

DIREITOS FUNDAMENTAIS E PROCESSO PENAL NA ERA DIGITAL /

DOCTRINA E PRÁTICA EM DEBATE < VOL.1 >

DENNYS ANTONIALLI (ED.)
JACQUELINE DE SOUZA ABREU (ED.)

CARINA QUITO
CAROLINA YUMI DE SOUZA
FRANCISCO BRITO CRUZ
GREG NOJEIM
JULIANO MARANHÃO
MARCOS ZILLI
MARIANA GIORGETTI VALENTE
RIANA PFEFFERKORN
TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR.

INTERNETLAB
pesquisa em direito e tecnologia

DIREITOS FUNDAMENTAIS E PROCESSO PENAL NA ERA DIGITAL /

DOCTRINA E PRÁTICA EM DEBATE < VOL.1 >

DENNYS ANTONIALLI (ED.)
JACQUELINE DE SOUZA ABREU (ED.)

SÃO PAULO, 2018

INTERNETLAB
pesquisa em direito e tecnologia

CARINA QUITO
CAROLINA YUMI DE SOUZA
FRANCISCO BRITO CRUZ
GREG NOJEIM
JULIANO MARANHÃO
MARCOS ZILLI
MARIANA GIORGETTI VALENTE
RIANA PFEFFERKORN
TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR.

InternetLab é uma organização sem fins lucrativos dedicada à produção de pesquisa acadêmica aplicada com impacto em políticas públicas de tecnologia e Internet no Brasil.

Citação sugerida

ABREU, Jacqueline de Souza; ANTONIALLI, Dennys (eds.). Direitos Fundamentais e Processo Penal na Era Digital: Doutrina e Prática em Debate. Vol. I. São Paulo. InternetLab, 2018.

Este trabalho está licenciado sob uma licença Creative Commons CC BY-NC-SA 3.0 BR. Esta licença permite que outros remixem, adaptem e criem obras derivadas sobre a obra original, desde que com fins não comerciais e contanto que atribuam crédito aos autores e licenciem as novas criações sob os mesmos parâmetros. Toda nova obra feita a partir desta deverá ser licenciada com a mesma licença, de modo que qualquer obra derivada, por natureza, não poderá ser usada para fins comerciais.

Avenida Ipiranga 344 cj 11B | 01046-010 | São Paulo | SP | Brasil

ASSOCIAÇÃO INTERNETLAB DE PESQUISA EM DIREITO E TECNOLOGIA

www.internetlab.org.br

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) (Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Direitos fundamentais e processo penal na era digital / Dennys Antonialli, Jacqueline de Souza Abreu [editores]. -- São Paulo : InternetLab, 2018. -- (Doutrina e prática em debate ; v. 1)

Vários autores.

Bibliografia.

ISBN 978-85-92871-01-7

1. Direito processual penal **2.** Direitos fundamentais **3.** Processo penal **4.** Tecnologia e direito **5.** Tecnologias da informação e comunicação **I.** Antonialli, Dennys. **II.** Abreu, Jacqueline de Souza. **III.** Série.

18-15876

CDU-343.1:004

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito e tecnologia : Direito processual penal

343.1:004

Maria Paula C. Riyuzo - Bibliotecária - CRB-8/7639



04 .

A PRISÃO
EM FLAGRANTE E O
ACESSO DE DADOS EM
DISPOSITIVOS MÓVEIS.
NEM UTOPIA,
NEM DISTOPIA.
APENAS A
RACIONALIDADE .

Marcos Zilli

*Se as coisas são inatingíveis... ora!
Não é motivo para não querê-las...
Que tristes os caminhos, se não fora
A presença distante das estrelas!*
(Mario Quintana)

*Esta é a distribuição: uma tonelada tem
direitos, um grama tem deveres. Esse é o
caminho natural que conduz do nada à grandeza:
esquecer que você é um grama e sentir-se a
milionésima parte de uma tonelada...*
(Ievguêni Zamiátin)

1. ENTRE UTOPIAS E DISTOPIAS PROCESSUAIS

Atribui-se a Thomas More a autoria do termo utopia em romance homônimo publicado em 1516. Em meio à efervescência provocada pelas descobertas, More narra a trajetória de um viajante que se deixa fascinar por uma ilha perfeita onde impera o total bem estar dos indivíduos em ambiente desprovido de propriedade privada e de intolerância religiosa. É possível que a força criativa da alegoria repouse muito antes, mais especificamente em Platão que, na obra *República*, lançou as sementes de uma sociedade fundada nos valores perenes da racionalidade e da justiça. De qualquer modo, é a partir da utopia de More que o conceito ganha força no gênero literário e na filosofia. Projeções idealizadas de sociedades assumem diferentes inspirações e matizes. O distanciamento do real é próprio da utopia, o que não a desqualifica por completo. Afinal, a sua força emana da referência ao real. Nessa perspectiva, indica um ponto ideal de direcionamento do caminhar, ainda que jamais venha a ser atingido. É o “lugar nenhum”.

A distopia é o reverso da utopia. É a sua perspectiva obscura, negativa e pessimista. A autoria do termo é atribuída a Stuart Mill por ocasião de discurso proferido no parlamento britânico. Ali, fixou-se o jogo de opostos entre as expressões. A utopia é a tentativa do que é essencialmente bom, enquanto a distopia canaliza o indesejável. No campo literário, a distopia escancarou críticas políticas e sociais, encontrando terreno fértil de criatividade. Ocupam a cena no romance distópico sociedades oprimidas por regimes totalitários que se aproveitam dos avanços tecnológicos para o controle do indivíduo. Não há espaço, portanto, para a intimidade e para a individualidade. Orwell, como se sabe, é ícone da literatura distópica. Mas antes de sua consagrada obra - “1984” -, Zamiátin, escritor russo, já havia brindado o mundo com uma obra de sugestivo título: “Nós”. As duas obras tomam as mesmas premissas: sociedades fundadas em uma retórica coletivista em que todos estão submetidos a constante vigilância. Zamiátin descreve casas de vidro que permitem o controle de todos por todos. Em Orwell, a vigilância é feita pelo “Grande Irmão” que tudo vê; tudo observa e tudo controla.

Utopia e distopia carregam exageros. Na primeira, estamos diante do irrealizável, a despeito de ser o desejável. A segunda marca o indesejável, muito embora com riscos de ser concretizável. Aquela deve ser buscada, ainda que inatingível. Esta deve ser evitada, ainda que as tendências apontem em sentido contrário. As expressões, trazidas para o campo da persecução penal, emprestam valioso material para a reflexão. De fato, os avanços tecnológicos ampliam a capacidade de armazenamento de dados em diferentes níveis. Se de um lado, abrem novos flancos para a execução de ilícitos, de outro ampliam os riscos das devassas dos círculos mais concêntricos da privacidade quando alvo dos tradicionais meios de prova. Os recursos de tecnologia abrem, assim, novos es-

paços de reflexão sobre os seus desdobramentos na persecução penal. A solução não passa, por óbvio, pelos impedimentos absolutos. Fosse assim, a persecução penal seria remetida ao terreno do inviável. Tampouco é possível uma ampliação demasiada das hipóteses de cabimento das medidas. Aqui residiriam os riscos da distopia no processo penal.

2. PROBLEMATIZAÇÃO

Como se sabe, a situação em flagrante confere ao Estado legitimidade de reação imediata a qual se concretiza com a possibilidade de restrição de direitos fundamentais, independentemente de prévia ordem judicial. A prisão e o ingresso domiciliar são os exemplos mais eloquentes. É que o ataque frontal e atual ao mandamento proibitivo justifica a restrição de importantes direitos, o que, diga-se, é próprio de um regime que preconiza o convívio entre as liberdades. Assim, a pronta restrição da liberdade reforça as mensagens de imperatividade da lei e da eficácia do sistema que outorga ao Estado o monopólio do uso legítimo da violência. A relativização da inviolabilidade domiciliar marcada pelo contexto do flagrante delito viabiliza não só a interrupção da prática delituosa, com a preservação de direitos de eventual vítima, como possibilita a obtenção, desde já, de elementos de prova que confirmam justa causa às medidas persecutórias. **Soa racional, portanto, que da prisão em flagrante decorram a busca e a apreensão de objetos, de instrumentos ou de quaisquer outros bens relacionados com a prática delituosa.**

Esse panorama se altera no caso de apreensão de dispositivos móveis em poder de quem está em flagrante? Seria possível o acesso a todos os dados ali registrados, incluindo aqueles que são produto de comunicação? E os demais dados poderiam ser igualmente acessados? A restrição da liberdade decorrente da prisão em flagrante conduz, automaticamente, à restrição de ou-

tros direitos de menor magnitude? Os aparelhos multifuncionais dotados de grande capacidade de armazenamento de dados estariam sujeitos às buscas realizadas em contexto de flagrante delito ou se mostra indispensável a prévia ordem judicial?

Nem de longe as questões são irrelevantes. Afinal, tocam elas a problemática das proibições probatórias. De fato, se se entender impossível o acesso direto aos dados registrados em dispositivos móveis, mesmo que em contexto marcado pela flagrância delituosa, a violação traria a chancela da ilicitude probatória com a consequente imprestabilidade das informações ali colhidas e contaminação das provas derivadas. Como se vê, não são poucas as consequências.

3. PRESENTE, PASSADO E FUTURO DE UM PRECEDENTE (STF, HC 91.867/PA)

A discussão sobre o acesso a dados registrados em aparelhos móveis não é nova. De fato, em 2012, por ocasião do julgamento do HC 91.867/PA¹, o Supremo Tribunal Federal (STF) enfrentou o questionamento sobre a licitude do manuseio de aparelho celular, com o consequente levantamento de dados de ligações registradas, em contexto de prisão em flagrante. O caso é apontado como o precedente² sobre a matéria. O cenário nos remete ao ano de 2004 quando da prisão em flagrante de um matador de aluguel. Ao ser preso, os policiais encontraram um aparelho celular que foi, então, por eles manuseado. Naquele momento, foram identificados registros de chamadas efetuadas e recebidas. Uma vez anotados, os números foram

1. Disponível em: goo.gl/u3VQaH Acesso em 07.09.2017.

2. O termo não é aqui empregado na dimensão cunhada pela tradição anglo-saxônica. Ali, os precedentes judiciais guardam uma força vinculatória por parte dos órgãos inferiores de jurisdição. O sistema opera, portanto, nessa dinâmica de certeza, consistência e estabilidade das decisões judiciais justamente por força da forte carga casuística do direito. Neste texto, a expressão “precedente” tem um sentido mais coloquial.

apresentados à autoridade policial que, a partir deles, obteve ordem judicial visando à interceptação das comunicações telefônicas. Durante aqueles procedimentos, os mandantes do homicídio foram identificados. Foram, então, denunciados e presos preventivamente.

A estratégia defensiva buscou a exclusão da prova obtida pelos policiais, a qual foi qualificada de ilícita. Alegou-se que o manuseio do aparelho, sem prévia ordem judicial, teria representado uma afronta à inviolabilidade das comunicações telefônicas. Por via de consequência, o levantamento dos números das linhas telefônicas registradas seria prova inadmissível contaminando todas as demais dela derivadas, vale dizer, a interceptação das comunicações e a revelação de informações sobre o envolvimento dos supostos mandantes no homicídio. A tese, contudo, não foi acolhida pelos sucessivos graus de jurisdição, inclusive no STF.

De fato, ao examinar a questão, o Min. Gilmar Mendes afastou do marco regulatório da interceptação das comunicações telefônicas (Lei Federal n. 9296/96) o acesso dos dados de chamadas efetuadas e recebidas registradas em aparelho móvel. Isso porque o acesso não implicaria invasão de terceiros no espaço reservado da comunicação dos interlocutores tornando desnecessária a prévia ordem judicial. Invocou, ademais, o disposto no art. 6º do CPP o qual concede poderes à autoridade policial para a apreensão de objetos e instrumentos relacionados com a prática delituosa e que sejam encontrados no palco dos acontecimentos. Para o Ministro, a atuação dos agentes policiais teria se jungido aos limites da previsão normativa sem que o manuseio do aparelho tivesse representado uma devassa significativa da privacidade e/ou da intimidade. Nesse ponto, valendo-se da analogia, levantou a hipótese de apreensão de um pedaço de papel contendo anotações referentes a números de linhas telefônicas. Para

ele, a situação imaginada seria comparável ao acesso dos registros das ligações em aparelho celular de modo que não seria razoável afirmar-se para ambos os casos a ilicitude probatória por violação da intimidade³. Lembrou, por fim, a previsão constitucional autorizadora da invasão domiciliar para as situações de prisão em flagrante (art. 5º, XI). Para o Ministro, não seria lógico manter-se intacto o respeito à privacidade, impeditivo do acesso aos dados constantes em aparelhos de telefonia móvel, quando o próprio legislador constituinte acena em favor da quebra da inviolabilidade do domicílio em contexto de flagrante delito. Uma conclusão em sentido contrário implicaria proteção mais efetiva aos aparelhos do que à própria moradia, o que não seria minimamente razoável.

Mesmo afirmando a legalidade dos procedimentos que implicaram o manuseio e a obtenção de dados das chamadas efetuadas e recebidas, o Ministro prosseguiu em sua fundamentação, propondo, por absurdo, o reconhecimento da ilicitude daqueles procedimentos. Em seu entender, mesmo assim, as informações que levaram à identificação dos mandantes do homicídio estariam fora do desdobramento ilícito contaminatório. Nesse ponto, considerou perfeitamente aplicável a teoria da descoberta inevitável cujo precedente remonta ao caso *Nix v. Williams*, julgado em 1984 pela Suprema Corte norte-americana. Para o Ministro, caso tivesse se optado pela provocação de ordem judicial, ao invés do manuseio direto do aparelho, inevitavelmente os dados relativos às linhas telefônicas seriam obtidos, fundamentando, assim, o expediente

3. É o que se extrai do trecho do voto: “*ad argumentandum, abstraindo-se do meio material em que o dado estava registrado, o aparelho celular, indago: e se o número estivesse em um pedaço de papel no bolso da camisa usada pelo réu no dia do crime, seria ilícito o acesso pela autoridade policial? E se o número estivesse anotado nas antigas agendas de papel ou em um caderno que estava junto com o réu no momento da prisão? Ademais, impende lembrar que a CF excepcionou a inviolabilidade domiciliar na hipótese de flagrante delito. A própria liberdade sofre restrição no flagrante delito. Um aparelho celular receberia proteção diversa?*”.

4. Raciocínio que se identifica no seguinte trecho: “Por exemplo, o só fato de serem apreendidos os aparelhos celulares indubitavelmente levaria, como de fato aconteceu, a quebra do sigilo dos dados telefônicos do correú, com a consequente identificação dos usuários das linhas móveis e fixas que com ele mantiveram contato, mormente na data do cometimento do crime, tramite este, friso, típico e de praxe em casos análogos aos dos autos.”

da interceptação. Ou seja, o curso normal dos acontecimentos conduziria à descoberta daqueles dados que a ação dos policiais apenas antecipou. Nesse raciocínio, para o Ministro a descoberta seria inevitável⁴, rompendo-se, dessa forma, a cadeia contaminatória da ilicitude probatória. Assim, ao final e ao cabo, o STF reafirmou a licitude dos procedimentos policiais.

3. STJ, HC 51.531/RO.

UM NOVO PRECEDENTE?

É certo que o debate em torno do acesso de dados constantes em dispositivos móveis não se esgotou. Aliás, é provável que se mantenha na centralidade do debate jurídico por muito tempo. A prova eloquente é dada pelo recente julgamento proferido pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) no âmbito

5. Julgado em 09 de maio de 2016.
Disponível em: goo.gl/FNuDv6
Acesso em 09.09.2017.

do HC 51.531/RO⁵. A situação envolveu a prisão em flagrante de indivíduo que transportava 300 comprimidos de *ecstasy*. Em seu poder, foi encontrado um aparelho celular que foi apreendido e apresentado à autoridade policial. Esta, após o cumprimento das formalidades relacionadas com o flagrante, encaminhou aquele objeto à perícia. Foram, então, levantadas e transcritas diversas mensagens trocadas pelo aplicativo *WhatsApp* cujos conteúdos indicavam tratativas sobre a negociação e o transporte da droga. Assim, foi possível identificar o envolvimento de outras pessoas na ação que, junto com o transportador, foram denunciadas pelo tráfico de drogas em concurso com a associação para o tráfico (art. 33 e 35 da Lei Federal n. 11.343/06).

Mais uma vez veio à tona a alegação de ilicitude probatória. Segundo a defesa, o manuseio do aparelho, sem prévia ordem judicial, implicou devassa de todo o conteúdo ali registrado em clara afronta à privacidade e à intimidade. Pugnou, assim, pela declaração judicial da ilicitude probatória das transcrições das conversas, bem como pelo reconhecimento da contaminação das provas derivadas, afastando-se, por fim, a justa causa para o processamento dos réus. A tese, contudo, não sensibilizou os graus inferiores de jurisdição. A questão foi, então, remetida ao Superior Tribunal de Justiça.

Ao apreciar a matéria, o Ministro Rogério Schietti afastou a aplicabilidade do precedente dado pelo STF quando do julgamento do HC 91.867/PA. Em seu entender, os significativos avanços tecnológicos verificados desde então teriam alterado substancialmente o perfil dos aparelhos de telefonia móvel, o que impediria uma transposição automática dos fundamentos daquela decisão. Nesse ponto, o Ministro destacou o aumento da capacidade de armazenamento de dados das mais diversas origens, fato que potencializou os riscos de devassa da privacidade e da intimidade de seus usuários⁶.

Logo, a alteração significativa do cenário justificaria uma nova apreciação da matéria com uma nova ponderação sobre os diferentes interesses em confronto.

Dessa forma, após buscar respaldo em recente julgado proferido pela Suprema Corte dos Estados Unidos (*Riley v. California*), em que se proclamou a indispensabilidade de ordem judicial para o acesso ao conteúdo de dados mantidos

em aparelho celular em contexto de prisão em flagrante, o Ministro ressaltou o caráter peculiar daqueles aparelhos, em especial a capacidade de armazenamento múltipla, variável

6. Nesse sentido, destaca-se o seguinte trecho de seu voto: “Os fatos narrados são de 2004, período em que os telefones celulares sabidamente não eram conectados a internet de banda larga, como são já há algum tempo, os chamados smartphones, dotados de aplicativos de comunicação em tempo real, motivo pelo qual o acesso que os policiais teriam àquela época seria necessariamente menos intrusivo do que seria hoje.”

e plural de dados. Tais peculiaridades, somadas à proteção constitucional dos direitos à privacidade e à intimidade, com clara projeção na inviolabilidade das comunicações, tornaria indispensável a prévia ordem judicial. Assim, reconhecendo a afronta aos direitos fundamentais, o Ministro declarou a “nulidade”⁷ das provas obtidas, determinando o desentranhamento daquelas dos autos do processo.

7. A rigor a questão é de inadmissibilidade, proclamação que levaria a prova para o terreno da inexistência jurídica.

Para além de mera querela terminológica, a distinção entre nulidade e inadmissibilidade no campo das provas ilícitas é mais profunda. Afinal, as nulidades comportam convalidações o que é impossível quando o tema envolve inadmissibilidade da prova. No caso das provas ilícitas, estas ficam permanentemente contaminadas não podendo jamais ser aproveitadas.

8. É o que se verifica do seguinte trecho ora destacado de seu voto: “Não descarto de forma absoluta que, a depender do caso concreto, caso a demora da obtenção de mandado judicial pudesse trazer prejuízos concretos à investigação ou especialmente à vítima do delito, mostre-se possível admitir a validade da prova colida através do acesso imediato aos dados do aparelho celular. Imagine se, por exemplo, um caso de extorsão mediante sequestro em que a polícia encontra aparelhos celulares em um cativeiro recém abandonado. O acesso incontido aos dados ali mantidos pode ser decisivo para a libertação do seqüestrado”.

Em voto concorrente, a Ministra Maria Thereza também proclamou a ilicitude da prova. Nesse ponto, reconheceu o significativo aumento dos riscos de exposição da privacidade e da intimidade propiciada pelos avanços tecnológicos nos aparelhos de telefonia móvel. Assim, também considerou inviável a transposição automática do precedente julgado pelo STF. No entanto, muito embora tenha reconhecido a necessidade de prévia ordem judicial para o melhor controle da invasão à privacidade nos casos de apreensão de aparelhos móveis, a Ministra não conferiu à solução contornos absolutos e definitivos. De fato, não descartou a possibilidade de manuseio daqueles aparelhos diretamente pelos agentes policiais sempre que evidenciada uma situação de urgência que a justificasse, como na hipótese de libertação de vítima em cativeiro. Logo, situações urgentes justificariam uma intervenção rápida e imediata dirigida à proteção de interesses superiores⁸. Uma vez fixa-

das tais premissas e ponderações, a Ministra voltou-se para o caso objeto do julgamento onde não identificou qualquer situação de risco ou de comprometimento à investigação que não pudesse aguardar uma decisão da autoridade judicial competente. Assim, aderiu ao voto dos demais Ministros para declarar a ilicitude da prova.

4. PARADIGMAS COMPARADOS

4.1 RILEY VS. CALIFORNIA (SUPREMA CORTE DOS E.U.A.)⁹

9. Disponível em: goo.gl/zA3WBi
Acesso em 02.09.2017.

O caso, julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos, envolve, na verdade, duas situações distintas que, no entanto, foram aproximadas em razão do debate comum sobre os limites de acesso a dados constantes de aparelhos de telefonia celular em contexto de prisão em flagrante.

O primeiro envolveu a prisão de Riley ocorrida após uma abordagem de trânsito. Uma vez constatada a suspensão da habilitação, os policiais realizaram os procedimentos de rotina, o que incluía a busca no interior do veículo. Foi quando encontraram armas de fogo, fato que justificou a prisão em flagrante. Nas buscas pessoais, encontraram em poder de Riley um aparelho celular o qual foi prontamente manuseado. Os policiais identificaram, então, referências constantes a uma abreviatura (“CK”), usualmente associada a gangues de rua (*Crip Killers*). Riley foi conduzido ao distrito onde um investigador fez uma pesquisa mais detalhada de seu aparelho celular. Após visualizar alguns vídeos e fotos, o investigador destacou uma imagem na qual Riley aparecia ao lado de um carro. Era o automóvel utilizado durante uma troca de tiros entre gangues, ocorrida semanas antes. Com base nesses elementos, Riley foi acusado por vários crimes, dentre os quais o envolvimento em organização criminosa.

O segundo caso, submetido ao mesmo julgamento pela Suprema Corte, envolveu a prisão de Wurie. A detenção de Wurie ocorreu após ter sido ele visto no que pareceu ser uma negociação de venda de drogas. No distrito, os policiais apreenderam dois aparelhos celulares. Um deles apresentava em sua tela a indicação de várias chamadas provindas da mesma linha, a qual era referida por “minha casa” (*my house*). O policial, então, acessou os dados do aparelho, identificando o numeral conectado com aquele log. Com o número, identificou o endereço de seu registro. Dirigiu-se até o local e ali confirmou o nome de Wurie na caixa de correio. Ao olhar pela janela do apartamento, avistou uma mulher cuja imagem se assemelhava àquela registrada no aparelho celular. Assim, enquanto manteve o apartamento sob vigilância, obteve um mandado de busca e apreensão. Na execução da ordem judicial, os policiais encontraram mais drogas, além de armas e munições. Wurie foi, então, denunciado pelo tráfico de drogas e pela posse ilegal de arma.

10. Assim redigida: “The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.”

Invocando a violação da IV Emenda¹⁰, que circunscreve a restrição da privacidade à prévia ordem judicial, as defesas tentaram excluir as provas relativas aos dados digitais que estavam registrados nos aparelhos celulares dos réus. No caso de Riley, os argumentos não venceram os órgãos inferiores de jurisdição. Riley foi condenado a 15 anos de prisão, sentença confirmada pela Corte de Apelações da Califórnia. Wurie foi condenado em primeiro grau. Contudo, o Tribunal Federal (*First Circuit*), por maioria, acolheu a alegação de ilicitude probatória, anulando, assim, o seu julgamento.

No enfrentamento da questão, a Suprema Corte resgatou vários precedentes que fixaram as diretrizes interpretativas da IV Emenda, especialmente os limites permitidos para a

realização de buscas independentemente de ordem judicial. Nesse resgate histórico-jurisprudencial, por assim dizer, foi reafirmada a natureza excepcional das buscas imediatas concretizadas pelos agentes policiais. Assim é que em contexto de prisão, as buscas pessoais estariam autorizadas diante da perspectiva de localização de objetos e instrumentos relacionados com a prática ilícita. Foi o que se decidiu no longínquo ano de 1914 no caso *Weeks vs. United States*¹¹. Nos anos subsequentes, a jurisprudência enfrentou a possibilidade de extensão das buscas para além do âmbito corporal para incluir, dessa forma, os espaços de exercício de domínio ou de posse como na hipótese do domicílio do preso. Foi o que se decidiu em 1969, no caso *Chimel vs Califórnia*¹², quando a Suprema Corte reconheceu a extensão do campo de incidência das buscas de modo a se assegurar a obtenção de eventuais provas relacionadas com a prisão.

11. Disponível em: goo.gl/RKgCzy
Acesso em 03.09.2017.

12. Disponível em: goo.gl/uFMTTW
Acesso em 03.09.2017.

De qualquer modo, no caso dos aparelhos celulares e do acesso aos dados ali armazenados, a Suprema Corte não reconheceu aplicáveis os precedentes. De fato, não considerou sustentável qualquer alegação de risco à integridade dos policiais que justificasse o imediato acesso ao conteúdo registrado e arquivado naqueles aparelhos. Tal conclusão, contudo, não impediria o manuseio do próprio aparelho a fim de se averiguar a possibilidade de acondicionamento de alguma arma ou de qualquer objeto que pudesse ser usado para atacar o policial¹³.

Já quanto aos riscos de periclitamento da prova, a Suprema Corte não se sensibilizou com os argumentos de que os dados poderiam ser suprimidos por aces-

13. Conforme ilustra o seguinte trecho que é destacado do julgamento: “Digital data stored on a cell phone cannot itself be used as a weapon to harm an arresting officer or to effectuate the arrestee’s escape. Law enforcement officers remain free to examine the physical aspects of a phone to ensure that it will not be used as a weapon—say, to determine whether there is a razor blade hidden between the phone and its case”.

so remoto ou que o acesso pudesse ser obstado por conta de sistemas de segurança criptografados. Nesse ponto, entendeu que as hipóteses não configurariam ameaças reais ou mesmo inafastáveis a ponto de conferir um quadro de razoabilidade a justificar a dispensabilidade da ordem judicial. Com relação

14. Conforme ilustra o seguinte trecho da decisão: “In any event, as to remote wiping, law enforcement is not without specific means to address the threat. Remote wiping can be fully prevented by disconnecting a phone from the network. There are at least two simple ways to do this: First, law enforcement officers can turn the phone off or remove its battery”.

15. Nesse sentido: “Second, if they are concerned about encryption or other potential problems, they can leave a phone powered on and place it in an enclosure that isolates the phone from radio waves”.

16. É o que ilustra a seguinte passagem do julgado: “The storage capacity of cell phones has several interrelated consequences for privacy. First, a cell phone collects in one place many distinct types of information—an address, a note, a prescription, a bank statement, a video—that reveal much more in combination than any isolated record. Second, a cell phone’s capacity allows even just one type of information to convey far more than previously possible. The sum of an individual’s private life can be reconstructed through a thousand photographs labeled with dates, locations, and descriptions; the same cannot be said of a photograph or two of loved ones tucked into a wallet. Third, the data on a phone can date back to the purchase of the phone, or even earlier”.

a acesso remoto, afirmou que os riscos poderiam ser facilmente afastados com providências simples tais como a desconexão do aparelho da rede de acesso à internet¹⁴. Com relação aos procedimentos de segurança de criptografia entendeu que estes seriam preexistentes à prisão não se tratando, dessa forma, de um risco fundado no desejo de inviabilizar a investigação, mas sim, de reforçar o próprio espaço de privacidade. De qualquer modo, mesmo para essa situação de criptografia, os juízes da Suprema Corte destacaram a existência de instrumentos e mecanismos que poderiam se não impedir o bloqueio do acesso, ao menos viabilizar o acesso oportunamente¹⁵.

Assim, ao afastar a aplicabilidade automática dos precedentes, a Suprema Corte voltou-se para as especificidades dos modernos aparelhos de telefonia móvel, destacando a multiplicidade de suas funções e a grande capacidade de armazenamento de dados relacionados com os aspectos mais variados da privacidade e da intimidade das pessoas¹⁶. Entendeu que o acesso àqueles dados fornece uma radiografia precisa sobre a personali-

de do usuário, seus gostos, suas preferências e rotinas. Por sua vez, a mobilidade dos aparelhos e, enfim, dos próprios dados não os tornaria mais vulneráveis à proteção emergente da privacidade. Assim, segundo a Suprema Corte, a ordem judicial é providência necessária mesmo que o aparelho seja encontrado em busca incidente à prisão¹⁷. Não se trata, contudo, de decisão categórica ou absoluta conforme reconhece a própria Suprema Corte. Situações de emergência como a salvaguarda da integridade física de terceiros poderiam justificar as buscas imediatas¹⁸. Logo, sempre que a demora na obtenção de autorização judicial possa acarretar consequências desastrosas ou mesmo irreparáveis estaria planejada a suficiente razoabilidade suficiente para a restrição da privacidade, independentemente de decisão judicial.

4.2 KEVIN FEARON (SUPREMA CORTE DO CANADA)¹⁹

Os fatos envolveram o roubo a mão armada de jóias de uma comerciante praticado por duas pessoas. Na fuga, os criminosos fizeram uso de um veículo que foi encontrado pouco tempo depois. Com autorização judicial, os policiais fizeram buscas no automóvel encontrando em seu interior uma arma de fogo. Algumas horas depois do roubo, Kevin Fearon e Junior Chapman foram presos. Nas buscas pessoais, os policiais encontraram, em poder do primeiro, um aparelho celular. Ao acessar os dados nele armazenados, encontraram uma mensagem que fazia referência a algumas jóias. Também encontraram a foto de uma arma de fogo que indicava ser idêntica àquela apreendida no veículo. A Kevin

17. O que se evidencia do seguinte trecho que, na verdade, sintetiza a própria decisão: “The fact that technology now allows an individual to carry such information in his hand does not make the information any less worthy of the protection for which the Founders fought. Our answer to the question of what police must do before searching a cell phone seized incident to an arrest is accordingly simple— get a warrant”.

18. Nesse sentido: “Such exigencies could include the need to prevent the imminent destruction of evidence in individual cases, to pursue a fleeing suspect, and to assist persons who are seriously injured or are threatened with imminent injury”.

19. Disponível em: goo.gl/uKwKs1
Acesso em 03.09.2017.

foi, então, imputada a responsabilidade pelo roubo. Diante disso, invocou a violação à privacidade (art. 8º da Carta Canadense de Direitos e Liberdades)²⁰.

20. "Everyone has the right to be secure against unreasonable search or seizure".

O argumento, contudo, não foi acolhido pela Suprema Corte em dividida decisão. De fato, a maioria reafirmou a validade das buscas incidentais à prisão, sempre que a obtenção de prévia ordem judicial se mostrar inviável. Trata-se, segundo a posição majoritária, de regra consolidada no pensamento jurídico da

common law, inspirada pelo princípio da razoabilidade²¹. É que as buscas incidentais viabilizam as investigações preliminares, diretamente conectadas com a prisão, sendo, pois, importantes instrumentos de satisfação do poder punitivo. No entanto, a Suprema Corte não deixou de reconhecer as peculiaridades dos modernos aparelhos de telefonia móvel, destacando a imensa capacidade de armazenamento de dados e os riscos de exposição desnecessária da privacidade.

21. Nesse sentido: " 16. Although the common law power to search incident to arrest is deeply rooted in our law, it is an extraordinary power in two respects.

The power to search not only permits searches without a warrant but does so in circumstances in which the grounds to obtain a warrant do not exist. The cases teach us that the power to search incident to arrest is a focused power given to the police so that they can pursue their investigations promptly upon making an arrest".

Assim, como forma de balanceamento dos interesses em confronto, propôs a observância de três critérios que melhor orientariam as buscas realizadas no conteúdo armazenado em aparelhos de telefonia móvel em contexto de prisão. Para os juízes, os critérios não representariam obstáculos intransponíveis para as medidas iniciais de satisfação do poder punitivo, tampouco escancarariam o núcleo protetivo da privacidade. Seriam, por assim dizer, formas de composição da eficiência persecutória com o garantismo.

Nesse aspecto, lembraram a necessidade de estreita conexão entre os objetivos da busca e a prisão, exigência que fixa um critério de limitação temporal. Ou seja, apenas as mensagens

mais recentes (rascunhadas, encaminhadas e recebidas), assim como as últimas ligações poderiam ser alvo de exame direto efetuado pelos agentes policiais. Muito embora os juízes tenham reconhecido não se tratar de critério peremptório o qual estaria sujeito a abrandamentos, afirmaram tratar-se de uma orientação a ser atendida com o rigor possível²². Por outro lado, afirmaram a validade de interpretações restritivas quando da valoração do critério da necessidade de obtenção de provas. Ou seja, a necessidade de obtenção liga-se às razões que levaram à prisão. Nesse ponto, a Suprema Corte Canadense cita o exemplo da localização de um comparsa²³. **Por fim, os juízes sugerem que as buscas realizadas diretamente pelos policiais sejam alvo de registros os quais haveriam de discriminar o material acessado, bem como o tempo de duração da diligência. A documentação da diligência seria providência que permitiria análises posteriores sobre as razões da ação e os seus limites²⁴.**

5. A PERSPECTIVA DO DIREITO BRASILEIRO

5.1 NEM UTOPIA, NEM DISTOPIA

A busca pessoal vinculada à prisão encontra assento na lei processual (art.

22. É o que se infere do seguinte trecho da decisão: “76. First, the scope of the search must be tailored to the purpose for which it may lawfully be conducted. In other words, it is not enough that a cell phone search in general terms is truly incidental to the arrest. Both the nature and the extent of the search performed on the cell phone must be truly incidental to the particular arrest for the particular offence. In practice, this will mean that, generally, even when a cell phone search is permitted because it is truly incidental to the arrest, only recently sent r drafted emails, texts, photos and the call log may be examined...”.

23. Nesse sentido: “80. A further modification is that the third purpose for which searches incident to arrest are permitted – the discovery of evidence – must be treated restrictively in this context. The discovery of evidence, in the context of a cell phone search incident to arrest, will only be a valid law enforcement objective when the investigation will be stymied or significantly hampered absent the ability to promptly search the cell phone incident to arrest”.

24. É o que resta consignado no seguinte trecho: “82 (...) In my view, given that we are dealing here with an extraordinary search power that requires neither a warrant nor reasonable and probable grounds, the obligation to keep a careful record of what is searched should be imposed as a matter of constitutional imperative. The record should generally include the applications searched, the extent of the search, the time of the search, its purpose and its duration”.

244 do Código de Processo Penal - CPP), dispositivo este que não afronta o espírito constitucional. Afinal, é intuitivo que outros direitos fundamentais sejam restringidos como forma de viabilizar a privação da liberdade. Com efeito, há que se ter certeza de que o preso não traz consigo, nem levará

25. Conforme pontua Cleunice Pitombo: "...no ato de qualquer prisão, surge imprescindível a revista, para garantir a integridade física do indivíduo, de outros encarcerados e a segurança pessoal de quem o prendeu..." (2005, p.152). Em sentido semelhante: BADARÓ, 2016, p. 499-450 e NUCCI, 2011, p. 562-563.

26. Nesse sentido, pontuava Espínola Filho: "Também, encontrado alguém em situação de ser preso em flagrante, ou dando execução a um mandado regular de prisão, o agente da autoridade não necessita de autorização especial para submeter o preso à imediata busca pessoal, que terá a virtude de pô-lo na posse do corpo de delito, ou de elementos indiciantes de importância". (1945, p. 186).

com ele, instrumentos ou objetos que comprometam a segurança pessoal ou mesmo de terceiros²⁵. Trata-se de providência implícita à execução da própria ordem judicial de prisão, razão por que essa busca independe de nova ordem.

É possível aplicar-se o raciocínio para a situação de prisão em flagrante? A resposta é afirmativa. De fato, aqui também a restrição da liberdade implicará restrição de outros direitos e garantias fundamentais incidentais à prisão. Mas nesse caso, as razões não se restringem ao resguardo da segurança do agente que efetiva a detenção. Há, ainda, o interesse de preservação de importantes elementos de convicção ligados à prática delitiva²⁶.

Ou seja, os fundamentos que autorizam a busca pessoal incidental à prisão em flagrante emergem da motivação política que sustenta esta custódia.

Com efeito, a necessidade de se dotar o aparato estatal de instrumentos de reação imediata para a restauração da ordem pública em face de quem é surpreendido em situação de afronta à norma penal é o que legitima a prisão em flagrante. Insere-se, portanto, no roteiro da violência legítima do Estado a quem cabe o monopólio da atividade persecutória penal. Nesse passo, a exigência de prévia ordem judicial poderia inviabilizar a custódia, fragilizando a mensagem da

/ O DEBATE
EM TORNO DO
ACESSO DE DADOS
CONSTANTES EM
DISPOSITIVOS
MÓVEIS NÃO SE
ESGOTOU. /

/ A APREENSÃO
TRAZ IMPLÍCITA A
AUTORIZAÇÃO PARA
O ACESSO IMEDIATO
DOS DADOS ALI
ARMAZENADOS? /

imperatividade da lei penal, comprometendo, por fim, a autoridade estatal. É natural, portanto, que os agentes de segurança pública estejam autorizados a realizar a busca pessoal em situação de flagrante diante da possibilidade, bastante razoável, de encontro do objeto, dos instrumentos ou mesmo de qualquer outro elemento de prova relacionado com o crime.

Não são outras as razões que levam o legislador constituinte a restringir a inviolabilidade domiciliar em contexto de prisão em flagrante (art. 5º, XI). A restrição se justifica diante da imperiosa necessidade de se fazer cessar a prática ilícita, resguardando, assim, a supremacia da ordem penal. Aqui a ponderação dos interesses conflituosos foi abraçada pelo legislador constituinte que destaca os valores superiores, indicando, a partir de então, a solução. É evidente que a invasão do domicílio implica não só a prisão de quem ali se encontra em situação de flagrante, mas, igualmente, a autorização para a realização da busca pessoal assim como do espaço ocupado pelo agente criminoso, desde que nos limites dados pelo flagrante delito.

Mas, e no caso de encontro de aparelho celular em contexto de flagrante delito? Não parece haver dúvidas quanto à possibilidade de apreensão do aparelho, seja como ato resultante da busca pessoal, seja como ato decorrente da busca domiciliar. O problema, em realidade, é mais profundo. A possibilidade de apreensão traz implícita a autorização para o acesso imediato dos dados ali armazenados?

O contexto sobre o qual se debruçou o STF no que é apontado como o precedente sobre a matéria, definitivamente, não mais se coloca. Isso porque os avanços tecnológicos ampliaram, significativamente, as funções daqueles aparelhos que se tornaram multifuncionais. Para além disso, houve um aumento exponencial da capacidade de armazenamento de dados. De fato, os atuais aparelhos viabilizam a comunicação por diferentes mecanismos, propiciam a troca de arquivos,

em diferentes formatos e configurações, permitem o armazenamento de imagens, vídeos e músicas assim como o acesso, por aplicativos, às informações financeiras e fiscais. São, ainda, instrumentos portáteis que propiciam a navegação pela rede mundial de computadores. Nesse sentido, armazenam o histórico dos sites consultados, revelando, dessa forma, as preferências de seu usuário. Enfim, são usados não só para lazer como também para o desenvolvimento de atividades profissionais com troca e guarda de possíveis informações acobertadas por outros sigilos. É **evidente, portanto, a profunda diferença entre os dois contextos**. Daí a importância de mais uma indagação: a diferença justifica o encaminhamento de solução diversa daquela tomada pelo STF?

Se por um lado os avanços tecnológicos propiciam novos meios de realização de práticas ilícitas, por outro é inegável a carga lesiva à intimidade que o acesso ilimitado ao conteúdo armazenado nesses aparelhos pode trazer. De fato, é possível traçar não só o perfil do usuário, mas eventualmente de outras pessoas de seu estreito relacionamento. Tais circunstâncias, sem dúvida, devem orientar a melhor solução. Uma restrição absoluta leva à utopia da supremacia da individualidade. Por sua vez, o acesso irrestrito, ainda que incidental à prisão, reduz consideravelmente os espectros de proteção da privacidade.

Nesse ponto, não parece mais válida a analogia feita pelo STF à apreensão de um pedaço de papel com o conhecimento do conteúdo das anotações ali apostas. É que a capacidade de armazenamento de dados dos aparelhos multifuncionais, somada à grande variedade do conteúdo, torna as situações incomparáveis, como de fato o são.

Assim, o acesso ao conteúdo dos *smartphones*, em contexto de flagrante delito, deve se sustentar em situações emergenciais que tornem inviável o aguardo de decisão judicial. As hipóteses dependem da variedade própria da casuística

não sendo possível fixar uma diretriz fechada e restrita. Mas, a localização da vítima, a possibilidade de identificação de comparsas que também se encontrem em situação de flagrante, a possibilidade de se evitar a prática de novo crime e a possibilidade de localização dos objetos da infração são apenas algumas das situações plausíveis. De qualquer modo, e na esteira da orientação dada pela Suprema Corte do Canadá, o acesso deveria ser alvo de registro documental, com a indicação dos dados consultados. A providência tornaria mais fácil o futuro controle judicial sobre a pertinência, legalidade e proporcionalidade da medida tomada diretamente pelos agentes policiais.

A par das situações urgentes, os demais acessos, se necessário forem, deveriam ser alvo de provocação judicial realizada no curso do próprio inquérito que se instaura com a lavratura do auto de prisão em flagrante. Afinal, a lavratura do auto é apenas uma das formas de instauração formal do inquérito. Não encerra a investigação. Deflagra o seu início. Assim, o acesso futuro e a obtenção de novas informações poderão enriquecer o cenário de visibilidade que sustentara a prisão em flagrante, reforçando o quadro da justa causa para o oferecimento da ação penal. A diretriz assim posta melhor posiciona todos os fatores da equação. Não inviabiliza o enfrentamento imediato da situação do flagrante e ao mesmo tempo não escancara as esferas da privacidade e da intimidade.

Há quem, em exegese evolutiva, proponha uma equiparação dos aparelhos multifuncionais ao conceito de domicílio. É uma proposta que busca uma ressignificação deste conceito, livrando-o das amarras que o restringem ao espaço físico em que se projeta a intimidade²⁷. A premissa levaria, portanto, à equivalência do grau da inviolabilidade. Ou seja, a proteção da intimidade dos dados armazenados cederia nas mesmas

27. Nesse sentido: DEZEM, 2017, p. 676-679.

hipóteses em que cede a inviolabilidade do domicílio. Do contrário, haveria uma proteção mais efetiva aos dados armazenados no aparelho do que do próprio domicílio.

A proposta é sedutora. No entanto, ao mover-se mais pelo desejo de articular soluções racionais para as questões, acaba ela por pecar em suas premissas.

De fato, é difícil desconectar da noção de casa a ideia de abrigo e de espaço físico de proteção pessoal, dos familiares e de entes queridos. É um espaço de projeção de várias relações que se desdobram em diferentes graus de abertura (contatos sociais) e de restrição (privacidade e intimidade). Trata-se de uma construção conceitual secular que se manifesta em diferentes sociedades e civilizações. Não parece razoável o redimensionamento de um conceito com fortes raízes históricas, culturais e sociais, por mais que se apresentem revolucionários os avanços tecnológicos. A moradia é um espaço de abrigo que não pode ser transportado por qualquer pessoa. O morador quando ali ingressa, protegido que é pela liberdade reservada, pode dar vazão à sua intimidade e à sua privacidade. E mesmo nesse espaço, poderá estabelecer subníveis de privacidade com restrições ainda maiores de acesso, como no caso de armários ou gavetas trancadas, diários com cadeados, ou mesmo computadores com senhas de acesso. Tem a tranquilidade para assim proceder diante dos limites físicos que estabelecem aquela reserva de liberdade privada. Os domicílios atuais ainda estão distantes daquele desenhado por Zamiatín em seu romance distópico.

Logo, imaginar-se na portabilidade de um aparelho multifuncional, a “portabilidade” do próprio domicílio é metáfora que soa exagerada. Até mesmo porque os aparelhos podem carregar dados que vão além das relações domésticas, como aqueles relativos ao trabalho e, inclusive, de outras pessoas estranhas à relação doméstica. Em realidade, a portabilidade ínsita a esses aparelhos traz a conveniência de se levar con-

sigio uma radiografia de sua própria personalidade em suas múltiplas facetas, relações e interpelações. Assim, a única proximidade possível entre o espaço domiciliar e o conteúdo dos *smartphones* reside nas expectativas que o morador e o usuário possuem, respectivamente, quanto ao resguardo da privacidade e da intimidade manifestadas naqueles espaços.

Aqui reside a importância de um esclarecimento. A permissão de invasão do domicílio se dá em contexto de prisão em flagrante justamente porque a casa é um espaço físico delimitado. Nessa hipótese, o ingresso se dá, precipuamente, para interromper a prática delituosa com a prisão de quem se mostra como o seu responsável. E a busca que ali se realiza não é ampla e irrestrita. A autorização de ingresso não implica autorização para a devassa de todo o espaço. Até mesmo porque, como toda e qualquer busca, essa há de ser motivada, orientada e dirigida por uma finalidade que se conecta com a situação do flagrante. Ademais, a cautela há de ser redobrada quando o espaço for ocupado, igualmente, por outros moradores que não tiverem sido marcados pelo selo do flagrante.

Assim, a cautela que direciona a busca domiciliar em contexto de flagrante é a mesma que deve orientar o acesso aos dados armazenados no aparelho. A prisão autoriza a busca pessoal com a apreensão de todos os objetos que estiverem sob a posse direta do preso, dentre os quais o aparelho celular. Mas o acesso ao seu conteúdo deve ser feito à luz da situação de emergência. Este é, portanto, o ponto de convergência que merece a proteção da casa e do aparelho. Ou seja, a aproximação não se dá pela restrição da inviolabilidade, mas sim, pelos limites daquela restrição, vale dizer, pela justa medida de realização dos atos de busca. O fato de a pessoa trazer consigo o aparelho não torna menos protegida a sua privacidade.

Privacidade e intimidade encontram assento constitucional de proteção. A tutela, como se sabe, encontra variados

desdobramentos que não se esgotam nos aspectos expressamente consignados pelo legislador constituinte, como foram a inviolabilidade do domicílio e das comunicações. É fato que o desenvolvimento tecnológico propiciou uma mudança significativa dos canais de comunicação entre as pessoas. O quadro que hoje se mostra é substancialmente diverso daquele com o qual operou o legislador constituinte. Não é possível manter-se intactas exegeses erigidas em outro contexto e que não estabelecem qualquer diálogo com as novas realidades. A interceptação de qualquer ato comunicativo depende, por óbvio, de autorização judicial a qual se materializa, uma vez demonstrada a necessidade e indispensabilidade da medida. O registro das conversas e dos diálogos mantidos encontra-se na linha de desdobramento da privacidade e da intimidade. A inviolabilidade, contudo, não pode ser absoluta. Não é sustentável defender-se a proteção absoluta do conteúdo registrado de uma comunicação e relativizá-la no momento em que ela se concretiza. A projeção temporal da comunicação – contemporânea ou pretérita – não pode ser critério impeditivo da violação da privacidade.

A bem da verdade, a grande questão é a de saber se o acesso àquele conteúdo, incidente à prisão em flagrante e, portanto, independentemente de ordem judicial, seria ou não admissível. Um problema complexo não comporta respostas simplistas e reducionistas. A potencialidade lesiva às esferas da privacidade e da intimidade nos direciona para uma resposta negativa. Mas, de qualquer modo, o impedimento não pode ser peremptório. É que a urgência de certas situações poderá justificar o pronto acesso ao conteúdo das mensagens e dos diálogos registrados. De qualquer modo, há de se ter extrema cautela em tal ponderação. Como meio de obtenção de prova que é o acesso estará sujeito ao controle judicial posterior. Os exageros representam violações aos direitos fundamentais que poderão ser devastadores para o sucesso da persecução penal.

5.2 A VIOLAÇÃO DOS PARÂMETROS DA LEGALIDADE PROTETIVA DA PRIVACIDADE E DA INTIMIDADE: PROVA ILÍCITA E ILICITUDE POR DERIVAÇÃO.

A violação indevida das esferas da privacidade e da intimidade conduz à ilicitude da prova obtida e, por consequência, a sua imprestabilidade processual²⁸. A sanção é condizente com um sistema fundado nos valores da dignidade humana. Afinal, a violação escancarada de direitos fundamentais é intollerável, impondo-se a absoluta desconsideração do que dela se obtém. Trata-se de uma “não prova” o que a conduz para o terreno da inexistência jurídica²⁹. Não há aproveitamento ou convalidação.

Aliás, os efeitos da ilicitude não se restringem à prova que é obtida diretamente por meios ilícitos. **De fato, há uma projeção contaminatória a se considerar.** A questão, como se sabe, não é nova, encontrando a sua fonte na jurisprudência norte-americana que consagrou a teoria dos frutos da árvore envenenada – *fruits of the poisonous tree*. A lógica é simples. As provas derivadas de uma prova ilícita original são por ela contaminadas e, portanto, igualmente inadmissíveis. Ocorre que a jurisprudência norte-americana, ao longo das últimas décadas, construiu um complexo sistema de abrandamento dos efeitos da contaminação. Das várias exceções, merecem destaque a “fonte independente” e a “descoberta inevitável”³⁰.

28. Na dogmática processual brasileira, prevaleceu a teorização construída por Nuvolone (1966) acerca das provas ilícitas e o distanciamento conceitual destas frente às provas ilegítimas. A teoria foi aqui abraçada por Ada Pellegrini Grinover (1982) e, como dito, incorporada pela doutrina processual assim como pela jurisprudência. As provas ilícitas são aquelas obtidas com a violação de direitos fundamentais da personalidade. As ilegítimas, por sua vez, são aquelas produzidas com violação das normas processuais. Aquelas são ilícitas e imprestáveis. Estas podem ser aproveitadas, desde que possível seja a repetição do ato processual que a invalidou. Nesse sentido: ARANHA, 1982; AVOLIO, 2003; FERNANDES, 2010, p. 81-83; MELLO, 2000 e ZILLI, 2013, p. 89-137.

29. GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 2004, p. 170.

30. Ver: LaFAVE; ISRAEL, 1992, p. 473-475 e ZILLI, 2009.

Pela regra da fonte independente, o efeito contaminatório não opera quando a energia proveniente da fonte lícita

for superior à energia da prova ilícita original. A hipótese supõe a existência, obviamente, de pelo menos duas fontes que disputam a paternidade, digamos assim, da prova derivada. Se, da análise da situação, concluir-se pela preeminência da fonte probatória lícita, inaplicável será a teoria dos frutos da árvore envenenada³¹. Já pela regra da descoberta inevitável, há, tão somente, a prova ilícita original com os seus efeitos contaminatórios. Se possível fosse concluir que uma prova derivada seria inevitavelmente descoberta, caso o caminho lícito fosse mantido, então não seria possível falar-se em sua exclusão³².

31. O caso mais paradigmático é dado pelo caso *O'Bremski*, julgado nos idos de 1967. Uma garota, menor de quinze anos, foi encontrada em um apartamento após uma busca ilegal. Ao prestar declarações, fez referência a diversos abusos cometidos pelo adulto que foi, então, processado. A Suprema Corte afastou a contaminação das declarações prestadas pela menor em decorrência da busca ilegal após reconhecer que a presença da menor no local já era conhecida antes em razão de relatos prestados por informantes antes mesmo do ingresso policial no local.

32. O caso paradigma é o *Nix v. Williams*, julgado pela Suprema Corte em 1984. No caso, um homem, suspeito de matar uma criança, foi interrogado pela Polícia e acabou, em confissão ilegal, admitindo o crime e indicando o local onde o corpo tinha sido deixado. Ocorre que o local por ele indicado já estava sendo vasculhado por dezenas de voluntários. O corpo da vítima foi achado no local indicado pelo criminoso. A Suprema Corte considerou rompido o efeito contaminatório por entender que o corpo seria inevitavelmente descoberto caso a busca pelos voluntários prosseguisse.

Diante de tais premissas, fica evidente o equívoco do raciocínio manifestado quando do julgamento do HC 91.867/PA, pelo STF. Naquela oportunidade, o Min. Gilmar Mendes entendeu que os dados armazenados no aparelho seriam inevitavelmente descobertos, caso os agentes tivessem simplesmente apreendido o aparelho, provocando, na sequência, uma decisão judicial autorizadora do acesso. A descoberta inevitável, contudo,

rompe o efeito contaminatório entre a ilicitude original e as provas derivadas. Não se trata de regra de convalidação da ilicitude original. Logo, o acesso indevido é que constitui o ponto nevrálgico. Representa o “pecado original” que induz à

imprestabilidade absoluta do material diretamente obtido. A partir deste ponto surge o efeito irradiador da ilicitude. E é sobre este efeito irradiador que se projetam as regras limitadoras da contaminação como é o caso da descoberta inevitável. A aplicabilidade da regra supõe ao menos dois percursos. Um ilícito que se concretiza até o fim. E outro lícito que é interrompido diante da antecipação da ação ilegal. Tome-se, mais uma vez, o precedente do caso *Nix v Williams*. A confissão é a prova ilícita. O encontro do corpo não. Ainda que o local tivesse sido revelado pela confissão, paralelamente existia um movimento lícito – ação dos voluntários – que, se ultimado, levaria à localização do corpo. No acesso indevido aos dados, não há esta opção. É ele a fonte ilícita original.

5.3 A PROVA DOS NOVE. A APLICAÇÃO DAS PREMISSAS AQUI REVELADAS. (STJ, RHC 76324/DF)³³

O caso envolve a prática de um homicídio em um posto de combustível. No local, os investigadores identificam uma

33. Nesse sentido, DEZEM, 2017, pp. 676-679.

testemunha presencial. Segundo esta, o autor dos disparos, um menor inimputável, teria, antes da execução, conversado longamente com outros indivíduos que estavam do outro lado da avenida. Após a conversa, o menor, munido de uma arma, dirigiu-se até o posto onde baleou a vítima. Com estas informações, confirmadas pelas imagens captadas pelas câmeras de segurança, além das informações relativas aos apelidos dos maiores, prestados pela testemunha presencial que os conhecia pelas alcunhas, os agentes policiais realizam uma rápida pesquisa pelas mídias sociais, identificando, assim, os perfis sociais dos autores mediatos e os seus respectivos endereços. São encontrados e presos em flagrante, momento em que os seus smartphones são apreendidos. Ao vasculharem o conteúdo daqueles aparelhos, os policiais encontram várias

34. Nesse sentido, destaca-se o seguinte trecho do voto proferido pela Ministra Maria Thereza, relatora do caso: “Com efeito, dos depoimentos que integram o auto de prisão em flagrante não se depreende qualquer fundamento que possa justificar a urgência, em caráter excepcional, do acesso imediato das autoridades policiais aos dados armazenados no aparelho. Para a validade da obtenção dos dados caberia às autoridades policiais realizar a imediata apreensão do aparelho e, subsequentemente, postular ao Poder Judiciário a quebra de sigilo dos dados armazenados no aparelho celular. Não tendo assim procedido, a prova foi obtida de modo inválido”.

35. Vale o registro do seguinte trecho do voto da Ministra Relatora: “Posto isso, nos presentes autos, não há qualquer evidência de que a prova ilícita tenha contaminado nem os depoimentos dos agentes de polícia nem o inquérito policial. De fato, verifica-se dos autos que, em prévia investigação policial, os agentes de polícia compareceram ao local logo após o fato, entrevistaram o dono do estabelecimento comercial onde se deu o ocorrido, bem como seus trabalhadores, levantaram dados sobre a vítima, investigaram a cena do crime, as câmeras do local e localizaram uma testemunha menor de idade que narrou o fato, apontou e descreveu os suspeitos, descrição esta que coincidia com as imagens postadas pelos suspeitos na rede social Facebook, tudo antes de empreender a busca que culminou com a prisão do recorrente e a apreensão do aparelho celular incontinentemente acessado. E esse prévio trabalho investigativo das autoridades policiais, que culminou com

mensagens de *WhatsApp*, trocadas entre os maiores, na qual combinavam a atribuição da responsabilidade do homicídio, exclusivamente, ao menor.

O ponto central da discussão pelo STJ envolveu a apreciação da licitude da prova colhida no momento do flagrante, consistente na revelação das mensagens trocadas por aplicativo e armazenadas nos *smartphones* apreendidos. Por unanimidade, entendeu-se não configurada a situação de urgência que tornasse imprescindível o manuseio, desde logo, do conteúdo daqueles aparelhos. Para os Ministros, os elementos até então colhidos conferiam visibilidade suficiente da prática delituosa fundamentando, portanto, a prisão em flagrante que se seguiu. Logo, diante da imperatividade de prévia ordem judicial, o conteúdo das mensagens foi considerado prova ilícita³⁴.

Ao examinarem o desencadeamento contaminatório, os Ministros entenderam, corretamente, que os elementos de convicção anteriormente obtidos eram independentes já que tinham sido revelados por percurso investigatório não conectado com o desvio ilícito posterior. Assim, entenderam que as demais provas poderiam ser preservadas, em especial os depoimentos prestados pelos investigado-

res e demais testemunhas, o que seria suficiente para conferir justa causa para o inquérito policial e ação penal que se seguiu³⁵.

6. CONCLUSÕES

- < 01 > Os avanços tecnológicos trouxeram transformações significativas nos aparelhos de telefonia celular, dotando-os de multifuncionalidades e de capacidade expansiva para o armazenamento de dados. Assim, a inviolabilidade do conteúdo ali armazenado é projeção do resguardo da privacidade e da intimidade. Não se trata de inviolabilidade absoluta. Restrições são admissíveis, o que é natural em cenário de convívio e de entrelaçamento de interesses. No entanto, na ponderação dos interesses em conflito não mais é possível focar aqueles aparelhos pelo espelho retrovisor. Isso porque a comodidade trazida pelos *smartphones* aumentou significativamente a potencialidade lesiva às esferas da privacidade e da intimidade, ao mesmo tempo em que abriu novos caminhos para a execução e acobertamento de práticas ilícitas. Logo, as soluções não podem seguir a direção da supremacia da individualidade como também não podem reduzir todas as fronteiras protetivas.
- < 02 > A apreensão de *smartphones* em contexto de prisão em flagrante adiciona um novo ingrediente a uma já complexa equação. A visibilidade e a imediatidade da prática ilícita autorizam o Estado, por seus agentes, a adotar medidas que reestabeleçam a ordem pública e o império da lei penal. A restrição da liberdade, na forma de prisão em flagrante, é, portanto,

a identificação do fato e de seus autores, bem assim como o indiciamento do recorrente, não resta contaminado pelo posterior acesso aos dados do aparelho celular, bastando o desentranhamento dos autos dos documentos extraídos do aparelho celular e a supressão do parágrafo final dos depoimentos policiais, que fizeram referência ao conteúdo das conversas via whatsapp”.

uma reação legítima do Estado que assumiu o monopólio do exercício da jurisdição penal. A urgência dessa resposta prescinde de prévia ordem judicial, cujo controle é realizado a *posteriori*. A prisão em flagrante traz implícita a restrição de outros direitos fundamentais. A busca pessoal, por exemplo, é indispensável para o resguardo de quem executa a prisão, de terceiros e do próprio preso. A invasão domiciliar, por sua vez, é necessária não só para fazer cessar a prática ilícita, mas também para resguardar a integridade de eventual vítima. Traz implícita, ainda, a autorização para a busca de elementos probatórios que componham o corpo do delito.

- < 03 > A apreensão de *smartphones* por ocasião dos procedimentos que cercam a prisão em flagrante é possível. Para tanto, há que se configurar situação justificante daquela restrição, como por exemplo, a presença de suspeitas de que outras provas sobre a prática delitosa possam ali ser encontradas.
- < 04 > O acesso ao conteúdo dos *smartphones*, apreendidos incidentalmente em contexto de prisão em flagrante, depende, via de regra, de autorização judicial. Não se trata, por óbvio, de regra peremptória. Situações urgentes pendem o prato da balança para o acesso imediato. A necessidade de localização de vítimas ou de outros comparsas, que também estejam em situação de flagrante, a localização dos objetos da prática criminosa e o impedimento de outras práticas ilícitas, são hipóteses que justificam a ação imediata dos agentes policiais. Não há critérios absolutos. A questão há de ser remetida à jurisprudência que, na singularidade de cada caso, melhor poderá indicar o interesse preponderante.

- < 05 > O acesso ao conteúdo, independentemente de ordem judicial, deve ser executado com cautela e nos estritos limites da finalidade que o informa: busca de informações importantes que componham a situação de urgência. É a mesma cautela que deveria orientar a busca domiciliar que se realiza em contexto de flagrante delito. Com efeito, o ingresso autorizado em lei na casa alheia não traz em si uma autorização para uma busca ampla, geral e irrestrita. Ao contrário, a busca tem foco certo e determinado qual seja, aquele indicado pela situação flagrancial.
- < 06 > Cuidando-se de medida excepcional, seria conveniente que o acesso imediato fosse alvo de registro por parte dos policiais, discriminando, assim, o conteúdo acessado e as informações obtidas. Trata-se de providência que conferiria maior base e fundamento para um exame judicial posterior sobre a legalidade e proporcionalidade da ação.
- < 07 > O abuso evidencia violação ao direito fundamental. A prova obtida é levada para o terreno da ilicitude. É, portanto, imprestável. Não há convalidação possível. **Ainda que se obtenha autorização judicial posterior para a obtenção dos mesmos dados que já tinham sido revelados, a prova manter-se-á ilícita.** Nesse caso, importante avaliar o desencadeamento do processo contaminatório, vale dizer, a chamada ilicitude por derivação. Também será importante uma análise detida sobre as regras restritivas da contaminação ilícita: fonte independente e descoberta inevitável. Após o enfrentamento de todas estas questões, ter-se-á um quadro mais sólido sobre a permanência ou não de justa causa para o prosseguimento da persecução penal. ➡

7. REFERÊNCIAS

ARANHA, Adalberto José de Camargo. A prova proibida no âmbito penal. *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*. São Paulo, ano 16, v. 75, mar./abr., 1982, p. 19/24.

AVOLIO, Luis Francisco Torquato. *Provas ilícitas. Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de processo penal*. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

ESPÍNOLA FILHO, Eduard. *Código de Processo Penal Brasileiro*, 2. ed., v. III, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1945.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 6. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover. *Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

-----; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 8. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

LaFAVE, Wayne R; ISRAEL, Jerold H. *Criminal procedure*. 2. ed., St. Paul: West, 1992.

MELLO, Rodrigo Pereira de. *Provas ilícitas e sua interpretação constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 10 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NUVOLONE, Pietro. Le prove vietate nel processo penale nei paesi di diritto latino. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova, v. XXI, p. 442/475, 1966.

PITOMBO, Cleunice. *Da busca e da apreensão no processo penal*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ZILLI, Marcos. As provas ilícitas no processo penal brasileiro e no

direito penal internacional: duas cabeças, duas sentenças. In. SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna. *Proibições probatórias no processo penal. Análise do direito brasileiro, do direito estrangeiro e do direito internacional*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 89-137.

-----; We the people..., *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, jul./ago., 2009, p. 185-208.