

# REVISTA

Ciencias de la Documentación



Volumen 7 - Número 2  
julio/diciembre 2021

ISSN 0719-5753

Editorial  
Cuadernos de Sofia

**CUERPO DIRECTIVO**

**Director**

**Eugenio Bustos Ruz**

*Editorial Cuadernos de Sofía, Chile*

**Editora**

**Dra. Antonia Isabel Nogales-Bocio**

*Universidad de Zaragoza, España*

**Cuerpo Asistente**

**Traductora: Inglés**

**Pauline Corthorn Escudero**

*Editorial Cuadernos de Sofía, Chile*

**Traductora: Portugués**

**Elaine Cristina Pereira Menegón**

*Editorial Cuadernos de Sofía, Chile*

**Portada**

**Graciela Pantigoso De los Santos**

*Editorial Cuadernos de Sofía, Chile*

Revista Ciencias de la Documentación  
Editorial Cuadernos de Sofía

**COMITÉ EDITORIAL**

**Dra. Kátia Bethânia Melo de Souza**

Universidade de Brasília – UNB, Brasil

**Dr. Carlos Blaya Perez**

Universidade Federal de Santa María, Brasil

**Lic. Oscar Christian Escamilla Porras**

Universidad Nacional Autónoma de México,  
México

**Ph. D. France Bouthillier**

MgGill University, Canadá

**Dr. Miguel Delgado Álvarez**

Instituto Griselda Álvarez A. C., México

**Dr. Juan Escobedo Romero**

Universidad Autónoma de San Luis de Potosí,  
México

**Dr. Jorge Espino Sánchez**

Escuela Nacional de Archiveros, Perú

**Dr. José Manuel González Freire**

Universidad de Colima, México

**Dra. Patricia Hernández Salazar**

Universidad Nacional Autónoma de México, México

**Dra. Trudy Huskamp Peterson**

Certified Archivist Washington D. C., Estados  
Unidos

**Dr. Luis Fernando Jaén García**

Universidad de Costa Rica, Costa Rica

**Dra. Elmira Luzia Melo Soares Simeão**

Universidade de Brasília, Brasil

**Lic. Beatriz Montoya Valenzuela**

Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú

**Mg. Liliana Patiño**

Archiveros Red Social, Argentina

**Dr. André Porto Ancona Lopez**

Universidade de Brasília, Brasil

**Dra. Glaucia Vieira Ramos Konrad**

Universidad Federal de Santa María, Brasil

**Dra. Perla Olivia Rodríguez Reséndiz**  
Universidad Nacional Autónoma de México, México

**COMITÉ CIENTÍFICO INTERNACIONAL**

**Dr. Héctor Guillermo Alfaro López**  
Universidad Nacional Autónoma de México, México

**Ph. D. Juan R. Coca**  
Universidad de Valladolid, España

**Dr. Martino Contu**  
Università Degli Studi di Sassari, Italia

**Dr. José Ramón Cruz Mundet**  
Universidad Carlos III, España

**Dr. Carlos Tulio Da Silva Medeiros**  
Instituto Federal Sul-rio-grandense, Brasil

**Dr. Andrés Di Masso Tarditti**  
Universidad de Barcelona, España

**Dra. Luciana Duranti**  
University of British Columbia, Canadá

**Dr. Allen Foster**  
University of Aberystwyth, Reino Unido

**Dra. Manuela Garau**  
Universidad de Cagliari, Italia

**Dra. Marcia H. T. de Figueredo Lima**  
Universidad Federal Fluminense, Brasil

**Dra. Rosana López Carreño**  
Universidad de Murcia, España

**Dr. José López Yepes**  
Universidad Complutense de Madrid, España

**Dr. Miguel Angel Márdero Arellano**  
Instituto Brasileiro de Informação em Ciência e  
Tecnologia, Brasil

**Lic. María Auxiliadora Martín Gallardo**  
Fundación Cs. de la Documentación, España

**Dra. María del Carmen Mastropiero**  
Archivos Privados Organizados, Argentina

**Dr. Andrea Mutolo**  
Universidad Autónoma de la Ciudad de  
México, México

**Mg. Luis Oporto Ordoñez**  
Director Biblioteca Nacional y Archivo  
Histórico de la Asamblea Legislativa  
Plurinacional de Bolivia, Bolivia  
Universidad San Andrés, Bolivia

**Dr. Alejandro Parada**  
Universidad de Buenos Aires, Argentina

**Dra. Gloria Ponjuán Dante**  
Universidad de La Habana, Cuba

**Dra. Luz Marina Quiroga**  
University of Hawaii, Estados Unidos

**Dr. Miguel Ángel Rendón Rojas**  
Universidad Nacional Autónoma de México, México

**Dr. Gino Ríos Patio**  
Universidad San Martín de Porres, Perú

**Dra. Fernanda Ribeiro**  
Universidade do Porto, Portugal

**Dr. Carlos Manuel Rodríguez Arrechavaleta**  
Universidad Iberoamericana Ciudad de México, México

**Mg. Arnaldo Rodríguez Espinoza**  
Universidad Estatal a Distancia, Costa Rica

**Dra. Vivian Romeu**  
Universidad Iberoamericana Ciudad de México, México

**Mg. Julio Santillán Aldana**  
Universidade de Brasília, Brasil

**Dra. Anna Szlejcher**  
Universidad Nacional de Córdoba, Argentina

**Dra. Ludmila Tikhnova**  
Russian State Library, Federación Rusa

Indización: Revista Ciencias de la Documentación, se encuentra indizada en:



GRUPOS DE INVESTIGACIÓN



**A VIOLAÇÃO DAS INFORMAÇÕES DAS REDES SOCIAIS  
COMO MEIO DE PROVAS NO PROCESSO PENAL**

**VIOLATION OF SOCIAL MÍDIAS AS EVIDENCE IN THE CRIMINAL PROCESS**

**Dr. Fernando Tadeu Marques**

Pontifícia Universidade Católica de Campinas, Brasil

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0397-5092>

[fernandotmarques@hotmail.com](mailto:fernandotmarques@hotmail.com)

**Mg. Marcelle Agostinho Tasoko**

Universidade Mogi das Cruzes, Brasil

ORCID: 0000-0001-7344-4161

[marcelletasoko@uol.com.br](mailto:marcelletasoko@uol.com.br)

**Mg. Marília Trombini da Silva Santos**

Universidade Mogi das Cruzes, Brasil

ORCID: (<https://orcid.org/0000-0003-0444-6782>)

[mariliatrombini@hotmail.com](mailto:mariliatrombini@hotmail.com)

**Fecha de Recepción:** 10 de julio de 2020 – **Fecha Revisión:** 04 de agosto 2020

**Fecha de Aceptación:** 19 de enero de 2021 – **Fecha de Publicación:** 01 de julio de 2021

**Resumo**

O presente artigo tem como objetivo analisar os limites da atividade probatória processual penal no tocante à violabilidade da privacidade e intimidade do indivíduo, usuário de redes sociais. Neste estudo, será abrangido a interação entre os direitos da dignidade da pessoa humana e a vida privada frente à utilização das informações das redes sociais pelos órgãos investigativos na persecução penal, trazendo a ideia da máxima da proporcionalidade de Robert Alexy. Este estudo será analisado sob a ótica da legislação, jurisprudência e doutrina brasileiras, valorizando, portanto, a dignidade da pessoa humana.

**Palavras-Chave**

Provas – Redes sociais – Dignidade da pessoa humana – Privacidade – Persecução penal

**Abstract**

The present research aims to analyze the limits of the criminal procedural activity about evidences regarding the violability of privacy and intimacy of the person, user of social medias. In this study, it will be necessary to be taken in consideration the interaction between the human dignity's right and the private life will be covered in view of the use of information from social medias by government agencies who takes care of investigate the criminal prosecutions, bringing the idea of Robert Alexy's maxim of proportionality. This study will be analyzed by the perspective of Brazilian legislation, jurisprudence and doctrine, valuing, therefore, the dignity of the human person.

**Keywords**

Evidence – Social mídias – Dignity of human person – Privacy – Criminal prosecution

**Para Citar este Artículo:**

Marques, Fernando Tdeu; Tasoko, Marcelle Agostinho y Santos, Marília Trombini da Silva. A violação das informações das redes sociais como meio de provas no processo penal. Revista Ciências de la Documentación Vol: 7 num 2 (2021): 94-107.

Licencia Creative Commons  
Licencia Creative Commons Attribution-NonComercial 3.0 Unported  
(CC BY-NC 3.0  
Licencia Internacional



## Introdução

As transformações ocorridas no campo das relações sociais com a chegada da internet foram vertiginosas. Criou-se, portanto, uma nova modernidade, a qual recebe o nome de modernidade líquida, por Zygmunt Bauman. Foram criadas, ao longo do tempo, novas formas de relacionamento e interação interpessoal, sendo uma delas as redes sociais, tais como, Facebook e Instagram. Assim, para que qualquer pessoa possa fazer parte e vivenciar essa nova sociedade, precisará ceder parcela de sua privacidade, de forma imediata ou posterior, permanentemente, no “feed”, ou temporariamente, por vinte e quatro horas, na “história” do perfil. Entende-se que, em regra, as redes sociais são públicas, ou seja, todos podem ter livre acesso, contudo, em ambas as redes sociais mencionadas, existem mecanismos para restringir o compartilhamento de conteúdo postado somente à algumas pessoas. Diante da fluidez das relações dentro da sociedade líquida, o usuário se permite compartilhar informações e interesses, e na busca de um conjunto probatório factível, os órgãos investigativos passaram a utilizar o conteúdo postado nas redes sociais como elementos probatórios, sem qualquer autorização judicial para tanto.

O uso dos perfis como objeto de provas, tanto no processo penal como em outras áreas é recorrente, sendo imperioso limitar a produção e validade desse tipo de prova, uma vez que a Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 1º, inciso III, estabelece como vetor legislativo a proteção da dignidade da pessoa humana, bem como em seu artigo 5º, inciso X, traz como uma das garantias fundamentais e basilares do cidadão, o direito a intimidade e a vida privada. Todavia, sabemos que não existem direitos e garantias absolutos, assim, quando estivermos diante da colisão entre direitos fundamentais, devemos utilizar a máxima da proporcionalidade de Robert Alexy, ou seja, precisaremos ponderar entre a intimidade/vida privada, como fundamentos da dignidade da pessoa humana frente o interesse estatal na repressão a criminalidade. O ordenamento jurídico deve criar limites à violação da intimidade do indivíduo mesmo diante do compartilhamento de informações voluntário do investigado, respeitando inviolabilidade da intimidade e privacidade, mas possibilitando uma persecução penal cibernética, a fim de que não sejam invalidadas as referidas provas, em decorrência da ilicitude probatória, gerando prejuízos ao indivíduo e à toda sociedade. Nesse sentido, as informações contidas nos perfis das redes sociais devem ser consideradas sigilosas, sendo vedada a utilização delas no processo sem autorização do usuário ou mediante ordem judicial concretamente fundamentada.

## A modernidade líquida de Zygmunt Bauman

Em seus escritos, Bauman tenta fazer o leitor entender que o capitalismo traz relações instáveis e artificiais. O uso da locução “líquido” e seus derivados trazem a percepção de algo momentâneo e volúvel. Nas exatas palavras do autor<sup>1</sup>:

“A passagem da fase “sólida” da modernidade para a “líquida” - ou seja, para uma condição em que as organizações sociais (estruturas que limitam as escolhas individuais, instituições que asseguram a repetição de rotinas, padrões de comportamento aceitável) não podem mais manter sua forma por muito tempo (nem se espera que o façam), pois se decompõem e se dissolvem mais rápido que o tempo que leva para moldá-las e, uma vez reorganizadas, para que se estabeleçam”

---

<sup>1</sup> Zygmunt Baumann, *Tempos Líquidos* (Rio de Janeiro. Zahar, 2007), 7.

Para o autor, a modernidade líquida é o conjunto de relações e instituições, além de sua lógica de operações, que se impõe e que dá base para a contemporaneidade. É um momento de liquidez, de fluidez, de volatilidade, de incerteza e insegurança.

Dessa forma, tudo o que for clássico, fixo, e todos os referenciais morais da época anterior, denominada pelo autor como modernidade sólida, são retirados de palco para dar espaço à lógica do agora, do consumo, do gozo e da artificialidade.

Bauman entende que a modernidade líquida é o momento em que os referenciais que possibilitavam as amarras do velho no novo são liquefeitos e, assim, perdidos<sup>2</sup>.

Imaginemos que, na atualidade da rede social, o usuário registra constantemente os acontecimentos de sua vida naquele perfil, dando a oportunidade de que outras pessoas participem com ele através de curtidas ou comentários.

Além dos momentos importantes, o usuário compartilha piadas, fotos diversas, opinião sobre algum assunto. Tudo isso em troca de interação, de atenção.

Cria-se, portanto, uma imagem daquela pessoa através do seu perfil na rede social, que montada por ela, com base em sua vontade, da forma que ela quer que as outras pessoas a vejam.

Trata-se de uma modernidade líquida. Onde o indivíduo se desprende de seus referenciais: sua classe, da religião, da família, da nacionalidade, a ideologia política. Esses referenciais foram solapados por uma crescente tendência ao consumo, à transformação das relações sociais em mercadoria, portanto, da própria identidade em mercadoria

### **O direito à vida privada – privacidade e intimidade**

Entre os direitos fundamentais assegurados ao cidadão, o direito à vida privada está previsto no artigo 5º, inciso X, da Constituição da República Federativa do Brasil, o qual dispõe que são invioláveis o direito a intimidade e a vida privada.

Este direito não fora sempre contemplado pelas constituições, ao menos, não expressamente. Para exemplificar, citamos o caso do direito constitucional norte-americano, em que, embora inexista referência expressa ao termo privacidade na Constituição americana e nas emendas, foi conhecido pelo Juiz da Suprema Corte, Louis Dembitz Brandeis como o direito de maior abrangência e validade para o homem moderno “*the most comprehensive of rights and the right most valued by civilized men*”<sup>3</sup>.

Em uma definição mais analítica do termo, nos ensinam Eduardo Teixeira Didonet e Martin Habberlin<sup>4</sup>:

“(...) definimos privacidade como a fortaleza pessoal, fundada na liberdade negativa do indivíduo, no âmbito da qual lhe é permitido, em um determinado espaço e em um determinado tempo, estar só, alheio a investidas externas,

<sup>2</sup> Zygmunt Baumann, *Modernidade Líquida* (Rio de Janeiro: Zahar, 2001), 10.

<sup>3</sup> Maria Cláudia Cachapuz, *Intimidade e vida privada no novo Código Civil Brasileiro – Uma leitura orientada no discurso jurídico* (Porto Alegre: Sergio Fabris, 2006), 249

<sup>4</sup> Eduardo Didonet Teixeira e Martin Haerberlin, *A proteção da privacidade – Aplicação na quebra do sigilo bancário e fiscal* (Porto Alegre: Sergio Fabris, 2005), 37.

a fim de fazer permanecer o silêncio reconfortante da paz interior e preservar a estrutura e o equilíbrio psíquico e onde a alteridade é possível apenas se houver real e efetiva concordância daquele que está sob sua proteção”

A Constituição reconheceu não somente a *privacidade* ou *vida privada* de forma genérica, mas articulou de forma mais restrita, trazendo, portanto, a vida íntima (intimidade).

Na doutrina brasileira, há quem diferencie privacidade e intimidade. O primeiro, se trata de reserva sobre comportamentos e acontecimentos relacionados aos relacionamentos pessoais de forma geral, inclusive as relações comerciais e profissionais. Quanto ao segundo, está relacionado a relações de amizades e familiares, mais próximo do cidadão <sup>5</sup>.

Fato é, a privacidade e a intimidade estão diretamente relacionadas com o que o cidadão é em si, seja no trabalho, no círculo de amizade ou família.

Como já mencionado, a modernidade líquida utiliza as redes sociais para interagir com os que estão próximos, ou aqueles que estão distantes; com quem convive regularmente, ou quem não encontra há muito tempo.

Na página de cadastro do Facebook, está escrita a frase “O Facebook ajuda você a se conectar e compartilhar com as pessoas que fazem parte da sua vida.”, em letras coloridas e chamativas. Essa é a finalidade da rede social, se conectar com o máximo de pessoas possíveis.

Neste sentido, no entusiasmo de promover a participação de quem faz parte do seu grupo de amizade na rede social, o usuário compartilha, voluntariamente e de forma ingênua, acontecimentos de sua vida. Todos esses acontecimentos estão diretamente ligados ao cidadão, ao o que ele é e a quem lhe seja próximo, a sua privacidade e a sua vida íntima.

### **A Dignidade da Pessoa Humana como vetor legislativo**

A dignidade da pessoa humana constitui-se como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, e seu significado serve de orientação para a forma de aplicar e interpretar o sistema legal brasileiro, inclusive quanto aos demais princípios. É considerado o princípio mais importante do ordenamento jurídico brasileiro.

Este princípio está consagrado no artigo 1º, inciso III da Constituição da República Federativa do Brasil, o qual dispõe que a República Federativa do Brasil tem como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana.

Impossível falar em dignidade sem mencionar os ensinamentos do filósofo Immanuel Kant<sup>6</sup>, em sua obra “A metafísica dos costumes”, nos ensina que a dignidade da pessoa humana encontrará sua formulação mais emblemática, no sentido de que tudo tem preço ou dignidade. Aquilo que tem preço é substituível, e assim, admite a existência de algo equivalente, algo que substitua. Aquilo que não pode ser substituído, que não existe o equivalente, possui dignidade.

<sup>5</sup> Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, Curso de Direito Constitucional (Rio de Janeiro. Saraiva, 2017), 315-316.

<sup>6</sup> Immanuel Kant, A metafísica dos costumes (São Paulo: Edipro, 2008), 77.

Embora essa obra fora dedicada a abordagem da problemática de uma ação moral, o filósofo percebe que a racionalidade era a diferença específica do homem para os outros seres, e conclui que era em virtude da razão que o ser humano deveria ser considerado em fim em si mesmo. A consequência de ser um fim em si mesmo é a de que o homem não pode, em hipótese alguma, servir como meio para algum objetivo, pois é dotado de dignidade.

Sobre o mesmo tema, o constitucionalista J. J. Gomes Canotilho<sup>7</sup> leciona brilhantemente:

“O que é ou que sentido tem uma república baseada na dignidade da pessoa humana? A resposta deve tomar em consideração o princípio material subjacente à ideia de dignidade da pessoa humana. Trata-se de princípio antrópico que acolhe a ideia pré-moderna e moderna da dignitas-hominis (Pico della Mirandola) ou seja, do indivíduo como formadora de si própria e da sua vida segundo seu próprio projeto e espiritual (plastes et factor).”

No ordenamento jurídico brasileiro, além do artigo 1º, inciso III da Constituição da República Federativa do Brasil, este princípio está previsto em outros dispositivos, tais como o artigo 170, artigo 226, § 7º, artigo 227 e artigo 230.

Quanto ao âmbito internacional, a dignidade da pessoa humana está prevista no Preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos humanos ao ressaltar a necessidade da proteção a este direito. Também está prevista no artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, a qual dispõe que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos.

A dignidade da pessoa humana como vetor legislativo significa dizer que o indivíduo é reconhecido como pessoa única, ou seja, que o indivíduo tem valor potencialmente superior a qualquer coisa.

Conforme exposição feita no tópico anterior, há uma divisão do direito à vida privada, sendo que a privacidade está relacionada à reserva sobre comportamentos e acontecimentos relacionados aos relacionamentos pessoais de forma geral, inclusive as relações comerciais e profissionais, e a intimidade, está relacionada às relações de amizades e familiares, mais próximo do cidadão

Assim, pode-se concluir que a privacidade e a intimidade fazem parte da particularidade da pessoa, do que ela é em sua essência, razão pela qual o direito à vida privada está diretamente conectado com o direito à dignidade da pessoa humana.

### **Noção geral das formas de investigações no ordenamento jurídico brasileiro**

Verificada a ocorrência de um fato criminoso, inúmeras são as possibilidades de apuração que existem, não sendo excludentes. Isto é, pode haver mais de uma forma de investigar para um mesmo fato criminoso.

No Brasil, existem as Comissões Preliminares de Inquérito (CPI), investigação preliminar e o próprio inquérito policial, e ambas podem ocorrer concomitantemente.

---

<sup>7</sup> J. J. Gomes Canotilho, Direito Constitucional e teoria da constituição (Coimbra: Almedina), 225.

As Comissões Preliminares de Inquérito estão previstas no artigo 58, § 3º da Constituição Federativa do Brasil, que dá as características básicas dessa forma de investigação, onde dispõe que será presidida pelas autoridades judiciais, que sua criação se dará mediante requerimento de 1/3 dos membros da Câmara ou do Senado Federal para apurar um fato determinado, com prazo determinado. Concluída, deverá ser encaminhada ao Ministério Público. Atualmente, as CPI são reguladas pela Lei nº 1.579/1952, e seus poderes estão previstos no artigo 1º, com a redação da Lei nº 13.367/2016<sup>8</sup>:

“Art. 1º As Comissões Parlamentares de Inquérito, criadas na forma do § 3º do art. 58 da Constituição Federal, terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com ampla ação nas pesquisas destinadas a apurar fato determinado e por prazo certo.”

Embora haja controvérsia quanto a segunda modalidade de investigação, a Investigação pelo Ministério Público, que trata da possibilidade do órgão acusador em investigar diretamente infrações penais, sem que seja instaurado um inquérito policial, que veremos mais a diante.

Existem, basicamente, dois posicionamentos quanto a este assunto. O primeiro, discordando totalmente desta possibilidade, embasado no artigo 144, inciso III da Constituição da República Federativa do Brasil, que confere competência exclusiva para a Polícia Judiciária. Ademais, os defensores desta posição, tais como Guilherme Souza Nucci e Fernando Costa Tourinho Filho, argumentam que há violação do sistema acusatório, pois o Ministério Público é parte e tem um objetivo: buscar elementos para embasar uma denúncia, não isento como a autoridade policial, que busca elucidar o fato.

Por outro lado, a corrente que defende esta possibilidade argumenta que o Ministério Público poderia sim investigar, pois a Lei nº 8.625/1993 e a Lei Complementar nº 75/1993 lhe conferiram este poder<sup>9</sup>.

Citando um dos defensores desta corrente, Antonio Scarance Fernandes argumenta que embora não seja expressa a autorização para a investigação pelo Ministério Público, essa decorre do conjunto das funções ao órgão atribuídas pela Constituição, ressaltando a titularidade exclusiva do direito de ação penal pública. Além disso, o autor afirma que não há substituição da atividade investigativa da autoridade policial pelo Ministério Público, sendo que foi reservado esse mister.<sup>10</sup>

O autor define essa investigação como ação especial, destinada a determinados casos, quando for necessário que o Ministério Público consiga elaborar melhor a futura acusação.<sup>11</sup>

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, este assunto está sendo discutido no RE nº 593.727/MG, e até o momento, a discussão ainda não teve fim. Porém, em 26/04/2014,

<sup>8</sup> Brasil, Lei nº 1.579/1952 com a alteração trazida pela Lei 13.367/2016. Brasília: Senado Federal, 2016. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l1579.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l1579.htm) (25.10.2019)

<sup>9</sup> Andrei Zenkner Schmidt, Investigação e ação penal (Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007), 58 e ss

<sup>10</sup> Antonio Scarance Fernandes, Processo Penal Contitucional (São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012), 240-241.

<sup>11</sup> Antonio Scarance Fernandes, Processo Penal... 240-241.

os autos foram devolvidos para julgamento e na data de 25/03/2015, foi requerida prioridade na tramitação do feito, e foi conhecido ao Ministério Público a possibilidade de conduzir a investigação:

“O Tribunal, por maioria, negou provimento ao recurso extraordinário e reconheceu o poder de investigação do Ministério Público, nos termos dos votos dos Ministros Gilmar Mendes, Celso de Mello, Ayres Britto, Joaquim Barbosa, Luiz Fux, Rosa Weber e Cármen Lúcia, vencidos os Ministros Cezar Peluso, Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli, que davam provimento ao recurso extraordinário e reconheciam, em menor extensão, o poder de investigação do Ministério Público, e o Ministro Marco Aurélio, que dava provimento ao recurso extraordinário e negava ao Ministério Público o poder de investigação. Em seguida, o Tribunal afirmou a tese de que o Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os Advogados (Lei nº 8.906/94, art. 7º, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade sempre presente no Estado democrático de Direito do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (Súmula Vinculante nº 14), praticados pelos membros dessa Instituição. Redator para o acórdão o Ministro Gilmar Mendes”

Quanto a terceira modalidade citada, o Inquérito Policial, se trata do procedimento administrativo para apurar um fato criminoso e fornecer elementos para que a acusação forme sua *opinio delicti*, para oferecer denúncia ou queixa crime, se presentes indícios suficientes de autoria e prova de materialidade.

A regulamentação deste procedimento é trazida de Processo Penal Brasileiro, no artigo 4º e seguintes.

Em síntese, o Título II do Código de Processo Penal dispõe sobre como a investigação deverá ocorrer. Dentre as disposições, prevê o artigo 6º do Código de Processo Penal que, após instaurado o inquérito, a autoridade policial deve colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato, mediante apreensão dos objetos do crime para perícia, exame de corpo de delito, oitiva da vítima e de testemunhas, quando possível. Tudo isso para possibilitar a identificação de um suspeito, para que, então, assim, verifique a autoria e a materialidade delitiva.

Várias são as formas para elucidar o fato e verificar a autoria e materialidade delitiva, como por exemplo, vídeo ou foto da ocorrência do fato, oitiva da vítima e de testemunhas. Restando infrutíferas as essas vias investigativas, a autoridade pode, portanto, adotar meios que restringem a privacidade do investigado, mediante interceptação e gravação dos meios de comunicação, quebra de sigilo bancário, e, por fim, o objeto deste trabalho, o uso das informações das redes sociais.

### **A busca da verdade real**

A persecução penal busca elucidar determinado fato, buscando a verdade sobre o fato e todas as circunstâncias que a ele estão relacionadas.

Neste sentido, existe o chamado princípio da verdade real. Contudo, há controvérsia quanto ao termo verdade real, tendo em vista a impossibilidade de atingir a verdade absoluta, isto é, é impossível atingir com certeza o que efetivamente ocorreu, por isso se fala modernamente em verdade possível ou verdade processual.

Este entendimento é embasado no argumento de que a verdade é relativa, e não absoluta. Entre diversos autores que assim entendem, destacam-se Guilherme Madeira Dezem<sup>12</sup>, Gustavo Badaró<sup>13</sup> e Marco Antônio de Barros<sup>14</sup>.

Fato é, embora se busque a verdade com certeza sobre determinado fato, em virtude do lapso temporal, memória e interpretação de cada pessoa envolvida, é impossível atingir a verdade real.

### **O uso das informações das redes sociais como provas no processo penal**

Não resta dúvida quanto a importância da investigação preliminar, pois esta produzirá efeitos nas outras fases. Em outras palavras, tudo o que for juntado no inquérito policial servirá como prova durante o processo.

Assim, é necessário que tudo seja realizado com base nas regras processuais, e principalmente, respeitando os direitos fundamentais do acusado. Conforme exposto no momento anterior, uma das formas de obter a comprovação da autoria e materialidade delitiva é o uso das redes sociais do acusado como fontes de prova. Aqui, se faz necessário conceituar os termos fontes de prova, meios de obtenção de prova e objeto de prova.

Quanto ao primeiro termo, fontes de prova, é entendido como o meio utilizado para designar pessoas (vide o interrogatório do acusado, a colheita de material grafotécnico e de material genético) ou coisas que se pode conseguir a prova em si. Portanto, tanto pessoas quanto objetos podem servir como fonte de prova.<sup>15</sup>

Neste sentido, Gustavo Badaró esclarece que as fontes de provas decorrem do fato em si, mesmo sem existir um processo. A partir da suspeita da ocorrência do fato, tudo o que estiver relacionado poderá servir para esclarecer o acontecimento e a autoria do fato será considerado como fonte de prova.<sup>16</sup>

Quanto ao segundo termo, meios de obtenção de provas, este está ligado ao procedimento (extraprocessual) regulado pela lei, com a finalidade de obter provas materiais, que pode ser realizado pelo próprio delegado ou outros funcionários (como por exemplo, escrivão de polícia)<sup>17</sup>.

---

<sup>12</sup> Guilherme Madeira Dezem, Curso de Processo Penal (São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018), 517

<sup>13</sup> Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, Processo Penal (São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017), 386

<sup>14</sup> Marco Antonio de Barros, A busca da verdade no processo penal (São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017), 286

<sup>15</sup> Antonio Magalhães Gomes Filho, Notas sobre a terminologia da prova (São Paulo: DPJ, 2005), 308.

<sup>16</sup> Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, Onus da prova no processo penal (São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003), 165.

<sup>17</sup> Antonio Magalhães Gomes Filho, Notas sobre a terminologia... 309.

Quanto ao terceiro termo, objeto de prova, Guilherme Madeira Dezem conceituou como as afirmações sobre o fato. O autor afirma que é impossível a reconstrução integral do que efetivamente ocorreu<sup>18</sup>.

Conceituados os termos, o ato de acessar o perfil da rede social é entendido como meio de obtenção de prova, a rede social em si, entendida como fonte de prova, e a informação obtida, como objeto da prova.

Destarte, embora seja estritamente necessário, pois este procedimento somente será buscado em último caso, isto é, quando as outras diligências restarem infrutíferas, é necessário que o procedimento respeite as regras do ordenamento jurídico.

### **A inviolabilidade do direito à vida privada e a máxima da proporcionalidade**

Sabemos que não há direito absoluto. Na situação objeto deste trabalho, há a colisão entre o direito à vida privada e a busca de elucidar um fato criminoso. Assim, deve-se adotar a máxima da proporcionalidade do *jusfilósofo* Robert Alexy.

Em sua obra “Teoria dos Direitos Fundamentais”, o autor descreve este conflito e apresenta a solução para este problema, a proporcionalidade, que se subdivide em três elementos: adequação, necessidade e proporcionalidade.

Quanto à adequação, o autor explica que ocorre a exclusão da utilização de meios que, visando a atuação de um princípio, prejudiquem diretamente outro, sem, contudo, fomentar o princípio ao qual eles devam servir. Adequado, portanto, é meio que uma vez utilizado, um objetivo é alcançado, e também o meio com a partir de sua utilização, a realização de um objetivo é fomentada, promovida, mesmo que o objetivo não seja realizado integralmente.

Quanto à necessidade, serão avaliados dois meios que possibilitem a realização de um princípio, daquele que menos intensamente intervenha em um outro princípio. Aqui, a rigor, verifica-se a existência de mais de um meio que promova igualmente o fim e, posteriormente, a análise de qual desses meios é menos restritivo.

Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito, que o meio escolhido restringe um direito fundamental, e deve-se buscar alternativas para que este direito não seja atingido.

O autor defende a ponderação, em que se analisa se a importância do princípio fomentado pelo meio escolhido é suficientemente grande para justificar a restrição do princípio contraposto. Na proposta apresentada, explica que a ponderação deve ser feita com base na atribuição escalonada de grau à intensidade da intervenção no princípio contraposto. Da mesma forma, atribui-se grau de importância ao fomento da finalidade visada pelo princípio. Por causa disso, justifica-se a intervenção que tiver grau menor que o grau de importância atribuído.<sup>19</sup>

O autor Luis Virgilio Afonso da Silva, a par dos inúmeros estudos sobre esta teoria, traz suas interpretações dos elementos da máxima da ponderação.

---

<sup>18</sup> Guilherme Madeira Dezem, Curso de Processo Penal... 509.

<sup>19</sup> Robert Alexy, A Teoria dos Direitos Fundamentais (São Paulo: Editora Malheiros, 2006), 116-120.

Sobre o primeiro elemento, adequação, define como meio adequado “(...) não é somente o meio com cuja utilização um objetivo é alcançado, mas também o meio com cuja utilização a realização de um objetivo é fomentada, promovida, ainda que o objetivo não seja completamente realizado.”<sup>20</sup>

Sobre o segundo elemento, a necessidade, define como “um ato estatal que limita um direito fundamental é somente necessário caso a realização do objetivo perseguido não possa ser promovida com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor escala, o direito fundamental atingido”<sup>21</sup>

Sobre o terceiro elemento, explica mesmo que a medida escolhida limite um direito fundamental seja adequada e necessária para promover outro direito, não significa que ela é proporcional, e afirma que é necessário o exame da proporcionalidade em sentido estrito “(...) consiste em um sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva.”<sup>22</sup>

Assim, conclui-se que para analisar a proporcionalidade no caso concreto, é necessário fazer o exame da proporcionalidade do meio escolhido, analisando, respectivamente, a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

Considerando que o direito a vida privada se trata de um direito fundamental resguardado pela Constituição, só poderá ser violado em última hipótese, ou seja, quando exauridas as demais vias investigativas. Assim, adotando a máxima da proporcionalidade, o julgador deverá ponderar entre o direito fundamental e a necessidade de elucidar o fato para, então, produzir a prova almejada.

É importante deixar claro que, tratando-se da restrição de um direito fundamental, é necessário ter cautela ao adotar este meio de obtenção de prova, conforme dispõe o artigo 5º, inciso XII da Constituição da República Federativa do Brasil, o qual dispõe “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”<sup>23</sup>.

Atualmente não há regulamentação expressa quanto à utilização das redes sociais como fonte de prova. Assim, os órgãos investigativos acessam os perfis e obtêm as informações de forma livre.

Conforme falado no início do trabalho, a rede social do indivíduo retrata o que ele é, como e com quem convive, é íntimo. Sendo assim, o uso dessas informações na instrução probatória deverá ocorrer mediante autorização judicial, pois um direito será violado, ou mediante autorização do próprio usuário. Caso contrário, essa prova será entendida como ilícita.

---

<sup>20</sup> Luis Virgilio Afonso da Silva, O proporcional e o razoável (Revista dos Tribunais 798/25)

<sup>21</sup> Luis Virgilio Afonso da Silva. O proporcional...

<sup>22</sup> Luis Virgilio Afonso da Silva. O proporcional...

<sup>23</sup> Brasil, Constituição Da República Federativa Do Brasil de 1988, Brasília: Assembleia Nacional Constituinte, 10.05.1988. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm) (30.10.2019)

## **Ilícitude da prova obtida**

Antes de iniciarmos o estudo no campo da prova ilícita, é necessário entender o conceito deste termo e de prova ilegítima.

Sobre prova ilícita, prevista no artigo 157 do Código de Processo Penal, está relacionada ao direito material constitucionalmente assegurado, ou seja, quando obtidas mediante violação às normas constitucionais ou legais. Os autores Antonio Scarance Fernandes e Antonio Gomes Filho<sup>24</sup> trazem o seguinte conceito:

“Por prova ilícita, em sentido estrito, indicaremos, portanto, a prova colhida infringindo-se as normas ou princípios colocados pela Constituição e pelas leis, frequentemente para a proteção das liberdades públicas e dos direitos da personalidade e daquela sua manifestação que é o direito à intimidade. Constituem, assim, provas ilícitas as obtidas com violação do domicílio (art. 5º, XI, CF) ou das comunicações (art. 5º, XII, CF); as conseguidas mediante tortura ou maus tratos (art. 5º, III, CF); as colhidas com infringência à intimidade (art. 5º, X, CF), etc.”

A prova ilegítima está ligada ao direito processual, ou seja, à formalidade que aquela prova foi obtida. Neste sentido, nos ensina Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha<sup>25</sup> que se produzida sem a observância dos requisitos da lei processual penal, não tem o menor valor.

Dessa forma, uma vez juntada a prova ilícita ao processo, deverá ser desentranhada dos autos, e não poderá produzir qualquer efeito, inclusive aos atos a esta prova derivados, conforme dispõe o parágrafo 1º do artigo 157 do Código de Processo Penal.

Isso ocorre em virtude da teoria dos frutos da árvore envenenada, que surgiu no Direito norte-americano, e significa que as provas ilícitas contaminam todas as demais provas que dela sejam consequência. Por exemplo, se a informação obtida da rede social for ilícita, tudo o que dela decorrer, também será ilícito, e perderá o valor probatório.

A doutrina e a jurisprudência brasileira aceitam a aplicação da ilicitude por derivação. A respeito deste assunto, já decidiu o Supremo Tribunal Federal, na AP 341, rel. Min. Marco Aurélio, *DJe* 02.10.2015:

“Ação penal originária – Artigo 1º, inciso I, do Decreto-lei nº 201/167 – Teoria dos frutos da árvore envenenada – Adequação. Mostrando-se ilícita a prova originária, porque obtida por Comissão Parlamentar de Inquérito, anulada por pronunciamento jurisdicional transitado em julgado, absolve-se o réu em razão de o acervo probatório restante ser dela derivado. Precedente: Habeas corpus nº 69.912, Pleno, relator ministro Sepúlveda Pertence, julgado em 16 de dezembro de 1993, Diário de Justiça de 25 de março de 1994.”

---

<sup>24</sup> Antonio Scarance Fernandes e Antonio Gomes Filho, *As nulidades no processo penal* (São Paulo: Editora Malheiros, 1992), 109.

<sup>25</sup> Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha, *Da prova no Processo Penal* (São Paulo: Editora Saraiva, 2006), 51.

Destarte, o Direito brasileiro reconhece a prova ilícita por derivação, ainda que a prova posterior seja formalmente válida. Decorrendo de uma ilicitude anterior, estará invariavelmente contaminada.

Dessa forma, nota-se a urgente necessidade em criar formas para limitar a violação do indivíduo, mesmo diante do compartilhamento voluntário do usuário, que nesse momento, figura como réu, respeitando a inviolabilidade da intimidade e privacidade na persecução penal cibernética, para que não sejam invalidadas as provas em razão da ilicitude probatória.

## **Conclusão**

No presente artigo, foi analisado o uso dos dados obtidos pelas redes sociais como prova na persecução penal, abordando a proteção da intimidade e privacidade do usuário, mesmo com o compartilhamento voluntário das informações pessoais.

Com base no estudo da garantia constitucional ao direito à privacidade e a intimidade, concluiu-se que são direitos relacionados com a personalidade e a dignidade do cidadão, tendo em vista ser este o vetor legislativo mais importante no ordenamento jurídico brasileiro.

Destarte, a restrição do direito à vida privada deve ocorrer como último recurso, somente quando as demais vias investigativas não restarem frutíferas para elucidar um fato criminoso, respeitando, portanto, o procedimento formal, qual seja autorização judicial ou autorização do próprio usuário.

Observa-se a inobservância do procedimento formal invalida o processo, pois, a informação é obtida de forma ilícita, violando diretamente um direito fundamental assegurado pela Constituição Federal.

Conclui-se, portanto, que o ordenamento jurídico brasileiro necessita com urgência da criação de mecanismos legais específicos sobre este assunto, a fim de limitar a violação do indivíduo, mesmo diante do compartilhamento voluntário do usuário, que nesse momento é réu, respeitando a inviolabilidade da intimidade e privacidade na persecução penal cibernética, para que não sejam invalidadas as provas em razão da ilicitude probatória.

## **Bibliografia**

Alexy, Robert. A Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros. 2006.

Aranha, Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. Da prova no Processo Penal. 7ªed. São Paulo: Saraiva. 2006.

Badaró, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Onus da prova no processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003.

Barros, Marco Antonio de. A busca da verdade no processo penal. 4ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013.

Cachapuz, Maria Claudia. Intimidade e vida privada no novo Código Civil Brasileiro – Uma leitura orientada no discurso jurídico. Porto Alegre: Sergio Fabris. 2006

Canotilho, J.J. Gomes. Direito Constitucional e teoria da constituição. Coimbra: Almedina

Dezem, Guilherme Madeira. Curso de Processo Penal. 4ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2018.

Fernandes, Antonio Scarance e Antonio Gomes Filho. As nulidades no processo penal. 2ªed. São Paulo: Malheiros. 1992.

Gomes Filho, Antonio Magalhães. “Notas sobre a terminologia da prova”. Em Obra Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover, com Coordenação de Flavio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide de Moraes. 1ªed. São Paulo: DPJ Editora. 2005.

Kant, Immanuel. A metafísica dos costumes, 2ªed. São Paulo: Edipro. 2008.

Mendes, Gilmar Ferreira e Paulo Gustavo Gonet Branco. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Editora Saraiva. 2017.

Schmidt, Andrei Zenkner. Investigação e ação penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007.

Silva, Luis Virgilio Afonso da. O proporcional e o razoável. Revista dos Tribunais 798/25

Teixeira, Eduardo Didonet e Martin Haerberlin. A proteção da privacidade – Aplicação na quebra do sigilo bancário e fiscal. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor. 2005.



CUADERNOS DE SOFÍA  
EDITORIAL

Las opiniones, análisis y conclusiones del autor son de su responsabilidad y no necesariamente reflejan el pensamiento de la **Revista Ciencias de la Documentación**.

La reproducción parcial y/o total de este artículo debe hacerse con permiso de **Revista Ciencias de la Documentación**.