

Néfi Cordeiro: A pandemia e as tecnologias na persecução criminal

A pandemia da Covid-19 a todos surpreendeu pela gravidade da doença e pela necessária mudança de s, muda o Direito.



É momento de crescente preocupação legislativa com um

Direito Penal mais eficiente, que para isso usa de mais e mais tipos penais, tentando controlar a sociedade pelo medo da pena, em crimes com inseguras delimitações e com provas mais invasivas.

O mundo ocidental se foca em um Direito Penal coletivo, em que os danos individualizados — mesmo gravemente violadores à pessoa — tornam-se socialmente menos relevantes do que os danos generalizados e perenes. Muda o prisma de proteção à honra, à propriedade e mesmo à vida, para a proteção de todos, do hoje e do futuro: crimes tributários e financeiros, crimes empresariais e contra a saúde pública, crimes informáticos e ambientais.

O Direito Penal perde em segurança individual, pela tendência a tipos penais abertos (sem plena delimitação do conteúdo normativo) e de perigo — evitando não proteger condutas socialmente gravosas, mas ainda imprecisas (como poluição ou temeridade de gestão empresarial) e evitando a dificuldade probatória (como na entrega de veículo automotor a pessoa não habilitada [\[1\]](#)). Ganha a eficiência persecutória, perdem os cidadãos na garantia da legalidade — crime é conduta vaga — e da lesividade, pois no crime de perigo, especialmente quando abstrato, o agir é incriminado, independentemente de seu resultado.

Provas cada vez mais invasivas e potencialmente destrutivas são criadas em desfavor do perseguido. Passam a ser admitidas violações à privacidade no domicílio, na vida bancária e fiscal, nas conversas profissionais e íntimas, em não raros momentos sem qualquer exigência de motivação da imprescindibilidade dessa prova ou de gravidade social do crime.

A proteção ao domicílio do cidadão, último resguardo de soberania individual, é na Constituição Federal excepcionada justamente para a proteção dos moradores: desastre, socorro ou flagrante delito — salvo ordem judicial. Do ingresso no domicílio para proteger moradores contra crimes, passou-se a usar da norma protetiva para perseguir ao morador. A norma de proteção transformou-se em norma de coerção.

Resgata a jurisprudência atual um mínimo de proteção ao exigir uma justa causa para a invasão, nela não enquadráveis denúncias anônimas, hipóteses do raciocínio policial, presunções ou forjadas autorizações de acesso [\[2\]](#).

O próprio flagrante se altera em favor da eficiência, ao ser permitida sua prorrogação, como é mostra a Lei do Crime Organizado (Lei nº 12.850/2013, artigo 8º). Da exigência legal de prévia autorização judicial, passa a prática a autorização nenhuma, do flagrante caracterizado passam-se a situações onde sequer mais há crime em desenvolvimento — tudo pela eficiência...

A infiltração policial (Lei nº 12.850/2013, artigo 10) que apenas acompanharia ações criminais tende a provocar crimes (o Estado contentor sendo o motivador da criminalidade) [\[3\]](#), a colaboração premiada é passível de direcionamento contra pessoas ou partidos políticos, pela possibilidade ilegalmente admitida [\[4\]](#) de acordos premiando notícias de crimes quaisquer, contra pessoas quaisquer — então escolhidas por alguém, delator ou representante estatal da negociação. Enfim, a busca pela proteção social coletiva e por uma maior eficiência penal levam nosso Direito Penal a soluções aplaudidas no momento, mas preocupantes na estabilidade do Direito, porque reducionistas das garantias processuais.

A prova que surge para uso restrito, por seu alto grau de invasão da intimidade, tende a proliferar. A eficiência da quebra de sigilo telefônico, prova subsidiária para crimes de reclusão (Lei nº 9.296/96, artigo 2º), levou seu uso para mais cedo e com menos provas prévias (a imprescindibilidade apenas como justificação retórica), permitindo um aproveitamento amplo do resultado — pela serendipidade, mesmo crimes de detenção e até infrações administrativas usam da prova de escuta telefônica [\[5\]](#). É a criação de uma bomba atômica às garantias pela justificativa de uso restrito a gravíssimos danos sociais, que passa a ser rotineiramente usada para danos quaisquer, mesmo leves.

No combate à tecnologia dos crimes, crescentes e inovadores, surgem os correspondentes mecanismos de investigação e prova estatais. Usa, sim, o crime de comunicações sigilosas em sistemas de comunicação criptografados e na *deep web*, usa, sim, de criptomoedas, da captação coletiva de valores por mecanismos internacionais de pirâmides virtuais. Ampliam-se os danos criminais no espaço internacional.

Como reação, as provas tecnológicas são novidades que encantam e assustam: acompanhamento eletrônico e por satélite de pessoas (sem ficção ou exagero), programas de reconhecimento visual (com graves defeitos de qualidade, geradores perigosos do falso reconhecimento); *malwares* implantados pela polícia (CAPRIOLI, Francesco. *Il "captatore informatico" come strumento di ricerca della prova in Italia*); provas colhidas no anônimo e não controlado meio eletrônico. Interessante foi recente precedente em que o Superior Tribunal de Justiça reconheceu nulidade da colheita de conversas através do programa *WhatsApp Web*, instalado sigilosamente pela polícia no celular de investigado, mesmo judicialmente autorizado — não haveria como identificar quais as conversas emitidas pelo proprietário do celular e quais as que poderiam em tese ter sido emitidas, em seu nome, pelo computador da polícia [6].

O próprio acesso aos celulares de presos é medida rotineira, não raras vezes com duvidosa autorização do suspeito. A pretexto de segurança ou de prova do crime flagrado, são os celulares devassados sem autorização judicial, revelando não somente se há crime, mas toda a vida do suspeito. A jurisprudência nacional já reconhece a invalidade dessa prova [7], mas a prática da invasão da privacidade não desaparece.

As infiltrações policiais agora acontecem virtualmente, em mídias sociais, buscando descobrir (espera-se não fazendo surgir) pedófilos ou criminosos sexuais, traficantes de drogas e pessoas...

Há necessidade da sofisticação e modernização dos meios de prova na realidade de crimes em que tende a ser menos importante a prova oral, mas releva a prova informatizada. O risco é a acomodação a crescentes patamares de perda da privacidade. O grande irmão de Orwell (ORWELL, George. *Mil Novecentos e Oitenta e Quatro*) está presente no acompanhamento da movimentação de pessoas por seus celulares, no reconhecimento facial e pelas impressões digitais em locais públicos e privados, em campos de futebol e nas alfândegas, está presente na disponibilização antecipada de material genético (Lei nº 12.037/2009, artigo 5º-A), na gestão da tropa policial por mapeamento digital de ocorrências criminais... É a vida crescente e involuntariamente publicizada.

No processo, também a tecnologia revoluciona. A pandemia forçou o isolamento pessoal e a interação virtual: vivemos a realidade do *home office*, do processo integralmente eletrônico, de sessões *online*, sustentações orais gravadas ou à distância e atendimentos por chamadas (de voz ou com imagem). Mecaniza-se o procedimento, reduz-se o sentimento.

A partir desse momento extraordinário, em que a falta de alternativas torna quase incontroversa a necessidade do trabalho no lar, da não postergação de justiça pelos julgamentos remotos, muito se há de pensar sobre a continuidade dessas medidas. Não há como negar a crescente capacidade dos contatos virtuais desenvolverem também emoções, de permitirem a aferição e repetição de detalhes invisíveis ao contato pessoal (com aproximação e repetição de imagens...), mas não há sentimento igual ao olho no olho, à pele na pele.

A realização dos atos judiciais remotamente reduz custos e facilita a produtividade, mas perde na emoção, imprescindível a momentos marcantes do processo, como na prisão, no interrogatório e no julgamento. Não há como substituir-se o dia do acusado na corte, frente a seu juiz, pelo dia do acusado frente à tela do computador...

Como tendência, mecanizam-se também processos e decisões: o copiar/colar acontece em petições e também em decisões judiciais, com aproveitamento de decisórios passados, de outras instâncias ou mesmo de um parecer ministerial. As decisões mais e mais se padronizam, com riscos da perda dos detalhes de provas e razões em cada diferente processo. Súmulas e enunciados repetitivos padronizam até o que não é igual, a exigir casuística distinção [8], limitam recursos e podem dificultar a própria realização da justiça.

Em tempos de pandemia, seja o isolamento social o único admitido e não o isolamento das emoções ou da compreensão no outro. A modernização na persecução criminal é imprescindível, mas o meio eficiente não pode significar elisão das garantias.

[1] Súmula 575 do STJ: "*Constitui crime a conduta de permitir, confiar ou entregar a direção de veículo automotor a pessoa que não seja habilitada, ou que se encontre em qualquer das situações previstas no artigo 310 do CTB, independentemente da ocorrência de lesão ou de perigo de dano concreto na condução do veículo*".

[2] RE 603616, Tribunal Pleno, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Publicação: 10/5/2016.

Decisão: repercussão geral, por maioria e nos termos do voto do Relator, negou provimento ao recurso e fixou tese nos seguintes termos: "*A entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente*".

[3] Torna-se cada vez mais difícil descobrir se o agente infiltrado revela crimes que soube ou que provocou — Súmula 145/STF: "*Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação*".

[4] Além de violar a regra da utilidade, estável em todas as leis de colaboração premiada, incide agora em proibição expressa:

Lei nº 12.850/2013, artigo 3º-B, § 3º: "*No acordo de colaboração premiada, o colaborador deve narrar todos os fatos ilícitos para os quais concorreu e que tenham relação direta com os fatos investigados*".

[5] "AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA LICITAMENTE CONDUZIDA. ENCONTRO FORTUITO DE PROVA DA PRÁTICA DE CRIME PUNIDO COM DETENÇÃO. LEGITIMIDADE DO USO COMO JUSTA CAUSA PARA

OFERECIMENTO DE DENÚNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. O Supremo Tribunal Federal, como intérprete maior da Constituição da República, considerou compatível com o artigo 5º, XII e LVI, o uso de prova obtida fortuitamente através de interceptação telefônica lícitamente conduzida, ainda que o crime descoberto, conexo ao que foi objeto da interceptação, seja punido com detenção. 2. Agravo Regimental desprovido". (AI 626214 AgR, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 21/9/2010, DJe-190 DIVULG 07-10-2010 PUBLIC 08-10-2010)

[6] 6ª Turma anula prova obtida pelo *WhatsApp Web* sem conhecimento do dono do celular. http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2018/2018-11-30_06-59_Sexta-Turma-anula-prova-obtida-pelo-WhatsApp-Web-sem-conhecimento-do-dono-do-celular.aspx Acesso em 01Jun2020.

[7] "*PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE PROCESSUAL. ACESSO AOS DADOS DO APARELHO CELULAR DO RÉU. AUSÊNCIA DE ORDEM JUDICIAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL VERIFICADO.*

DECISÃO RECONSIDERADA. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO.

1. Esta Corte Superior de Justiça considera ilícita o acesso aos dados do celular extraídos do aparelho celular apreendido em flagrante, quando ausente de ordem judicial para tanto, ao entendimento de que, no acesso aos dados do aparelho, se tem a devassa de dados particulares, com violação à intimidade do agente.

Precedentes.

2. É reconsiderada a decisão inicial porque não se trata de implícita autorização de quebra do sigilo de aparelho com dados cuja busca se determinou. O que se tem é mandado de busca de drogas, que não traz implícita ordem de apreensão de arquivos de dados e seu acesso.

3. Agravo regimental provido para declarar a nulidade das provas obtidas no celular sem autorização judicial, cujo produto deve ser desentranhado dos autos, cassando os atos de natureza decisória das instâncias de origem, a fim de que se realize novo julgamento. (AgRg no HC 542.940/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 5/3/2020, DJe 10/3/2020)

[8] Exemplificativamente, logo após aprovada a Súmula 599/STJ (O princípio da insignificância é inaplicável aos crimes contra a administração pública. CORTE ESPECIAL, julgado em 20/11/2017, DJe 27/11/2017), a 6ª Turma aplicou esse princípio a "*a um crime contra a administração pública com base nas peculiaridades do caso: o réu era primário, com mais de 80 anos, e o dano causado teria um custo de cerca de R\$ 20*". <https://www.conjur.com.br/2018-set-02/stj-aplica-principio-insignificancia-crime-administracao> Acesso em 1º/6/2020.

Date Created

05/06/2020