

FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM DIREITOS
E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

EDUARDO DOMINGUES REZENDE

**A VALIDADE DA PROVA PRODUZIDA PELA INSPEÇÃO FÍSICA DE
CELULAR APREENDIDO EM FLAGRANTE DELITO SEM
AUTORIZAÇÃO JUDICIAL: UM OLHAR SOB A PERSPECTIVA DO
DIREITO FUNDAMENTAL À PRIVACIDADE NO CURSO DE
INVESTIGAÇÃO CRIMINAL**

VITÓRIA/ES

2021

FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM DIREITOS
E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

EDUARDO DOMINGUES REZENDE

**A VALIDADE DA PROVA PRODUZIDA PELA INSPEÇÃO FÍSICA DE
CELULAR APREENDIDO EM FLAGRANTE DELITO SEM
AUTORIZAÇÃO JUDICIAL: UM OLHAR SOB A PERSPECTIVA DO
DIREITO FUNDAMENTAL À PRIVACIDADE NO CURSO DE
INVESTIGAÇÃO CRIMINAL**

Dissertação a ser apresentada ao Programa de Pós-graduação Stricto Sensu, curso de mestrado em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória – FDV, como requisito para obtenção do grau de mestre em Direito. Professor orientador: Doutor Américo Bedê Freire Junior.

VITÓRIA/ES

2021

EDUARDO DOMINGUES REZENDE

**A VALIDADE DA PROVA PRODUZIDA PELA INSPEÇÃO FÍSICA DE
CELULAR APREENDIDO EM FLAGRANTE DELITO SEM
AUTORIZAÇÃO JUDICIAL: UM OLHAR SOB A PERSPECTIVA DO
DIREITO FUNDAMENTAL À PRIVACIDADE NO CURSO DE
INVESTIGAÇÃO CRIMINAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória – FDV, como requisito para obtenção do grau de mestre em Direito.

Aprovada em 18 de agosto de 2021.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Dr. Américo Bedê Freire Junior
Faculdade de Direito de Vitória
Orientador

Prof. Dr. Cássius Guimarães Chai
Faculdade de Direito de Vitória

Prof^a. Dr^a. Andrea Walmsley Soares
Carneiro
Universidade Federal de Pernambuco

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a minha esposa e companheira de estudos, Raíssa, que desde meados da graduação na FDV esteve sempre ao meu lado me apoiando, dando conselhos e, principalmente, amor nos momentos em que mais precisei.

Ao meus queridos pais, razão da minha existência e essência, por todo apoio e paciência que, certamente, valeram a pena.

Aos meus irmãos, Gustavo e Maria Alice, que sempre estiveram ao meu lado quando precisei.

À minha querida e preciosa sobrinha/afilhada, Julinha, por simplesmente existir. Menina de luz, sorriso largo e que traz tanto amor e carinho por todos a sua volta.

Ao meu querido chefe e amigo, Dr. Alexandre José Guimarães, exemplo pessoal/profissional e maior incentivador para realização do curso de mestrado. Muito obrigado por todos os conselhos e ensinamentos.

Ao meu orientador, professor doutor Américo Bedê, por toda paciência, comprometimento e dedicação durante a orientação dos diversos trabalhos realizados durante o curso.

Aos demais professores e funcionários do Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Direito (PPGD) da FDV que contribuíram (e muito) para mais essa conquista. De forma especial, agradeço aos professores Alexandre Coura e Cássius G. Chai, por todos os ensinamentos e apontamentos feitos durante a qualificação, que serviram, sem dúvidas, para enriquecer o presente trabalho.

Nenhuma sociedade que esquece a arte de questionar pode esperar encontrar respostas para os problemas que a afligem.

Zygmunt Bauman

RESUMO

O presente estudo se propõe a analisar se o celular apreendido em posse de pessoa presa em flagrante delito pode ser imediatamente inspecionado pela autoridade policial, sem a necessidade de prévia decisão judicial autorizativa para tornar a coleta dos dados ali constantes válidas para fins de prova no processo penal. Para tanto, serão apresentados os impactos produzidos pela Revolução 4.0 na sociedade, especialmente no que concerne ao aperfeiçoamento e ampliação das funcionalidades dos meios telemáticos. Posteriormente, será demonstrada a necessidade de se equilibrar, no caso concreto, a proteção do direito fundamental à privacidade e o direito fundamental à segurança pública, a fim de se evitar, quando o Poder Judiciário é chamado a intervir, condenações e absolvições injustas. Em seguida, serão apresentadas as decisões proferidas pela Suprema Corte dos Estados Unidos, o Tribunal Constitucional Espanhol e a Suprema Corte do Canadá, demonstrando que o julgado canadense pode servir como paradigma relevante para o Supremo Tribunal Federal, uma vez que apresenta critérios objetivos para que a inspeção física do celular apreendido seja feita de forma lícita. Do ponto de vista metodológico, foi empregada como metodologia a pesquisa bibliográfica, sob a perspectiva dialética, a fim de realizar uma interpretação dinâmica da realidade, sobretudo para se garantir o equilíbrio entre os direitos fundamentais envolvidos, a fim de concluir, sem esgotar os estudos sobre o tema, que os contornos conceituais do direito fundamental à privacidade não podem ser conferidos aprioristicamente, tornando imperioso destrinchar todas as peculiaridades e o contexto do caso concreto para que seja constatada eventual violação de seus preceitos. Logo, defende-se possível a imediata inspeção física do aparelho celular de pessoa presa em flagrante, cabendo ao Poder Judiciário, *a posteriori*, a verificação de eventual violação à privacidade no caso examinado.

Palavras-chave: Privacidade. Segurança Pública. Inspeção física de celular apreendido. Flagrante delito. Possibilidade.

ABSTRACT

This study aims to analyze whether the cell phone seized in the possession of a person arrested in *flagrante delicto* can be immediately inspected by the police authority, without the need for a prior authorizing judicial decision to make the collection of the data contained therein valid for purposes of proof in the process criminal. Therefore, the impacts produced by Revolution 4.0 on society will be presented, especially with regard to the improvement and expansion of the functionalities of telematic media. Subsequently, the need to balance, in the specific case, the protection of the fundamental right to privacy and the fundamental right to public safety will be demonstrated, in order to avoid, when the Judiciary is called to intervene, unfair convictions and acquittals. Then, the decisions handed down by the Supreme Court of the United States, the Spanish Constitutional Court and the Supreme Court of Canada will be presented, demonstrating that the Canadian judgment can serve as a relevant paradigm for the Supreme Court, since it presents objective criteria for physical inspection of the seized cell phone is lawful. From a methodological point of view, bibliographic research was used as a methodology, under a dialectical perspective, in order to carry out a dynamic interpretation of reality, above all to ensure the balance between the fundamental rights involved, in order to conclude, without exhausting the studies on the subject, that the conceptual contours of the fundamental right to privacy cannot be conferred a priori, making it imperative to unravel all the peculiarities and the context of the concrete case so that any violation of its precepts can be verified. Therefore, it is defended possible the immediate physical inspection of the cell phone of a person arrested in *flagrante delicto*, and the Judiciary Branch, a posteriori, is responsible for verifying any violation of privacy in the case examined.

Keywords: Privacy. Public security. Physical inspection of seized cell phone. *Flagrante delicto*. Possibility.

SUMÁRIO

| | |
|--|----|
| INTRODUÇÃO | 09 |
| 1 OS IMPACTOS DA QUARTA REVOLUÇÃO INDUSTRIAL NA SOCIEDADE | 14 |
| 1.1 ESCORÇO HISTÓRICO DA QUARTA REVOLUÇÃO INDUSTRIAL..... | 14 |
| 1.2 OS REFLEXOS DAS NOVAS TECNOLOGIAS NO SISTEMA JURÍDICO-PENAL..... | 22 |
| 2 O DIREITO FUNDAMENTAL À PRIVACIDADE E O PARADIGMA DIGITAL | 30 |
| 2.1 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONCEITO DA PRIVACIDADE..... | 31 |
| 2.2 AS IMPLICAÇÕES DO PARADIGMA DIGITAL SOBRE O DIREITO FUNDAMENTAL À PRIVACIDADE..... | 39 |
| 2.3 A INEXISTÊNCIA DE DIREITO FUNDAMENTAL ABSOLUTO SOB A PERSPECTIVA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO..... | 45 |
| 3 O CONFLITO APARENTE ENTRE A PROMOÇÃO DA SEGURANÇA PÚBLICA PELO ESTADO E A PRESERVAÇÃO DO DIREITO À PRIVACIDADE DE SEUS CIDADÃOS | 53 |
| 3.1 A SEGURANÇA PÚBLICA COMO DIREITO FUNDAMENTAL E O PAPEL DA AUTORIDADE POLICIAL NA PREVENÇÃO E REPRESSÃO AOS ILÍCITOS PENAIS..... | 54 |
| 3.2 A PROTEÇÃO JURÍDICA DADA PARA VIABILIZAR A GARANTIA DA INVIOLABILIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL À PRIVACIDADE NO BRASIL..... | 58 |
| 3.3 A ANÁLISE DO ANTEPROJETO DE LEI QUE VISA CRIAR A “LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PARA SEGURANÇA PÚBLICA E PERSECUÇÃO PENAL”..... | 62 |
| 3.4 O PAPEL EXERCÍDO PELO PODER JUDICIÁRIO PARA DIRIMIR O CONFLITO ENTRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS ENVOLVIDOS..... | 69 |

| | |
|--|------------|
| 4 A INSPEÇÃO FÍSICA DE CELULAR APREENDIDO COM PESSOA PRESA EM FLAGRANTE SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL: A ANÁLISE DA (IN)VALIDADE DA PROVA PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES E PELO DIREITO COMPARADO..... | 75 |
| 4.1 O JULGAMENTO DO HABEAS CORPUS N.º 168.052-SP E DO ARE 1.042.075-RJ PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL..... | 78 |
| 4.2 A APRECIÇÃO DE CASOS SIMILARES PELO DIREITO COMPARADO..... | 86 |
| 4.2.1 O Julgamento do caso “ <i>Riley V. California</i> ” pela Suprema Corte Americana..... | 87 |
| 4.2.2 O entendimento firmado pelo Tribunal Constitucional Espanhol no julgamento da “ <i>Sentencia N.º 115/2013</i> ” | 89 |
| 4.2.3 O julgamento do caso “ <i>R. V. Fearon</i> ” pela Suprema Corte do Canadá..... | 92 |
| | |
| 5 A UTILIZAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO DA SUPREMA CORTE DO CANADÁ COMO PARADIGMA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO ARE N.º 1.042.075-RJ..... | 95 |
| | |
| CONSIDERAÇÕES FINAIS | 109 |
| | |
| REFERÊNCIAS..... | 113 |

INTRODUÇÃO

O advento da Revolução 4.0 possibilitou a intensificação da interação entre os indivíduos por meio da ampliação e do aperfeiçoamento dos meios telemáticos, que não podem mais ser compreendidos da mesma maneira. Atualmente, um aparelho celular possui infindáveis funcionalidades, abrigando, inclusive, vários aspectos da privacidade de seu usuário.

Assim como a sociedade, os crimes também migraram para os meios digitais, tornando os aparelhos telemáticos como celulares, notebooks, tablets, dentre outros, meios essenciais para a execução da ação criminosa. Logo, torna-se indispensável que o Estado, na consecução da árdua tarefa de promover a segurança pública, amplie seus mecanismos investigativos para esse novo ambiente.

Para que a atividade investigativa promovida pelo Estado ocorra de forma lícita, sobretudo em face de serem adotadas novas medidas para essas novas situações, agora digitais, faz-se necessária a estrita observância das normas processuais penais e, também, dos direitos fundamentais do investigado.

Diante da inegável propagação desses meios telemáticos, especialmente dos aparelhos celulares, tornou-se corriqueira a sua apreensão durante abordagem policial ou decorrente da própria prisão em flagrante pela prática de crime. Contudo, a demora no acesso às informações, conversas e dados constantes no aparelho celular pode tornar inócua a própria persecução penal, por ser possível, a título de exemplo, a destruição de provas pela via remota.

Considerando tais particularidades, o presente trabalho visa discutir se o celular apreendido em posse de pessoa presa em flagrante delito pode ser imediatamente inspecionado pela autoridade policial, sem a necessidade de prévia decisão judicial autorizativa para tornar a coleta dos dados ali constantes válidas para fins de prova no processo penal.

Para tanto, indaga-se o seguinte: a inspeção física do aparelho celular apreendido com indivíduo preso em flagrante delito, com a conseqüente análise e coleta de informações, conversas e dados ali armazenados, tem o condão de violar a sua privacidade?

A hipótese central deste trabalho é que os contornos conceituais do direito fundamental à privacidade não podem ser conferidos aprioristicamente, tornando imperioso destrinchar todas as peculiaridades e o contexto do caso concreto para que seja constatada eventual violação de seus preceitos. Logo, compreende-se possível a imediata inspeção física do aparelho celular de pessoa presa em flagrante, cabendo ao Poder Judiciário, *a posteriori*, verificar se houve violação à privacidade no caso examinado.

Inegável a importância da discussão, especialmente por ser objeto de controvérsia no Supremo Tribunal Federal, uma vez que a 2ª turma do referido órgão, no julgamento do Habeas Corpus n.º 168.052-SP (Recurso Especial 1.235.415/SP), manifestou-se pela invalidade das provas obtidas pela inspeção física a celular apreendido sem autorização judicial prévia, sob alegação de violação ao direito à privacidade do indivíduo (art. 5º, inciso X, da CRFB/88). Caso similar se encontra para decisão do tribunal pleno do STF, no julgamento do ARE 1.042.075-RJ, mas que, em razão de pedido de vista, encontra-se suspenso.

Visando percorrer todo percurso metodológico para tratar sobre o problema apresentado, o presente trabalho foi dividido em cinco capítulos. O primeiro capítulo apresenta um breve esboço histórico do paradigma digital, denominado por alguns de Quarta Revolução Industrial, a fim de demonstrar os efeitos que as novas tecnologias vêm produzindo na sociedade. Outrossim, serão analisados os efeitos dessas tecnologias no sistema jurídico-penal, sobretudo no que concerne as dificuldades apresentadas para investigação e produção de provas no âmbito digital.

No segundo capítulo, far-se-á uma abordagem da evolução histórica e conceitual do direito fundamental à privacidade, de forma a destacar a necessidade de serem averiguadas as peculiaridades e os contextos do caso concreto para saber os exatos contornos que o referido direito fundamental busca proteger. As novas tecnologias

proporcionaram uma imersão total do cidadão no ambiente digital, fazendo-o, muitas das vezes, relativizá-los em prol de benefícios concedidos por empresas privadas. Nesse sentido, será demonstrado que inexistem direitos fundamentais absolutos, sendo necessário, quando existentes os conflitos, equacioná-los de forma equilibrada.

No capítulo três, tratar-se-á sobre a segurança pública como direito fundamental, atribuindo-se ao Estado o dever de garantir a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio. Outrossim, destacará a importância do papel da autoridade policial na prevenção e repressão aos ilícitos penais, sobretudo no que concerne à produção lícita das provas, que perpassa pela observância estrita dos direitos fundamentais do investigado, assim como das normas processuais penais. Em seguida, demonstrar-se-á a proteção jurídica conferida para garantir a proteção do direito fundamental à privacidade no Brasil, bem como apresentado o anteprojeto de lei que visa regulamentar a “Proteção de Dados para Segurança Pública e Persecução Penal”. Por fim, será dado destaque ao papel exercido pelo Poder Judiciário para dirimir o conflito aparente entre os direitos fundamentais, demonstrando a necessidade de que suas decisões sejam permeadas de legitimidade democrática pela averiguação, além das normativas sobre o tema, das circunstâncias fáticas do caso concreto.

Já no capítulo quatro, serão analisados os processos submetidos ao crivo do Supremo Tribunal Federal, a saber o Habeas Corpus n.º 168.052-SP (Recurso Especial 1.235.415/SP), o ARE 1.042.075-RJ e o Habeas Corpus n.º 91.867-PA, a fim de verificar como o direito fundamental à privacidade vem sendo compreendido pela referida Corte Suprema. Também, serão analisados os julgamentos do caso “*Riley v. California*” pela Suprema Corte Americana, da “*Sentencia n.º 115/2013*” pelo Tribunal Constitucional Espanhol e do caso “*R. v. Fearson*” pela Suprema Corte do Canadá, que discutem sobre a (in)validade da prova produzida pela inspeção física do aparelho celular apreendido com indivíduo preso em flagrante pela prática de crime. Ao final do referido capítulo, será destacada a necessidade de se levar a sério o assunto, sobretudo em face da possibilidade de serem criados precedentes vinculantes sobre o tema, permeando as decisões de juízes e demais tribunais no Brasil.

Por fim, já no capítulo cinco, será demonstrada que a decisão da Suprema Corte do Canadá pode servir como excelente paradigma a ser adotado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do ARE 1.042.075-RJ, uma vez que apresenta critérios objetivos para coleta, preservação e registro das provas colhidas pela inspeção física de celular de pessoa presa em flagrante. Também, será pontuado que, se a extensão das pesquisas realizadas durante a inspeção do celular de pessoa presa em flagrante estiver diretamente relacionada aos fatos que ensejaram a sua apreensão, não há que se falar em violação a sua privacidade, sobretudo em face da urgência para serem evitadas a destruição de provas, a preservação da segurança dos policiais, investigado e terceiros, bem como apreensão de eventuais coautores do delito, armas de fogo ou demais provas que se prestariam a subsidiar a condenação ou absolvição do acusado no processo penal.

A presente pesquisa terá como substrato metodológico a análise bibliográfica e documental, eis que será feita a análise doutrinária e do ordenamento jurídico brasileiro no tocante aos direitos e garantias constitucionais, em especial os direitos à privacidade e à segurança pública.

Pretende-se, também, analisar as decisões dos tribunais superiores e das cortes constitucionais estrangeiras sobre o tema, a fim de verificar a (in)validade da obtenção de provas pelo acesso às conversas e aos dados contidos em celular de investigado, sem autorização judicial. Objetiva-se, dessa forma, verificar, por meio da análise hermenêutica do ordenamento jurídico e da jurisprudência, a licitude de tais provas para fins de condenação e/ou absolvição do acusado.

O método utilizado, para tanto, será o dialético, tendo em vista ser necessária uma interpretação dinâmica da realidade. Sobre o referido método, o autor Antônio Carlos Gil (2008, p. 14) afirma que:

[...] a dialética fornece as bases para uma interpretação dinâmica e totalizante da realidade, uma vez que estabelece que os fatos sociais não podem ser entendidos quando considerados isoladamente, abstraídos de suas influências políticas, econômicas, culturais etc.

Outrossim, sobre a utilização do método dialético, Cleber Cristiano Prodanov (2013, p. 35) assevera que:

Em síntese, o método dialético parte da premissa de que, na natureza, tudo se relaciona, transforma-se e há sempre uma contradição inerente a cada fenômeno. Nesse tipo de método, para conhecer determinado fenômeno ou objeto, o pesquisador precisa estudá-lo em todos os seus aspectos, suas relações e conexões, sem tratar o conhecimento como algo rígido, já que tudo no mundo está sempre em constante mudança.

Dessarte, buscar-se-á, pela análise dialética do tema, conhecer o fenômeno e estudá-lo sobre todos aspectos relevantes, a fim de subsidiar eventual decisão judicial sobre o tema.

1 OS IMPACTOS DA QUARTA REVOLUÇÃO INDUSTRIAL NA SOCIEDADE

O advento da sociedade atual, com a introdução dos meios telemáticos¹ para troca de informações, pressupôs perpassar por diversos paradigmas² que, mediante crises e revoluções, foram sendo superados por outros que viessem a se adequar àquele momento histórico.

Tais paradigmas, no atual estágio tecnológico da sociedade, vêm sendo substituídos em curtos períodos, com maior velocidade e intensidade, fato este que era até então inimaginável. Anos ou até vezes milênios eram necessários para que uma determinada ideia ou invenção viesse a substituir o paradigma vigente. Os períodos de crise, de dúvidas, eram demorados, mas que sucumbem rapidamente perante a denominada Revolução 4.0.

Para compreender de que forma isso foi possível, faz-se necessário abordar acerca do processo histórico da sociedade e a sua imbricada relação com a troca de informações entre os indivíduos.

1.1 ESCORÇO HISTÓRICO DA QUARTA REVOLUÇÃO INDUSTRIAL

Yuval Noah Harari (2017, p. 31), ao compilar em seu livro o escorço histórico da sociedade, compreende que, em que pese as diversas alterações fáticas durante o curso da história global, a troca de informações sempre foi ponto primordial para o sucesso e evolução de qualquer sociedade.

A título de exemplificação, Harari (2017, p. 58) afirma que, para sobreviver, os antigos caçadores-coletores deviam armazenar e processar diversos tipos de informações,

¹ De acordo com José Adércio Leite Sampaio (1998, p. 560), “a telemática, elevada ao status de ciência, estuda a manipulação e utilização da informação através do uso combinado do computador e de meios de comunicação. Mas também pode vir a ser definida como o próprio objeto: as interconexões dos sistemas de telecomunicações, do audiovisual e da informática”.

² Thomas Kuhn, precursor da temática ao escrever a obra “A Estrutura das Revoluções Científicas”, entende que paradigmas são “as realizações científicas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência” (KUHN, 2011, p.13).

pois necessitavam saber quais tipos de plantas poderiam comer e quais os perigos que determinados animais poderiam apresentar em determinado momento do dia.

Segue-se com a mesma lógica, apesar de que, hodiernamente, o processamento dessas informações se dá de maneira assustadoramente rápida e, na maioria dos casos, automatizada.

Como dito, isso tudo se deve a um lento e longo processo histórico. Segundo Harari (2017, p. 129), após a denominada Revolução Agrícola³, que promoveu o assentamento de pessoas em um território fixo, criando sociedades particularmente complexas, um novo tipo de informação se tornou essencial: os números.

Mattelart (2006, p. 11) afirma que

A ideia de uma sociedade regida pela informação está, por assim dizer, inscrita no código genético do projeto de sociedade inspirado pela mística do número. Ela data, portanto, muito antes da entrada da noção de informação na língua e na cultura da modernidade.

De acordo com registros históricos (HARARI, 2017, p. 130), foram os antigos sumérios que “inventaram um sistema para armazenar e processar informações fora do cérebro, concebido especialmente para lidar com grandes quantidades de dados matemáticos”.

Com a entrada dos séculos XVII e XVIII, o tratamento desses dados foi aprimorado pela matemática como forma de promoção do conhecimento racional.

Mattelart aduz que “o pensamento do enumerável e do mensurável torna-se o protótipo de todo discurso verdadeiro ao mesmo tempo que instaura o horizonte da busca da perfectibilidade das sociedades humanas” (2006, p. 11).

³ De acordo com Schwab (2019, p. 15) a revolução agrícola combinou a força dos animais e a dos seres humanos em benefício da produção, do transporte e da comunicação, de forma que tais adaptações promoveram e estimularam o crescimento da população, culminando na urbanização e no surgimento de cidades.

A partir desse momento, o trabalho dos dados e informações foram se aperfeiçoando, sendo que a denominada “Revolução Industrial” teve um papel fundamental para a formação e consolidação da sociedade atual.

Atualmente, há um consenso de que ocorreram, historicamente, três Revoluções Industriais (BARROSO, 2020, p. 80), marcadas por três principais motes: i) uso de máquinas a vapor; ii) uso de energia elétrica; iii) uso da *internet*.

A Primeira Revolução Industrial teve início no século XVII na Inglaterra, caracterizada pela superação da sociedade primordialmente agrícola e manufatureira com a introdução do uso de máquinas a vapor como fonte de energia, viabilizando a mecanização da produção nas novas indústrias. Trata-se, portanto, momento histórico que permitiu um avanço econômico até então inimaginável sob a ótica do paradigma agrícola.

No que se refere à Segunda Revolução Industrial, entende-se que ocorreu no final do século XIX já com a utilização da energia elétrica, uso do petróleo/gasolina e a utilização de carros, aviões e telefones, que permitiram a expansão ainda maior do sistema industrial e ampliaram os meios de comunicação entre os indivíduos.

Já a Terceira Revolução Industrial ocorreu em meados do século XX com o avanço da indústria eletrônica, especialmente em face do advento da rede mundial de computadores e o desenvolvimento da computação. Indubitavelmente, o acesso à *Internet* propiciou um avanço significativo para troca de informação entre os indivíduos, acelerando o processo de globalização e dando início ao processo de digitalização da sociedade.

Respeitado seu tempo histórico, as três revoluções industriais anteriormente citadas promoveram alterações substanciais na sociedade, de forma que a introdução e superação de cada um desses paradigmas proporcionou o advento de uma nova realidade: a digital.

Nesse sentido, Schwab (2019, p. 15) entende que a sociedade se encontra no início de uma nova revolução, que promoverá a alteração de todos os aspectos da vida de

seus cidadãos. Trata-se da denominada “Quarta Revolução Industrial” ou da “Revolução 4.0”, que pressupõe uma revolução digital, em que o uso da *internet* é incrementado por novas tecnologias digitais, pelo uso de inteligência artificial e pela robotização do aprendizado.

Em que pese a Terceira Revolução Industrial esteja marcada pelo desenvolvimento e uso, primordialmente, da *Internet*, Schwab (2019, p. 16) entende que a Revolução 4.0 “criou um mundo onde os sistemas físicos e virtuais de fabricação cooperam de forma global e flexível”, em que todo tipo de tecnologia (sequenciamento genético, nanotecnologia, energia renováveis, computação quântica etc) interagem entre os domínios físicos, digitais e biológicos.

Nesse sentido, entende-se que a referida revolução introduziu um novo paradigma, denominado por alguns de paradigma digital ou revolução digital, que vem alterando substancialmente todos os aspectos da sociedade atual.

Para tanto, Schwab (2019, p. 13) entende que a Revolução 4.0 se justifica sob três pontos de vista, a saber: i) a velocidade de introdução de novas tecnologias; ii) a amplitude e profundidade que tais tecnologias afetam a sociedade; iii) o impacto sistêmico nos atuais sistemas, sejam eles sociais, empresariais, industriais etc.

Sob a ótica da velocidade de implementação de novas tecnologias, é possível verificar que, diferentemente das demais revoluções apresentadas, a Revolução 4.0 vem evoluindo de forma extremamente veloz no seio social.

Corroborando com tal afirmação, Zuboff (2021, p. 17) aduz que as tecnologias de informação e comunicação se encontram “mais disseminadas do que a eletricidade, alcançando três dos sete bilhões de pessoas no mundo”. Inclusive, atualmente, a própria participação social pressupõe o uso dessas tecnologias, que se entranham de maneira profunda nas necessidades diárias dos indivíduos (ZUBOFF, 2021, p. 17).

Barroso (2020, p. 82), comparando a Quarta Revolução Industrial com as demais, assevera o seguinte:

Comparada às Revoluções anteriores, esta se desenvolve em velocidade exponencial, em vez de linear. Inovações e avanços tecnológicos constroem esse admirável mundo novo da tecnologia da informação, da biotecnologia, da nanotecnologia, da inteligência artificial, da robótica, da impressão em 3-D, da computação quântica, de carros autônomos e da internet das coisas.

Outrossim, Barroso (2020, p. 81) afirma que a sociedade contemporânea está vivendo sob um “novo vocabulário, que identifica utilidades que até ontem não existiam e sem as quais já não saberíamos viver”. Tratam-se dos inúmeros aplicativos disponíveis no mercado que, com apenas um clique, permite realizar diversas atividades, sejam elas de comunicação (WhatsApp, Telegram, Facetime, Facebook, Twitter, Instagram e Skype), de transporte (Uber e Waze), de streaming (Amazon Prime, Netflix, YouTube), de músicas (Spotify, Youtube Music, Deezer e iTunes) ou até mesmo para realizar o pagamento via *QR Code* (PicPay, Ame Digital, MercadoPago e agora o WhatsApp Pay).

Todas essas funcionalidades são criadas e aperfeiçoadas de maneira extremamente veloz. Cerca de dois anos atrás, era praticamente impossível encontrar estabelecimentos que aceitavam pagamento via *QR Code* no celular. Atualmente, basta sair de casa levando seu celular que é possível comprar qualquer produto, sendo raros os estabelecimentos comerciais ou até mesmo comerciantes autônomos que não aceitam essa forma de pagamento.

De forma a traduzir, em dados, a rapidez desse processo evolutivo, Lassalle (2019, p. 20) aduz que:

La magnitud del fenómeno lo evidencian los años que llevó a diversos desarrollos tecnológicos de la Revolución industrial alcanzar los cincuenta millones de usuarios y los necesitados por aplicaciones de la Revolución digital. Así, el automóvil tardó sesenta y dos; cincuenta el teléfono; cuarenta la electricidad; veintiocho la tarjeta de crédito; veintidós la TV; dieciocho el cajero automático; doce la tarjeta de débito; siete internet; cinco PayPal; cuatro YouTube; tres Facebook; dos Twitter.

La inercia acumulativa es imparable porque el incremento en la generación de datos aumenta cada año en un 66 % y porque el crecimiento que antes mencionábamos en la capacidad computacional de la tecnología hace que cada dos años se genere tanta información como la que acumulaba la humanidad en toda su historia.

Como dito, não acompanhar essa rápida evolução tecnológica coloca o cidadão alheio à própria participação social, ou até mesmo a ter por garantido os seus direitos

fundamentais básicos, exigindo, quase que implicitamente⁴, que os indivíduos utilizem todos esses mecanismos de tecnologia da informação disponíveis.

Para Sampaio (1998, p. 495)

O homem, mesmo o mais reservado, o mais tímido ou o mais circunspecto, necessita comunicar-se com o outro, dirigir-lhe ou ouvir-lhe a palavra, trocar confidências. Às vezes verbais, às vezes escritas, às vezes entre presentes; à distância, às vezes o homem ainda que mudo e surdo exercita sempre esse inevitável dom e essa inafastável necessidade.

Os meios de o fazer variam, até o lugar e as circunstâncias já foram mais limitadas no passado. Em presença, o verbo e o gesto, a insinuação, o olhar são as formas mais comuns, antes e agora. Entre ausentes, no passado, apenas o recado oral e, com escrita ou bilhete, a carta, depois o telégrafo, telefone, hoje, a telemática.

É nesse sentido que se dá a fala de Barroso (2020, p. 81):

Não há setor da economia tradicional que não tenha sido afetado. Indivíduos e empresas estão em busca de adaptação, inovação e novos modelos de negócio.

[...]

Mas o fato insuperável é que a economia baseada nas interações pessoais, bem como na produção agrícola e industrial, na transformação de matérias primas e na elaboração de bens materiais – ouro, petróleo, fábricas, trigo – cede espaço à nova economia, cuja principal fonte de riqueza é a propriedade intelectual, o conhecimento e a informação.

O indivíduo se encontra vinculado a todo esse processo promovido pela interação digital, sendo que as próprias “[...] transformações sociais estão diretamente ligadas às transformações tecnológicas da qual a sociedade se apropria para se desenvolver e se manter” (KOHN; DE MORAES, 2007, p. 1).

É justamente sob essa ótica que se enquadra o segundo ponto trazido por Schawb, uma vez que a Revolução 4.0 atua de maneira ampla e profunda nas relações sociais e individuais. Para Vilar (2017, p. 449), inclusive, a sociedade se transformou de

⁴ A título de ilustração, a Prefeitura Municipal de Vitória/ES somente disponibiliza o agendamento de vacinas contra a Covid-19 pelo *site* da referida municipalidade. Ou seja, aquele que não possui acesso à internet encontra dificuldade para ter por garantido os seus direitos fundamentais, no caso, à saúde. Disponível em: <<https://www.vitoria.es.gov.br/noticia/covid-agendamento-para-pessoas-com-35-anos-ou-mais-sera- apenas-pelo-site-43087>>. Acesso em: 30 jul. 2021.

maneira agressiva em todos os aspectos e níveis da vida, seja econômico, das estruturas, do Estado, do pensamento e ideias e do próprio comportamento.

O conceito de sociedade da informação⁵, sociedade em rede⁶, ciberleviatán⁷, cibercultura⁸, modernidade líquida⁹ ou sociedade do espetáculo¹⁰ se insere justamente sobre esse ponto, uma vez que o uso da tecnologia promoveu a intensificação da troca de informação entre os indivíduos e, também, do uso dessas informações por empresas ou pelo próprio Estado, para diversas finalidades.

Em que pese a adoção de diferentes nomenclaturas e percepções de seus efeitos, o fato é um só: o advento do paradigma digital vem provocando alterações substanciais na sociedade, colocando-a sempre vinculada e conectada à *Internet*.

Outrossim, no âmbito do paradigma digital, a troca de informação e de dados passou a ter novo significado, uma vez que vem sendo tratada como a própria matéria-prima para “a geração de conhecimentos e de dispositivos de processamento/comunicação da informação, em um ciclo de realimentação cumulativo entre a inovação e seu uso” (CASTELLS, 1999, p. 69).

Sob essa perspectiva, Lassale (2019, p. 21) afirma que

En la actualidad, casi la mitad de la población del planeta está conectada a internet y un simple smartphone tiene más capacidad de circulación y procesamiento de datos que la necesitada por la NASA en 1965 para llevar al hombre a la luna. Hoy en día, un pequeño empresario en África tiene acceso a más información que Ronald Reagan cuando ocupaba la Casa Blanca. De hecho, «posee más datos útiles y especializados a velocidades mayores. Cuenta con cruces de información más complejos que los de la totalidad del gobierno de los Estados Unidos en la Segunda Guerra Mundial.

⁵ MATTELART, Armand. História da sociedade da informação. 2ª ed. rev. e atual. Edições Loyola, São Paulo: Brasil, 2006.

⁶ CASTELLS, Manuel. A Sociedade em Rede. v. 1. 8. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

⁷ LASSALE, José María. Ciberleviatán: El colapso de la democracia liberal frente a la revolución digital. Barcelona: Arpa, 2019.

⁸ LÉVY, Pierry. Cibercultura. São Paulo: Editora 34, 1999.

⁹ BAUMAN, Zygmunt. Modernidade Líquida. 1. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001

¹⁰ DEBORD, Guy. Sociedade do espetáculo. Rio de Janeiro: Contraponto, 2000

Conforme dito pelo autor, atualmente, o aparelho celular de um indivíduo possui uma imensa capacidade de armazenar e processar dados, sendo considerado, por alguns, como o seu próprio castelo¹¹.

Sendo assim, em que pese os inúmeros benefícios que o “estar conectado” pode gerar aos indivíduos, o seu uso também deve ser considerado com cautela, sobretudo quando se leva em consideração o direito fundamental à privacidade do indivíduo.

Sob essa perspectiva, Henriques (2020, p. 35) esclarece que

[...] o desenvolvimento da tecnologia tornou necessária a regulamentação precisa da utilização dos dados, ainda que tais disposições existam para nos proteger de nós mesmos. Contudo, esse desafio é enorme para todos os ordenamentos jurídicos, não por outro motivo, pela própria flexibilização do que deve ser compreendido como privado e assunto excluído da “arena pública”, neste período de transição de conceitos em que vivemos.

A produção e o tratamento desses dados apontam a necessidade de que sejam devidamente regulados, tornando necessário repensar e preparar nossas estruturas sociais e políticas¹² para os impactos que a Revolução 4.0 vem promovendo na sociedade.

Trata-se, portanto, do terceiro ponto levantado por Schawb (2019, p. 35), que compreende que

A ruptura que a quarta revolução industrial promoverá aos atuais modelos políticos, econômicos e sociais exigirá que os atores capacitados reconheçam que eles são parte de um sistema de poderes distribuídos que requer formas mais colaborativas de interação para que possa prosperar.

¹¹ VEDOVATO, Luís Renato. ZEDS, Leandro. O celular de um homem e o seu castelo: privacidade e smartphones na investigação criminal. R. Dir. Gar. Fund., Vitória, v. 20, n. 2, p. 65-92, maio/agosto, 2019.

¹² Sobre o assunto, José Luis Bolzan de Moraes (2021, p. 24) alerta para a necessidade dessa reflexão, uma vez que “[...] com a revolução da internet ignoram-se as tradicionais fronteiras do Estado Nacional – geográficas (território) e institucionais (direitos e garantias) -, uma vez que a localização das informações armazenadas não necessariamente corresponde ao local de violação de um direito fundamental ou ao lugar de sede da empresa que guarda esses dados. [...] Não há mais coincidência entre o lugar da decisão política – Estado Nacional – e instância decisória – poder – e, com isso compromisso com os limites institucionais peculiares à fórmula Estado (Liberal) de Direito no que diz respeito a direitos e garantias clássicas – liberdade, privacidade, igualdade formal, contraditório, ampla defesa etc”.

De forma complementar, Sampaio (1998, p. 497) aduz que

Seja como for, a informação tecnológica não respeita fronteiras de soberania, nem obedece fielmente a programas governamentais determinados, disseminando-se, ou podendo disseminar-se como um incrível poder de penetração que mesmo aos desavisados impressiona. E tanto maior será essa disseminação, quanto menor for a diferença tecnológica entre as partes comunicantes, embora hoje em dia a distância da informação se mostre cada vez mais curta. Resultado: os riscos advindos do processo tecnológico, sobretudo em matéria de informações pessoais, revelam-se praticamente os mesmos em países diversos, despertando em todos percepções e angústias em quase mesma intensidade e direção. Acrescente a isso um certo temor do desconhecido, do inusitado, que provoca a tecnologia da informática, talvez por há tão pouco se ter apresentada como um elemento normal de nosso cotidiano.

Outrossim, Aras (2020, p. 16-17) destaca a necessidade de que o próprio Estado, evidentemente de maneira lícita, possa se utilizar desses dados, que são amplamente tratados por empresas privadas, para fins de garantir a segurança pública. Veja-se:

Na Sociedade da Informação, o mundo está cada vez mais conectado e imerso em dados. Vivemos numa data-driven society, isto é, numa sociedade orientada por dados de toda ordem. Um dos elementos-chave da globalização econômica é o incremento da interconexão do planeta, nos campos da comunicação, do comércio, do turismo, do entretenimento e da cultura. Nossos dados também estão espalhados pelo globo, na medida em que utilizamos serviços de empresas locais, nacionais ou transnacionais e também na medida em que nos sujeitamos a meios de controle e fiscalização pelos Estados. Para prover segurança pública e justiça criminal, na proteção de direitos das vítimas e de toda a sociedade, a Polícia e o Ministério Público também dependem do tratamento de dados pessoais.

Sob essa perspectiva, sem olvidar que o Direito busca, ao menos em tese, integrar e conformar as ações políticas na sociedade, é imperioso refletir de que forma o paradigma digital afeta o sistema jurídico-penal, sobretudo no que concerne ao uso de tecnologia para prática de crimes, bem como as questões relacionadas a produção e obtenção de provas digitais.

1.2 OS REFLEXOS DAS NOVAS TECNOLOGIAS NO SISTEMA JURÍDICO-PENAL

Conforme dito alhures, a introdução de novas tecnologias promovida pela Revolução 4.0 vem alterando substancialmente a forma com que os indivíduos vêm interagindo na sociedade.

A intensa troca de informações e o constante aperfeiçoamento dos meios de comunicação conduzem os indivíduos a ficarem “*on-line*” durante boa parte do dia, fornecendo, evidentemente, aspectos positivos para sociedade, que vem se adequando ao novo paradigma.

Comunicar-se nunca se tornou tão fácil como hoje, bastando apenas estar conectado a um mesmo aplicativo que as possibilidades são infindáveis, seja pelo envio de mensagens, fotos, vídeos, documentos, localização, pagamentos, contatos, dentre outros.

Todavia, apesar dos benefícios proporcionados, o uso das tecnologias também apresenta um lado negativo, que precisa ser considerado não só pelos indivíduos que as utiliza, mas também pelo próprio Estado.

Zuboff esclarece, nesse sentido, que a realidade digital tem esvaído a ideia de um futuro previsível, no qual ainda não se sabe lidar com todas as situações apresentadas. Veja-se:

A realidade digital está tomando conta e redefinindo tudo que é familiar, antes mesmo de termos tido a chance de ponderar e decidir sobre a situação. Nós celebramos o mundo conectado por causa das muitas maneiras pelas quais ele enriquece nossas capacidades e perspectivas, mas ele gerou novos grandes territórios de ansiedade, perigo e violência conforme o senso de um futuro previsível se esvai por entre nossos dedos (ZUBOFF, 2021, p. 17).

Para Lassale (2019, p. 29), inclusive, a tecnologia “ha deixado de ser instrumental para ser imersiva en la experiencia de lo humano”.

Questões como a violação de privacidade, *fake news*¹³, crimes cibernéticos¹⁴, cultura do cancelamento¹⁵, dentre outros problemas, estão presentes nesse novo cotidiano

¹³ Para Themudo e Almeida (2007, p. 210) “as *fake news* caracterizam-se pelo compartilhamento de notícias falsas através de diversos meios de comunicação. Ou melhor, são informações deliberadamente produzidas e distribuídas com a intenção de enganar ou prejudicar alguém, e capazes de serem tomadas como verdadeiras”.

¹⁴ Para Chai e Lima (2021, p. 5), crimes cibernéticos “involves all criminal activity carried out via computer technology and the Internet”.

¹⁵ Para Camilloto e Urashima (2020, p. 8) a cultura do cancelamento “é uma prática social atual possibilitada (e potencializada) a partir do uso da tecnologia de comunicação digital, especialmente partir do uso das interações humanas conhecidas como redes sociais”. Os autores aduzem, outrossim, que o cancelamento pressupõe a reunião de dois requisitos: i) a união de um grupo de pessoas por

do cidadão, estimulando uma reflexão sobre como o sistema jurídico-penal brasileiro pode e dever lidar com essas novas situações.

Isto porque o papel primordial do Direito Penal é o de promover a manutenção da paz social e a proteção dos valores elementares da vida comunitária (LOPES JUNIOR; GLOECKNER, 2014, p. 29).

Tavares e Casara (2020, p. 9), igualmente, afirmam que “no imaginário democrático, o Sistema de Justiça ocupa posição de destaque. Espera-se dele a solução para os conflitos e os problemas que as pessoas não conseguem resolver sozinhas”.

Portanto, sob a perspectiva do novo paradigma digital, o Direito Penal é chamado a intervir para os casos em que o uso da tecnologia se dá de forma abusiva ou para prática de crimes.

Reforçando essa ideia, Busato (2015, p. 40) afirma que

O Direito penal tenta responder às mudanças sociais. Exemplos como os da escolha de novos bens jurídicos que se devem proteger, a mudança dos fins declarados da pena desde uma fundamentação absoluta até outra, preventiva; os processos reformadores surgidos nos diversos Estados da Europa e que ainda continuam, tratando de adaptar seu sistema penal às exigências políticas de cada momento, são sintomas da evolução do Direito penal.

Costa (2019, p. 210) esclarece que o crime, assim como a própria existência humana, também é alcançado pelas mudanças sociais, especialmente aquelas promovidas pelo ambiente digital. Veja-se:

O ambiente digital propiciou o surgimento de novas formas de delinquir. Fraudes, furtos, extorsão, pedofilia, entre outros, tiveram amplo campo para se desenvolver. A facilidade e agilidade da comunicação, assim como das transações financeiras, potencializaram especialmente o desenvolvimento de organizações criminosas. Nos dias atuais, seja por conta da complexidade dos crimes e correlata dificuldade de prova, seja pelo fato de grande parte do atuar ilícito ocorrer no universo virtual, as evidências digitais ganharam imensa importância.

uma motivação específica; ii) a premissa de que o ato da pessoa cancelada é moralmente inferior ou que não observa uma norma social específica (CAMILLOTO; URASHIMA, 2020, p.8).

Dessa forma, torna-se essencial que as autoridades públicas, especialmente aquelas com competência legislativa, promovam as adaptações necessárias para dar a resposta esperada às mudanças sociais advindas da Revolução 4.0.

Por óbvio, não se defende aqui um recrudescimento da norma penal para coibir, via restrição de liberdades, a utilização dessas tecnologias. Mas, torna-se necessário encontrar um equilíbrio, onde o uso dessas tecnologias, que, atualmente, possuem funcionalidades infundáveis, possa ser adequado do ponto de vista do Estado Democrático de Direito.

No mesmo sentido, Barroso (2020, p. 185) pondera que

Nenhum ramo do Direito mexe com as paixões humanas como o direito penal. É inevitável que seja assim. A liberdade é um dos valores e bens jurídicos mais valiosos na existência de qualquer pessoa. O poder de restringi-las, por isso mesmo, deve ser cercado de todas as cautelas. [...] Por outro lado, a proteção deficiente de valores e bens jurídicos relevantes, bem como a impunidade, atrasam o processo civilizatório dos povos. O equilíbrio entre os direitos fundamentais dos acusados e os interesses legítimos da sociedade é delicado e complexo, sobretudo nos países em desenvolvimento.

Como então adequar esse sistema jurídico-penal a algo tão imprevisível, que avança de forma tão veloz no seio social, quanto ao paradigma digital? Trata-se, naturalmente, de tarefa árdua, mas que, necessariamente, deve ser levada à sério pelos operadores do Direito.

O equilíbrio entre os direitos fundamentais dos acusados e os interesses coletivos de toda sociedade devem ser compatibilizados, de forma a não tornar inócua, do ponto de vista da própria eficácia social, a norma penal.

Não se pode olvidar, também, da influência que o paradigma digital vem exercendo nas questões processuais, sobretudo no que tange ao processo penal.

O processo penal possui a função precípua de garantir a aplicação do direito penal ao caso concreto, mediante a observância do devido processo legal e demais garantias constitucionais e infraconstitucionais, de forma a compatibilizá-lo ao paradigma do Estado Democrático de Direito adotado pela Constituição Federal 1988.

Para Lopes Junior (2020, p. 46)

O processo penal é um caminho necessário para chegar-se, legitimamente, à pena. Daí por que somente se admite sua existência quando ao longo desse caminho forem rigorosamente observadas as regras e garantias constitucionalmente asseguradas (as regras do devido processo legal).

Assim, existe uma necessária simultaneidade e coexistência entre repressão ao delito e respeito às garantias constitucionais, sendo essa a difícil missão do processo penal [...].

Costa (2019, p. 217) afirma, ainda, que é através do processo penal que

[...] o Estado busca produzir as provas necessárias para elucidação dos crimes, com a devida identificação dos responsáveis e imposição das sanções cabíveis. Mostra-se claro, então, que a efetiva aplicação das normas de Direito Penal depende do processo penal

Dessa maneira, torna-se necessário compreender como o uso dessas tecnologias pode ser utilizado na condução e na aplicação das normas processuais penais, especialmente no que concerne a coleta de provas produzidas por meio digital.

Sobre o assunto, Mendes (2020, p. 61) assevera que

[...] trata-se de matéria cuja relevância tem se mostrado umbilical às novas reformas legislativas no campo do Direito Processual Penal, principalmente quanto à aceleração que combina novas tecnologias de investigação mais eficientes com a aquisição de fontes probatórias sem o respeito a garantias mínimas inerentes ao próprio Direito Processual Penal.

A produção probatória, portanto, é o meio que garante o juiz alcançar sua convicção para formulação da sentença penal, seja para fins de condenação ou absolvição do réu investigado.

Todavia, verifica-se que, com o advento de novas tecnologias, houve uma diversificação das condutas criminosas, sendo corriqueira, a título de ilustração, a prática de estelionato digital¹⁶ via aplicativo *WhatsApp*.

¹⁶ Sobre o tema, segue notícia que aduz um aumento de 36,6% dos crimes praticados pela internet no ano de 2019. Disponível em: https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/cidades/2020/02/04/interna_cidadesdf,825413/what-sapp-vira-alvo-de-criminosos-digitais-saiba-como-se-protoger.shtml. Acesso em: 13 jun. 2021.

Com efeito, Domingos (2019, p. 199) afirma que “também os criminosos passaram a dispor de formas modernas para comunicação e para encontrar pessoas afins e praticar delitos no meio virtual”.

Por ser realizado em âmbito digital, onde não há a presença física dos envolvidos, os crimes cibernéticos têm se aperfeiçoado sobremaneira e, para tanto, faz-se necessário compreender sua dinâmica para fins, por exemplo, de identificação de seu autor e a forma de coleta das evidências.

Tratando sobre a questão do anonimato na prática de crimes cibernéticos, Suxberger e Pacheco (2019, p. 108) aduzem o seguinte:

O fenômeno do anonimato deve ser percebido por um viés tanto sociológico como criminológico, posto que é uma das características que mais incentivam a ocorrência dos crimes cibernéticos. Mais do que um atributo acessório no cometimento de crimes cibernéticos, em algumas condutas criminais se torna parte essencial e elemento *sine qua non* para o seu cometimento.

Pinheiro (2016, p. 278) afirma, inclusive, que os crimes digitais ultrapassarão, em breve, os crimes praticados fisicamente. Senão, veja-se:

Segundo pesquisas atuais, crescem os crimes virtuais, e estes, em breve, irão ultrapassar os crimes físicos. Sendo assim, podemos vislumbrar a importância que a computação forense terá para a sociedade, pois é por meio dessa ciência que será possível descortinar os fatos e punir os infratores. (PINHEIRO, 2016, p. 278).

E não só. Ainda que praticados pelas vias convencionais (física), os elementos de convicção e definição legal de determinados crimes, muitas das vezes, somente se encontram verificáveis pelo acesso direto aos componentes digitais, como celulares, notebooks, dentre outros.

A título de ilustração, tem-se o crime de tráfico de drogas, em que a apreensão de diários ou papeis com a contabilidade da venda de entorpecentes era feita constantemente pelos policiais militares, servindo, inclusive, para embasar ainda mais as provas dos autos.

Atualmente, contudo, essa contabilidade é feita no próprio celular do indivíduo apreendido, mas que, por ausência de compreensão do instituto, a sua apreensão e acesso vem sendo considerado ilegal pelos tribunais superiores, conforme será abordado mais afrente.

Evidentemente que as possibilidades de armazenamento de um *smartphone* e de um pedaço de papel não se comparam, uma vez que um celular abriga diversas informações, inclusive de cunho pessoal do indivíduo. Todavia, são contextos que demonstram que determinadas ações criminosas estão se tornando digitais, não sendo possível enxergar o Direito da mesma forma que antigamente.

Verifica-se, portanto, a necessidade de se compreender corretamente a forma de produção da prova digital, especialmente para se evitar interpretações equivocadas que conduzam a sua ilegalidade/inconstitucionalidade pelos tribunais superiores.

É justamente nesse sentido a fala de Domingos (2019, p. 208), que afirma que

Novas tecnologias estão surgindo a cada momento possibilitando ações antes impensáveis para o nosso dia a dia. A maneira de lidar com toda essa evolução tecnológica que também está presente nos delitos virtuais impacta diretamente na investigação criminal, no processo penal e nas decisões judiciais, crescendo a importância da prova pericial e, portanto, da ciência da computação forense no seu escopo de sistematizar a maneira de lidar com as evidências digitais para que possam eficientemente, de forma confiável, embasar as decisões dos operadores do direito.

Por fim, insta ressaltar que não se pretende defender aqui uma sociedade punitivista, de um sistema penal em que, para se punir, vale tudo. Muito pelo contrário, torna-se necessário repensar as novas estruturas exigidas pelo paradigma digital com o único intuito de promover o equilíbrio necessário ao sistema de Justiça criminal.

Sob essa perspectiva, Barroso (2020, p. 187) esclarece que

Ninguém deseja um Estado policial, uma sociedade punitiva, um direito penal onipresente. É preciso assegurar o direito de defesa e o devido processo legal. Mas, de outra parte, impõe-se desfazer a crença de que o devido processo legal é o que não acaba nunca, e de que garantismo significa que ninguém nunca seja punido, não importa o que tenha feito. O país precisa de um Estado de justiça.

Após essas breves considerações acerca do paradigma digital e de seu impacto no sistema jurídico-penal, torna-se necessário voltar o olhar para uma questão extremamente importante e que afeta, sobremaneira, o reconhecimento da (i)legalidade das provas: a privacidade.

2 O DIREITO FUNDAMENTAL À PRIVACIDADE E O PARADIGMA DIGITAL

Conforme aduz Barroso (2020, p. 83), as plataformas tecnológicas possuem enorme potencial de violação a direitos, especialmente o direito à privacidade, por possuírem diversos dados íntimos do indivíduo, que vão da sua identificação pessoal até informações sobre suas preferências e interesses, obtidos a partir de sua “estadia *on-line*”.

Nesse sentido, é de extrema relevância, apesar da dificuldade, definir um conceito de direito à privacidade, de compreender como esse direito se relaciona com o paradigma digital, a fim de garantir que o sistema jurídico brasileiro e os operadores do Direito possam tratá-lo de forma constitucionalmente adequada.

No que se refere ao sistema jurídico-penal, torna-se ainda mais relevante depreender qual é o limite (ou se ele, de fato, existe) da privacidade do indivíduo. Entende-se, pois, necessária essa reflexão, especialmente em face da notória colisão entre os diversos direitos fundamentais, tensionada pelo advento do paradigma digital.

É importante destacar que o direito à privacidade se encontra positivado no artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal de 1988, que estabelece a inviolabilidade dos direitos à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas, bem como assegura o direito à indenização por eventual dano material ou moral decorrente de sua violação (BRASIL, 1988).

Contudo, antes de encetar uma abordagem histórica da evolução do direito à privacidade, faz-se necessário ressaltar que, apesar de existirem posições¹⁷ que o

¹⁷ A título de exemplificação, Sampaio (1998, p. 274) entende que “o direito geral à vida privada desafia uma compreensão muito mais ampla, assentada na própria ideia de autonomia privada e da noção de livre desenvolvimento da personalidade, sem embargo, contida em certos desdobramentos materializantes”. O autor relaciona, outrossim, a vida privada a questões de liberdade sexual, liberdade da vida familiar, intimidade, além de outros aspectos de intercessão como outros bens ou atributos da personalidade (SAMPAIO, 1998, p. 277). Por fim, no que concerne à intimidade, afirma que “[...] integra a vida privada, porém de uma forma muito mais dinâmica do que comumente apresentada; cuida-se de sua projeção no âmbito das informações pessoais, do relacionamento comunicativo do ser com os demais, enfim, de uma autodeterminação informativa ou informacional” (SAMPAIO, 1998, p. 351).

distinguem do direito à intimidade, adotar-se-á, no presente trabalho, a concepção de que são sinônimos, sobretudo porque “não é possível realizarmos uma divisão estática, congeladora de sentidos e possibilidades” (Bedê Junior, 2015, p. 73).

De acordo com posicionamento de Bedê Junior, o qual adere-se por sua pertinência ao caso, “a distinção entre vida privada e intimidade não traz vantagens”, de forma a ser necessário “optar pela explicação mais simples de um fenômeno” (Bedê Junior, 2015, p. 73).

No mesmo sentido, Cancelier (2017, p. 220) aduz que

Fica claro que é possível fazer uso de qualquer um dos termos para referenciar a mesma situação. Por exemplo, fala-se em vida privada ou vida íntima para tratar do mesmo espaço da vida sobre a qual se fala. Algo secreto, sigiloso ou íntimo pode ser relacionado ao mesmo aspecto que se deseja manter em segredo. O privado pode ser íntimo, o íntimo pode ser secreto, o secreto pode ser privado. Ao mesmo tempo, cada um deles poderá assumir – de forma bastante subjetiva – a depender do sujeito da fala, um significado específico.

Sob uma perspectiva histórica, Sampaio (1998, p. 273) esclarece que:

Nos países de língua espanhola, domina o entendimento de que intimidade e vida privada, embora possam ter, em abstrato, conceitos distintos, operacionalmente não revelam desigualdades significativa, podendo, conseqüentemente, ser usados ambos os termos para designar o mesmo recorte jurídico, enfim, a mesma coisa.

No Brasil há uma tendência nesse mesmo sentido. Usam-se intimidade e vida privada indistintamente, embora alguns ressaltem ser aquela um extrato mais restrito desta.

Superadas as considerações iniciais sobre essa disputa de significados, necessário, pois, discorrer acerca da evolução histórica do direito à privacidade, a fim de compreendê-lo sob a ótica do paradigma digital.

2.1 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO À PRIVACIDADE

Em que pese a existência de manifestações que remetem à noção do direito à privacidade no curso da história antiga, tecnicamente só é possível compreender o seu atual sentido com o advento da modernidade (Bedê Junior, 2015, p. 71).

Para Rodotá (2008, p. 26), o nascimento do direito à privacidade está relacionado ao rompimento da sociedade feudal e o surgimento de uma nova classe social: a burguesia.

Na idade média, especialmente durante o período feudal, poucos eram aqueles que podiam escolher ficar só, uma vez que a complexa relação da organização feudal exigia a união de esforços e de pessoas para os diversos fins, sejam eles comerciais, laborais ou até mesmo de sobrevivência de seus integrantes.

Em que pese não constituírem o marco histórico para o advento do direito à privacidade, os avanços sociais e econômicos provocados pela Primeira Revolução Industrial, o sentimento da classe burguesa de lutar por seu espaço no sistema político, bem como a necessidade de reconhecer a sua própria identidade nesse corpo social, foram fatores fundamentais para nutrir esse sentimento de vida privada.

Cancelier (2017, p. 216), no mesmo sentido, aduz que

Com a desagregação da sociedade feudal e a emergência da classe burguesa, seu fascínio pela individualidade é potencializado. O burguês apropria-se dos espaços, levantando novas barreiras, buscando proteção de um local apenas seu, revelando uma nova necessidade de intimidade.

Diversos são os autores que apresentam e delimitam a publicação do artigo “*The right to privacy*”, escrito por Samuel D. Warren e Louis D. Brandeis, na revista “*Harvard Law Review*”, como marco inicial da construção atual do conceito de direito à privacidade.

Warren e Brandeis (1890, p. 193) fazem uma comparação do direito à privacidade com os direitos à vida, à liberdade e à propriedade. Para os autores, os direitos gradualmente foram evoluindo, de forma a exigir que não só os bens tangíveis fossem objeto de proteção do direito. Pugnavam pela necessidade de se garantir uma proteção aos bens intangíveis, como o pensamento e os sentimentos humanos, especialmente no que se refere ao defendido “direito de ficar só”.

Contudo, Megan Richardson (2017, p. 1), de forma a refletir sobre a afirmação de que os autores foram os precursores da criação desse direito (fundamental à privacidade), faz a seguinte indagação:

When did the right to privacy emerge as a social, cultural and ultimately legal idea? An obvious answer was Samuel Warren and Louis Brandeis's famous article on 'The Right to Privacy' in volume four of the Harvard Law Review (1890). But I was never entirely convinced that the right to privacy was invented by these two Bostonians in 1890. They helpfully elucidated the right to privacy as a right to be 'let alone' and identified it as a universal value which law should support. They also contemplated a new way to deal with it as a matter of law, through a specific privacy tort. However, they did not suggest that they were engaging in invention of some new right.

Verifica-se que Warren e Brandeis (1890, p. 193), logo no início do artigo, aduzem que “that the individual shall have full protection in person and in property is a principle as old as commum law; but it has been found necessary from time to time to define anew the exact nature and extent of such protection”. Dessa forma, depreende-se que, de fato, consideram a existência de um direito fundamental à privacidade anterior, antigo assim como o direito natural, ainda que fosse necessário dar novos contornos conceituais.

Richardson (2017, p. 10), portanto, considera que, por meio de Warren e Brandeis, as ideias de pensadores anteriores, como Bentham, Mill e von Jhering foram propagadas, com “efeito popularizador”, tornando-se ponto de discussão de escritores, juízes e legisladores pelo mundo.

Indubitavelmente, que o referido artigo teve sua importância, sobretudo por se tornar importante instrumento que viabilizou a discussão e aprimoramento dos contornos da privacidade a nível global. No entanto, classificá-los como precursores desse direito fundamental à privacidade é equivocado.

De forma a corroborar tais afirmações, Lubin (2021, p. 2) menciona o Código Lieber, assinado por Abraham Lincon em 24 de abril de 1863, que já apresentava contornos do que, posteriormente, viria a ser defendido por Warren e Brandeis como direito à privacidade. Veja-se:

The Lieber Code of 1863 set out rules of humane treatment of civilian populations during the American Civil War. It remains an important precursor of international humanitarian law (IHL) as it serves as one of the earliest attempts at codifying the laws of armed conflict. The Code set the principle that the 'privation and disturbance of private relations' during war must be treated as the exception rather than the rule. President Abraham Lincoln who signed the Code into a general order, is also known however for being the first U.S. President to authorize a bulk military signals intelligence (SIGINT) collection program, granting his Secretary of War, Edwin Stanton, the authority to tap into Confederate telegraph lines.

It would take twenty-seven more years before Warren and Brandeis would publish their landmark 1890 Harvard Law Review article, which laid the cornerstone for the recognition of the fundamental human right to privacy.

Conforme bem salienta Sampaio (1998, p. 54), anteriormente à publicação do artigo "*The right to privacy*", não era possível identificar, de modo expresso, a consideração da vida privada e da intimidade como objetos específicos de um direito, mas que recebiam proteção reflexa como direitos à propriedade, à honra, à liberdade, à inviolabilidade de domicílio e de correspondência.

Nessa esteira, também é possível identificar manifestações¹⁸ do direito à privacidade já na Ordenação Filipinas, em 1603, considerado "o mais duradouro documento jurídico tanto da história de Portugal quanto do Brasil" (CASTRO, 2008, p. 282).

Evidentemente a noção trazida por Warren e Brandeis não limita o atual significado do direito à privacidade, mas foi a partir desse escrito que diversos países e, inclusive, organismos internacionais, passaram tratar, por meio de normativas¹⁹, sobre a proteção desse direito.

¹⁸ No artigo 179 do título VIII, da Ordenação Filipinas de 1603, que tratava das disposições gerais e garantias dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, é possível verificar a manifestação e proteção, ainda que implícita, da privacidade do indivíduo. Veja-se: "179. A inviolabilidade dos direitos civis, e políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, he garantida pela Constituição do Imperio pela maneira seguinte: I. Nenhum cidadão póde ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei. II. Nenhuma lei será estabelecida sem utilidade publica. III. A sua disposição não terá effeito retroactivo. IV. Todos podem communicar os seus pensamentos por palavras, escriptos, e publical-os pela Imprensa, sem dependência de censura, com tanto que hajam de responder pelos abusos, que commetterem no exercicio deste Direito, nos casos, e pela fórma que a Lei determinar. V. Ninguem póde ser perseguido por motivo de Religião, huma vez que respeite a do Estado, e não offenda a Moral Publica. VI. Qualquer póde conservar-se, ou sahir do Imperio, como lhe convenha, levando comsigo os seus bens guardados os regulamentos policiaes, e salvo o prejuizo de terceiro. VII. Todo o Cidadão tem em sua casa hum asilo inviolavel. De noite não se poderá entrar nella, senão por seu consentimento, ou para o defender de incendio, ou inundação; e de dia só será franqueada a sua entrada nos casos, e pela maneira, que a Lei determinar" (ORDENAÇÃO FILIPINAS, 1603).

¹⁹ Sampaio (1998, p. 63), reconhecendo a importância que os autores tiveram para descortinar o direito fundamental à privacidade, ressalta a necessidade de não atribuir-lhe "valor maior do que realmente

Importante documento internacional a tratar sobre a proteção à privacidade foi a Declaração Universal dos Direitos Humanos que, em 10 de dezembro de 1948, estipulou em seu artigo 12 a exigência de que “ninguém será sujeito à interferência na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataque à sua honra e reputação” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948).

Em observância à supramencionada declaração, em 4 de novembro de 1950, foi editada, pelos países signatários do Conselho da Europa, a Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, que também estabelece, em seu artigo 8º, a necessidade de proteção da vida privada. Senão, veja-se:

ARTIGO 8º

Direito ao respeito pela vida privada e familiar

1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência.
2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros (CONSELHO DA EUROPA, 1950).

De forma similar, em 22 de novembro de 1969, foi celebrada a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto São José da Costa Rica²⁰) no âmbito da Organização dos Estados Americanos, a qual estipula, em seu artigo 11, a exigência de que “ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação” (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969).

Via de consequência, a Constituição Federal de 1988 assentou, em seu artigo 5º, inciso X, como direito e garantia fundamental de todo e qualquer cidadão, a

teve, tendo em conta se tratar antes de um artigo doutrinário do que, claro, mais propriamente de uma fonte formal de direito”.

²⁰ No Brasil, o Pacto São José da Costa Rica somente foi promulgado em 6 de novembro de 1992 pelo Decreto n.º 678.

inviolabilidade “a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (BRASIL, 1988).

Sob a perspectiva infraconstitucional, o Código Civil Brasileiro (BRASIL, 2002) aduz que “a vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma”.

Verifica-se, de todo esse esforço histórico de produção legislativa, que a proteção do direito à privacidade tornou-se deveras importante, sobretudo após meados do século XX, em que os organismos internacionais o situaram como direito fundamental da pessoa humana.

Conforme bem pondera Silva (2013, p. 177), vários foram os autores que se esforçaram para entabular um significado definitivo à privacidade, sendo que a “elaboração de um conceito de privacidade ou respeito à vida privada parece estar ainda em desenvolvimento”.

Para Sampaio (1998, p. 244-245), trata-se

[...] de um conceito relativo, mutável, contextual e conseqüentemente impossível de assunção em um único lance de todos as suas fronteiras normativas como instituto formal irretocável. Esse relativismo se patenteia no próprio sentido do que cada pessoa pode, diferentemente das demais e até de si mesma no curso de sua vida, conceber como íntimo ou privado, a partir das influências que decisivamente sofre de fatores culturais, religiosos, políticos, filosóficos e até mesmo climáticos, sem se esquecer de que as próprias circunstâncias ou um dado momento existencial podem permitir acepções até então não cogitadas.

Sob essa perspectiva, pode-se afirmar que a dinâmica das relações sociais, impulsionadas pela constante evolução das novas tecnologias digitais, propiciaram a ampliação do significado de privacidade, não sendo possível restringi-lo ao conceito de “direito de ficar só” trazido por Warren e Brandeis em 1890.

Destacando a superação desse sentido levado a efeito por Warren e Brandeis, Mulholland (2018, p. 172) afirma que

À época, a interpretação que se dava ao direito à privacidade era restrita e se aplicava a casos em que existia a atuação de terceiros contra aquela esfera. Isto é, a interpretação que se dava a este direito restringia-se a tutelar a esfera privada de uma pessoa, impedindo que outros pudessem nela ingressar sem sua autorização. Associada à ideia de casa, moradia, este princípio foi primeiramente utilizado para proteger a vida privada das pessoas, dentro de seu próprio lar.

Para Rodotá (2008, p. 93) “[...] o objeto do direito à privacidade amplia-se, como efeito do enriquecimento da noção técnica da esfera privada, a qual compreende um número sempre crescente de situações juridicamente relevantes”.

Rodotá (2008, p. 92) elucida, ainda, que

[...] houve uma ampliação progressiva da noção de esfera privada que, quantitativamente, compreende agora situações e interesses antes excluídos de proteção jurídica específica, e que, qualitativamente, se projeta muito além da mera identificação de um sujeito e seus comportamentos privados.

Dessarte, muito mais do que se limitar ao direito de não ser incomodado, de ficar só, o direito à privacidade evoluiu simultaneamente com a própria noção de esfera privada. Sob essa perspectiva, a noção de privacidade busca abranger o conjunto de situações comunicativas, verbal ou não, de uma pessoa, mas que podem se exprimir em informações (Rodotá, 2008, p. 93).

Por esse ângulo, Mulholland (2018, p. 172/173) menciona que

A ampliação do conceito de *privacy* se deu, em grande medida, por conta da evolução das formas de divulgação e apreensão de dados pessoais. Com o advento de novas tecnologias, notadamente o desenvolvimento da biotecnologia e da *Internet*, o acesso a dados sensíveis e, conseqüentemente, a sua divulgação, foram facilitados de forma extrema. Como resultado, existe uma expansão das formas potenciais de violação da esfera privada, na medida em que se mostra a facilidade por meio da qual é possível o acesso não autorizado de terceiros a esses dados. Com isso, a tutela da privacidade passa a ser vista não só como direito de não ser molestado, mas também como o direito de ter controle sobre os dados pessoais, e com isso, impedir a sua circulação indesejada.

Ciente de que não se trata de um conceito fechado, especialmente em face da constante adaptação do direito à privacidade sob a ótica do paradigma digital, Silva (2013, p. 177) assevera que

De modo geral, existe um consenso de que o direito à privacidade consiste na pretensão de estar separado de grupos, mantendo o indivíduo livre de ingerências externas e da observação de outras pessoas, pois 'no âmago do direito à privacidade está o controle de informações sobre si mesmo.

O direito à privacidade abarca, também, a inviolabilidade do domicílio e a vida doméstica, o sigilo da correspondência e das comunicações convencionais ou eletrônicas e os dados pessoais, porquanto representam, na maioria das vezes, uma extensão da vida privada (ou mesmo íntima) da pessoa.

Por sua vez, Rodotá (2008, p. 109) afirma que o direito à privacidade se apresenta como

[...] o direito de manter o controle sobre as próprias informações e de determinar as modalidades de construção da própria esfera privada. O objeto deste direito pode ser identificado no "patrimônio informativo atual ou potencial" de um sujeito".

De todo o exposto, entende-se que o escopo do direito à privacidade, além da garantia de "não ser incomodado" e de "ficar só", busca proteger a autodeterminação informativa do indivíduo, de forma a concedê-lo o controle de seus dados e informações, bem como garantir e impedir o seu uso inadequado por terceiros.

Liberdade sexual, liberdade da vida familiar, aspectos de intercessão com outros bens ou atributos da personalidade, projeções no âmbito das informações pessoais, do relacionamento comunicativo do ser com os demais (autodeterminação informativa), assim como uma série de outras situações associadas aos direitos de personalidade e liberdade integram o conceito de vida privada e intimidade (SAMPAIO, 1998, p. 274).

Nesses termos, como bem pondera Sampaio (1998, p. 209) o direito à privacidade, como princípio²¹ que é, pode-se expressar como "prima facie, está proibida toda intervenção na esfera da intimidade e da vida privada" dos indivíduos. Mas destaca que "seus contornos exatos só podem ser aferidos, levando em conta suas peculiaridades e o contexto de caso concreto" (SAMPAIO, 1998, p. 244).

²¹ Sampaio (1998, p. 209) destaca que "os princípios são sempre razões prima facie, que se apresentam como norma de otimização, ordenando que algo seja realizado na maior medida possível dentro de suas possibilidades jurídicas e fáticas. São assim mandatos que podem ser cumpridos em diferentes graus, sem obrigarem adoção de uma única decisão concreta".

Para tanto, Sampaio (1998, p. 262), de forma a garantir racionalidade ao conceito do direito à privacidade, estabelece três premissas metodológicas que visam a clarificação dessa sua dimensão (conceitual), sobretudo por não ser admissível “[...] sucumbir à gravidade de um conceito assaz volátil e dinâmico, sob o falso argumento de sua mesma imprecisão e maturidade”. Veja-se:

Tais premissas podem assim ser elencadas:

- a) o direito à intimidade e à vida privada goza de uma constitucionalidade, pelo menos formal, pois a Constituição em seu artigo 5º, inciso X, defini-o como direito ou direitos invioláveis;
- b) o direito à intimidade e à vida privada apresenta uma estrutura que subsume ao que chamamos de teoria estrutural-formal de um direito fundamental;
- c) a intimidade e a vida privada, por envolverem temas de que dimanam aspectos pessoais e culturais, intimamente ligados à evolução tecnológica, devem ser concebidas de forma “aberta”, dinâmica e flexível, de modo a acompanhar essa constante evolução. (SAMPAIO, 1998, p. 262-263)

Superadas essas breves considerações históricas, e levando em consideração que o paradigma digital tem sido o grande responsável pela constante evolução do seu significado, torna-se importante abordar as formas que os sistemas telemáticos atuam sobre a privacidade.

2.2 AS IMPLICAÇÕES DO PARADIGMA DIGITAL SOBRE O DIREITO FUNDAMENTAL À PRIVACIDADE

Verifica-se, pois, a atual preocupação dos Estados em garantir a proteção da privacidade dos indivíduos, sobretudo no que concerne ao aumento considerável da troca de informações pelos meios telemáticos.

A tendência, pelo que se vê, é a de que os avanços tecnológicos propiciados pela Revolução 4.0 se encontram em estágio inicial, assim como a noção que se tem do significado e alcance que deve ser dado ao direito à privacidade.

Para Rodotá (2008, p. 93-94) o modo como as tecnologias da informação vem afetando a sociedade está contribuindo para construir uma nova esfera privada, uma vez que diminui, ao passar do tempo, a necessidade de contato real entre os

indivíduos, especialmente em face da disponibilização irrestrita de meios telemáticos para suprir essas necessidades.

A realização de videoconferências, o teletrabalho, o pagamento realizado por celular, as redes sociais, dentre outros mecanismos disponíveis na *Internet*, estão substituindo a realidade e levando os indivíduos à completa virtualidade.

Lassale (2021, p. 34) alerta, inclusive, para um perigo provocado pela revolução digital. Senão, veja-se:

Por el momento, la revolución digital está provocando que se olvide que los cuerpos hablan, sienten y actúan como dispositivos físicos a través de los que la identidad humana, consciente o inconscientemente, se há proyectado dialógicamente sobre los otros y sobre sí mesma.

Mesmo que se tente depreender o conceito dado à privacidade, deve-se levar em consideração que se está diante de uma situação totalmente inovadora e, até então, desconhecida. Quais seriam os limites para a revolução digital? Há, de fato, uma privacidade no ambiente digital? Até que ponto é possível invocar a autodeterminação informativa perante terceiros? E perante o Estado?

São perguntas pelas quais não se tem ainda a resposta concreta, sobretudo quando se confere as decisões judiciais sobre o tema. Contudo, o fato é que o paradigma digital está promovendo alterações substanciais em nossa estrutura, seja ela social, política, econômica, familiar e, também, do Direito.

Hodiernamente, é inconcebível pensar em um mundo sem a tecnologia, sendo que, não se adaptar aos meios telemáticos, é se colocar fora da “realidade” social, é abrir mão da própria cidadania.

Levando em consideração essa imersão digital, Cancelier (2017, p. 230) pondera que se vive um momento em que os “[...] interesses públicos e privados justificam a constante violação da privacidade dos cidadãos e, simultaneamente, o comportamento individual de cada sujeito torna difícil o respeito [...] à privacidade”.

Como forma de ilustrar essa situação, Zuboff (2021, p. 17) traz o exemplo do termostato “Nest” da empresa Google, que, mediante o aprendizado das atividades cotidianas pelo seu usuário, pode se programar para deixar o ambiente frio ou quente, de acordo com suas preferências preditivas. Senão, veja-se:

Com um Wi-Fi habilitado e conectado, os intrincados e personalizados arquivos de dados do termostato são enviados aos servidores do Google. Cada termostato vem com uma “política de privacidade”, um “contrato de termos de serviço” e um “contrato de licença para o usuário final”. Esses documentos revelam consequências opressivas para a privacidade e a segurança, nas quais informações sensíveis do indivíduo e da casa são compartilhadas com outros dispositivos inteligentes, departamentos não identificados de empresas e terceiros, para propósitos de análise preditiva e vendas a outras partes não especificadas.

Conforme se denota, apesar de cientes por meio da política de privacidade e da concordância com um contrato de termos de serviços, os indivíduos-consumidores utilizam amplamente o referido aparelho telemático, uma vez que os benefícios trazidos pelo reconhecimento de suas preferências são superiores à divulgação de seus próprios dados à empresa Google.

Ora, há quem diga que, por se tratar de consumidor, parte hipossuficiente da relação, a adesão às cláusulas eventualmente abusivas do contrato é nula de pleno direito. Contudo, há de se indagar se tais pessoas estão realmente preocupadas com a divulgação de seus dados e preferências pessoais.

Nessa lógica, Bauman e Lyon (2014, p. 20) ponderam que

[...] submetemos à matança nossos direitos de privacidade por vontade própria. Ou talvez apenas consintamos em perder a privacidade como preço razoável pelas maravilhas oferecidas em troca. Ou talvez, ainda, a pressão no sentido de levar nossa autonomia pessoal para o matadouro seja tão poderosa, tão próxima à condição de um rebanho de ovelhas, que só uns poucos excepcionalmente rebeldes, corajosos, combativos e resolutos estejam preparados para a tentativa séria de resistir. De uma forma ou de outra, contudo, nos é oferecida, ao menos nominalmente, uma escolha, assim como ao menos a aparência de um contrato em duas vias e o direito formal de protestar e processar se ele for rompido [...].

Não se defende aqui que não devem ser criados mecanismos para coibir a violação aos direitos à privacidade. Pelo contrário. São esses exemplos que nos levam a crer

que ainda se está lidando com questões desconhecidas, especialmente por não se saber para que ou para quem os dados são destinados.

Como forma a ressaltar a complexidade do tema, Aras (2020, p. 18) exemplifica:

Quando um cidadão brasileiro ou um estrangeiro residente no Brasil utiliza um desses serviços, seus dados cadastrais, seus metadados (incluindo elementos de geolocalização) e dados sensíveis são compartilhados com a pessoa jurídica no exterior e trafegam por servidores de internet noutras praças globais. A compra de livros, a assinatura de revistas, o aluguel de conteúdo audiovisual, a contratação de streaming, a aquisição de músicas, bilhetes aéreos, a chamada de um veículo de transporte por aplicativo e a reserva de hotéis pela internet revelam mais do que os nomes, endereços e dados de cartão de crédito dos compradores; revelam suas opções ideológicas, religiosas, culturais, afiliações a entidades políticas e sociais, os lugares para onde viajam e onde se hospedam, os nomes das pessoas com quem viajam ou com quem vivem, e os locais onde trabalham, onde moram e que frequentam.

Ou seja, tudo o que é feito no ambiente digital está sendo controlado, seja por empresas, Estado e até mesmo organismos internacionais, que, por meio deles, consegue identificar amplos aspectos da vida privada do indivíduo.

No Brasil, inclusive, já existem normativas criadas visando regular e controlar, no âmbito do direito civil, essa proteção de dados pessoais, a exemplo da Lei do Marco Civil da Internet (Lei Federal n.º 12.965/2014) e da Lei Geral de Proteção de Dados (Lei Federal n.º 13.709/2018).

Noutro giro, voltando o enfoque aos efeitos do paradigma digital ao sistema jurídico-penal, torna-se imprescindível refletir como devemos compreender a produção de provas no ambiente digital, sobretudo pelo fato de que o próprio Estado é produtor desses dados, que podem ser utilizados, inclusive, para fins de prevenção penal.

Isto porque, atualmente, praticamente todas as relações e troca de informações entre os indivíduos vem ocorrendo no ambiente digital. De posse de um celular, é possível realizar infindáveis atividades, que vão desde a troca de mensagens até a prática de crimes.

Chai e Lima (2021, p. 9) alertam, inclusive que “the digital world has provided facilities for the management and transfer of knowledge, and at the same time, has strained security and defense concerns”.

Sob esse olhar, Vedovato e Zedes (2019, p. 66) ponderam que

Cada vez menos provas de um crime são físicas. Em um mundo dia a dia mais virtual, as facilidades de comunicação proporcionadas pela disseminação da internet e dos celulares conhecidos como smartphones criam a necessidade de adaptação dos paradigmas investigativos.

Dessarte, sob a ótica da privacidade, torna-se necessário discutir acerca do acesso às provas ou aos elementos constitutivos do tipo penal que se encontram armazenados em aparelho celular, sobretudo quando o indivíduo é preso em flagrante delito. Para que a autoridade policial possa inspecionar fisicamente o celular da pessoa apreendida, torna-se necessária autorização judicial prévia?

Antes de tudo, é preciso compreender que se está diante de uma nova realidade, onde os resquícios de todas as ações humanas estão armazenados no ambiente digital.

Retorna-se aqui com o exemplo dado sobre a prática de tráfico de drogas. Anos atrás, quando era difícil o acesso aos meios telemáticos de comunicação, sobretudo o uso de aparelhos celulares, era constantemente possível apreender, com o investigado pela suposta prática de tráfico de drogas, anotações feitas em papéis contendo a contabilidade da venda do entorpecente.

Não se questionava, sob a ótica da privacidade, a legalidade acerca do acesso aos dados e informações ali redigidos. Atualmente, não se usa mais papéis. Basta abrir o aplicativo “notas” para redigir todo tipo de informação, inclusive realizar anotações sobre a contabilidade da prática criminosa.

Não só. Caso a autoridade policial verifique, pelo acesso ao celular, ou até mesmo das redes sociais, indícios da iminente ocorrência de crime, seja ele sequestro, homicídio ou tráfico de entorpecentes, por exemplo, deve solicitar autorização judicial

prévia para adoção das providências necessárias, sob pena de tornar ilícita eventuais provas produzidas?

Deve-se fechar os olhos para essa nova realidade? O celular do indivíduo, realmente, deve ser considerado como seu castelo²², protegido irrestritamente pelo olhar da privacidade?

Não se olvida que, mediante o requerimento à autoridade judiciária, é possível o acesso ao aparelho celular e aos dados e informações ali constantes. Todavia, é necessário refletir sobre essa exigência, uma vez que, futuramente (ou presentemente), a tendência é pela completa virtualização das ações criminosas.

Somada a essa dificuldade, encontra-se a possibilidade da exclusão de dados remotamente pelo usuário, tornando a espera pela decisão do Poder Judiciário inútil sob o ponto de vista da eficácia da persecução penal.

Impossibilitar, por exemplo, que policiais militares (ou seja, servidores públicos possuidores de fé pública) acessem o aparelho celular de indivíduo que, em determinadas circunstâncias, é apreendido pela prática de crime, é negar a própria realidade que se impõe.

Sob essa perspectiva, Leonardi (2012, p. 29) aduz que

Estamos vivendo um momento de transição. A quase totalidade dos operadores do Direito ainda não está suficientemente familiarizada com a Internet, razão pela qual o estudo dos temas jurídicos envolvendo a Rede ainda fica a cargo de especialistas com maior afinidade com a informática e que lidam com a internet em seu cotidiano pessoal e profissional. No entanto, se desejamos que a nova fronteira digital se torne realmente civilizada, precisamos compreender como o sistema jurídico deve ser aplicado a esse novo domínio da interação humana.

Evidentemente que, em face das novas tecnologias, a proteção do direito à privacidade se tornou extremamente necessária, uma vez que é garantia que visa

²² Compartilham desse entendimento VEDOVATO; ZEDES. O celular de um homem e o seu castelo: privacidade e smartphones na investigação criminal. R. Dir. Gar. Fund., Vitória, v. 20, n. 2, p. 65-92, maio/agosto, 2019.

coibir que pessoas físicas e jurídicas detenham a posse de dados íntimos de cada indivíduo.

Nesse sentido, a proteção à privacidade é imperiosa e deve ser levada à sério pelas autoridades públicas, de forma especial o Poder Legislativo, responsável pela elaboração das leis sobre o tema.

Todavia, como será abordado a seguir, também é necessário estabelecer até que ponto deve ser preservada a privacidade do indivíduo, sob pena de dogmatizar o seu real objetivo.

Vale tudo na internet? Lógico que não. Torna-se necessário encontrar um equilíbrio, sobretudo considerando que não há direito absoluto.

2.3 A INEXISTÊNCIA DE DIREITO FUNDAMENTAL ABSOLUTO SOB A PERSPECTIVA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

De forma inicial, faz-se necessário destacar que os direitos e garantias fundamentais são fruto da história humana, uma vez que, quando ausentes, tornam insustentáveis as condições de vida digna em sociedade.

Por este ângulo, Karl Loewenstein (1970, p. 392) argumenta que

El reconocimiento y la protección de los derechos y de las libertades fundamentales son el núcleo esencial del sistema político de la democracia constitucional. Estos principios encarnan la distribución del poder sin la que la democracia constitucional no puede funcionar. Cuanto más amplios sean estos ámbitos y más intensa sea su protección, tanto menos peligro existirá para que se produzca una concentración del poder. Reconocimiento y observancia de las libertades fundamentales separan el sistema político de la democracia constitucional de la autocracia.

Fruto de inegável conquista histórica, especialmente em razão de sua promulgação após anos sob regime militar, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu, em seu artigo 1º, como fundamento da República Federativa, a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e de livre iniciativa, e o

pluralismo político, constituindo-se, para tanto, como um Estado Democrático de Direito (BRASIL, 1988).

Como pilares dessa nova ordem constitucional, foram estabelecidos, no Título II da Constituição Federal de 1988, os direitos e garantias fundamentais, que abrangem tanto os direitos e deveres individuais e coletivos, quanto os direitos sociais e políticos do cidadão.

Reconhecendo a dificuldade de se estabelecer uma delimitação terminológica e conceitual, Cunha Junior (2014, p. 451) aduz que

[...] os direitos fundamentais vêm sofrendo mutações e assumindo novas dimensões com o envolver da história, conforme as exigências específicas de cada momento, o que dificulta uma conceituação material ampla e proveitosa.

Cientes dessa dificuldade, Marinoni, Mitidiero e Sarlet (2019, p. 323) esclarecem que

“[...] é possível definir direitos fundamentais como todas as posições jurídicas concernentes às pessoas (naturais ou jurídicas, consideradas na perspectiva individual ou transindividual) que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, expressa ou implicitamente, integradas à constituição e retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos, bem como todas as posições jurídicas que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparadas, tendo, ou não, assento na constituição formal”.

Como dito anteriormente, dentre esses direitos fundamentais, encontra-se o direito à privacidade, que na concepção de Viana (2006, p. 84) “transcende, pois, nas sociedades informacionais, os limites de mero direito de interesse privado para se tornar um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito”.

Inconteste, portanto, que o direito fundamental à privacidade foi erigido como um dos pilares para garantia do Estado Democrático de Direito, mormente pelo fato de que, por meio dele, é possível obstar intromissões de terceiros aos seus dados íntimos, ao tempo que garante a autodeterminação informativa do indivíduo.

Entretanto, torna-se necessário refletir acerca da existência de limites aos direitos fundamentais, uma vez que, em que pese a necessidade de se garantir a sua máxima efetividade, é possível que venha a resultar na retração de outro direito fundamental.

O equilíbrio, sob a ótica do Estado Democrático de Direito, é também fundamental para coexistência harmônica do sistema. Nesse sentido, Garcia (2015, p. 377) pondera que

Na medida em que inseridos na ordem constitucional, devendo coexistir com outros bens e valores de igual estatura, é factível a necessidade de os direitos fundamentais, em especial os direitos de defesa, sofrerem certos balizamentos ou terem o seu exercício limitado em situações específicas.

Decerto, portanto, que não há direitos fundamentais absolutos em uma ordem jurídica. Sob esse viés, entende-se que a privacidade, como direito fundamental que é, encontra óbice quando confrontada com os demais direitos garantidos constitucionalmente.

No mesmo sentido, Sampaio (1998, p. 383), considerando que os direitos fundamentais encontram suas fronteiras em outros direitos ou bens constitucionais, aduz que

Os direitos fundamentais, na prática, não são nem ilimitados nem absolutos. E não o são por uma razão intrínseca: a multiplicidade de aspectos e projeções valorativas dos direitos humanos que pode levar a situação de aparente conflito, imprimindo a necessidade de opção. Também pode desafiar outros “valores” da vida em sociedade, colocando um ponto de interrogação sobre a prevalência que se deva conferir: ao direito fundamental ou aos valores-princípios em questão.

Quando se retorna o olhar ao paradigma digital, é possível compreender diversas nuances que orbitam a aplicação do direito fundamental à privacidade no caso concreto. Uma delas, inclusive, é a de que

A nossa Constituição não tem previsão expressa de sua aplicação no mundo virtual, todavia, há de se reconhecer a eficácia dos direitos fundamentais em relações jurídicas constituídas *on line*. (BEDÊ JUNIOR, 2015, p. 74)

Trabalhar-se-á mais a frente acerca da ausência de normas que viabilizem essas relações jurídicas “*on-line*”, mas que, para o momento, é suficiente esclarecer que os direitos fundamentais a elas são aplicáveis, sobretudo em face do § 1º da Constituição Federal de 1988, que garante sua aplicabilidade imediata.

Outrossim, defendendo a aplicação da norma penal ao ambiente digital, Suxberger e Pacheco (2019, p. 116) aduzem que

Em que pese a relativa novidade desse meio ambiente informático, o Direito não se mostra alheio à aplicação de institutos antigos a esse meio virtual. A legislação penal não distingue o meio virtual do meio real de forma expressa, o que leva à conclusão de que o Direito ampara a aplicação de uma figura penal clássica (do ponto de vista historicidade do Direito Penal), como o estupro, a situações virtuais e, portanto, aceita como pressuposto a Internet e as redes informáticas como uma hiper-realidade²³.

Retomando a análise da privacidade sob a ótica do sistema jurídico-penal, mormente quando contrastada com o direito fundamental à segurança pública, Fischer (2009, p. 14) pondera que

Em nossa compreensão (integral) dos postulados garantistas, o Estado deve levar em conta que, na aplicação dos direitos fundamentais (individuais e sociais), há a necessidade de garantir também ao cidadão a eficiência e segurança, evitando-se a impunidade. O dever de garantir a segurança não está em apenas evitar condutas criminosas que atinjam direitos fundamentais de terceiros, mas também na devida apuração (com respeito aos direitos dos investigados ou processados) do ato ilícito, e, em sendo o caso, da punição do responsável.

Nesse mesmo viés, Bedê Junior aduz que “[...] o alcance do direito individual é finito, uma vez que é preciso equacioná-lo com o respeito aos direitos fundamentais dos outros cidadãos e aos deveres do Estado, dentre os quais se destaca o de segurança (2015, p. 76).

Importante ressaltar que, nesse ponto, ao se falar em direito fundamental à segurança pública, não se defende que ele deva se constituir como objetivo principal do sistema jurídico-penal, mormente pelo fato de que o paradigma do Estado Democrático de Direito busca encontrar um equilíbrio da ordem constitucional.

Dessarte, não vale tudo para busca da verdade no processo penal, mas também não devemos conceber a ideia de uma proteção deficiente de valores e bens jurídicos tão relevantes à sociedade.

²³ Suxberger e Pacheco (2019, p. 116) consideram que as interações sociais no âmbito digital (*Internet*) não são meros simulacros, mas, sim, uma realidade por si mesma, denominada de hiper-realidade. Dessa forma, compreendem que não se faz necessário a edição de novos tipos penais para atender situações que se deram no campo intangível (mas real) das redes de Internet e de comunicação (SUXBERGER; PACHECO, 2019, p. 120).

Como lembra Bedê Junior (2015, p. 105)

É um grave equívoco vislumbrar que apenas o réu tem direitos fundamentais e que o Estado somente deve ser avaliado pela forma com que respeita os direitos fundamentais do réu. É inquestionável a importância desse respeito para a configuração de um Estado Democrático de Direito, todavia, esse é apenas um lado da moeda que não esgota a obrigação do Estado para com a vítima e com a sociedade.

Sob esse viés, Barroso (2020, p. 185) bem pondera que a impunidade atrasa o processo civilizatório dos povos, sendo necessário encontrar o equilíbrio entre os direitos fundamentais dos acusados e dos interesses legítimos da sociedade.

Adere-se ao entendimento de Bedê Junior (2015, p. 75) de que os direitos fundamentais não podem ser utilizados como escudo para a prática de crimes. Para o autor, a privacidade “é garantida se for motivada, ou seja, seu uso regular é tutelado constitucionalmente, o abuso, não. E, no sentido contrário, se houver um motivo justificado, a intimidade não pode ser alegada como um dogma” (BEDÊ JUNIOR, 2015, p. 75).

Nesse mesmo sentido, Aras (2020, p. 29-30) explica que

Os direitos à privacidade, à liberdade, à segurança, à integridade e à vida são indivisíveis e devem ser mantidos em constante equilíbrio em toda a parte para que a privacidade absoluta não seja escudo para crimes graves, e de modo que a necessidade de prover segurança para a sociedade não leve ao sacrifício de direitos fundamentais, entre eles a própria privacidade

Como abordado anteriormente, está-se diante de uma nova realidade provocada pela Revolução 4.0, em que tudo que conhecemos até então vem se esvaindo com rapidez impressionante. Novas formas de trabalhar, estudar, se deslocar, de fazer compras e, inclusive, de se cometer crimes, vem sendo implementadas e aperfeiçoadas dia após dia. A realidade agora é virtual.

Realidade esta que impõe reconhecer a necessidade de se ajustar o sistema jurídico, a fim de que o equilíbrio entre os direitos fundamentais seja mantido, sob pena de tornar inócua as normas penais e processuais penais.

Sobre o tema, Leal (2014, p.188) afirma o seguinte:

E isto toma mais relevo ainda quando se vê em profusão comportamentos de ilicitude penal com alta sofisticação e inteligência, [...] desafiando os níveis de eficiência dos órgãos e processos de segurança que têm a competência de combater tais expedientes, e que não mais conseguem fazê-lo com o ferramental clássico investigativo do Código de Processo Penal brasileiro [...].

Como se vê, os sistemas telemáticos vêm hodiernamente se aperfeiçoando de tal forma, em que tudo tramita de forma digital, em um ambiente ainda desconhecido. As normas do Código de Processo Penal, assim como as disposições constitucionais sobre o tema, não foram preparadas e elaboradas para levar em consideração os nuances desse novo paradigma.

Inclusive, Chai e Lima (2021, p. 11) ressaltam as dificuldades apresentadas ao investigar crimes cibernéticos, sobretudo por exigirem a aplicação de recursos financeiros para serem adquiridas tecnologias ou treinamento de investigadores, bem como em razão da facilidade que os cibercriminosos possuem para esconder seus rastros. Veja-se:

Indeed, it is not effortless to investigate facts of an alleged computer crime, given that they require significant economic resources to acquire technologies for this purpose and train investigators with knowledge about cybercrime.

The easier Internet provides for the proliferation of online crimes, more difficulty to obtain evidence regarding authorship, given the easiness of cybercriminals moving from one place to another, hiding their tracks, and destroying any evidence of their crimes (CHAI; LIMA, 2021, p. 11).

Corroborando com a afirmação, Carneiro (2015, p. 27) assevera que a velocidade de aparelhamento e desenvolvimento tecnológico do Estado é notadamente inferior quando comparado, por exemplo, às estruturas criminosas organizadas. Nesse sentido, entende que

O esvaziamento das funções do Estado sem a concomitante criação de uma alternativa válida contribui para o fomento das condições de ineficácia do combate à criminalidade, a qual se desenvolve em vazios normativos e reticências quanto à aplicação da lei penal (CARNEIRO, 2015, p. 27).

Com efeito, o debate acerca do direito fundamental à privacidade, atualmente, tem tornado tema recorrente junto ao Supremo Tribunal Federal, mormente em face de sua indelével importância para garantia da própria dignidade da pessoa humana.

A sua proteção, indubitavelmente, deve ser garantida de forma a conceber a máxima efetividade de sua aplicação. Todavia, é necessário compatibilizá-la levando em consideração a nova realidade vivida.

Como dito, a realidade é hoje digital. Tudo está armazenado nos dispositivos telemáticos, de forma especial nos *smartphones*. Tornar a inspeção física a tais dispositivos um dogma, sob a ótica da privacidade, parece não ser a melhor compreensão do instituto, sobretudo quando o indivíduo é preso em flagrante.

Mais à frente, no capítulo 4, será tratado o caso apresentado ao Supremo Tribunal Federal no julgamento do Habeas Corpus n.º 168.052-SP (Recurso Especial n.º 1.235.415-SP), em que policiais militares acessaram fisicamente, sem autorização judicial, o aparelho celular do investigado e tomaram ciência das conversas trocadas no aplicativo “*WhatsApp*”, ensejando a busca e apreensão de armas e drogas em sua residência.

Outrossim, serão analisadas as questões jurídicas submetidas ao tribunal pleno do Supremo Tribunal Federal no julgamento, ainda pendente, do ARE 1.042.075-RJ, apta a formar precedente vinculante sobre o assunto.

Evidentemente, o debate acerca da (i)licitude da prova produzida nos autos dos processos circundam o direito à privacidade do acusado, especialmente diante da inexistência de autorização judicial que garantisse a inspeção física do celular.

Antes de apontar as nuances dos casos supramencionados, é necessário compreender, conforme exposto alhures, que inexistente direito fundamental absoluto na ordem constitucional.

Para tanto, o equilíbrio entre tais direitos é imperioso, especialmente no que concerne aos direitos fundamentais do acusado e o dever do Estado em garantir à sociedade e a própria vítima a segurança pública necessária.

Outrossim, destaca-se a urgência de se promover um debate sério sobre o assunto, mormente que, não avançar nesse sentido, é colocar em xeque a própria norma penal e promover maior descrédito para com o sistema de Justiça.

Bedê Junior (2015, p. 108) bem pondera que “a impunidade é uma falha do sistema que o deslegitima e não traz para a vítima e para a sociedade a resposta adequada à agressão sofrida, fazendo com que se diminua a credibilidade no sistema”.

Corroborar-se, portanto, com a afirmação de Barroso (2020, p. 187) de que

Ninguém deseja um Estado policial, uma sociedade punitiva, um direito penal onipresente. É preciso assegurar o direito de defesa e o devido processo legal. Mas, de outra parte, impõe-se desfazer a crença de que o devido processo legal é o que não acaba nunca, e de que garantismo significa que ninguém nunca seja punido, não importa o que tenha feito. O país precisa de um Estado de justiça.

Superadas essas considerações acerca do direito fundamental à privacidade, o próximo capítulo discutirá o conflito aparente entre a promoção da segurança pública pelo Estado e a preservação do direito à privacidade de seus cidadãos.

Destacar-se-á, outrossim, a incumbência do Poder Judiciário em dirimir esse conflito, uma vez que levado a efeito no julgamento do Habeas Corpus n.º 168.052-SP (Recurso Especial n.º 1.235.415-SP) e do ARE 1.042.075-RJ.

3 O CONFLITO APARENTE ENTRE A PROMOÇÃO DA SEGURANÇA PÚBLICA PELO ESTADO E A PRESERVAÇÃO DO DIREITO À PRIVACIDADE DE SEUS CIDADÃOS

A Constituição Federal de 1988 erigiu, no caput de seu artigo 5º, a segurança como direito fundamental de seus cidadãos. Dessa forma, torna manifesta a necessidade de que as medidas à sua garantia sejam adotadas, sobretudo no que concerne à prevenção e o combate à criminalidade.

O artigo 144 trata exatamente sobre o tema da segurança pública, estabelecendo-a como dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, de forma que “é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio” (BRASIL, 1988).

Incumbiu, para tanto, as polícias federal, rodoviária federal, ferroviária federal, civis, militares e corpo de bombeiros militares, e penais, a árdua tarefa de garantir a manutenção dessa ordem pública, seja por meio da prevenção ou repressão frente aos ilícitos penais.

Destaca-se, inclusive, que a segurança pública no Brasil ocupa um papel importantíssimo e que o papel das polícias está (e precisa estar), a todo tempo, sendo repensado, especialmente em face o aumento assustador da criminalidade (GRECO, 2020, p. 03).

Suxberger (2019, p. 43), ressaltando a relevância do tema, afirma que

A temática da segurança pública e sua relevância no contexto brasileiro apresenta, em si, um quadro paradoxal. Trata-se de um dos temas mais sensíveis e de percepção mais presente na vida dos cidadãos. No entanto, não tem alcançado a relevância devida no debate político, a ponto de ensejar discussões sobre as alternativas e possibilidades de enfrentamento desse gravíssimo problema público que experimente o Estado brasileiro com maior ênfase nos últimos trinta anos.

Dessa forma, o Estado tem como obrigação jurídica a “concretização dessa garantia, o que reclama efetividade e, igualmente, eficácia dos instrumentos postos à disposição para tanto” (SUXBERGER, 2019, p. 44).

Somado a esse fator se encontram justamente as alterações substanciais promovidas pelo paradigma digital, uma vez que assim como a sociedade, a prática de crimes vem se aperfeiçoando para os meios virtuais.

3.1 A SEGURANÇA PÚBLICA COMO DIREITO FUNDAMENTAL E O PAPEL DA AUTORIDADE POLICIAL NA PREVENÇÃO E REPRESSÃO AOS ILÍCITOS PENAIS

De forma a regular esse exercício da segurança pública, o artigo 6º do Código de Processo Penal impõe à autoridade policial, assim que tiver o conhecimento da infração penal, a adoção de diversas medidas²⁴, como, por exemplo a necessidade de que autoridade policial apreenda os objetos que tiverem relação ao fato, bem como colham todas as provas que servirem para o esclarecimento dele e de suas circunstâncias.

Outrossim, o artigo 244 do Código de Processo Penal estabelece a possibilidade de realização de busca pessoal por parte da autoridade policial, independentemente da existência de mandado, no caso de prisão ou quando houver suspeita de que o indivíduo esteja na posse de armas ou objetos que constituam corpo de delito.

²⁴ Art. 6. Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá: I - dirigir-se ao local, providenciando para que não se alterem o estado e conservação das coisas, até a chegada dos peritos criminais; II - apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais; III - colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias; IV - ouvir o ofendido; V - ouvir o indiciado, com observância, no que for aplicável, do disposto no Capítulo III do Título VII, deste Livro, devendo o respectivo termo ser assinado por duas testemunhas que lhe tenham ouvido a leitura; VI - proceder a reconhecimento de pessoas e coisas e a acareações; VII - determinar, se for caso, que se proceda a exame de corpo de delito e a quaisquer outras perícias; VIII - ordenar a identificação do indiciado pelo processo datiloscópico, se possível, e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes; IX - averiguar a vida pregressa do indiciado, sob o ponto de vista individual, familiar e social, sua condição econômica, sua atitude e estado de ânimo antes e depois do crime e durante ele, e quaisquer outros elementos que contribuam para a apreciação do seu temperamento e caráter; X - colher informações sobre a existência de filhos, respectivas idades e se possuem alguma deficiência e o nome e o contato de eventual responsável pelos cuidados dos filhos, indicado pela pessoa presa. (BRASIL, 1941)

Dessa forma, não há correntes e nem dúvidas de que o celular do indivíduo pode ser apreendido pelos policiais militares e que, posteriormente pode ser requerido o acesso às mensagens ao juízo (FREIRE JUNIOR; REZENDE, 2020, p. 108). O próprio ilícito penal, que ensejou a prisão (lícita) do indivíduo, justifica o deferimento da medida pela autoridade judiciária.

Inclusive, Moraes (2021, p. 292) constata que “a verificação dos telefones celulares nas abordagens de cidadãos por policiais tornou-se postura corriqueira, na medida em que tais aparelhos figuram como um dos principais objetos de delitos patrimoniais”, mas, claramente, não se limita a eles.

Isto porque

Considerando os atuais métodos de comunicação, novos protocolos com a utilização da internet passaram a ser ferramenta frequentemente utilizada nas práticas delituosas, a exemplo do uso do aplicativo de mensagens WhatsApp (ALVES; LOURENÇO, 2021, p. 164)

Dessarte, questiona-se (esse é o ponto focal do presente trabalho), sob a ótica da proteção à privacidade, a necessidade de autorização judicial para que policiais militares possam inspecionar fisicamente o celular apreendido com investigado detido pela prática de ilícito penal.

Sobre o assunto, Moraes (2021, p. 290) entende que:

Não se olvida que, se por um lado a Constituição Federal tutela a privacidade, por outro indica vetores para que essa proteção seja sopesada, sobretudo o direito individual e coletivo à segurança, consagrado no caput do artigo 5º da Lei Maior, que também eleva a segurança como dever do Estado e direito e responsabilidade de todos em seu artigo 144, disposições como inegável ressonância na hermenêutica e na aplicação da legislação processual penal.

Almeja-se, portanto, destacar a importância do papel exercido pela autoridade policial, não só no concerne à prevenção, mas, também, na coleta de provas e informações sobre crimes.

Silva e Moura (2020, p. 422) ressaltam que

Quando se trata da atividade policial, a preocupação com esse conflito de interesses é ainda mais sensível, por envolver atividade de risco que demanda respostas muitas vezes ágeis e coercitivas e, ao mesmo tempo, que impõe o inequívoco respeito aos direitos humanos

Nesse sentido, a observância do estrito cumprimento das normas processuais é essencial, sobretudo no que concerne à produção e à aceitação das provas produzidas.

Campos (2015, p. 47) explica que

é necessário sempre ter em mente que a atividade probatória, desempenhada fundamentalmente pelas partes, é balizada pelas garantias processuais do acusado, para que não haja violação à sua liberdade individual que, como já visto, é o escopo do processo penal.

Contudo, as garantias processuais do acusado não são irrestritas, mormente pelo fato de ser reconhecido o direito fundamental de produção de prova. Para Freire Junior (2015, p. 110), “a regra é que todos os meios de prova são válidos e o próprio legislador precisa de um fundamento relevante para proscrever ou limitar a produção de determinada prova”.

No mesmo sentido, Silva e Moura (2020, p. 402) esclarecem que

É inegável a importância das provas no ordenamento jurídico, pois, sem a possibilidade de se comprovar a verdade, não se pode falar em Estado Democrático de Direito. Posto isso, sedimenta-se a ideia de ser o direito à prova, na verdade, um direito fundamental, por estar contido implicitamente na Constituição Federal (CF/1988), mais precisamente em seu art. 5º, XXXV – direito ao processo justo – e LIV – devido processo legal

Justamente por ser reconhecida sua condição como direito fundamental, a ampliação das hipóteses de proibição probatória somente é justificável quando calcado na proteção de direitos fundamentais, não possuindo, o legislador, liberdade para inviabilizá-las por mero capricho ou puro legalismo (FREIRE JUNIOR, 2015, p. 111).

Não se busca defender que toda e qualquer prova deve ser considerada lícita, pois, assim como os demais direitos fundamentais, não se trata de direito absoluto. A imposição de limites é imperiosa para garantir esse equilíbrio para com os direitos do acusado e, constatada qualquer irregularidade ou ilegalidade na sua coleta, o agente

público responsável está sujeito às penas da lei²⁵. Ou seja, o próprio Direito é o responsável e precisa dar resposta aos eventuais excessos verificados no curso da persecução penal.

Contudo, conforme aduz Freire Junior (2015, p. 112)

Não é o simples descumprimento da regra estabelecida no Código Penal ou no Código de Processo Penal que torna determinada prova ilícita, mas, sim, a verificação de sua (in)compatibilidade com os direitos fundamentais em sua perspectiva global (réu e sociedade). Tal exame pode definir que, em determinados casos, mesmo que caracterizada afronta à letra do código, não há substancialmente uma violação ao Direito e, portanto, a prova é lícita e pode ser utilizada normalmente no processo.

Dessa forma, ao se analisar a viabilidade, *a priori*, da inspeção física do celular apreendido com indivíduo preso pela prática de crime, apenas que se verifique o descumprimento ou notória violação de sua privacidade, que perpassa pela análise de conteúdos alheios aos fatos ou o descumprimento de normas constitucionais e infraconstitucionais sobre o tema, é que é possível alegar a sua ilicitude.

Defende-se que o flagrante delito, *per si*, já justifica o acesso físico ao celular de pessoa presa, uma vez que não se pode reduzir a violência, ou seja, a prática de um crime, a uma percepção formal do Direito de que tal prova seria ilícita.

Nesse sentido, torna necessário analisar de que forma o ordenamento jurídico brasileiro buscou garantir a proteção do direito fundamental à privacidade, mormente para que tais fundamentos possam ser levados em consideração quando da análise de eventual violação substancial no caso concreto.

²⁵ A nova Lei de Abuso de Autoridade (Lei Federal n.º 13.869/2019) ampliou as definições dos crimes cometidos por agentes públicos que, no exercício de suas funções, abuse do poder que lhe tenha sido atribuído. Isso, *per si*, tem gerado receio por parte desses agentes públicos, sobretudo no que concerne aos atos relacionados à persecução penal.

3.2 A PROTEÇÃO JURÍDICA DADA PARA VIABILIZAR A GARANTIA DA INVIOABILIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL À PRIVACIDADE NO BRASIL

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso X, alberga como direito e garantia fundamental a inviolabilidade à intimidade, à vida privada, à honra e a imagem das pessoas, assegurando, para tanto, o direito a indenização material ou moral decorrente dessa violação.

Outrossim, no inciso XII do supramencionado dispositivo constitucional, busca-se resguardar o sigilo de correspondências, comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, admitindo, para o último caso, mediante prévia autorização judicial e para fins de investigação criminal, o seu acesso.

As conversas contidas e armazenadas em aplicativos de aparelhos telefônicos, assim como fotos, vídeos e demais dados ali encontrados, estão protegidas, portanto, constitucionalmente. Registra-se, no entanto, que não imunes a relativização, sobretudo por não existir direito fundamental absoluto.

No âmbito infraconstitucional, a Lei Federal n.º 9.296, de 24 de julho de 1996, foi pioneira ao regulamentar o artigo 5º, inciso XII, da CRFB/88, de forma a delinear as possibilidades de se proceder com a interceptação das comunicações telefônicas.

Em seu artigo 1º (BRASIL, 1996), dispõe o seguinte:

Art. 1º A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigilo de justiça.

Parágrafo único. O disposto nesta Lei aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática.

Percebe-se, da análise do dispositivo, que a referida legislação buscou tratar sobre a captação de conversa feita por terceiro, sem o consentimento de seus interlocutores. Ou seja, assim como ocorre nas interceptações de comunicações telefônicas

[...] a interceptação chamada telemática, seria a captação de conversas ou transmissão de dados por meio telemático. Como exemplo, podemos citar a interceptação de comunicação de e-mail. Nesta hipótese, a autoridade policial recebe uma “cópia” do e-mail no mesmo momento em que é enviada pelo alvo interceptado, tal como ocorre na interceptação telefônica (KONNO JUNIOR, 2021, p. 280).

Constata-se, nesse sentido, que a referida normativa não é aplicável para as situações em que os dados e conversas já se encontram armazenados em aplicativos de smartphones, por exemplo. O Supremo Tribunal Federal, como será mais bem abordado nos próximos capítulos, compreende que a essa situação não se aplica as medidas para a interceptação de comunicações telefônicas ou telemáticas descritas na supramencionada normativa, estando relacionadas ao próprio direito fundamental à privacidade previsto no artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal de 1988.

Já em 2014, foi editada a Lei Federal n.º 12.965, denominada de “Marco Civil da Internet”, cujo objetivo é o de estabelecer princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da *Internet* no Brasil.

Em seus artigos 2º e 3º, a supramencionada normativa estabelece como fundamento, dentre outros, o respeito à liberdade de expressão, dos direitos humanos e adota-se como um de seus princípios a proteção da privacidade (BRASIL, 2014).

Já no artigo 7º, a Lei Federal n.º 12.965 procurou tratar, como direito assegurado ao usuário da Internet, acerca da inviolabilidade da privacidade (inciso I), do fluxo das comunicações (inciso II) e das comunicações privadas armazenadas (inciso III), exigindo, para tanto, prévia autorização judicial para o seu acesso.

Em que pese haver previsão expressa acerca da necessidade de prévia autorização judicial para acesso às “comunicações privadas armazenadas”, a Lei do Marco Civil da Internet possui diversas inconsistências graves, que comprometem até mesmo o sentido do que busca proteger.

Para Gonçalves (2017, p. 6)

O Marco Civil possui esse erro conceitual de que todo direito é atribuído e não empoderado. Os direitos à liberdade de expressão, privacidade, vida privada, de acesso à informação, por exemplo, são universais e já dados como anteriormente a entendimento de todos os cidadãos e usuário de internet. Não há nova contextualização desses direitos. Não há tentativa alguma de explicá-los ou de relacioná-los com as práticas de *internet* atualmente existentes. Eles são direitos históricos e acabou, que os juízes nos digam o que eles são atualmente.

Em outros direitos, tal como o da privacidade, da vida privada, não há parâmetros para os magistrados analisarem o que se está a proteger para os usuários da *internet*. O que é privacidade em tempos que os dados pessoais estão sendo manipulados e analisados, cada vez mais, por empresas de telecomunicações e de internet?

Apesar de, em tese, ter sido criada para regular de forma efetiva a proteção dos dados pessoais em âmbito digital, a Lei do Marco Civil da Internet apenas “copiou” e “colou” os dispositivos constitucionais sobre o tema, trazendo, inclusive, normas vazias de conteúdo²⁶, em face da não preocupação em se esmiuçar termos e direitos que pretende regular.

Conclui-se, portanto, que “ali se sentiu a falta de uma abordagem criminal na utilização de aplicações de internet. Ou seja, no marco civil esteve ausente a questão penal (ARAS, 2020, p. 19).

Noutro giro, em 14 de agosto de 2018, foi criada a Lei Federal n.º 13.709, denominada Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD. A referida normativa buscou normatizar o tratamento de dados pessoais, inclusive aqueles em meios digitais, por pessoa natural ou pessoa jurídica de direito público ou privado.

Buscou-se, para tanto, garantir maior proteção aos direitos fundamentais à liberdade, à privacidade e à personalidade da pessoa natural nas medidas e ações que visam o tratamento e compartilhamento de dados pessoais.

Registra-se a necessidade de que o tratamento desses dados ocorra de maneira transparente e destinada a uma finalidade específica, utilizando-se de “propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de

²⁶ Nesses termos, TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. Marco Civil da Internet: uma lei sem conteúdo normativo. Estudos Avançados. vol. 30 no. 86. pp. 281. São Paulo Jan./Abr. 2016. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/ea/a/n87YsBGnphdHHBSMpCK7zSN/?lang=pt>>. Acesso em: 29 jun 2021

tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades” (art. 6º, inciso I, da LGPD).

Impõe, outrossim, alguns requisitos em seu artigo 7º (BRASIL, 2018), de forma a exigir, por exemplo, o consentimento do titular para o fornecimento de dados pessoais a ele relacionados.

Para Mendes (2018, p. 22)

A lei aprovada proporciona ao cidadão garantias em relação ao uso dos seus dados, a partir de princípios, de direitos do titular de dados e de mecanismos de tutela idealizados tanto para a proteção do cidadão quanto para que o mercado e setor público possam utilizar esses dados pessoais, dentro dos parâmetros e limites de sua utilização. Esta é uma experiência que vem se mostrando exitosa em diversos outros países, introduzindo o paradigma do controle – pelo qual se garante ao cidadão o controle sobre seus dados, inclusive para que os divulgue e use, em oposição ao paradigma do segredo e do sigilo. A ideia é a de que, com o empoderamento do cidadão e com a institucionalização de mecanismos de controle e supervisão sobre o uso de seus dados, o cidadão passe a ser protagonista das decisões sobre o uso de seus dados, em linha com o conceito de autodeterminação informativa, consagrada em decisão histórica da Corte Constitucional alemã, e agora também positivado como princípio na LGPD.

No mesmo sentido, Bueno (2020, p. 486) esclarece que

No plano jurídico interno, a LGPD, inspirada no General Data Protection Regulation (GDPR), do sistema comunitário europeu, pressupõe que todo dado pessoal tem relevância e valor e que o consentimento é o elemento principal e o fundamento para a autodeterminação informativa do indivíduo, de modo que ele possa ter efetivo controle das informações acerca da sua pessoa.

Todavia, em pese o seu esforço para garantir que o indivíduo possa ter controle efetivo de suas próprias informações, o artigo 4º, inciso III, alínea “a” e “d”, da Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD é expresso no sentido de não ser aplicada aos tratamentos de dados pessoais realizados para fins exclusivos de segurança pública e atividades de investigação e repressão de infrações penais.

Constata-se, portanto, a preocupação do legislador em garantir maior proteção ao direito fundamental à privacidade, apesar de o fazer de forma insuficiente, especialmente por não levar em consideração diversos aspectos impostos pelo novo paradigma digital.

É nesse sentido que aponta Konno Junior (2020, p. 277), quando aduz que

A velocidade na mudança na sociedade gera a explanada fluidez também em matéria penal e processual penal, sobretudo no *modus operandi* dos criminosos com o advento dos meios eletrônicos, e causa certa confusão na legislação brasileira. Parte pela falta de conhecimento técnico dos legisladores, parte pela morosidade do processo legislativo pátrio que, por vezes, quando se publica uma lei que verse sobre o tema, os mecanismos de punição e investigação estão defasados.

Dessarte, verificou-se que o ordenamento jurídico brasileiro ainda carece de normativas que visem tratar sobre a proteção de dados no âmbito criminal, especialmente em face dos avanços tecnológicos percebido nos últimos anos, restando ao Poder Judiciário a complexa tarefa de equacionar esse equilíbrio entre os direitos fundamentais.

3.3 A ANÁLISE DO PROJETO DE LEI QUE VISA CRIAR A “LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PARA SEGURANÇA PÚBLICA E PERSECUÇÃO PENAL”

Ciente da insuficiência normativa e, considerando que não é papel do Poder Judiciário a formação de atos legislativos, está sendo analisada a criação de uma “Lei Geral de Proteção de Dados para segurança pública e persecução penal”.

Para tanto, foi determinada²⁷, pelo então presidente da Câmara dos Deputados, Rodrigo Maia, a formação de uma comissão de juristas com o objetivo de organizar um anteprojeto que vise dar aplicabilidade à proteção de dados no âmbito da segurança pública e da persecução penal.

O referido documento já foi elaborado, mas ainda não foi submetido formalmente para fins de análise do Congresso Nacional. Dessarte, imperioso verificar se, caso aprovado, o referido anteprojeto poderá ser utilizado para dirimir as dúvidas acerca da

²⁷ JÚNIOR, Janary. Maia cria comissão de juristas para propor lei sobre uso de dados pessoais em investigações. Câmara dos Deputados, 27 nov. 2019. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/noticias/618483-maia-cria-comissao-de-juristas-parapropor-lei-sobre-uso-de-dados-pessoais-em-investigacoes/>>. Acesso em: 03 jul. 2021.

(i) legalidade do acesso às conversas e dados de smartphones sem autorização judicial.

O documento conta com um total de 68 artigos divididos em 12 capítulos e fundamenta-se

[...] na necessidade prática de que os órgãos responsáveis por atividades de segurança pública e de investigação/repressão criminais detenham segurança jurídica para exercer suas funções com maior eficiência e eficácia – como pela participação em mecanismos de cooperação internacional –, porém sempre de forma compatível com as garantias processuais e os direitos fundamentais dos titulares de dados envolvidos. (ANTEPROJETO, p. 1)

Na exposição de motivos do anteprojeto consta que foi opção do legislador não tratar sobre os dados relativos à segurança pública e investigação criminal no âmbito da Lei Geral de Proteção de Dados (Lei Federal n.º 13.709/2018), tendo em vista as diversas peculiaridades que lhe são afetas.

Verifica-se, nesse sentido, que o texto proposto pela comissão teve como base a Diretiva n.º 680/2016 da União Europeia, que visa garantir a proteção dos indivíduos para efeitos de prevenção, investigação, detenção e repressão de infrações penais e execuções de sanções penais (UNIÃO EUROPEIA, 2016).

Todavia, mister proceder com uma breve comparação entre o anteprojeto e a normativa Europeia, de forma a identificar breves inconsistências que, se não observadas, terão o condão de gerar efeitos desastrosos para a segurança pública e investigação criminal no Brasil.

O primeiro (e crucial) ponto a ser abordado, refere-se à comparação entre as disposições preliminares constantes no artigo 1º de ambas as normativas. Conforme consta, o artigo 1º Diretiva n.º 680/2016 da União Europeia dispõe o seguinte:

Artigo 1.º - Objeto e objetivos

A presente diretiva estabelece as regras relativas à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais pelas autoridades competentes para efeitos de prevenção, investigação, detenção ou repressão de infrações penais ou execução de sanções penais, incluindo

a salvaguarda e prevenção de ameaças à segurança pública (UNIÃO EUROPEIA, 2016).

Verifica-se, portanto, que as regras constantes da supramencionada normativa buscam regular a proteção dos dados pessoais para efeitos de prevenção, investigação, detenção ou repressão de infrações penais ou execução de sanções penais, incluindo a salvaguarda e prevenção de ameaças à segurança pública. Ou seja, busca um notório equilíbrio entre a privacidade do indivíduo considerada por seus dados pessoais e a segurança pública, compreendida para os fins de investigação e prevenção penal.

De forma distinta, o artigo 1º do anteprojeto que será submetido à Câmara dos Deputados assim dispõe:

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais realizado por autoridades competentes para atividades de segurança pública e de persecução penal, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural. (ANTEPROJETO, p. 6)

Pelo que parece, o referido dispositivo estipula como objetivo principal a proteção aos direitos fundamentais à liberdade, à privacidade e à personalidade, como se este fosse o real motivo pela qual estaria sendo criada. Apesar dessa sutil diferença, quando se leva em consideração os demais dispositivos criados, é o esse o sentido que se depreende.

O anteprojeto alberga em seu artigo 2º (ANTEPROJETO, p. 6-7) que a disciplina da proteção de dados pessoais em atividades de segurança pública e da persecução penal tem como fundamentos: i) a dignidade, os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais; ii) a autodeterminação informativa; iii) o respeito à vida privada e à intimidade; iv) a liberdade de manifestação do pensamento, de expressão, de informação, de comunicação e de opinião; v) a presunção de inocência; vi) confidencialidade e integridade dos sistemas informáticos pessoais; vii) garantia do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório, da motivação e da reserva legal.

Embora louvável a previsão de tais garantias, o anteprojeto destoa, e muito, de seus propósitos, inclusive da própria normativa internacional pela qual retira seus substratos. Todos os fundamentos acima expostos estão previstos nas normas constitucionais e infraconstitucionais do ordenamento jurídico, pelo qual, verifica-se, mais uma vez, a ausência de objetividade e clareza para tratar sobre a matéria.

De forma a comparar as normativas, verifica-se a preocupação da norma internacional em buscar um notório equilíbrio entre os direitos fundamentais envolvidos, sobretudo por incluir, dentre os seus objetos e objetivos, a necessidade de salvaguardar e prevenir ameaças à segurança pública.

Noutro giro, superadas essas breves comparações entre as normativas, tem-se que o referido anteprojeto buscou diferenciar certas terminologias, como, por exemplo, “dado pessoal”, “dado pessoal sensível” e “dado pessoal sigilo”, e, por consequência, os requisitos para que seu acesso seja franqueado de forma lícita.

Como “dado pessoal”, o anteprojeto compreende como toda informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável (art. 5º, inciso I, ANTEPROJETO, p. 7), sendo que seu acesso somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses: i) quando necessário para o cumprimento de atribuição legal de autoridade competente na persecução do interesse público, na forma de lei ou regulamento, observados os princípios gerais de proteção, os direitos do titular e os requisitos do Capítulo VI desta Lei; ii) para execução de políticas públicas previstas em lei, na forma de regulamento, observados os princípios gerais de proteção, os direitos do titular e os requisitos do Capítulo VI desta Lei; iii) para proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro, contra perigo concreto e iminente (art. 9º; ANTEPROJETO, p. 10/11).

Por “dado pessoal sensível” entende-se por qualquer informação sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter sigiloso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou dado biométrico, quando vinculado à pessoa natural (art. 5º, inciso II; ANTEPROJETO, p. 7), sendo exigido, para o acesso a ele, que as autoridades observem o que “estiver previsto em lei, observadas as salvaguardas desta Lei” (art. 13; ANTEPROJETO, p. 11).

No que se refere a “dado pessoa sigiloso”, a normativa refere-se às informações relativas a dado pessoal protegido por sigilo constitucional ou legal, sendo permitido seu acesso apenas “se estiver previsto em lei e para atividades de persecução penal” (art. 14; ANTEPROJETO, p. 11).

A menção a tais dispositivos é extremamente necessária para demonstrar que o anteprojeto de “Lei de Proteção de Dados para segurança pública e persecução penal” em nada contribui para resolução de casos concretos, sobretudo no que concerne a possibilidade de serem acessadas conversas e dados de telefone celular sem autorização judicial.

Isto porque o projeto de normativa faz remissão a legislações inexistentes (“estiver previsto em lei”; “na forma de lei ou regulamento”), bem como a situações que, quando submetidas à análise do Poder Judiciário, poderão pairar as mesmas discussões que as atuais, como, por exemplo, o uso das expressões “perigo concreto e “iminente”, “adequação”, “necessidade” e “proporcionalidade”.

Vale registrar, ainda, que o anteprojeto de lei não faz diferenciação explícita dos dados que visa proteger, levando a crer que não necessariamente se consubstanciam em provas, visto que

em boa parte dos casos o manejo de dados, sobretudo nos campos da prevenção e da detecção de infrações penais, serve ao propósito de orientar investigações para que, aí sim, possam ser produzidas provas.

[...]

No tocante ao acesso de dados que possam consubstanciar, por si só, provas, o anteprojeto adentra campo próprio do Código de Processo Penal, causando embaraços de todo o tipo à persecução penal (BRASIL, Ministério Público Federal, 2020, p. 28-30)

Isto porque, a ausência de sua delimitação, impede de forma desproporcional institutos como a requisição judicial, ministerial ou policial que já se encontram tratadas em outros dispositivos legais (BRASIL, Ministério Público Federal, 2020, p. 34-35).

Dessarte, de uma forma ou de outra, a ausência de critérios objetivos acaba por prejudicar tanto a atividade repressiva do Estado na obtenção da produção de provas no âmbito do processo penal, sobretudo por estabelecer limites vagos e quase que irrestritos, quanto a atividade preventiva, como a utilização de meios telemáticos para viabilizar estratégias investigativas.

No intuito de evitar essa confusão, Portugal, ao editar regras relativas ao tratamento de dados pessoais para efeitos de prevenção, detecção, investigação ou repressão de infrações penais ou de execução de sanções penais, buscou separar os dados referentes ao sistema judiciário, que deverão seguir regulados pela normativa processual penal. Senão, veja-se:

Artigo 68.º

Dados referentes ao sistema judiciário

1 - O tratamento de dados constante de processo penal, de decisão judicial ou do registo criminal é regulado nos termos da lei processual penal (PORTUGUAL, 2019).

Contudo, mesmo que o anteprojeto assim o fizesse, ainda pareceriam dúvidas sobre a possibilidade se acessar dados e conversas armazenadas em smartphones de pessoa investigada sem autorização judicial.

Nesse sentido, ainda que seja aprovado com certa rapidez pelo Congresso Nacional, o que se imagina difícil, as normativas que visem tratar sobre a proteção de dados no âmbito de investigações criminais e persecução penal não trarão a necessária objetividade para se garantir o fundamental: a segurança jurídica dos envolvidos, sejam eles policiais, investigado ou terceiros.

Outro ponto de incongruência é a imposição de limites irrazoáveis, em seu artigo 45²⁸, para o compartilhamento de dados entre autoridades internas, destoando,

²⁸ Art. 45. Qualquer modalidade de uso compartilhado de dados pessoais entre autoridades competentes somente será possível com autorização legal, com autorização judicial ou no contexto de atuações conjuntas autorizadas legalmente, observados os propósitos legítimos e específicos para o tratamento, os direitos do titular, bem como os fundamentos, princípios e obrigações previstos nesta Lei.

evidentemente, dos próprios objetivos da Diretiva n.º 680/2016, que busca garantir a livre circulação de dados pessoais entre as autoridades competentes para efeitos de prevenção, investigação, detecção ou repressão de infrações penais ou execução de sanções penais. Senão, veja-se:

(4) A livre circulação de dados pessoais entre as autoridades competentes para efeitos de prevenção, investigação, detecção ou repressão de infrações penais ou execução de sanções penais, incluindo a salvaguarda e a prevenção de ameaças à segurança pública a nível da União, e a sua transferência para países terceiros e organizações internacionais deverão ser facilitadas, assegurando simultaneamente um elevado nível de proteção dos dados pessoais. Este contexto obriga ao estabelecimento de um regime de proteção de dados pessoais sólido e mais coerente na União, apoiado por uma aplicação rigorosa das regras. (UNIÃO EUROPEIA, 2016)

É fato que o Estado, permeado pelo paradigma digital, também armazene e trate os dados pessoais de seus cidadãos para determinados fins, inclusive o de promover a segurança pública, o que permite a troca e compartilhamento com outros Estados Soberanos.

Contudo, o seu tratamento, no âmbito interno, para fins de persecução e investigação penal é extremamente dificultado, sobretudo considerando essa ausência normativa e a proteção quase que irrestrita do direito fundamental à privacidade.

Constata-se, nesse sentido, por uma análise de seus dispositivos, que o anteprojeto elaborado para criação da “Lei Geral de Proteção de Dados para segurança pública e persecução penal” não busca compatibilizar os direitos fundamentais envolvidos, impondo limites extremamente irrazoáveis para a própria atividade investigativa do Estado.

Não se olvida a necessidade de que a supramencionada normativa saia do papel, mas é necessária uma reflexão séria do seu conteúdo, especialmente pelo fato de que, se

§ 1º Ressalvadas as hipóteses legais, é vedado o compartilhamento direto e contínuo de bancos de dados que contenham dados pessoais estabelecidos no âmbito de atividades de segurança pública com órgãos responsáveis pela persecução penal, exceto:

I - nos casos em que os dados forem acessíveis publicamente, observadas as disposições desta Lei;
II - para investigação ou processo criminal específico.

§ 2º Requisições de acesso a dados entre autoridades competentes para uso compartilhado ocorrerão de forma devidamente motivada quanto ao contexto específico do pedido, à base legal, finalidade, necessidade e proporcionalidade, devendo o registro de acesso e de uso por agentes de autoridades competentes ser mantido por período de no mínimo 5 anos. (ANTEPROJETO)

aprovada na forma que se encontra atualmente, promoverá o efeito reverso, ou seja, a insegurança pública e a não persecução penal (MARQUES; BARRETO; NETO. 2020, p. 593).

3.4 O PAPEL EXERCÍDO PELO PODER JUDICIÁRIO PARA DIRIMIR O CONFLITO ENTRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS ENVOLVIDOS

De forma inicial, é importante registrar o avanço do papel do Poder Judiciário na sociedade brasileira, especialmente após a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Diante dessa nova realidade imposta pela Carta Constitucional e, atualmente, pelo paradigma digital, o Poder Judiciário, órgão responsável pela interpretação e aplicação da lei ao caso concreto, possui a “árdua tarefa de promover não somente a segurança jurídica, mas a crença no próprio Direito, na justiça” (CARVALHO NETTO, 2000, p. 472).

Logo, aos juízes é cabível a função de interpretação dos textos legais, a fim de aplicar o Direito ao caso concreto e promover a justiça.

Tem-se visto, com efeito, que nem sempre os dispositivos legais podem ser interpretados objetivamente, o que acaba fornecendo aos juízes amplo papel interpretativo, capaz de promover mais de uma solução ao caso em análise e até criar uma norma por meio da decisão proferida.

Esse ativismo judicial, contudo, tem colocado em xeque a legitimidade do Poder Judiciário frente aos demais poderes da República Federativa Brasileira, razão pela qual se faz fundamental analisar os pressupostos necessários para atribuir legitimidade do julgamento, bem como discutir se é possível chegar a uma resposta correta a ser adotada em um determinado caso.

Para Coura (2009, p. 32), as decisões proferidas pelo órgão judiciário são fruto de um contexto histórico que “pressupõe um pano de fundo compartilhável, que não pode

ser simplesmente desconsiderado, seja pela tentativa de abstração, seja pela pretensão de distanciamento do intérprete” (2009, p. 32).

Esse pano de fundo se trata justamente do paradigma do Estado Democrático de Direito que, levado a efeito pela Constituição Federal de 1988, tem o objetivo de equacionar os paradigmas anteriores²⁹, especialmente no que tange a garantia de segurança jurídica, outrora verificada no paradigma liberal, e do sentimento de Justiça realizada, permeado pelo paradigma social (CARVALHO NETTO, 2000, p. 474).

Busca-se, portanto, que a decisão judicial, pautada nesse paradigma, seja ao mesmo tempo permeada de racionalidade, comprometida com a justiça social e que atenda os ditames democráticos (COURA; COSTA, 2010, p. 31).

Isto porque, de acordo com Coura (2009, p. 73):

Amplia-se hoje o reconhecimento do caráter principiológico do Direito, de sua indeterminação estrutural, ou seja, de que a realização do sistema jurídico depende de uma mediação hermenêutica entre normas gerais e casos concretos, pois aquelas são incapazes de esgotar suas próprias condições e hipóteses de aplicação. Assim, após a “pane” do Positivismo, constatou-se que o Poder Judiciário tem que lidar com princípios jurídicos, e não apenas com um conjunto de regras. Dessa forma, o reconhecimento da indeterminação estrutural do Direito tornou-se ponto de partida para as considerações acerca da Constituição, dos direitos fundamentais e do próprio papel dos juízes.

Dessa forma, ainda que se reconheça a indeterminação estrutural do Direito ou, até mesmo, estar diante de um caso de difícil resolução, ao magistrado é imposto que, no ato de fundamentação de suas decisões, adote uma postura (e, via de consequência, uma decisão fundamentada) de acordo com o seu contexto histórico, qual seja o atual paradigma do Estado Democrático de Direito.

Jório e Coura (2018, p. 235), inclusive, levam a efeito que

²⁹ Menelick de Carvalho Netto (2000, p. 474), ao tratar sobre paradigma jurídico, afirma haver três grandes paradigmas, quais sejam: o paradigma do Estado de Direito, o paradigma do Estado de Bem-estar Social e o paradigma do Estado Democrático de Direito que “[...] tendencialmente se sucedem, em um processo de superação e subsunção, muito embora aspectos relevantes dos paradigmas anteriores, inclusive o da antiguidade, ainda possam encontrar, no nível fático, curso dentre nós, a condicionar leituras inadequadas dos textos constitucionais e legais”.

Em um ambiente democrático, a interpretação e a aplicação do Direito, mesmo nos casos mais difíceis, não pode se transformar em um ato de vontade. O próprio ordenamento deve fornecer as respostas para tais casos, ou o Judiciário estará usurpando, sem qualquer legitimidade democrática (especialmente em países em que os juízes não são eleitos, como é o caso do Brasil), funções pertencentes ao Legislativo para criar livremente em cada caso uma norma jurídica.

Indaga-se, no entanto, como chegar a essa decisão, de forma que a não cair no mesmo discurso solipsista de sempre, especialmente por se estar diante, muitas das vezes, de princípios jurídicos. É possível chegar a uma resposta correta?

Evidentemente que almejar encontrar uma resposta definitiva e atemporal constitui-se um grave equívoco do ponto de vista hermenêutico, mormente considerando que tudo muda (FREIRE JUNIOR; COURA, 2013, p. 291), como se denota, inclusive, pelo advento do paradigma digital, que vem propiciando uma alteração significativa da sociedade.

Todavia, atribui-se ao magistrado imperiosa necessidade de tentar atingir essa resposta correta, especialmente por se constituir exigência do próprio paradigma do Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, Freire Junior e Coura (2013, p. 693) aduzem que

Deve ser levada a sério a necessidade de fundamentação das decisões judiciais. A resposta correta não é um dado *a priori*, que se encontra num julgado, livro ou nas convicções do julgador, mas sim um processo que leva em conta as peculiaridades do caso concreto e do direito, não a compreensão solipsista do julgador, mas sim a intersubjetividade da comunidade de juristas.

Sob essa ótica, torna-se necessário que o juiz, ao decidir e fundamentar suas decisões, leve em consideração as peculiaridades do caso concreto, além, é claro, das normas jurídicas envolvidas.

Não é possível chegar a essa resposta levando em consideração, *a priori*, apenas os direitos fundamentais envolvidos. Ou seja, não se sopesa o valor de um determinado direito fundamental em detrimento do outro sem analisar, em conjunto, em que circunstâncias eles estão submetidos.

Outrossim, não devemos aceitar aprioristicamente como corretas as decisões só pelo fato de serem emanadas por determinado órgão julgador, sendo necessário advertir que

[...] independentemente do órgão de origem, deve ser observado o modo como as decisões judiciais são tomadas, num constante processo de reflexão acerca das pré-compreensões que as informam e conformam, à luz dos fundamentos apresentados (COURA, 2009, p. 269)

Obviamente não se defende que as decisões proferidas pelos Tribunais Superiores não devam ser observadas. Pelo contrário. Como se verá no próximo capítulo, elas possuem o condão de formar precedentes vinculantes. Contudo, o ordenamento jurídico permite³⁰, mesmo nesses casos, que se faça a distinção (*distinguishing*) ou proponha a superação (*overruling*) de determinado entendimento, sobretudo quando constatada que determinada decisão careça de racionalidade argumentativa.

A título de ilustração, cita-se aqui uma análise feita do julgamento do Resp n.º 801.109/DF pelo Superior Tribunal de Justiça, de que

Quanto à aplicação dos postulados de Alexy, todas se basearam na Lei da Colisão, efetivamente identificando os princípios colidentes, estabelecendo a precedência entre eles em abstrato e decidindo com base na precedência sustentada sobre a situação fática concreta. Todavia, não se desenvolveram os passos estudados sobre a relação de precedência, nem se ativeram a explorar as máximas da proporcionalidade de acordo com os preceitos do autor (COURA; RAMOS, 2020, p. 10).

Sobre o assunto, inclusive, Morais (2018, p. 262) alerta que a deficiência de fundamentação das decisões, faz com que a sua legitimidade “valesse muito mais pelo seu argumento de autoridade do que pela autoridade do argumento”.

Sob o ponto de vista da legitimidade das decisões, a adoção de uma interpretação pautada na construção do Direito à luz das peculiaridades de cada situação concreta analisada, é essencial, especialmente para que seja sustentada e aceita pelos jurisdicionados (COURA, 2009, p. 272).

³⁰ Nos termos do artigo 489, § 1º, inciso IV, do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015).

Isto demonstra a importância de se observar e questionar o modo pelo qual determinadas decisões judiciais, inclusive dos tribunais superiores, foram tomadas, especialmente para identificar eventuais incongruências quanto a adoção de uma hermenêutica jurídica constitucionalmente adequada.

Pois,

[...] num contexto em que se percebe claramente o crescente incremento de complexidade em relação às sociedades atuais, marcadas por um pluralismo de formas de vida e visões de mundo, o desafio de se realizar, por meio do Direito, um processo de integração social, em que os membros da sociedade sintam-se, a um só tempo, destinatários e coautores das normas, deve ser considerado não apenas no plano da criação e justificação delas, mas também na discussão dos limites e possibilidades da jurisdição constitucional à luz do paradigma do Estado Democrático de Direito (COURA, 2009, p. 273).

Diante do que foi argumentado neste subcapítulo, compreende-se que se está diante de uma nova realidade social, propiciada pelo paradigma digital que, de forma abrupta, vem transformando todas nossas estruturas sociais e políticas, pensamentos e a forma de relacionar com os demais.

Inclusive, a própria atuação do Poder Judiciário vem sendo afetada pelo supramencionado paradigma, uma vez que seus processos e audiências vem sendo realizados por meio digital, sobretudo considerando a situação pandêmica atual, que acelerou o processo de digitalização dos autos.

Ignorar essa situação é fechar os olhos para realidade que nos impõe. Não é mais, portanto, admissível. No mesmo sentido, não o é para o Poder Judiciário, que deve considerar todo esse processo de migração digital da sociedade para a fundamentação de suas decisões.

Retornando para o objeto de discussão do presente trabalho, qual seja a possibilidade de inspecionar fisicamente, sem autorização judicial prévia, o celular apreendido com pessoa presa em flagrante, é primordialmente imperioso que o Poder Judiciário se atenha não só ao fato de que um *smartphone* não possui mais as mesmas funcionalidades que antigamente, especialmente pela evolução delas ser constante.

A grande parte da privacidade do indivíduo, indubitavelmente, encontra-se armazenada ali, sendo delicado discutir qualquer possibilidade de ser franqueado o seu acesso por terceiros.

As normativas, inclusive, vêm sendo editadas pelo Poder Legislativo, na forma de se proteger o acesso indevido desses dados. Contudo, como se mostrou, há muito que se avançar, principalmente por lhes faltar descrever minuciosamente o que se pretende proteger e de que forma.

Outrossim, no âmbito penal, apesar de existirem, ainda carece de legislações contundente que venham a discutir e estabelecer critérios objetivos acerca de questões como o acesso ao conteúdo de celular durante abordagem policial.

A Constituição Federal de 1988 alberga proteção e declara a privacidade como direito fundamental do indivíduo. Noutra giro, obriga o Estado a garantir a segurança pública desses mesmos indivíduos. Ambos direitos fundamentais conflitam quando levados a efeito para os casos em que há inspeção física das conversas e dos dados de celular de pessoa presa, sem autorização policial.

Portanto, para que uma decisão judicial sobre o assunto se utilize de fundamentos constitucionalmente adequados, torna-se necessária a análise conjunta do caso concreto e dos direitos fundamentais envolvidos.

Somente dessa forma estará garantida a legitimidade da decisão, sobretudo porque, em determinados casos (e por isso é necessário analisá-los), inviabilizar, *a priori*, a inspeção física ao conteúdo de conversas e dados de celular do indivíduo apreendido pela suspeita de prática de crime, sob a alegação de violação ao direito fundamental à privacidade, será tornar inócua a própria norma penal, garantindo a impunidade e a utilização abusiva de direito fundamental como proteção³¹.

Dessarte, far-se-á, no próximo capítulo, a análise dos casos concretos (Habeas Corpus n.º 168.052-SP e ARE 1.042.075-RJ) submetidos ao Supremo Tribunal

³¹ Nesse sentido, Freire Junior (2015, p. 75) compreende que “a intimidade é garantida se for motivada, ou seja, seu uso regular é tutelado constitucionalmente, o abuso, não”.

Federal, bem como das decisões proferidas em sede do direito comparado, a fim de verificar a licitude das provas colhidas pela inspeção física, por parte da autoridade policial e sem prévia autorização judicial, de celular apreendido com indivíduo preso em flagrante.

4 A INSPEÇÃO FÍSICA DE CELULAR APREENDIDO COM PESSOA PRESA EM FLAGRANTE SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL: A ANÁLISE DA (IN)VALIDADE DA PROVA PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES E PELO DIREITO COMPARADO

Como dito anteriormente, o paradigma digital promoveu e vem promovendo substanciais alterações em nossa sociedade, especialmente em face da intensificação da interação entre indivíduo e tecnologia.

Sob essa perspectiva, o presente trabalho possui o objetivo de analisar de que forma e sob quais fundamentos o Supremo Tribunal Federal tem decidido as questões relacionadas ao inevitável conflito entre o direito fundamental à privacidade e a questões relacionadas à persecução penal em tempos digitais.

De forma mais específica, tratar-se-á sobre os julgamentos dos processos de Habeas Corpus n.º 168.052-SP (Recurso Especial 1.235.415/SP), pela segunda turma, e do ARE 1.042.075-RJ, pelo plenário, ambos submetidos ao crivo do Supremo Tribunal Federal. Neles se discute, levando em consideração, obviamente, as peculiaridades do caso, sobre a (im)possibilidade do acesso às mensagens e dados telefônicos, pela inspeção física do celular apreendido com investigado preso em flagrante, sem autorização judicial prévia.

Analisar-se-á, ainda que de forma breve, o Habeas Corpus n.º 91.867-PA, uma vez que representava o entendimento anterior do Supremo Tribunal Federal, superado pelo acórdão do Habeas Corpus n.º 168.052-SP, de que era legítima a inspeção do celular de investigado preso, sem autorização judicial, uma vez que as autoridades tinham a obrigação de colher elementos de informação hábeis a esclarecer a autoria e a materialidade do delito.

Os julgados acima discriminados foram selecionados a partir da busca pelos seguintes termos no site oficial do Supremo Tribunal Federal: “prova” e “celular” e “sem autorização judicial”.

Não houve limitação temporal para a busca dos termos, uma vez que apenas as decisões supramencionadas, proferidas no Habeas Corpus n.º 168.052-SP (Recurso Especial 1.235.415/SP), no ARE 1.042.075-RJ e no Habeas Corpus n.º 91.867-PA, foram encontradas.

Destaca-se, ainda, que apenas foram analisadas as decisões proferidas pelos juízos de primeiro e segundo graus, além do Superior Tribunal de Justiça, relativas aos processos supramencionados, uma vez se objetiva tratar especificamente de questão constitucional. Portanto, não foi objeto de busca, por parte do presente estudo, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Registra-se, ainda, que as decisões estrangeiras analisadas no presente trabalho, quais sejam o julgamento do caso “*Riley v. California*” pela Suprema Corte Americana, o julgamento da “*Sentencia n.º 115/2013*” pelo Tribunal Constitucional Espanhol e o julgamento do caso “*R. v. Fearson*” pela Suprema Corte do Canadá, foram selecionadas por terem sido mencionadas nos processos do Supremo Tribunal Federal.

Apesar de não observar critérios específicos de busca, as referidas decisões constituem paradigmas importantes no âmbito do direito comparado, formando precedentes sobre o tema em seus respectivos países, tornando imperiosa a análise de seus fundamentos para os objetivos do trabalho.

Antes de adentrar especificamente na análise dos fatos e fundamentos dos casos supramencionados, destaca-se a importância de se garantir uma reflexão séria sobre o assunto, especialmente pela possibilidade de serem formados precedentes vinculantes.

Isto porque, conforme elucidam Zaneti Junior e Sousa (2021, p. 164)

a interpretação dada no precedente vincula para os julgamentos futuros. Dela cabe inclusive reclamação, nos casos previstos no art. 988 do CPC. Pode ser utilizada para justificar a revisão criminal, a revisão da execução da pena e os recursos no curso do processo.

Nesse sentido, torna-se imprescindível compreender que se está sob a vigência de um novo paradigma e que, por essa razão, adotar uma decisão adequada, que venha a compatibilizar os direitos fundamentais envolvidos, é extremamente necessário, especialmente em face da possibilidade de vinculação de julgamentos futuros.

Evidentemente, não se olvida que o direito penal e processual deve ser regido sob a ótica do princípio da reserva legal. Conforme aduzem Zaneti Junior e Sousa (2021, p. 166-167) “o ideal, mesmo na ineliminável atividade interpretativa, é que o legislador legisle sobre a matéria decorrente dos precedentes e complete o sistema”.

Todavia, nada impede o reconhecimento da aplicação de precedentes³² em processos criminais, especialmente em face do artigo 3º do Código de Processo Penal, que estipula que “a lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito” (BRASIL, 1941).

Registra-se que, para os temas relacionados às questões processuais penais, como, por exemplo, a discussão acerca da admissibilidade de um meio de prova, ao precedente “aplica-se a regra do *tempus regit actum* e a aplicação será imediata” (ZANETI JUNIOR; SOUSA, 2021, p. 164).

Como se discute, no Habeas Corpus n.º 168.052-SP e no ARE 1.042.075-RJ, questões relacionadas à (in)validade das provas obtidas pela inspeção física das mensagens constantes em celular do investigado, preso em flagrante, sem a autorização prévia do Poder Judiciário, essencial, pois, compreender a possibilidade de tais decisões vincularem os demais juízes e tribunais, inclusive com efeitos imediatos.

³² Nos termos do artigo 927 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015), os juízes e os tribunais deverão observar: i) as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; ii) os enunciados de súmula vinculante; iii) os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; iv) os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; v) a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Dessarte, imperativo tecer considerações acerca dos supramencionados processos, especialmente em face de que, no caso do Habeas Corpus n.º 168.052-SP, já houve trânsito em julgado da matéria pela segunda turma do Supremo Tribunal Federal, apesar de não ter a força vinculante do artigo 927 do Código de Processo Civil.

Noutro giro, no que se refere ao ARE 1.042.075-RJ, como será posteriormente mais bem elucidado, o caso foi submetido ao plenário do Supremo Tribunal Federal, mas ainda não houve julgamento em razão de pedido de vista do ministro Alexandre de Moraes. Julgamento que, por se tratar de decisão plenária do Superior Tribunal Federal, poderá formar precedente vinculante sobre o tema, de forma a vincular juízes e tribunais.

Por fim, imperioso constatar que, em que pese determinada decisão tenha o condão de formar precedente vinculante sobre determinada matéria, isso não impede uma reflexão sobre os seus fundamentos, sobretudo porque “não mais se sustenta a frágil presunção de que as decisões judiciais sejam sempre adequadas ao atual paradigma constitucional” (COURA, 2009, p. 269).

4.1 O JULGAMENTO DO HABEAS CORPUS N.º 168.052-SP E DO ARE 1.042.075-RJ PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Antes de tecer considerações acerca da fundamentação utilizada pelo Supremo Tribunal Federal nos julgamentos do Habeas Corpus n.º 168.052-SP (Recurso Especial 1.235.415/SP) e do ARE 1.042.075-RJ, torna-se imperativo apontar as diferenças fáticas e jurídicas entre eles.

Segundo consta nos autos do Habeas Corpus n.º 168.052-SP (Recurso Especial 1.235.415/SP), policiais militares receberam a informação de que um indivíduo estaria portando arma de fogo e realizando tráfico de drogas em frente a sua residência, localizada no município de Chavantes/SP.

Ao comparecer ao local, os policiais militares encontraram o réu no local indicado, momento em que o abordaram e procederam com a sua revista pessoal, onde nada

fora encontrado. Em seguida, solicitaram acesso ao celular do acusado, instante em que foi possível verificar indícios de traficância no local.

Diante da situação de flagrância e da anuência do acusado para o ingresso em sua residência, foi possível encontrar substâncias entorpecentes, quantidade elevada de dinheiro em espécie, arma de fogo e projéteis de arma de fogo no local.

Apreendidos drogas, armas e celular, o réu foi encaminhado à delegacia de polícia, onde, na presença de seu advogado, negou ter franqueado acesso ao seu celular, bem como o ingresso em sua residência. Contudo, o réu confessou que a droga apreendida em sua residência era para uso próprio e que a arma encontrada era de sua propriedade.

Em seguida, foi realizada perícia técnica, sem requerimento à autoridade judiciária, no celular do réu, sendo registradas, no inquérito policial, as provas que continham suas mensagens com indícios da prática de tráfico de drogas.

O Ministério Público do Estado de São Paulo, dessa forma, apresentou denúncia contra o acusado pela prática dos delitos previstos no artigo 33, caput, da Lei Federal n.º 11.343/2006 (tráfico de drogas) e no artigo 12, caput, da Lei Federal n.º 10.826/2003 (posse irregular de arma de fogo de uso permitido).

Após regular tramitação do processo penal, o juízo *a quo*, entendeu pela invalidade da prova produzida pelo acesso às mensagens do celular do réu, uma vez que obtidas sem a devida autorização judicial.

No entanto, considerando a existência de outras provas nos autos, como a confissão e demais depoimentos colhidos, desclassificou a conduta de tráfico de drogas para uso de substância entorpecente (artigo 28, caput, da Lei Federal n.º 11.343/2006), condenando-o pela posse irregular de arma de fogo.

Após apelações apostas pela defesa e pelo *Parquet*, o caso foi submetido à análise pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, acompanhando o voto de relatoria do desembargador Walter da Silva, negou provimento ao apelo defensivo e

deu provimento ao apelo ministerial, no sentido de condenar o réu pela prática de tráfico de drogas e posse irregular de arma de fogo.

Em argumentação, o relator afirmou o seguinte:

[...] não se vislumbra o vício apontado pela defesa, o qual foi acolhido pela Magistrada *a quo*, consistente na obtenção de prova ilícita por meio de suposta violação da intimidade e das comunicações telefônicas do réu.

Isso porque, a mera consulta aos apontamentos – dados – constantes de aparelhos telefônicos ou qualquer outro objeto que realiza armazenamento de memória eletrônica não se confunde com a quebra do sigilo das comunicações de dados, cuja violação encontra obstáculo na Lei Fundamental.

E no caso em tela, a autoridade policial apenas consultou o teor das mensagens registradas no aplicativo WhatsApp do aparelho celular do réu, cuja posse lhe era legítima. (SÃO PAULO, Tribunal de Justiça, 2017)

Irresignada, a defesa apresentou recurso especial³³, submetendo a análise do caso ao Superior Tribunal de Justiça. Analisando a (i)licitude das provas obtidas pelo acesso ao telefone durante o flagrante, o STJ entendeu que

In casu, conforme se extrai dos autos, o telefone foi apreendido no momento do flagrante, isto é, sem autorização judicial. No entanto, ainda que se considere nula a prova obtida por meio da apreensão dos celulares, em ofensa ao art. 1º, caput, da Lei n. 9.296/1996, tal constatação não tem o condão de afastar a condenação do recorrente no presente caso que, conforme delineado pelo Tribunal a quo, encontrou amparo em outros elementos de prova não decorrentes dos dados obtidos por meio da perícia realizada no celular do acusado (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2018).

No entanto, reconhecendo a hipótese de tráfico privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei Federal n.º 11.343/2006), o STJ deu parcial provimento ao agravo regimental para reduzir a pena aplicada, modificar o regime inicial e substituir a sanção privativa de liberdade por medida restritiva de direito.

Novamente irresignado, o réu impetrou habeas corpus junto ao Supremo Tribunal Federal (HC n.º 168.052-SP) visando o reconhecimento da nulidade das provas

³³ Verifica-se que o recurso especial interposto pela defesa não foi admitido na origem. Para tanto, foi apresentado agravo em recurso especial, que foi conhecido, mas negado provimento pelo ministro relator do Superior Tribunal de Justiça. Novamente irresignado, foi interposto agravo regimental, submetendo à análise ao crivo da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça.

produzidas em razão do acesso, sem autorização judicial, pelos policiais militares, às mensagens de conversa constantes em aplicativo de seu celular.

Após esse breve esboço processual e antes de adentrar especificamente na fundamentação utilizada pelo Supremo Tribunal Federal para o julgamento do caso, é importante destacar a oposição de entendimentos acerca da (i)licitude do acesso às conversas constantes em celular apreendido com o réu durante abordagem policial.

O juízo *a quo* reconheceu a ilicitude das provas e determinou o seu desentranhamento dos autos. Destacou que nada impediria, no caso apresentado, que o acesso às conversas fosse franqueado após pedido de autorização da quebra do sigilo dos dados, em conformidade com os direitos fundamentais do réu, especialmente no que concerne aos direitos ao sigilo, privacidade e intimidade da pessoa humana.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em julgamento dos recursos de apelação interpostos, alegou posse legítima dos policiais militares que, durante abordagem policiais e em razão da situação flagrancial, acessaram o teor das conversas do celular do réu.

O Superior Tribunal de Justiça, de forma breve e sucinta, reconheceu a nulidade do acesso às provas produzidas pelo acesso às conversas do celular do réu sem autorização judicial. Alegou, para tanto, a aplicação do artigo 1º da Lei Federal n.º 9.296/1996³⁴, que impõe, para os casos de interceptação de comunicações telefônicas, a ordem judicial.

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, ao analisar o habeas corpus impetrado pelo réu, declarou a nulidade das provas obtidas mediante o acesso ao aplicativo de WhatsApp, uma vez que não houve autorização judicial para tanto. Senão, veja-se o acórdão:

³⁴ Art. 1º A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigilo de justiça.
Parágrafo único. O disposto nesta Lei aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática. (BRASIL, 1996).

Habeas corpus. 2. Acesso a aparelho celular por policiais sem autorização judicial. Verificação de conversas em aplicativo WhatsApp. Sigilo das comunicações e da proteção de dados. Direito fundamental à intimidade e à vida privada. Superação da jurisprudência firmada no HC 91.867/PA. Relevante modificação das circunstâncias fáticas e jurídicas. Mutação constitucional. Necessidade de autorização judicial. 3. Violação ao domicílio do réu após apreensão ilegal do celular. 4. Alegação de fornecimento voluntário do acesso ao aparelho telef nico. 5. Necessidade de se estabelecer garantias para a efetivação do direito   não autoincriminação. 6. Ordem concedida para declarar a ilicitude das provas ilícitas e de todas dela derivadas. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2020)

Como fundamenta o, há dois pontos que merecem destaque, a saber: i) a altera o de entendimento do relator, via de consequência da própria turma do Supremo Tribunal Federal, acerca do que é considerado "dado armazenado" em aparelho celular; ii) que as altera es normativas recentes, de forma especial o Marco Civil da Internet, teriam avançado no sentido de que o acesso aos dados armazenados em celular somente   possível mediante decisão judicial prévia.

Sobre o primeiro ponto, tem-se que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus n.  91.867-PA, em 24 de abril de 2012, firmou o entendimento pela validade da prova obtida pelo acesso dos últimos registros telef nicos constantes em celular do investigado sem autoriza o judicial (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2012).

Destacou-se que a apreensão do celular e o seu conseqüente acesso era decorrência do dever da autoridade policial de proceder à coleta do material comprobatório da prática da infração penal, portanto não haveria qualquer irregularidade para tanto.

Outrossim, afirmou-se que o artigo 5 , inciso XII, da Constitui o Federal visava proteger a comunica o de dados, mas não dos dados em si, enquanto depósitos registrais no celular do indivíduo. Senão, veja-se trecho do acórdão:

[...]

2. Ilicitude da prova produzida durante o inquérito policial - viola o de registros telef nicos de corr u, executor do crime, sem autoriza o judicial. 2.1 Suposta ilegalidade decorrente do fato de os policiais, após a prisão em flagrante do corr u, terem realizado a análise dos últimos registros telef nicos dos dois aparelhos celulares apreendidos. Não ocorrência. 2.2 Não se confundem comunica o telef nica e registros telef nicos, que recebem, inclusive, proteção jurídica distinta. Não se pode interpretar a cláusula do artigo 5 , XII, da CF, no sentido de proteção aos dados enquanto registro,

depósito registral. A proteção constitucional é da comunicação de dados e não dos dados. 2.3 Art. 6º do CPP: dever da autoridade policial de proceder à coleta do material comprobatório da prática da infração penal. Ao proceder à pesquisa na agenda eletrônica dos aparelhos devidamente apreendidos, meio material indireto de prova, a autoridade policial, cumprindo o seu mister, buscou, unicamente, colher elementos de informação hábeis a esclarecer a autoria e a materialidade do delito (dessa análise logrou encontrar ligações entre o executor do homicídio e o ora paciente). Verificação que permitiu a orientação inicial da linha investigatória a ser adotada, bem como possibilitou concluir que os aparelhos seriam relevantes para a investigação. 2.4 À guisa de mera argumentação, mesmo que se pudesse reputar a prova produzida como ilícita e as demais, ilícitas por derivação, nos termos da teoria dos frutos da árvore venenosa (*fruit of the poisonous tree*), é certo que, ainda assim, melhor sorte não assistiria à defesa. É que, na hipótese, não há que se falar em prova ilícita por derivação. Nos termos da teoria da descoberta inevitável, construída pela Suprema Corte norte-americana no caso *Nix x Williams* (1984), o curso normal das investigações conduziria a elementos informativos que vinculariam os pacientes ao fato investigado. Bases desse entendimento que parecem ter encontrado guarida no ordenamento jurídico pátrio com o advento da Lei 11.690/2008, que deu nova redação ao art. 157 do CPP, em especial o seu § 2º. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2012)

O mesmo ministro, em julgamento do caso sob exame (Habeas Corpus n.º 168.052-SP), alterou esse entendimento sobre o assunto alegando estarmos diante de típico caso de mutação constitucional³⁵, face

[...] a modificação das circunstâncias fáticas e jurídicas, a promulgação de leis posteriores e o significativo desenvolvimento das tecnologias da comunicação, do tráfego de dados e dos aparelhos smartphones leva, nos dias atuais, à solução distinta. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2020)

Destacou, também, que a proteção das informações e dos dados contidos em celulares, que não possuem mais o mesmo significado que anos atrás, encontrando-se, atualmente, albergada pela proteção à intimidade e à privacidade, constante no inciso X da Constituição Federal de 1988.

No que concerne ao segundo ponto levantado, a fundamentação utilizada pelo relator se deu com base no artigo 7º, inciso III, da Lei Federal n.º 12.965/2014 (BRASIL, 2014, Lei do Marco Civil da Internet), que assegura a inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial.

³⁵ Apesar de não fazer constar o seu significado em seu voto, Pedra (2010, págs. 9-10) entende que a mutação constitucional “consiste em um processo informal de alteração da Constituição, que não se encontra previsto expressamente no texto constitucional. Tal mudança informal ocorre mediante o desenvolvimento da norma, ainda que o texto constitucional permaneça intacto”.

Dessa forma, sem proceder com qualquer consideração acerca das circunstâncias fáticas ocorridas, o relator considerou que todo e qualquer acesso aos dados e informações armazenadas no celular apreendido deve ser precedido de decisão judicial fundamentada.

Vale registrar que, apesar do julgamento ter sido por maioria de votos, não houve divergência acerca da impossibilidade de se inspecionar o aparelho celular do réu durante a abordagem policial, eis que o voto divergente se limitou a denegar a ordem por violação a questões processuais.

Noutro giro, no que se refere ao ARE 1.042.075-RJ, verificou-se que o réu, durante a prática de roubo contra uma mulher, deixou cair seu telefone celular, que foi levado pela vítima à delegacia para registro da ocorrência.

Naquela oportunidade, os policiais civis acessaram diretamente, sem autorização judicial, as fotos e registros de ligações contidas no celular do réu, possibilitando sua identificação e posterior prisão.

Em sentença, o réu foi condenado à pena privativa de liberdade pela prática de roubo qualificado (art. 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal). Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação junto ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que, dando provimento ao recurso, absolveu o réu das acusações.

Conforme consta, entendeu-se que a identificação do autor dos fatos fora alcançada em razão do acesso indevido de seu aparelho celular, importando em violação ao sigilo de dados e das comunicações telefônicas do réu. Destacou, outrossim, que o acesso deveria ter sido precedido de autorização judicial, o que não restou configurado no caso.

Interposto recurso especial e extraordinário pelo Ministério Público, o caso foi analisado, primeiramente, pelo Superior Tribunal de Justiça que, considerando se tratar de matéria eminentemente constitucional, não conheceu do recurso especial.

Em seguida, o Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, reconheceu a existência de repercussão geral da questão, em face de se tratar de matéria possível de repetição em inúmeros processos, de forma a repercutir na esfera do interesse público.

Iniciado o julgamento do caso no dia 30 de outubro de 2020, o ministro-relator Dias Toffoli apresentou voto no sentido de dar provimento ao recurso extraordinário, fixando a seguinte tese (tema 977):

É lícita a prova obtida pela autoridade policial, sem autorização judicial, mediante acesso a registro telefônico ou agenda de contatos de celular apreendido ato contínuo no local do crime atribuído ao acusado, não configurando esse acesso ofensa ao sigilo das comunicações, à intimidade ou à privacidade do indivíduo - CF, art. 5º, incisos X e XII (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ARE 1.042.075-RJ, 2020)

Em sentido contrário, manifestaram-se os ministros Gilmar Mendes e Edson Fachin, pugnando pela fixação da seguinte tese:

O acesso a registro telefônico, agenda de contatos e demais dados contidos em aparelhos celulares apreendidos no local do crime atribuído ao acusado depende de prévia decisão judicial que justifique, com base em elementos concretos, a necessidade e a adequação da medida e delimite a sua abrangência à luz dos direitos fundamentais à intimidade, à privacidade e ao sigilo das comunicações e dados dos indivíduos - CF, art. 5º, X e XX (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ARE 1.042.075-RJ, 2020).

Em face da divergência, o ministro Alexandre de Moraes pediu vista dos autos, encontrando-se pendente de julgamento pelo plenário do Supremo Tribunal Federal.

Constata-se, nesse sentido, que, embora pendente de julgamento, a tese proposta pelos ministros Gilmar Mendes e Edson Fachin não se limita exclusivamente ao acesso aos dados e agenda telefônica do investigado, mas, também, a todos os demais dados contidos no aparelho celular. Exige, para tanto, que o referido acesso seja precedido de autorização judicial fundamentada, como forma de adequar a medida aos direitos fundamentais à intimidade, à privacidade ao sigilo das comunicações e dados dos indivíduos.

Vale registrar, ainda, que a referida decisão possui o condão de vincular, como precedente vinculante³⁶ que é, todos os demais juízes e tribunais, motivo pelo qual necessário discutir, no presente trabalho, acerca de sua fundamentação.

Para tanto, serão abordadas no próximo subcapítulo decisões de casos similares apresentados às cortes supremas dos Estados Unidos da América, da Espanha e do Canadá, de forma a averiguar como a matéria vem sendo tratada no direito comparado.

4.2 A APRECIÇÃO DE CASOS SIMILIARES PELO DIREITO COMPARADO

Conforme abordado anteriormente, em que pese não constituir-se como marco histórico do direito à privacidade, por não se tratar de ato normativo estatal, é inegável o legado deixado pelo artigo “the right to privacy” de Warren e Brandeis publicado na revista “Harvard Law Review” em 1890, sobretudo por proporcionar uma reflexão mais aprofundada de seus contornos conceituais.

Pouco a pouco, os diplomas estrangeiros vieram a adequar o seu ordenamento jurídico em face desse novo direito fundamental. A Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948, a Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais em 1950 e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto São José da Costa Rica) em 1969 serviram como paradigmas normativos para viabilizar essa adequação.

Nesse sentido, casos similares aos anteriormente apresentados foram objeto de análise e decisão em diversos países. Como forma a limitar o espectro da pesquisa, analisar-se-á as decisões proferidas pelas Cortes Supremas dos Estados Unidos da América (caso “Riley v. California”), da Espanha (sentencia n.º 115/2013) e do Canadá (caso “R. v. Fearon”), a fim de compreender como o ordenamento jurídico estrangeiro vem compreendendo o tema.

³⁶ Art. 927, inciso V, do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015).

4.2.1 O Julgamento do caso “*Riley V. California*” pela Suprema Corte Americana

Inicialmente, importante destacar que a Quarta Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América busca resguardar o direito das pessoas contra buscas e apreensões em seus e de seus bens, de forma a exigir prévia autorização judicial fundada em uma causa provável. Senão, veja-se:

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 (EUA, 1787)

Pois bem. O julgamento do caso “*Riley v. California*” se resume na análise e decisão acerca de dois fatos em que se discute a possibilidade de se inspecionar o aparelho celular de indivíduo preso em flagrante, sem autorização judicial.

O primeiro caso é referente ao réu Riley, que foi abordado e detido durante uma infração de trânsito, sendo encontrada em sua posse uma arma de fogo.

Já na delegacia, os policiais apreenderam e acessaram informações do celular do investigado, constatando a utilização de termos associados a gangues de rua. Com base em fotos e vídeos encontrados em seu celular, os policiais acusaram Riley de ter participado de troca de tiros ocorrida semanas antes da apreensão.

Em que pese ter agido para suprimir todas as evidências de seu celular, Riley foi condenado em primeiro e segundo graus.

O segundo caso é do investigado Wurie, que foi preso pela polícia após suspeita de tráfico de drogas. Na delegacia, os policiais tiveram acesso ao telefone celular do investigado, instante em que perceberam diversas chamadas provenientes de número registrado como “minha casa”.

Sem autorização judicial, os policiais rastrearam o número e obtiveram a localização do apartamento de Wurie. Em seguida, solicitaram mandado de busca e apreensão

no local, sendo encontradas drogas, arma de fogo e dinheiro em espécie. Wurie também foi condenado em primeira e segunda instâncias.

Em que pese se tratar de situações fáticas diversas, o objeto da decisão é o mesmo: a possibilidade de se inspecionar fisicamente os dados e as informações contidas no celular dos investigados, presos em flagrante delito, sem autorização policial.

Em ambos os casos, a Suprema Corte Americana reverteu a decisão para anular as condenações dos réus. Utilizou-se, para tanto, da tese de que a polícia não pode, sem um mandado judicial, pesquisar informações digitais em um telefone celular apreendido de um indivíduo que foi preso (EUA, 2014, p. 2).

Para a Corte, uma busca sem autorização judicial somente seria possível se, nos termos da exceção contida pela Quarta Emenda, limitada à área dentro do controle imediato do detido, onde fosse justificado pelos interesses da segurança do policial e na prevenção da destruição de provas.

Na referida decisão ainda é possível verificar a preocupação para com a evolução tecnológica promovida pelo novo paradigma digital, de que os *smartphones*, atualmente, têm o condão de armazenar infindáveis dados pessoais do indivíduo, o que exigiria deveras cautela para o seu acesso. Senão, veja-se:

Cell phones differ in both a quantitative and a qualitative sense from other objects that might be carried on an arrestee's person. Notably, modern cell phones have an immense storage capacity. Before cell phones, a search of a person was limited by physical realities and generally constituted only a narrow intrusion on privacy. But cell phones can store millions of pages of text, thousands of pictures, or hundreds of videos. This has several interrelated privacy consequences. First, a cell phone collects in one place many distinct types of information that reveal much more in combination than any isolated record. Second, the phone's capacity allows even just one type of information to convey far more than previously possible. Third, data on the phone can date back for years. In addition, an element of pervasiveness characterizes cell phones but not physical records. A decade ago officers might have occasionally stumbled across a highly personal item such as a diary, but today many of the more than 90% of American adults who own cell phones keep on their person a digital record of nearly every aspect of their lives. (EUA, 2014, p. 3).

Reconhece-se, outrossim, que as opções legislativas oferecidas pelos EUA e pelo estado da Califórnia são falhas, uma vez que não dispõe acerca de casos específicos como os ora analisados (EUA, 2014, p. 3)

Por fim, finaliza afirmando que a referida decisão trará impactos para o combate à criminalidade por parte dos policiais, especialmente em face da necessidade de se requerer autorização judicial para ter acesso ao celular dos investigados, nos termos exigidos pela Quarta Emenda.

Verifica-se, portanto, que a Suprema Corte dos EUA, por meio do caso “*Riley v. Carlifônia*”, compreende que as informações contidas em um telefone celular não são imunes à pesquisa por parte dos policiais, ou seja, não se trata de um direito fundamental absoluto. Contudo, exige-se um mandado antes de uma busca das informações.

Por fim, imperioso destacar que em outros casos semelhantes, como, por exemplo, o “*Carpenter v. United States*”³⁷ e o “*Kyllo v. United States*”³⁸, a Suprema Corte Americana também exigiu a prévia autorização judicial em face da violação à privacidade do indivíduo, sendo, portanto, condição *sine qua non* para sua relativização.

4.2.2 O entendimento firmado pelo Tribunal Constitucional Espanhol no Julgamento da “*Sentencia N.º 115/2013*”

Ao Tribunal Constitucional Espanhol também foi apresentada questão similar, onde se discutiu acerca da possibilidade de se inspecionar celular de investigado em flagrante policial.

³⁷ Discute-se o acesso aos registros de históricos do celular contendo informação acerca da localização física do telefone celular sem a expedição de mandado judicial.

³⁸ Discute-se o uso de dispositivo de imagem térmica, sem prévia autorização judicial, para monitorar a radiação de calor de indivíduo no interior de sua residência.

Consta da decisão (Sentencia n.º 115/2013) que policiais identificaram uma movimentação suspeita no interior de uma estufa, momento em que se deslocaram ao local, sendo possível verificar a fuga de quatro indivíduos.

Naquela oportunidade, foi possível encontrar em seu interior quantidade relevante de drogas, armas e dois telefones celulares. Em seguida, os policiais realizaram busca, sem autorização judicial, na agenda telefônica dos celulares, sendo encontrado um número com a identificação da mãe do investigado.

Dessa forma, foi possível proceder a identificação do réu, que foi condenado em primeira e segunda instâncias por crime contra a saúde pública (tráfico ilícito de entorpecentes).

Irresignado, o réu interpôs recurso junto ao Tribunal Constitucional Espanhol, que concluiu que o acesso policial à agenda de contatos de telefone celular, sem o consentimento do usuário e sem prévia autorização judicial, não violou o direito à intimidade.

De forma inicial, a decisão proferida pelo Tribunal Constitucional Espanhol compreende que

[...] el derecho a la intimidad no es absoluto – como no lo es ningún derecho fundamental -, pudiendo ceder ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el límite que aquél haya de experimentar se revele como necesario para lograr un fin constitucionalmente legítimo y sea proporcionado (ESPANHA, 2013)

Nesse sentido, entende ser necessário o preenchimento dos seguintes requisitos para tornar válido o acesso ao celular de investigado sem autorização judicial:

Precisando la anterior doctrina, hemos venido estableciendo como requisitos que proporcionan una justificación constitucional objetiva y razonable a la injerencia policial en el derecho a la intimidad (art. 18.1 CE), los siguientes: a) la existencia de un fin constitucionalmente legítimo, considerando como tal el interés público propio de la prevención e investigación del delito, y, más en concreto, la determinación de hechos relevantes para el proceso penal; b) que la medida limitativa del derecho a la intimidad esté prevista en la ley (principio de legalidad); c) que, en caso de no contar con autorización judicial (o consentimiento del afectado), la actuación policial se atenga a la habilitación legal, teniendo en cuenta que la ley puede autorizar a la policía la

práctica de inspecciones, reconocimientos e incluso intervenciones corporales leves, siempre y cuando se respete el principio de proporcionalidad, concretado en tres exigencias o condiciones: idoneidad de la medida, necesidad de la misma y juicio de proporcionalidad en sentido estricto. (ESPAÑA, 2013)

O primeiro deles refere-se à existência de um fim constitucionalmente legítimo que, no caso, seria o interesse público de prevenção e investigação do crime.

Também é exigida, como segundo requisito, a existência de previsão legal para limitar a aplicação do direito à intimidade.

Como terceiro e último requisito, impõe-se que, na falta de autorização judicial ou consentimento do réu, a ação policial observe a legislação sobre o tema, especialmente no que concerne a possibilidade de a autoridade policial realizar fiscalizações, exames e até intervenções corporais leves durante a abordagem policial.

Todos esses requisitos são analisados, por fim, sob a ótica do princípio da proporcionalidade, de forma a verificar a adequação da medida, a sua necessidade e a avaliação da proporcionalidade em sentido estrito.

In casu, a Corte Suprema Espanhola entendeu que as razões de urgência e necessidade foram decorrentes da situação flagrancial do investigado, exigindo a atuação imediata da autoridade policial. Outrossim, considerando a proporcionalidade estrita, revela-se afigurada tendo em vista que o acesso se limitou aos dados armazenados na agenda telefônica do celular, bem como não haveria outra medida a ser adotada, em face da gravidade do delito praticado.

Conclui-se, portanto, que o Tribunal Constitucional Espanhol, em que pese não haver previsão expressa para tanto, entende ser possível o acesso ao celular do investigado no caso de situação flagrancial.

A análise da constitucionalidade da medida perpassa, conforme se depreende da decisão mencionada, pela análise do caso concreto, uma vez que exige a verificação de determinados requisitos fáticos como, por exemplo, a proporcionalidade da

medida, que abrangeria identificar o grau de ingerência nos dados do investigado e a gravidade do delito praticado.

4.2.3 O julgamento do caso “*R. V. Fearon*” pela Suprema Corte do Canadá

A Suprema Corte do Canadá, por sua vez, no julgamento do caso “*R. v. Fearon*”, se deparou com o episódio em que dois homens armados roubaram um comerciante enquanto ele carregava joias em seu veículo. Naquela oportunidade, os indivíduos subtraíram da vítima as bolsas onde se encontravam as joias e empreenderam fuga em um veículo preto.

Horas após, a polícia conseguiu localizar e deter o réu Kevin Fearon, sendo apreendido seu telefone celular. Em seguida, os policiais, sem autorização judicial, procederam a busca física em seu aparelho celular, momento em que encontraram uma mensagem indicativa da participação dele no crime de roubo, bem como fotos em posse de uma arma de fogo.

Após quase dois dias, a polícia encontrou e obteve um mandado para revista do veículo utilizado na fuga, sendo possível encontrar a arma de fogo utilizada no crime e retratada na foto descoberta no celular do investigado Fearon.

Em primeira e segunda instâncias o réu foi condenado por roubo majorado pelo uso de arma de fogo, uma vez averiguada que a busca de seu aparelho celular ocorreu de forma lícita.

Irresignado, Fearon recorreu à Suprema Corte do Canadá no sentido de considerar inconstitucional, por violação à seção 8³⁹ da Constituição Canadense, a revista policial em seu telefone celular, bem como que as evidências fossem desentranhadas dos autos do processo.

³⁹ Everyone has the right to be secure against unreasonable search or seizure. (CANADIAN CHARTER OF RIGHTS AND FREEDOMS, 1982. Disponível em: <https://www.laws-lois.justice.gc.ca/eng/Const/page-12.html#h-45>)

No julgamento do caso Fearon, a Suprema Corte Canadense, por maioria dos votos, decidiu pela possibilidade do acesso ao celular do investigado pela polícia durante a prisão em flagrante.

Entendeu-se, para tanto, que a inspeção física do aparelho celular de investigado possui condão de violar significativamente a esfera da privacidade do indivíduo, mas não impede que as autoridades policiais o façam de forma lícita, desde que observem determinados requisitos. Senão, veja-se:

First, the arrest must be lawful. Second, the search must be truly incidental to the arrest. This requirement should be strictly applied to permit searches that must be done promptly upon arrest in order to effectively serve the law enforcement purposes. In this context, those purposes are protecting the police, the accused or the public; preserving evidence; and, if the investigation will be stymied or significantly hampered absent the ability to promptly conduct the search, discovering evidence. Third, the nature and the extent of the search must be tailored to its purpose. In practice, this will mean that only recently sent or drafted emails, texts, photos and the call log will, generally, be available, although other searches may, in some circumstances, be justified. Finally, the police must take detailed notes of what they have examined on the device and how they examined it. The notes should generally include the applications searched, the extent of the search, the time of the search, its purpose and its duration. The record-keeping requirement is important to the effectiveness of after-the-fact judicial review. It will also help police officers to focus on whether what they are doing in relation to the phone falls squarely within the parameters of a lawful search incident to arrest. (CANADÁ, 2014)

Conforme depreende-se do julgado, em primeiro lugar, exige-se que a prisão do investigado deva ocorrer dentro da estrita legalidade, não sendo verificado qualquer abuso que venha ensejar o seu relaxamento.

Em segundo, a busca no aparelho do celular do investigado deve ser feita imediatamente após a prisão, ou seja, de forma incidental a ela, com o desígnio de servir efetivamente aos propósitos da persecução penal. Os ministros da Suprema Corte do Canadá, inclusive, destacam que a averiguação dos dados do celular deve se dar para garantir a proteção das autoridades policiais, dos suspeitos e da sociedade, bem como preservar os elementos de provas encontrados.

Como terceiro requisito, os ministros compreendem que a natureza e a extensão da busca no celular devem ser adaptadas ao seu propósito, de forma que apenas *e-mails*,

textos, fotos e o registro de ligações enviados ou redigidos recentemente poderão ser escrutinadas.

Por fim, a polícia deve anotar detalhadamente o que foi examinado no dispositivo celular e de forma isso ocorreu. Para tanto, deverão listar os aplicativos pesquisados, a extensão, tempo, finalidade e duração das buscas. Destacam, outrossim, que a manutenção desse registro é importante para garantir a eficácia da revisão judicial após os fatos.

Constata-se, portanto, que a Suprema Corte do Canadá se preocupou em estabelecer critérios mais objetivos para franquear o acesso ao celular de pessoa apreendida durante abordagem policial, o que, por vezes, garante maior segurança tanto para os policiais quanto para os próprios investigados.

O relatório a ser elaborado pelos policiais, inclusive, é importantíssimo para fins de se constatar que todas as diligências empreendidas para inspeção do celular do investigado foram necessárias e ocorreram de maneira lícita.

Analisadas as principais decisões estrangeiras que tiveram como objeto discutir a possibilidade de se inspecionar o aparelho celular do indivíduo, sem autorização judicial prévia, o próximo e último capítulo terá como substrato verificar os argumentos que podem ser utilizados pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do ARE n.º 1.042.075-RJ, sobretudo no concerne aos critérios utilizados pela Suprema Corte do Canadá.

5 A UTILIZAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO DA SUPREMA CORTE DO CANADÁ COMO PARADIGMA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO ARE N.º 1.042.075-RJ

De forma inicial, importante ressaltar que o objetivo de presente trabalho não é defender o acesso irrestrito ao celular de pessoa presa em flagrante. Não se coloca o direito fundamental à segurança pública, ou qualquer outro, em detrimento do direito fundamental à privacidade do indivíduo.

Se esse fosse o objetivo, cair-se-ia no mesmo discurso solipsistas que os demais se utilizam para constatar a prevalência, *a priori*, de determinado direito fundamental em face de outro.

Verificou-se, todavia, que o ordenamento jurídico constitucional e infraconstitucional brasileiro, em que pese as recentes alterações legislativas, a saber a Lei do Marco Civil da Internet e a Lei Geral de Proteção de Dados, não conseguiu tratar sobre a matéria de forma clara e objetiva.

Inclusive, caso aprovada a “Lei Geral de Proteção de Dados para Segurança Pública e Persecução Penal” na forma em que se encontra, a situação não se mostrará diferente, uma vez que ausentes requisitos mínimos para se determinar como os dados, sejam eles pessoal, sensível ou sigiloso, devam ser tratados adequadamente pelo Estado na condução das atividades investigativas e para fins de segurança pública.

Em vista disso, discussões acerca da proteção do direito à privacidade na seara criminal vêm sendo constantemente levantadas, sobretudo no que concerne à possibilidade de a polícia inspecionar fisicamente o aparelho celular de pessoa presa em flagrante delito, sem com que seja necessária uma decisão judicial prévia para tanto.

O Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de se manifestar acerca do tema no julgamento do Habeas Corpus n.º 168.052-SP (Recurso Especial 1.235.415/SP),

fixando o entendimento da 2ª Turma no sentido da impossibilidade de ser permitida a inspeção física do celular apreendido, mesmo nas hipóteses de flagrante delito, sendo necessária, para tanto, prévia autorização judicial.

Contudo, no julgamento do ARE 1.042.075-RJ, há a possibilidade de ser fixado um precedente judicial que vinculará os demais juízes e tribunais, tendo em vista que objeto de análise por parte do tribunal pleno do Supremo Tribunal Federal.

Antes de apresentar alternativa viável à resolução da questão debatida, é extremamente importante registrar, como exaustivamente dito alhures, que os meios tecnológicos ampliaram de maneira significativa as funcionalidades de um aparelho celular, permitindo o seu acesso, inclusive, sem a necessidade da presença física do usuário.

Sob essa perspectiva, torna-se necessário que todos os atores do sistema jurídico-penal adotem, conforme Suxberger e Furtado (2018, p. 811-812) aduzem, “os devidos cuidados técnicos na coleta, preservação e cadeia de custódia [...]” das provas, sobretudo aquelas produzidas pela inspeção física do aparelho celular de pessoa investigada.

Com isso, busca-se minimizar

os riscos de mau uso e erro, ganhando os órgãos de persecução criminal um instrumento poderoso para elucidação dos fatos submetidos à investigação criminal, não somente para se obterem condenações, mas também para se evitarem condenações injustas (SUXBERGER; FURTADO, 2018, p. 812).

Isso porque, atualmente, é possível a destruição da prova digital, via acesso remoto, antes mesmo que seja permitida e franqueada, pela autoridade judicial, a inspeção do celular para o acesso às conversas e aos dados ali armazenados.

Por exemplo, se o aplicativo “*WhatsApp*” do investigado estiver espelhado⁴⁰ em um computador (o que é habitual), é plausível que as conversas e demais documentos ali

⁴⁰ O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do RHC 99735-SC declarou “a nulidade da decisão judicial que autorizou o espelhamento do WhatsApp via Código QR, bem como das provas e dos atos

constantes sejam apagados remotamente, impossibilitando a coleta dessas provas e, conseqüentemente, de toda persecução penal.

Outra situação, por exemplo, é a apresentação de “*print screens*”⁴¹ constando conversas trocadas no aplicativo “*WhatsApp*” ou “*Telegram*” como provas no processo penal, o que deve ser observado com cautela. Isso porque tais aplicativos permitem a exclusão e o envio de novas mensagens, permitindo a manipulação da troca de informação, o que, por vezes, é preocupante.

As referidas situações são representativas da necessidade de serem adotados os cuidados necessários para garantir a cadeia de custódia da prova, principalmente aquelas produzidas no âmbito digital, uma vez que se refere ao conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado, a fim de rastrear sua posse e manuseio (art. 158-A do Código de Processo Penal). A não observância desses cuidados técnicos podem, *per si*, justificar eventual reconhecimento de sua ilicitude.

Entende-se, conforme anteriormente mencionado, que a regra é que toda prova penal é lícita. Somente aquelas violadoras de direitos fundamentais ou das normas atinentes ao processo penal devem ser consideradas ilícitas.

No caso em questão, a inspeção física do celular de pessoa apreendida em razão do flagrante delito não possui o condão de tornar ilícita, *a priori*, a produção de eventual prova obtida, a não ser que venha a violar os direitos fundamentais desse indivíduo ou descumprir normas processuais penais.

Ora, se a própria norma constitucional impõe a ação da autoridade policial em restringir a liberdade do indivíduo que está a praticar um crime, assim como permite que seja realizada sua revista pessoal e apreendidos todos os objetos relacionados

que dela diretamente dependam ou sejam consequência, ressalvadas eventuais fontes independentes”. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, RHC 99735-SC, 2018).

⁴¹ O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do AgRg no RHC 133430, declarou nulas “as mensagens obtidas por meio do print screen da tela da ferramenta WhatsApp Web, determinando-se o desentranhamento delas dos autos, mantendo-se as demais provas produzidas após as diligências prévias da polícia realizadas em razão da notícia anônima dos crimes” (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, AgRg no RHC 133430, 2021).

ao ilícito penal, *a fortiori*, é possível realizar a inspeção física do aparelho celular desse indivíduo, sobretudo por não ter o condão, caso adotadas as cautelas necessárias, de violar significativamente sua privacidade.

Impossibilitar que os policiais acessem o aparelho celular quando estiverem em situação manifestamente flagrante da prática de crime é sopesar o direito à privacidade do indivíduo de forma extremamente incompatível com o direito fundamental à segurança pública, o que inviabilizaria, sobremaneira, toda produção de prova.

As situações em que são permitidas as prisões em flagrantes se encontram delineadas no artigo 302 do Código de Processo Penal⁴², o que impossibilita, desde já, que o policial restrinja a liberdade do indivíduo de forma arbitrária.

Outrossim, o próprio ordenamento jurídico possui os mecanismos necessários para averiguar e, se for o caso, punir pelas vias administrativa, civil e penal os agentes públicos que, de forma abusiva ou ilegal, violarem os direitos do investigado.

Noutro giro, tem-se que a alegação abusiva do direito à privacidade por aquele que, flagrantemente, é apreendido pela prática de ilícito penal, não pode ser utilizada como salvaguarda para se esquivar e impedir a produção de provas contra ele, uma vez que não se permite que o investigado se beneficie de sua própria torpeza.

Outrossim, no caso de prisão em flagrante, não há motivos que justifiquem a não concessão de autorização judicial para o acesso às conversas e informações contidas no celular apreendido, sendo questão de celeridade e efetividade o seu acesso antecipado, com intuito único de resguardar eventuais provas contra (e também a favor) o investigado.

⁴² Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:

I - está cometendo a infração penal;

II - acaba de cometê-la;

III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;

IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

Evidentemente não vale tudo para se punir. Contudo, não se deve fechar os olhos para determinadas situações. Ao réu é garantida a presunção de inocência, bem como diversos outros princípios e regras que lhe asseguram um processo justo. Injusto seria impossibilitar a realização de provas, principalmente as digitais, sob a alegação de violação à privacidade ou sem considerar os demais aspectos que poderiam inviabilizar a própria persecução penal, como, por exemplo, a possibilidade de serem excluídas remotamente as provas de um crime.

Chai e Lima (2021, p. 5) destacam que conflitos assimétricos, como são os casos dos crimes cibernéticos, exigem novas estratégias de enfrentamento por parte do Estado, sendo garantido aos indivíduos, em face dessas novas estratégias investigativas, o direito fundamental a um julgamento justo. Nesse sentido, entendem, ao realizarem um cotejo das normas internacionais sobre o tema, que apenas as provas obtidas por meio de tortura⁴³ devem ser consideradas ilícitas. Veja-se:

Here it is advocated that there is only one null and void evidence collection procedure to be averted, which is proof of evidence obtained through torture because it is not compatible with the due process clause and fair trial framework (CHAI; LIMA, 2021, p. 19).

Outras justificativas corroboram a necessidade de ser fraqueado esse acesso antecipado, como, inclusive foi discutido pelas cortes estrangeiras, relativas à segurança dos policiais e do próprio investigado, a apreensão de armas de fogo ou constatação de partícipes ou coautores do crime pelo qual justificou sua apreensão.

Dessarte, ressalta-se que a adoção de critérios objetivos para que seja permitida a inspeção física do celular é essencial, mormente pelo fato de resguardar a segurança jurídica dos envolvidos (policiais, investigado e terceiros), subsidiar a atuação lícita dos policiais durante a abordagem, de forma a garantir que somente os dados relacionados àquela situação devem, por exemplo, ser verificados, bem como a possibilidade (necessidade) de que todas essas questões sejam demonstradas e averiguadas pelo juiz quando o caso lhe for apresentado.

⁴³ Isso porque, Chai (2019, p. 630) compreende que “a confession of guilt by the accused shall be valid only if it is made without coercion of any kind, and as well if the right not to be compelled to be a witness against himself or to plead guilty is assured. No coercion, neither any other form of consent violation can comply with a fair proceeding”.

A adoção desses critérios, inclusive, tem o condão de garantir a observância dos devidos cuidados técnicos na coleta e preservação da cadeia de custódia das provas produzidas pela inspeção física do aparelho celular, uma vez que podem ser facilmente manipuladas no ambiente digital.

Levando em consideração todas essas possibilidades, defende-se que a decisão do Supremo Tribunal Federal sobre o tema seja pautada

[...] não apenas com o tratamento anterior de casos análogos e com o sistema de normas vigentes, mas pressupõe, igualmente, que sejam racionalmente fundadas nos fatos da questão, de tal modo que os cidadãos possam aceitá-las como decisões racionais (COURA, 2007).

Para tanto, observar-se-á não só a jurisprudência e as normas vigentes sobre o tema, mas, também, as peculiaridades do caso concreto discutido.

Como dito, estabelecer, *a priori*, qual direito fundamental deve prevalecer, levando em consideração as modificações proporcionadas pelo paradigma digital, como, por exemplo, avanços tecnológicos e celulares com maiores potenciais de funcionalidades, o que significaria maior intromissão à privacidade do indivíduo, não perfaz todos os caminhos exigidos para racionalidade das decisões.

Indubitavelmente, o paradigma digital é um pano de fundo que deve ser levado em consideração quando se aborda questões sensíveis como o acesso físico por policiais aos dados e conversas de *smartphones* de pessoa presa em flagrante. Contudo, as peculiaridades do caso não se limitam a essas questões, uma vez que tais aparelhos podem (e são) utilizados para a prática de crimes.

Outrossim, verifica-se que juízes e tribunais vêm se utilizando de técnicas de julgamentos ou de teorias jurídicas⁴⁴ “de forma rasa e superficial, apenas como

⁴⁴ Como, por exemplo, a denominada “Lei de Colisão” criada por Robert Alexy. Sobre o assunto, Coura e Ramos (2020, p. 4) compreendem que “para disciplinar a problemática da colisão de princípios a partir da premissa do balanceamento do grau de restrição contraposto à importância do princípio satisfeito, Alexy estrutura a Lei de Colisão, a qual se pauta em três fases, sendo estas a identificação dos princípios colidentes; o estabelecimento, em abstrato, da relação de precedência; e, por fim, a decisão, baseada na relação de precedência, à luz da situação fática concreta”. Contudo, o que se verifica, muitas das vezes, na prática é a simples menção à teoria, sem, contudo, enfrentar esse percurso metodológico, essencial para correta fundamentação da decisão.

aparato retórico legitimador de seus argumentos, mas sem se preocupar com sua aplicação efetiva” (COURA; RAMOS, 2020, p. 11), o que não é mais concebível sob a perspectiva do Estado Democrático de Direito.

Sobre a questão, Morais (2018, p. 263) aduz que

Não se pode esquecer que a dogmática jurídica brasileira contribui ao uso indiscriminado do princípio da proporcionalidade e sopesamento pelo STF e outros tribunais brasileiros. Falta à dogmática, por exemplo, a própria discussão da consolidação do princípio da proporcionalidade para além de um método de sopesamento de princípios jurídicos. Também, não existem maiores estudos quanto à compreensão sobre a diferença entre bens, interesses, valores e princípios jurídicos, admite-se a simples equiparação entre essas categorias.

E talvez o problema mais latente ainda seja a apatia crítica sobre a correção das decisões que usam o princípio da proporcionalidade, inclusive, naqueles casos em que se ignoram os critérios consagrados na historicidade do Direito através de simulacros de sopesamentos.

O problema se dá, portanto, quando se reconhece a prevalência irrestrita do direito fundamental à privacidade do indivíduo, levando-se apenas em consideração que os aparelhos celulares atuais armazenam todos os dados e informações relacionados à privacidade do indivíduo.

Apesar disso, não se debate, por exemplo, o uso dessas informações ou do próprio celular apreendido para a prática de crimes. Também, não se leva em consideração as infundáveis possibilidades para que tais provas sejam excluídas antes do advento de uma decisão judicial autorizativa, que, por vezes, é demorada.

Todas essas peculiaridades podem e devem ser levadas em consideração pela decisão judicial, uma vez que são vitais para garantir o equilíbrio imposto pelo Estado Democrático de Direito. Aceitar a impunidade, a perpetuação da violência, agora em ambientes cibernéticos, por uma percepção formal da Justiça, qual seja o entendimento pela ilicitude da prova, não é mais plausível.

Isto porque se trata de notório caso em que há abuso de direito fundamental para prática de ilícitos. Sob essa ótica, Bedê Junior (2015, p. 83) afirma que

a privacidade é um importante direito fundamental, mas não pode servir de proteção a prática de crimes. Não se devem criar barreiras desnecessárias ou equivocadas ao dever-poder investigativo do Estado. O princípio da proibição de proteção insuficiente serve para impedir atuações legislativas ou interpretações doutrinárias ou judiciais que inviabilizem uma proteção efetiva do Estado para com os bens penais.

No mesmo sentido, Aras (2020, p. 25-26) argumenta que

Como em tudo na vida, a virtude está no plano médio. Tais proteções não devem inviabilizar os métodos operacionais do Estado na elucidação de crimes. Cada vez mais dependemos de meios tecnológicos de investigação para a descoberta de crimes, especialmente para a determinação de autoria. A internet das coisas incrementa a dependência de dados que acomete os órgãos de persecução criminal. A internet exige que a tecnologia seja empregada em larga escala na investigação penal. A sociedade de massa demanda o tratamento de grandes conjuntos de dados por órgãos de inteligência e análise nas instâncias estatais. As finalidades desses tratamentos são legítimas e essenciais às sociedades democráticas, diante de ameaças como a criminalidade organizada e o terrorismo, mas também em face de crimes graves.

Logo, estabelecer critérios para viabilizar a imediata inspeção física, por parte dos policiais, do celular apreendido com pessoa presa em flagrante é imperioso para garantir, por um lado, a não violação do direito à privacidade do indivíduo, uma vez que se exige que apenas as informações, conversas ou demais dados relacionados ao crime pelo qual foi apreendido sejam consultados. Por outro lado, se mostra pertinente para evitar que esse indivíduo se beneficie da própria torpeza ao invocar direito fundamental de forma abusiva, evitando, inclusive, que ele venha a empreender diligências no sentido de destruir qualquer tipo de prova que ali conste.

Pela análise das decisões estrangeiras, foi possível depreender que todas elas admitem a relativização do direito fundamental à privacidade do indivíduo. A Suprema Corte dos Estados Unidos, no entanto, compreende ser necessária prévia autorização para que seja possível a inspeção física do celular apreendido com indivíduo, mesmo preso em flagrante delito.

Por outro lado, o Tribunal Constitucional Espanhol e a Suprema Corte do Canadá mostraram-se favoráveis à possibilidade de que a inspeção física do aparelho ocorra imediatamente, durante ou logo após a prisão em flagrante.

No entanto, as decisões da Espanha e do Canadá se diferenciam em aspectos singelos, mas importantíssimos para serem levados em consideração.

Como dito, o Tribunal Constitucional Espanhol, analisando detidamente as circunstâncias fáticas do caso, concluiu que o acesso policial ao celular, sem o consentimento do usuário e sem prévia autorização judicial, não teria violado o direito à privacidade do réu.

Utilizou-se de argumentos que, em breve síntese, merecem apontamentos. O primeiro deles refere ao fato de que a ação policial teria ocorrido no âmbito da prática de um crime flagrante. O segundo argumento utilizado é o de que é dever da autoridade policial apreender os objetos relacionados à prática de crimes e que a sua inspeção física, levando em consideração a análise do caso concreto, sem autorização judicial, ocorreu em observância ao “princípio da proporcionalidade”.

Terceiro e último ponto refere-se à alegação de que a exigência de prévia autorização judicial constituiria exceção no casos em que existam “razões da necessidade” de intervenção policial para a imediata averiguação do delito, do descobrimento dos envolvidos e a obtenção de provas, “siempre que se respete el principio de proporcionalidad” (ESPANHA, 2013).

Em que pese concordar com os argumentos utilizados pelo Tribunal Espanhol, uma vez que todos tiveram como substrato a análise detida do caso concreto, a sua utilização como paradigma pelo Supremo Tribunal Federal restaria inviabilizada, especialmente pela utilização de expressões como “razões da necessidade”, “proporcionalidade” e “princípio da proporcionalidade”.

Tais expressões, como dito alhures, caso utilizadas de forma simplista, sem a condução por um processo argumentativo racional, não se prestam a fundamentar qualquer tipo de decisão.

Sob a mesma percepção, a Suprema Corte do Canadá, no julgamento do caso “*R. v. Fearon*”, fundou sua decisão no sentido de se considerar constitucional a inspeção

física de aparelho celular por policiais, mas impôs a observância de requisitos para tanto.

Sem olvidar do poder de intromissão na privacidade do indivíduo, a Suprema Corte Canadense afirma que as buscas imediatas no aparelho celular podem servir para objetivos importantes de aplicação da lei, como, por exemplo, ajudar a polícia a identificar e mitigar riscos à segurança pública; localizar armas de fogo ou bens roubados; identificar cúmplices; localizar e preservar evidências; impedir que suspeitos evitem ou resistam à aplicação da lei; localize os outros perpetradores; avisar os oficiais de possível perigo iminente; e siga as pistas prontamente (CANADÁ, 2014).

Com efeito, estabeleceu quatro requisitos para que a inspeção do celular apreendido fosse concedida de forma lícita, quais sejam: i) a prisão deve ser legal; ii) a busca deve ser feita imediatamente após a prisão; iii) a extensão da pesquisa atinja propósito relacionado à prisão; iv) descrever, por escrito, todos os dados e aplicativos examinados e por quanto tempo o foram.

Trazendo esses requisitos para o ordenamento jurídico brasileiro, podemos dar indícios de como podem ser aplicados.

No tocante ao primeiro ponto, é extremamente necessário que a prisão do indivíduo ocorra em flagrante delito, uma vez que a inspeção física de seu celular é medida que demanda extrema urgência.

Nesse sentido, o artigo 302 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941) considera em flagrante delito o indivíduo que: i) está cometendo a infração penal; ii) acaba de cometê-la; iii) é perseguido e, logo após, detido em situação que o faça presumir ser o autor; iv) é encontrado, logo depois, com os instrumentos do crime.

O segundo ponto, refere-se a necessidade que a inspeção do celular da pessoa presa em flagrante ocorra imediatamente após a sua apreensão, uma vez que o objetivo é justamente subsidiar a coleta de todos elementos informativos do crime, sobretudo a existência de coautores ou de armas de fogo, drogas, dentre outros.

Terceiro ponto se refere à extensão da busca de informações no aparelho celular do indivíduo preso. Destaca-se a necessidade que esteja diretamente relacionada à prática do delito pelo qual foi preso. Por exemplo, se o indivíduo foi preso em posse de substância entorpecente e em seu celular for verificada a existência de indícios relacionados a agressões a sua companheira, não é possível que tais provas possam integrar o inquérito policial que será instaurado.

Todavia, caso sejam encontrados indícios de que o indivíduo compõe uma organização ou associação criminosa, ou até mesmo indicação do local onde essas e outras substâncias entorpecentes estejam armazenadas, é plenamente possível a sua coleta para fins de instrução do processo penal.

Por fim, e não menos importante, é a necessidade de se elaborar um relatório, onde constará o preenchimento e a narrativa exaustiva dos requisitos anteriores e as demais peculiaridades do caso, com a finalidade de garantir ao juiz e as partes averiguar todas as providências adotadas pela autoridade policial.

O referido relatório garante, ainda, ser submetido em contraditório quando levado a efeito em processo judicial, de forma a perfazer todos os caminhos da coleta e preservação, a fim de garantir a cadeia de custódia da prova. Isso é deveras relevante, inclusive, para garantir um julgamento justo ao investigado.

Conclui-se, portanto, que tais requisitos buscam garantir um mínimo de racionalidade às buscas no celular apreendido, garantindo, assim, maior segurança à atuação dos policiais, possibilidade de contraditório ao investigado e a terceiros eventualmente prejudicados, que poderão ser analisadas, posteriormente, pelo juiz.

Ou seja, não serão admitidas as provas encontradas pela inspeção em celular apreendido caso venha a ser constatada qualquer inobservância a esses requisitos básicos.

Outrossim, importante mencionar que a Corte do Canadá se recusou a adotar expressões como “motivos razoáveis e prováveis” e “circunstâncias exigentes”, a fim

de evitar qualquer margem de dúvidas acerca de seu significado, o que inviabilizaria a própria coleta da prova.

Não há, no Brasil, legislação que venha regular essa questão e quando o tenta fazer, o faz de maneira vaga e sem objetividade. Certo é que, não se pode mais admitir a alegação irrestrita de violação ao direito fundamental à privacidade, sobretudo quando se utilizam argumentos retóricos como fundamentação.

O mesmo paradigma digital que pressupõe a necessidade de maior proteção aos dados armazenados em *smartphones*, exige que as normas penais e processuais penais se atenham à evolução de crimes praticados em âmbito virtual.

Nesse sentido, como solução para equacionar esse problema, o Supremo Tribunal Federal tem como excelente paradigma a decisão proferida pela Suprema Corte Canadense, que se afastando de expressões vagas e ambíguas, busca estabelecer critérios objetivos para viabilizar a inspeção física do conteúdo de conversas e dados armazenados em celular de pessoa investigada.

Defende-se, inclusive, que, observados os critérios supramencionados, não há que se falar em violação à privacidade do indivíduo, uma vez que à autoridade policial é imposta a tarefa de averiguar os fatos relacionados aos ilícitos praticados pelo indivíduo que foi preso.

Evidentemente isso não dá carta branca para que os policiais procedam com a devassa do celular de investigado, uma vez que é exigido, além da ocorrência de prisão legal do indivíduo, que o acesso ocorra de forma incidental a ela, limitando o seu conteúdo à situação e exigindo que tudo seja documentado.

Tudo isso se prestará, como dito, a garantir que, *a posteriori*, a situação seja apresentada ao juiz, que poderá averiguar se houve alguma irregularidade no curso da prisão do investigado, bem como ausentes as descrições mínimas de como se deu o acesso às conversas e demais informações de seu celular.

Adotar esse entendimento é extremamente relevante, pois

[...] apenas uma interpretação construtiva do ordenamento jurídico (principiologicamente concebido), atenta às peculiaridades do caso concreto, evitará um indevido alargamento do rol das provas consideradas ilícitas, permitindo identificar inúmeras situações em que a produção probatória é lícita, apesar da existência de normas restritivas 'prima facie' aplicáveis (COURA, 2007).

Não se olvida que ao Poder Judiciário é vedada a competência legislativa e que, no melhor dos mundos, seria deveras importante que o Poder Legislativo se detivesse aos critérios utilizados pela Suprema Corte do Canadá como base de sua formatação.

No entanto, a sua atuação se justifica em face da notória incapacidade de se tratar questões fundamentais como o direito à privacidade e a segurança pública com base em normas vagas e ambíguas.

Por fim, destaca-se a necessidade de que os órgãos do sistema de Justiça, especialmente o Ministério Público, que tem a precípua função de defender a ordem jurídica, o regime democrático, os interesses sociais e individuais indisponíveis, bem como a de exercer o controle externo da atividade policial, adotem medidas jurídicas no sentido de enriquecer o debate e sugerir a criação de teses como a defendida no presente trabalho.

A título de ilustração, o Ministério Público do Estado do Maranhão, por meio da nota técnica 06/2018 emitida pelo Centro de Apoio Operacional⁴⁵ Criminal – CAOP-CRIM, orienta e sugere aos demais órgãos de execução que

1. Considerem constitucional o acesso, sem prévia autorização judicial, a dados de telefones celulares regularmente apreendidos, incluindo o registro de comunicações mantidas anteriormente, quando a análise já tiver sido concluída e formalizada nos autos de inquérito policial ou ação penal;
2. Por medida de cautela, a fim de evitar atraso à investigação criminal ou ação penal, que pode levar à prescrição, que se requeira autorização judicial para análise pericial do conteúdo de telefones celulares e aparelhos eletrônicos apreendidos, na primeira oportunidade que tenham de se manifestar em novos inquéritos policiais ou autos de prisão em flagrante;

⁴⁵ Destaca-se o papel essencial exercido pelos Centros de Apoio Operacional do Ministério Público, que, por se constituírem órgãos de inteligência, tem a função de orientar e sugerir aos promotores e procuradores de Justiça a adoção de teses jurídicas. A título de exemplo, o Ministério Público do Estado do Espírito Santo, por meio da Resolução COPJ n.º 27/2018, que regulamenta a necessidade da observância dos precedentes das cortes superiores, estimula, na forma do § 1º do artigo 4º, aos Centros de Apoio Operacional do Ministério Público a sugestão de teses para a distinção ou a superação de precedentes nas respectivas áreas de atuação.

3. Por igual razão, que se solicite à respectiva Secretaria de Vara a relação de telefones celulares e aparelhos eletrônicos que se encontram apreendidos aguardando a realização de perícia e, com base nela, seja requerida autorização judicial para análise do conteúdo de tais dispositivos (MPMA, 2018, p. 14)

Extrapolando a situação fática da prisão em flagrante, o referido Centro de Apoio Operacional orienta que os membros do Ministério Público solicitem desde já a autorização judicial para análise pericial de telefones e aparelhos eletrônicos que já foram apreendidos, justamente para evitar que a adoção de entendimentos contrários, por parte dos juízos de primeiro e segundo graus, possam vir a prejudicar as investigações.

A adoção de boas práticas, como a mencionada, se presta para, além de garantir o prequestionamento da matéria em âmbito constitucional, evitar prejuízos à própria persecução penal, impedindo a alegação de nulidade e eventual prescrição do delito.

Nesse sentido, torna-se necessário que tais órgãos, inclusive conjuntamente com os demais Ministérios Públicos da federação, atuem no sentido de levar a efeito questão tão relevante que é a possibilidade de se permitir, sem prévia autorização judicial, a inspeção física de aparelhos celulares apreendidos com indivíduo preso em flagrante.

O ordenamento jurídico brasileiro, inclusive, estimula⁴⁶ a participação e a intervenção do Ministério Público e demais órgãos ou entidades especializadas, nos processos em que haja considerável relevância da matéria. Essa participação, aliás, presta-se a garantir a própria racionalidade da decisão, de forma a influenciar e dar apoio argumentativo à construção de uma decisão jurídica para o caso.

⁴⁶ O art. 138 do Código de Processo Civil permite a participação do Ministério Público ou demais órgãos e entidades como Amicus Curie. Senão, veja-se: “o juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação” (BRASIL, 2015).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O paradigma digital implicou em uma transformação dos meios tecnológicos, que, atualmente, se encontram profundamente difundidos, em escala global, entre os indivíduos.

Os *smartphones* são representativos dessa transformação, sobretudo em face das inúmeras funcionalidades e possibilidades de armazenamento de dados pessoais. Por meio deles, é possível trocar mensagens, realizar videochamadas, produzir e armazenar fotos e vídeos, realizar pagamentos, e até praticar crimes.

Os meios telemáticos, portanto, podem ser utilizados para fins lícitos ou ilícitos, tornando necessário que a atividade investigativa do Estado, exigência de uma política de segurança pública satisfatória, se aperfeiçoe, de forma a acompanhar essas mudanças, sob pena de se perpetuar a impunidade.

Em vista disso, a apreensão de aparelho celular durante prisão em flagrante delito ou até mesmo em abordagem policial se tornou corriqueira, trazendo à baila uma discussão importante, que retrata o notório confronto entre os direitos fundamentais à privacidade e à segurança pública.

Dessa forma, o presente trabalho buscou averiguar se a imediata inspeção física do celular apreendido com pessoa presa em flagrante pela prática de crime, sem prévia decisão judicial autorizativa, tem o condão de violar a privacidade desse indivíduo.

Evidenciou-se que a correta compreensão da privacidade perpassa pela averiguação das peculiaridades e do contexto do caso concreto, uma vez que não se trata de direito fundamental absoluto, especialmente quando sua alegação ocorre de forma abusiva ou confronta com outros direitos e bens constitucionais.

Inclusive, as normativas que visam proteger o direito fundamental à privacidade, a saber a Lei Federal n.º 9.296 (lei de interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas), a Lei Federal n.º 12.965/2014 (Lei do Marco Civil da Internet) e a Lei

Federal n.º 13.709 (Lei Geral de Proteção de Dados), não possuem o condão de regular adequadamente sobre a proteção de dados no âmbito penal e processual penal.

Destacou-se que a demora de se aguardar uma decisão judicial que autorize a inspeção física do celular apreendido pode impossibilitar a própria investigação criminal, uma vez que os sistemas telemáticos permitem a destruição de provas pela via remota.

Outrossim, a prisão em flagrante delito exige da autoridade policial a adoção de medidas restritivas de direito, como a privação da liberdade do indivíduo, a busca pessoal e a apreensão de objetos relacionados ao crime praticado. Nesse ínterim, defendeu-se que o reconhecimento da ilegalidade da prova produzida pela inspeção do celular de indivíduo preso em flagrante por suposta violação a sua privacidade refere-se a uma mera percepção formal da Justiça, que, quando sopesada no caso concreto, não se justifica racionalmente.

Apontou-se, ainda, que as provas digitais merecem cuidados especiais durante a sua coleta e armazenamento, com intuito de garantir a preservação da cadeia de custódia da prova penal. O ambiente digital permite a fácil manipulação das provas, o que, *per si*, poderia culminar no reconhecimento de sua invalidade.

Todas as situações apontadas são representativas imprescindibilidade de que o direito fundamental à privacidade seja compreendido em conjunto com o contexto do caso concreto, a fim de se evitar que, *a priori*, a inspeção de celular apreendido seja considerada ilegal.

A segunda turma do Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de se manifestar sobre o tema no julgamento do Habeas Corpus n.º 168.052-SP (Recurso Especial 1.235.415/SP), em que reconheceu a necessidade de prévia decisão judicial para que a autoridade policial possa inspecionar o aparelho celular de pessoa presa em flagrante, considerando que tais aparelhos albergam, atualmente, grande parte da privacidade de seus usuários.

Averiguou-se, todavia, que a referida decisão se limitou a compreender os avanços tecnológicos somente sob a perspectiva do direito fundamental à privacidade dos indivíduos, de forma a sopesá-lo de forma totalmente desequilibrada para com os outros direitos fundamentais envolvidos, especialmente o direito fundamental à segurança pública.

Visando averiguar como essa mesma situação fática vem sendo decidida pelas cortes estrangeiras, encontrou-se no julgamento do caso “*R. v. Fearon*” pela Suprema Corte do Canadá um excelente paradigma que pode ser utilizado pelo tribunal pleno do Supremo Tribunal Federal no julgamento do ARE 1.042.075-RJ, que atualmente se encontra suspenso em razão de pedido de vista, mas que tem aptidão de formar precedente vinculante sobre o tema.

Para a Suprema Corte do Canadá é lícita a inspeção física do celular apreendido com indivíduo preso em flagrante delito, uma vez que, considerando as circunstâncias fáticas do caso concreto, não houve qualquer intromissão à privacidade do indivíduo.

Vale registrar, inclusive, que a Suprema Corte do Canadá, percebendo a dificuldade prática resultante da apreensão e inspeção do celular do investigado, buscou afastar a utilização de termos vagos como a existência de “motivos razoáveis e prováveis” e “circunstâncias exigentes”, a fim de evitar qualquer margem de dúvidas acerca de sua viabilidade, o que prejudicaria a própria coleta da prova.

Com efeito, estabeleceu quatro requisitos para que esse acesso fosse concedido de forma lícita, quais sejam: i) a prisão ser legal; ii) a busca ser feita imediatamente após a prisão; iii) a extensão da pesquisa atinja propósito relacionado à prisão; iv) a descrição, por escrito, de todas as informações averiguadas, o tempo e a extensão do acesso aos dados e dos aplicativos do aparelho celular.

Concluiu-se, portanto, que a adoção desses critérios pelo Supremo Tribunal Federal pode oferecer um mínimo de racionalidade às buscas realizadas no celular apreendido, garantindo, dessa forma, maior segurança à atuação dos policiais, a apreensão de armas de fogo ou identificação de coautores, bem como a possibilidade

de que todas circunstâncias sejam submetidas ao contraditório e à análise, *a posteriori*, do magistrado, uma vez que apresentadas na forma de relatório descritivo.

Também, tais critérios têm o condão de garantir que a extensão da inspeção esteja relacionada apenas ao crime pelo qual fora apreendido, minimizando e, quando nada, afastando, qualquer alegação de violação a sua privacidade.

Em um mundo ideal, seria primordial que tais critérios fossem levados a efeito pelo Poder Legislativo quando da edição de atos normativos que viessem a regular a proteção da privacidade em face da atividade investigativa estatal.

Porém, ao Poder Judiciário, diante do conflito aparente entre os direitos fundamentais envolvidos e da ausência de normas que venham a regular suficientemente casos similares, não é permitido quedar inerte. Para tanto deve empreender esforços para a construção do Direito à luz das peculiaridades de cada situação concreta, a fim de que seus argumentos possam ser racionalmente sustentados e aceitos pelos jurisdicionados.

O equilíbrio entre os direitos fundamentais é, portanto, vital para o reconhecimento da legitimidade das decisões proferidas pelo Poder Judiciário que, no caso em análise, não pode obstaculizar de forma demasiadamente excessiva a inspeção física do aparelho celular de investigado, sobretudo em face da alegação abusiva do direito fundamental à privacidade para fins de se esquivar da imputação de ilícito penal.

Por fim, defendeu-se a necessidade que os órgãos do sistema de Justiça, sobretudo o Ministério Público, adotem medidas jurídicas no sentido de aprimorar o debate sobre o tema e, inclusive, sugerir a criação de teses a serem levadas a efeito pelo Supremo Tribunal Federal. Essa atuação proativa, que deve ser estimulada, é extremamente necessária para influenciar e dar apoio argumentativo à construção de uma decisão jurídica racional e democrática.

REFERÊNCIAS

ALVES, Gustavo André; LOURENÇO, Marcus Vinicius. **Extração de mensagens do aplicativo WhatsApp**. In: JORGE, Higor Vinicius Nogueira (Org.). Tratado de investigação criminal tecnológica. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 163-191.

ARAS, Vladimir. **A título de introdução**: segurança pública e investigações criminais na era da proteção de dados. In: ARAS, Vladimir Barros *et al.* Proteção de dados pessoais e investigação criminal. Associação Nacional dos Procuradores da República. Brasília: ANPR, 2020, p. 18-31.

BARROSO, Luís Roberto. **Sem data vênica**: um olhar sobre o Brasil e o mundo. Rio de Janeiro: História Real, 2020.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. 1. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001

BAUMAN, Zygmunt; LYON, David. **Vigilância líquida**. Rio de Janeiro: Editora Jorge Zahar, 2014

BRASIL, Ministério Público Federal. Secretaria de Perícia, Pesquisa e Análise. Ofício n.º 539/2020/SPPEA/PGR, de 26 de novembro de 2020. Disponível em: <https://criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/ENCCLA_-_PGR-00456556-2020_NT.pdf>. Acesso em: 04 jul. 2021.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Recurso em habeas corpus Nº 133.430 - PE, Rel. Nefi Cordeiro, 6ª Turma, julgado em 23 de fevereiro de 2012. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Processos/Consulta-Processual>>. Acesso em: 03 ago. 2021.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. AResp n.º 1235415-SP, Rel. Jorge Mussi, 5ª Turma, julgado em 07 de agosto de 2018. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Processos/Consulta-Processual>>. Acesso em: 02 jul. 2021.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso em habeas corpus Nº 99.735 - SC, Rel. Laurita Vaz, 6ª Turma, julgado em 27 de novembro de 2018. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Processos/Consulta-Processual>>. Acesso em: 03 ago. 2021.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Resp n.º 801.109-DF, Rel. Raúl Araújo, 4ª Turma, julgado em 12 de junho de 2012. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/sites/portals/Processos/Consulta-Processual>>. Acesso em: 02 jul. 2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ARE 1.042.075-RJ, Rel. Ministro Dias Tofoli. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/pesquisarProcesso.asp>>. Acesso em: 02 jul. 2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.º 168.052-SP, Rel. Ministro Gilmar Mendes, 2ª Turma, julgado em 20 de outubro de 2020. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/pesquisarProcesso.asp>>. Acesso em: 02 jul. 2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.º 91.867-PA, Rel. Ministro Gilmar Mendes, 2ª Turma, julgado em 24 de abril de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/pesquisarProcesso.asp>>. Acesso em: 02 jul. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 02 de jul. 2021.

BRASIL. Decreto n.º 678, de 6 de novembro de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 02 de jul. 2021.

BRASIL. Decreto-Lei n.º 2.848, de 07 de dezembro de 1940 (**Código Penal**). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 02 de jul. 2021.

BRASIL. Decreto-Lei n.º 3.689, de 03 de outubro de 1941 (**Código de Processo Penal**). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 02 de jul. 2021.

BRASIL. Lei Federal n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (**Código Civil**). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 02 de jul. 2021.

BRASIL. Lei Federal n.º 12.965, de 23 de abril de 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 02 de jul. 2021.

BRASIL. Lei Federal n.º 13.105, de 16 de março de 2015 (**Código de Processo Civil**). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 02 de jul. 2021.

BRASIL. Lei Federal n.º 13.709, de 14 de agosto de 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709compilado.htm>. Acesso em: 02 de jul. 2021.

BRASIL. Lei Federal n.º 13.869, de 5 de setembro de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13869compilado.htm>. Acesso em: 02 de jul. 2021.

BRASIL. Lei Federal n.º 9.296, de 24 de julho de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9296.htm>. Acesso em: 02 de jul. 2021.

BUSATO, Paulo César. **Fundamentos para um direito penal democrático**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. **Provas ilícitas e ponderação de interesses no processo penal**. Salvador: JusPodivm, 2015.

CANADÁ. Justice Laws Website. **The Canadian Charter of Rights and Freedoms**, 1982. Disponível em: <<https://www.laws-lois.justice.gc.ca/eng/Const/page-12.html#h-45>>. Acesso em: 2 jul. 2021.

CANADÁ, The Court. R v Fearon: cell phones, privacy, and the Supreme Court in the digital age. 31 dez. 2014. Disponível em: <<http://www.thecourt.ca/r-v-fearon-cell-phones-privacy-and-the-supreme-court-in-the-digital-age/>>. Acesso em: 2 jul. 2021.

CANCELIER, Mikhail Vieira de Lorenzi. **O direito à privacidade hoje: perspectiva histórica e o cenário brasileiro**. Sequência (Florianópolis), n. 76, p. 213-240, ago. 2017.

CARNEIRO, Andréa Walmsley Soares. **Direito Penal Econômico e erro de proibição**: análise das discontinuidades e insuficiências da teoria do erro de proibição frente à distinção entre os Delicta In Se e os Delicta Mere Prohibita. Tese

de doutoramento em Direito. Orientação: Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti. Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife / Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco: Pernambuco, janeiro de 2015.

CARVALHO NETTO. Menelick de. **Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sobre o paradigma do Estado Democrático de Direito**. Revista de Direito Comparado, Belo Horizonte, Mandamentos, v. 3, 2000.

CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede**. v. 1. 8. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

CASTRO, Flávia Lages de. **História do Direito Geral e Brasil**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CHAI, Cássius Guimarães. **PLEA BARGAIN AND CRIMINAL FAIR TRIAL PROCEDURE: The Aftermath Criticism on the Evidence Gathering Against International Human Rights Standards and Compliance Standards Balancing**, in 第三届 G20 反腐败追逃追赃国际研讨会 暨第八届当代刑法国际论坛. International Symposium on Global Governance over Corruption and Terrorism The 3rd G20 International Symposium on Fugitive Repatriation and Asset Recovery and The 8th International Forum of Contemporary Criminal Law, in Collected Papers [Research Center on International Cooperation Regarding Persons Sought for Corruption and Asset Recovery in G20 Member States, Beijing Normal University, College for Criminal Law Science of Beijing Normal University Law School of Beijing Normal University] March, 28th, 2019. Beijing.

CHAI, Cássius Guimarães; LIMA, Pedro Henrique Roque. **The Clash of Identities in the Era of 4.0 Industrial Revolution: discussing The Rule of Law and A.I. Law Enforcement and Human Rights Protection Measures**. 26th IPSA World Congress of Political Science (Virtual), 10-15, July, 2021.

CONSELHO DA EUROPA. **Convenção Europeia de Direitos Humanos**, 1950. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=536&IID=4>>. Acesso em: 02 jul. 2021.

COSTA, Diogo Erthal Alves da. **Nemo tenetur se detegere e dados criptografados**: restabelecendo o equilíbrio. In: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. (Org.). A prova no enfrentamento à macrocriminalidade. 3ª ed. rev, atual., amp., Salvador: JusPodivm, 2019. p. 253-278.

CAMILLOTO, Bruno. URASHIMA, Pedro. **Liberdade de expressão, democracia e cultura do cancelamento**. Revista de Direito da Faculdade Guanambi, v. 7, n. 02, jul./dez., 2020.

COSTA, Renata Pereira Carvalho; COURA, Alexandre de Castro. **A atuação do magistrado e sua conformação paradigmática**: o desafio de materializar o Estado Democrático de Direito, DPU, n. 32, p. 23-41, mar.-abril, 2010.

COURA, Alexandre Castro; PAULA, Quenya Correa de. **Ativismo judicial e judicialização da política**: sobre o substancialismo e procedimentalismo no Estado Democrático de Direito. In: Revista Brasileira de Estudos Políticos, vol.116, jan./jun. 2018. Belo Horizonte: RBEP/UFMG, 2018.

COURA, Alexandre de Castro. **Para uma análise crítica da vedação constitucional de provas ilícitas: contribuições para garantia dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito**. Tese de doutoramento em Direito Constitucional. Orientação: Menelick de Carvalho Netto. Co-orientação: Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira. Programa de Pós-graduação em Direito da UFMG: Belo Horizonte, novembro de 2007.

COURA, Alexandre de Castro; BEDÊ JUNIOR, Américo. **Existe uma resposta correta sobre o problema da resposta correta no direito?**. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XLI, Valparaíso, Chile, 2013.

COURA, Alexandre de Castro; RAMOS, Júlia Teixeira. **Direito à intimidade, colisão entre direitos fundamentais e balanceamento**. Revista de Direito da Faculdade Guanambi, v. 7, n. 02, p. e301, 15 dez. 2020.

COURA, Alexandre de Castro. **Hermenêutica jurídica e jurisdição (in)constitucional: para análise crítica da “jurisprudência de valores à luz da teoria discursiva de Habermas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2009.

CUNHA JUNIOR, Dirley. **Manual de direito constitucional**, Salvador: JusPodivm, 2014.

DEBORD, Guy. **Sociedade do espetáculo**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2000

DOMINGOS, Fernanda Teixeira Souza. **As provas digitais nos delitos de pornografia infantil na internet**. In: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. (Org.). A prova no enfrentamento à macrocriminalidade. 3ª ed. rev., atual., amp., Salvador: JusPodivm, 2019. p. 189-208.

ESPAÑA, Tribunal Constitucional de España. Sentencia 115/2013, de 9 de mayo de 2013. Disponível em: <<http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/23444>>. Acesso em: 02 jul. 2021.

EUA. Supreme Court of the United States. *Carpenter v. United States*, 2018. Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/opinions/17pdf/16-402_h315.pdf>. Acesso em: 02 jul. 2021.

EUA. Supreme Court of the United States. *Kyllo v. United States*, 2001. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/supct/pdf/99-8508P.ZO>>. Acesso em: 02 jul. 2021.

EUA. Supreme Court of the United States. *Riley v. California*, 2014. Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/opinions/13pdf/13-132_8l9c.pdf>. Acesso em: 02 jul. 2021.

EUA. United States Senate. **Constitution of the United States**, 1787. Disponível em: <https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm>. Acesso em: 2 jul. 2021.

FISCHER, Douglas. **Não há direito fundamental à impunidade**: algumas considerações sobre a possibilidade das prorrogações das interceptações telefônicas. Revista do Ministério Público do RS. Porto Alegre. N. 63. Mai./Set. 2009. P. 9-18.

FREIRE JUNIOR, Américo Bedê. **A retórica do direito fundamental à privacidade**: a validade da prova obtida mediante filmagens nos ambientes públicos e privados. Salvador: JudPodivm, 2015.

FREIRE JUNIOR, Américo Bedê; REZENDE, Eduardo Domingues. **A (im)possibilidade de acesso a provas obtidas em aplicativo de mensagens instantâneas sem autorização judicial**. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, nº 96, jun./jul., 2020.

GARCIA, Emerson. **Conflito entre normas constitucionais**: esboço de uma teoria geral. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GONÇALVES, Victor Hugo Pereira. **Marco civil da internet comentado**. 1. ed., São Paulo: Atlas, 2017.

GRECO, Rogério. **Atividade policial: aspectos penais, processuais penais, administrativo e constitucionais.** 10ª ed. Niterói-RJ: Impetus, 2020.

HARARI, Yuval Noah. **Sapiens: uma breve história da humanidade.** 25ª ed. Porto Alegre: L&PM, 2017.

JORIO, Israel Domingos. COURA, Alexandre de Castro. **Entre dúvidas e certezas: a resposta correta no processo penal.** Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 149, nov., 2018, pags. 227-257.

JÚNIOR, Janary. **Maia cria comissão de juristas para propor lei sobre uso de dados pessoais em investigações.** Câmara dos Deputados, 27 nov. 2019. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/noticias/618483-maia-cria-comissao-de-juristas-parapropor-lei-sobre-uso-de-dados-pessoais-em-investigacoes/>>. Acesso em: 03 jul. 2021.

KOHN, Karen; MORAES, Cláudia Herte de. **O impacto das novas tecnologias na sociedade: conceitos e características da Sociedade da Informação e da Sociedade Digital.** In: CONGRESSO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS DA COMUNICAÇÃO, 30., Santos-SP, 2007.

KUHN, Thomas Samuel. **A Estrutura das Revoluções científicas.** 11ª Edição, São Paulo: Editora Perspectiva, 2011.
la sociedad global del miedo. Valencia: Tirant lo blanch, 2017.

LASSALE, José María. **Ciberleviatán: El colapso de la democracia liberal frente a la revolución digital.** Barcelona: Arpa, 2019.

LEAL, Rogério Gesta. **Há um direito a privacidade e intimidade absolutos na ordem jurídica e política democráticas contemporânea, notadamente em face de informações que visem o combate à corrupção?** Revista Direito e Justiça, v. 40, n. 2, p. 181-196, jul./dez. 2014

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

LÉVY, Pierry. **Cibercultura.** São Paulo: Editora 34, 1999.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la constitucion.** Tradução: Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1970.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17ª ed., São Paulo: Saraiva, 2020.

LOPES JÚNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2014.

LUBIN, Asaf. **The Rights to Privacy and Data Protection Under International Humanitarian Law and Human Rights Law**. in Research Handbook on Human Rights and Humanitarian Law: Further Reflections and Perspectives (Robert Kolb, Gloria Gaggioli and Pavle Kilibarda eds., Edward Elgar, Forthcoming), jun, 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIÉRO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MARQUES, Paulo Rubens Carvalho; BARRETO, Paulo Coutinho; NETO, Octávio Celso Gondim Paulo. **O anteprojeto da “LGPD penal”, a (in)segurança pública e a (não) persecução penal**. In: ARAS, Vladimir Barros *et al.* **Proteção de dados pessoais e investigação criminal**. Associação Nacional dos Procuradores da República. Brasília: ANPR, 2020, p. 589-593.

MATTELART, Armand. **História da sociedade da informação**. 2ª ed. rev. e atual. Edições Loyola, São Paulo: Brasil, 2006.

MENDES, Carlos Hélder Carvalho Furtado. **Tecnoinvestigação criminal: entre a proteção de dados e a infiltração**. Salvador: JusPodivm, 2020.

MENDES, Laura Schertel. DONEDA, Danilo. **Comentário à nova lei de proteção de dados (Lei 13.709/2018): o novo paradigma da proteção de dados no Brasil**. Revista de Direito do Consumidor | vol. 120/2018 | p. 555 - 587 | Nov - Dez / 2018.

MENESES, Celimar de; GONZAGA, Agatha. **WhatsApp vira alvo de criminosos digitais: saiba como se proteger**. Correio Braziliense, Brasília-DF, 04 de fev. 2020. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/cidades/2020/02/04/interna_cidad esdf,825413/whatsapp-vira-alvo-de-criminosos-digitais-saiba-como-se-proteger.shtml>. Acesso em: 13 jun. 2021.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. **Resolução do Colégio de Procuradores de Justiça n.º 27, de 19 de novembro de 2018**. Disponível em:

<<http://www.legislacaocompilada.com.br/mpes/Arquivo/Documents/legislacao/html/R ESCOL272018.htm>>. Acesso em: 03 ago. 2021.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO MARANHÃO. **Nota técnica 06/2018**, Centro de Apoio Operacional Criminal – CAOP-CRIM, in Seminário “30 ANOS DA CONSTITUIÇÃO CIDADÃ: o Ministério Público na Construção da Democracia”. Disponível em: <https://www.mpma.mp.br/arquivos/COCOM/arquivos/centros_de_apoio/caop_crim/NOTA_T%C3%89CNICA/NT_06_DE_2018_-_ACESSO_A_DADOS_TELEFONICOS_2.pdf>. Acesso em 03, ago. 2021.

MORAES, Rafael Francisco Marcondes de. **Polícia judiciária, direitos humanos e o acesso ao conteúdo de aparelhos eletrônicos**. In: JORGE, Higor Vinicius Nogueira (Org.). Tratado de investigação criminal tecnológica. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 289-306.

MORAIS, Fausto Santos de. **Ponderação e arbitrariedade: a inadequada recepção de Alexy pelo STF**. 2ª ed., rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2018.

MORAIS, José Luis Bolzan de; **O Estado de Direito “confrontado” pela “revolução da internet”!**. Temas de Estado de Direito e Tecnologia [recurso eletrônico] / José Luis Bolzan de Moraes; Edilene Lobo (Orgs.) – Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2021.

MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. **Dados pessoais sensíveis e a tutela de direitos fundamentais**: uma análise à luz da lei geral de proteção de dados (Lei 13.709/18). Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, Vitória, v. 19, p. 159-180, set./dez. 2018.

ORDENAÇÕES FILIPINAS, décima-quarta edição segundo a primeira de 1603 e a nona de Coimbra de 1824, adicionada com diversas notas filológicas, históricas e exegeticas, em que se indicão as diferenças entre aquellas edições e a vicentina de 1747 ... desde 1603 ate o prezente / por Candido Mendes de Almeida. Rio de Janeiro: Typ. Nacional, 1883-1902. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242733?show=full>>. Acesso em 3 ago. 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>>. Acesso em: 02 jul. 2021.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos**, 1969. Disponível em:

<https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 02 jul. 2021.

PEDRA, Adriana Sant'ana. As mutações constitucionais e o limite imposto pelo texto da constituição: uma análise da experiência latino-americana. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 101, p. 7-36, jul./dez. 2010.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito digital**. 6ª ed. rev, ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016

PORTUGAL, Assembleia da República. Lei n.º 59, de 08 de agosto de 2019. Disponível em: < <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/123815983/details/normal?q=59%2F2019>>. Acesso em 04: jul. 2021.

RICHARDSON, Megan. **The Right to Privacy: Origins and Influence of a Nineteenth-Century Idea** (Cambridge Intellectual Property and Information Law). Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância**: a privacidade hoje. Organização, seleção e apresentação de Maria Celina Bodin de Moraes. Tradução: Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direito à intimidade e à vida privada: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998

SÃO PAULO, Tribunal de Justiça. Apelação n.º. 000074.13.2016.8.26.0578. Des. Rel., Walter da Silva, 14ª Câmara de Direito Criminal. Julgado em 09 de fevereiro de 2017. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/open.do>>. Acesso em 04 jul. 2021.

SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. Trad. Daniel Moreira Miranda. 1ª ed. São Paulo: Edipro, 2016.

SILVA, Gabriela Buarque Pereira; MOURA, Tâmara. **Prisão em flagrante e acesso a dados de celular: desafios entre a privacidade e a investigação criminal**. In: ARAS, Vladimir Barros *et al.* Proteção de dados pessoais e investigação criminal. Associação Nacional dos Procuradores da República. Brasília: ANPR, 2020, p. 399-430.

SILVA, Guilherme Augusto Pinto da. **Privacidade da pessoa humana no ambiente de trabalho: limites e restrições**. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, Vitória, v. 14, n. 2, p. 169-206, jul./dez. 2013.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. **O encarceramento em massa no Brasil a partir de suas assimetrias: o que dizem os números e sua relação com a segurança pública**. In: SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; SANTOS, Leonardo Augusto de A. César dos; BALLAN JUNIOR, Octahydes; SILVA, Rodrigo Monteiro da. (Orgs.). Segurança pública: os desafios da pós-modernidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 43-68.

SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano; FURTADO, Valtan Timbó Martins Mendes. **Investigação criminal genética – banco de perfis genéticos, fornecimento compulsório de amostra biológica e prazo de armazenamento de dados**. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, v. 4, n. 2, 2018.

SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano; PACHECO, Wilfredo Enrique Pires. **A teoria da anomia nos crimes cibernéticos: theory of anomie applied to cybercrime**. Delictae Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito, [S. l.], v. 4, n. 7, p. 104–125, 2019. DOI: 10.24861/2526-5180.v4i7.105. Disponível em: <https://delictae.com.br/index.php/revista/article/view/105>. Acesso em: 3 ago. 2021.

TAVARES, Juarez. CASARA, Rubens. **Prova e Verdade**. São Paulo: Tirant, 2020.

THEBALDI, Matheus. **Covid: agendamento para pessoas com 35 anos ou mais será apenas pelo site**. Prefeitura Municipal de Vitória/ES, 2021. Disponível em: <<https://www.vitoria.es.gov.br/noticia/covid-agendamento-para-pessoas-com-35-anos-ou-mais-sera-apenas-pelo-site-43087>>. Acesso em: 30 jul. 2021.

THEMUDO, Tiago Seixas. ALMEIDA, Fernanda Carvalho de. **Direito, cultura, e sociedade em tempos de Fake News**. R. Dir. Gar. Fund., Vitória, v. 21, n. 3, p. 209-236, set./dez. 2020

UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia. Diretiva (UE) 2016/680, de 27 de abril de 2016. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016L0680&from=EN#d1e1048-89-1>>. Acesso em: 04 jul. 2021.

VEDOVATO, Luís Renato. ZEDAS, Leandro. **O celular de um homem e o seu castelo: privacidade e smartphones na investigação criminal**. R. Dir. Gar. Fund., Vitória, v. 20, n. 2, p. 65-92, maio/agosto, 2019.

VIANA, Túlio Lima. **Transparência pública, opacidade privada**: o Direito como instrumento de limitação do poder na sociedade de controle. 181 f. Tese de doutorado em Direito pela Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba. 2006

VILAR, SILVIA BARONA. **Proceso penal desde la historia**: desde su origen hasta

WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. **The right to privacy**. Harvard Law Review. n. 5, dez. 1890.

ZANETI JUNIOR, Hermes; SOUSA, Pedro Ivo de. **Precedentes normativos formalmente vinculantes em âmbito penal e sua dupla função**: pro futuro in malam partem (matéria penal) e tempus regit actum (matéria processual penal). In: GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel; CARVALHO, Márcia Haydée Porto de; CHAI, Cássius Guimarães (Orgs.). **Passado, presente e futuro do Ministério Público brasileiro: livro comemorativo dos 50 anos da Associação do Ministério Público do Estado do Maranhão**. São Luís: EDUFMA, 2021.

ZUBOFF, Shoshana. **A era do capitalismo de vigilância**. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2021.