

The background of the cover is a photograph of a utility pole with several power lines stretching across the frame. The sky is a mix of blue and orange, suggesting a sunset or sunrise. The utility pole and lines are in silhouette, creating a strong geometric pattern.

A INTERCEPTAÇÃO DAS
COMUNICAÇÕES
TELEMÁTICAS
NO PROCESSO PENAL

RICARDO SIDI

D'PLÁCIDO
EDITORA

A INTERCEPTAÇÃO DAS
COMUNICAÇÕES
TELEMÁTICAS
NO PROCESSO PENAL

Ricardo Sidi



D'PLÁCIDO
EDITORA

Copyright © 2016, D'Plácido Editora.
Copyright © 2016, Ricardo Sidi.

Editor Chefe

Plácido Arraes

Produtor Editorial

Tales Leon de Marco

Capa

Leticia Robini de Souza

Diagramação

Christiane Moraes de Oliveira

Todos os direitos reservados. Nenhuma parte desta obra pode ser reproduzida, por quaisquer meios, sem a autorização prévia da D'Plácido Editora.



Editora D'Plácido

Av. Brasil, 1843, Savassi
Belo Horizonte – MG
Tel.: 3261 2801
CEP 30140-007

Catálogo na Publicação (CIP)
Ficha catalográfica

SIDI, Ricardo

A interceptação das comunicações telemáticas no processo penal – Belo Horizonte:
Editora D'Plácido, 2016.

Bibliografia

ISBN: 978-85-8425-308-1

1. Direito . 2. Direito Processual Penal I. Título. II. Direito

CDU347

CDD342.1

LISTA DE SIGLAS

ABIN.....	Agência Brasileira de Inteligência
ABNT.....	Associação Brasileira de Normas Técnicas
CADH.....	Convenção Americana sobre Direitos Humanos
CEDH.....	Convenção Europeia para a Proteção aos Direitos Humanos
CF.....	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
Corte IDH.....	Corte Interamericana de Direitos Humanos
CPC.....	Código de Processo Civil
CPI.....	Comissão Parlamentar de Inquérito
CPP.....	Código de Processo Penal
DUDH.....	Declaração Universal dos Direitos Humanos
ERB.....	Estação rádio base
GCHQ.....	<i>Government Communications Headquarters</i>
IBDP.....	Instituto Brasileiro de Direito Processual
IMEI.....	<i>International Mobile Equipment Identifier</i>
IMSI.....	<i>International Mobile Subscriber Identity</i>
IOCA.....	<i>Interception of Communication Act de 1985</i>
IPT.....	<i>The Investigatory Powers Tribunal</i>
LC.....	Lei Complementar
NIST.....	<i>National Institute of Standards and Technology</i>
NSA.....	<i>National Security Agency</i>
RIPA.....	<i>Regulation of Investigatory Powers Act 2000</i>

STF.....	Supremo Tribunal Federal
STJ.....	Superior Tribunal de Justiça
TCE.....	<i>Tribunal Constitucional de España</i>
TEDH.....	Tribunal Europeu de Direitos Humanos
USC.....	<i>United States Code</i>

Às pessoas que eu amo e
àquelas que me amam.

PRÓLOGO E AGRADECIMENTOS

Este trabalho advém das pesquisas desenvolvidas durante o curso de mestrado da Universidade de São Paulo, no qual tive a honra de contar com a valorosa orientação do Professor Dr. Marcos Zilli e com as aulas inesquecíveis de alguns dos maiores nomes do processo penal no Brasil, como Antonio Scarance Fernandes, Antonio Magalhães Gomes Filho, Gustavo Badaró, Maria Thereza Rocha de Assis Moura, José Raul Gavião de Almeida e Maurício Zanoide de Moraes.

Igualmente honrosa foi, em minha banca examinadora, contar com a participação do Professor Guilherme Madeira Dezem, destinatário de toda a minha admiração e amizade.

Agradeço à minha família, em especial à minha mãe, pelo que sou hoje e pelo apoio sempre incondicional.

Agradeço aos que foram compreensivos com minha ausência e dedicação ao desenvolvimento deste trabalho, notadamente ao meu querido amigo e sócio Thiago Andrade Silva.

Agradeço a Carlos Domênico Viveiros, Vinicius Machado e Pedro Conceição pelas contribuições nas pesquisas acadêmicas.

Por fim e em especial, agradeço à vida, por ter atravessado em meu caminho, no Largo de São Francisco, pessoas tão sensacionais e marcantes, muitas das quais se tornaram amigos para a vida toda: Anderson Bezerra Lopes, Pedro Machado de Almeida Castro, Daniel Zaclis, Andrey Borges de Mendonça, Tiago Essado Cintra, Matheus Fernandes, Vitor Maia, Conrado Gontijo, Gustavo Torres Soares, Renato Marinho, Nathalia Rocha de Lima, Fernanda Vilares, Guilherme Madeira, Antonio Tovo, Jorge Paschoal, Renato Stanziola Vieira, André Kehdi, Caroline Braun, Décio Alonso Gomes, Gabriela Della Vedova, Adriano Scalzaretto e Brenno Gimenes Cesca.

SUMÁRIO

Prefácio	
Entre utopias e distopias, o primado da racionalidade	
<i>Marcos Zilli</i>	15
Apresentação	
<i>Gustavo Henrique Badaró</i>	21
Introdução	25
1. Intimidade, vida privada e interceptação das comunicações telemáticas	33
1.1. Intimidade e vida privada	33
1.2. Intimidade e vida privada como direitos fundamentais	36
1.3. A proteção à vida privada e à intimidade no cenário internacional .	40
1.4. Eficiência e garantismo e o princípio da proporcionalidade	47
1.5. A busca da verdade e o processo penal constitucional	54
1.6. O direito à investigação como vertente do direito à prova	58
1.7. Interceptação telemática: natureza jurídica	59
2. Comunicação telemática, internet e os meios modernos de interceptação	67
2.1. Comunicação telemática e internet.....	67
2.2. Meios modernos de interceptação das comunicações telemáticas	73
2.2.1. As <i>backdoors</i> e a cooptação das maiores empresas da internet pelas agências de inteligência.....	74
2.2.2. Aplicativos especialmente voltados para a criptografia.....	82

2.2.3. Outros métodos de interceptação: o método <i>roving bug</i> , a interceptação de rádios <i>push-to-talk</i> , a tecnologia <i>keyword spotting</i> , a interceptação integral do fluxo de dados, a busca virtual e os <i>keyloggers</i> e <i>screenloggers</i>	85
2.2.4. Sistemas em uso no Brasil.....	90

3. A interceptação das comunicações telemáticas: diálogos de direito comparado 95

3.1. Estados Unidos da América	95
3.1.1. A Quarta Emenda e a <i>expectation of privacy</i>	95
3.1.2. <i>Wire, oral</i> e <i>electronic communication</i>	98
3.1.3. <i>Interception of communications</i> e obtenção de <i>stored communication</i>	101
3.1.4. A proteção aos dados de tráfego.....	109
3.1.5. Interceptação das comunicações eletrônicas	112
3.1.6. Interceptação com dispensa de autorização judicial.....	124
3.1.7. Exclusão da prova ilícita	126
3.1.8. Encontro fortuito.....	134
3.1.9. Aspectos mais relevantes	136
3.2. Reino Unido	139
3.2.1. <i>Right to respect for private and family life</i>	139
3.2.2. A evolução da legislação sobre interceptação das comunicações	141
3.2.3. A legislação britânica na atualidade	151
3.2.4. O tratamento da prova ilícita	160
3.2.5. <i>The Investigatory Powers Tribunal</i>	165
3.2.6. Os dados de tráfego.....	168
3.2.7. Armazenamento obrigatório de dados de tráfego.....	170
3.2.8. Disciplina legal da criptografia.....	171
3.2.9. Aspectos mais relevantes	173
3.3. Espanha.....	175
3.3.1. Proteção constitucional à intimidade pessoal e familiar e ao segredo das comunicações.....	175
3.3.2. A interceptação das comunicações eletrônicas	180
3.3.3. Dados de tráfego e sua preservação obrigatória	186
3.3.4. Regulamentação da criptografia	198

3.3.5. Inutilização de material interceptado	200
3.3.6. Sanções penais e administrativas para interceptação e divulgação ilegais do produto de interceptação e para o descumprimento do dever de facilitar interceptação e de armazenar dados relativos a comunicações eletrônicas	200
3.3.7. Aspectos mais relevantes	203

4. A interceptação das comunicações telemáticas no Brasil..... 207

4.1. Intimidade, vida privada e o sigilo das comunicações na Constituição de 1988	208
4.1.1. Esclarecimentos terminológicos.....	208
4.1.2. A regra da inviolabilidade do sigilo das comunicações: restrições e âmbito de proteção	212
4.1.3. A inviolabilidade do sigilo das comunicações e as exceções constitucionais	219
4.2. Classificação probatória	230
4.3. Pressupostos	323
4.4. Prazo.....	240
4.5. Legitimados a autorizar	248
4.5.1. Reserva de jurisdição e CPI	249
4.5.2. Interceptação determinada pelo juiz de ofício.....	255
4.6. Legitimados a requerer e a promover interceptação	258
4.7. A inutilização das comunicações que não interessarem à prova.....	270
4.8. Acesso ao material captado	276
4.9. Prova ilícita	279
4.10. Encontro fortuito de provas	288
4.11. Dados de tráfego, dados de conteúdo e e-mails armazenados	294
4.11.1. A necessidade de autorização judicial	307
4.12. Interceptação preventiva	314
4.13. As tecnologias de criptografia e sua regulamentação	316

5. Conclusão..... 323

Referências..... 341

PREFÁCIO

Entre utopias e distopias, o primado da racionalidade

O grande irmão está observando você.
(George Orwell)

No romance distópico, o autor, fundado em um enredo ficcional, toma como pano de fundo sociedades oprimidas por regimes totalitários. As situações descritas não são absolutamente estranhas. Isso porque, é da gênese da distopia a conexão com a atualidade. Daí o inevitável desconforto do leitor. Assim, tomando por base acontecimentos atuais, o autor projeta engenharias sociais em uma tentativa de demonstrar como a condução limite de certas situações levaria à construção de sociedades e regimes aniquiladores da liberdade e da individualidade. Não é adequado engessar tais romances, circunscrevendo-os ao gênero da ficção científica. O risco do reducionismo seria enorme. Até mesmo porque, o romance distópico escancara críticas sociais e políticas, o que constitui o seu real objetivo. A distopia é a antítese da utopia e por ela se busca a reflexão sobre os caminhos sociais trilhados. Os exemplos não são poucos. De Hebert Wells, temos “A máquina do tempo”. De Huxley, vem o não menos enigmático “Admirável mundo novo”. “Fahrenheit 451” de Ray Bradbury é outra obra bastante significativa. Mas entre tantos, possivelmente, “1984” de George Orwell é o mais emblemático.

Orwell nos apresenta uma sociedade totalitária na qual a retórica coletiva escamoteia a vida solitária. A solidão, contudo, não é sinônimo de individualidade e, muito menos de intimidade. Afinal, todos estão submetidos à vigilância do “Grande Irmão” que tudo vê, tudo observa e tudo controla. O paradoxo, portanto, não está restrito à

ideologia coletivista em confronto com o isolamento. É, também, o paradoxo da falsidade da solidão. A vigilância total torna a privacidade e a intimidade impossíveis. É, enfim, castradora da individualidade.

Os paradoxos apresentados por Orwell ao final da década de quarenta do século passado são, como se sabe, atuais. Mas, para além da dimensão política de sua obra, bastante explorada por analistas, há que se dar especial atenção às armadilhas da modernidade que são também por ele antecipadas.

As tecnologias da informação se, de um lado aproximaram pessoas, reduzindo as fronteiras físicas com a criação de espaços virtuais, de outro, não foram capazes de aprimorar as relações inter-humanas. O distanciamento subsiste. Como se não bastasse, as mesmas tecnologias, festejadas por todos, potencializaram os riscos da exposição da privacidade. Aliás, por muito tempo, alimentaram-se da crença generalizada da segurança do anonimato. Ledo engano. A vigilância global escancarada por Snowden no escândalo que ganhou as páginas mundiais revelou o quão falsas eram aquelas crenças. Orwell nunca foi tão profético.

É em meio às perplexidades do mundo contemporâneo que vem à luz a obra *Interceptação das comunicações telemáticas no processo penal* de autoria de Ricardo Sidi. O livro, que ora se apresenta, é resultado dos estudos acadêmicos desenvolvidos com afincamento pelo autor no âmbito do curso de pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. A seriedade da pesquisa científica produziu elogiada dissertação de mestrado. Sobre aquela debruçou-se ainda mais o perfeccionista autor, culminando no trabalho que ora vem a público.

Logo no início, somos levados para o vasto campo conceitual da privacidade e da intimidade, momento em que são descortinados os dilemas emergentes dos conflitos provocados pela persecução penal. Nesse ponto, Sidi não se deixou seduzir por retóricas rasas. Reconhece a supremacia dos direitos e garantias fundamentais, sem lhes conferir, obviamente, contornos absolutos. Rechaça, dessa forma, os discursos – inspirados por excessivo positivismo – que pregam a inconstitucionalidade da legislação ordinária que contemplou a interceptação telemática como meio de obtenção de prova. A sua leitura constitucional não é engessada. A postura não é apenas corajosa. Ela reflete um amadurecimento fundado em criteriosa análise. É, aliás, próprio da personalidade do autor.

Sidi não se deixou aprisionar pelos escaninhos que limitam a ciência jurídica tradicional. Ao contrário, alçou voos mais ambiciosos, buscando amparo em outras áreas de conhecimento. Aqui a obra assume um colorido absolutamente especial. Isso porque, o autor fez uma grande imersão no mundo tecnológico onde buscou dados de campo que ampliassem os horizontes de seu conhecimento. Acompanhou, com a devida autorização e sempre movido pelo dever de sigilo, os trabalhos de interceptação telefônica e telemática realizados em dependências policiais. Adquiriu, as suas expensas, um software comercial de criptografia para, assim, compreender melhor o funcionamento de seus mecanismos. Submergiu nas profundezas da terminologia tecnológica e dela emergiu com um vasto vocabulário que é por ele clarificado. Eis a alma do verdadeiro pesquisador.

Clarificadas uma série de questões, a obra toca os pontos sensíveis do processo penal. A interceptação telemática é medida cautelar probatória. É, em outras palavras, meio de obtenção de prova que tem por alvo a comunicação. Está amparada pela inviolabilidade constitucional a qual exige decisão da autoridade judiciária competente para a sua restrição. Submete-se, ademais, ao regime normativo dado pela Lei 9.296/96 e, portanto, está circunscrita aos crimes ali indicados. Por importar restrição às esferas da privacidade e da intimidade, a medida orienta-se pela excepcionalidade e, portanto, somente poderá ser determinada quando inviável a obtenção de elementos de prova por outros meios. Quanto ao prazo, a questão é mais tormentosa. A legislação fixa prazo específico. No entanto, a prática tem demonstrado que o excessivo rigor não soluciona questões relacionadas com os crimes permanentes ou mesmo com a criminalidade complexa como é o exemplo das organizações criminosas. Contudo, não se pode compactuar com entendimentos por demais elásticos, sob pena de comprometimento dos fundamentos constitucionais.

A reserva de jurisdição é princípio que não admite concessões. Assim, não se pode admitir que outros órgãos promovam a medida. A questão toca especialmente as Comissões Parlamentares de Inquérito que, segundo a ordem constitucional, gozam de poderes investigatórios próprios das autoridades judiciárias. A atecnia do legislador constituinte, contudo, é manifesta. Afinal, em um sistema processual de matriz acusatória, não se concebe poder investigatório titulado pelo juiz. O seu distanciamento da tarefa acusatória implica

“Sidi não se deixou aprisionar pelos escaninhos que limitam a ciência jurídica tradicional. Ao contrário, alçou voos mais ambiciosos, buscando amparo em outras áreas de conhecimento. Aqui a obra assume um colorido absolutamente especial. Isso porque, o autor fez uma grande imersão no mundo tecnológico onde buscou dados de campo que ampliassem os horizontes de seu conhecimento. Acompanhou, com a devida autorização e sempre movido pelo dever de sigilo, os trabalhos de interceptação telefônica e telemática realizados em dependências policiais. Adquiriu, as suas expensas, um software comercial de criptografia para, assim, compreender melhor o funcionamento de seus mecanismos. Submergiu nas profundezas da terminologia tecnológica e dela emergiu com um vasto vocabulário que é por ele clarificado. Eis a alma do verdadeiro pesquisador.”

Marcos Zilli
(Prefácio)



D' PLÁCIDO
EDITORA

www.livrariadplacido.com.br

ISBN 978-85-8425-308-1



9 788584 253081