Nunes e Vieira: Sobre o guarda da esquina e a teletela

A rotina de violação ao direito fundamental à privacidade tem um encontro marcado com o Supremo Tribunal Federal. É que o STF reconheceu a existência de repercussão geral quanto à licitude da prova produzida durante o inquérito policial relativa ao acesso, sem autorização judicial, a registros e informações contidos em aparelho de telefone celular, relacionados à conduta delitiva e hábeis a [1].

Carregamos teletelas em nossos bolsos e bolsas. Os *smartphones*, com seus aplicativos, sensores e assistentes virtuais, passaram a intermediar não apenas o nosso trabalho [2], mas a vida como um todo. Dados e metadados das nossas atividades cotidianas estão sendo capturados e registrados o tempo todo. A partir da aplicação de um quadro interpretativo [3], esses fragmentos de nossas vidas revelarão nosso perfil enquanto motoristas [4], nossas preferências políticas e a nossa saúde [5].

O capitalismo de vigilância, que visa a predizer e modificar o comportamento humano como um meio de gerar receita e controle de mercado [6], vem sendo anabolizado pelo constante avanço das tecnologias embarcadas nestes aparelhos e na infraestrutura de rede. O apetite pelos nossos dados nunca está ou será saciado.

Ao elencar o direito à privacidade como uma garantia fundamental, a Constituição Federal reconhece o mesmo como um valor intrínseco da pessoa humana oponível contra os poderes públicos. A privacidade é uma necessidade psicológica e antropológica, sem a qual não é possível viver de forma livre e autônoma [7].

A privacidade é um dos pilares para a existência de um Estado democrático de Direito.

De outro lado, despir os cidadãos de sua privacidade é uma prática comum em regimes autoritários. *"A democracia, portanto, só funciona adequadamente quando são asseguradas a todos as condições materiais básicas de vida, que possibilitem a instauração na esfera pública de relações simétricas entre cidadãos tratados como livres e iguais"* [8].

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

O Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014), em seu artigo 7º, inciso III, garante a inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial. Qualquer interpretação que negue a reserva de jurisdição aos dispositivos dos usuários que, como vimos alhures, são mais sensíveis vez que reúnem tantos os dados de conexão quanto de aplicação, não nos parece razoável.

Apesar da previsão do artigo 4º, inciso III, alínea "d", da LGPD acerca do disposto na lei não se aplicar ao tratamento de dados pessoais realizados para fins exclusivos de investigação ou repressão criminal, o legislador não dispensou, nessas hipóteses, a necessidade de observância dos princípios gerais de proteção e os direitos do titular previstos nesta lei (artigo 4º, §1º). É necessário, portanto, mesmo para fins de investigação criminal, que as ações estatais sejam pautadas pelo respeito a privacidade, a inviolabilidade da intimidade e a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais (artigo 2 da LGPD).

Na exposição de motivos da Lei 12.737, de 30 de novembro de 2012, em 24 de abril do mesmo ano, o legislador reconhece que os avanços tecnológicos trazem a necessidade de *"assegurar os direitos dos cidadãos e garantir que a utilização destas tecnologias possa ser potencializada em seus efeitos positivos e minimizada em seus impactos negativos"* conferindo aos dispositivos informáticos e as informações que lá repousam, a tutela penal, ao instituir o crime do artigo 154-A do CP.

Todas essas inovações legislativas reforçam a garantia constitucional de proteção à intimidade, à vida privada, a honra e à imagem das pessoas (artigo 5º, inciso X, CF/88) e atraem a reserva de jurisdição. A tutela da privacidade é uma garantia antiepistêmica [9], que limita o poder do Estado, proibindo-o de vasculhar o conteúdo dos *smartphones* sem ordem judicial.

A controvérsia perpassa, ainda, necessariamente, por problemas de ordem epistêmica. É que a evidência digital é frágil por sua própria natureza. Dados e metadados podem ser facilmente alterados, adulterados, suprimidos, inseridos e/ou corrompidos. O manuseio inadequado durante sua manipulação pode tornar a prova imprestável, ainda que a espoliação seja involuntária. Por essa razão, todo o processo de identificação, coleta, aquisição e preservação da evidência digital deve ser conduzido por profissional capacitado e de acordo com os princípios e normas técnicas aplicáveis à espécie, a fim de preservar a integridade, fiabilidade, inalterabilidade e auditabilidade desta espécie de prova [10].

O acesso ao smartphone em campo, por pessoa não capacitada, sem a observância das normas técnicas e equipamentos necessários resultará, invariavelmente, na espoliação da prova. Em sistemas informáticos dados e metadados estão constantemente sendo escritos e sobrescritos, não basta colocar o telefone em "modo de avião" para que se tenha preservada a integridade e autenticidade da evidência.

A conduta deve ser diametralmente oposta: a prioridade da autoridade policial não é acessar os dados, mas, sim, providenciar para que não se alterem o estado e conservação das coisas (artigo 6, I, CPP) e estabelecer desde já a cadeia de custódia da prova (artigo 158-A, II, CPP).

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Diante dos problemas relativos à privacidade e a fiabilidade probatória decorrentes do acesso não autorizado a dispositivos informáticos, resta questionarmos à guisa de conclusão: por que não submeter a um poder imparcial a análise da necessidade e legalidade da medida? Sim, porque não se trata de proibir que a polícia apreenda os telefones, mas, apenas e tão somente, que postergue a análise do conteúdo do material apreendido após autorização do Poder Judiciário.

De acordo com a Polícia Federal, apenas durante a denominada "lava jato", foram cumpridos 844 mandados de busca e apreensão. Número modestos ante os apresentados pelo Ministério Público Federal, no que expedidos, somente pela Justiça Federal de Curitiba, 1.343 mandados de busca e apreensão. Vê-se, portanto, que a investigação criminal não se encontra obstaculizada pela proteção à privacidade.

Se há demora na análise dos pedidos cautelares por parte do Poder Judiciário, a solução jamais poderia ser o atropelo de garantias fundamentais. Os problemas da democracia devem ser resolvidos com mais democracia: um juízo de garantias, dedicado à análise de medidas cautelares, sem sombra de dúvidas, além de resolver problemas históricos do sistema acusatório, agilizaria processos desta natureza.

O que não pode ser admitido é que, após 32 anos da promulgação da Constituição Cidadã, o sigilo siga de pés descalços [11], pois bem sabemos sobre quem sempre recai a "fundada" suspeita do guarda da esquina: os jovens negros e periféricos, visto apenas pelo aparelho repressivo, invisíveis e descalços aos olhos do estado garantidor [12].

No julgamento deste tema, o Supremo Tribunal Federal definirá o standard probatório [13] mínimo a ser exigido para uma condenação criminal lastrada em provas digitais. Aceitaremos provas espoliadas?

Esperamos que não. Após 32 anos da promulgação da Constituição Cidadã, ansiamos que uma qualificada epistemologia probatória prevaleça e que direito à privacidade seja reafirmado, para que jovens negros e periféricos, que são os costumeiros suspeitos do guarda da esquina, possam transitar pelas ruas do nosso país sem ter sua intimidade violada [14].

[1] STF, ARE 1042075, Rel. Ministro Dias Toffoli, j. 23.11.2017.

[2] Zuboff, S. *In the Age of the Smart Machine: The Future of Work and Power*. New York: Basic Books, 1988.

[3] "Information cannot exist independently of the receiving person who gives it meaning and somehow acts upon it". Liebenau and Backhouse (1990), Understanding Information. Macmillan, 1990.

[4] Ferreira J Júnior, Carvalho E, Ferreira BV, de Souza C, Suhara Y, Pentland A, et al. (2017) Driver behavior profiling: An investigation with different smartphone sensors and machine learning. PLoS ONE 12(4): e0174959.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

https://doi.org/10.1371/journal.pone.0174959

[5] VIEIRA, Thiago. Marketing de Vigilância: Qual é o valor das informações contidas no prontuário médico?. Disponível em https://medium.com/contrarraz%C3%B5es/marketing-de-vigil%C3%A2ncia-qual-%C3%A9-o-valor-das-informa%C3%A7%C3%B5es-contidas-nos-prontu%C3%A1rio-m%C3%A9dico-33f66eed3ed5. Acesso em 16/7/2019.

[6] Zuboff, S. (2015). Big other: Surveillance Capitalism and the Prospects of an Information Civilization. Journal of Information Technology, 30(1), 75–89. https://doi.org/10.1057/jit.2015.5.

[7] Boehme-Neßler. Volker. International Data Privacy Law, Volume 6, Issue 3, August 2016, Pages 222–229, https://doi.org/10.1093/idpl/ipw007

[8] Sarmento, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 203.

[9] "A verdade não é o fim último do processo penal e, sua busca não pode se dar a partir de uma premissa de que os fins justificam os meios. No caso em que uma limitação à descoberta da verdade se justifique para fazer prevalecer outro valor – como o respeito à dignidade humana, à proteção da intimidade, à preservação da imparcialidade do julgador – igualmente ou mais relevante para que se profira uma decisão justa, é de admitir a adoção de regras legais antiepistêmicas, desde que fundamentais para preservar o outro valor do jogo" (BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal… op. cit., p. 381).

[10] VIEIRA. Thiago. Aspectos técnicos e jurídicos da prova digital no processo penal. Disponível em www.ibadpp.com.br/aspectos-tecnicos-e-juridicos-da-prova-digital-no-processo-penal-por-thiago-vieira/ . Acesso em 17/7/2020.

[11] FRAGOSO. Nathalie. LUCIANO. Maria. “Sigilo de pés descalços: avaliação judicial do acesso a celulares por policiais em abordagens e flagrantes”. Internetlab. Disponível em https://www.internetlab.org.br/pt/privacidade-e-vigilancia/sigilo-de-pes-descalcos-avaliacao-judicial-do-acesso-a-celulares-por-policiais-em-abordagens-e-flagrantes/.

[12] ALVES. Jader. Vozes dos Invisíveis: A atuação policial na perspectiva de jovens negros. Editora Dialética. 2020.

[13] MATIDA, Janaina. MORAIS DA ROSA, Alexandre. Para entender standards probatórios pelo salto com vara. Revista Consultor Jurídico, 20 de março de 2020. Disponível em: (https://www.conjur.com.br/2020-mar-20/limite-penal-entender-standards-probatorios-partir-salto-vara

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

). Acesso em 31/5/2020.

[14] "Policial Pega Celular – Abordagem Policial SP – Dê sua Opinião". Disponível em https://www.youtube.com/watch?v=GPm3dfYS_rM. Acessado em 18/7/2020.

Date Created
23/07/2020

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.