

Daniel Tempski Ferreira da Costa

**A PROVA PENAL DIGITAL DOTADA DE
CRIPTOGRAFIA PONTA A PONTA (E2EE) E
A EXPERIÊNCIA DO DIREITO COMPARADO**



tirant
lo blanch

Copyright© Tirant lo Blanch Brasil

Editor Responsável: Aline Gostinski

Assistente Editorial: Izabela Eid

Capa e diagramação: Jéssica Razia

CONSELHO EDITORIAL CIENTÍFICO:

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT

Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Investigador do Instituto de Investigações Jurídicas da UNAM - México

JUAREZ TAVARES

Catedrático de Direito Penal da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - Brasil

LUIS LÓPEZ GUERRA

Ex Magistrado do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Catedrático de Direito Constitucional da Universidade Carlos III de Madrid - Espanha

OWEN M. FISS

Catedrático Emérito de Teoria de Direito da Universidade de Yale - EUA

TOMÁS S. VIVES ANTÓN

Catedrático de Direito Penal da Universidade de Valência - Espanha

C871p

Costa, Daniel Tempski Ferreira da

A prova penal digital dotada de criptografia ponta a ponta (E2EE) e a experiência do direito comparado / Daniel Tempski Ferreira da Costa. - 1. ed. - São Paulo : Tirant Lo Blanch, 2023.

180 p.

ISBN 978-65-5908-610-8

1. Direito penal. 2. Processo penal - Automação. 3. Prova criminal - Inovações tecnológicas. 4. Prova digital. 4. Criptografia de dados (Computação) - Legislação. 5. Processamento eletrônico de dados - Brasil - Criptografia. I. Título.

23-84931

CDU: 343.14:(004.65:004.056)



Meri Gleice Rodrigues de Souza - Bibliotecária - CRB-7/6439

DOI: 10.53071/boo-2023-07-09-64aad767d1783

É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, inclusive quanto às características gráficas e/ou editoriais. A violação de direitos autorais constitui crime (Código Penal, art. 184 e §§, Lei n° 10.695, de 01/07/2003), sujeitando-se à busca e apreensão e indenizações diversas (Lei n° 9.610/98).



Todos os direitos desta edição reservados à Tirant lo Blanch.

Fone: 11 2894 7330 / Email: editora@tirant.com / atendimento@tirant.com
tirant.com/br - editorial.tirant.com/br/

**tirant
lo blanch**

Impresso no Brasil / Printed in Brazil

1246868

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	13
1. A CRIPTOGRAFIA PONTA A PONTA E A DIFÍCIL PRODUÇÃO DA PROVA PENAL DIGITAL.....	19
1.1. Considerações iniciais quanto à crise global advinda com a E2EE	19
1.2. O whatsapp como parâmetro de estudo e suas falhas técnicas: possibilidades de captura das mensagens criptografadas	21
1.3. Delimitações do embate mundial entre as <i>big techs</i> e nações poderosas pela quebra da E2EE em nome da investigação criminal	28
1.4. As responsabilidades das pessoas jurídicas na produção da prova penal digital como uma contribuição à sua efetividade e aplicação no Brasil.....	37
2. O TRATAMENTO JURÍDICO VIGENTE E PROPOSTO DA CRIPTOGRAFIA PONTA A PONTA COMO FUNDAMENTO DO ESTUDO DO DIREITO COMPARADO.....	48
2.1. Estados Unidos: a mutação constitucional da 4ª emenda, os novos projetos de lei e a relevância das <i>big techs</i> no debate pela regulação da E2EE	48
2.1.1. Linha temporal das alterações do alcance da 4ª emenda.....	49
2.1.2. Jones v. United States (2012) e a aplicação implícita da Teoria do Mosaico.....	52
2.1.3. O caso Riley v. Califórnia (2014)	55
2.1.4. Carpenter v. United States (2018) e a Teoria do Mosaico “em duas etapas”.....	59
2.1.5. Decorrências atuais da mutação constitucional da 4ª Emenda no ordenamento jurídico dos EUA	61
2.1.5.1. A Teoria do Mosaico em uma e em duas etapas e sua criticada aplicação nos tribunais norte-americanos	62
2.1.5.2. A produção legislativa disciplinadora da 4ª emenda em face das novas tecnologias: uma necessidade anunciada pela Suprema Corte dos EUA.....	66
2.1.5.2.1. Projeto de lei “EARN IT Act” (S. 3398 de 2020 e S. 3538 de 2022) e o Início do Combate Legislativo à Criptografia Ponta a Ponta	67
2.1.5.2.2. House Bill (HB) 57 de 2019, do estado de Utah	72
2.1.5.2.3. Projetos de Lei H.R. 7891 e S. 4051, referentes à Lei de Acesso Legal a Dados Criptografados (Lawful Access to Encrypted Data Act)	74
2.2. O Reino Unido e a E2EE: uma novidade tecnológica no projeto de lei <i>online safety bill</i>	78
2.3. Alemanha: estratégia legal diferenciada à investigação de mensagens criptografadas ponta a ponta	80
3. O BRASIL E A PRODUÇÃO DA PROVA PENAL DIGITAL CRIPTOGRAFADA: STF E LEGISLAÇÃO POSTA E PROPOSTA	91
3.1. A situação no ordenamento jurídico brasileiro	91
3.2. O STF E a pendência do julgamento das ADPF 403 e ADI 5527: exame crítico em face do direito comparado.....	97
3.3. A convenção de budapeste e suas intercorrências à produção da prova penal digital	107
3.4. Os projetos de lei do brasil referentes às investigações criminais digitais criptografadas à luz da experiência estrangeira	115

3.4.1. Projeto de lei n. 5285/2009 e seus apensamentos: “Escutas Telefônicas Clandestinas” e a Responsabilidade dos Provedores.....	119
3.4.1.1. Projeto de lei n. 1394/2021: em defesa da previsão exemplificativa de métodos tecnológicos.....	123
3.4.1.2. Projeto de lei n. 2942/2015: o contraditório diferido ao investigado.....	123
3.4.1.3. Projeto de lei n. 3372/2021: o “espelhamento” como meio de obtenção da prova digital	124
3.4.2. Projetos de lei relativos ao Marco Civil da Internet e à E2EE.....	125
3.4.2.1. Projeto de lei n. 9808/18: as celeumas da E2EE, o STF e o direito comparado	125
3.4.2.2. Projeto de lei n. 6960/2017: um comparativo ao novo alcance da 4ª emenda.....	127
3.4.2.3. Projeto de lei n. 11.007/2018: a obtenção de prova penal digital sob o pretexto de atos terroristas.....	128
3.4.2.4. Projeto de lei n. 2418/2019: os deveres dos provedores na fiscalização de atos de terrorismo e a possibilidade do hacking estatal	129
3.4.2.5. Projeto de lei n. 4442/2019: os poderes de investigação digital policial, a Teoria do Mosaico e a responsabilidade penal dos provedores	130
3.4.2.6. Projeto de lei n. 2419/2022 e a valoração da prova ilícita digital (hackeamento do Telegram) em benefício do réu pelo STF	132
3.4.3. Projeto de lei n. 1515/2022: a chamada LGPD – PENAL.....	139
4. CONCLUSÃO	142
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	163