# II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

## DIREITO, GOVERNANÇA E NOVAS TECNOLOGIAS III

**DANIELLE JACON AYRES PINTO**

**JOSÉ RENATO GAZIERO CELLA**

**AIRES JOSE ROVER**

**FABIANO HARTMANN PEIXOTO**

Copyright © 2020 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

**Diretoria – CONPEDI**
**Presidente** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
**Vice-presidente Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
**Vice-presidente Sudeste** - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
**Vice-presidente Nordeste** - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
**Vice-presidente Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
**Secretário Executivo** - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

**Representante Discente – FEPODI**
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

**Conselho Fiscal:**
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

**Secretarias:**
**Relações Institucionais**
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
**Relações Internacionais para o Continente Americano**
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
**Relações Internacionais para os demais Continentes**
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

**Eventos:**
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul) Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

**Comunicação:**
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

**Membro Nato** – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

---

D597

Direito, governança e novas tecnologias III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Aires Jose Rover; Danielle Jacon Ayres Pinto; Fabiano Hartmann Peixoto; José Renato Gaziero Cella – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-258-3
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Direito, pandemia e transformação digital: novos tempos, novos desafios?

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Governança. 3. Novas tecnologias. II Encontro Virtual do CONPEDI (2: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

---

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil

# II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

## DIREITO, GOVERNANÇA E NOVAS TECNOLOGIAS III

---

## Apresentação

No II Encontro Virtual do CONPEDI, realizado nos dias 02, 03, 04, 05, 07 e 08 de dezembro de 2020, o grupo de trabalho "Direito, Governança e Novas Tecnologias III", que teve lugar na tarde de 04 de dezembro de 2020, destacou-se no evento não apenas pela qualidade dos trabalhos apresentados, mas pelos autores dos artigos, que são professores pesquisadores acompanhados de seus alunos pós-graduandos e uma graduanda. Foram apresentados 20 artigos objeto de um intenso debate presidido pelos coordenadores e acompanhado pela participação instigante do público presente na sala virtual.

Esse fato demonstra a inquietude que os temas debatidos despertam na seara jurídica. Cientes desse fato, os programas de pós-graduação em Direito empreendem um diálogo que suscita a interdisciplinaridade na pesquisa e se propõe a enfrentar os desafios que as novas tecnologias impõem ao Direito. Para apresentar e discutir os trabalhos produzidos sob essa perspectiva, os coordenadores do grupo de trabalho dividiram os artigos em três blocos, quais sejam a) proteção de dados; b) pandemia de COVID-19; e c) Direito, Governança e Novas Tecnologias.

A proteção de dados pessoais foi objeto do primeiro bloco de trabalhos que versaram sobre a "proteção de dados: o direito a privacidade e a função fiscalizadora do estado em face da sociedade digital"; a "vigilância líquida: o controle e a produção da informação como instrumento de poder"; a "sociedade da informação e o uso da tecnologia big data na prevenção de crimes digitais"; a "produção de provas na sociedade da informação"; o "monitoramento das atividades virtuais no trabalho para fins de segurança da informação: uma análise à luz da lei geral de proteção de dados e da constituição federal de 1988"; "a lei geral de proteção de dados pessoais: a obrigatoriedade do fornecimento de consentimento pelo titular para o tratamento dos dados pessoais"; e "a salvaguarda do direito fundamental à privacidade na dimensão cibernética sob as perspectivas da lei geral de proteção de dados pessoais".

A COVID-19 foi o pano de fundo do segundo bloco de trabalhos apresentados, em que os problemas decorrentes do enfrentamento dessa pandemia foram debatidos em temas como a "desconstruções imotivadas pós-pandemia do COVID-19 em detrimento à proteção aos direitos de personalidade no âmbito digital neste ano de 2020"; o "comportamento do consumidor na pandemia (COVID-19) e a utilização da internet das coisas (IOTS)"; o

“agronegócio pós-pandemia: utilização da blockchain como mecanismo de efetivação da segurança do alimento”; “a possibildade jurídica de rastreamento tecnológico de contatos diante da decisão do STF na ADin 6387”; e a “transparência pública durante a pandemia de COVID-19”.

As discussões acerca da governança e dos impactos das novas tecnologias no Direito congregou a “revolução 4.0: justiça, desenvolvimento e desigualdades”;o “software como principal ativo na empresa contemporânea”;”os tolos que alimentam os monstros”; os “programas de compliance à luz do exército brasileiro”; “a importância do compliance e da governança corporativa à luz da regulação do comércio internacional”; “o juiz ciborgue: inteligência artificial e decisão judicial”; “o acesso à informação como instrumento à educação inclusiva: um olhar a partir do desenvolvimento sustentável”; e o “individualismo privado antigo e moderno em direção à socialização pós industrial (sociedade da informação)”.

Os artigos que ora são apresentados ao público têm a finalidade de fomentar a pesquisa e fortalecer o diálogo interdisciplinar em torno do tema “Direito, Governança e Novas Tecnologias”. Trazem consigo, ainda, a expectativa de contribuir para os avanços do estudo desse tema no âmbito da pós-graduação em Direito brasileira, apresentando respostas para uma realidade que se mostra em constante transformação.

Os Coordenadores

Prof. Dr. Aires José Rover

Prof. Dr. José Renato Gaziero Cella

Prof. Dra. Danielle Jacon Ayres Pinto

Prof. Dr. Fabiano Hartmann Peixoto

Nota técnica: O artigo intitulado “A SALVAGUARDA DO DIREITO FUNDAMENTAL À PRIVACIDADE NA DIMENSÃO CIBERNÉTICA SOB AS PERSPECTIVAS DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS” foi indicado pelo Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica Mestrado e Doutorado da UENP, nos termos do item 5.1 do edital do Evento.

Os artigos do Grupo de Trabalho Direito, Governança e Novas Tecnologias III apresentados no II Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (https://www.indexlaw.org/), conforme previsto no item 7.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista de Direito, Governança e Novas Tecnologias. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

# PRODUÇÃO DE PROVAS NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

# PRODUCTION OF EVIDENCE IN THE INFORMATION SOCIETY

**Greice Patricia Fuller** [1]
**Joelma Stefani Pereira da Silva** [2]

**Resumo**

O estudo analisa a obtenção de provas no processo penal na sociedade da informação. Diante de uma sociedade digital, as novas tecnologias estão cada vez mais presentes no cotidiano social, mudando a forma com que as pessoas se relacionam e se comunicam. Nesse contexto, o artigo abordou questões limitativas na busca pela verdade e a inadmissibilidade de provas ilícitas no processo, discorrendo sobre a disciplina da lei que regulamenta a interceptação das comunicações e aspectos que envolvem a privacidade e intimidade do investigado.

**Palavras-chave:** Provas digitais, Processo penal, Busca pela verdade, Sociedade da informação

**Abstract/Resumen/Résumé**

The study analyzes the taking of evidence in criminal proceedings in the information society. In the face of a digital society, new technologies are increasingly present in the social daily life, changing the way people relate and communicate. In this context, the article addressed limiting issues in the search for truth and the inadmissibility of illicit evidence in the process, discussing the discipline of the law that regulates the interception of communications and aspects involving the privacy and intimacy of the investigated.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Digital proofs, Criminal proceedings, Search for truth, Information society

[1] Pós-Doutora em Direito (Universidad Navarra). Doutora e Mestre em Direito das Relações Sociais (PUC-SP). Professora do Mestrado em Direito e da Graduação (FMU) e do curso de Direito da (PUC-SP).

[2] Mestranda em Direito da Sociedade da Informação no Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas - FMU. Graduada em Direito pela mesma instituição. Advogada.

## INTRODUÇÃO

A sociedade atual encontra-se em um contexto altamente globalizado e informatizado, repleta de variadas tecnologias, que estão cada vez mais presentes na vida das pessoas, proporcionando inúmeros benefícios e facilidades. Esse cenário decorre das mudanças trazidas com a chamada revolução tecnológica ou revolução pós-industrial, que teve início em meados dos anos 80 do século XX e que provocou importantes transformações em nível mundial, modificando a forma de comunicação e interação, não só entre os indivíduos, mas na sociedade como um todo.

Os novos recursos digitais provenientes dessa revolução tecnológica e, principalmente, da expansão do acesso à internet, transformaram não apenas a forma como as pessoas se comunicam, mas também os seus hábitos, costumes e comportamento na busca e na utilização de produtos e serviços, que se encontram disponíveis facilmente em aplicativos de *smartphones* e sites da rede mundial de computadores.

Não se pode negar que as tecnologias e o ambiente virtual tornaram-se realidade e já fazem parte da vida das pessoas. A conectividade está por toda parte, inexistindo barreiras ou distâncias. O digital, virtual e o eletrônico tornaram-se cada vez mais presente nas atividades cotidianas dos indivíduos, e essa nova realidade passou a produzir diversas consequências nas relações sociais, ocasionando significativos impactos nas relações jurídicas, sendo dever do Direito acompanhar as transformações sociais e regulamentar as necessidades decorrentes dessas mudanças.

Diante desse cenário, o presente artigo objetiva analisar os meios eletrônicos de produção de provas no processo penal. Para isso, investigará como os novos meios de comunicação utilizados na sociedade altamente tecnológica e hiper conectada, conhecida também como sociedade da informação, podem ser utilizados para compor a produção probatória no processo criminal. Também investigará os institutos que envolvem o sigilo e a proteção da privacidade do investigado no processo criminal.

Para o desenvolvimento da pesquisa serão abordados os princípios constitucionais e processuais penais de produção de provas, com ênfase no princípio da busca pela verdade, as limitações impostas pela legislação e a inadmissibilidade de provas ilícitas no processo criminal.

O estudo examinará os aspectos da lei de interceptação das comunicações e do Marco Civil da Internet, analisando as possibilidades do uso de informações obtidas em

meio eletrônico como provas no processo penal, observando as diretrizes normativas que envolvam o sigilo e a privacidade dos dados do investigado.

Em termos metodológicos, a pesquisa será realizada através de análise exploratória, pautada na revisão bibliográfica e doutrinária, elencando os conceitos primordiais para o desenvolvimento e compreensão do tema abordado.

## 1. SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO E AS NOVAS TECNOLOGIAS

O uso das novas tecnologias modificou a maneira com que as pessoas realizam suas tarefas, das mais simples as mais complexas, assim como os seus meios de comunicação, que passaram a ser cada vez mais dinâmicos, com o crescente uso da internet, que já é considerada o maior meio de acesso e difusão de informação da atualidade (FULLER; BENATTO, 2019, p. 99).

Toda essa evolução passou a possibilitar o acesso cada vez mais fácil as informações e serviços, em velocidade nunca vista antes. Tais avanços tecnológicos proporcionaram muitos aspectos positivos para sociedade, como por exemplo permitir o a comunicação, em tempo real, entre pessoas de qualquer lugar do mundo, inexistindo limites, distâncias ou barreiras territoriais. No entanto, ao mesmo tempo que esses novos instrumentos tecnológicos proporcionaram muitos benefícios, surgiram também novas formas de violações jurídicas, seja na modernização da prática criminosa de delitos já tipificados, ou originando novas práticas criminosas que antes não previstas no ordenamento jurídico penal, como ocorrem com os *cibercrimes* (FULLER; BENATTO, 2019, p. 117), situação essa que irá repercutir também no campo da investigação e na produção probatória criminal.

A mudança no comportamento das pessoas, por meio da utilização de dispositivos tecnológicos, como computadores, notebooks, *smartphones*, *tablets* conectados à internet transformou os modelos de difusão e armazenamento de informações.

Sobre o assunto, Fuller e Benatto (2019, p. 101) dissertam que:

> É inegável que o computador se tornou uma ferramenta indispensável para o aprimoramento do conhecimento, mas necessário se mostra reconhecer que a era da informação não traz única e exclusivamente vantagens. É certo que a tecnologia computacional expandiu de forma extraordinária nos últimos anos, com utilização crescente, criando-se um marco entre as relações humanas antes e depois do surgimento da Internet.

O surgimento da internet e sua expansão mundial podem ser considerados marco histórico, atuando como divisor entre o que era e o que se tornou a sociedade, refletindo

na maneira com que as pessoas e as organizações passaram a se comportar, após o advento dessa revolucionária tecnologia.

Nesse cenário, os meios digitais ganharam cada vez mais espaço, deixando para trás a forma com que os processos eram realizados antes da popularização do acesso as tecnologias e aos seus novos recursos, transformando os negócios, as profissões, as relações pessoais e até mesmo, o modo de pensar das pessoas, nesse novo mundo tecnológico e hiper conectado.

Fuller e Figueiredo (2018, p. 576) expõem que:

> A convivência no bojo da sociedade da informação transformou drasticamente o relacionamento interpessoal. As pessoas, as organizações e o Estado passaram a se relacionar de forma remota, on-line, dinâmica e muito mais rápida. A realização de transações, solicitações, participação em licitações e diversos negócios jurídicos independem do comparecimento pessoal e do relacionamento físico entre as partes.

As mudanças são muito evidentes e crescem a cada dia. Os documentos físicos começaram a ser substituídos por arquivos digitais, e agora passam por uma fase de migração para a nuvem. A utilização da rede e o chamado armazenamento na nuvem ganhou espaço pela facilidade que proporciona ao usuário, permitindo o arquivo e compartilhamento de dados, por sistema ligados a internet, possibilitando o acesso aos documentos de qualquer lugar, bastando estar conectado à rede mundial de computadores para acessá-los, fazer a edição online ou realizar *download* do arquivo desejado, de forma simples e rápida. O armazenamento na nuvem é apenas um simples exemplo das transformações decorrentes do uso da Internet, de muitos outros que poderiam ser citados.

Os meios de comunicação vinculados a internet, como e-mail, chats, aplicativos de conversas que permitem a troca de mensagens de forma instantânea, como *WhatsApp*, Telegram, além das redes sociais, como *Instagram*, *Facebook*, *Twitter* tornaram-se tão populares entre as pessoas, que atualmente são mais comuns que a própria ligação telefônica.

A troca de informações passou a ser dinâmica, em tempo real, tanto nos relacionamentos pessoais como nas atividades profissionais. As empresas e as organizações se apropriaram dos avanços tecnológicos, modernizando o atendimento a clientes e otimizando o tempo de seus colaboradores, utilizando-se da automatização e informatização dos serviços, para auxiliar a realização das tarefas cotidianas.

Diante desse cenário, demonstra-se a necessidade de adequação do Direito, fase os novos mecanismos que envolvem os relacionamentos pessoais, porquanto as demandas

judiciais são reflexo das relações sociais, sendo preciso o acompanhamento jurídico e legislativo das transformações que ocorrem na sociedade. (BARRETO JR, 2007).

Sobre o tema Castilhos e Castilhos, (2019, p. 276) dispõem que:

> Vivemos na era digital e, assim, a maior parte das nossas ações são documentadas digitalmente: nossos movimentos, nossos diálogos mais íntimos, nosso deslocamento. A internet mudou a forma como estabelecemos nossas relações pessoais e comercias e com a mudança social, restou inevitável que tais transformações chegassem aos nossos tribunais.

No mesmo sentido, Fuller e Gallinaro (2018, p. 176) salientam que:

> Incontroverso, portanto, que os avanços tecnológicos produziram fenômenos no universo jurídico que ensejaram a modificação do pensamento de juristas, uma vez que novo panorama foi descortinado para as relações sociais, gerando conflitos em vários ramos do Direito, os quais desaguaram no judiciário e exigiram novos posicionamentos jurisprudenciais e, até mesmo, inovações legislativas, sobretudo para se tutelar a intimidade e a vida privada, entendidas como a impossibilidade de se revelar, sem a devida autorização, quaisquer aspectos relacionados à imagem, voz, pensamentos e dados pessoais do indivíduo.

Nesse contexto destaca-se a relevância do estudo acerca das provas obtidas por meios eletrônicos, para que a sua utilização no processo penal seja possível, garantindo o respeito aos princípios constitucionais e processuais de produção de provas, para que não desencadeie no descarte ou na inadmissibilidade de provas, por não terem sido obtidas de forma apropriada (VAZ, 2012, p.30).

## 2. SOBRE AS PROVAS NO PROCESSO PENAL

Prova pode ser definida como o instrumento utilizado pelas partes para demonstrar ao magistrado a veracidade das suas alegações, sobre os fatos ocorridos no caso concreto. As provas auxiliam na apresentação da reconstituição histórica dos fatos, não apenas narrando os acontecimentos, mas elencando evidências daquilo que foi descrito, e será através das provas produzidas no curso do processo, que o juiz irá analisar a pretensão das partes (MARGRAF; PESCH, 2018, p. 226).

Nota-se, portanto, que a obtenção de provas é de extrema importância, pois a produção probatória demonstrada nos autos, irá proporcionar ao magistrado os meios de análise dos fatos ocorridos, formando sua convicção, para que após realizadas todas as fases processuais, possa proferir a sentença.

Salienta-se aqui, que ao juiz togado cabe proferir a sentença respaldado por sua convicção motivada, ou seja, sua decisão deverá ser fundamentada nas provas

constituídas no processo[1], encontrando limites em sua atuação, nos preceitos legais. Diferente do que ocorre no Tribunal do Júri[2], onde a decisão dos jurados é livre, podendo ser motivada, apenas e simplesmente, por sua íntima convicção (ALVES; MASTRODI NETO, 2015, p. 204).

Importante destacar que as provas constituídas nos autos não pertencem à parte, mas sim ao processo, o que significa dizer que todos os interessados na ação tem acesso as provas produzidas, respeitado o contraditório e ampla defesa em relação a cada uma delas, podendo ser refutadas e verificando sua validade e veracidade. Segundo Margraf e Pesch (2018, p. 228) o exercício do contraditório:

> É um método de confrontação da prova e comprovação da verdade fundando-se sobre o conflito, disciplinado e ritualizado entre as partes contrapostas. É imprescindível para a existência da estrutura dialética do processo. O juiz deve ouvir as duas partes, sob pena de parcialidade, por ter conhecido apenas metade do que deveria conhecer. O contraditório é observado quando se geram as condições ideais de fala e oitiva da parte contrário, ainda que ela não deseja usar dessa faculdade, por possuir o direito de silêncio.

A instrução probatória deve respeitar a norma jurídica e os parâmetros por ela estabelecidos, assim como os princípios constitucionais e processuais. Portanto, os meios de produção de provas não são absolutos, mas devem ser realizados de acordo com os preceitos legais, sob pena de inutilização da prova, por ser considerada ilícita.

Conforme dispõem Fuller e Gallinaro (2018, p. 178) "o direito à obtenção de provas no processo penal não é ilimitado, porquanto há outros interesses de igual importância que devem ser protegidos". A busca de provas deve respeitar os direitos e garantias dos envolvidos, seja do acusado ou de terceiros, resguardados pela proibição de utilização de provas ilícitas ou ilícitas por derivação, que se juntadas aos autos, deverão ser desentranhadas[3] do processo.

É válido mencionar, ainda, que o processo penal é o instrumento pelo qual se busca a proteção dos interesses do processado, sendo a garantia que o acusado detém para defensa das alegações levantadas contra si no curso do processo, não devendo ser

---

[1] CPP Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

[2] CF/88 Art. 5º Inciso - XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:
a) a plenitude de defesa;
b) o sigilo das votações;
c) a soberania dos veredictos;
d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida;

[3] CPP Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

entendido, portanto, como meio de punição indiscriminada por parte do Estado (NASPOLINI; SILVEIRA, 2018, p. 872).

## 2.1 *A produção de provas e a busca pela verdade*

Conforme elencado anteriormente, a produção probatória no processo penal é de extrema relevância, pois terá influência direta no convencimento do juiz, o que refletirá na sentença por ele proferida, ou seja, na absolvição ou condenação do réu. Sobre o assunto, é importante ressaltar que nos casos em que a instrução probatória se restar insuficiente, não atingindo um grau de certeza sobre a verdade dos fatos e a culpa do acusado, deverá se proferir sentença absolutória, de acordo com o *in dubio pro reo* (VAZ, 2010, p. 182).

No processo penal, as provas buscam demonstrar a verdade dos fatos, mas para se alcançar essa verdade, deve-se respeitar os limites impostos pelo devido processo legal, sendo inadmitidas provas obtidas por meios que ofendam direitos e garantias fundamentais[4].

Sobre o assunto, Vaz orienta que:

> Nesse sentido, deve-se ter especial atenção à legalidade, de modo que a verdade somente seja buscada por meio de procedimentos previstos em lei. Assim também ao contraditório, pois, com a atuação das partes, trazendo ao processo diferentes pontos de vistas, torna-se mais factível a aproximação da verdade. (VAZ, 2010, p. 167)

No mesmo sentido, Fuller e Gallinaro preceituam que:

> Não é menos certo, porém, que a persecução penal deve guardar relação estreita com o princípio da dignidade da pessoa humana, tendo em vista não ser possível a utilização de instrumentos de investigação e produção probatória em afronta a direitos e garantias fundamentais[...] (FULLER; GALLINARO, 2018, p. 177).

Evidencia-se, portanto, que a busca pela verdade e pela obtenção de provas não são absolutas, mas encontram limitações de ordem legal. Sendo que a demonstração da verdade se dará através das provas produzidas e apresentadas em juízo, uma vez que a simples alegação, sem evidências que confirme sua veracidade, não passa de sua versão dos fatos.

Incontroverso é que a verdade absoluta dos fatos ocorridos em uma ação delitiva é demasiadamente difícil de se obter, pode-se dizer que é até mesmo improvável, mas quanto mais completa e detalhada a instrução probatória estiver, mais perto se estará da verdade histórica, fornecendo meios que permitam uma sentença menos suscetível a erro.

---

[4] CF/88 Art. 5º Inciso LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

Conforme Silveira e Silveira (2015, p. 222):

> Observa-se, portanto, que a prova objetiva sempre a verdade. Em sentido técnico processual, verdade deve significar a correspondência com o fato ocorrido, com a máxima proximidade possível, ou deve revelar nos autos, uma clara imagem do ocorrido, de forma a permitir o debate entre as partes e, principalmente, para dar ao juiz elementos que lhe possibilitem decidir sobre aquilo cuja reconstrução histórica foi almejada através da atividade probatória.

Na sociedade da informação as novas tecnologias trazem uma nova perspectiva para obtenção das provas no processo. A presença de equipamentos de monitoramento e vigilância espalhados pelas cidades, o uso de dispositivos com sistema de GPS integrado, *smartphones* com os mais variados tipos de aplicativos, e, principalmente, o rastro digital que é deixado na rede pelo usuário, tudo isso possibilita a obtenção de elementos de provas.

Os *smartphones* contém uma imensa quantidade de dados que ficam armazenados na memória, dados relacionados a navegação na internet, dados recebidos e enviados por aplicativos de mensagens, interações realizadas nas redes sociais, informações contidas no internet *banking*, históricos do GPS, entre muitos outros que podem ser úteis e eficazes em uma instrução probatória.

Sobre o assunto, Castilhos; Poll e Castilhos (2020, p. 370) expõem que:

> Não há como negar que a sociedade atual não está mais baseada em átomos e sim em bits. A tecnologia está em todo lugar. Portamos telefones celulares que são verdadeiros computadores, capazes de registrar sons e imagens e, assim, tornar perpétuas relações sociais com aparência de verdade, as quais, muito dificilmente, podem ser destruídas em um Tribunal. A maneira como nos relacionamos também se modificou e, desta forma, as "provas" são produzidas naturalmente. O aplicativo WhatsApp praticamente substituiu o telefone, igualmente como as nossas memórias, que agora são eternas e podem ser acessadas a todo momento transformando-se em mais um meio de prova.

A problemática que envolve a produção de provas digitais encontra-se na questão da privacidade e do sigilo dos dados pessoais do investigado, no tocante ao acesso as esses informações, sendo necessário a observância das normas jurídicas para que não haja violações aos direitos do indivíduo no curso da instrução probatória que possam ocasionar a inadmissibilidade da prova obtida.

## 3. AS PROVAS DIGITAS NO PROCESSO PENAL

Incontroverso é o fato que a internet e as tecnologias invadiram a sociedade como um todo, e nesse cenário, as ações cotidianas estão em constante informatização, utilizando-se de aparelhos celulares, computadores, notebooks, entre outras tecnologias, para armazenar informações de seu interesses e registrar conteúdos pessoais e profissionais.

Quando trata-se de obtenção de provas para um processo judicial, os dados armazenados em dispositivos eletrônicos ou que estejam disponíveis na internet podem auxiliar na busca pela verdade dos fatos, servindo com uma importante fonte de prova daquilo que se pretende demonstrar em juízo. No processo penal brasileiro, a obtenção de provas digitais pode se dar através de interceptações telemáticas, apreensão de suportes físicos e da apreensão remota de dados. (VAZ, 2012, p. 81).

As provas apresentadas em juízo podem ser submetidas a perícia, para atestar a veracidade das informações ali contidas, sobretudo quando necessitarem de uma avaliação técnica e especializada para se extrair os indícios probatórios. (VAZ, 2012, p. 80). Para Silveira e Silveira (2015, p. 234) "Qualquer que seja a prova eletrônica ou digital, surgindo dúvidas a respeito de sua higidez, a mesma deverá ser cotejada com outros elementos de convicção e, sempre que possível submetida a exames periciais". Os exames periciais são importantes mecanismos para validação ou invalidação das informações presentes na produção probatória. Diante da incapacidade técnica do juiz de avaliar e atestar se, por exemplo, o vídeo registrado pela câmera de segurança do local do crime, que fora apresentado por uma das partes no processo, é legitimo ou se sofreu algum tipo de alteração em seu conteúdo, o magistrado recorrerá a análise pericial, para ratificar, ou não, a autenticidade da prova em questão.

A disseminação do uso da internet e a modernização constante de aparatos digitais podem ser importantes instrumentos para produção probatória, auxiliando a atividade investigativa, não apenas no âmbito do inquérito policial, mas também no curso do processo.

Fato é que a tecnologia beneficias a todos, podendo ser utilizada inclusive por aqueles que pretendem realizar condutas ilícitas, se valendo dessas tecnologias para esquematizar, organizar, se comunicar ou mesmo para consumar a pratica delitiva, pelo próprio ambiente virtual, executando os chamados *cibercrimes*.

### 3.1 A interceptação telemática e o *WhatsApp*

a) Interceptação telemática

O artigo 5º, inciso XII da Constituição Federal de 1988 dispõe que as comunicações telegráficas e telefônicas são invioláveis, salvo, por ordem judicial nas hipóteses e forma da lei, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal[5]. Diante dessa premissa, observa-se o regramento constitucional acerca do assunto, devido a sua fundamental importância.

Para que se tenha acesso as informações telemáticas em uma investigação criminal ou instrução processual penal, é imprescindível a autorização judicial, nos exatos termos da lei. A inobservância dos preceitos constitucionais e legais reflete na violação de direitos fundamentais do investigado, resultando na ineficácia do meio de prova. (VAZ, 2012, p. 100).

A interceptação telemática é o meio utilizado para obtenção de dados digitais presentes em dispositivos eletrônicos, que podem interessar a persecução penal, podendo recair sobre contas de e-mails, troca de dados por endereços de IPs ou sobre conversas por aplicativos de mensagens instantâneas. (VAZ, 2012, p. 100).

A Lei 9296/1996 regulamenta a parte final do inciso XII do art. 5º da CF/88 e estabelece hipóteses negativas de cabimento, ou seja, estabelece o rol de quando não será admitida a interceptação[6]. Seguindo a análise inversa do art. 2º da Lei, tem-se que para a admissão da interceptação de comunicações telefônicas é necessário que existam elementos razoáveis de autoria ou participação em infração penal, que não existam outros meios disponíveis de produção da prova e a pena imputada ao crime seja de reclusão. A lei determina ainda que seja "descrita com clareza a situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada"[7] (VAZ, 2012, p. 102).

Feita as considerações sobre a interceptação telefônica, analisaremos as questões relativas ao aplicativo *WhatsApp*.

---

[5] CF/88 Art. 5º, inciso 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;

[6] Lei 9296/96 Art. 2° Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses:
I - não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal;
II - a prova puder ser feita por outros meios disponíveis;
III - o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção.

[7] Lei 9296/96 Art. 2º Parágrafo único. Em qualquer hipótese deve ser descrita com clareza a situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada.

b) *WhatsApp*

"Simples. Seguro. Troque mensagens com confiança" esse é *slogan* do *WhatsApp*. O aplicativo foi fundado em 2009, nos Estados Unidos, como uma plataforma alternativa para troca de mensagens. Onze anos após sua criação, o aplicativo transformou a forma de comunicação e troca de informação e já ultrapassa a marca de 2 bilhões de usuários no mundo todo[8]. O *WhatsApp* tem sua operabilidade quando conectado à internet e pode ser utilizado em *smartphones* ou *desktops*. O aplicativo permite o envio de mensagens de texto, áudios, fotos, vídeos, documentos, a realização de ligação com áudio e vídeo, a criação de conversas em grupo, sendo possível ainda, o compartilhamento da localização do usuário, tudo isso de forma instantânea, em tempo real, e protegido com tecnologia de criptografia de ponta a ponta[9].

A criptográfica de ponta a ponta é a tecnologia aplicada para a codificação das mensagens trocadas, desta forma, apenas o remetente e o destinatário da mensagem conseguem ler o seu conteúdo, garantindo que nenhum terceiro, nem mesmo o próprio *WhatsApp*, tenha acesso ao conteúdo do aplicativo[10].

As características que cercam o aplicativo de mensagens instantâneas do *WhatsApp* demonstram que, sistemicamente, não é possível interceptar as conversas realizadas no aplicativo, com o objetivo de conseguir informações relevantes para uma investigação policial ou produção probatória no processo penal.

No entanto, em uma busca e apreensão de aparelhos eletrônicos, no qual o histórico de conversas ainda esteja armazenado, existe a possibilidade de se conseguir elementos de provas úteis ao processo, mas para que isso aconteça, ao acesso deve ser determinado por juiz, para que não haja violação ao direito a intimidade dos investigados, comprometendo a validade da prova obtida.

Conforme explica Vaz "Da mesma forma que na cautelar dirigida aos documentos, a busca e a apreensão da prova digital devem ser autorizadas por decisão judicial devidamente fundamentada, expedindo-se o respectivo mandado" (VAZ, 2012, p. 87). Demonstra-se, portanto, que todos os direitos dos suspeitos, indiciados ou réus devem sempre ser respeitados, garantindo o respeito aos meios de produção de provas, independentemente de sua natureza, seja ela digital ou não.

---

[8] Disponível em: <https://www.techtudo.com.br/noticias/2020/02/whatsapp-ultrapassa-2-bilhoes-de-usuarios-em-todo-o-mundo.ghtml> Acesso em: 15 jul 2020.
[9] Disponível em: <https://canaltech.com.br/empresa/whatsapp/> Acesso em: 15 jul 2020.
[10] Disponível em: <https://www.whatsapp.com/security/?lang=pt_br> Acesso em: 15 jul 2020.

Não obstante a regulamentação disposta na Lei de Interceptação telefônica, o Marco Civil da Internet, promulgado em 2014, disciplina o uso da internet no Brasil e tem em seus princípios, a proteção da privacidade e dos dados pessoais e em seu art. 7º assegura ao usuário a inviolabilidade e o sigilo das comunicações realizas pela internet, salvo por ordem judicial.

> Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:
> I - inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;
> II - inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, salvo por ordem judicial, na forma da lei;
> III - inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial;

Diante das características do aplicativo *WhatsApp*, inegável é a aplicabilidade das disposições e regramento dispostos no Marco Civil da Internet, dessa forma, para que se tenha acesso aos dados nele contidos, é necessária prévia autorização judicial, para que seja possível a utilização das informações obtidas como meios de provas no processo. (FAYET; CARVALHO, 2018, p. 300).

A busca pela verdade no processo penal não pode ser justificativa para abusos ou violações de direitos. É imprescindível a proteção da intimidade e da privacidade do investigado, respeitando os direitos e garantias fundamentais dos cidadão resguardados pela Magna Carta. (CASTILHOS; POLL; CASTILHOS, 2020, p. 384).

A obtenção de provas através de interceptações telefônicas ou da quebra do sigilo não pode ser tida como a regra, realizada de maneira indiscriminada, mas apenas nos casos excepcionais, quando não for possível ser feita de outra maneira, em respeito aos direitos e garantias do acusado.

No contexto da sociedade da informação, com os avanços e a expansão do uso da internet nas relações sociais, surge a necessidade de uma regulamentação especifica quanto a produção de provas digitais, decorrentes das interações virtuais dos indivíduos, diante da constante e crescente utilização de mecanismos eletrônicos conectados à internet, que podem conter um vasto armazenamento de informações capazes de esclarecer fatos e constituir alto valor probatório.

Sobre o assunto, Castilhos; Poll e Castilhos (2020, p. 384) ressaltam que:

> Não há como se frear o uso das provas obtidas via internet ou por meios digitais. A internet é um meio social, onde se estabelecem relações sociais e, assim, criam-se provas. Não há como fugir. Mas, sem uma legislação que regulamente tal uso, respeitando as especificações de cada meio eletrônico, seguiremos no caminho do massacre aos direitos e às garantias fundamentais,

> deixando-se a regulação e o peso do uso nas mãos dos magistrados, já que o ciclo da prova não se encerra com a sua produção.

Diante do cenário em que se encontra a sociedade, informatizada e conectada, a não utilização de provas obtidas em meios digitais ou eletrônicos pode ocasionar prejuízos para a própria persecução penal e na busca pela verdade dos fatos em um processo criminal. Certo é que muitas das informações contidas nos aparelhos tecnológicos podem ser decisivas na demonstração e comprovação de alegações levantadas no processo, mas para que isso seja possível, é preciso uma regulamentação especifica, para garantia dos direitos fundamentais do investigado, principalmente no tocante a privacidade e intimidade do indivíduo.

Sobre o assunto Barreto Junior; Sampaio e Gallinaro (2018, p. 131) destacam a importância da proteção à privacidade e da intimidade na vida do cidadão:

> De bom tom enfatizar, por derradeiro, que a privacidade e a intimidade, por serem direitos de absoluta grandeza, não podem ser desprezados diante dos avanços tecnológicos, devendo se procurar, sempre e cada vez mais, mecanismos e instrumentos legais para se coibir eventuais transgressões, capazes de afetar sobremaneira a vida em sociedade

Imperioso, portanto, a busca por medidas que garantam a proteção efetiva dos direitos a intimidade e a privacidade do investigado, não deixando de lado a regulamentação da produção probatória em meios digitais, que se mostram essenciais em um mundo informacional, tecnológico e envolvido pela internet e seus avanços.

## CONCLUSÃO

A produção de provas eletrônicas no processo penal é de fundamental importância para a busca da verdade, possibilitando uma produção probatória com elementos capazes de demonstrar os fatos ocorridos de forma mais precisa. Não obstante a atenção necessária a veracidade das provas digitais, que podem ser submetidas a perícia para atestar sua validade.

Para que as provas digitais, assim como as outros meios de provas sejam validas no processo penal, é necessário que sejam observadas todos os critérios e limites legais para sua obtenção, respeitando direitos e garantias fundamentais dos envolvidos, para que não haja violação de direitos, que acarretariam na nulidade da prova.

A proteção da privacidade e intimidade dos investigados é essencial para a validade de qualquer prova e o desrespeito dessas garantidas fundamentais do indivíduo resultará na inadmissibilidade da prova produzida.

A legislação vigente no ordenamento jurídico se mostra insuficiente para contemplar todas as hipóteses que versem sobre as provas digitais, diante dos constantes avanços da tecnologia e das funcionalidades dos aparatos tecnológicos presentes na vida cotidiana das pessoas.

O processo penal gera consequências irreparáveis na vida de uma pessoa, e o erro judicial na seara criminal pode devastar a reputação do indivíduo, sendo que todos os estorços para correção de um erro dessa natureza, jamais será suficiente e garantirá o retorno ao *status quo* do indivíduo prejudicado por uma sentença criminal condenatória.

Em síntese, conclui-se que as provas digitais obtidas em aparelhos tecnológicos, sejam eles notebooks, *smartphones*, aplicativos de conversas como o *WhatsApp*, ou em outros tantos mecanismos no qual o funcionamento está atrelado ao uso da internet, podem auxiliar o processo penal e a busca pela verdade, no entanto, imperioso se faz a estrita regulamentação desses meios de prova, pautado no respeito e na proteção aos princípios constitucionais penais e aos direitos fundamentais do cidadão, sob pena de violação e ilicitude da prova, e sua consequente invalidação e inadmissão no processo penal.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFIAS


ALVES, Danielle Peçanha; MASTRODI NETO, Josué. Tribunal do Júri e o Livre Convencimento dos Jurados. **Revista Brasileira de Ciências Criminais |** vol. 116/2015 | p. 173 - 205 | Set - Out / 2015.

BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco. Atualidade do Conceito Sociedade da Informação para a pesquisa jurídica. In: PAESANI, Liliana Minardi (coord.). **O Direito na Sociedade da Informação**. São Paulo: Atlas, 2007

BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco; SAMPAIO, Vinícius Garcia Ribeiro; GALLINARO, Fábio. Marco civil da internet e o direito à privacidade na sociedade da informação. **Revista Direito, Estado e Sociedade**. n.52, p. 114 a 133, jan/jun 2018. Disponível em: <https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/835> Acesso em: 02 jun 2020.

BRASIL. **Lei nº 9.296**, de 24 de julho de 1996. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5° da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9296.htm>. Acesso em: 19 jul 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.965**, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 20 jul 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.965**, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 20 jul 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 01 Jul 2020.

CASTILHOS, Guilherme Machado; CASTILHOS, Aline Pires de Souza Machado. Existem limites probatórios na era digital? – a validade processual penal e constitucional das provas digitais. **Revista dos Tribunais** | vol. 1010/2019 | p. 275 - 294 | Dez / 2019.

CASTILHOS, Guilherme Machado; POLL, Roberta Eggert; CASTILHOS, Aline Pires de Souza Machado. "E se a sua geladeira pudesse depor contra você no tribunal?": Internet das coisas e provas no processo penal brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais** | vol. 163/2020 | p. 363 - 391 | Jan / 2020.

FAYET, Fábio Agne; CARVALHO, Andersson Vieira. WhatsApp, Sigilo de Dados e Prova Ilícita: Para Dizer o Óbvio. **Revista Brasileira de Ciências Criminais** | vol. 140/2018 | p. 297 - 322 | Fev / 2018.

FULLER, Greice Patrícia; BENATTO, Pedro Henrique Abreu. Medidas Limitativas Do Direito À Comunicação Na Sociedade Da Informação Em Face Do Ordenamento Jurídico Brasileiro E Do Direito Comparado Em Razão De Crimes Cometidos No Ambiente Virtual. **Revista de Direito Constitucional e Internacional** | vol. 113/2019 | p. 97 - 120 | Maio - Jun / 2019.

FULLER, Greice Patrícia; FIGUEIREDO, Leidi Priscila. Compliance Empresarial e Tutela Penal na Sociedade da Informação. **Revista dos Tribunais** | vol. 996/2018 | p. 573 - 588 | Out / 2018.

FULLER, Greice Patricia; GALLINARO, Fabio. A Infiltração de agentes em Meio Virtual sob a égide do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana: Uma Análise da Lei 13.441, de 8 de maio de 2017. **Revista dos Tribunais** | vol. 995/2018 | p. 175-193.

MARGRAF, Alencar Frederic; PESCH, Natália Mendes. Garantias constitucionais na produção probatória e o descaso com a cadeia de custódia. **Revista de Direito Constitucional e Internacional** | vol. 106/2018 | p. 225 - 246 | Mar - Abr / 2018.

NASPOLINI, Samyra Haydêe Dal Farra; SILVEIRA, Vladmir Oliveira da. A Presunção de Inocência como um Direito Humano Fundamental na Constituição Brasileira e sua Aplicação pelo Supremo Tribunal Federal. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, V. 13, N. 3, 2018 p.858-875.

SILVEIRA, Sebastião Sérgio da; SILVEIRA, Ricardo dos Reis. Prova eletrônica: Novos desafios na busca da verdade do processo penal. **Revista da Faculdade de Direito UFG**, v. 39, n.1, p. 217-237, jan. / jun. 2015. Disponível em: <https://www.revistas.ufg.br/revfd/article/view/38205/20466> Acesso em: 18 jul 2020.

VAZ, Denise Provasi. Estudo sobre a verdade no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais** | vol. 83/2010 | p. 163 - 183 | Mar - Abr / 2010.

VAZ, Denise Provasi. **Provas Digitais no Processo Penal: Formulação do conceito, definição das características e sistematização do procedimento probatório**. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.