I CONGRESSO DE TECNOLOGIAS APLICADAS AO DIREITO

PENAL, PROCESSO PENAL, CRIMINOLOGIA E NOVAS TECNOLOGIAS

P397
Penal, processo penal, criminologia e novas tecnologias [Recurso eletrônico on-line] organização I Congresso de Tecnologias Aplicadas ao Direito – Belo Horizonte;

Coordenadores: Guilherme Augusto Portugal Braga, Enio Luiz de Carvalho Biaggi e Lícia Jocilene das Neves – Belo Horizonte, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-663-5
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: O problema do acesso à justiça e a tecnologia no século XXI

1. Direito. 2. Tecnologia. 3. Direito Penal. 4. Processo Penal. 5. Criminologia. I. I Congresso de Tecnologias Aplicadas ao Direito (1:2018 : Belo Horizonte, BH).

CDU: 34

I CONGRESSO DE TECNOLOGIAS APLICADAS AO DIREITO

PENAL, PROCESSO PENAL, CRIMINOLOGIA E NOVAS TECNOLOGIAS

Apresentação

É com imensa satisfação que apresentamos os trabalhos científicos incluídos nesta publicação, que foram apresentados durante o I Congresso de Tecnologias Aplicadas ao Direito nos dias 14 e 15 de junho de 2018. As atividades ocorreram nas dependências da Escola Superior Dom Helder Câmara, em Belo Horizonte-MG, e tiveram inspiração no tema geral "O problema do acesso à justiça e a tecnologia no século XXI".

O evento foi uma realização do Programa RECAJ-UFMG – Solução de Conflitos e Acesso à Justiça da Faculdade de Direito da UFMG em parceria com o Direito Integral da Escola Superior Dom Helder Câmara. Foram apoiadores: o Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito - CONPEDI, EMGE – Escola de Engenharia, a Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, a Federação Nacional dos Pós-graduandos em Direito – FEPODI e o Projeto Startup Dom.

A apresentação dos trabalhos abriu caminho para uma importante discussão, em que os pesquisadores do Direito, oriundos de dez Estados diferentes da Federação, puderam interagir em torno de questões teóricas e práticas, levando-se em consideração a temática central do grupo. Foram debatidos os desafios que as linhas de pesquisa enfrentam no tocante ao estudo do Direito e sua relação com a tecnologia nas mais diversas searas jurídicas.

Na coletânea que agora vem a público, encontram-se os resultados de pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Pós-graduação em Direito, nos níveis de Mestrado e Doutorado, e, principalmente, pesquisas oriundas dos programas de iniciação científica, isto é, trabalhos realizados por graduandos em Direito e seus orientadores. Os trabalhos foram rigorosamente selecionados, por meio de dupla avaliação cega por pares no sistema eletrônico desenvolvido pelo CONPEDI. Desta forma, estão inseridos no universo das 350 (trezentas e cinquenta) pesquisas do evento ora publicadas, que guardam sintonia direta com este Grupo de Trabalho.

Agradecemos a todos os pesquisadores pela sua inestimável colaboração e desejamos uma ótima e proveitosa leitura!

A GARANTIA CONSTITUCIONAL DA PRIVACIDADE E AS NULIDADES NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

THE CONSTITUTIONAL GUARANTEE OF PRIVACY AND NULITIES IN CRIMINAL INVESTIGATION

Daniel Evangelista Vasconcelos Almeida [1]
Natália de Deus Afonseca [2]

Resumo

A partir da análise de julgados recentes do Superior Tribunal de Justiça, surgiu o objeto de pesquisa interdisciplinar, visando investigar o direito à privacidade nas esferas cível e penal. Para tanto, o direito à privacidade, muito abordado no Direito Civil, foi também analisado junto aos conceitos advindos do processo penal. Nesse sentido a pesquisa investigará a ilicitude das provas obtidas por meio de acesso ao telefone celular sem prévia autorização judicial.

Palavras-chave: Privacidade, Garantias, Provas ilícitas, Abordagem policial

Abstract/Resumen/Résumé

Based on the analysis of recent judgments of the Superior Court of Justice, the subject of interdisciplinary research emerged, aiming to analyze the right to privacy in the civil and criminal spheres. Therefore, the right to privacy, much discussed in Civil Law, was also analyzed along with the concepts arising from the criminal process. In this sense, this research will investigate the unlawfulness of the evidence obtained through access to the cell phone without prior judicial authorization.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Privacy, Guarantees, Illegal proofs, Police approach

[1] Doutorando em Direito pela UFMG. Mestre em Direito pela PUC Minas. Especialista em Direito Digital pela University of Geneva. Professor de Direito Civil da FAMIG. Advogado. Email danielevangelista@gmail.com

[2] Pós-graduanda em Advocacia Criminal pela Escola Superior de Advocacia. Graduada em Direito pela PUC Minas. Advogada. E-mail afonsecanatalia@gmail.com

1 INTRODUÇÃO

Nas esferas cível e penal, a proteção e as punições nos casos de violação do direito à privacidade se manifestam de maneiras diferentes. Com o avanço da tecnologia há necessidade do Direito acompanhar as constantes transformações para tutelar novos direitos. A leitura da privacidade deve ser vista como o controle das informações pessoais inseridas em servidores e dispositivos informáticos. Ressalta-se que se trata de um direito protegido pelo Código Civil de 2002 e pela Constituição da República de 1988. Assim, o acesso aos aparelhos celulares durante uma abordagem policial poderia violar a privacidade do cidadão.

Neste sentido, o presente artigo tem como problema de pesquisa a proteção da privacidade do cidadão em abordagens policiais, nas quais se tenta desbloquear e investigar o aparelho da pessoa, questionando-se a licitude das provas obtidas por este meio sem um mandado judicial de busca. Utilizou-se a metodologia teórico-documental e qualitativa caracterizada por uma análise de doutrinas nacionais e internacionais, leis e jurisprudências.

Para tanto, no capítulo 2, foi feita uma análise sobre as provas que podem ser utilizadas no processo penal, analisando-se o livre convencimento do magistrado. Ao final, foi evidenciado o conceito de prova ilícita, bem como o seu uso no processo.

No capítulo 3 foi feita uma abordagem sobre a privacidade, direito que de acordo com a hipótese estaria sendo violado caso acontecesse uma busca em aparelho celular durante uma abordagem policial sem ordem específica para isso. Ao final, no capítulo 4, foi feita uma análise sobre o recente posicionamento do Superior Tribunal de Justiça sobre o assunto.

2 DAS PROVAS NO PROCESSO PENAL

O objetivo da atividade probatória, em todas as esferas do Direito, é convencer o seu destinatário, o juiz. É por meio das provas que o magistrado poderá reconstruir a ordem cronológica dos fatos, para se decidir e julgar os pedidos formulados pelo autor (NUCCI, 2017). Assim como no processo civil, o ônus da prova no âmbito criminal, também é o encargo que as partes têm de provar os fatos que alegam.

Nos termos do art. 156 do Código de Processo Penal, o ônus da prova incumbe a quem fizer a alegação e, de acordo com a doutrina tradicional, cabe à acusação provar a existência do fato criminoso ou de causas que implicar aumento de pena, a autoria e, também, a prova dos elementos subjetivos do crime (NUCCI, 2017). Ao réu, por sua vez, cabe provar excludentes de ilicitude, de culpabilidade e circunstâncias que diminuam a pena.

Embora o Código de Processo Penal enumere alguns meios probatórios, é consenso que não se trata de um rol taxativo, mas exemplificativo, uma vez que não estão todos os meios de prova admitidos pelo ordenamento. Pelo sistema do livre convencimento motivado, adotado no Brasil, o magistrado está livre para apreciar as provas que lhe são submetidas e decidir como base no que foi debatido no curso processo, desde que o faça de forma fundamentada, isso em conformidade com o que o artigo 155 do Código de Processo Penal.

Importante ressaltar que, no processo penal, nenhuma prova terá valor absoluto, sequer a confissão ou os exames periciais. Por isto é que a autoridade judicial não deve pautar sua decisão apenas em um meio de prova apresentado, devendo sempre fundamentar sua atividade decisória, sopesando todo o conjunto e formando seu convencimento a partir de critérios que levem em consideração a totalidade dos elementos trazidos aos autos.

2.1 Das Provas Ilícitas e a Teoria da Árvore dos Frutos Envenenados

Prova ilícita é aquela obtida de forma contrária a norma, seja ela constitucional ou não. Sua utilização acarretaria em prejuízo para o acusado, já que a ilicitude torna a prova inutilizável no processo. De acordo com Alexandre Cebrian Araújo Reis e Victor Eduardo Rio Gonçalves, a prova ilícita é a denominação empregada para designar a prova obtida por meio de violação de algum dispositivo normativo, sendo utilizada para identificar a prova que para ser obtida violou algum direito da parte. (REIS; GONÇALVES, 2017)

Do conceito acima, extrai-se que a prova ilícita no processo penal viola princípios constitucionais e preceitos legais, sendo inadmitidas. Assim, devem ser desentranhadas do processo, como dispõe o artigo 157, caput, do Código de Processo Penal. Desta maneira, a prova ilícita não será sequer apreciada pelo magistrado.

Acerca desta determinação de desentranhamento, remete-se à Teoria da árvore dos frutos envenenados *(fruits of poisonous tree doctrine),* que veda a utilização da prova ilícita por derivação, teoria esta adotada pelo Supremo Tribunal Federal. Segundo a teoria, quando uma prova é obtida por derivação de outra também ilícita, ela também será assim considerada.

A partir da edição da lei 11.690/08, que alterou o artigo 157 do Código de Processo Penal, a norma processual passou a prever expressamente a inadmissibilidade da prova ilícita por derivação, em consonância com o então já pacificado entendimento jurisprudencial. Desta maneira, as provas obtidas por meio ilícito contaminam as provas posteriores que, embora produzidas licitamente, tenham se originado das primeiras (REIS; GONÇALVES, 2017). Ressalta-se que, a exclusão da prova ilícita por derivação, todavia, não é absoluta, na medida

em que a ilicitude só contaminará a prova derivada quando houver claramente a relação de causalidade entre esta e a ação ilegal.

3 DA PROTEÇÃO DA PRIVACIDADE DO CIDADÃO E A ILICITUDE DA BUSCA EM APARELHO CELULAR SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL

O Direito à Privacidade é visto como a possibilidade de a pessoa não ter certos aspectos de sua vida expostos. Trata-se de um desdobramento dos Direitos da Personalidade, ou seja, é essencial ao desenvolvimento da pessoa. Röeder (1846, apud DONEDA, 2006), doutrinador alemão, é considerado precursor de tal direito.

O contexto atual de proteção da privacidade teve surgimento cunhado na ideia de exclusão do outro. O marco inicial é o artigo "The Right to Privacy", publicado em 1890 na faculdade de Havard por Samuel Warren e Louis Brandeis (apud SCHREIBER, 2011). O foco central do artigo foi o direito de ser deixado só. A privacidade foi vista como a proteção da vida íntima de cada ser humano. Nesse período, não se via como um direito positivo, no sentido de se fazer algo, mas uma conotação negativa, calcada na abstenção. Os indivíduos deviam não violar a privacidade, entendida como vida íntima do outro.

Todavia, é preciso ampliar esta ideia, tendo em vista a sua correlação com bens materiais, como a propriedade. Nessa fase, a proteção da privacidade assemelhava-se com a proteção da propriedade privada, tendo em vista que os indivíduos deveriam respeitar a privacidade dentro da esfera privada, por exemplo, o lar (DONEDA, 2006):

O caminho para a proteção da vida privada não pode ser em vista do seu aspecto material, mas sim do seu aspecto imaterial. A privacidade do indivíduo deve ser respeitada não porque ele tem o direito material sobre sua informação pessoal, mas porque pode ser prejudicial o compartilhamento de certas informações de sua vida privada.

O ordenamento jurídico brasileiro positiva tal direito no artigo 21 do Código Civil de 2002, atribuindo também o status de direito fundamental, previsto no artigo 5º, inciso X da Constituição da República de 1988[1]. Ambas as normas garantem o direito da privacidade e atribuem um valor econômico acaso tenha violação. Não se tutela em razão do seu valor material, mas existindo violação, essa é uma das formas de se compensar a vítima.

[1] A privacidade é ainda tutelada no artigo da Declaração Universal dos Direitos do Homem adotado pela Organização das Nações Unidas em 1948 12 (Disponível em <https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm>. Acesso em 10 abr. 2017) – e no artigo 17 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos – adotada pela mesma organização, no ano de 1966. (Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em 10 abr. 2017)

A forma como a privacidade foi pensada, lida como o direito de ser deixado só, não coaduna com a proteção do indivíduo na sociedade da informação. Na era da informação, a privacidade deve ser lida como o direito de controle. O indivíduo deve ter o controle de seus dados pessoais e poder se abster que estes sejam utilizados indevidamente.

Anderson Schreiber afirma que a privacidade não deve se restringir a exclusão do outro, mas "deve abranger também o direito da pessoa humana de manter o controle sobre os seus dados pessoais" (SCHREIBER, 2011, p. 129). Essa teoria vai ao encontro com a doutrina de Stefano Rodatà (2008), no sentido de que a privacidade é vista como o direito de perseguir a própria informação e se opor ao uso de dados pessoais. Nesse sentido, leciona Rodotà:

> De sua tradicional definição como "direito a ser deixado só" passa-se, justamente pela influência da tecnologia dos computadores, àquela que constituirá um constante ponto de referência na discussão: "direito a controlar o uso que os outros façam das informações que me digam respeito". Em fase mais recente surge outro tipo de definição, segundo a qual a privacidade se consubstancia no "direito do indivíduo de escolher aquilo que está disposto a revelar aos outros". (RODOTÀ, 2008, p. 74-75).

Assim, a noção de privacidade deixa o pilar negativo, de abstenção do outro, de uma esfera de não liberdade, passando para a esfera do controle, na qual o indivíduo possui o direito de controlar a própria informação. Tamanha a importância da privacidade no mundo atual, que ela foi um dos três pilares do Marco Civil da Internet, lei brasileira que regulamenta a Internet, sendo considerada um modelo a ser seguido (BRANT, 2014).

Assim, em uma abordagem policial, entende-se que o agente administrativo não pode solicitar que o indivíduo desbloqueie seu aparelho para que seja feita uma busca de possíveis ilícitos em seu aparelho. Apenas se houver uma ordem judicial é que poderá ser feita a apreensão e busca de informações dentro do aparelho. Do contrário, estaria sendo violada a privacidade da pessoa, o que acarretaria em nulidade da prova obtida.

4 ANÁLISE DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL DO STJ

São ilícitas as provas obtidas por meio de análise de aparelhos telefônicos, sem autorização judicial prévia, ou que esta autorização não seja devidamente motivada. Este é o entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme se vê do Habeas Corpus número 421.249 (BRASIL, 2018), da 5ª Turma, cujo Relator é o Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, que se discutiu a violação das mensagens do *Whatsapp* do suspeito em abordagem policial, determinado o desentranhamento das provas carreadas a partir da conduta ilegal dos

agentes de polícia. No caso, decidiu-se que é ilícita a prova obtida mediante acesso a aparelho celular sem que exista prévia autorização judicial.

Veja, também, que no Recurso Ordinário em Habeas Corpus 51.531, decidiu-se que "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" (BRASIL, 2016). Este último julgado deu origem ao informativo nº 583, que sintetizou:

> Sem prévia autorização judicial, são nulas as provas obtidas pela polícia por meio da extração de dados e de conversas registradas no whatsapp presentes no celular do suposto autor de fato delituoso, ainda que o aparelho tenha sido apreendido no momento da prisão em flagrante. (STJ, 2018)

Com o avanço da tecnologia mundial, evoluíram também os aparelhos celulares. Atualmente os Smartphones possuem muitas informações pessoais sobre a pessoa. A população mundial está adaptada às facilidades dos smartphones, que possibilitam a realização de multitarefas, desde a simples comunicação diária ao pagamento de contas em segundos, ou, até mesmo, a conectividade com pessoas do outro lado do mundo. Difícil seria listar todas as funções dos aparelhos celulares no cotidiano moderno.

Apesar da vasta quantidade de aplicativos, o WhatsApp, sem sombra de dúvidas, chama bastante atenção. Trata-se de um aplicativo de mensagens instantâneas, que permite o envio de fotos, vídeos e chamadas de vídeo. No aludido aplicativo ficam armazenadas conversas entre interlocutores, fotos e arquivos compartilhados, que muitas vezes são sigilosos e caso terceiros tenham acesso sem autorização, a privacidade de dois indivíduos será violada, a de quem sofreu a busca e a de quem havia sido o interlocutor.

Tal situação remete a um sério problema. Nos casos em que há a prisão em flagrante, ou em abordagens policiais, podem os agentes de polícia verificar os celulares dos suspeitos? Seriam lícitas as provas do cometimento de um crime, caso estas provas fossem extraídas dos telefones sem a prévia autorização de um juiz?

Como dito inicialmente, o STJ entende que as provas obtidas por meio de perícia em celulares sem decisão judicial motivada são ilícitas (MASI, 2018). Pela adoção da supramencionada teoria dos frutos das árvores envenenadas, toda prova obtida através desta perícia sem prévia autorização do juiz, deverá ser desentranhada do processo.

De forma diversa não haveria de ser, se as interceptações telefônicas só podem ocorrer em casos extremos cuja decisão para tal medida deve ser fundamentada, da mesma forma

deve ocorrer o acesso ao aparelho celular. É desta forma que dispõe o artigo 5º, da lei 9.296/96 (Lei das Interceptações Telefônicas).

A violabilidade da privacidade quando há autorização desta medida é latente, desta forma, os indícios de autoria criminosa e a falta de outro meio para obtenção de prova devem ser evidentes. Portanto, deve-se entender que a violação do aplicativo de mensagens dos suspeitos sem a devida autorização legal também viola o direito à privacidade (POETA, 2018).

Dito isto para evidenciar que o Direito deve acompanhar as mudanças mundiais para poder tutelar e respeitar novos direitos. Com o advento do aplicativo de mensagens, a comunicação via ligações telefônicas estão deixando de ser utilizadas, e se o mundo contemporâneo dialoga através de mensagens instantâneas, obviamente que a inviolabilidade da comunicação telefônica via mensagens de WhatsApp também deverá ser preservada.

A proteção da privacidade está prevista na Constituição da República, e o entendimento de que as comunicações entre interlocutores, de qualquer que seja a sua natureza, deve ser protegida sob pena de violação da privacidade, também está disposto no artigo 1º da Lei das Interceptações Telefônicas.

O supramencionado artigo dispõe que interceptação de comunicações telefônicas de qualquer natureza dependerá de autorização judicial. Forçoso concluir que a troca de mensagens via WhatsApp deverá ser incluída neste dispositivo, coerente, portanto, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

5 CONCLUSÃO

A investigação mostrou que a teoria da árvore dos frutos envenenados, ou das provas ilícitas por derivação é adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro. Ao se tratar de investigação criminal proveniente de violação do aplicativo de mensagens sem a prévia autorização do juízo, evidenciou-se que, em conformidade com o STJ, todas aquelas provas advindas da atitude ilícita dos agentes de polícia devem ser desentranhadas dos autos, sob o argumento de que viola claramente os direitos constitucionais da privacidade e da intimidade.

Foi abordado o direito à privacidade que é um desdobramento do Direito de personalidade, sendo protegido pelo Código Civil e pela Constituição da República. Daí se extrai a importância da preservação da privacidade do cidadão até mesmo na esfera penal, em que se observa demasiadamente a exarcebação do poder de polícia do agente público em detrimento da violação da privacidade do cidadão.

Portanto, pode-se concluir pela necessidade de limitação do poder público, mesmo quando há indícios de atividade criminosa, para que sejam respeitados os direitos e garantias constitucionais ora debatidos. Assim, são ilícitas as provas obtidas por meio de análise de aparelhos telefônicos, sem autorização judicial prévia. O argumento utilizado é a violação da privacidade do indivíduo, o que acarreta em nulidade da prova obtida.

REFERÊNCIAS

BRANT, Cássio Augusto Barros. **Marco Civil da Internet:** comentários sobre a Lei 12.965/2014. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2014.

BRASIL. Recurso Ordinário em Habeas Corpus 51.531/RO, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 19/04/2016, DJe 09/05/2016

BRASIL. STJ. Habeas Corpus 421.249/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 08/02/2018, DJe 22/02/2018

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MASI, Carlo Velho. **A inviolabilidade de dados, mensagens e diálogos armazenados em smartphones**. Disponível em <http://canalcienciascriminais.com.br/artigo/a-inviolabilidade-de-dados-mensagens-e-dialogos-armazenados-em-smartphones/ >Acesso em 05 abr. 2018

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado.** 16ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017

POETA, Vitor Sardagna. A inviolabilidade do conteúdo dos smartphones durante a abordagem policial. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XX, n. 156, jan 2017. Disponível em: < http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18344 >. Acesso em abr 2018.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rio. **Direito Processual Penal Esquematizado**. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2017

RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância.** A privacidade hoje. Organização, seleção e apresentação de Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade.** São Paulo: Atlas, 2011.

STJ. Informativo de Jurisprudência nº 583. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&processo=51531&operador=e&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em 04 de abr. 2018