

**V CONGRESSO NACIONAL DA
FEPODI**

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – FEPODI

Presidente - Yuri Nathan da Costa Lannes (UNINOVE)

1º vice-presidente: Eudes Vitor Bezerra (PUC-SP)

2º vice-presidente: Marcelo de Mello Vieira (PUC-MG)

Secretário Executivo: Leonardo Raphael de Matos (UNINOVE)

Tesoureiro: Sérgio Braga (PUCSP)

Diretora de Comunicação: Vivian Gregori (USP)

1º Diretora de Políticas Institucionais: Cyntia Farias (PUC-SP)

Diretor de Relações Internacionais: Valter Moura do Carmo (UFSC)

Diretor de Instituições Particulares: Pedro Gomes Andrade (Dom Helder Câmara)

Diretor de Instituições Públicas: Nevitton Souza (UFES)

Diretor de Eventos Acadêmicos: Abimael Ortiz Barros (UNICURITIBA)

Diretora de Pós-Graduação Lato Sensu: Thais Estevão Saconato (UNIVEM)

Vice-Presidente Regional Sul: Glauce Cazassa de Arruda (UNICURITIBA)

Vice-Presidente Regional Sudeste: Jackson Passos (PUCSP)

Vice-Presidente Regional Norte: Almério Augusto Cabral dos Anjos de Castro e Costa (UEA)

Vice-Presidente Regional Nordeste: Osvaldo Resende Neto (UFS)

COLABORADORES:

Ana Claudia Rui Cardia

Ana Cristina Lemos Roque

Daniele de Andrade Rodrigues

Stephanie Detmer di Martin Vienna

Tiago Antunes Rezende

A532

Anais do V Congresso Nacional da FEPODI [Recurso eletrônico on-line] organização FEPODI/ CONPEDI/ UFMS

Coordenadores: Livia Gaigher Bosio Campello; Yuri Nathan da Costa Lannes – Florianópolis: FEPODI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-396-2

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Ética, Ciência e Cultura Jurídica.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Ética. 3. Ciência. V Congresso Nacional da FEPODI (5. : 2017 : Campo Grande - MS).

CDU: 34



V CONGRESSO NACIONAL DA FEPODI

Apresentação

Apresentamos os Anais do V Congresso Nacional da Federação Nacional dos Pós-Graduandos em Direito, uma publicação que reúne artigos criteriosamente selecionados por avaliadores e apresentados no evento que aconteceu em Campo Grande (MS) nos dias 19 e 20 de abril de 2017, com apoio fundamental do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS).

Variadas problemáticas jurídicas foram discutidas durante o evento, com a participação de docentes e discentes de Programas de Pós-Graduação em Direito e áreas afins, representando diversos estados brasileiros. Em seu formato, com espaço para debates no âmbito dos 17 grupos temáticos coordenados por docentes de diversos programas de pós-graduação, o evento buscou estimular a reflexão crítica acerca dos trabalhos apresentados oralmente pelos pesquisadores.

Os Anais que ora apresentamos já podem ser considerados essenciais no rol de publicações dos eventos da FEPODI, pois além de registrar conhecimentos que passarão a nortear novos estudos em âmbito nacional e internacional, revelam avanços significativos em muitos dos temas centrais que são objeto de estudos na área jurídica e afins.

Estamos orgulhosos com a realização do V Congresso da FEPODI e com a possibilidade de oferecer aos pesquisadores de todo o país mais uma publicação científica, que representa o compromisso da FEPODI com o desenvolvimento e a visibilidade da pesquisa e com busca pela qualidade da produção na área do direito.

Campo Grande, outono de 2017.

Profa. Dra. Lívia Gaigher Bósio Campello

Coordenadora do V Congresso da FEPODI

Coordenadora do Programa de Mestrado em Direito da UFMS

Prof. Yuri Nathan da Costa Lannes

Presidente da FEPODI

A VIOLAÇÃO DE DADOS DE APARELHOS CELULARES SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA UTILIZAÇÃO COMO MEIO DE PROVA

THE CELLPHONE DATA VIOLATION WITHOUT JUDICIAL AUTHORIZATION AS PROOF RECRUITMENT

Franciele Lopes Dutra ¹
Marília Bachi Comerlato Paschoalick ²

Resumo

Este trabalho visa a reflexão e análise acerca da violação de dados em aparelhos celulares ocorrida sem autorização pessoal ou judicial. Com o advento da Sociedade da Informação, o fluxo e registro de informações tomaram proporções tamanhas que o próprio Direito inevitavelmente teve de se adaptar para acompanhar a dinâmica social. Assim, a reflexão acerca do tema em questão é de grande relevância pois tenta auxiliar o sistema jurídico a acompanhar os fatos sociais, de modo a respeitar os direitos e garantias fundamentais elencados pela Constituição Federal. O estudo foi realizado por meio de pesquisa bibliográfica e documental.

Palavras-chave: Palavras-chave: direito fundamental, Violação de dados, Provas ilícitas, Proteção jurídica, Constituição

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims to reflect and analyze about the cellphone data violation without judicial or personal authorization. In the Information society era, the large data flow and management results in necessary laws adaptation, in order to follow the social dynamics. Thus, this reflection is applicable to help the judiciary system to adapt itself to the social facts, respecting the fundamental rights and guarantees enrolled in Federal Constitution. The article was based on bibliographic and documental research.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Key-words: fundamental laws, Data violation, Illicit proof, Legal protection, Constitution

¹ Acadêmica em Direito pela Universidade da Grande Dourados (UNIGRAN/MS). Email: francieledutrains@hotmail.com

² Advogada. Professora de Direito Penal na Universidade da Grande Dourados (UNIGRAN/MS). Mestre em Direito da Sociedade da Informação pela Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU/SP). Email: mariliabachi@hotmail.com

INTRODUÇÃO

O homem é um ser social, na medida que evolui seu conhecimento, a sociedade também sofre modificações. Atualmente não se pode falar em globalização sem mencionar o avanço da tecnologia que impulsiona a era digital, onde o uso de seus inúmeros recursos tem o objetivo de facilitar a vida humana.¹

É inegável o desenvolvimento das relações sociais com o surgimento da Sociedade da Informação, pois foram ainda mais intensificados e exacerbados com a propagação da Internet.² A tecnologia passou a ser um bem necessário no cotidiano das pessoas, ainda que indiretamente, todos os setores imagináveis da sociedade sofreram alguma mudança em razão da tecnologia; alguns exemplos disso são os setores da educação, economia, indústria, comércio, segurança, comunicação, política, relações internacionais, relações pessoais, pesquisa científica ou particular, Judiciário, Legislativo, entre outros. Assim, é fundamental saber lidar com a forte popularização do computador, da informática e da Internet, pois são responsáveis por grande transformação na realidade social, e inevitavelmente, todo desenvolvimento traz consigo um ônus.³

Com o advento da nova era eletrônica e o constatado fluxo contínuo e veloz de comunicação digital, além de toda a facilidade, rapidez e eficiência, entre várias, surge a preocupação no que tange ao amparo e aos limites de proteção dessas informações. Garantidos como direitos fundamentais, a privacidade e a intimidade não podem se tornar alvo de práticas abusivas, que transpassem as garantias anteriormente designadas pela Constituição Federal. Apesar de a Carta de 88 ser anterior à essa Era Tecnológica, as garantias de inviolabilidade de dados, intimidade e privacidade já estavam radicadas sob sua égide e devem ser plenamente respeitadas nas exatas medidas.

A proteção dessas garantias encontra-se sobretudo em nossa Constituição, mas também é assegurada através de normas infraconstitucionais, em especial o Marco Civil da Internet.⁴ Atualmente, a grande insegurança jurídica encontra-se com relação à interpretação do texto constitucional, que fora escrito antes do advento da Internet, logo, seus termos, apesar de abarcarem a dinâmica social atual, não é estrito e específico, assim, aparentemente (e tão somente), abre brecha para interpretações abusivas que tentam legitimar a violação de dados telemáticos sob o argumento de que não se equiparam ao texto constitucional.

¹SYDOW, Spencer Toth. *Delitos informáticos próprios: uma abordagem sob a perspectiva vitimodogmática*. Disponível em <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-15062011-161113/pt-br.php>> acesso em 15 fev 2017.

² FERRIGOLO, Noemi Mendes Siqueira. *Liberdade de expressão: direito na Sociedade da Informação: mídia, globalização e regulação*. São Paulo: Editora Pilares, 2005. p171.

³ SYDOW, Spencer Toth. *Delitos informáticos próprios: uma abordagem sob a perspectiva vitimodogmática*. Disponível em <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-15062011-161113/pt-br.php>> acesso em 15 fev 2017.

⁴ LUCCA, Newton De e Simão Filho, Adalberto (coordenadores) e outros *Direito e internet- aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2ª edição, 2005. p 512.

Ora, a mensagem garantista da Constituição Federal é clara o suficiente para erradicar a questão levantada por este texto: é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal⁵. Porém, alguns Tribunais parecem insistir em discordar, sob o argumento de que não se confundem comunicação telefônica e registros telefônicos, convenientemente entendendo que comunicação seria a mera transmissão, desconsiderando o resguardo à mensagem repassada, núcleo elementar da comunicação, que, sobretudo, justifica a proteção constitucional; o que faz da presente análise tão importante.

Assim, o texto tem como objetivo geral a análise acerca da violação de dados em aparelhos celulares ocorrida sem autorização pessoal ou judicial, tendo como baliza normas constitucionais como, o direito à privacidade, à intimidade, à violação de dados e, sobretudo, o princípio da dignidade da pessoa humana. O método utilizado para desenvolvimento do presente trabalho foi realizado por meio de pesquisa bibliográfica e documental.

1. A SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO E SEUS IMPACTOS NO MUNDO CONTEMPORÂNEO

Antes de fazer a abordagem da violação de dados de celular, que é o cerne do presente trabalho, torna-se fundamental compreender o significado de Sociedade da Informação e todos seus aspectos, pois é por meio de sua intensificação que a preocupação com a proteção constitucional à intimidade ganha destaque no mundo contemporâneo.

A Sociedade da Informação é aquela que passa a integrar novas tecnologias de informação e comunicação, onde essas passaram a circular por meio de redes eletrônicas.⁶ Deste modo, a sociedade da informação passa a ser uma nova realidade entre os indivíduos e torna-se necessário que esses desenvolvam habilidades para lidar com a informatização que tem como objetivo facilitar a vida humana em todos seus sentidos.⁷

Dessa forma, resta claro que o termo “Sociedade da Informação” não se limita ao uso do computador, justamente por não ser único meio de se obter informação, que é o núcleo do período de estrutura social em questão, marcada pela valorização dessa mesma Sociedade; mas por outro lado, não se pode minimizar a importância das tecnologias de informação na concepção deste conceito.

⁵ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Artigo 5º, inciso XII.

⁶ NEVES, Artur Castro. Como definir a sociedade da informação?. Disponível em: <http://www.apdsi.pt/uploads/news/id545/2-5.1_artur%20castro%20neves_070626.pdf>. Acesso em 15 fev 2017.

⁷ BATISTA, Priscila Kelly. *Sociedade da informação e do conhecimento*. Disponível em: <<https://www.portaleducacao.com.br/conteudo/artigos/cotidiano/sociedade-da-informacao-e-do-conhecimento/56924>>. acesso em: 24 fev 2017.

As tecnologias de informação e comunicação, especialmente a internet, trouxeram a necessidade de um novo olhar sobre velhos direitos, tais como: à informação, à comunicação, à liberdade de expressão e à privacidade, bem como o questionamento sobre o surgimento de novos bens que demandam uma tutela jurídica específica.⁸

Os avanços na área da informática influenciaram na globalização das tecnologias, em especial o computador, a internet, equipamentos e aparelhos de telecomunicações.⁹ Com isso, se inicia a revolução da informática, onde os computadores são capazes de otimizar as mais diversas tarefas, seja fora ou dentro do mundo cibernético. Da mesma maneira, celulares que, além da função de telefonia, hoje atrelados à internet, são capazes de ser utilizados como um veículo de comunicação poderosamente eficaz, assim, mais uma vez facilitando as relações sociais.

A esse respeito, Rossini coloca muito bem que "na atualidade, já não é pertinente a discussão acerca da importância de novas tecnologias na vida das pessoas físicas ou jurídicas. É inexorável e irreversível o processo de assimilação do arcabouço tecnológico já criado e por criar."¹⁰

Através da globalização das telecomunicações a sociedade passa a descobrir uma nova realidade¹¹ virtual e multimídia, isso por causa do avanço da informática. A globalização tecnológica vai refletir em diferentes áreas, sejam essas laborais, estudantis ou até mesmo domésticas,¹² não podendo deixar de apontar também, o seu impacto no mundo jurídico, em especial no campo penal.¹³ No mundo jurídico esse avanço pode ser tido como um ponto positivo, pois ajuda a otimizar o trabalho da justiça, porém também se torna necessário garantir maior proteção as pessoas.

Associando a agilidade que a Internet dispõe para o acesso a informações com a ausência de controle com que as mesmas são disponibilizadas, ponderou Eric Schimidt, presidente e ex-chefe executivo da Google:

"a internet é uma das poucas coisas criadas pelos homens que eles não entendem completamente. (...) Ela é intangível e ao mesmo tempo está em constante mutação, tornando-se maior e mais completa a cada segundo. É fonte de um bem enorme e tem

⁸ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; CONTE, Christiany Pegorari. *Crimes no meio ambiente digital*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 12.

⁹ CORRÊA, Cecília Araújo Rabelo; e outros. *Sociedade da informação e do conhecimento e os estados brasileiros*. Disponível em: <<http://www.repositorio.fjp.mg.gov.br/bitstream/123456789/275/1/A%20Sociedade%20da%20Informa%C3%A7%C3%A3o%20e%20do%20Conhecimento%20e%20os%20Estados%20Brasileiros.pdf>>. acesso em: 15 fev 2017.

¹⁰ ROSSINI, Augusto Eduardo de Souza. *Breve ensaio sobre a tutela punitiva na Sociedade da Informação*, suas esferas de proteção e recentes conquistas. In: PAESANI, Liliana Minardi (coord.). *O direito na sociedade da informação II*. São Paulo, Atlas, 2009. p. 129.

¹¹ FERRIGOLO, Noemi Mendes Siqueira. *Liberdade de expressão: direito na sociedade da informação: mídia, globalização e regulação*. São Paulo: editora pilares, 2005. p. 173.

¹² SYDOW, Spencer Toth. *Delitos informáticos próprios: uma abordagem sob a perspectiva vitimodogmática*. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-15062011-161113/pt-br.php>> acesso em: 15 fev 2017.

¹³ SILVA, Flávio Silveira da. *Os novos crimes de invasão de dispositivo informático e interrupção de serviço telemático*. Disponível em: <<http://repositorio.uniceub.br/bitstream/235/5639/1/21031336.pdf>> acesso em: 15 fev 2017.

um potencial devastador para o mal, e estamos apenas começando a testemunhar seu impacto sobre o cenário mundial.

*A internet é o maior experimento da história envolvendo anarquia. A cada minuto centenas de milhões de pessoas criam e consomem uma incalculável soma de conteúdo digital em um universo on-line que não é limitado pelas leis terrestres. Essa nova capacidade de livre expressão e movimento de informação gerou a rica paisagem virtual que vemos hoje. (...) Considere também o que a ausência de um controle hierárquico permite: as fraudes on-line, as campanhas de *bullying*, os sites de grupos que pregam preconceitos com virulência e as salas de bate-papo de terroristas. Isso é a internet, o maior espaço sem governo do mundo." ¹⁴ (grifos nossos)*

Portanto, tendo em vista ser a Constituição Federal anterior ao advento da Sociedade da Informação, é necessário reanalisar a forma de proteger determinados direitos e garantias fundamentais, resguardando principalmente seus núcleos essenciais, os valores claramente expressos na forma da Constituição, para que se mantenha a eficácia dessas garantias.

2. O DIREITO À PROTEÇÃO DE DADOS E AS NORMAS REGULAMENTADORAS

Importante ressaltar que, antes mesmo da constituição federal de 1988, o art. 153, §9º, da Emenda Constitucional nº 01, de 1969¹⁵, regulamentava a inviolabilidade da correspondência das comunicações telegráficas e telefônicas. E a interceptação telefônica era regulamentada pelo Código Brasileiro de Telecomunicações.¹⁶

Na Constituição de 1988, o legislador também se atentou ao que se refere à proteção de dados de correspondência e telefônica, conforme dispõe o art. 5º inciso XII da Constituição Federal, “*É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal*”.¹⁷

A norma deixa claro que, qualquer tipo de violação seja por correspondência, que é toda forma de carta ou postais, por telegrama e ainda telefônica, que inclui a devassa de dados de aparelhos

¹⁴ SCHMIDT, Eric; COHEN, Jared. Tradução de Ana Beatriz Rodrigues, Rogério Drust. *A nova era digital - como será o futuro das pessoas, das nações e dos negócios*. - 1. ed. - Rio de Janeiro: Intrínseca, 2013. p. 11.

¹⁵ Art. 153. A constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes a vida, a liberdade, a segurança e a propriedade, nos termos seguintes: § 9º. É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas.

¹⁶ SILVA, Cesar Dario Mariano da. *Provas ilícitas: Teoria da proporcionalidade, interceptação e escuta telefônica, busca e apreensão, sigilo e segredo, confissão, comissão parlamentar de inquérito*. São Paulo: liv. E ed. Universitária de direito, 2001, p.53.

¹⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Artigo 5º, inciso XII.

celulares e a própria escuta telefônica, são proibidos.¹⁸ Porém em casos de investigação criminal podem ser admitidas, isso quando houver a autorização judicial prévia. É possível afirmar que a não violação é a regra e a permissão é a exceção.

Para dar melhor compreensão ao referido dispositivo constitucional, foi criada a Lei nº 9.296/96, que veio para regulamentar o art. 5º, inciso XII parte final da Constituição Federal, que dispõe sobre o procedimento a ser adotado em relação a interceptação de comunicações telefônicas para fins de investigação criminal e instrução em processo penal.

Além da proibição de violação de dados estar expressa na Constituição Federal, o assunto foi reforçado pela Lei 12.965/14, também conhecido como Marco Civil da Internet. Isso devido ao grande crescimento dos chamados *cibercrimes*, que são crimes cometidos virtualmente, o que em grande proporção ocorre pela violação de privacidade alheia.

3. O DIREITO À INTIMIDADE E À PRIVACIDADE NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

O direito à intimidade e à privacidade encontram-se assegurados no artigo 5º, inciso X, da Lei Maior, no qual dispõe ser inviolável os direitos personalíssimos, bem como qualquer exposição ou informação no que se refere a vida íntima da pessoa.¹⁹

Para que os preceitos de reconhecimento da dignidade da pessoa humana ditados pela Constituição sejam capazes de aferir eficácia, é necessário que a legislação infraconstitucional delimite os direitos e obrigações a fim de promover seus efeitos concretamente. Nesta esteira, o Código Civil de 2002 incluiu em seu bojo o capítulo "Dos Direitos da Personalidade".

Assim como o conceito de dignidade da pessoa humana não pode ser definido e taxado definitivamente, os direitos da personalidade também são detentores de um teor geral e elástico, cuja abrangência é finita, mas que não pode ser determinada com exatidão. É como uma cláusula geral que se adéqua às necessidades da proteção da dignidade humana e do ser humano como objetivo final.

Pode-se afirmar, assim, que a personalidade é muito mais do que um direito, é, sobretudo, um valor, que se traduz na valorização do ser humano como eixo central e fundamental de todo o sistema jurídico.²⁰ Os direitos, independentemente das distinções técnicas existentes, sejam eles direitos humanos, fundamentais ou da personalidade, são essencialmente uma forma de defesa, quer seja como mecanismo contra arbitrariedades estatais, quer seja entre particulares.

A intimidade abrange todo tipo de relação e informação de ordem social e pode ser dividida em direito a intimidade *lato sensu*, que é aquele decorrente de convicções religiosas e filosóficas que

¹⁸ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo penal*. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p.382.

¹⁹ MENDES, Gilmar; Paulo Gonet Branco. *Curso de direito constitucional*. Ed. São Paulo: saraiva, 2014, p280.

²⁰ MARTINEZ, Pablo Dominguez. *Direito ao esquecimento: a proteção da memória individual na sociedade da informação*. Rio de janeiro: Editora Lumen Juris, 2014, p. 26.

apenas diria respeito a própria pessoa. E o direito à privacidade, que é aquele relacionado aos atos da vida pessoal não secreta, mas que devem ser excluídos da vida pública.²¹

Assim, a intimidade e privacidade são direitos pessoais que o homem tem de não compartilhar suas atividades e relações publicamente, por se tratar de algo que diria respeito somente a ele. Esses direitos fundamentais ganharam maior relevância com a evolução da internet e meios de comunicações.²²

Gianpaolo Poggio Smanio demonstra que a Constituição Federal observa cautela com a proteção da privacidade também quando trata a respeito da proteção constitucional do sigilo de dados.

In verbis:

A Constituição Federal em seu artigo 5º, XII, determina ser "inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal e instrução processual penal".

Para a plenitude do entendimento do alcance da proteção constitucional, este inciso XII deve ser combinado com o inciso X do mesmo artigo 5º da CF/1988, que também determina a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

O sentido da palavra dado, para o alcance da norma constitucional, conforme o Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa, é "informação capaz de ser processada por um computador". Portanto, o sigilo de dados engloba as informações decorrentes da informática.²³

A proteção desses direitos (dignidade da pessoa humana e direitos da personalidade) se caracteriza por uma abordagem marcadamente contraditória, tem-se aumentado a consciência da importância da proteção de dados no que se refere não só à proteção das vidas privadas dos indivíduos, mas a sua própria liberdade.

4. A OBTENÇÃO DE PROVAS POR MEIO DE ACESSO A APARELHOS CELULARES SEM PRÉVIA AUTORIZAÇÃO

É realidade que as autoridades de todo o Brasil têm se deparado com a possibilidade de acessar dados pessoais de celulares de abordados ou presos em flagrante. Para que ocorra a obtenção na busca

²¹ LUCCA, Newton De e Simão Filho, Adalberto (cordenadores) e outros Direito e internet- aspectos jurídicos relevantes. São Paulo: Quartier Latin, 2ª edição, 2005, p.514.

²² LUCCA, Newton De e Simão Filho, Adalberto (cordenadores) e outros Direito e internet- aspectos jurídicos relevantes. São Paulo: Quartier Latin, 2ª edição, 2005, p 515.

²³ SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Sigilo de dados: a proteção constitucional*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v.102, n. 937, p. 184-187, Nov. 2013, p. 184.

e apreensão desses dados é necessário que sejam obedecidos os preceitos dispostos no art.5º, inciso XII, da Constituição Federal. Porém, isso nem sempre ocorre, sendo cada vez mais comum a perícia realizada sem prévia ordem judicial.²⁴

O aparelho celular com os avanços da informática e meios de comunicação é sem dúvida um dos mais potentes eletrônicos já criados, pois independente do modelo ou tamanho é capaz de guardar uma enorme quantidade de dados pessoais, sendo esses vídeos, fotos, músicas, mensagens, e-mails, dados bancários, anotações digitais, agenda telefônica, entre outros inúmeros dados que podem ser acessados por meio de seus aplicativos.²⁵

Em decisão inédita, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça ao julgar um Habeas Corpus de um suspeito detido pela Polícia Militar em Rondônia, determinou por unanimidade, a necessidade de autorização judicial para a utilização de dados acessados em aparelho celular.²⁶ Isso porque *“ilícita é a devassa de dados, bem como das conversas de WhatsApp, obtidas diretamente pela polícia em celular apreendido no flagrante, sem prévia autorização judicial”*.²⁷

O acesso a qualquer informação que se encontra no aparelho celular, inclusive bate-papos como WhatsApp, são considerados violação a intimidade, direito fundamental garantido pela nossa Carta Maior, por se tratar da privacidade do agente. A devassa desses dados não pode ser restringida somente às ligações telefônicas ou à afronta de correspondência, pois com a modernidade o aparelho celular se tornou um equipamento multifuncional que também merece a proteção do Estado.

Nasce assim, um conflito entre a proteção à intimidade e à segurança pública, direito também resguardado pela Constituição em seu artigo 144. Em casos em que haja o referido conflito, é razoável que seja aplicado o princípio da proporcionalidade, para que seja feita a ponderação de tais direitos conforme a análise do caso concreto.

A ausência de autorização judicial na perícia de celular do abordado, preso ou investigado é tida como ilegal, pois afronta o direito a intimidade, a violação de dados e comunicações telefônicas, o que acarretaria na nulidade da prova, pois, por ter sido obtida em desacordo com a lei, e assim sendo, a mesma é eivada de vício e portanto, impedida de ter validade no rito processual.²⁸

²⁴ GARCIA, Rafael de Deus. *Acesso a dados em celular exige autorização judicial*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-fev-06/rafael-garcia-acesso-dados-celular-exige-autorizacao-judicial>> acesso em: 25 fev 17.

²⁵ *Ibidem*

²⁶ Conjur - *Proteção da privacidade: Acesso ao WhatsApp em celular apreendido depende de autorização judicial*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mai-12/acesso-whatsapp-celular-apreendido-exige-autorizacao-judicial>> acesso em: 10 fev 2017.

²⁷ MAIS, Carlo Velho. *A inviolabilidade de dados, mensagens e diálogos armazenados em smartphones*. Disponível em <<https://canalcienciascriminais.com.br/a-inviolabilidade-de-dados-mensagens-e-dialogos-armazenados-em-smartphones/>> acesso em 17 fev 2017.

²⁸ *Ibidem*

Como aduz a própria Constituição Federal ao estabelecer a inviolabilidade do sigilo de correspondência, comunicações telegráficas, e de dados e das comunicações telefônicas, prevê, na mesma oportunidade, as hipóteses de violação, desde que respeitadas a forma que a lei estabelecer quando se tratar de investigação criminal ou instrução processual penal, mas, sobretudo, determinada por ordem judicial.

O Informativo nº 0583, da Sexta Turma do STJ, publicado em maio do corrente ano descreve com precisão o entendimento do Superior Tribunal de Justiça acerca da vistoria em aparelhos celulares sem prévia autorização. No mesmo sentido é a ementa do Recurso Ordinário em Habeas Corpus 2014/0232367-7 (RHC 51531/RO), apreciado pela Sexta Turma do STJ, tendo como Relator o Ministro Nefi Cordeiro, publicada em 2016. Ambas têm o entendimento de que, provas obtidas ilicitamente pela extração de dados de celular, inclusive conversas de WhatsApp, devem ser consideradas nulas devido à ausência de ordem judicial.

Soaria estranho se justificar que, após a apreensão dos objetos, perde-se o direito à propriedade e aos direitos constitucionais que incidem sobre ela. Muito pior é a afirmação de que mensagens de texto (SMS, Telegran, Whatsapp, entre outros) não fazem parte do sigilo telemático. É aviltante tal escusa, numa espécie de estelionato intelectual.

O Poder Judiciário ser conivente com a invasão não autorizada do sigilo telemático tão somente porque os agentes policiais, sem autoridade nem autonomia para tanto, entenderam existir suspeita sobre a pessoa ou sobre o objeto, é como permitir que se quebre o sigilo bancário com dispensa de autorização judicial quando se apreenderem cartões de contas correntes nas carteiras dos suspeitos/conduzidos.

Outro argumento incabível é o de que a proteção constitucional é o da comunicação dos dados e não dos dados, em outra conjectura hipotética, é o mesmo que permitir o livre acesso a correspondências postais porque o destinatário já as abriu.

Se tais bens (sigilo telemático) não fossem tão especiais, jamais teriam previsão constitucional e leis específicas para que lhes permita tal violação. Sim, essa violação é permitida, porém em situações excepcionais e mediante determinado procedimento. O que não pode ser inescusavelmente ignorado.

A prova obtida sem requerimento ao Juiz Natural que teve trâmite durante abordagem policial de rotina é nula em sua plenitude, tendo em vista violar valores fundamentais arraigados na Constituição Federal e que norteiam todo o funcionamento social.

A devassa realizada nos aparelhos celulares sem que para isso tenha sido requerida a autorização judicial, com os conseqüentes fiscalizadores e asseguradores daí advindos, viola os

ditames do art. 5º, XII, da CF²⁹, sendo inadmissível a prova obtida de forma ilícita (art. 5º, LVI, CF³⁰), do mesmo modo disciplinando o art. 157, do CPP,³¹ razões essas, mais que suficientes para o desentranhamento das provas que se encontrem nessas condições.

5. PROVAS ILÍCITAS E SEUS EFEITOS NO PROCESSO PENAL

A palavra prova tem suas origens do latim e significa verificação, exame, inspeção. É através dela que o juiz formará sua convicção do caso e julgará conforme o que foi demonstrado.³² A prova para que tenha o efeito esperado deve ser pautada na mais verdadeira lógica dos fatos, ou seja, deve sempre ser revestida de certeza e jamais de dúvida, pois caso isso ocorra esta não poderá ser usada no processo para formar a convicção do juiz.³³

As provas poder ser classificadas de duas formas, em provas ilegítimas que são aquelas que não obedecem os tramites exigidos pelo direito processual, e as provas ilegais que são aquelas obtidas pela violação do direito material.³⁴ Ambas são ilícitas, o que as difere é onde ocorreu o vício de cada uma delas.

No processo penal não se admite o que é chamado de prova ilícita, conforme dispõe o art. 5º, inciso LVI, da CF. Essas são tidas como provas proibidas, isso porque via de regra o direito não pode utilizar de meios que estejam em desacordo com a lei para fazer lei. Também é possível que ocorra de a prova ser obtida sem nenhuma infração, mas seja considerada ilícita por estar violando uma norma constitucional, é o caso da exposição de gravação telefônica que ofende o direito de quem não faz parte do processo.³⁵

As provas ilícitas passaram a ser regulamentadas pela lei 11.690/2008, a qual fez alteração no artigo 157 do CPP que agora passa a dispor que: “são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais e legais”.

As provas também podem ser ilícitas por derivação, são aquelas provas que por si mesmas são lícitas, mas se formou por meio de outra em desacordo com a lei, ou seja, ilícita. É o caso

29 CF, art.5º, XII: é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

30 CF, art.5º, LVI: são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

31 CPP, art. 157: São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

³² SILVA, Cesar Dario Mariano da. *Provas ilícitas: Teoria da proporcionalidade, interceptação e escuta telefônica, busca e apreensão, sigilo e segredo, confissão, comissão parlamentar de inquérito*. São Paulo: liv. E ed. Universitária de direito,2001.p13.

³³ *Ibidem*

³⁴ SILVA, Cesar Dario Mariano da. *Provas ilícitas: Teoria da proporcionalidade, interceptação e escuta telefônica, busca e apreensão, sigilo e segredo, confissão, comissão parlamentar de inquérito*. São Paulo: liv. E ed. Universitária de direito,2001, p.25.

³⁵ CAPEZ. Fernando. *Curso de Processo penal*. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p.370.

exemplificado pelo professor Fernando Capez: confissão extorquida mediante tortura que venha a fornecer informações corretas a respeito do lugar onde se encontra o produto do crime, propiciando sua regular apreensão.

Portanto, a prova obtida por violação a garantia fundamental de privacidade e intimidade, bem como em desacordo com o preceito de inviolabilidade do sigilo de dados, correspondências, e de comunicações, quando ocorrida sem prévia autorização judicial, é nula em sua essência e não pode ser admitida em processo por mera comodidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As tecnologias de informação passaram a integrar o cotidiano de tal maneira que é inimaginável as próximas gerações sem elas. A Internet, com as facilidades de comunicação e transferência de dados, ao diminuir fronteiras e obstáculos, revirou os conceitos de tempo e espaço que agora precisam ser repensados nos moldes da Sociedade da Informação. O advento da Internet trouxe incontáveis vantagens e benefícios, mas, conseqüentemente, acarretou novos desafios e preocupações.

Evidente que a avaliação do conjunto dos fatos é o fator mais importante para definir se será autorizada a violação ao sigilo de dados, comunicações e correspondências, e conseqüentemente ao direito à intimidade e à privacidade, de acordo com a previsão legal. O que é inadmissível fazer é autorizar que agentes ou autoridades policiais tenham autonomia para invadir esses aparelhos sob argumentos frágeis ou mera suspeita. É necessário, sobretudo, que haja uma hierarquia e uma cautela especial para que essas violações sejam autorizadas, em nome da razão de ser do Estado Democrático de Direito, cuja liberdade é a regra, e intervenção estatal a exceção.

O Estado, detentor do *jus puniendi*, possui sua legitimidade nas funções do Direito Penal e, principalmente, com fundamento nas funções da pena. A partir do momento em que o próprio Estado passa a ser o agressor, perde imediatamente sua validade, sua razão de ser, e equipara-se ao indivíduo transgressor, com a agravante de ser arbitrário.

Ora, o Estado é grande por excelência, possui aparato suficiente, portanto não precisa de incidir em violação a direitos e garantias individuais para que elucide fatos supostamente típicos.

A forma do processo penal é a maior das garantias que o presumidamente hipossuficiente réu tem a seu favor; não há sentido em se manter meios errados para se buscar os fins, por mais justos que aparentem ser.

Em verdade, quando se busca a justiça com total desrespeito às garantias, alcança-se a arbitrariedade, o que talvez seja o traço mais injusto e rechaçado num Estado Democrático e Constitucional de Direito.

REFERENCIAS:

BATISTA, Priscila Kelly. *Sociedade da informação e do conhecimento*. Disponível em: <<https://www.portaleducacao.com.br/conteudo/artigos/cotidiano/sociedade-da-informacao-e-do-conhecimento/56924>>. Acesso em: 24 fev 2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Artigo 5º, inciso XII.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo penal*. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CORRÊA, Cecília Araújo Rabelo; ROCHA, Elisa Maria Pinto da; e outros. *A sociedade da informação e do conhecimento e os estados brasileiros*. Disponível em: <<http://www.repositorio.fjp.mg.gov.br/bitstream/123456789/275/1/A%20Sociedade%20da%20Informa%C3%A7%C3%A3o%20e%20do%20Conhecimento%20e%20os%20Estados%20Brasileiros.pdf>>. Acesso em: 15 fev 2017.

CONJUR. *Proteção da privacidade: Acesso ao WhatsApp em celular apreendido depende de autorização judicial* disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mai-12/acesso-whatsapp-celular-apreendido-exige-autorizacao-judicial>> acesso em: 10 fev 2017.

FERRIGOLO, Noemi Mendes Siqueira. *Liberdade de expressão: direito na sociedade da informação: mídia, globalização e regulação*. São Paulo: editora pilares, 2005.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; CONTE, Christiany Pegorari. *Crimes no meio ambiente digital*. São Paulo: Saraiva, 2013.

GARCIA, Rafael de Deus. *Acesso a dados em celular exige autorização judicial*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-fev-06/rafael-garcia-acesso-dados-celular-exige-autorizacao-judicial>> acesso em: 25 fev 17

LUCCA, Newton De e Simão Filho, Adalberto (coordenadores) e outros. *Direito & Internet - aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2ª edição, 2005.

MAIS, Carlo Velho. *A inviolabilidade de dados, mensagens e diálogos armazenados em smartphones*. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/a-inviolabilidade-de-dados-mensagens-e-dialogos-armazenados-em-smartphones/>>. acesso em: 17 fev 2017.

MARTINEZ, Pablo Dominguez. *Direito ao esquecimento: a proteção da memória individual na sociedade da informação*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2014.

MENDES, Gilmar; Paulo Gonet Branco. *Curso de direito constitucional*. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

NEVES, Artur Castro. *Como definir a sociedade da informação?*. Disponível em: <http://www.apdsi.pt/uploads/news/id545/2-5.1_artur%20castro%20neves_070626.pdf> acesso em: 15 fev 2017.

ROSSINI, Augusto Eduardo de Souza. *Breve ensaio sobre a tutela punitiva na Sociedade da Informação, suas esferas de proteção e recentes conquistas*. In: PAESANI, Liliana Minardi (coord.). *O direito na sociedade da informação II*. São Paulo, Atlas, 2009.

SCHMIDT, Eric; COHEN, Jared. Tradução de Ana Beatriz Rodrigues, Rogério Drust. *A nova era digital - como será o futuro das pessoas, das nações e dos negócios*. - 1. ed. - Rio de Janeiro: Intrínseca, 2013.

SILVA, Cesar Dario Mariano da. *Provas ilícitas: Teoria da proporcionalidade, interceptação e escuta telefônica, busca e apreensão, sigilo e segredo, confissão, comissão parlamentar de inquérito*. São Paulo: liv. E ed. Universitária de direito, 2001.

SILVA, Flávio Silveira da. *Os novos crimes de invasão de dispositivo informático e interrupção de serviço telemático*. Disponível em: <<http://repositorio.uniceub.br/bitstream/235/5639/1/21031336.pdf>> acesso em: 15 fev 2017.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Sigilo de dados: a proteção constitucional*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v.102, n. 937, p. 184-187, Nov. 2013.

SYDOW, Spencer Toth. *Delitos informáticos próprios: uma abordagem sob a perspectiva vitimodogmática*. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-15062011-161113/pt-br.php>> acesso em: 15 fev 2017.