

A PROVA NOS CRIMES QUE SE UTILIZAM DAS REDES SOCIAIS¹

Jorge Luiz Silva da Silva²

Resumo: Este artigo tem por objetivo analisar o tema da prova em crimes cometidos fazendo o uso das redes sociais, abordando a legislação vigente e a adequação da mesma a esses ilícitos. O tema a ser tratado, embora não seja novo, constitui uma tarefa difícil por se tratar de assunto que envolve um ambiente de tecnologia complexa e que requer profissionais capacitados a lidar adequadamente com as situações que são criadas pelos agentes infratores. Na ocorrência de um delito, durante a fase de investigação, devem ser respeitados critérios técnicos conforme estabelecidos nos procedimentos da computação forense. O método de abordagem utilizado é o dedutivo. O método de pesquisa é o prescritivo teórico, baseado na doutrina, na legislação, na jurisprudência e nas publicações técnicas de livros e sites internet. No Direito penal, a comprovação da autoria e da materialidade do fato, necessariamente é feita com o uso de provas, as quais têm o propósito de formar a convicção do magistrado em relação à ocorrência ou não de determinado fato delituoso. Vários são os meios de prova que podem ser utilizados respeitados os diversos princípios bem como respeitada a coleta das evidências de forma adequada.

Palavras chave: Prova. Crimes nas redes sociais. Aplicativos de redes sociais. Crimes virtuais. Limites da prova. Ambiente digital. internet. Tecnologia da Informação.

Abstract: This article aims to examine the issue of proof in crimes committed making use of social networks, addressing current legislation and the adequacy thereof to these crimes. The subject to be treated, although not new is a difficult task because it is a subject that involves a complex technology environment and that requires trained professionals to properly deal with the situations that are created by the offending agents. In the event of an offense during the research phase are fulfilled technical criteria as set out in the procedures of forensic computing. The approach method is deductive. The research method is the theoretical prescriptive, based on doctrine, legislation, case law and technical publications of books and Internet sites. In criminal law, proof of authorship and materiality of the fact, is necessarily made with the use of evidence, which are intended to form the conviction of the judge in relation to the occurrence of certain criminal fact. There are several forms of evidence that can be used respecting the various principles and respecting the collection of evidence properly.

Keywords: Proof. Crimes on social networks. Social networking applications. cybercrimes. Criminal evidence limits. digital environment. Internet. Information Technology.

1 Artigo científico elaborado como trabalho final de conclusão do Curso de Especialização em Jurisdição Federal – Turma Especial 2016.

2 Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Sociais de Florianópolis. Bacharel em Ciências Econômicas pela Universidade Federal de Santa Catarina.

Sumário: Introdução. 1 A Prova. 2 Os Crimes nas Redes Sociais. 3 A Prova Processual obtida em ambiente digital. 4 Limites da Prova obtida no ambiente digital. Conclusão. Referências.

Introdução

Atualmente muitos debates se formam acerca da vulnerabilidade a que as pessoas se colocam ao fazerem uso das redes sociais. Porém, é importante salientar que este ambiente que integra pessoas em âmbito computacional mundial é composto, além de uma infinidade de dispositivos, principalmente por indivíduos de diversas culturas e que atuam com diversos comportamentos. Desta forma, pode-se identificar como pontos vulneráveis neste contexto de interações não apenas e somente as possíveis falhas de segurança dos dispositivos conectados, mas também a conjunção da atitude criminosa de alguns indivíduos inescrupulosos, portadores de conhecimentos técnicos suficientes para agirem de maneira delituosa, com a atitude negligente dos usuários conectados à rede.

A grande maioria das condutas dos agentes criminosos que agem nas redes sociais já está prevista no ordenamento jurídico, dentre as quais: a calúnia, a difamação, a injúria, a ameaça, a divulgação de segredo, o furto, o dano, a apropriação indébita, o estelionato, a violação ao direito autoral, o escárnio por motivo de religião, o favorecimento a prostituição, ato obsceno escrito, incitação ao crime, apologia de crime ou criminoso, falsa identidade, inserção de dados falsos em sistema de informações, adulteração de dados em sistemas de informações, falso testemunho, exercício arbitrário das próprias razões, jogo de azar, crime contra a segurança nacional, terrorismo, tráfico de drogas e de pessoas, preconceito ou discriminação de raça, cor, etnia, pedofilia, crime contra a propriedade industrial, interceptação de comunicações, lavagem de dinheiro e pirataria de software.

Devido a essas condutas se manifestarem em ambiente virtual, as mesmas assumem uma característica peculiar que está associada ao meio pelo qual os agentes criminosos se utilizam para perpetrar o ato ilícito.

Neste contexto, o principal objetivo deste artigo é estudar e analisar a ação investigativa para a apuração dos delitos cometidos no ambiente de redes sociais

que busca por elementos para comprovar o ato ilícito bem como a sua autoria. Nesse ambiente, formar a prova a partir de indícios, ou evidências é uma ação delicada e revestida de procedimentos técnicos especializados.

Assim, com a utilização do método dedutivo este artigo irá analisar os argumentos gerais para então, em seguida, chegar às conclusões finais. O método de pesquisa é o prescritivo teórico, pois se assenta na doutrina, na ciência da tecnologia da informação e na jurisprudência.

1 A prova

A prova é um instrumento essencial na apuração de um fato delituoso e na atribuição de responsabilidade da execução do mesmo.

Para Capez (2013, p. 259), a prova é o conjunto de atos praticados pelas partes, pelo juiz (CPP, arts. 156, 2ª parte, 209 e 234) e por terceiros, destinados a levar ao magistrado à convicção acerca da existência ou inexistência de um fato, da falsidade ou veracidade de uma afirmação. Trata-se, portanto, de todo e qualquer meio de percepção empregado pelo homem com a finalidade de comprovar a verdade de uma alegação.

A prova tem como finalidade o convencimento do juiz, que deverá proferir uma decisão justa do ponto de vista jurídico e social com base no que foi produzido no processo.

A produção da prova esta assegurada no art.5º, XXXV, LIV E LV, da CRFB/1988, e constitui um direito fundamental consubstanciado na ampla defesa, no contraditório, no devido processo legal e no acesso a justiça.

Porém, a produção da prova não tem um caráter absoluto, possuindo limites mesmo estando presente como uma garantia e um direito fundamental previsto Constitucionalmente.

Conforme ensina Pacelli (2011, pag. 290), o limite da produção probatória no processo penal:

Para a consecução de tão gigantesca tarefa, são disponibilizados diversos meios ou métodos de prova, com os quais (e mediante os quais) se

espera chegar o mais próximo possível da realidade dos fatos investigados, submetidos, porém, a um limite previamente definido na Constituição Federal: o respeito aos direitos e às garantias individuais, do acusado e de terceiros, protegidos pelo imenso manto da inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente.

Além da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, previsto no art. 5º, LVI, CRFB, no Código de Processo Penal, vigoram também as limitações ao princípio da liberdade dos meios de prova: o art. 155, parágrafo único, determina que sejam observadas as restrições da lei civil (prova quanto ao estado das pessoas - casamento, morte e parentesco somente se provam mediante as respectivas certidões); o art. 158, torna indispensável o exame de corpo de delito para as infrações que deixarem vestígios, não podendo ser suprido pela confissão do acusado; o art. 479, caput, que veda durante o julgamento, a leitura de documento ou a exibição de objeto que não tiver sido juntado aos autos com a antecedência mínima de três dias úteis, dando-se ciência à outra parte.

Hodiernamente a doutrina tem procurado distinguir os meios de prova dos meios de obtenção de prova. Enquanto os meios de prova servem diretamente ao convencimento do juiz sobre a veracidade ou não de uma afirmação fática, os meios de obtenção de provas servem como o instrumento para a colheita de elementos ou fontes de provas que irão convencer o julgador. Em regra, os meios de obtenção de provas implicam na restrição a direitos fundamentais do investigado e na maior parte dos casos na liberdade públicas ligadas à sua privacidade ou intimidade ou ainda à liberdade de manifestação do pensamento. (BADARÓ, 2016, p. 387)

Conforme CAPEZ (2013, p. 394), “meio de prova é tudo que possa servir, direta ou indiretamente, para demonstrar a verdade que busca o processo. Assim, temos: a prova documental, a pericial, a testemunhal, etc”.

Meio de prova é portanto, tudo que sirva para comprovar os fatos alegados pelas partes, objetivando sempre buscar a comprovação da verdade real.

Para BADARÓ (2016, p. 388), “ Meios de prova são os instrumentos pelos quais se leva ao processo um elemento de prova apto a revelar ao juiz a verdade de um fato”.

A disponibilidade de um elemento de prova se concretiza através da investigação e da coleta adequada do mesmo, Assim, nas palavras de BADARÓ (2016, p. 389), “ Meios de obtenção de provas, também denominados de meios de investigação ou de pesquisa de provas, são instrumentos para a colheita de fontes ou elementos de prova.”

Ainda conforme BADARÓ (2016, p. 389), “O único meio de obtenção disciplinado no CPP é a busca e a apreensão, embora elencada erroneamente, entre os meios de prova.”

Outros meios de obtenção de provas tais como, a interceptação das comunicações telefônicas (Lei 9.296/1996), a interceptação ambiental (Lei 12.850/2013), quebras do sigilo financeiro (Lei Complementar nº 105/2001) o fiscal (CTN, art. 198), o sigilo profissional estão previstos em leis especiais. (BADARÓ, 2016, p. 389)

Aspecto importante é que dependendo do meio utilizado para a obtenção de prova, o mesmo irá trazer o conhecimento de sua realização ao investigado, como no caso de quebra de sigilo bancário, fiscal, dados relevantes para a investigação armazenados em órgãos públicos ou privados, Nesses casos o contraditório deve ser realizado previamente à autorização do meio de obtenção de prova. Em outro caso, como o de busca e a apreensão, o sucesso do meio de obtenção de prova depende do desconhecimento de sua realização pelo investigado. (BADARÓ, 2016, p. 390)

2 Os crimes nas redes sociais

A facilidade com que a revolução digital propiciou a que uma grande massa da população tenha acesso as novas tecnologias de computadores de uso pessoal e a rede mundial Internet, trouxe também diversos problemas para a sociedade, em relação ao comportamento social e econômico, principalmente no que diz respeito ao que trata a matéria do Direito.

Antigos conceitos que serviam de base para a interpretação dos fatos, bem como, para interpretação das leis tiveram que ser reformulados, adotando uma abordagem mais moderna para permitir o enquadramento na nova realidade. As

novas situações jurídicas que hoje se apresentam, no mundo da tecnologia da informação, exigem conhecimentos mais específicos dos profissionais do direito de modo a tratar essas matérias de forma diferenciada.

Essas novas situações que atualmente tem se manifestado, se caracterizam por diversas condutas que utilizam as redes sociais para a execução de ilícitos que ferem direitos juridicamente tutelados, desde o nível dos bens patrimoniais em geral e, se considerados de maneira mais ampla, até os princípios éticos e morais vigentes.

A maioria dessas condutas já está coberta pelo atual ordenamento jurídico com a devida tipificação penal, mas é importante que sejam tratadas de forma distinta uma vez que o meio e o ambiente onde é perpetrado o ilícito está associado ao uso da tecnologia da informação, o que caracteriza a forma peculiar como esses crimes são realizados.

O ambiente estruturado pela tecnologia da Informação é o que constitui o meio utilizado para a execução dos delitos, embora tenham sido conhecidos primeiramente como crimes da Internet, crimes digitais, crimes cibernéticos ou cibercrimes.

Os crimes cometidos através das redes sociais têm modalidades que dependem do bem jurídico tutelado da mesma maneira que os crimes comuns.

Como um exemplo de cibercrime enquadrado na legislação vigente, pode-se citar a exposição de fotos pornográficas com crianças ou adolescentes em sites de Internet, o que viola o art. 241-A³ da Lei 8.069/90, tipificado como pedofilia.

Em julgamento recente datado de 09/08/2016 no TRF4 (APELAÇÃO CRIMINAL Nº 5068954-21.2011.4.04.7100/R), sobre a matéria de crime de pedofilia realizado através da rede internet, onde julgou “Caracterizado o dolo eventual na conduta tipificada no artigo 241⁴ e 241-A da Lei 8.069/90, pois o agente assumiu o

3 Art. 241-A. Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, distribuir, publicar ou divulgar por qualquer meio, inclusive por meio de sistema de informática ou telemático, fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente:

4 Art. 241. Vender ou expor à venda fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente:

risco de divulgar na rede mundial de computadores as cenas ou imagens de pornografia envolvendo crianças e adolescentes.”

Os veículos de imprensa têm noticiado com frequência o uso do meio virtual pelas organizações criminosas, já que este oferece um recurso efetivo para o planejamento de delitos, contribui para a otimização das decisões e propicia excelente logística. Como exemplo, a Máfia, que foi uma das primeiras organizações a perceber o imenso potencial das transações eletrônicas para a lavagem de dinheiro. Os Cartéis de tráfico de drogas usam as facilidades da rede para fechar negócios bilionários, assim como grupos terroristas já praticam o que foi denominado de Ciberterrorismo.

De acordo com Nogueira (2009, p. 42), “a internet está sendo usada há vários anos pelos terroristas do mundo todo, devido a sua rapidez na propagação de mensagens e alcance de milhões de pessoas rapidamente”. Segundo esse autor os terroristas estão usando a internet para: o planejamento de ataques em massa; divulgação de manuais de guerrilha; ensinar como preparar bombas; como realizar e organizar atentados em massa; envio de mensagens de ódio; propaganda com a divulgação de vídeos com mensagens terroristas; divulgação de boatos para aterrorizar algum país ou população específica; como realizar ataques suicidas; recrutamento de novos terroristas.

Considerando que hoje os aparelhos mais comuns de smartphones possuem acesso a internet e a aplicativos de redes sociais, criou-se uma facilidade ainda maior como apoio ou consecução de delitos através dessa grande rede de comunicação mundial. O crime acima julgado poderia ter sido realizado, por exemplo, fazendo uso de algum aplicativo de rede social hospedado em um smartphone.

Alguns crimes, que se utilizam do meio virtual, como o terrorismo por exemplo, tem potencial de gerar um grande dano a sociedade, que em geral está desprotegida para esse tipo de delito.

A imprensa recentemente noticiou os trágicos eventos acontecidos em Paris em que os terroristas teriam utilizado o whatsapp e o telegram para planejar a execução dos ataques⁵.

Recentemente foi identificado um grupo ligado a organização terrorista internacional conhecida como Estado Islâmico, que supostamente estaria planejando ato terrorista, especialmente no período dos Jogos Olímpicos do Rio de Janeiro.

A investigação teve início em 09/05/2016 em razão da identificação, em redes sociais tais como Facebook e Twitter, de perfis brasileiros com postagens de cunho radical, mais especificamente de apoio e promoção da organização terrorista internacional conhecida como Estado Islâmico. O ato terrorista foi frustrado com a prisão temporária dos indivíduos e que foi mantida pelo TRF4 de Curitiba no julgamento (HABEAS CORPUS Nº 5039975-33.2016.4.04.0000/PR). Conforme consta da *Decisão* “O ânimo associativo dos investigados para a prática de crimes está evidenciado, conforme se extrai das postagens de internet, em especial das redes sociais Facebook e Twitter, as quais apontam para a existência de indícios da associação estável para o desenvolvimento reiterado das atividades ilícitas apuradas”.

3 A prova processual obtida em ambiente digital

Não existe na legislação brasileira nenhum impedimento para que a prova obtida em ambiente digital seja utilizada. Conforme o art. 225 do CC/02, “As reproduções fotográficas, cinematográficas, os registros fonográficos e, em geral, quaisquer outras reproduções mecânicas ou eletrônicas de fatos ou de coisas fazem prova plena destes, se a parte, contra quem forem exibidos, não lhes impugnar a exatidão” e no CPC art. 369, “Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa”. Portanto, é aceito que seja usado este tipo de prova, se forem respeitados alguns padrões técnicos para coletar

⁵ <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2015/12/terroristas-de-paris-usaram-aplicativos-para-esconder-plano-de-ataques.html>. Acessado em 26/08/2016.

e guardar a prova, com o objetivo de resguardar a integridade e para garantir que não venha ser questionada quanto a sua validade ou se foi obtida por meio ilícito.

Ainda o art. 374, do CPC, deixa claro ao determinar que não dependem de prova os fatos em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

Na mesma linha segue também o CPP, que diz no art. 231 "Salvo os casos expressos em lei, as partes poderão apresentar documentos em qualquer fase do processo" e segue no art. 232 dizendo que "Consideram-se documentos quaisquer escritos, instrumentos ou papéis, públicos ou particulares".

A fotografia digital, que é um documento eletrônico, é tratada pelo CPC, como fica demonstrado na redação do art. 422, §1:

Art. 422 – Qualquer reprodução mecânica, como a fotografia, a cinematográfica, a fonográfica ou de outra espécie, tem aptidão para fazer prova dos fatos ou das coisas representadas, se a sua conformidade com o documento original não for impugnada por aquele contra quem foi produzida.

§1 - As fotografias digitais e as extraídas da rede mundial de computadores fazem prova das imagens que reproduzem, devendo, se impugnadas, ser apresentada a respectiva autenticação eletrônica ou, não sendo possível, realizada perícia.

Também está determinado no art. 429, inciso I, do CPC que o ônus da prova incumbe, à parte que a arguir, quando se tratar de falsidade de documento.

No âmbito do Direito Processual Penal, o art. 235 do CPP diz que "A letra e firma dos documentos particulares serão submetidas a exame pericial, quando contestada a sua autenticidade".

De acordo com Marques (2011, p. 132), para o documento eletrônico ser considerado legítimo, sob o prisma jurídico, o mesmo deverá conter os requisitos de autenticidade, integridade e perenidade do conteúdo.

O avanço tecnológico também refletiu na modernização das ferramentas para validação jurídica das provas o que impulsionou uma moderna especialidade

denominada de computação forense. Esta especialidade se enquadra dentro da ciência criminalística que aborda a investigação probatória e que pode ser definida como “uso de técnicas analíticas e de investigação para identificar, coletar, analisar e preservar as provas/informação que é armazenada magneticamente ou codificada”.⁶ Considerando que a ciência forense é a disciplina que abriga a perícia forense aplicada á informática, essa pode ser definida como: “A aplicação de princípios das ciências físicas ao Direito na busca da verdade em questões cíveis, criminais e de comportamento social para que não se cometam injustiças contra qualquer membro da sociedade”.⁷

Verifica-se que a computação forense, consiste em fazer uso de métodos científicos com vistas a preservação, a coleta, a validação, a identificação, a análise, a interpretação, a documentação e a apresentação de *evidências digitais*⁸. Procede com a busca de *artefatos*⁹ que sirvam de comprovação da prática do ato criminoso.

Assim, o exame forense visa a extração de informações que identifiquem como qualquer vestígio pode estar relacionado ao caso sendo investigado permitindo a formulação de conclusões acerca da infração. Neste contexto o vestígio é qualquer marca, fato, sinal ou material, que seja encontrado no local onde tenha sido praticado um ato delituoso. O art. 239 do CPP apresenta uma definição sobre esse tema: “Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias.”

Toda e qualquer investigação começa levantando as evidências e informações que possam servir como elemento de prova e, no meio virtual as

6 Conforme o conceito estabelecido pelo órgão internacional *Computer Forensics World* que trata da matéria, e publicado em <http://www.computerforensicsworld.com/>

7 Conforme o conceito publicado no site <http://firewallcr.wordpress.com/o-que-e-computacao-forense/> cuja fonte é o Manual de Patologia Forense do Colégio de Patologistas Americanos, 1990

8 De acordo com PACK (2010, p. 226), “evidência digital é toda aquela informação ou assunto criada ou sujeita, a intervenção humana, que tenha a possa ser extraída de um computador ou de qualquer outro dispositivo eletrônico. Além disso, a evidência digital sempre deverá estar em formato de entendimento humano”.

9 De acordo com PACK (2010, p. 226), “Um artefato representa os restos de uma atividade de ataque ou de um incidente que pode estar ou não ligado, por exemplo, a um invasor de sistemas, podendo ser desde o software usado por este indivíduo, até um código malicioso, os registros, os dispositivos de busca de vulnerabilidades e até mesmo uma coleção de ferramentas.”

evidências e informações estão armazenadas em meios digitais assim como um disco rígido de um computador ou em um celular.

A investigação para a busca por evidências, implica na atividade de exame pericial que terá como resultado a prova pericial, produzida a partir de fundamentação científica, não dependendo de interpretações subjetivas.

Segundo Queiroz (2010, p. 29), “o laudo pericial é peça fundamental de um processo, que traduz tudo que foi realizado pelo perito de forma clara e objetiva antes, durante e após seus estudos sobre o caso em investigação”. Portanto as informações contidas neste material trazem consigo uma carga de vestígios importantíssima para a conclusão e o desencadeamento do processo e a resolução do caso em questão.

Aqueles indícios que vão caracterizar o delito, ou que indiquem o relacionamento do suspeito com o ato ilícito, podem ser os arquivos de imagens de pornografia infantil, as mensagens eletrônicas tratando de planos de tráfico de droga ou de atos terroristas, ou arquivos com informações incriminatórias.

Para a evidência eletrônica se constituir em elemento probatório é necessário que sejam respeitadas regras jurídicas de aceitação. Assim deve seguir a regra da admissibilidade, que observa se há condições da evidência ser usada no processo. A regra da autenticidade, que verifica se a evidência é certa e de relevância para o caso. A regra da completude, pois a evidência não poderá causar ou levar a suspeitas alternativas. A regra da confiabilidade, que não permite a existência de dúvidas sobre a veracidade e autenticidade da evidência. E a regra da credibilidade, que significa a clareza, o fácil entendimento e a interpretação.

Conforme Farmer (2007, p. 5), “a análise forense de um sistema envolve um ciclo de coleta de dados e processamento das informações coletadas”. Quanto mais precisos e completos os dados, melhor e mais abrangente a avaliação pode ser. Os dados originais permanecem protegidos em um estado puro; qualquer análise deve ser realizada em uma cópia dos dados. Isso é algo análogo a filmar o local de um crime de assassinato a fim de impedir que um vestígio seja destruído, preservando

as evidências e permitindo que outras pessoas verifiquem as conclusões, minimizando a adulteração dos dados.

Assim como no mundo real, no mundo virtual deve ser seguido o procedimento adequado para a coleta da evidência para não comprometer a sua força probante. Embora a computação forense tenha um alto nível de precisão, o procedimento para coletar evidências se for realizado de forma errônea pode tornar determinada prova ilícita ou inválida. Segue-se a isso a possibilidade de que alguma prova ilícita contamine as demais, impossibilitando o uso da evidência como prova na atividade processual.

4 Limites da prova obtida no ambiente digital

O surgimento da rede internet móvel, permitiu a individualização do usuário, fazendo com que um aparelho de celular acabe se tornando um prolongamento da existência da pessoa no mundo digital, de onde é possível a realização de uma série de operações de negócios eletronicamente. O roubo e o furto destes aparelhos celulares pode causar um dano a vítima muito superior aquele relacionado a simples perda do aparelho, ou a surpresa de uma conta de uso de ligações ilegais do número vinculado ao aparelho. O criminoso assume a identidade da pessoa proprietária do aparelho por determinado período de tempo e a partir de então, o usa para a prática de delitos.

Muitas investigações sobre crimes virtuais, por exemplo, exigem a quebra de sigilo de trocas de mensagens eletrônicas entre os usuários dos aplicativos. Como esse tipo de serviço é caracterizado pelo envio de mensagens ponto a ponto sem o estabelecimento de uma conexão, é necessário que as mensagens sejam interceptadas nos provedores do serviço do aplicativo. Essa ação tem encontrado dificuldades uma vez que os provedores alegam não armazenarem as mensagens enviadas pelos usuários bem como não possuem meios para interceptá-las. As mensagens transitam criptografadas pela rede de comunicação internet e pela rede das operadoras de serviço de telefonia celular. São decodificadas apenas no terminal recebedor da mensagem, ou seja no aparelho celular do usuário.

As mensagens contidas no aplicativo WhatsApp, de aparelhos celulares apreendidos, têm servido como prova para instruir processos. No julgamento em

19/09/2016 no TRF4 (APELAÇÃO CRIMINAL Nº5000770-47.2015.4.04.7205/SC) as mensagens de conversas no WhatsApp foram elementos fortes como prova determinar a participação no crime de tráfico de drogas.

Recentemente, para a apuração de tráfico de drogas a justiça determinou ao Facebook no Brasil, proprietário do aplicativo WhatsApp, a interceptação das mensagens dos usuários alvos da investigação. Como não houve o cumprimento da ordem judicial pelo Facebook do Brasil, resultou em uma medida judicial, proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, para que o serviço do aplicativo WhatsApp fosse bloqueado pelas operadoras de telefonia.

O STF decidiu contrário ao bloqueio do aplicativo WhatsApp, na ADPF 403 ajuizada pelo PPS. No fundamento da decisão do STF, cita que o bloqueio demandado pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, apresenta violação ao art. 3º da lei 12.965/2014 que dispõe sobre a *“garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal”*, além de se afigurar como *“medida não razoável e desproporcional”*.

Ainda na intenção de forçar o provedor do serviço WhatsApp a fornecer as informações para a investigação de crime de tráfico internacional de drogas, com a interceptação das mensagens enviadas pelos investigados, o Juízo da 5ª Vara Federal da Seção Judiciária de Foz do Iguaçu/PR, no bojo do procedimento nº 5007896-78.2015.4.04.7002 determinou o bloqueio de valor em conta e a aplicação de multa diária até que a medida seja satisfeita. No julgamento em 19/07/2016 (MANDADO DE SEGURANÇA (TURMA) Nº 5031214-13.2016.4.04.0000/PR) pelo TRF4, deferiu em parte a medida liminar, apenas para determinar que, até o julgamento final do mandado de segurança, o valor bloqueado não fosse objeto de qualquer movimentação.

Constata-se a limitação para a obtenção de provas pelo sistema judiciário nos casos que envolvam rede internet e tecnologia da informação. Desde o início a infraestrutura projetada e implantada pensou principalmente nos requisitos de segurança para coibir o acesso não autorizado, invasão de sistemas computacionais e proteção contra ataques de qualquer natureza aos sistemas. Foram criados vários mecanismos de proteção e atualmente a criptografia é o mais utilizado para proteção

de dados. Essa proteção, não só atende a aspectos de segurança da informação contra acessos indevidos mas também ao sigilo do conteúdo que é um dever invocado no princípio constitucional do direito a privacidade.

Cabe então uma breve a abordagem em relação a esse princípio constitucional em face de uma proposta de implementação de um sistema de monitoramento das comunicações dos aplicativos de redes sociais para atender a demandas da justiça.

A necessidade de proteção da vida privada tem origem no conflito que se estabeleceu na relação do indivíduo com a sociedade. É o que impõe limites na relação entre os indivíduos bem como na atuação do Estado.

Conforme Leonardi (2012, p. 121):

A privacidade tem valor social: ela molda as comunidades sociais e fornece a proteção necessária aos indivíduos contra diversos tipos de danos e intromissões, possibilitando que desenvolvam sua personalidade e devolvam à sociedade novas contribuições. Evidentemente, nem todas essas contribuições serão úteis; sem privacidade, porém, nenhuma poderá florescer.

Isso significa que a individualidade da pessoa deve ser incorporada ao conceito de bem comum, e não entendida como seu contraponto. Quando a individualidade é separada do bem comum, o valor da privacidade diminui, e o sopesamento de princípios tende a favorecer aqueles tradicionalmente relacionados a interesses coletivos, já que os interesses sociais tendem a preponderar sobre interesses individuais.

Assevera ainda Leonardi (2012, p. 122):

Isso significa que não se deve entender a tutela da privacidade como a proteção exclusiva de um indivíduo, mas sim como uma proteção necessária para a manutenção da estrutura social. A privacidade não é valiosa apenas para a vida privada de cada indivíduo, mas também para a vida pública e comunitária. Como destaca GUSTAVO TEPEDINO, o direito à privacidade consiste em tutela indispensável ao exercício da cidadania.

Se constata a forte pressão que atua sobre esse princípio fundamental, quando se cogita da possibilidade de implementar uma solução de monitoramento das comunicações de aplicativos de redes sociais. O simples fato de disponibilizar uma ferramenta dessa natureza já pode gerar um mal estar social.

Mas é importante também que se aborde, mesmo que de forma sucinta, como o princípio da supremacia do interesse público se interpõe exigindo uma ação do estado.

O conceito de interesse público constitui matéria de extrema dificuldade entre os doutrinadores por ser um tema muito amplo, caracterizando-se dessa forma em um conceito indeterminado.

O entendimento a respeito da matéria varia entre os que pensam se tratar de um interesse que se contrapõe ao interesse individual e outros defendem que engloba a soma dos interesses individuais, contemplando a soma de bens e serviços e o conjunto das necessidades humanas que são indispensáveis na vida individual.

Como bem disse Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁰:

Ao se pensar em interesse público, pensa-se, habitualmente, em uma categoria contraposta à de interesse privado, individual, isto é, ao interesse pessoal de cada um. Acerta-se em dizer que se constitui no interesse do todo, ou seja, do próprio conjunto social, assim como acerta-se também em sublinhar que não se confunde com a somatória dos interesses individuais, peculiares de cada qual. Dizer isto, entretanto, é dizer muito pouco para compreender-se verdadeiramente o que é interesse público.

Ainda, define o doutrinador que “o interesse público deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da sociedade e pelo simples fato de o serem”¹¹.

10 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 19ª edição. Editora Malheiros. São Paulo, 2010, pag. 59.

11 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 19ª edição. Editora Malheiros. São Paulo, 2010, pag. 61.

Importante registrar que o princípio da supremacia do interesse público tem que ser usado em conjunto com os princípios da legalidade, da proporcionalidade e da razoabilidade, uma vez que a administração pública tem a obrigação de observar a conveniência de seus atos para a sociedade como um todo.

Assim, quando a administração pública responde primariamente ao interesse público em detrimento do interesse individual, com base nesses princípios, deste ato administrativo é esperado um resultado vantajoso para a sociedade, uma vez que poderá trazer um benefício maior.

Importante ainda mencionar que a supremacia do interesse público sobre o interesse individual, embora seja um dos princípios basilares da administração pública, este não irá se sobrepor ao interesse individual em todas as hipóteses. A administração pública também tem o dever de observar o interesse individual.

Caracterizado o conflito entre o interesse coletivo e o interesse individual, a administração pública deve apontar seu objetivo para atender aos anseios da coletividade observando que não se sobreponha aos direitos fundamentais da pessoa humana. A Constituição da República outorgou prerrogativas para que a administração pública busque satisfazer o interesse público mas também garantiu a todos os cidadãos os direitos fundamentais com vistas a coibir o abuso de poder.

Ou seja, a supremacia do interesse público não tem aplicação absoluta, não podendo ser invocado desconsiderando as cláusulas pétreas. Nesse sentido, a deve haver uma ponderação na aplicação da supremacia do interesse público, com base no princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, reconhecendo as legítimas prerrogativas dos interesses individuais.

Na busca de regulamentar o uso da internet, em 23 de abril de 2014 foi promulgada a Lei 12.965, denominada como o Marco Civil da Internet, que passou a vigorar a partir de 23 de junho de 2014. Contempla essa lei no seu bojo a garantia ao respeito à liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal. Constata-se que o legislador sempre mantém a preocupação focada em não ferir garantias fundamentais, embora a lei iria se revestir de inconstitucionalidade se propusesse de forma contrária.

A Lei surgiu em um momento onde uma imensa diversidade de aplicativos já estava disponível e em uso por um grande número de pessoas.

O art. 7º dessa lei prevê que:

O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:

...

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;

...

Nesse contexto então, em que no cenário atual o Facebook e o WhatsApp aparecem como os aplicativos de redes sociais mais usados e conhecidos e são também os que mais se destacam como meio para a consecução de ilícitos. Porém, existem muitos outros aplicativos similares que não são alvos da justiça e que também podem estar sendo utilizados para propósitos ilícitos. Em uma rápida pesquisa na internet pode-se encontrar uma pequena amostra desses outros aplicativos de redes sociais¹² Além dos aplicativos para celular já mencionados também aparecem disponíveis, oferecendo o mesmo serviço, o Kik, Snapchat, GoSMS Pro, Im+, WeChat, BBM, Viber, Ebuddy, ooVoo, Clipchat, ChatOn e ChompSMS.

Com essa observação, pode-se inferir que os usuários do aplicativo WhatsApp, podem também estar utilizando simultaneamente esses outros aplicativos ou mesmo em algum momento oportuno se transferir para esses outros aplicativos. Essa é mais uma dificuldade que se verifica no universo de limitações que uma investigação pode atingir devido a complexidade do mundo digital e da observância dos direitos e garantias.

5 Considerações Finais

A evolução tecnológica na área de Tecnologia da Informação nos últimos anos, a disseminação do uso de recursos computacionais de maneira a se tornar uma ferramenta corriqueira aliado ao uso da rede internet, tem provocado o

12 <http://www.apptuts.com.br/tutorial/android/aplicativos-de-mensagens-para-android/>

interesse também daqueles indivíduos cuja intenção é para a prática de atos criminosos.

Nesse quadro, em que um grande contingente da sociedade faz uso da internet, que as ações criminosas se tornam comuns nesse meio e que as condutas humanas evoluem e se sofisticam, cresce também a pressão para que além de uma legislação criminal atualizada também sejam aprimorados e regulamentados os meios de acesso a dados que transitam nesse ambiente para atender demandas legais. Os agentes criminosos sabem que podem agir encobertos por um sistema de comunicação, que é eficiente e que funciona na grande maioria das cidades em todo o mundo .

Embora se constate a limitação no acesso aos dados que transitam na rede Internet e aos aplicativos de redes sociais pelos órgãos investigativos, as autoridades de polícia e do poder judiciário, tem conseguido obter êxito na descoberta de redes criminosas que atuam no mundo real, mas que se comunicam virtualmente.

Para os crimes cometidos através da rede internet, com o uso de aplicativos de redes sociais, e que já estão cobertos pela legislação vigente, observa-se uma limitação na obtenção de provas quando da investigação. Identifica-se a necessidade de exigir dos provedores de serviço de aplicativos de redes sociais, uma ferramenta que forneça aos órgãos de justiça, o acesso as comunicações realizada através desses aplicativos, para dar curso a investigação de delitos. Porém, como observado a pouco, esse é um tema afeto as garantias de direitos fundamentais da pessoa humana.

Cabe ainda ressaltar, como já foi abordado, que para os delitos que se aproveitam das redes sociais, a coleta das evidências, que poderão se constituir em prova, deve respeitar critérios que não as invalidem ou não prejudiquem como meio probatório.

REFERÊNCIAS:

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 15ª Ed., Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2011.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 4ª Ed. rev., Revista dos Tribunais. São Paulo. 2016.

NOGUEIRA, Sandro D'Amato. **Crimes de Informática**. 2ª ed. São Paulo: BH Editora e Distribuidora de Livros, 2009.

MARQUES, Antônio Terêncio G. L.. **A Prova Documental na Internet – Validade e Eficácia do Documento Eletrônico**. 1ª Ed. Curitiba: Juruá, 2011.

QUEIROZ, Claudemir; Raffael Vargas. **Investigação e Perícia Forense Computacional**. Rio de Janeiro: Brasport, 2010.

FARMER, Dan; Wietse Venema. **Perícia Forense Computacional – Teoria e Prática Aplicada**. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 19ª edição. Editora Malheiros. São Paulo, 2005.

LEONARDI, Marcel. **Tutela e privacidade na internet**. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**.

Presidência da República. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>.

Acesso em: 20 set. 2016.

BRASIL. **Código Civil**.

Presidência da República. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 23 ago. 2016.

BRASIL. **Código de Processo Civil**.

Presidência da República. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>.

Acesso em: 23 ago. 2016.

BRASIL. **Código Penal**.

Presidência da República. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>.

Acesso em: 20 ago. 2016.

BRASIL. **Código de Processo Penal**.

Presidência da República. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 23 ago. 2016.

BRASIL. Internet no Brasil.

Presidência da República. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>.

Acesso em: 20 ago. 2016.

BRASIL. ECA.

Presidência da República. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm>. Acesso em: 23 ago. 2016.