



## Filipe Silveira: Monitoramento eletrônico e prova criminal

O combate à propagação da pandemia mundial decorrente da Covid-19 tem exigido forte atuação estatal, repercutindo em significativas mudanças do direito vigente. O reconhecimento oficial de estado de calamidade pública (Dec. Leg. 06/2020) já provocou a flexibilização de limites orçamentários; a possibilidade de importação de produtos sujeitos à Vigilância Sanitária sem registro na Anvisa, desde que registrados por autoridade estrangeira e previstos em ato do Ministério da Saúde; a dispensa de licitação para aquisição de bens, serviços, inclusive de engenharia, e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (Lei 13.979/2020); flexibilização e alterações no Direito Trabalhista como forma de enfrentamento à medidas.



De uma forma geral, é possível identificar um interessante

fenômeno decorrente da atuação estatal de combate à pandemia mundial. De um lado, vislumbra-se certa flexibilização de normas de Direito Administrativo, Tributário, Trabalhista e Civil; e, de outro, endurecimento do Direito Penal e crescimento da tensão entre a atuação estatal e o direito à liberdade. Nesse contexto, a MP 927/2020 permite ao empregador, durante o estado de calamidade, alterar a seu critério, o regime de trabalho ou sobre antecipação de férias. Já a Portaria n. 5 de 17/03/2020, sinaliza sobre eventual responsabilidade penal daquele que descumprir medidas de isolamento e quarentena, a teor dos artigos 3º, 4º e 5º, o que inclusive já se manifesta em concreto em decretos legislativos estaduais, como ocorre com o Decreto 609 de 16/3/2020, oriundo do estado do Pará.

E justamente no âmago da tensão entre medidas sanitárias e direito à liberdade é que se posiciona, ao menos aparentemente, um importante debate que também afeta, sobremaneira, o direito à intimidade. É dizer, para controlar eventuais descumprimentos de isolamento social ou quarentena, surgem vozes a defender a existência de monitoramento eletrônico de celulares como forma de identificar aglomerações, a partir do fornecimento de dados sobre a circulação de pessoas a serem fornecidos pelas operadoras nacionais de telecomunicação.

Segundo a Agência Brasil [\[1\]](#), os estados de São Paulo, Pará, Pernambuco e o próprio Governo Federal já estariam com estruturas avançadas para implementação da medida de monitoramento eletrônico.



Nesse panorama é inevitável a pergunta sobre a licitude dessa medida, ainda que considerada a crise decorrente da coronavírus. A indagação, obviamente, decorre das previsões constitucionais dispostas no artigo 5º, que referem ser *inviolável a intimidade* (inciso X), bem como *o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas* (XII), também corroboradas pelas disposições da Lei n. 12.965/2014 (Marco Civil da Internet), que, espelhando os termos constitucionais, estabelecem ser direito e garantia dos usuários de internet o "*não fornecimento a terceiros de seus dados pessoais, inclusive registros de conexão, e de acesso a aplicações de internet, salvo mediante consentimento livre, expresso e informado*" (artigo 7º, VII) e "*consentimento expresso sobre coleta, uso, armazenamento e tratamento de dados pessoais*" (artigo 7º, IX) [2].

Em relação a isso, poder-se-ia argumentar que o reconhecimento oficial do estado de calamidade criou situação excepcional, apta a relativizar direitos e garantias fundamentais, na medida em que o Supremo Tribunal Federal reconheceu inexistir direitos absolutos (MS 23.452, relator ministro Celso de Mello, j. 16-9-1999, P, DJ de 12-5-2000; HC 103.236, relator ministro Gilmar Mendes, j. 14-6-2010, 2ª T, DJE de 3-9-2010), razão pela qual entre a necessidade de tomada de medidas emergenciais para contenção da pandemia estaria justificada a adoção de medidas invasivas de forma a permitir atuação mitigadora do Estado.

Ocorre que a possibilidade de limitação de direitos, ainda que decorrente de juízos de ponderações, não deve resultar na aniquilação do núcleo essencial de direitos e garantias fundamentais. Proíbe-se, portanto, restrições desproporcionais aos direitos e garantias fundamentais (Hesse, K. 1998) [3]. É de se destacar, ademais, que o Supremo Tribunal Federal já enfrentou hipótese semelhante, quando, no julgamento do Habeas Corpus 82.959, considerou inconstitucional dispositivo da Lei dos Crimes Hediondos que impunha a obrigatoriedade do cumprimento de pena em regime integralmente fechado para os crimes dessa natureza, haja vista que tal previsão normativa esvaziaria por completo o princípio da individualização da pena.

Há, aparentemente, semelhança entre as situações. O monitoramento eletrônico da transmissão de dados de todos os celulares, de todos os cidadãos, sem delimitação espacial e temporal, desprovido de consentimento, e carente de decisão judicial, indica, fortemente, o esvaziamento por completo do direito à intimidade e de seu núcleo essencial.

Ainda que se insista no argumento de ser a única medida administrativa eficaz para controle e mitigação da propagação da Covid-19, surgirá, inexoravelmente, o debate sobre a validade da utilização dos dados interceptados como elemento de prova apto a produzir condenações criminais, especialmente dos crimes mencionados na Portaria Interministerial n. 05 de 17/3/2020, notadamente a infração de medida sanitária preventiva e a desobediência (CP, artigos 268 e 330, respectivamente).

Como já mencionado, a Constituição Federal garante o direito à intimidade (artigo 5º, X), protege o sigilo de dados (artigo 5º, XII), autorizando, no entanto, a interceptação, por meio de ordem judicial, para fins de investigação ou instrução processual de natureza penal. É de se sublinhar, portanto, que a limitação do direito à privacidade e ao sigilo de dados deve ocorrer a partir de decisão judicial, vinculada à investigação criminal ou instrução processual penal, situações essas ausentes no pretendido monitoramento eletrônico dos cidadãos brasileiros.



Além disso, a Lei 9.296/1996 estabelece que não será admitida a interceptação se não houver indícios razoáveis de autoria, bem como se os crimes investigados possuírem penas de detenção, exatamente as hipóteses dos crimes previstos nos artigos 268 e 330 do Código Penal, o que também inviabilizaria a prova pela ausência do preenchimento dos requisitos legais.

É de se destacar, inclusive, que a jurisprudência brasileira evoluiu no sentido de não permitir sequer o acesso ao conteúdo de celulares apreendidos em flagrante delito sem a devida autorização judicial, reconhecendo-se que o sigilo deve abranger a transmissão, recepção ou emissão de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza, por meio de telefonia fixa ou móvel ou, ainda, através de sistemas de informática e telemática, como ocorreu no RHC 67.379-RN, relator ministro Ribeiro Dantas, 5ª Turma, STJ, reforçado pelo Supremo Tribunal Federal no voto apresentado pelo ministro Gilmar Mendes nos autos do HC 168052-SP [4].

O monitoramento eletrônico inteligente, por todos esses motivos, constituir-se-ia em prova absolutamente ilícita e não apenas ilegítima [5], sendo seu aproveitamento absolutamente inadmissível no processo penal, por força do artigo 5º, LVI, da Constituição Federal, conjugado com o artigo 157 do Código de Processo Penal, uma vez que exige forte tolerância de sacrifício de direitos e garantias fundamentais.

[1] <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2020-04/covid-19-iniciativas-usam-monitoramento-e-geram-preocupacoes>

[2] Também no mesmo sentido são as previsões da Lei Geral de Proteção de Dados (Lei n. 13.709/2018).

[3] Hesse, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998.

[4] Informativo 944 STF. Julgamento suspenso com vista antecipada à ministra Carmen Lúcia.

[5] Cf. LOPES JR, Aury C. *Direito processual penal*. 16 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019 e ROSA, Alexandre Moraes da. *Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos*. 3ª ed. Florianópolis. Empório do Direito, 2016.

#### **Date Created**

24/04/2020