos, sendo verdadeiros “autores mediatos” de condutas ilícitas, pois, apesar da sua freqüente ausência de culpabilidade, o fato é que sem os portais quase nada se consegue da Internet. São imprescindíveis às transações lícitas e ilícitas ocorridas na Internet (ROSSINI, 2006, p.110).

Continuando, o mestre Rossini, destaca dois aspectos de extrema relevância quando discutimos sobre provas eletrônicas:

- a) Os dados cadastrais e informações como número IP, hora, etc., não gozam das garantias constitucionais do sigilo e privacidade, podendo ser obtidos por todas as autoridades que não as judiciais (Delegados de Polícia, membros do Ministério Público e até mesmo partes interessadas), mediante formal e direta solicitação/requisição, desde que em nível do devido processo legal (inquérito policial, procedimentos administrativos, ações penais, etc.), já que não implicam na invasão e acesso à intimidade de seus protagonistas. Ou seja, não haverá acesso ao que foi escrito ou dito em ambiente de rede, apenas aos dados cadastrais; e*
- b) As demais informações, v.g., arquivos de log, teor de e-mails, etc., merecem a garantia constitucional e, portanto, somente podem ser solicitadas e utilizadas no devido processo legal mediante requisição judicial, especialmente aquelas informações que se destacam das cadastrais e que guardam em sua própria essência dados íntimos de seus titulares, corolário do Estado Democrático de Direito.*

Outra solução de cunho prático, nas palavras do advogado Amaro Moraes e Silva Neto²¹, considerada uma ferramenta de grande importância para o levantamento de provas neste ambiente virtual, é a utilização da ata notarial. Em simples palavras, esta seria considerada a “máquina fotográfica”, apta a registrar os fatos na Internet. A sua essência é o registro do fato em um determinado momento. É a narração do que foi presenciado pelo notário com plena isenção de seus sentidos, como se fosse uma fotografia temporal. Os seguintes pontos são necessários a tal documento:

²¹ ÓPICE BLUM, Renato. Manual de Direito Eletrônico e Internet. 1ª Ed. São Paulo: LEX Editora, 2006. In: SILVA NETO, Amaro Moraes, O Ciberespaço e a Questão Probandi, p. 199.

- O local, a data de lavratura da ata e a hora;
- O nome e a qualificação do solicitante da ata;
- A narração circunstanciada dos fatos;
- A declaração de haver sido lida ao solicitante e, sendo o caso, às testemunhas;
- A assinatura do solicitante da ata, ou de alguém a seu rogo e, sendo o caso, a das testemunhas; e
- A assinatura e o sinal público do tabelião.

O importante aqui seria a prova plena dos atos nela consignados (pois esta guarda o mesmo valor *probandi* das escrituras públicas). Este documento possibilita a pré-constituição de provas relativas, por exemplo, de uma página de Internet que possa conter injúrias, calúnias, difamações, notícias falsas, uso indevido de imagens, textos, sons etc. Esta inclusive pode ser a causa produtora de direito, nas palavras de Argentino I. Néri apud Silva Neto²²:

"Quero dar a maior importância às atas notariais, como instrumento público em sua mais alta validade; têm mais simplicidade que o instrumento formal, vale como a escritura propriamente dita, e há de servir em juízo, na oportunidade de se estabelecerem os direitos, de se abreviarem procedimentos de peritagem, e de outros trâmites relacionados com as pretensões de quem tem o justo direito, muitas vezes, aliás, turvado no seu aspecto de verdade. As atas de notoriedade, conforme o direito espanhol, têm por objeto a comprovação e fixação de fatos notórios, sobre os quais poderão ser fundados e declarados direitos e qualidades com transcendência jurídica."

Porém, nem sempre a lavratura de uma ata notarial é possível. Por exemplo, caso o mural de um sítio da Internet aponte uma ofensa, calúnia, injúria, e num segundo acesso, descobre-se que a página na qual constava a ofensa foi alterada,

²² ÓPICE BLUM, Renato. Manual de Direito Eletrônico e Internet. 1ª Ed. São Paulo: LEX Editora, 2006. In: SILVA NETO, Amaro Moraes, O Ciberespaço e a Questão Probandi, p. 200.

nenhum rastro da mesma, neste caso, a lavratura de uma ata notarial é inviável, pois que o notário só pode registrar o que presencia, não o presenciado por outros. Neste caso, só resta mesmo a prova pericial, que exige uma análise mais profunda no sítio em questão. Mesmo assim, a ata notarial é uma das melhores ferramentas para se provar eventos que tenham o ambiente virtual como cenário do crime. Por enquanto não existe nada capaz de registrar tão bem o que acontece na Internet, com tanta precisão (NETO, 2006, p.205).

3.3. Confiabilidade do Documento Eletrônico

Discutimos sobre a admissibilidade do documento eletrônico como meio de prova em matéria penal nos itens anteriores. Assim, passamos para a questão da sua autenticidade, bem como sua confiabilidade. Segundo Elcio Trujillo apud Maria Izabella Gullo Antonio Luiz²³ esclarece que, para o documento ter a confiabilidade necessária para a justiça, precisa “a base material do documento deverá ser “indelével”, isto é, imune a qualquer tipo de adulteração sem que se possa notar”.

Luiz segue, informando outro dado a ser observado para que o documento seja considerado seguro é a sua assinatura, ou sua firma. Está diretamente relacionado com a sua proveniência, a sua autoria, pois somente com ela ter-se-á a relevância jurídica que interessa. Portanto, a confiabilidade do documento eletrônico, sua força probante, assim como no documento físico, dá-se por meio de sua subscrição, autenticidade e integridade.

Seguindo este mesmo raciocínio, Guilherme Magalhães Martins apud Luiz, afirma que, “para um documento eletrônico ser confiável, impassível de adulteração, é preciso que estejam presentes dois requisitos: a impossibilidade de adulteração, especialmente sem vestígios e a identificação do emitente do documento (da vontade nele expressa) registrada.” (LUIZ, 2003, p.99). Continuando com Ivan Lira De Carvalho apud Luiz, informa que “... desde que resguardada a segurança da

²³ ANTONIO LUIZ, Maria Izabella Gullo. A prova obtida por meio eletrônico. Curitiba: PUC, Pós-Graduação Stricto Sensu, 2003, p. 98.

informação digital, tanto quanto deve ser preservada a segurança da correspondência tradicionalmente entregue pelo correio, têm ambas a mesma credibilidade para veicular comunicações processuais, inclusive intimações.” (LUIZ, 2003, p.99).

Para Renato Ópice Blum, quaisquer documentos, sejam eles eletrônicos ou tradicionais, só terão eficácia jurídica se “... possuírem determinadas características que tornem possíveis não só a identificação de sua autoria, mas também a certeza de sua não modificação ou indícios de tal.”²⁴.

Os requisitos para a aceitação do documento eletrônico como meio de prova, segundo ensina Augusto Tavares Rosa Marcacini apud Luiz, são: a identificação da autoria, a sua autenticidade e sua integridade. A identificação da autoria entende-se a existência de uma assinatura, por autenticidade entende-se a veracidade da autoria declarada no documento e por integridade a impossibilidade de adulteração de modo imperceptível²⁵.

Existem diversas formas com as quais é possível trazer a segurança e a confiabilidade aos arquivos eletrônicos. Como exemplo, temos a utilização de senhas para a proteção de arquivos eletrônicos, sendo este, um dos modos mais práticos e comuns para o provimento da devida confidencialidade e autoria. Temos ainda a utilização da criptografia, da esteganografia e da biometria.

A **criptografia**, citando Luiz, é “uma técnica em que se codifica a mensagem, o documento, de modo a torná-lo incompreensível a quem tentar interceptá-lo, sendo possível, com o uso adequado da técnica, recuperar seu conteúdo.” (LUIZ, 2003, p. 108). Esta técnica não é apenas utilizada desta forma, esta garante a autenticidade do documento, assim como a sua confidencialidade e integridade.

A **esteganografia**, já nas palavras de Marco Aurélio Greco apud Luiz, “é uma espécie de criptografia em que, além de se codificar a mensagem, lhe é acrescentada uma marca d’água digital. Assim, o documento eletrônico ao ser

²⁴ ÓPICE BLUM, Renato. A internet e os tribunais. 1ª Ed. Bauru: EDIPRO, 2001. In: REINALDO FILHO, D., Direito da Informática: temas polêmicos, p. 146.

²⁵ ANTONIO LUIZ, Maria Izabella Gullo. A prova obtida por meio eletrônico. Curitiba: PUC, Pós-Graduação Stricto Sensu, 2003, p. 107.

decodificado faria surgir juntamente com seu conteúdo (...) um timbre ou desenho superposto que não o prejudicaria mas cuja inexistência (falta da marca d'água) indicaria não se tratar do documento correto.” (LUIZ, 2003, p. 108). Esta técnica também é utilizada para “esconder” textos, ou até outros documentos, dentro de uma imagem, fazendo esta se passar por um simples arquivo de imagem, quando, na realidade, o conteúdo a ser repassado é outro. É considerada como uma técnica avançada de segurança.

A **biometria**, segundo Matte apud Luiz, é o “ramo da ciência que estuda a mensuração dos seres vivos, os atributos biológicos quantitativos pertencentes a uma população de seres vivos, e que envolve a análise estatística d características biológicas.” (LUIZ, 2003, p. 109). Portanto, devido a esta ciência é possível realizar a chamada verificação biométrica, sendo viável verificar a identidade de um indivíduo examinando uma característica fisiológica (particularidades físicas de cada ser humano – formato da íris, impressão palmar, DNA, etc.), única e pessoal, ou por meio de análise de características de comportamento (representadas por padrões de voz, de digitação, escrita, etc.).

Entre diversos modos de provimento de segurança, como já demonstrados, os mais utilizados atualmente são os seguintes: assinatura digital e a certificação digital, processos voltados à assinatura de documento.

3.3.1. Assinatura Digital e Certificação Digital

Segundo Marcia Benedicto Ottoni²⁶, a Certificação Digital ou “PKI ou ICP – Infra-estrutura de Chaves Públicas, é a solução apresentada pela tecnologia da informação para prover identificação e sigilo às comunicações eletrônicas. O Brasil, como diversos outros países, decidiu adotar esta tecnologia, implementando uma infra-estrutura pública vinculada ao governo federal, a ICP-Brasil.”.

²⁶ ÓPICE BLUM, Renato. Manual de Direito Eletrônico e Internet. 1ª Ed. São Paulo: LEX Editora, 2006. In: OTTONI, Marcia Benedicto, Certificação Digital, p. 243.

Para iniciar, é muito importante distinguir a assinatura digital da assinatura digitalizada. Como informa Newton Freitas²⁷:

"A assinatura digitalizada é a reprodução da assinatura autografada, como imagem, por um equipamento tipo "scanner". Ela não garante a autoria e integridade do documento eletrônico, pois não existe qualquer tipo de associação inequívoca entre o subscritor e o texto digitalizado. Esta pode ser facilmente copiada e inserida em outro documento. Já a assinatura digital resulta de uma operação matemática que utiliza algoritmos de criptografia que permite aferir, com segurança, a origem e a integridade do documento. Esta é vinculada ao documento eletrônico "subscrito". A menor alteração nesse documento torna a assinatura inválida. A técnica permite não só verificar a autoria do documento como, também, estabelece uma "imutabilidade lógica" de seu conteúdo: qualquer alteração do documento – como, por exemplo, a inserção de mais um espaço entre duas palavras – invalida a assinatura."

Segue Freitas, informando sobre as vantagens da assinatura digital:

- a) ser única para cada documento;*
- b) comprovar a autoria do documento eletrônico;*
- c) possibilitar a verificação da integridade do documento, ou seja, no caso de qualquer alteração, o destinatário terá como percebê-la;*
- d) assegurar ao destinatário o "não repúdio" do documento eletrônico, pois, a princípio, o emitente é a única pessoa com acesso à chave privada geradora da assinatura.*

Continuando, esclarece sobre o conceito de Certificação Digital, autoridade certificadora e a ICP-Brasil:

"O certificado digital é um documento eletrônico assinado digitalmente por uma autoridade certificadora (AC). O certificado digital contém diversos dados sobre o emissor e o seu titular. A função precípua do certificado digital é a de vincular uma pessoa ou uma entidade a uma chave pública.

²⁷ FREITAS, Newton. A assinatura digital & A Certificação. 24 set. 2003. Disponível em: <http://www.newton.freitas.nom.br/artigos.asp?cod=25>, Acesso em: 22 jul. 2009.

A "Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira (ICP-Brasil)", atualmente regulamentada pela Medida Provisória nº 2.200-2, de 24.ago.2001, originária da MP nº 2.200, de 28.jun.2001, foi criada para garantir a autenticidade, a integridade e a validade jurídica de documentos em forma eletrônica, das aplicações de suporte e das aplicações habilitadas que utilizem certificados digitais, bem como a realização de transações eletrônicas seguras.

A ICP-Brasil é composta por uma cadeia de autoridades certificadoras, formada por uma autoridade certificadora-raiz (AC-Raiz), autoridades certificadoras (AC) e autoridades de registro (AR) e, ainda, por uma autoridade gestora de políticas (Comitê Gestor)."

Portanto, ao receber um documento eletrônico, com a devida Certificação Digital, teremos a certeza de sua procedência, autoria e integridade do documento.

CAPÍTULO 4

AS PROVAS ELETRÔNICAS NA VISÃO DOS TRIBUNAIS

Firmado o posicionamento de que as provas eletrônicas podem ser utilizadas durante a instrução criminal e constituir fundamento para um decreto condenatório, será feita aqui uma abordagem jurisprudencial sobre o tema. Assim:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. CRIME DE RACISMO PELA INTERNET. MENSAGENS ORIUNDAS DE USUÁRIOS DOMICILIADOS EM DIVERSOS ESTADOS. IDENTIDADE DE MODUS OPERANDI. TROCA E POSTAGEM DE MENSAGENS DE CUNHO RACISTA NA MESMA COMUNIDADE DO MESMO SITE DE RELACIONAMENTO. OCORRÊNCIA DE CONEXÃO INSTRUMENTAL. NECESSIDADE DE UNIFICAÇÃO DO PROCESSO PARA FACILITAR A COLHEITA DA PROVA. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 76, III, E 78, AMBOS DO CPP. PREVENÇÃO DO JUÍZO FEDERAL PAULISTA, QUE INICIOU E CONDUZIU GRANDE PARTE DAS INVESTIGAÇÕES. PARECER DO MPF PELA COMPETÊNCIA DO JUÍZO FEDERAL DE SÃO PAULO. CONFLITO CONHECIDO, PARA DECLARAR COMPETENTE O JUÍZO FEDERAL DA 4ª. VARA CRIMINAL DA SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO, O SUSCITADO, DETERMINANDO QUE ESTE COMUNIQUE O RESULTADO DESTES JULGAMENTOS AOS DEMAIS JUÍZOS FEDERAIS PARA OS QUAIS HOUVE A DECLINAÇÃO DE COMPETÊNCIA. 1. Cuidando-se de crime de racismo por meio da rede mundial de computadores, a consumação do delito ocorre no local de onde foram enviadas as manifestações racistas. 2. Na hipótese, é certo que as supostas condutas delitivas foram praticadas por diferentes pessoas a partir de localidades diversas; todavia, contaram com o mesmo modus operandi, qual seja, troca e postagem de mensagens de cunho racista e discriminatório contra diversas minorias (negros, homossexuais e judeus) na mesma comunidade virtual do mesmo site de relacionamento. 3. Dessa forma, interligadas as condutas, tendo a prova até então colhida sido obtida a partir de único núcleo, inafastável a existência de conexão probatória a atrair a incidência dos arts. 76, III, e 78, II, ambos do CPP, que disciplinam a competência por conexão e prevenção. 4. Revela-se útil e prioritária a colheita unificada da prova, sob pena de inviabilizar e tornar infrutífera as medidas cautelares indispensáveis à perfeita caracterização do delito, com a identificação de todos os participantes da referida comunidade virtual. 5. Parecer do MPF pela competência do Juízo suscitado. 6. Conflito conhecido, para declarar a competência do Juízo Federal da 4ª. Vara Criminal da SJ/SP, o suscitado, determinando que este comunique o

resultado deste julgamento aos demais Juízos Federais para os quais houve a declinação da competência. (CC 102.454/RJ, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 25/03/2009, DJe 15/04/2009, disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=crime+e+internet&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1>, Acesso em 21 jul. 2009).

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR COM VIOLÊNCIA PRESUMIDA (ART. 214 C/C ART. 224, A E 226, II DO CPB). TROCA DE MENSAGENS ENTRE PESSOAS RESIDENTES NO PAÍS, PELA INTERNET, COM CONTEÚDO PORNOGRÁFICO ENVOLVENDO CRIANÇA. ART. 241, CAPUT DA LEI 8.069/90. AFASTAMENTO DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. INTELIGÊNCIA DO ART. 109, V DA CF. PRECEDENTES DO STJ. PARECER DO MPF PELA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA CONHECIDO PARA DECLARAR A COMPETÊNCIA DO JUÍZO ESTADUAL SUSCITANTE. 1. *Comprovado que o crime de divulgação de cenas pornográficas envolvendo criança não ultrapassou as fronteiras nacionais, restringindo-se a uma comunicação eletrônica entre duas pessoas residentes no Brasil, a competência para julgar o processo é da Justiça Estadual. Inteligência do art. 109, V da CF. Precedentes do STJ. 2. Conflito de competência conhecido, para declarar a competência do Juízo de Direito da 3a. Vara Criminal de Osasco/SP, o suscitante, em consonância com o parecer do douto MPF. (CC 99.133/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 05/12/2008, DJe 19/12/2008, Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=crime+e+internet&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=3#>, Acesso em 21 jul. 2009).*

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. PENAL E PROCESSO PENAL. FRAUDE ELETRÔNICA NA INTERNET. TRANSFERÊNCIA DE VALORES DE CONTA-CORRENTE DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. CRIME DE FURTO MEDIANTE FRAUDE. CONSUMAÇÃO NO LOCAL DE SUBTRAÇÃO DO BEM. APLICAÇÃO DO ART. 70 DO CPP. 1. *A subtração de valores de conta-corrente, mediante transferência fraudulenta para conta de terceiro, sem consentimento da vítima, configura crime de furto mediante fraude, previsto no art. 155, § 4º, inciso II do Código Penal. Precedentes da Terceira Seção. 2. É competente o Juízo do lugar da consumação do delito de furto, local onde o bem é subtraído da vítima. 3. Conflito conhecido para declarar a competência do suscitante, Juízo Federal da 2ª Vara Criminal da Seção Judiciária do Estado do Espírito Santo. (CC 81.477/ES, Rel. Ministro OG FERNANDES, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 27/08/2008, DJe 08/09/2008, Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=crime+e+internet&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=6#>, Acesso em 21 jul. 2009).*

AGRAVO REGIMENTAL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. SAQUE FRAUDULENTO EM CONTA CORRENTE

DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL POR MEIO DA INTERNET. ESTELIONATO AFASTADO. CONFIGURAÇÃO DE FURTO MEDIANTE FRAUDE. PRECEDENTES. MUDANÇA NA CAPITULAÇÃO DO FATO. DENÚNCIA AINDA NÃO OFERECIDA. POSSIBILIDADE. OCORRÊNCIA DA CONSUMAÇÃO NO LOCAL EM QUE SE SITUA A AGÊNCIA QUE ABRIGA A CONTA CORRENTE LESADA . 1. A fraude do furto não se confunde com a do estelionato, posto que, no primeiro, ela tem por escopo a redução da vigilância da vítima para que ela não compreenda estar sendo desapossada, enquanto que, no segundo, ela visa fazer a vítima incidir em erro, entregando o bem de forma espontânea ao agente. 2. Logo, o saque fraudulento em conta corrente por meio de internet configura o delito de furto mediante fraude, mas não o de estelionato. 3. O crime de furto mediante fraude se consuma no momento em que o agente se torna possuidor da res furtiva, isto é, quando o bem sai da esfera de disponibilidade da vítima, o que ocorreu no local em que se situa a agência bancária que abriga a conta corrente fraudulentamente atingida. Precedentes. 4. Se ainda não foi oferecida denúncia nos autos, não há que se falar em vinculação do Juiz à capitulação sugerida no inquérito policial. 5. Agravo Regimental a que se nega provimento. (AgRg no CC 74.225/SP, Rel. Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 25/06/2008, DJe 04/08/2008, Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=crime+e+internet&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=8#>, Acesso em 21 jul. 2009).

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. SAQUE FRAUDULENTO DE CONTA BANCÁRIA DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL MEDIANTE TRANSFERÊNCIA VIA INTERNET. CRIME DE FURTO QUALIFICADO. CONSUMAÇÃO COM A SUBTRAÇÃO DOS VALORES. COMPETÊNCIA DO JUÍZO FEDERAL DO LOCAL ONDE A QUANTIA EM DINHEIRO FOI RETIRADA. 1. A conduta descrita nos autos, relativa à ocorrência de saque fraudulento de conta bancária mediante transferência via internet para conta de terceiro, deve ser tipificada no artigo 155, § 4º, inciso II, do Código Penal, pois mediante fraude utilizada para ludibriar o sistema informatizado de proteção dos valores mantidos sob guarda bancária, foi subtraída quantia de conta-corrente da Caixa Econômica Federal. Precedentes da Terceira Seção. 2. Conflito conhecido para declarar-se competente o Juízo Federal do local da subtração do bem, qual seja, o da Segunda Vara de Chapecó - Seção Judiciária de Santa Catarina, o suscitante. (CC 94.775/SC, Rel. Ministro JORGE MUSSI, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 14/05/2008, DJe 23/05/2008, Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=crime+e+internet&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=10#>, Acesso em 21 jul. 2009).

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. PROCESSUAL PENAL. PUBLICAÇÃO DE PORNOGRAFIA ENVOLVENDO CRIANÇA OU ADOLESCENTE ATRAVÉS DA REDE MUNDIAL DE COMPUTADORES. ART. 241 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. COMPETÊNCIA TERRITORIAL. CONSUMAÇÃO

DO ILÍCITO. LOCAL DE ONDE EMANARAM AS IMAGENS PEDÓFILO-PORNOGRÁFICAS. 1 - A consumação do ilícito previsto no art. 241 do Estatuto da Criança e do Adolescente ocorre no ato de publicação das imagens pedófilo-pornográficas, sendo indiferente a localização do provedor de acesso à rede mundial de computadores onde tais imagens encontram-se armazenadas, ou a sua efetiva visualização pelos usuários. 2 - Conflito conhecido para declarar competente o Juízo da Vara Federal Criminal da Seção Judiciária de Santa Catarina. (CC 29.886/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 12/12/2007, DJ 01/02/2008 p. 427, Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=crime+e+internet&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=12#>, Acesso em 21 jul. 2009).

HABEAS CORPUS – FURTO EM CONTINUIDADE DELITIVA – OPERAÇÃO TROJAN - OBTENÇÃO DAS SENHAS DOS DEPOSITANTES EM CONTAS BANCÁRIAS- PROVA QUE PODE SER OBTIDA POR MEIOS DIVERSOS DA PERÍCIA NOS COMPUTADORES – AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. ORDEM DENEGADA. 1- Os crimes praticados pela internet podem ser comprovados por muitos meios de provas, como interceptações telefônicas, testemunhas e outros e até por documento juntado aos autos, não constituindo a prova pericial nos computadores, difícil de ser realizada, o único meio de prova, não havendo ofensa ao artigo 158 do Código de Processo Penal. 2- Sem demonstração de prejuízo não se pode reconhecer qualquer nulidade. 3- Ordem denegada. (HC 92.232/RJ, Rel. Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), QUINTA TURMA, julgado em 08/11/2007, DJ 26/11/2007 p. 227, Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=crime+e+internet&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=13#>, Acesso em 21 jul. 2009).

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. PENAL E PROCESSO PENAL. SUBTRAÇÃO MEDIANTE TRANSFERÊNCIA IRREGULAR DE VALORES DEPOSITADOS EM CONTA BANCÁRIA DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. FRAUDE VIA INTERNET. FURTO QUALIFICADO. CONSUMAÇÃO. SUBTRAÇÃO DO NUMERÁRIO. CONTA-CORRENTE DE ORIGEM. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL DE SANTA CATARINA, O SUSCITADO. 1. Embora esteja presente tanto no crime de estelionato, quanto no de furto qualificado, a fraude atua de maneira diversa em cada qual. No primeiro caso, é utilizada para induzir a vítima ao erro, de modo que ela própria entrega seu patrimônio ao agente. A seu turno, no furto, a fraude visa burlar a vigilância da vítima, que, em razão dela, não percebe que a coisa lhe está sendo subtraída. 2. Na hipótese de transações bancárias fraudulentas, onde o agente se valeu de meios eletrônicos para efetivá-las, o cliente titular da conta lesada não é induzido a entregar os valores ao criminoso, por qualquer artifício fraudulento. Na verdade, o dinheiro sai de sua conta sem qualquer ato de vontade ou consentimento. A fraude, de fato, é utilizada para burlar a vigilância do Banco, motivo pelo qual a melhor

tipificação dessa conduta é a de furto mediante fraude. 3. O Processo Penal brasileiro adotou, para fins de fixação da competência em matéria penal, a teoria do resultado, segundo a qual é competente para apurar infração penal, aplicando a medida cabível ao agente, o juízo do foro onde se deu a consumação do delito, ou onde o mesmo deveria ter se consumado, na hipótese de crime tentado. 4. No crime de furto, a infração consuma-se no local onde ocorre a retirada do bem da esfera de disponibilidade da vítima, isto é, no momento em que ocorre o prejuízo advindo da ação criminosa. 5. No caso de fraude eletrônica para subtração de valores, o desapossamento da res furtiva se dá de forma instantânea, já que o dinheiro é imediatamente tirado da esfera de disponibilidade do correntista. Logo, a competência para processar e julgar o delito em questão é o do lugar de onde o dinheiro foi retirado, em obediência a norma do art. 70 do CPP. 6. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo Federal da Vara Criminal da Seção Judiciária do Estado de Santa Catarina, o suscitado, em conformidade com o parecer ministerial. (CC 86.862/GO, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 08/08/2007, DJ 03/09/2007 p. 119, Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=crime+e+eletr%F4nico&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=13#>, Acesso em 21 jul. 2009).

PENAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. CRIME DE ESTELIONATO PRATICADO CONTRA MÉDICOS. UTILIZAÇÃO DE DADOS CONSTANTE DE SÍTIO ELETRÔNICO MANTIDO PELO CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA PARA A FRAUDE. INTERESSE GENÉRICO E REFLEXO DA AUTARQUIA FEDERAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. 1. O bem jurídico tutelado no crime de estelionato é a inviolabilidade do patrimônio e o sujeito passivo é a pessoa enganada e que sofre o prejuízo patrimonial, nada impedindo que haja dois sujeitos passivos: um que é enganado e outro que sofre o prejuízo patrimonial. 2. Na hipótese de médicos serem enganados e lesados utilizando-se de dados constantes de sítio eletrônico mantido pelo Conselho Regional de Medicina, o seu interesse na identificação e punição dos estelionatários seria genérico e reflexo, pois calcado na representação dos interesses dos médicos, enquanto entidade de classe, ou na segurança de que os dados por ela disponibilizados não sejam utilizados por meliantes na prática de infrações penais. 3. Verificado que a autarquia federal não foi ludibriada nem sofreu prejuízos, pois enganados foram os médicos que acreditaram nas promessas fraudulentas e lesadas foram essas mesmas pessoas, resta afastada a competência da Justiça Federal. 4. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo de Direito do Departamento de Inquéritos Policiais e Polícia Judiciária de São Paulo – DIPO, ora suscitado. (CC 61.121/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 13/06/2007, DJ 06/08/2007 p. 463, Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=crime+e+eletr%F4nico&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=15#>, Acesso em 21 jul.

2009).

EMENTA: PROCESSO PENAL. COMPETÊNCIA. CRIME TIPIFICADO NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. CONSUMAÇÃO E EXAURIMENTO NO EXTERIOR. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. I - Compete à Justiça Federal processar e julgar os crimes cuja consumação se deu em território estrangeiro (art. 109, V, CF). II - **O crime tipificado no art. 241 do Estatuto da Criança e do Adolescente, consubstanciado na divulgação ou publicação, pela internet, de fotografias pornográficas ou de cenas de sexo explícito envolvendo crianças ou adolescentes, cujo acesso se deu além das fronteiras nacionais, atrai a competência da Justiça Federal para o seu processamento e julgamento.** III - Ordem denegada. (HC 86289, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 06/06/2006, DJ 20-10-2006 PP-00062 EMENT VOL-02252-02 PP-00296, Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000330700&base=baseAcordaos>, Acesso em 21 jul. 2009).

CALÚNIA. INFORMATIVO ELETRÔNICO. DIVULGAÇÃO DE CARTA ANÔNIMA. PARLAMENTAR. 1. A divulgação, em informativo eletrônico gerado em gabinete de deputado federal, na Câmara dos Deputados, de fatos que, em tese, configuram crimes contra a administração pública, não pode ser tida como desvinculada do exercício parlamentar, principalmente quando tais fatos ocorrem no Estado que o parlamentar representa no Congresso Nacional. 2. Denúncia rejeitada. (Inq 2130, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 13/10/2004, DJ 05-11-2004 PP-00005 EMENT VOL-02171-01 PP-00031 REPUBLICAÇÃO: DJ 11-02-2005 PP-00002 LEXSTF v. 27, n. 314, 2005, p. 503-506 RTJ VOL-00194-03 PP-00833, Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000306638&base=baseAcordaos>, Acesso em 21 jul. 2009).

EMENTAS: 1. EXTRADIÇÃO. Passiva. Executória. República Portuguesa. **Acusações de burla informática e de falsidade informática.** Presença do requisito da dupla tipicidade, apenas quanto ao delito tipificado no art. 221º, nº 1 a 5, do Código Penal português. Delito de execução vinculada. Correspondência com o tipo do art. 171 do Código Penal brasileiro. Quanto ao fato atribuído ao extraditando, falta de correspondência normativa do delito de falsidade informática, previsto no art. 4º da Lei portuguesa nº 109/91. Extradicação concedida apenas em parte. Embora de execução vinculada, o delito de burla informática, tipificado no art. 221º do Código Penal português, encontra correspondência normativa com a figura do estelionato, descrita no art. 171 do Código Penal brasileiro, e, como tal, justifica deferimento de extradicação. Não o encontra, porém, quanto a certos fatos, o crime de falsidade informática, previsto no art. 4º da Lei portuguesa nº 109/91. 2. CRIME. Estelionato. Tipicidade. Caracterização. Sujeito passivo. Delito que teria sido cometido em dano patrimonial de pessoa jurídica. Indução a erro doutras pessoas. Irrelevância. Inteligência do art. 171 do CP.

O sujeito passivo do delito de estelionato pode ser qualquer pessoa, física ou jurídica. Mas a pessoa que é iludida ou mantida em erro ou enganada pode ser diversa da que sofre a lesão patrimonial. (Ext 1029, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 13/09/2006, DJ 10-11-2006 PP-00049 EMENT VOL-02255-01 PP-00064 RTJ VOL-00201-02 PP-00476 LEXSTF v. 29, n. 338, 2007, p. 302-314, Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000331326&base=baseAcordaos>, Acesso em 21 jul. 2009).

EMENTA: Habeas Corpus. 1. Crimes previstos nos arts. 288 e 155, § 4º, incisos II e IV, ambos do Código Penal e art. 10, da Lei Complementar nº 105/2001 (formação de quadrilha, furto qualificado e quebra de sigilo bancário). 2. Alegações: a) ausência de fundamentação do decreto de prisão preventiva; b) excesso de prazo para formação da culpa e conclusão do processo. 3. No caso concreto, a decretação da preventiva baseou-se no fundamento da garantia da ordem pública, nos termos do art. 312 do CPP. O Juiz de 1º grau apresentou elementos concretos suficientes para a caracterização da garantia da ordem pública: a função de "direção" desempenhada pelo paciente na organização, o qual liderava "célula criminosa"; a ramificação das atividades criminosas em diversas unidades da federação; e a alta probabilidade de reiteração delituosa considerando a potencialidade da utilização ampla do meio tecnológico sistematicamente empregado pela quadrilha. Precedentes: HC nº 82.149/SC, 1ª Turma, unânime, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 13.12.2002; HC nº 82.684/SP, 2ª Turma, unânime, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 1º.08.2003 e HC nº 83.157/MT, Pleno, unânime, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 05.09.2003. 4. Quanto à alegação de excesso de prazo, constata-se a complexidade da causa. No caso concreto, apuram-se diversos delitos cometidos por vários co-réus, denotando razoabilidade na dilação do prazo de instrução processual, sem que a prisão dos envolvidos configure constrangimento ilegal. Dos documentos acostados aos autos, verifica-se também haver contribuição da defesa para a demora processual, não se configurando a ilegalidade alegada por excesso de prazo, por não haver mora injustificada. Precedentes da Corte: HC nº 81.905/PE, 1ª Turma, maioria, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 16.05.2003; HC nº 82.138/SC, 2ª Turma, unânime, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 14.11.2002; e HC nº 71.610/DF, Pleno, unânime, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 30.03.2001. 5. Decreto de prisão preventiva devidamente fundamentado, nos termos do art. 312 do CPP e art. 93, IX, da CF. Existência de razões suficientes para a manutenção da prisão preventiva. Precedentes. 6. Ordem indeferida (HC 88905, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 12/09/2006, DJ 13-10-2006 PP-00067 EMENT VOL-02251-02 PP-00395 RTJ VOL-00201-03 PP-01130 LEXSTF v. 28, n. 336, 2006, p. 480-500, Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000330461&base=baseAcordaos>, Acesso em 21 jul. 2009).

EMENTA: PROCESSO PENAL. COMPETÊNCIA. CRIME TIPIFICADO NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.

CONSUMAÇÃO E EXAURIMENTO NO EXTERIOR. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. I - Compete à Justiça Federal processar e julgar os crimes cuja consumação se deu em território estrangeiro (art. 109, V, CF). II - O crime tipificado no art. 241 do Estatuto da Criança e do Adolescente, consubstanciado na divulgação ou publicação, pela internet, de fotografias pornográficas ou de cenas de sexo explícito envolvendo crianças ou adolescentes, cujo acesso se deu além das fronteiras nacionais, atrai a competência da Justiça Federal para o seu processamento e julgamento. III - Ordem denegada. (HC 86289, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 06/06/2006, DJ 20-10-2006 PP-00062 EMENT VOL-02252-02 PP-00296, Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000330700&base=baseAcordaos>, Acesso em 21 jul. 2009).

EMENTA: HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. DIVULGAÇÃO DE FOTOGRAFIAS CONTENDO CENAS DE SEXO ENVOLVENDO CRIANÇA OU ADOLESCENTE. TIPICIDADE, EM TESE, DO CRIME DO ART. 241 DO ECA, NA SUA REDAÇÃO ORIGINAL, MESMO QUANDO A DIVULGAÇÃO DAS FOTOS ERÓTICAS FOI FEITA POR MEIO DA INTERNET. HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONHECIDO E, NA PARTE CONHECIDA, DENEGADO. - Não se conhece, em habeas corpus, de causa de pedir não apreciada pelo Superior Tribunal de Justiça, sob pena de supressão de instância. - O trancamento da ação penal, por ausência de justa causa, via habeas corpus, apesar de perfeitamente possível, é tido como medida de caráter excepcional, não se aplicando quando há indícios de autoria e materialidade de fato criminoso. Precedentes. - Não resta dúvida de que a internet é um veículo de comunicação apto a tornar público o conteúdo pedófilo das fotos encontradas, o que já é suficiente para demonstrar a tipicidade da conduta. Ademais, a denúncia foi clara ao demonstrar que qualquer pessoa que acessasse o servidor de arquivos criado pelo paciente teria à disposição esse material. (HC 84561, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 05/10/2004, DJ 26-11-2004 PP-00031 EMENT VOL-02174-02 PP-00379 RT v. 94, n. 834, 2005, p. 482-485 LEXSTF v. 27, n. 314, 2005, p. 434-441 RTJ VOL-00192-03 PP-00990, Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000305182&base=baseAcordaos>, Acesso em 21 jul. 2009).

HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTOS. ACUSADO QUE EXERCIA AS FUNÇÕES DE CÔNSUL DE ISRAEL NO RIO DE JANEIRO. CRIME PREVISTO NO ART. 241 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (LEI Nº 8.069/90). PENA DE RECLUSÃO, CUJO INÍCIO DEVE SE DAR EM ESTABELECIMENTO DE SEGURANÇA MÁXIMA OU MÉDIA (REGIME FECHADO). CIRCUNSTÂNCIA QUE, SOMADA AO DISPOSTO NO ART. 61, II, h DO CÓDIGO PENAL, ENFATIZA O CARÁTER GRAVE DO CRIME, O QUE É REALÇADO PELA EXISTÊNCIA DE DIVERSOS DIPLOMAS PROTETIVAS DA

INFÂNCIA SUBSCRITOS PELO BRASIL: DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA (1959), CONVENÇÃO DOS DIREITOS DA CRIANÇA (1989), 45ª SESSÃO DA ASSEMBLÉIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS, DECLARAÇÃO PELO DIREITO DA CRIANÇA À SOBREVIVÊNCIA, À PROTEÇÃO E AO DESENVOLVIMENTO, CONVENÇÃO DE NOVA YORK SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA E CONVENÇÃO INTERAMERICANA SOBRE TRÁFICO INTERNACIONAL DE MENORES. INEXISTÊNCIA DE OBSTÁCULO À PRISÃO PREVENTIVA, NOS TERMOS DO QUE DISPÕE O ART. 41 DA CONVENÇÃO DE VIENA SOBRE RELAÇÕES CONSULARES. ATOS IMPUTADOS AO PACIENTE QUE NÃO GUARDAM PERTINÊNCIA COM O DESEMPENHO DE FUNÇÕES CONSULARES. NECESSIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA PARA GARANTIR A APLICAÇÃO DA LEI PENAL. ORDEM INDEFERIDA. (HC 81158, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ELLEN GRACIE, Primeira Turma, julgado em 14/05/2002, DJ 19-12-2002 PP-00091 EMENT VOL-02096-02 PP-00375, Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000282832&base=baseAcordaos>, Acesso em 21 jul. 2009).

EMENTA: QUESTÃO DE ORDEM. INQUÉRITO. DISPONIBILIDADE DE INFORMAÇÕES EM MEIO ELETRÔNICO. POSSIBILIDADE, RESSALVADOS OS DOCUMENTOS PROTEGIDOS POR SIGILO BANCÁRIO, FISCAL OU TELEFÔNICO. *Questão de ordem resolvida no sentido de que, uma vez digitalizados os documentos constantes dos autos, para o fim de facilitar a notificação dos denunciados, é permitido sejam tais informações colocadas à disposição no sítio do Supremo Tribunal Federal na internet, excluídas as informações de conteúdo sigiloso e limitado o acesso às partes mediante o uso de senha. (Inq 2245 QO, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 31/05/2006, DJe-139 DIVULG 08-11-2007 PUBLIC 09-11-2007 DJ 09-11-2007 PP-00037 EMENT VOL-02298-02 PP-01265, Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000350838&base=baseAcordaos>, Acesso em 21 jul. 2009).*

EMENTA: I. Decisão judicial: fundamentação: alegação de omissão de análise de teses relevantes da Defesa: recurso extraordinário: descabimento. Além da falta do indispensável prequestionamento (Súmulas 282 e 356), não há violação dos art. 5º, LIV e LV, nem do art. 93, IX, da Constituição, que não exige o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas apresentadas pelas partes, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão; exige, apenas, que a decisão esteja motivada, e a sentença e o acórdão recorrido não descumpriram esse requisito (v.g., RE 140.370, 1ª T., 20.4.93, Pertence, DJ 21.5.93; AI 242.237 - AgR, 1ª T., 27.6.00, Pertence, DJ 22.9.00). **II. Quebra de sigilo bancário: prejudicadas as alegações referentes ao decreto que a determinou, dado que a sentença e o acórdão não se referiram a qualquer prova resultante da quebra do sigilo bancário, tanto mais que, dado o deferimento parcial de mandado de segurança,**

houve a devolução da documentação respectiva. III. Decreto de busca e apreensão: validade. 1. Decreto específico, que somente permitiu que as autoridades encarregadas da diligência selecionassem objetos, dentre aqueles especificados na decisão e na sede das duas empresas nela indicadas, e que fossem "interessantes à investigação" que, no caso, tinha pertinência com a prática do crime pelo qual foi efetivamente condenado o recorrente. 2. Ademais não se demonstrou que as instâncias de mérito tenham invocado prova não contida no objeto da medida judicial, nem tenham valorado qualquer dado resultante da extensão dos efeitos da decisão determinante da busca e apreensão, para que a Receita Federal e a "Fiscalização do INSS" também tivessem acesso aos documentos apreendidos, para fins de investigação e cooperação na persecução criminal, "observado o sigilo imposto ao feito". IV - **Proteção constitucional ao sigilo das comunicações de dados - art. 5º, XVII, da CF: ausência de violação, no caso.** 1. **Impertinência à hipótese da invocação da AP 307 (Pleno, 13.12.94, Galvão, DJU 13.10.95), em que a tese da inviolabilidade absoluta de dados de computador não pode ser tomada como consagrada pelo Colegiado, dada a interferência, naquele caso, de outra razão suficiente para a exclusão da prova questionada - o ter sido o microcomputador apreendido sem ordem judicial e a conseqüente ofensa da garantia da inviolabilidade do domicílio da empresa - este segundo fundamento bastante, sim, aceito por votação unânime, à luz do art. 5º, XI, da Lei Fundamental.** 2. Na espécie, ao contrário, não se questiona que a apreensão dos computadores da empresa do recorrente se fez regularmente, na conformidade e em cumprimento de mandado judicial. 3. Não há violação do art. 5º, XII, da Constituição que, conforme se acentuou na sentença, não se aplica ao caso, pois não houve "quebra de sigilo das comunicações de dados (interceptação das comunicações), mas sim apreensão de base física na qual se encontravam os dados, mediante prévia e fundamentada decisão judicial". 4. **A proteção a que se refere o art.5º, XII, da Constituição, é da comunicação 'de dados' e não dos 'dados em si mesmos', ainda quando armazenados em computador.** (cf. voto no MS 21.729, Pleno, 5.10.95, red. Néri da Silveira - RTJ 179/225, 270). V - Prescrição pela pena concretizada: declaração, de ofício, da prescrição da pretensão punitiva do fato quanto ao delito de frustração de direito assegurado por lei trabalhista (C. Penal, arts. 203; 107, IV; 109, VI; 110, § 2º e 114, II; e Súmula 497 do Supremo Tribunal). (RE 418416, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 10/05/2006, DJ 19-12-2006 PP-00037 EMENT VOL-02261-06 PP-01233, Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000332598&base=baseAcordaos>, Acesso em 21 jul. 2009).

EMENTA: Ato processual: recurso: **chancela eletrônica: exigência de regulamentação do seu uso para resguardo da segurança jurídica.** 1. Assente o entendimento do Supremo Tribunal de que apenas a petição em que o advogado tenha firmado originalmente sua assinatura tem validade reconhecida. Precedentes. 2. **No caso dos autos, não se trata de certificado digital ou**

versão impressa de documento digital protegido por certificado digital; trata-se de mera chancela eletrônica sem qualquer regulamentação e cuja originalidade não é possível afirmar sem o auxílio de perícia técnica. 3. A necessidade de regulamentação para a utilização da assinatura digitalizada não é mero formalismo processual, mas, exigência razoável que visa impedir a prática de atos cuja responsabilização não seria possível. (AI 564765, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 14/02/2006, DJ 17-03-2006 PP-00015 EMENT VOL-02225-07 PP-01362 RTJ VOL-00201-01 PP-00384 RDECTRAB v. 13, n. 142, 2006, p. 102-106 REVJMG v. 57, n. 176/177, 2006, p. 469-472, Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000323218&base=baseAcordaos>, Acesso em 21 de jul. 2009).

CONCLUSÃO

Como apresentamos neste trabalho, a justiça caminha a passos largos, para a aceitação das provas eletrônicas no âmbito criminal. Mencionada no primeiro capítulo, a adoção da videoconferência, hoje, foi acolhida expressamente por nossa legislação. Isto não significa apenas sinal de modernidade, mas inteligência em relação ao uso da tecnologia junto à justiça, diminuindo gastos públicos com o transporte de presos, entre outros benefícios. No segundo capítulo, abordamos o ambiente eletrônico, que hoje, está cada vez mais presente em nossas vidas. Os crimes eletrônicos, cada vez mais numerosos e complexos. E o Direito Eletrônico tendo como características a celeridade, dinamismo, auto-regulamentação, poucas leis, tendo base legal a prática costumeira, com o uso da analogia e solução por arbitragem. No terceiro capítulo, o tema deste trabalho foi discutido, mostrando a visão do documento eletrônico no processo penal – teoria e prática. A teoria informa que, na verdade, não há diferença entre o documento tradicional e o documento eletrônico. E, dentre as soluções já analisadas, a tese da “equiparação jurídica” é a que sustentou o melhor sentido. A prática demonstra que ainda é necessário que os documentos eletrônicos sejam impressos, e seu teor seja devidamente retratado em documento físico. Outra prática de grande importância é o uso da ata notarial, também devidamente demonstrado neste trabalho. No último capítulo apresentamos a pesquisa jurisprudencial, comprovando a aceitação das provas eletrônicas junto aos tribunais brasileiros.

Devido à falta de livros, doutrinas, artigos sobre o tema abordado, é de grande valia novos estudos relacionados a este assunto tão polêmico.

Ante as informações expostas neste trabalho, as provas eletrônicas devem ser aceitas perante a justiça criminal brasileira, pois, com o crescimento dos crimes virtuais, este será o único meio de prova possível a ser apresentado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal. – 5. Ed. rev., atual. e ampl. 2. Tir. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

PECK, Patrícia. Direito Digital. São Paulo: Saraiva, 2002.

NOGUEIRA, Sandro D'Amato. Crimes de informática. São Paulo: BH Editora, 2008.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 19ª Ed. São Paulo: Atlas, 2006.

GOMES, Luiz Flávio. A Prova no Processo Penal – Comentários à Lei nº 11.690/2008. São Paulo: Premier Máxima, 2008.

DEZEM, Guilherme Madeira. Da Prova Penal: Tipo Processual, Provas Típicas e Atípicas: (Atualizado de acordo com as Leis 11.689, 11.690/08 e 11.719/08). Campinas, SP: Millennium Editora, 2008.

BLUM, Renato Opice; BRUNO, Marcos Gomes da Silva; ABRUSIO, Juliana Canha. Manual de Direito Eletrônico e Internet. São Paulo: Lex Editora, 2006.

BLUM, Renato Opice (coordenador). Direito Eletrônico – a Internet e os tribunais. Bauru, SP: EDIPRO, 2001.

SEVERINO, Antônio Joaquim. Metodologia do Trabalho Científico. 23º Ed. rev. e atualizada. São Paulo: Cortez, 2007.