

PUCRS

ESCOLA DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS
MESTRADO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS

TAMARA MAURA DA SILVA
**BUSCA E APREENSÃO EM DISPOSITIVOS INFORMÁTICOS
(SMARTPHONE E COMPUTADOR)**

Porto Alegre

2021

PÓS-GRADUAÇÃO - *STRICTO SENSU*



Pontifícia Universidade Católica
do Rio Grande do Sul

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL
ESCOLA DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS
MESTRADO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS**

TAMARA MAURA DA SILVA

**BUSCA E APREENSÃO EM DISPOSITIVOS INFORMÁTICOS
(SMARTPHONE E COMPUTADOR)**

PORTO ALEGRE

2021

TAMARA MAURA DA SILVA

**BUSCA E APREENSÃO EM DISPOSITIVOS INFORMÁTICOS
(SMARTPHONE E COMPUTADOR)**

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção de grau de Mestre em Ciências Criminais pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS).

Área de Concentração: Sistema Penal e
Violência

Linha de Pesquisa: Sistemas Jurídico-
penais Contemporâneos

Orientador: Prof. Dr. Nereu José
Giacomolli

Porto Alegre
2021

*“Não sou eu quem repete essa história
É a história que adora
Uma repetição, uma repetição.”*

(Chico Buarque, na música *Rebichada*)

AGRADECIMENTOS

Quero agradecer especialmente ao pilar desta trajetória, que nunca mediu esforços para prover inspiração e sustentar meus sonhos, Dona Maura, mãe, amiga, professora de valores que serão carregados para sempre, para ela dedico o trecho desta música *“Eu lembro que ela me levava pra trambar com ela. Falava: Olha, filho, o tamanho do casão. Eu mó pequenininho olhava bem na cara dela. E falava: Eu tô vendo, é igual seu coração. Lembra que eu te falei que isso aqui ia virar? (Obrigada Mãe)”*. Lembra Mãe? Te falei que ia virar e virou, não é sempre que a filha da empregada doméstica consegue se graduar e concluir a especialização e mestrado em uma instituição renomada como é a PUC/RS, tudo devo a você.

Ao Professor Nereu, ou melhor, “Nereuzito”, como eu costumo chamar, quero agradecer por fazer essa experiência ser mais leve, diante de todos os estresses que uma dissertação traz, você fez com que tudo se tornasse mais tranquilo.

Ao companheiro e sócio Felipe Geitens, pela parceria que cresce a cada dia, por largar compromissos para me apoiar e ajudar, isso é extremamente importante pra mim.

Ao amigo Ramiro que me acompanhou durante o mestrado e que nunca negou ajuda, sei o tamanho do seu coração.

À amiga Julia Eing Brodt, obrigada por sempre se colocar à disposição, és a única que faz isso de coração e sem pedir nada em troca.

RESUMO

A presente dissertação, vinculada à área de concentração “Sistema Penal e Violência e à linha de pesquisa “Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos”, tem como objeto a busca e apreensão em dispositivos de armazenamento, especificamente no Smartphone e Computadores. Para tanto, antes de adentrar especificamente no tema destaca a importância de falar sobre o contexto histórico que antecedeu a promulgação da Constituição Federal, para verificar o motivo pelo qual o constituinte se preocupou em estabelecer um rol de direitos fundamentais, inclusive, atribuindo a alguns o valor de inviolável. Ressalta-se, em que pese concordar com a relatividade dos direitos fundamentais, não devem ser aceitos discursos que atribuem maior valor ao Estado do que ao direito individual do cidadão. No que tange a intimidade e a vida privada é direito do indivíduo ser protegido de toda atividade que vise se intrometer de maneira indevida. Portanto, ao lidar com a busca e apreensão de dados, o que conseqüentemente interfere na intimidade e vida privada, é imperioso reconhecer a importância desses dados, afastar a incidência de posicionamentos arbitrários e regulamentar os critérios de restrição, consistentes em legislação própria, requerimento realizado pelo Ministério Público, vedada iniciativa de ofício pelo magistrado, taxatividade, autorização judicial fundamentada e justificada, com base no princípio da proporcionalidade, o motivo da realização da busca, bem como, a delimitação do mandado, que não poderá ser carta branca, e sim, devidamente específico, constando em qual pasta ou arquivo deverá ser realizada a busca.

Palavras-chave: Vida Privada. Intimidade. Busca e Apreensão. Dados Digitais. Dispositivos Informáticos. Limitação de Poder.

RESUMEN

La presente tesis, vinculada al área de concentración “Sistema Penal y Violencia y la línea de investigación “Sistemas Jurídicos y Penales Contemporáneos ”, tiene como objeto la búsqueda e incautación de dispositivos de almacenamiento, específicamente en Smartphone y Computadoras. Por ello, antes de entrar específicamente en el tema, se resalta la importancia de hablar del contexto histórico que precedió a la promulgación de la Constitución Federal, para verificar la razón por la cual la constituyente se preocupó por establecer una lista de derechos fundamentales, incluyendo, atribuir a algunos los derechos fundamentales valor inviolable. Cabe señalar que, a pesar de estar de acuerdo con la relatividad de los derechos fundamentales, no deben aceptarse discursos que atribuyan mayor valor al Estado que al derecho individual del ciudadano. En cuanto a la intimidad y la vida privada, es derecho del individuo estar protegido de cualquier actividad que busque interferir de manera indebida. Por lo tanto, cuando se trata de la búsqueda e incautación de datos, que en consecuencia interfiere en la intimidad y la vida privada, es imperativo reconocer la importancia de estos datos, eliminar la incidencia de posiciones arbitrarias y regular los criterios de restricción, acordes con la legislación específica, requisito que se hace por el Ministerio Público, no iniciativa oficial del magistrado, fiscalidad, autorización judicial motivada y justificada, fundamentada en el principio de proporcionalidad, el motivo para realizar el allanamiento, así como la delimitación de la orden, que no puede ser carta blanca, pero sí, debidamente especificado, en qué carpeta o archivo se debe realizar la búsqueda.

Palabras clave: Vida privada. Intimidad. Búsqueda y captura. Información digital. Dispositivos informáticos. Limitación de potencia.

Aprovada em 18 de março de 2021.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Nereu José Giacomolli

Prof. Dr. Rodrigo Moraes de Oliveira

Prof. Dr. Diógenes Vicente Hassan Ribeiro

Porto Alegre 2021

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	11
2. DA INTIMIDADE E VIDA PRIVADA.....	15
2.1. ANTECEDENTES À ELABORAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL ..	16
2.2. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS PODEM SER RELATIVIZADOS?	22
2.3. INVIOABILIDADE DA INTIMIDADE E VIDA PRIVADA	25
2.4. DEMOCRACIAS ENFRAQUECIDAS DE MODO LEGAL.....	30
3. BUSCA E APREENSÃO EM DISPOSITIVOS DE ARMAZENAMENTO ..	33
3.1. DECISÕES SOBRE O ACESSO, BUSCA E APREENSÃO EM COMPUTADORES.....	33
3.2. DECISÕES SOBRE O ACESSO, BUSCA E APREENSÃO EM CELULARES	38
3.3. EXIGÊNCIA DE LIMITES AO PODER ESTATAL	42
3.4. EXIGÊNCIA DE RESERVA DE LEI.....	42
3.5. NECESSIDADE DO DEVIDO PROCESSO PENAL.....	47
4. FUNDAMENTAÇÕES ESPÚRIAS	52
4.1. CRISE DAS FONTES E INSUFICIÊNCIA NORMATIVA	53
4.1.1. Insuficiência do Art. 5º XII, da CF e da Lei 9.296/96	57
4.1.2. Discricionariedade da Autoridade Policial.....	60
4.1.3. Dados Físicos se Equiparam aos Digitais?	64
4.1.4. Segurança Pública e Direitos Fundamentais.....	65
5. AFINAL, DISPOSITIVOS DE ARMAZENAMENTO MERECEM PROTEÇÃO?.....	71
5.1. O ACESSO INDISCRIMINADO AOS DISPOSITIVOS DE ARMAZENAMENTO VIOLA A VIDA PRIVADA E A INTIMIDADE?	72
5.2. CRITÉRIOS DE RESTRIÇÃO PARA ACESSO AOS DISPOSITIVOS INFORMÁTICOS.....	80
5.2.1. Legitimidade	81
5.2.2. Reserva Judicial	83
5.2.3. Delimitação do Mandado	90
5.2.4. Sujeito Transformador	93
5.2.5. Junção dos Critérios de Restrição	95

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS	97
REFERÊNCIAS.....	99

1. INTRODUÇÃO

Vive-se um período em que, os direitos fundamentais e os valores democráticos, tornaram-se mercadorias negociáveis ou obstáculos, que com muita facilidade, são violados em nome dos interesses repressivos do Estado¹.

No entanto, o processo penal não pode ser visto como simples mecanismo do poder punitivo, pelo contrário, deve desempenhar o papel de limitador do poder e garantidor dos direitos fundamentais a cada indivíduo².

Urge destacar que as restrições aos direitos fundamentais, fora das hipóteses previstas no texto constitucional, são características de modelos autoritários de Estado³ e não acusatório e democrático, como se intitula o modelo adotado no Brasil.

Tendo em vista a relevância e a proteção conferida aos direitos fundamentais, importante que sejam estabelecidos critérios bem delimitados quanto as suas restrições, para que o Estado não cometa ingerências arbitrárias e imponha restrições de maneira abusiva, como aconteceu durante o período ditatorial e que continua a acontecer, e o que é pior, com a adesão do poder judiciário, assim como acontecia naquela época.

Afinal, no Estado Democrático de direito, os fins não justificam os meios, o que significa dizer que não pode o Estado violar a lei e aceitar uma prova que viole a lei para punir alguém⁴.

Portanto, a presente dissertação tratará acerca do acesso, busca e/ou apreensão, a qual tem como finalidade a extração/transcrição⁵ dos dados

¹CASARA, Rubens. *Sociedade sem lei: pós-democracia, personalidade autoritária, idiotização e barbárie*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018. p. 15.

²LOPES JUNIOR, Aury. *Fundamentos do Processo Penal*. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p.38.

³CASARA, Rubens. *Sociedade sem lei: pós-democracia, personalidade autoritária, idiotização e barbárie*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018. p. 51.

⁴TAVARES, Juarez; CASARA, Rubens. *Prova e Verdade*. São Paulo: TirantloBlanch, 2020. p. 61.

⁵Por tratar-se de dados constantes dentro, ou seja, na memória de aparelhos celulares ou computadores, já de início ressalta-se que apenas acessar, buscar ou apreender não faria muito sentido ou diferença no processo penal. O objetivo final quando se remete a um desses verbos (acessar, buscar ou apreender) é a extração, não no sentido de remoção, destruição dos dados do dispositivo e sim de cópia de transcrição, para que possa ser juntado e documentado aos autos através da perícia. O acesso a busca ou a apreensão se tornam apenas o meio utilizado para de fato ser possível documentá-los por meio da perícia. Se opta ao termo busca e apreensão por já ser o utilizado pelo ordenamento jurídico e para que não gere dúvidas, afinal no processo penal já é prática comum a busca e apreensão de computadores, mas com a finalidade de encaminhar para perícia para buscar dados

constantes em dispositivos de armazenamento de dados (computador e smartphone), em que pese não regulamentadas, já são muito utilizadas no cenário judicial brasileiro, levantando diversas discussões e entendimentos divergentes.

Dessa forma, ao abordar o tema da busca e apreensão em dispositivos informáticos, além de demonstrar a sua ligação com os direitos fundamentais da intimidade e vida privada, no intuito de enaltecer a importância de estabelecer critérios bem definidos ao acessá-los, visto que de outro modo, haveria violação de direitos fundamentais, aos quais a Constituição atribuiu um caráter inviolável.

Afinal, para se realizar uma busca no celular de um indivíduo, que possui todo tipo de informação privada, é imperioso que se discuta de forma séria o alcance desses dados, e mais, se o Constituinte elevou o direito da privacidade e intimidade ao nível de inviolável, qual era o momento histórico vivido antes da promulgação da Constituição Federal, para que, desde 1988, já houvesse preocupação do constituinte em positivizar um rol tão grande de direitos fundamentais como fez?

Para tanto, foram selecionadas decisões judiciais, em que os Tribunais superiores tratam acerca da busca e apreensão em computadores e celulares, com a finalidade de discutir se o art. 5, XII da CF, visou proteger o sigilo de qualquer dado, ou especificamente sobre o sigilo da comunicação de dados. Se a lei 9.296/96 regulamenta a busca e apreensão dos dados constantes em aparelhos de celular e computadores, ou unicamente a interceptação de comunicação. Essas são questões que serão abordadas no decorrer da dissertação.

Estudar-se-á, ainda, o tema 977, de repercussão geral, que deve ser julgado pelo STF em 2021, que trata justamente sobre a necessidade de autorização judicial ou não, para acesso aos celulares, e certamente o resultado deste julgado trará impactos na forma como se procederá às buscas

importantes ao processo. Por isso que em que pese a importância do tema, esta autora não se apegou ao termo, ou melhor, ao verbo que possa parecer mais correto. Então quando se falar em busca, acesso ou apreensão de dados em dispositivos informáticos estamos falando sobre o objetivo final que é encaminhar essas dados para a perícia oportunamente em que serão transcritos e colacionados aos autos.

aos dispositivos de armazenamento de dados (computadores, HD's externos, pendrive).

Analisar-se-á também o parecer da Procuradora Geral da República que defende a possibilidade de acesso aos celulares sem autorização judicial, no intuito de conferir maior discricionariedade ao policial responsável pela abordagem.

Portanto, a presente dissertação, vinculada à área de concentração "Sistema Penal e Violência tendo como linha de pesquisa "Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos", se utiliza do método de abordagem de pensamento dedutivo, com recurso à revisão bibliográfica e jurisprudencial dos principais tribunais brasileiros, bem como da Suprema Corte dos Estados Unidos. A técnica de pesquisa consiste na revisão bibliográfica e análise de decisões judiciais, a forma de trabalho é monográfica.

Assim, entende-se que o tema é de imensa importância, eis que as provas obtidas por meio dos dispositivos de armazenamento de dados já são uma realidade no processo penal, e representam uma possibilidade latente de devassa aos mais diversos direitos fundamentais (domicílio, sigilo bancário, privacidade, crença). E, levando em consideração que a Constituição e os tratados internacionais, os quais o Brasil é signatário, asseguram uma série de direitos como, intimidade, imagem, inviolabilidade domiciliar entre outros, resta saber e verificar a possibilidade e os requisitos para que a busca e apreensão em dispositivos de armazenamento ocorra ou não.

O problema da dissertação consiste em buscar resposta para o seguinte questionamento: Como realizar o acesso e a busca e apreensão em dispositivos informáticos sem incorrer em violações de direitos fundamentais?

A hipótese sugerida resulta na regulamentação do procedimento e estabelecimento de critérios mais rígidos que visem assegurar a observância dos direitos fundamentais, bem como diminuir a discricionariedade do magistrado.

Portanto, os objetivos consistem em verificar se a Constituição Federal confere proteção aos dados constantes nos dispositivos de armazenamento e compreender o alcance dos dados armazenados.

Em busca dessas repostas o trabalho será estruturado em seis seções, consistentes em introdução, quatro capítulos de desenvolvimento e as

considerações finais. No primeiro abordar-se-á acerca dos fatos que antecederam a Constituição Federal, dando ênfase às truculências e violações cometidas durante a ditadura militar contra as pessoas e conseqüentemente aos direitos fundamentais. No segundo analisar-se-á decisões sobre o acesso, busca e apreensão em computadores e celulares, oportunidade em que se ressalta a importância do poder ser limitado através da regulamentação.

No terceiro estudar-se-á os fundamentos utilizados pelos magistrados mencionado na seção anterior e refutar-se-á os não condizentes com o Estado democrático de direito, como por exemplo a impossibilidade de se conferir mais poderes aos agentes policiais no que tange ao acesso aos dispositivos de informática.

Ao passo que no quarto tratar-se-á acerca da amplitude de dados/arquivos/app que um dispositivo de armazenamento pode carregar, descrevendo a funcionalidade de alguns aplicativos e demonstrando o seu alcance no que tange a possibilidade de violações caso seja autorizado acesso indiscriminado. Assim elencar-se-á alguns critérios para que esses dispositivos possam ser acessados, tais como requerimento prévio do MP ou autoridade policial, autorização judicial, delimitação do mandado e um sujeito transformador.

2. DA INTIMIDADE E VIDA PRIVADA

A Constituição, ao dispor que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas⁶”, quis proteger em absoluto esses Direitos, ou apenas omitiu-se de prever exceções em que os mesmos poderiam ser violados, como o fez quando tratou da busca e apreensão domiciliar⁷, por exemplo?

A presente dissertação preocupa-se em analisar e concluir, a partir de uma leitura Constitucional, a interpretação e aplicação que é dada aos Direitos Fundamentais. Tendo em vista que a Carta Magna não previu exceções para sua violação, haveria alguma cabível? E havendo, quais critérios seriam observados para aplicar essas exceções?

Seguindo por esta linha, questiona-se, a legislação infraconstitucional poderia impor restrições a um direito inviolável?

Sabe-se que a Constituição, devido ao lapso temporal de sua feitura, até os dias atuais, não conseguiu prever todas as possíveis circunstâncias que permeiam as intempéries do cotidiano social, até porque, muitas coisas mudaram, tornando-se para diversas situações incompleta, ainda que ela tenha que guiar todo o ordenamento jurídico, a fim de proteger o cidadão, limitar o poder estatal e garantir a democracia⁸.

Considerando que a Constituição dispõe que são invioláveis a intimidade e a vida privada, e dado a supremacia constitucional, seu texto deveria servir como limitador da tarefa interpretativa, tendo o intérprete o dever de avaliar o contexto histórico e social em que essa previsão surgiu⁹, para entender o alcance e a importância desses direitos positivados.

Com isso, questiona-se, em 1988, durante a feitura da Constituição, qual era o contexto histórico vivido? Quais os fatos que a antecederam para que houvesse uma preocupação em estabelecer uma Constituição com um rol tão

⁶BRASIL. *Constituição Federal*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 16 mar 2020.

⁷XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;

⁸LEVITSKY, Steven. ZIBLATT, Daniel. *Como as democracias morrem*. Tradução Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2018. p. 99-101.

⁹PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 70-71.

extenso de direitos fundamentais? Justamente é esse momento histórico que será tratado neste capítulo.

2.1. ANTECEDENTES À ELABORAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Adianta-se que, em que pese o atual cenário do judiciário não seja dos melhores, o desenvolvimento deste trabalho é guiado pelo sentimento descrito por Hannah Arendt: “uma mescla do otimismo e desespero temerário”¹⁰.

Essa mescla de otimismo e desespero aumenta devido à diversas situações mal resolvidas no Brasil, dentre elas, o passado sangrento decorrente da ditadura militar.

Aprioristicamente, serão abordados fatos pertinentes sobre o regime ditatorial, estes que serão relevantes para o desenvolvimento do presente trabalho.

Com isso, ressalta-se o ocorrido em 31 de março de 1964, quando o Presidente eleito João Goulart foi destituído do seu cargo pelos militares brasileiros, sendo implementado um ato institucional que passou por cima da Constituição, instaurando assim uma ditadura que terminou apenas em 1985.

Importante mencionar, que o novo presidente foi empossado amparado não só pelos militares, mas também na presença dos presidentes do Senado e do Supremo, em cooperação, os três poderes juntos encerraram o governo de João Goulart¹¹.

Em que pese essa tomada de poder ter se dado de maneira ilegal, existia uma vontade em disfarçar todos esses atos como se tivessem ocorridos dentro da legalidade¹².

E porque alguns regimes se preocupam em cometer arbítrios, de certa forma amparados em lei, ao invés de apenas oficializar e escancarar sua faceta autoritária?

¹⁰ARENDR, Hannah. *Origens do Totalitarismo*. Tradução: Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p. 12.

¹¹Vale mencionar que em que pese esse apoio tenha ocorrido logo o Supremo já viveria os primeiros atritos com os militares, no entanto não houve confronto por parte do Supremo, pelo contrário agiu timidamente. RECONDO, Felipe. *Tanques e Togas: o STF e a ditadura militar*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. p. 25;

¹²PEREIRA, Anthony W. *Ditadura e repressão: o autoritarismo e o estado de direito no Brasil, no Chile e na Argentina*. São Paulo: Paz e Terra, 2010. p. 53.

Tal situação é conhecida como legalidade autoritária, o que acaba por confundir as pessoas, pois torna-se mais difícil perceber as sutis diferenças entre os regimes autoritários e democráticos, pois ambos fazem uso da lei, ainda que aquele a distorça ou utilize-a de maneira abusiva¹³, o que talvez justifique o motivo pelo qual, ainda hoje, uma parcela da sociedade defende que não houve ditadura no Brasil.

Cometer ilegalidades de forma mais sutil, e buscar respaldo na lei, faz com que muitos nem percebam que vivem sob um regime autoritário, causando uma falsa sensação de legalidade. Como aquela ludibriadora sensação de segurança que a polícia tenta transmitir prendendo pessoas, enquanto a criminalidade só aumenta. É mais ou menos a mesma lógica.

O autor Anthony Pereira¹⁴, menciona que legitimar o poder autoritário, com certo embasamento legal, podendo contar com o apoio do judiciário, diminui a oposição e causa uma sensação de “jogo limpo”, assim como levar oponentes aos tribunais para serem julgados.

No entanto, ainda com essa dose de cautela com a lei, os abusos, as violações aos direitos fundamentais e a tortura, foram realizados indistintamente à milhares de pessoas, viabilizados pelos inquéritos policiais militares que tinham como desculpa o apuramento de atividades subversivas e a investigação aos opositores da ditadura¹⁵, tais condutas arbitrárias faziam parte essencial do aparelho repressivo Estatal¹⁶.

Torturas, ameaças, imputações falsas, obrigação de assinar documentos em delegacias com conteúdo inverídico, fraturas, socos, choques, coações físicas diversas, prisões indevidas, ameaças de morte, pancadas, asfixia, obrigatoriedade de ficarem nus, privados de comida e sono, suspensos pelos pés, conduções indevidas e sem mandados, violações de domicílio, são apenas algumas das situações que as pessoas, consideradas “subversivas” pelo Estado, tiveram que enfrentar.

¹³PEREIRA, Anthony W. *Ditadura e repressão: o autoritarismo e o estado de direito no Brasil, no Chile e na Argentina*. São Paulo: Paz e Terra, 2010. p.38.

¹⁴PEREIRA, Anthony W. *Ditadura e repressão: o autoritarismo e o estado de direito no Brasil, no Chile e na Argentina*. São Paulo: Paz e Terra, 2010. p. 284.

¹⁵RECONDO, Felipe. *Tanques e Togas: o STF e a ditadura militar*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. p. 42.

¹⁶A Tortura. Volume I. *Projeto Brasil: Nunca mais*. Disponível em: <<https://www.marxists.org/portugues/tematica/livros/nunca/07.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2020.

As sessões de tortura eram conhecidas como técnicas de interrogatório, serviam para buscar confissões ou informações. Após essas sessões tortuosas, as vítimas eram julgadas pelo Tribunal Militar, com a possibilidade de defesa por advogados no intuito de mascarar a tortura pré-julgamento, um mecanismo pensado unicamente para fingir que tudo ocorria dentro da lei¹⁷.

Apesar disso, as notícias sobre a violência decorrentes dos depoimentos de pessoas torturadas estavam se espalhando, alguns casos chegaram ao Supremo Tribunal Federal, devido às defesas apresentadas por advogados, informando que as confissões eram ilegais, pois extraídas por meio de tortura, no entanto, os torturadores eram quase que figuras intocáveis¹⁸.

Quem está por dentro do sistema, sabe que, ainda hoje, muitas dessas práticas são corriqueiras, e é por isso que a declaração dada pelo Ministro Aliomar Baleeiro, se aplica tão bem, ainda hoje, ao mencionar em um processo daquela época que, “A confissão policial não inspira confiança por óbvios motivos, sobretudo quando colhida sem presença de advogado”. Contudo, em que pese o discurso garantista, o Ministro não absolveu o réu. Outros casos seguiram o mesmo rumo, ainda que, com a comprovação de tortura, o Supremo, tímido daquela época, não tinha coragem suficiente para ir contra o regime militar¹⁹.

Em outro processo, o Ministro Aliomar Baleeiro afirmou, “vinte séculos de civilização não bastaram para tornar a polícia uma instituição policiada, parecendo que o crime dos malfeitores contagia fatalmente o caráter dos agentes que a nação paga para contê-los e corrigi-los”²⁰.

Além de toda tortura exercida contra os cidadãos, o ato complementar 38 fechou o Congresso Nacional, e o ato institucional n. 5 suspendeu o Habeas Corpus, o direito fundamental à liberdade de expressão e reunião, e determinou que os crimes políticos fossem julgados pelo Tribunal Militar sem

¹⁷PEREIRA, Anthony W. *Ditadura e repressão: o autoritarismo e o estado de direito no Brasil, no Chile e na Argentina*. São Paulo: Paz e Terra, 2010. p. 54-80.

¹⁸RECONDO, Felipe. *Tanques e Togas: o STF e a ditadura militar*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. p. 51.

¹⁹RECONDO, Felipe. *Tanques e Togas: o STF e a ditadura militar*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. p. 53-54.

²⁰RECONDO, Felipe. *Tanques e Togas: o STF e a ditadura militar*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. p. 55.

direito à recurso, juízes perderam sua independência e ministros foram aposentados compulsoriamente²¹.

Todos esses relatos de violações a direitos fundamentais, assim como sequestros e assassinatos não tiveram espaço na agenda pública, ficaram restritas unicamente no seio familiar das vítimas, o luto coletivo não ocorreu²².

Observa-se que na tentativa de mudar essa realidade e tentar responsabilizar os torturadores e os outros envolvidos nesse período, a ADPF 153, que foi proposta pelo Conselho Federal da OAB, em 21 de outubro de 2008, requerendo ao STF que desse à Lei n. 6683 de 28 de agosto de 1979 - Lei de Anistia -, uma interpretação conforme a Constituição, de modo a declarar que a anistia concedida pela citada lei aos crimes políticos ou conexos não se estendesse aos crimes comuns praticados pelos agentes da repressão contra opositores políticos, durante o regime militar, esta foi indeferida.

A lei em si representou uma verdadeira política de esquecimento, com o pretexto de “pacificar” a sociedade, optou-se em jogar uma pedra em cima de todo mal e seguir em frente.

O Ministro Cesar Peluso²³, um dos responsáveis pelo indeferimento do pedido, mencionou que “uma sociedade que queira lutar contra os seus inimigos com as mesmas armas, com os mesmos instrumentos, com os mesmos sentimentos, está condenada a um fracasso histórico” e por fim, afirma que o “Brasil fez uma opção pelo caminho da concórdia”²⁴.

Já o Ministro o ministro Marco Aurélio²⁵, que também votou pelo indeferimento da ADPF, ressaltou que a anistia “É perdão, é desapego a

²¹RECONDO, Felipe. *Tanques e Togas: o STF e a ditadura militar*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. p. 46.

²²SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *Justiça de Transição: da ditadura civil-militar ao debate justicialista: direito à memória e à verdade e os caminhos da reparação e da anistia no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 63.

²³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 153*. Relator Ministro Eros Grau. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>. Acesso em 10 dez 2020.

²⁴A Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) discorda. Em 24 de novembro de 2010, o Brasil foi condenado em razão de crimes cometidos na chamada Guerrilha do Araguaia, no Caso Gomes Lund e outros v. Brasil. Para aquela Corte, as disposições da Lei da Anistia brasileira que impedem a investigação e a sanção a graves violações de direitos humanos são incompatíveis com a Convenção Americana e não podem permanecer como obstáculo para a investigação dos fatos, nem para a identificação e punição dos responsáveis.

²⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 153*. Relator Ministro Eros Grau. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>>. Acesso em 10 dez 2020.

paixões que nem sempre contribuem para o almejado avanço cultural. Anistia é ato abrangente de amor sempre calcado na busca do convívio pacífico dos cidadãos”.

Assim, mais uma vez, como na ditadura, o Judiciário cooperou para que militares e outros envolvidos saíssem ilesos²⁶.

O resultado dessa política do esquecimento é que, pouco se sabe e se divulga sobre o ocorrido, tanto é, que, para muitos, dentre eles os mais jovens, sequer existe conhecimento sobre o que de fato ocorreu durante o regime ditatorial. As próprias Forças Armadas ainda defendem que se tratou de um ato heroico, muitas até duvidam ou negam toda a tortura que é característica desse período²⁷.

Portanto, com tantos casos de torturas, mortes e sofrimentos, que indubitavelmente fazem parte da nossa história, e que ainda hoje, são tão comuns, nossa principal arma é a memória, a desumanidade presente nos regimes ditatoriais, e pior ainda, no regime nazista, atingiu um nível inimaginável²⁸, e deve ser levada como uma lição que não pode ser esquecida, muito menos repetida²⁹.

Com um pequeno trecho, Walter Benjamin, descreve muito bem o que é tratado neste capítulo:

Há um quadro de Klee que se chama Angelus Novus. Representa um anjo que parece querer afastar-se de algo que ele encara fixamente. Seus olhos estão escancarados, sua boca dilatada, suas asas abertas. O anjo da história deve ter esse aspecto. Seu rosto está dirigido para o passado. Onde nós vemos uma cadeia de acontecimentos, ele vê uma catástrofe única, que acumula incansavelmente ruína sobre ruína e as dispersa a nossos pés. Ele gostaria de deter-se para acordar os mortos e juntar os fragmentos.

²⁶O STF tem pela frente o julgamento a ADPF nº 320 ajuizada pelo PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE – PSOL, a fim de que seja declarado “que a Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979, de modo geral, não se aplica aos crimes de graves violações de direitos humanos, cometidos por agentes públicos, militares ou civis, contra pessoas que, de modo efetivo ou suposto, praticaram crimes políticos; e , de modo especial, que tal Lei não se aplica aos autores de crimes continuados ou permanentes, tendo em vista que os efeitos desse diploma legal expiraram em 15 de agosto de 1979 (art. 1º)”.

²⁷SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *Justiça de Transição: da ditadura civil-militar ao debate justransicional: direito à memória e à verdade e os caminhos da reparação e da anistia no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 57.

²⁸SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *Justiça de Transição: da ditadura civil-militar ao debate justransicional: direito à memória e à verdade e os caminhos da reparação e da anistia no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 27

²⁹MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 8.ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 4.

Mas uma tempestade sopra do paraíso e prende-se em suas asas com tanta força que ele não pode mais fechá-las. Essa tempestade o impele irresistivelmente para o futuro, ao qual ele vira as costas, enquanto o amontoado de ruínas cresce até o céu. Essa tempestade é o que chamamos progresso³⁰.

Assim, o pensamento é de que o progresso virá, mas é preciso ter consciência das ruínas sob os pés. Seguindo as lições de José Carlos Moreira da Silva Filho, é feito um alerta, para aquele que tenha um conhecimento, ao menos diminuto, sobre o ocorrido durante a ditadura, que além de apoderar-se de um papel de espectadores, existe a obrigação de ser testemunha, além de ouvintes e leitores, é impreterível que essa experiência seja repassada, assim como se fosse um anel³¹.

Portanto, cada um é responsável pela continuidade dessa história, pois diante de tanta injustiça e sofrimento, não ouvir, ou não repassar é uma segunda injustiça, é lavar as mãos.

Com isso, ainda que abordado de forma não aprofundada, este pequeno contexto histórico é tido como obrigação, foi utilizado nesta dissertação de forma a permitir seu prosseguimento com tranquilidade, avançar sobre o tema cumprindo seu papel na continuidade da história.

A efetiva garantia da dignidade humana, ou melhor, a possibilidade de que cada cidadão usufrua dos seus direitos fundamentais, passa antes pela memória, que reconheça toda a barbárie do passado para que a humanidade reconheça seus erros, seja redimida, e assim, se possa ver um futuro de progresso, pautado nos cidadãos e não no poder do Soberano³².

Relatado o contexto em que deu ensejo ao nascimento dos direitos fundamentais, percebe-se que o constituinte tinha motivos para querer positivar tantos direitos fundamentais, a ideia era vincular os aplicadores da lei ao texto constitucional. No entanto, hodiernamente, essa preocupação do constituinte

³⁰BENJAMIN, Walter. *Teses sobre o conceito da história, 1940*. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3957253/mod_resource/content/1/Teses%20sobre%20o%20conceito%20de%20hist%C3%B3ria%20%281%29.pdf. Acesso em: 10 dez 2020.

³¹SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *Justiça de Transição: da ditadura civil-militar ao debate justransicional: direito à memória e à verdade e os caminhos da reparação e da anistia no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p.48.

³²SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *Justiça de Transição: da ditadura civil-militar ao debate justransicional: direito à memória e à verdade e os caminhos da reparação e da anistia no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 37.

na elaboração da Constituição, não foi suficiente para evitar os excessos de violações aos direitos fundamentais.

Por qual motivo isso ocorre? Com que base tantos direitos fundamentais são relativizados? O que explica o difícil reconhecimento de uma violação a um direito fundamental? Qual o limite do Estado sobre essas violações? Para tais indagações o próximo tópico buscará respostas.

2.2. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS PODEM SER RELATIVIZADOS?

Quanto à existência de limites ao alcance dos direitos fundamentais surgem duas teorias, a interna e a externa. A teoria interna basicamente aduz que os direitos fundamentais só poderiam ser restringidos se a Constituição trouxesse em seu texto legal a possibilidade, caso contrário, não poderiam ser limitados³³.

Ou seja, não poderia o intérprete, ao analisar o conteúdo do art. 5º, X, da Constituição Federal, que prevê que “são invioláveis a intimidade e a vida privada”, autorizar uma violação a esses direitos. Isto porque, esse direito é recepcionado como regra³⁴, refletindo-se, portanto, no modo tudo ou nada, não havendo espaço para sopesamento, o que na concepção de quem defende esta teoria, evita o enfraquecimento dos direitos fundamentais³⁵.

Já a teoria externa, que é a adotada no sistema constitucional brasileiro, estabelece que os direitos ou garantias fundamentais não se revestem de caráter absoluto. Tal teoria aduz que os direitos fundamentais correspondem na verdade à princípios³⁶, e que portanto, admitem restrições, que serão

³³PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 180.

³⁴Conforme entendimento de Robert Alexy “Regras são normas que ordenam, proíbem ou permitem algo definitivamente, um dever definitivo, caso não aceite esta regra ela deve ser declarada como inválida e retirá-la do ordenamento ou então inserir-se uma exceção na regra, criando uma nova regra. Princípios consistem em um dever ideal, são mandamentos a serem otimizados, não possuem um dever definitivo. Eles devem ser realizados em medida tão alta quanto possível, colidem com outros princípios e utilizam a ponderação”. ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Tradução. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. p.37.

³⁵SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p.193.

³⁶Princípios consistem em um dever ideal, são mandamentos a serem otimizados, não possuem um dever definitivo. Eles devem ser realizados em medida tão alta quanto possível, colidem com outros princípios e utilizam a ponderação”. ALEXY, Robert. *Constitucionalismo*

realizadas utilizando-se um juízo ponderativo, através do princípio da proporcionalidade³⁷, seu principal expoente é Robert Alexy.

Conforme posicionamento majoritário, os direitos fundamentais podem sofrer restrições ou limitações, ainda mais quando se chocam com outros direitos fundamentais³⁸. A frase “não há direitos fundamentais absolutos” se tornou comum, no entanto, é importante ressaltar que essa restrição deve ser devidamente justificada³⁹.

Adianta-se que não é feita aqui a defesa de que os direitos fundamentais sejam absolutos, ideia que é genericamente aceita, ainda que não exista consenso, e muito menos critérios objetivos que justifiquem as diversas violações aos direitos fundamentais⁴⁰. Portanto, apenas mencionar que não são absolutos, não basta, é necessário saber qual o limite possível dos direitos fundamentais⁴¹, até onde o Estado pode ir e quais requisitos ele deve observar sem se exceder.

Neste sentido é que se argumenta que a restrição aos direitos fundamentais deve ocorrer de maneira excepcional, dentro da própria legalidade, consoante a Constituição, ter fins legítimos, observar o princípio da proporcionalidade⁴², dentre outros critérios que serão abordados em tópico próprio.

Afinal, os direitos fundamentais, no sentido de direitos de defesa, surgem como limitadores do poder estatal, a fim de evitar interferências indevidas na liberdade pessoal dos indivíduos. Não se trata de exclusão total do Estado, mas significa dizer que toda intervenção realizada deverá ser

Discursivo. Tradução. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. p.37.

³⁷PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 192.

³⁸MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008. P. 75.

³⁹MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008. P. 76.

⁴⁰PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 27.

⁴¹PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. *Da busca e da apreensão no processo penal*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 59.

⁴²PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. *Da busca e da apreensão no processo penal*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 62.

pautada na observância da Constituição, caso contrário caracteriza uma efetiva agressão⁴³.

Portanto, não se pode permitir que o Estado relativize direitos aos quais a Constituição atribuiu um valor de inviolável, sob o discurso que representa a sociedade e resguarda a ordem pública, atribuindo maior valor ao Estado em si, do que ao direito individual do cidadão.

Não se desconhece que uma pluralidade dos autores afirma que os direitos fundamentais não são absolutos, e se concorda com essa afirmativa⁴⁴, afinal, o fundamento absoluto é uma ilusão, e muitas vezes utilizado como pretexto para defesa de posições conservadoras⁴⁵.

Nos casos que tratam de sopesar direitos fundamentais entre privados, ou seja, quando a liberdade de expressão de uma pessoa afeta o direito de privacidade de outra diretamente, a doutrina e a jurisprudência dão conta de fundamentar e de fato fazer um juízo de ponderação para verificar no caso concreto qual deve prevalecer.

No entanto, quando se trata da violação de direito fundamental, a privacidade e a intimidade de uma pessoa, seja ao acessar o celular, ou computador, que são o foco deste trabalho, em prol da justiça pública, a violação ocorre não porque está atingindo um particular diretamente e sim o Estado, aquele que por tanto tempo violou direitos, torturou pessoas, mesmo sabendo que o poder ilimitado conferido a ele nunca resultou em boas situações, pelo contrário, assim, esse acesso deve ser muito bem regulamentado, com critérios bem definidos para que o Estado não se exceda.

Um bom exemplo dessa situação é o caso de Gerald Thomas, ocorrido em 2003, no Rio de Janeiro, quando foi acusado de ato obsceno (art. 233 CP), pois, durante uma peça teatral exibiu suas nádegas, no entanto, diante do contexto em que o ato ocorreu, o direito à liberdade de expressão prevaleceu

⁴³SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2012. p.168.

⁴⁴ Com duas ressalvas como afirmado por Norberto Bobbio. O direito a não ser escravizado e a não ser torturado. Era dos direitos. BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 41

⁴⁵BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 22.

sobre o texto do código penal e sobre o direito de persecução penal do Estado, não se colocou o poder punitivo acima de tudo e ele fora absolvido.

A Constituição Federal representou a ruptura com o passado e pretendeu sepultar o cadáver autoritário da ditadura militar⁴⁶, com isso, os direitos fundamentais devem ser observados de forma muito rígida, pois são direitos históricos caracterizados por lutas contra velhos poderes⁴⁷.

Parte da doutrina, ainda defende que, ao intérprete cabe a função de “descobrir o conteúdo da lei” ou extrair o “real significado” da norma⁴⁸. Todavia, há e deve haver limites ao intérprete para que ele reproduza sentido conforme a Constituição e não que ele dê sentido⁴⁹. O processo interpretativo se reduz a “explicitar – argumentativamente – o (já sempre) compreendido⁵⁰”.

2.3. INVIOABILIDADE DA INTIMIDADE E VIDA PRIVADA

Dentre a vasta gama de direitos fundamentais existentes, o presente trabalho é focado no Direito à Intimidade e à Privacidade, isso, em razão da busca e apreensão feita em dispositivos informáticos (celulares e computadores) estarem diretamente conectados a eles, ou seja, a devassa de um celular ou de um computador está diretamente ligada com a violação desses direitos fundamentais, estes que foram previstos pelo constituinte como invioláveis.

O direito de não ser “bisbilhotado”, de não ter a vida íntima devassada, de não ter detalhes pessoais invadidos contra a vontade da pessoa⁵¹. Sem que essa violação seja devidamente justificada e regularizada, é incabível, levando em conta a tamanha proteção que é conferida a esse direito.

Por conseguinte, a Constituição Federal protege o direito à intimidade e à vida privada, dispondo que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a

⁴⁶MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 66.

⁴⁷BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/297730/mod_resource/content/0/norberto-bobbio-a-era-dos-direitos.pdf. Acesso em: 25 mar 2020.

⁴⁸STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 6. Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 302.

⁴⁹STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 6. Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 311.

⁵⁰STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 6. Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 319.

⁵¹MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008. p.136.

honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação⁵²”.

A proteção a esses direitos também são previstos pelo Código Civil que afirma que “a vida privada da pessoa natural é inviolável”⁵³.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (DUDH), no art. XII, também protege a vida privada, dispondo que ninguém será sujeito à interferência arbitrária, e que a lei deve proteger todos os seres humanos contra esses ataques, ainda, em seu preâmbulo, aduz que despreza o desrespeito pelos direitos humanos e que é essencial que sejam protegidos contra a tirania e a opressão⁵⁴.

Da mesma forma, a Convenção Européia dos Direitos do Homem protege a esfera da vida privada⁵⁵. Não destoam o Pacto Internacional sobre direitos civis e políticos, que foi promulgado no Brasil pelo Decreto nº 592/1992⁵⁶.

Por fim, a Convenção Americana dos Direitos Humanos ou Pacto São José da Costa Rica, promulgada pelo Brasil sob o Decreto nº 678/92, no mesmo sentido das convenções acima, protege a vida privada contra ingerências arbitrárias, e tem como funções promover a observância, defesa, estimular a consciência e promover o devido respeito dos direitos humanos⁵⁷.

O Brasil, quando celebra tais tratados, assume um compromisso internacional em adaptar sua legislação infraconstitucional e de não editar leis contrárias ao pactuado⁵⁸, assim, ao se analisar uma eventual restrição de direito fundamental deve-se observar a proteção conferida pela Constituição, tratados internacionais e, por fim, a legislação infraconstitucional, que deve ser lida e interpretada à luz da Constituição.

⁵²BRASIL. *Constituição Federal*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 16 mar 2020.

⁵³BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 16 mar 2020.

⁵⁴NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948*. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 16 mar 2020.

⁵⁵EUROPA. *Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. Disponível em: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf. Acesso em: 16 mar 2020.

⁵⁶BRASIL. *Decreto nº 592/92*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 16 mar 2020.

⁵⁷BRASIL. *Decreto nº 678/92*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em: 16 mar 2020.

⁵⁸GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. São Paulo: Atlas, 2015. p.18.

A intimidade se traduz na proteção das interferências alheias, de não ser o indivíduo importunado pela indiscrição do Estado ou de outros indivíduos⁵⁹. Nas palavras de Valois, “é o primeiro e maior escudo da nossa dignidade, e quando se permite violá-la, ambas, privacidade e dignidade restam feridas⁶⁰”.

A esfera individual trata do cidadão na sua intimidade, no seu recolhimento, ou seja, convivendo com a sua própria individualidade, portanto, tem o direito de obstar que interfiram na sua esfera particular arbitrariamente⁶¹.

O direito à reserva da intimidade da vida privada é essencial e intrínseco a todo ser humano, tanto que é um direito protegido de forma ampla tanto em tratados internacionais como em tutela constitucional e infraconstitucional⁶².

Com o avanço tecnológico, os muros protetores da intimidade privada se abateram⁶³. O conceito de vida privada parece sofrer uma deformação gradual, em que a existência de intimidade e privacidade vem sendo questionadas, sem que haja reações equivalentes⁶⁴ ao seu grau de importância. Alguns até afirmam que a privacidade é contrária à vida moderna⁶⁵.

No entanto, é direito do indivíduo ser protegido da divulgação e acesso de seus dados, ou seja, arquivos, documentos, fotos, aplicativos ou vídeos, na memória do celular, ou computador, bem como, de toda atividade que vise vigiá-lo ou escutá-lo⁶⁶.

Ocorre que, o que se observa é a total ausência de respeito pela vida privada, não há mais distância, a intimidade é exposta abertamente e o privado se torna vulgar, conhecido, sem proteção. A comunicação digital tem

⁵⁹FERREIRA, Ivette Senise. *A intimidade e o direito penal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. n. 5, v. 2, 1994. p. 96-106. RBCCRIM Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Disponível em: <http://ibccrim.dyndns.info:5180/biblioteca/index.html>. Acesso em: 06 mai 2020.

⁶⁰VALOIS, Luís Carlos. *O direito penal da guerra às drogas*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016. P.466.

⁶¹COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p.24.

⁶²VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Escutas telefônicas: da excepcionalidade à vulgaridade*. 2º ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 140.

⁶³COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p.50.

⁶⁴COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p.16.

⁶⁵COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p.21.

⁶⁶PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. *Da busca e da apreensão no processo penal*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 76.

propiciado essa falta de distância, que mistura privado e público, e expõe indecentemente a intimidade e a vida privada dos cidadãos⁶⁷.

Porém, tendo em vista que os direitos fundamentais existem como forma de restringir a tutela do Estado, não se pode admitir que o Estado, principal garantidor desses direitos, seja o primeiro a descumpri-los.

Assim, cabe ao Poder Judiciário não aplicar atos contrários à Constituição, de modo que ofendam os direitos fundamentais, inclusive, além de não utilizá-los pode e deve declarar sua inconstitucionalidade, e mais, nos casos de eventuais lacunas, deve adequar-se observando os direitos fundamentais⁶⁸.

Da mesma forma, quando se tratar de norma interna que não esteja de acordo com os tratados internacionais, poderão os juízes conferir a elas interpretação conforme a convencionalidade, para assegurar uma maior proteção aos direitos fundamentais⁶⁹.

Vale lembrar que o respeito às garantias fundamentais não se confunde com impunidade⁷⁰. Os direitos fundamentais são consideradas verdadeiras barreiras de proteção contra a intromissão do Estado na vida privada do cidadão⁷¹, não faz sentido permitir a violação do direito fundamental à privacidade da forma como ocorre hodiernamente, de qualquer jeito, sob o simplório argumento que pode ser relativizado.

A privacidade lida com o indivíduo e as múltiplas possibilidades de controle sobre as informações que lhe dizem respeito, o que está em jogo não é o direito à privacidade versus o direito do Estado na persecução do crime, e sim, o direito de personalidade versus as indevidas e excessivas atuações Estatais⁷².

⁶⁷HAN, Byung-Chul. *No enxame: perspectivas do digital*. Tradução de Lucas Machado. Petrópolis, RJ: Vozes, 2018. p.12-13.

⁶⁸SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2012. p. 381.

⁶⁹GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. São Paulo: Atlas, 2015. p.28.

⁷⁰LOPES JUNIOR, Aury. *Fundamentos do Processo Penal*. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p.39.

⁷¹MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008. p.33.

⁷²EILBERG, Daniela Dora; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Busca e apreensão de dados em telefones celulares: novos desafios diante dos avanços tecnológicos*. Revista Brasileira de Ciências Criminais / vol. 156/2019 / p. 353 – 393 / Jun/2019.

A expressa previsão legal dos direitos fundamentais ocorreu justamente para evitar o óbvio, ou seja, quem tem o poder tende a abusar dele, e que o Estado representado pelos três poderes também age de forma ilegal⁷³, a ditadura mostrou isso, o que faz com que o direito fundamental lide em relação ao Poder Público com desconfiança⁷⁴.

Conforme decisão recente do STF, ressalta-se a importância da intimidade e privacidade, ao mencionar que a proteção conferida a esse direito “busca erigir e reservar, sempre em favor do indivíduo – e contra a ação expansiva do arbítrio do Poder Público – uma esfera de autonomia intangível e indevassável pela atividade desenvolvida pelo aparelho de Estado”⁷⁵.

No entanto, ainda que, conforme já mencionado, se aceite a tese de que tal direito não é absoluto, mencionar o interesse público⁷⁶, como geralmente faz o poder judiciário, para justificar uma violação não deve ser aceito, é preciso muito mais que interesse público para que o direito fundamental possa ser arbitrariamente desrespeitado.

O direito concreto de uma pessoa vale mais do que a segurança de um ente abstrato, e um dos caminhos para a salvação da sociedade perpassa por isso⁷⁷.

Esse contexto serve para mostrar que, em que pese o Brasil ter uma Constituição dita democrática, que prevê uma série de direitos fundamentais, assim como na ditadura, militares, e o próprio judiciário se utilizaram, e ainda hoje se utilizam de leis ou interpretações que violam o espírito da Constituição.

Com isso, o próximo tópico irá abordar mais sobre como muitas democracias são enfraquecidas de modo legal, visto que muitas vezes o judiciário possui um discurso de que a intimidade e privacidade são indevassáveis, mas sempre que possuem oportunidade colocam os interesses do Estado na frente de qualquer direito fundamental.

⁷³MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 279.

⁷⁴MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 279.

⁷⁵BRASIL. STF. AP: 1002 DF 0000037-16.2015.1.00.0000, Relator: EDSON FACHIN, Data de Julgamento: 08/09/2020, Segunda Turma, Data de Publicação: 17/11/2020.

⁷⁶BRASIL. STF. AP: 1002 DF 0000037-16.2015.1.00.0000, Relator: EDSON FACHIN, Data de Julgamento: 08/09/2020, Segunda Turma, Data de Publicação: 17/11/2020.

⁷⁷CASARA, Rubens. *Sociedade sem lei: pós-democracia, personalidade autoritária, idiotização e barbárie*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018. p. 168.

2.4. DEMOCRACIAS ENFRAQUECIDAS DE MODO LEGAL

Após o período ditatorial, poucos juízes, promotores e militares foram demitidos⁷⁸ ou sequer responsabilizados. As instituições, as estruturas e muitas das pessoas permaneceram no sistema sem passar por nenhum tipo de tratamento, reforma, intervenção cirúrgica ou processo terapêutico mental, sentimental ou ideológico, e por consequência, muito da relatividade conferida aos direitos fundamentais se deve justamente à isso, pois o que não fica resolvido retorna sempre⁷⁹.

A simples elaboração de uma Constituição que disponha de diversos direitos fundamentais não dá conta de superar o autoritarismo impregnado nas instituições.

Existe essa falsa sensação de democracia efetiva, pautada em lei, por conta da Constituição Federal, mas não estamos imunes à “recaídas autoritárias”⁸⁰, justamente pela ausência de responsabilização dessas pessoas que permanecem no poder, com instituições que não foram sequer reformadas e que fingem ser cumpridoras da lei.

Esquece-se a trajetória da Constituição, e muitas vezes para alguns, o direito se torna o que o judiciário disser que é⁸¹. Esse problema é ilustrado pela decisão do Ministro Humberto Gomes de Barros, do Superior Tribunal de Justiça, que ao se manifestar mencionou que:

“Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são Ministros deste Tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto. Interessa conhecer a doutrina de Barbosa Moreira ou Athos Carneiro. Decido, porém, conforme minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs.

⁷⁸PEREIRA, Anthony W. *Ditadura e repressão: o autoritarismo e o estado de direito no Brasil, no Chile e na Argentina*. São Paulo: Paz e Terra, 2010. p.10.

⁷⁹PEREIRA, Anthony W. *Ditadura e repressão: o autoritarismo e o estado de direito no Brasil, no Chile e na Argentina*. São Paulo: Paz e Terra, 2010. p. 237. Nilmário Miranda e Roberto Valadão, Relatório final da comissão externa destinada a atuar junto aos familiares dos mortos e desaparecidos políticos após 1964, na localização dos restos mortais. PEREIRA, Anthony W. *Ditadura e repressão: o autoritarismo e o estado de direito no Brasil, no Chile e na Argentina*. São Paulo: Paz e Terra, 2010. p. 237.

⁸⁰PEREIRA, Anthony W. *Ditadura e repressão: o autoritarismo e o estado de direito no Brasil, no Chile e na Argentina*. São Paulo: Paz e Terra, 2010. p. 12.

⁸¹STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 6. Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 297.

Ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses Ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça, e a doutrina que se amolde a ele. É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém. Quando viemos para este Tribunal, corajosamente assumimos a declaração de que temos notável saber jurídico — uma imposição da Constituição Federal. Pode não ser verdade. Em relação a mim, certamente, não é, mas, para efeitos constitucionais, minha investidura obriga-me a pensar que assim seja”⁸².

Engana-se o Ministro ao mencionar que decide conforme a consciência dele, ainda que atualmente não se fale mais em decisões puramente racionais, e que as questões pessoais de cada um sempre influenciarão ao se realizar um juízo de valor, ao decidir e externar esse raciocínio, deve se atentar para a Constituição Federal e à proteção aos direitos fundamentais, estes que deveriam ser sua principal orientação, a qual o Ministro deve estar submetido.

Contudo, por conta de decisões como estas e pelo passado, que é preciso reforçar a importância do princípio da legalidade, ainda que não seja suficiente, mas é preciso de mais mecanismos de controle, e o princípio da legalidade consiste na “chave mestra de qualquer sistema penal que se pretenda racional e justo”⁸³.

O livro “Como as Democracias Morrem?”, aborda como as democracias são enfraquecidas de modo legal, ou seja, como, muitas vezes, ações que respeitam a letra da lei violam claramente seu espírito⁸⁴.

Ainda que o Brasil não seja uma democracia consolidada, como é o caso dos Estados Unidos, país retratado no livro, o mesmo questionamento do livro se aplica, isto é: como o Brasil com uma Constituição que prevê uma série de direitos e garantias fundamentais, aplica leis, ou melhor, aplica, por exemplo, o Código de Processo Penal, com uma gama de artigos que violam claramente o espírito da Constituição?

⁸²BRASIL. STJ. *ERESP* n° 279.889-AL. Julgado em 14/8/2002. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_25.pdf. Acesso em: 26 jun 2020.

⁸³BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 65.

⁸⁴LEVITSKY, Steven. ZIBLATT, Daniel. *Como as democracias morrem*. Tradução Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

Nas palavras dos autores, “para além do texto da Constituição, uma democracia necessitaria de líderes que conheçam e respeitem as regras informais”, e no caso do Brasil, os líderes, costumeiramente, são conservadores e autoritários, exemplo disso é o Ministro prolator da decisão supramencionada.

Tanto nos Estados Unidos, como no Brasil, foram eleitos Presidentes que não se importam com a Constituição, e possuem claras tendências autoritárias, tanto que o atual Presidente do Brasil, Jair Bolsonaro, fez a afirmativa: “Eu sou a Constituição”, e repete frases do tipo: “bandido bom é bandido morto”.

Trazendo para o processo penal, além de todo o contexto que já não é bom, ter um Presidente com pouco compromisso com o estado democrático de direito, estimula ainda mais que regras de direitos fundamentais não sejam aplicadas, e que a força bruta policial, com a qual o processo penal, ou melhor, os escolhidos para serem abordados conhecem, só endurece.

E o resultado já pode ser visto.

Se os Estados Unidos, que eram vistos como “laboratório de democracia”, corre risco de se tornar referência em autoritarismo, o que será do Brasil, que sequer se consolidou como uma democracia?

Por isso, importante unir esforços para verificar e questionar medidas que são “legais”, mas que contrariem postulados da Constituição, pois medidas assim podem arruinar o pouco de democracia que nos resta. É por isso que é preciso reflexão sobre o passado, isso já ocorreu, cabe ser decidido se vai ocorrer novamente ou não.

Com isso, não basta o esforço mútuo da comunidade, é necessário que os ditos guardiões da Constituição, o Judiciário, neste caso, faça o seu papel na efetivação de direitos fundamentais, ainda que tenham que ir contra todos, ainda que em audiência precisem questionar, se indispor e responsabilizar os policiais sobre o motivo do espancamento do réu, o motivo do réu ter sido ouvido em delegacia sem advogado, ou o fato de não terem solicitado uma autorização judicial para entrar no domicílio de alguém, afinal, essa cooperação entre judiciário e militares tem que acabar.

3. BUSCA E APREENSÃO EM DISPOSITIVOS DE ARMAZENAMENTO

O tema central da dissertação é a análise da busca e apreensão de dispositivos de armazenamento, especificamente computadores e celulares, estes que não possuem regulamentação específica, mas não só não possuem regulamentação, como também incitam discussões sobre se de fato a Constituição Federal quis proteger tais dispositivos, o que tornou o campo para arbitrariedades ainda mais fértil.

Uma das divergências que permeiam o tema “busca e apreensão em dispositivos de armazenamento”, consiste em definir se esses dados inicialmente merecem algum tipo de proteção, se estão amparados pelo art. 5º, X da Constituição Federal, que prevê que são invioláveis a intimidade e a vida privada ou, se pelo contrário sua proteção decorre do artigo 5º, XII da Constituição Federal⁸⁵, que protege o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas abarcando também os dados (arquivos) constantes em dispositivos de armazenamento.

Portanto, explicitar-se-á o posicionamento jurisprudencial detalhado acerca dessa questão, iniciando por decisões que abordam o acesso aos computadores e após, os celulares, em que pese analisar as decisões em tópicos separados, se entende que merecem o mesmo tratamento.

3.1. DECISÕES SOBRE O ACESSO, BUSCA E APREENSÃO EM COMPUTADORES

O primeiro julgamento a ser analisado trata-se do acórdão da Ação Penal 307, que foi julgado em 1994, e dentre outras questões se manifestou sobre a busca e apreensão em computador⁸⁶. Assim, importante lembrar e verificar os fundamentos utilizados pelos Ministros à época.

⁸⁵XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

⁸⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Penal 307*. Relator: Min. Ilmar Galvao. Data de Julgamento: 01/09/1997, Data de Publicação 10-09-97. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=324295>. Acesso em 14 abr 2020.

Neste acórdão, o Ministro Sepúlveda Pertence levanta o questionamento realizado acima, ou seja, se o art. 5, XII da CF visou proteger o sigilo de qualquer dado ou especificamente sobre o sigilo da comunicação de dados, isso porque, conforme mencionado pelo Ministro, tal inciso trata de comunicação e não de arquivos, mas o mesmo não se comprometeu a divagar sobre a questão⁸⁷.

Já o Ministro Ilmar Galvão, além de se manifestar sobre a importância dos dados contidos no computador, alertou que, ainda que os agentes policiais possuíssem mandado de busca e apreensão para o domicílio, este não incluiria a memória do computador⁸⁸, e vai além, para o Ministro, a invasão da memória dos computadores “implica violação do sigilo dos dados em gerais dos mais simples ao mais complexo aos quais o manto constitucional é de natureza absoluta já que não deixou margem ao legislador, como fez com as comunicações telefônicas”⁸⁹.

Portanto, para o Ministro, a memória do computador se trata de direito fundamental absoluto, e que não pode ser violado, pois a Constituição Federal não deixou margem ao legislador, ou seja, quando a CF dispõe que “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial⁹⁰”, o Ministro entendeu que as comunicações telefônicas é que podem ser restringidas, mas o restante não, concluindo que os dados constantes dos computadores não podem ser violados.

Já o Ministro Sydney Sanches aduz em seu voto que, a reconstituição, decodificação e reprodução dos registros constantes do computador são

⁸⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Penal 307*. Voto Ministro Sepúlveda Pertence. Data de Julgamento: 01/09/1997, Data de Publicação 10-09-97. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=324295>. Acesso em 15 abr 2020.

⁸⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Penal 307*. Ministro Ilmar Galvão. Data de Julgamento: 01/09/1997, Data de Publicação 10-09-97. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=324295>. Acesso em 14 abr 2020.

⁸⁹BRASIL. STF. *Ação Penal 307*. Voto Ministro Ilmar Galvão. Data de Julgamento: 01/09/1997, Data de Publicação 10-09-97. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=324295>. Acesso em 14 abr 2020.

⁹⁰BRASIL. Constituição Federal. Art. 5º, XII. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 14 abr 2020.

protegidas pelo art. 5º, XII da CF, sendo invioláveis os dados, inclusive dos computadores, exigindo-se mandado judicial para sua violação⁹¹.

O Ministro Neri da Silveira acompanhou os votos do Relator e do Revisor quanto à ilicitude da apreensão do microcomputador, e de forma breve, mencionou que sua decisão é amparada pelo art. 5º, XII da CF, mas diferente dos outros ministros acrescentou ainda o inciso X da CF que menciona “são invioláveis 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”⁹².

O Tribunal, em 07/12/1994, acolheu a preliminar da defesa e declarou inadmissível a prova decorrente de busca e apreensão de arquivos constantes na memória do computador.

Em que pese a decisão ser unânime quanto a inadmissibilidade da prova, importante reforçar que algumas questões não ficaram definidas, isso porque, o Ministro Sepúlveda Pertence ficou em dúvida se o art. 5º, XII da CF visou proteger o sigilo de qualquer dado, ou especificamente sobre o sigilo da comunicação de dados. O Ministro Ilmar Galvão entendeu que sim, que o art. 5º, XII da CF protege o sigilo de qualquer dado, conferindo a eles status de direito fundamental absoluto.

Já o Ministro Sydney Sanches acompanhou o Ministro Ilmar, afirmando, da mesma forma, que os registros constantes do computador são protegidos pelo art. 5º, XII da CF, e que são invioláveis⁹³. Por fim, o Ministro Neri da Silveira mencionou que tais dados são protegidos não apenas pelo art. 5º, XII da CF, como também pelo inciso X da CF.

O segundo acórdão a ser analisado trata-se do Recurso Extraordinário n. 418416-8, julgado em 19/12/2006, no qual se discutiu o cumprimento de

⁹¹BRASIL. STF. *Ação Penal 307*. Voto Ministro Sydney Sanches. Data de Julgamento: 01/09/1997. Data de Publicação 10-09-97. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=324295>. Acesso em 15 abr 2020.

⁹²BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Art. 5º, X. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 14 abr 2020.

⁹³BRASIL. STF. *Ação Penal 307*. Voto Ministro Sydney Sanches. Data de Julgamento: 01/09/1997. Data de Publicação 10-09-97. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=324295>. Acesso em 15 abr 2020.

mandado de busca e apreensão de equipamentos de informática (discos rígidos e cópia do conteúdo de alguns deles)⁹⁴.

Em seu voto, o Ministro Ricardo Lewandowski, esclarece que o art. 5º, XII, da Constituição Federal, protege a transferência das comunicações, para ele o caso em discussão pode em tese ter violado o art. 5º, X, que impede a violação da intimidade ou da privacidade da pessoa, no entanto, afirma que nenhum direito é absoluto, podendo sofrer restrição. Afirma, ainda, que a busca se deu levando em consideração o art. 240, h, do CPP, que traz a possibilidade de “colher qualquer elemento de convicção”, devendo, portanto, conferir certa discricionariedade ao agente policial que executa a medida⁹⁵.

Já o Ministro Sepúlveda, que em 1994, na AP 307, ficou em dúvida se o art. 5º, XII, da CF, visava proteger o sigilo de qualquer dado ou especificamente o sigilo da comunicação de dados, neste acórdão em seu voto mencionou que o art. 5º, XII, da CF, protege apenas a comunicação, concordando com o Ministro Lewandowski.

Da mesma forma, o Ministro Carlos Ayres Brito, afirmou que o que se protege é a comunicação em si, na fluência dela, tal Ministro mencionou ainda que quando é permitido a busca domiciliar, mediante autorização judicial, se permite acesso a todos os dados inclusive os dados armazenados no computador⁹⁶.

O Ministro Gilmar Mendes também entendeu que o art. 5, XII, da CF, não protege os dados enquanto registro ou depósito registral⁹⁷.

O Ministro Cezar Peluso mencionou que o inviolável para Constituição não é qualquer elemento de informática, mas a comunicação em si, pois o que se quer resguardar é a privacidade dos interlocutores. E que se a Constituição

⁹⁴BRASIL. STF. RE 418.416-6. Plenário, 10.05.2006. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2205705>. Acesso em 19 abr 2020.

⁹⁵BRASIL. STF. RE 418.416-6. Voto Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 10.05.2006. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2205705>. Acesso em 19 abr 2020.

⁹⁶BRASIL. STF. RE 418.416-6. Voto Ministro Carlos Ayres Brito. Plenário, 10.05.2006. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2205705>. Acesso em 19 abr 2020.

⁹⁷BRASIL. STF. RE 418.416-6. Ministro Gilmar Mendes. Plenário, 10.05.2006. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2205705>. Acesso em 19 abr 2020.

protegesse os dados, essa norma tornaria inviável diversas atividades estatais⁹⁸.

Afirma, ainda, que seria uma contradição considerar não inviolável outras formas de registro, como por exemplo os livros, fichários e considerar invioláveis esses mesmos registros só por constarem num computador. Seria um privilégio considerar os dados sigilosos só por constarem em computadores. E conclui, que o armazenamento de dados em meio eletrônico não está imune ao controle estatal e, que, portanto, não há no caso proteção quanto aos dados armazenados em computador⁹⁹.

Por fim, o Ministro Marco Aurélio também afirmou que não há proteção quanto aos dados armazenados pelo inciso XII.

Portanto, foi negado provimento ao recurso extraordinário e a conclusão foi que, diferente do voto do Ministro Ilmar Galvão, na AP 307, os dados não são considerados absolutamente invioláveis, e que o art. 5º, XII, da CF, protege as comunicações, e não os dados em si, ainda quando armazenados em computador.

No RHC nº 132062, a Turma negou provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto do Ministro Edson Fachin e ficaram vencidos os Ministros Marco Aurélio e Rosa Weber.

O Ministro Edson Fachin decidiu na mesma linha do entendimento da conclusão dos Ministros no Recurso Extraordinário, n. 418416-8, anteriormente analisado, ou seja, para ele o acesso aos dados que estavam registrados nos HDs dos computadores, não se referem a troca de dados que é protegido pelo art. 5º, XII, da CF, e que, portanto, não merecem proteção¹⁰⁰.

No voto vencido, a Ministra Rosa Weber afirma que os dados armazenados em computadores são protegidos pelo art. 5º, X, da CF, e não

⁹⁸BRASIL. STF. *RE 418.416-6*. Voto Ministro Cezar Peluso. Plenário, 10.05.2006. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2205705>. Acesso em 19 abr 2020.

⁹⁹BRASIL. STF. *RE 418.416-6*. Voto Ministro Cezar Peluso. Plenário, 10.05.2006. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2205705>. Acesso em 19 abr 2020.

¹⁰⁰BRASIL. STF. *RHC nº 132062*. Voto Ministro Edson Fachin. Julgamento: 22/11/2016. Publicação: 24/10/2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4903009>. Acesso em 19 abr 2020.

pelo XII, mas, no entanto, não são absolutamente invioláveis, podendo ceder nos casos de consentimento ou por autorização judicial¹⁰¹.

Já no HC nº 283.151, de relatoria do Ministro Felix Fischer, ao analisar a licitude do mandado de busca e apreensão em domicílio que resultou no acesso aos dados armazenados em computador (conversas MSN), entendeu que foi lícita a devassa, isso porque o conteúdo do computador já estava armazenado, e o art. 5º, inciso XII, protege o fluxo das comunicações e não os dados em si, assim como a lei de interceptação de comunicações – lei nº 9.296/95 – portanto, conclui-se que para o Ministro, os dados constantes nos computadores não possuem proteção.

3.2. DECISÕES SOBRE O ACESSO, BUSCA E APREENSÃO EM CELULARES

Conforme mencionado, para fins desta pesquisa, entende-se que os dados contidos em dispositivos de armazenamento, ou seja, nos celulares ou computadores podem e devem ser tratados sob o mesmo fundamento legal, dado o alto grau de informações que ambos podem armazenar. Dessa forma, analisar-se-á o HC nº 91.867, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, que analisa acerca da ilicitude ou não do acesso pelos policiais, aos dados contidos nos celulares, sem autorização judicial.

Menciona o Ministro, que o artigo 5º, XII, da CF, se refere a proteção constitucional da comunicação 'de dados' e não os 'dados', no sentido de proteção aos dados enquanto registro, e que a autoridade policial, conforme o art. 6º do CPP, tem o dever de proceder à coleta do material comprobatório da prática da infração penal¹⁰².

Portanto, entendeu o Ministro que não há qualquer ilicitude no procedimento de acessar os dados (registro de ligações), isso porque essa verificação permitiu a orientação inicial da linha investigatória a ser adotada,

¹⁰¹BRASIL. STF. *RHC nº 132062*. Voto Ministra Rosa Weber. Julgamento: 22/11/2016. Publicação: 24/10/2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4903009>. Acesso em 19 abr 2020.

¹⁰²BRASIL. STF. *HC nº 91.867*. Relator Ministro Gilmar Mendes. Julgamento: 24/04/2012. Publicação: 20/09/2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2792328>. Acesso em 20 abr 2020.

bem como, possibilitou concluir que os aparelhos seriam relevantes para investigação¹⁰³.

Por fim, afirma que esses dados, registro de ligações, não se conectam com nenhum valor constitucionalmente protegido, ou seja, nessa situação a proteção jurídica à intimidade ou à vida privada, não tem alcance¹⁰⁴.

Por outro lado, no RHC nº 51.531, o Ministro Relator Nefi Cordeiro, em sentido diametralmente oposto, aduz que o acesso aos dados do aparelho celular viola dados particulares, ou seja, da intimidade do agente que exige autorização judicial motivada. E assevera acerca do alcance do celular que hodiernamente deixou de ser apenas um instrumento para realização de ligações, e que diante do avanço tecnológico o acesso ao celular inclui a verificação de muitas funções, como acesso aos e-mails, aplicativos, arquivos, mensagens e muitas outras¹⁰⁵.

Diante de tanta funcionalidade que o aparelho possui, o Ministro considerou ilícito o acesso aos dados, como conversas de Whatsapp do aparelho celular, pois ausente a autorização judicial¹⁰⁶.

O Ministro Rogério Schietti também reforça que o acesso ao aparelho celular possibilita o acesso a inúmeros aplicativos, e que tais acessos sem autorização judicial, viola a intimidade do agente¹⁰⁷.

A Ministra Maria Thereza de Assis Moura aduz que a proteção do inciso XII, da CF, não se refere aos dados em si, e sim a comunicação dos dados, o

¹⁰³BRASIL. STF. *HC nº 91.867*. Relator Ministro Gilmar Mendes. Julgamento: 24/04/2012. Publicação: 20/09/2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2792328>. Acesso em 20 abr 2020.

¹⁰⁴BRASIL. STF. *HC nº 91.867*. Relator Ministro Gilmar Mendes. Julgamento: 24/04/2012. Publicação: 20/09/2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2792328>. Acesso em 20 abr 2020.

¹⁰⁵BRASIL. STJ. *RHC nº 51.531*. Ministro Relator Nefi Cordeiro. Data de Julgamento: 19/04/2016. Data de Publicação: DJe 09/05/2016. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201402323677&dt_publicacao=09/05/2016. Acesso em: 19 abr 2020.

¹⁰⁶BRASIL. STJ. *RHC nº 51.531*. Ministro Relator Nefi Cordeiro. Data de Julgamento: 19/04/2016. Data de Publicação: DJe 09/05/2016. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201402323677&dt_publicacao=09/05/2016. Acesso em: 19 abr 2020.

¹⁰⁷BRASIL. STJ. *RHC nº 51.531*. Ministro Rogério Schietti. Data de Julgamento: 19/04/2016. Data de Publicação: DJe 09/05/2016. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201402323677&dt_publicacao=09/05/2016. Acesso em: 19 abr 2020.

que não significa dizer, que os dados armazenados nos aparelhos celulares não merecem proteção alguma¹⁰⁸.

Pelo contrário, conforme posicionamento da Ministra, diante da elevada capacidade de armazenamento dos celulares, e diante da quantidade de dados pertinentes à esfera íntima de privacidade do seu titular, tais dados tratam do direito fundamental a privacidade, ou seja, são protegidos pelo artigo 5º, X, da Constituição¹⁰⁹.

No entanto, em que pese a Ministra afirmar que tal inciso (X) diferentemente do inciso XII, do mesmo artigo 5º, não prevê expressamente a possibilidade de restrição dos direitos fundamentais nela abarcados, isso não quer dizer que não possam ser acessados quando devidamente motivado por decisão judicial¹¹⁰.

No RHC 89.981, o Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, no mesmo sentido do RHC anteriormente mencionado, aduz que o acesso aos dados celulares são protegidos pelo art. 5º, X da CF, e não pelo inciso XII, portanto, ausente autorização judicial, considerou ilícita as provas colhidas¹¹¹.

No RHC nº 75.800, o Ministro Felix Fischer, mencionou que o acesso a conteúdo armazenado no celular não ofende o art. 5º, XII da CF, porque o sigilo que se refere tal artigo é apenas da comunicação de dados, e não dos dados em si e que tal situação não se subordina a lei 9296/96, pois a proteção se dá sobre o fluxo das comunicações em sistemas de informática e telemática, considerou o acesso aos dados lícitos visto que havia autorização judicial. O Ministro mencionou que não se aplica o inciso XII, da CF, nem mesmo a lei

¹⁰⁸BRASIL. STJ. *RHC nº 51.531*. Ministro Maria Thereza de Assis Moura. Data de Julgamento: 19/04/2016. Data de Publicação: DJe 09/05/2016. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201402323677&dt_publicacao=09/05/2016. Acesso em: 19 abr 2020.

¹⁰⁹BRASIL. STJ. *RHC nº 51.531*. Ministro Maria Thereza de Assis Moura. Data de Julgamento: 19/04/2016. Data de Publicação: DJe 09/05/2016. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201402323677&dt_publicacao=09/05/2016. Acesso em: 19 abr 2020.

¹¹⁰BRASIL. STJ. *RHC nº 51.531*. Ministro Maria Thereza de Assis Moura. Data de Julgamento: 19/04/2016. Data de Publicação: DJe 09/05/2016. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201402323677&dt_publicacao=09/05/2016. Acesso em: 19 abr 2020.

¹¹¹BRASIL. STJ. *RHC 89.981*. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201702509663&dt_publicacao=13/12/2017. Acesso em: 20 abr 2020.

9.296/96, mas não especificou qual inciso da Constituição protege os dados dos celulares¹¹².

Percebe-se, conforme as decisões analisadas, que os Tribunais ainda não se deram conta do alto nível de violação na esfera da privacidade e intimidade dos cidadãos que consiste o acesso aos dados armazenados em dispositivos de armazenamento.

Importante mencionar, ainda, que no STF, foi reconhecida a repercussão geral do Recurso extraordinário com Agravo, nº 1.042.075-RJ¹¹³, que irá definir se o acesso a registros e informações contidos em aparelho de telefone celular, sem autorização, constituem provas lícitas ou ilícitas. Logicamente, tal decisão impactará também nas buscas realizadas em computadores.

Resumidamente o caso que deu origem a repercussão geral se trata de uma situação em que, o suspeito de autoria do fato, após o cometimento do crime de roubo, deixou seu aparelho celular cair no chão durante a fuga, e de posse do aparelho, os policiais verificaram a existência de fotografias do acusado na memória do dispositivo, o que possibilitou sua identificação e prisão¹¹⁴.

O julgamento ainda está pendente, no dia 04/11/2020, o Ministro Alexandre de Moraes fez um pedido de vista, anteriormente ao pedido do Ministro, a Procuradoria Geral da República deu seu parecer e propôs a seguinte tese: “É lícita a prova produzida durante o inquérito policial relativa ao acesso, sem autorização judicial, a registros, fotos, vídeos e demais informações contidas em aparelho de telefone celular, relacionados à conduta delitiva”¹¹⁵. Tal parecer merece ser rejeitado, pois caso aceita a tese formulada significará um retrocesso no que tange a proteção a diversos direitos

¹¹²BRASIL. STJ. *RHC nº 75.800*. Ministro Felix Fischer. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201602394838&dt_publicacao=26/09/2016. Acesso em 20 abr 2020.

¹¹³BRASIL. STF. *Tema 977*. Recurso extraordinário com Agravo 1.042.075-RJ Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5173898&numeroProcesso=1042075&classeProcesso=ARE&numeroTema=977#>. Acesso em 19 fev 2020.

¹¹⁴SILVA, Tamara M.; GEITENS, F. *Acesso ao celular exige autorização judicial?* Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/acesso-ao-celular-exige-autorizacao-judicial/>. Acesso em 21 abr 2020.

¹¹⁵BRASIL. PGR. ARE Nº 1042075/RJ. *Parecer nº 050/2018*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5173898&numeroProcesso=1042075&classeProcesso=ARE&numeroTema=977>. Acesso em: 21 abr 2020.

fundamentais, dentre eles, da privacidade e intimidade, e significará conferir carta branca aos agentes policiais em serviço.

Antes de adentrar o tópico sobre os fundamentos utilizados pelos Ministros e pela Procuradoria, que esvaziam por completo o significado de privacidade e intimidade, e que cooperam com que policiais continuem a exceder suas competências, e que priorizem um processo penal rápido, que visa apenas a punição, será abordado o princípio da legalidade, bem como, a importância dos direitos fundamentais como limitadores do poder estatal.

3.3. EXIGÊNCIA DE LIMITES AO PODER ESTATAL

A elaboração da Constituição de 1988, e sua preocupação em prever um catálogo de direitos fundamentais, estão intimamente ligadas com a intenção de redemocratização do País, devido aos mais de 20 anos de ditadura militar enfrentados pelo Brasil, que importa dizer, um período marcado por forte autoritarismo¹¹⁶, portanto, a Constituição significou o resgate da democracia, como exaustivamente demonstrado.

No entanto, ter passado por uma ditadura, e ter uma Constituição Democrática, com extenso rol de direitos fundamentais, não assegura uma efetiva democracia, pelo menos, não por enquanto, mas que haja otimismo e se pense em soluções. Portanto, abordar-se-á sobre a importância do princípio da legalidade, bem como, a importância em resguardar os direitos fundamentais.

3.4. EXIGÊNCIA DE RESERVA DE LEI

Levando em consideração que as proibições penais são destinadas à população, a tipicidade processual penal dirige-se, na maioria das vezes, aos agentes públicos, responsáveis pela persecução criminal¹¹⁷, ou seja, enquanto a sociedade não pode fazer o que é proibido por lei, o Estado por meio dos

¹¹⁶SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2012. p.63-65.

¹¹⁷PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra de cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p.63.

seus agentes está vinculado à lei. Enquanto não há uma lei em conformidade com a Constituição, que regularize e crie parâmetros para buscas em aparelhos dispositivos de armazenamento, tais atos não poderiam e não deveriam ser realizados sob pena de afronta ao princípio da legalidade.

Observa-se, que não há uma preocupação com a forma, em normatizar, em impor regras rígidas sobre a busca da prova, conseqüentemente os limites dessa busca que impacta nos direitos fundamentais. Por óbvio, não há interesse, pois o regramento limita a atuação do magistrado¹¹⁸.

Hodiernamente, o imaginário dos magistrados substitui a lei nos julgamentos, consistindo em verdadeiros “julgamentos a céu aberto”, quanto menos limite tiver e mais livre for o magistrado, maiores são as chances de arbítrio¹¹⁹.

Em que pese as diversas reformas que aconteceram no Código de Processo Penal, o capítulo XI, que trata sobre a busca e apreensão, se limita a buscas pessoais e domiciliares, no entanto, não abrange todas as possíveis hipóteses de busca, isso porque as buscas podem ocorrer em qualquer lugar, no meio do oceano, por exemplo, ou com o avanço da tecnologia, há a possibilidade de acessar dados de esferas muito íntimas do indivíduo¹²⁰.

Embora as buscas e apreensões representem sérias restrições aos direitos fundamentais, estas foram banalizadas, sendo realizadas sem limites, ensejando devassas indevidas e prejuízos imensuráveis¹²¹.

Tanto é, que não raras vezes, a polícia quando aborda um suposto suspeito na rua, olha seu celular, procura mensagens, acessa aplicativos, sem mandado, sem pedido, apenas com a ordem: “me dê seu celular para cá”, e pronto¹²².

Portanto, com o avanço da tecnologia, é imperioso que novas modalidades de meio de obtenção de prova sejam incluídos, como o acesso

¹¹⁸GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. São Paulo: Atlas, 2015. p.80.

¹¹⁹TAVARES, Juarez; CASARA, Rubens. *Prova e Verdade*. São Paulo: TirantloBlanch, 2020. p. 153.

¹²⁰PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. *Da busca e da apreensão no processo penal*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 111.

¹²¹ANTUNES, Leonardo Leal Peret. *(Re)pensando a busca e apreensão no processo penal: uma análise constitucional de seus limites*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 1.

¹²²VALOIS, Luís Carlos. *O direito penal da guerra às drogas*.BH: Editora D'Plácido, 2016. p. 464.

aos dispositivos informáticos, a busca de dados eletrônicos, busca para obtenção de metadados, ou ainda, buscas para a localização via GPS¹²³.

Atualmente, as buscas em celulares e computadores já ocorrem, em que pese a ausência de regulamentação, na maioria das vezes, de forma abusiva, muitas vezes até sem autorização judicial, e quando possuem autorização, geralmente são cartas brancas que permitem o acesso a qualquer arquivo/pasta/aplicativo, sem delimitar o objeto do mandado.

A lei 13.964, de 2019, que altera a legislação penal e processual penal, não faz grandes alterações no que tange a busca e apreensão, no entanto, os artigos que incluíram a figura do juiz das garantias, cuja sua eficácia está suspensa, dispõem que caberá a ele proteger os direitos individuais e decidir sobre: a) interceptação telefônica, do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática ou de outras formas de comunicação; b) afastamento dos sigilos fiscal, bancário, de dados e telefônico; c) busca e apreensão domiciliar; d) acesso a informações sigilosas; e) outros meios de obtenção da prova que restrinjam direitos fundamentais do investigado¹²⁴.

A decisão sobre o acesso à informações sigilosas, ou sobre meios de obtenção de prova que restrinjam direitos fundamentais, ao ser de competência de um juiz diferente do que julgará o processo, representa uma excelente mudança no processo penal, ainda que a figura do juiz das garantias esteja com a eficácia suspensa, acredita-se que logo isso se alterará, o que terá impactos positivos no processo penal.

Contudo, ressalta-se que esse artigo prevê uma norma que fixa competência, o que não quer dizer que a norma é autorizativa. A doutrina alemã consolidou a impossibilidade de extrair de uma norma de competência uma autorização, pois o contrário é lógica característica do Estado de Polícia¹²⁵.

¹²³EILBERG, Daniela Dora; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Busca e apreensão de dados em telefones celulares: novos desafios diante dos avanços tecnológicos*. Revista Brasileira de Ciências Criminais / vol. 156/2019 / p. 353 – 393 / Jun/2019.

¹²⁴BRASIL. *Lei 13.964/2019*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 26 jun 2020.

¹²⁵JURGEN, Wolter. *O inviolável e o intocável no direito processual penal: reflexões sobre dignidade humana, proibições de prova, proteção de dados (e separação informacional de poderes) diante da persecução penal*. Organização, introdução e tradução Luís Greco; tradução Alaor Leite, Eduardo Viana. 1 ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p.37-38.

Ao fixar a competência, o Estado, apenas determina o que incumbe a quem, para determinar a intervenção na vida dos cidadãos é necessário que as pessoas que compõe a sociedade autorizem, e essa autorização se dá através da lei, sem lei, quer dizer que não consentimos, e, portanto, o Estado não pode às impor¹²⁶.

Assim, quando se tratar de norma autorizativa, elas devem ser específicas e determinadas, prevendo exatamente a medida que intervirá no direito de alguém, ou seja, se a lei permite a interceptação de telecomunicações, assim, uma intervenção no direito fundamental à liberdade das telecomunicações deve se limitar a isso, o que não compreende o acesso ao aplicativo Whatsapp ou à introdução de vírus no aparelho objeto de investigação¹²⁷.

Outra alteração que impacta nas buscas e apreensões, é o disposto no art. 315, §2º, do CPP, que elenca um rol de situações em que as decisões serão consideradas “não motivadas” com, por exemplo, práticas comuns consistentes em invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão, ou quando o magistrado se limita a invocar precedente ou súmula, sem identificar seus fundamentos, nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos. O art. 93, IX, da Constituição Federal, já dispõe sobre a obrigatoriedade de fundamentar todas as decisões, sob pena de nulidade, no entanto, o judiciário sempre precisa uma lei para “complementar” a Constituição, e a prática mostra que a falta de fundamentação nas decisões, e a falta de justificação no momento de permitir uma violação a um direito fundamental são situações corriqueiras e preocupantes.

Intimamente relacionado com a busca e apreensão, a mesma lei incluiu, no Código de Processo Penal, a cadeia de custódia, imprescindível para proteger e garantir a fiabilidade da prova¹²⁸.

¹²⁶JURGEN, Wolter. *O inviolável e o intocável no direito processual penal: reflexões sobre dignidade humana, proibições de prova, proteção de dados (e separação informacional de poderes) diante da persecução penal*. Organização, introdução e tradução Luís Greco; tradução Alair Leite, Eduardo Viana. 1 ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p.38.

¹²⁷JURGEN, Wolter. *O inviolável e o intocável no direito processual penal: reflexões sobre dignidade humana, proibições de prova, proteção de dados (e separação informacional de poderes) diante da persecução penal*. Organização, introdução e tradução Luís Greco; tradução Alair Leite, Eduardo Viana. 1 ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p.38.

¹²⁸Art. 158-A. Considera-se cadeia de custódia o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte.

Fora incluído também, o art. 3º- A, que determina que “o processo penal terá estrutura acusatória, vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação, e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”¹²⁹, em que pese tal artigo estar com a eficácia suspensa, ainda assim, reforça a estrutura acusatória já consagrada na Constituição.

Neste sentido, extrai-se da Constituição Federal de 1988 diversas garantias fundamentais, como a imparcialidade do magistrado, devido processo legal, contraditório e ampla defesa, o que torna possível concluir pela sua escolha a um processo penal acusatório, o que não deixa de levantar sempre diversas discussões.

A partir dessa alteração, introduzida pela lei de 2019, o processo penal acusatório não só é extraído da Constituição, como também de lei infraconstitucional, o que reforça a obrigatoriedade da leitura e interpretação dos artigos inquisitórios do Código de Processo Penal à luz da Constituição.

Logicamente, que, realizar mudanças apenas na lei não será suficiente, é necessário mudar a cultura, adotar uma postura acusatória, afastar a vigência de vários artigos do CPP, e acima de tudo, fazer com que os magistrados interiorizem essas mudanças, assumindo o problema estrutural do CPP, e que de fato realizem a necessária filtragem constitucional¹³⁰.

O projeto de lei 8045/2010¹³¹, ou seja, o projeto do novo Código de Processo Penal, que há anos está em tramitação, e sem prazo definido para ser concluído, traz diversos dispositivos interessantes, no que tange ao reforço do sistema acusatório e da proteção aos direitos fundamentais.

O projeto inicia abordando o título I, com “princípios fundamentais, dispondo que o processo penal terá estrutura acusatória, que deverá observar o contraditório e a ampla defesa.

¹²⁹Vale lembrar que devido a concessão de liminar nas ADIn's n. 6298, 6299, 6300 e 6305 está suspensa a eficácia do art. 3º-A do CPP.

¹³⁰LOPES JUNIOR. Aury. *Direito Processual Penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 53-54.

¹³¹BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *PL 8045/2010*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>. Acesso em: 26 jun 2020.

E não poderia se cogitar outra forma, em um “dito” Estado democrático de direito, não seria razoável a adoção de outro sistema que não o acusatório¹³².

Dispõe ainda que, a interpretação das leis processuais penais deve observar a proibição de excesso, privilegiando a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais. Prevê ser possível utilizar de analogia e interpretação extensiva, no entanto, é vedada para ampliar medidas restritivas de direitos fundamentais.

Traz também, o juiz das garantias, instituto já previsto na lei 13.964, de 2019, todavia, atualmente com eficácia suspensa.

No capítulo IV, inclusive, trata da “grave violação de direitos humanos”, trazendo um regramento de como proceder caso ocorram violações durante a investigação ou o processo contra o acusado. Insere uma seção denominada “do acesso a informações sigilosas”, que aduz que para acessá-las deverá ser determinada por ordem judicial e os requerentes deverão indicar indícios razoáveis da prática da infração, a necessidade da medida, demonstrando que não conseguiram atingir a finalidade por outros meios e a relevância das informações pretendidas.

Importante mencionar, também, que o projeto prevê que essas informações, caso apreendidas, ficarão em sigilo em autos apartados e que somente o juiz, as partes e seus procuradores terão acesso.

O atual Código de Processo Penal, com suas raízes cravadas no autoritarismo, já passou da hora de ser revogado, o projeto de lei 8045/2010 não é perfeito, mas em alguns artigos demonstra sua preocupação em assegurar os direitos fundamentais, diferente do atual. Assim, se faz necessário a instituição de um novo código de processo penal inspirado em uma Constituição democrática.

3.5. NECESSIDADE DO DEVIDO PROCESSO PENAL

Ainda que a Constituição vise proteger a intimidade e a vida privada, o que deveria bastar para o judiciário se atentar a essas buscas, muitas

¹³²LOPES JUNIOR. Aury. *Direito Processual Penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 106.

vezes, ainda prefere se inspirar em leis desatualizadas e autoritárias, como é o caso Código de Processo Penal, e priorizar os meios mais céleres, o que combina “perfeitamente” com a aceleração do processo penal, que culmina na decadência de uma democracia que sequer foi consolidada.

Os novos meios de obtenção de prova, que se traduzem em meios úteis e céleres, com alto grau de violação de intimidade e privacidade são utilizados de forma desmedida, sem que seja avaliado o grau de violação aos direitos fundamentais, o que era pra ser a exceção e utilizado em último caso, tornou-se a regra¹³³, como visto nas decisões abordadas. Não há sequer uma discussão mais aprofundada sobre o tema.

A realidade é de uma sociedade hiperacelerada que resulta em uma busca por um processo penal hiperacelerado. O envolvimento das pessoas na esfera virtual é tão grande e intenso que o direito não consegue acompanhar e se preparar para as mudanças, e nesse ponto, surge o maior perigo: a ausência de regras claras que aumenta a discricionariedade, resultando um perigo imenso para a democracia, na qual forma é garantia e limite de poder¹³⁴.

Embriaga-se, hoje em dia, das tecnologias, apoia-se o seu uso e seu avanço sem que se avalie inteiramente as consequências dessa embriaguez¹³⁵, afinal, quando se pede pelo avanço tecnológico, ninguém imagina que o tão usado smartphone, onde se registram e armazenam fotos, vídeos, e-mails, aplicativos religiosos, aplicativos com as câmeras de residências, escritórios, relatórios médicos, senhas salvas, seriam acessadas ao bel prazer do juiz, ou pior, pelos agentes policiais.

A sociedade, em sentido amplo, não parou para refletir que os avanços tecnológicos se virariam contra ela, e que isso geraria problemas, principalmente, quando aplicada de forma indistinta e não regulada no processo penal.

Ninguém está prestando atenção à maneira pela qual a microeletrônica e os computadores estão sendo usados, ou, ao impacto que tal utilização

¹³³COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p.17.

¹³⁴COSTA JÚNIOR, Ivan Jezler. *Prova Penal Digital: Tempo, Risco e Busca Telemática*. Florianópolis: Tirant, 2019. p. 10. (prefácio da obra).

¹³⁵HAN, Byung-Chul. *No enxame: perspectivas do digital*. Tradução de Lucas Machado. Petrópolis, RJ: Vozes, 2018. p. 10.

poderia causar sobre a sociedade, no entanto, se deve prestar atenção ou se sentirá muito¹³⁶.

Nesse sentido, enquanto a crise avança a incapacidade de pensar a crise avança também¹³⁷. As mudanças são tão profundas que, na perspectiva da história humana, nunca houve um momento tão potencialmente promissor e perigoso¹³⁸. Vive-se um destes raros momentos em que, a partir de uma nova configuração técnica, um novo estilo de humanidade é criado¹³⁹.

A aceleração é tão forte e tão generalizada que até mesmo os mais “ligados” encontram-se ultrapassados pela mudança, já que ninguém acompanha e participa ativamente das transformações das “novas tecnologias”¹⁴⁰.

Isso porque, em que pese viver-se em um regime democrático, os processos sociotécnicos raramente são objetos de deliberações coletivas, e menos ainda, de decisões tomadas pelo conjunto de cidadãos¹⁴¹. E esse é o grande problema.

Além da velocidade das descobertas científicas, não acompanhar os efeitos dessas inovações e seus potenciais perigos¹⁴², a utilização de novos meios de investigação no processo penal busca cada vez mais dar celeridade à obtenção de provas, sem se importar com o alto grau de violação a privacidade e intimidade, ou seja, se aproxima cada vez mais de um processo penal simbólico, útil, apenas, para tranquilizar o clamor público no combate à criminalidade¹⁴³.

¹³⁶OSBORNE, Adam. *A nova revolução industrial na era dos computadores*. Tradução Auriphebo Berrance Simões. Re São Paulo: McGraw-Hill do Brasil, 1984. (introdução). p. 122.

¹³⁷MORIN, Edgar. *A cabeça bem-feita: repensar a reforma, reformar o pensamento*. 12º ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006. p. 15.

¹³⁸SCHWAB, Klaus. *A quarta revolução industrial* (livro eletrônico). Tradução Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2019.

¹³⁹LÉVY, Pierre. *As tecnologias da inteligência*. Tradução de Carlos Irineu Costa. Rio de Janeiro: Ed. 34, 1993. p.17.

¹⁴⁰LÉVY, Pierre. *Cibercultura*. Tradução de Carlos Irineu Costa. São Paulo: Ed. 34, 1999. p.28.

¹⁴¹LÉVY, Pierre. *As tecnologias da inteligência*. Tradução de Carlos Irineu Costa. Rio de Janeiro: Ed. 34, 1993. p.8.

¹⁴²BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato*. 2. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 49

¹⁴³FURTADO MENDES, Carlos Helder Carvalho. *Tecnoinvestigação Criminal: Entre a proteção de dados e a Infiltração por software*. Salvador: Editora Juspodivm, 2020. p. 34-35.

No entanto, a celeridade processual não pode estar associada à retirada de direitos e/ou garantias fundamentais¹⁴⁴, e o processo penal não pode ser visto como mero protocolo que antecede a punição que já foi previamente definida pelas forças políticas¹⁴⁵.

Nas palavras de Lopes Jr, “a aceleração deve ocorrer, mas em outras esferas, não se pode acelerar e atropelar os direitos e garantias do acusado”¹⁴⁶.

Com o advento da era tecnológica, o ataque às fronteiras da intimidade, com a invasão da vida privada, tornou-se ainda mais intenso, tanto é, que o aumento da espionagem privada e a intromissão na intimidade alheia tem sido facilitado¹⁴⁷.

O poder de punir do Estado não pode ser obtido a qualquer custo com o atropelo de direitos, liberdades e garantias fundamentais, caso contrário a legitimidade conferida à intervenção estatal se diluiria¹⁴⁸.

Por isso que as intervenções estatais na esfera privada dos cidadãos devem ser admissíveis, unicamente, quando obedeça a ordem constitucional, e sejam impostas pela lei¹⁴⁹.

Nesse sentido, o direito fundamental só pode sofrer diminuição dentro da estrita legalidade, ou seja, a hipótese de restrição deve ser prevista em lei, com observância da Constituição, e ainda, ter fins legítimos e possuir justificativa relevante¹⁵⁰.

Entretanto, o que se percebe das decisões citadas é uma verdadeira inversão, o que era para ser exceção virou regra, a violação dos direitos fundamentais geralmente não possui fins legítimos, muito menos justificativa relevante.

¹⁴⁴FURTADO MENDES, Carlos Helder Carvalho. *Tecnoinvestigação Criminal: Entre a proteção de dados e a Infiltração por software*. Salvador: Editora Juspodivm, 2020. p. 71.

¹⁴⁵PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra de cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p.17.

¹⁴⁶LOPES JUNIOR, Aury. *Fundamentos do Processo Penal*. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p.49.

¹⁴⁷COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 14.

¹⁴⁸VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Escutas telefônicas: da excepcionalidade à vulgaridade*. 2º ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 9.

¹⁴⁹FURTADO MENDES, Carlos Helder Carvalho. *Tecnoinvestigação Criminal: Entre a proteção de dados e a Infiltração por software*. Salvador: Editora Juspodivm, 2020. p. 35.

¹⁵⁰PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. *Da busca e da apreensão no processo penal*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 91.

No entanto, o eficaz respeito aos direitos fundamentais que se busca parte da capacitação dos profissionais em uma reforma processual penal, especialmente, no uso de metodologias inovadoras, destinadas a servir como ferramentas para conseguir a mudança cultural que é preciso, sem isso, é impossível, pois a cultura é inquisitiva assim como os juízes são inquisidores.

Por isso, não se pode reformar a instituição sem uma prévia reforma das mentes¹⁵¹.

Os imperadores decidiam com o polegar para cima ou para baixo e sem dizer os motivos, entretanto, os magistrados, em democracia, precisam justificar suas decisões de maneira coerente e consistente, sem dribles retóricos¹⁵². Esse é o desafio democrático, inserir na mente dos magistrados que estão longe de ser semideuses, e como uma das funções da motivação, deve justificar sua atuação.

Portanto, no próximo capítulo, dedicar-se-á a analisar e refutar criteriosamente alguns dos posicionamentos adotados pelos Ministros nos julgamentos já mencionados, bem como, o parecer da Procuradora Geral da República.

¹⁵¹MORIN, Edgar. *A cabeça bem-feita*. tradução Eloá Jacobina. - 8a ed. -Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003. Disponível em: <https://docero.com.br/doc/x5eex>. Acesso em 30 mar 2020.

¹⁵²LOPES JR, Aury. *Direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 884.

4. FUNDAMENTAÇÕES ESPÚRIAS

Conforme as decisões analisadas no capítulo anterior, percebe-se que os Tribunais não se deram conta do alto nível de violação, na esfera da privacidade e intimidade, dos cidadãos, que consiste o acesso aos dados armazenados em dispositivos de armazenamento.

Portanto, retomando algumas informações extraídas daqueles julgados, insta salientar, que o Ministro Ricardo Lewandowski afirmou que a busca dos dados é regulada pelo Código de Processo Penal, pois o art. 240, h, do CPP, prevê a possibilidade de “colher qualquer elemento de convicção”, devendo, portanto, conferir certa discricionariedade ao agente policial que executa a medida¹⁵³.

Para o Ministro Gilmar Mendes, a autoridade policial, conforme o art. 6º do CPP, tem o dever de proceder à coleta do material comprobatório da prática da infração penal¹⁵⁴.

O Ministro Carlos Ayres Brito, afirmou, que o que se protege é a comunicação em si, na fluência dela, mencionou ainda que quando é permitida busca domiciliar mediante autorização judicial, permite-se acesso a todos os dados, inclusive os dados armazenados no computador¹⁵⁵.

O Ministro Cezar Peluso afirma que seria uma contradição considerar não inviolável outra forma de registro, como por exemplo, os livros, fichários e considerar invioláveis esses mesmos registros, só por constarem num computador, conclui que o armazenamento de dados em meio eletrônico não está imune ao controle estatal e, portanto, não há no caso, proteção quanto aos dados armazenados em computador¹⁵⁶.

No mesmo sentido do posicionamento do Ministro, a Procuradora Geral da República equipara os documentos físicos aos digitais, dando como exemplo, a hipótese de fotos que estão armazenadas no celular, que poderiam

¹⁵³BRASIL. STF. RE 418.416-6. Voto Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2205705>. Acesso em 19 abr 2020.

¹⁵⁴BRASIL. STF. HC nº 91.867. Relator Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2792328>. Acesso em 20 abr 2020.

¹⁵⁵BRASIL. STF. RE 418.416-6. Voto Ministro Carlos Ayres Brito. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2205705>. Acesso em 19 abr 2020.

¹⁵⁶BRASIL. STF. RE 418.416-6. Voto Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2205705>. Acesso em 19 abr 2020.

estar contidas em “antigo álbum de fotos”, apreendido no local do crime. Defende ainda, de acordo com os posicionamentos dos Ministros Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski, que deve ser conferida discricionariedade aos agentes policiais, isso porque, o art. 6º do CPP, autoriza o acesso a tais dados, também mencionar que a segurança pública se sobressai aos direitos fundamentais (intimidade)¹⁵⁷.

A Procuradora entende como lícita a prova produzida durante o inquérito policial relativa ao acesso, sem autorização judicial, a registros, fotos, vídeos e demais informações contidas em aparelho de telefone celular, relacionados à conduta delitiva”¹⁵⁸.

Alguns Ministros, ainda defendem que se aplica o art. 5º, X, da CF, outros afirmam que se aplica o inciso XII, e alguns ainda mencionam que os dados não merecem proteção alguma.

Resumidamente, portanto, nos próximos tópicos tratar-se-á da aplicação ou não do Código de Processo Penal, mais precisamente, o art. 6º e 240, h, do CPP, acerca da (des)necessidade de autorização judicial para acessar dispositivos de armazenamento, se os dados merecem proteção legal, se deve ou não ser conferida mais discricionariedade aos policiais para realizarem essas buscas e apreensões, se os documentos físicos se equiparam aos digitais, se a autorização judicial para entrar no domicílio permite o acesso aos dispositivos de armazenamento, e por fim, se a segurança pública se sobressai ao direito fundamental da privacidade.

4.1. CRISE DAS FONTES E INSUFICIÊNCIA NORMATIVA

Partindo do pressuposto que o processo penal serve como instrumento de efetivação de direitos e garantias fundamentais, e toda norma infraconstitucional, necessariamente, deve passar por uma filtragem

¹⁵⁷BRASIL. PGR. ARE Nº 1042075/RJ. *Parecer nº 050/2018*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5173898&numeroProcesso=1042075&classeProcesso=ARE&numeroTema=977>. Acesso em: 21 abr 2020.

¹⁵⁸BRASIL. PGR. ARE Nº 1042075/RJ. *Parecer nº 050/2018*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5173898&numeroProcesso=1042075&classeProcesso=ARE&numeroTema=977>. Acesso em: 21 abr 2020.

constitucional¹⁵⁹, não há alternativa a não ser refutar a opinião dos Ministros e da Procuradora ao afirmar que o art. 6º ou 240, h do Código de Processo Penal expressamente permitem a autoridade policial acessar tais dados¹⁶⁰, ignorando a Constituição.

Durante a análise do parecer da Procuradora, e até mesmo das manifestações dos Ministros, mencionados anteriormente, percebe-se que defendem que a busca e apreensão dos dados contidos nos dispositivos de armazenamento poderiam ser acessados pelos agentes policiais, pois segundo entendimento, o qual não é alinhado com a presente dissertação, o art. 6º do Código de Processo Penal, bem como, o art. 240, h, do CPP, permitiria tal análise.

Extrai-se do parecer da Procuradora:

O art. 6º do Código de Processo Penal dispõe que a autoridade policial tem o dever de proceder a coleta do material comprobatório da prática da infração penal, colhendo todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias. Desde que haja justa causa para a quebra do sigilo de dados telefônicos, não se considera violada a intimidade do acusado, porque, neste caso, o interesse público deve prevalecer sobre o direito fundamental de proteção a intimidade¹⁶¹.

De fato, o art. 6º, do Código de Processo Penal, menciona que é dever da autoridade policial apreender os objetos que tiverem relação com o fato (II) e colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato (III), tal artigo, no entanto, não fala em acessar dados e vasculhar a vida privada dos indivíduos.

Vale lembrar, ainda, que na investigação preliminar o que se pretende, é apenas levantar indícios acerca da materialidade e autoria do delito, no entanto, a autoridade policial fica restrita a medidas que não violem direitos fundamentais, dada a reserva de jurisdição, dessa forma busca e apreensão,

¹⁵⁹LOPES JUNIOR, Aury. *Fundamentos do Processo Penal*. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p.35.

¹⁶⁰BRASIL. PGR. ARE Nº 1042075/RJ. *Parecer nº 050/2018*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5173898&numeroProcesso=1042075&classeProcesso=ARE&numeroTema=977>. Acesso em: 21 abr 2020.

¹⁶¹BRASIL. PGR. ARE Nº 1042075/RJ. *Parecer nº 050/2018*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5173898&numeroProcesso=1042075&classeProcesso=ARE&numeroTema=977>. Acesso em: 21 abr 2020.

assim como interceptação telefônica, acesso à documentos cobertos pelo sigilo, entre outros, exigem autorização judicial¹⁶².

O entendimento da Procuradora e dos Ministros é autoritário, é baseado em um código inspirado no fascismo italiano, ou seja, inquisitório. No entanto, uma Constituição democrática deve corresponder um processo penal democrático¹⁶³, então, ainda que o Código de Processo Penal regulamente algo, isto deve ser analisado à luz da Constituição.

Nas palavras de Aury Lopes Jr¹⁶⁴, “o processo penal contemporâneo somente se legitima à medida que se democratizar e for devidamente constituído a partir da Constituição”.

As normas instituídas na Constituição brasileira de 1988 são um avanço no que tange a direitos e garantias fundamentais, que devem ser compreendidos e tornados eficazes, cujo abandono resulta, necessariamente um retrocesso normativo e ativismo judicial¹⁶⁵.

Nas palavras de Giacomolli¹⁶⁶, “a resolução dos problemas criminais e processuais penais, não está somente na Constituição, mas esta não pode ser relegada a um plano secundário” como fez a Procuradora.

O parecer da procuradora retrata muito bem a crise da teoria das fontes, em que ignora a Constituição Federal para aplicar uma norma infraconstitucional.

Isso se dá, em boa parte, pois o processo penal democrático ocorre apenas quando passa pelo regramento, preparação dos sujeitos processuais, informação e preparação da própria população acerca da nova ordem constitucional¹⁶⁷.

Todavia, o que se verifica é que a Constituição Federal é “muito boa” no papel, mas não tem aplicabilidade concreta e efetiva, pois os sujeitos

¹⁶²ROSA, Alexandre Morais da. *Guia do Processo Penal conforme a teoria dos jogos*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p.412.

¹⁶³LOPES JUNIOR, Aury. *Fundamentos do Processo Penal*. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p.36.

¹⁶⁴LOPES JUNIOR, Aury. *Fundamentos do Processo Penal*. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p.36.

¹⁶⁵GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 86.

¹⁶⁶GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 86.

¹⁶⁷GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 91.

processuais e a população não foram preparados para recepcioná-la, e essa situação é cristalina no Brasil, através de pareceres como o da Procuradora e das manifestações dos Ministros, falta aquilo que Konrad Hesse chama de “vontade de Constituição”¹⁶⁸.

Assim, cada artigo do Código de Processo Penal deve passar por uma releitura constitucional, levando em conta os direitos e princípios nela estabelecidos, para que estes não sejam interpretados de maneira restritiva, para se encaixar no autoritário Código de Processo Penal de 1941¹⁶⁹.

Retornando ao art. 6º e 240, h do CPP, insta salientar que o verbo “colher” se refere a apanhar, recolher¹⁷⁰ o que for necessário e o que poderá ser útil ao processo, ou seja, a lei autoriza que o agente policial resguarde tais dados para futura análise judicial.

Além do verbo “colher”, do art. 240, h, do CPP, não permitir expressamente a violação dos direitos fundamentais, ainda assim, trata-se de disposição que abre espaço para interpretações inquisitoriais, defende-se ainda que quando a busca é feita com base neste inciso, é ilegal, pois implica em nítida violação do art. 5º, inciso X e XI, da Constituição¹⁷¹.

No mesmo sentido, quando o Código fala em “apreender”, significa confiscar, tomar, fazer a apreensão¹⁷², ou seja, pode o agente policial apreender o celular ou qualquer outro dispositivo informático que esteja em poder do suspeito, no entanto, o agente não poderá acessar dado algum desses dispositivos sem autorização judicial, pois a lei não dá margem para isso, e a atividade policial é vinculada à estrita observância das normas estabelecidas pela lei processual penal, e claro à Constituição Federal.

Observe que, se a apreensão realizada fosse de uma arma de fogo, ao invés de um dispositivo de armazenamento (celular ou computador), a

¹⁶⁸HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 1991. p. 32.

¹⁶⁹LOPES JUNIOR, Aury. *Fundamentos do Processo Penal*. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p.40.

¹⁷⁰Dicionário de Português. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/apreender/>. Acesso em: 27 abr 2020.

¹⁷¹LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 554.

¹⁷²Dicionário de Português. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/apreender/>. Acesso em: 27 abr 2020.

autoridade policial não desmontaria a arma ou testaria para ver se funciona, simplesmente apreenderia e assim deve ser.

Dessa forma, apreender significa retirar do poder de alguém, pessoas ou coisas, guardando-as e protegendo-as¹⁷³.

Assim, a conclusão da Procuradoria e dos Ministros além de não levarem em conta que o Código de Processo Penal é de 1941, e que naquela época não havia tanta tecnologia, muito menos dispositivos com capacidade para armazenar tantos dados, também interpretam os artigos de maneira equivocada, pois o Código em nenhum momento faz menção ao verbo acesso ou extração de dados, e, ainda que falasse, tal artigo deveria ser interpretado à luz da Constituição Federal, que protege a vida privada e a intimidade.

Além do mais, vale mencionar que os atos de investigação possuem caráter instrumental e sumário, servindo apenas de base para a acusação, se o legislador quisesse conferir aos atos do inquérito policial valor probatório, teria feito¹⁷⁴.

A interpretação realizada pela Procuradora e Ministros é restritiva de direitos fundamentais, e sem amparo constitucional. Questiona-se, qual o problema ou qual prejuízo iria causar se o agente policial apreendesse o dispositivo de armazenamento, zelasse pelo seu resguardo enquanto faz um pedido justificado ao magistrado demonstrando a real necessidade da devassa a vida privada do cidadão? Inclusive demonstrando que o suspeito já estava sendo investigado e que outras medidas menos invasivas foram utilizadas, mas que não foram suficientes?

No entanto, a prática mostra que os agentes responsáveis pela investigação abandonaram os meios já existentes e menos violadores de garantias para instruir o IP, por um trabalho fácil, limpo, mais cômodo e ainda mais célere, tornou-se a opção número um dos agentes¹⁷⁵.

4.1.1. Insuficiência do Art. 5º XII, da CF e da Lei 9.296/96

¹⁷³PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. *Da busca e da apreensão no processo penal*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 206.

¹⁷⁴LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 194.

¹⁷⁵COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p.17.

Diante dos questionamentos e das decisões analisadas, a análise feita aqui filia-se a alguns posicionamentos e repele outros. Assim, concorda-se com os Ministros Ricardo Lewandowski, Sepúlveda, Carlos Ayres Brito, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Marco Aurélio e Edson Fachin, quando mencionam que os dados não são protegidos pelo inciso XII, da Constituição Federal, e de fato defende-se isso.

No entanto, quando os Ministros afirmam que os dados não são protegidos pelo inciso XI, da Constituição Federal, querem dizer que a Constituição protege apenas o fluxo das comunicações, não merecendo proteção os dados armazenados.

O Ministro Gilmar Mendes chega a mencionar que os dados não possuem valor constitucional e que ao acessá-lo não configura violação à intimidade ou à vida privada¹⁷⁶.

Em sentido totalmente diverso, é o posicionamento da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, que afirma que de fato, o inciso XII, protege a comunicação de dados e não os dados em si, o que não significa dizer que os dados armazenados nos aparelhos celulares não merecem proteção alguma.

Para a Ministra esses dados são protegidos pelo artigo 5º, X, da Constituição, mas que não são absolutos e que exigem autorização judicial para acessá-los.

No mesmo sentido, é o posicionamento adotado pela Ministra Rosa Weber e Ministros Nefi Cordeiro, Rogério Schietti, Reynaldo Soares da Fonseca, que afirmam que os acessos aos dados são protegidos pelo art. 5º, X da CF, e não pelo inciso XII.

Posicionamento esse que se entende o mais adequado.

Uma vez afastada a aplicabilidade do inciso XII, que trata sobre as comunicações telefônicas, também não há que se falar em aplicação da lei 9296/96, que regulamenta tal inciso.

Vale lembrar que pela variedade de funcionalidades, que o computador e o aparelho celular oferecem, os limites estatais na obtenção dessas informações não podem ser regulados unicamente pela lei 9.296/96.

¹⁷⁶BRASIL. STF. HC nº 91.867. Relator Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2792328>. Acesso em 20 abr 2020.

Quanto ao acesso a documentos gravados em computador, Manuel da Costa Andrade e Manuel Valente, também defendem que não se enquadra no âmbito da interceptação telefônica, nem de apreensão de correspondência, mas sim no quadro de buscas, ou seja, ou teriam de ser incluídos nas buscas domiciliares ou deve-se criar uma nova figura de busca¹⁷⁷, posição a presente pesquisa também se filia.

Em que pese o Ministro Felix Fischer afastar a aplicabilidade da lei 9296/95 sobre os dados, o faz pelos motivos errados, mencionando que a lei versa sobre a proteção ao fluxo das comunicações, querendo reforçar seu entendimento de não proteção aos dados.

Ora, se a lei 9.296/96, que regula as formas de interceptação telefônica, prevê que o sigilo telefônico deve ser objeto de autorização judicial, imagina nos dispositivos (computador e aparelho celular) que estão armazenadas as mais amplas e irrestritas manifestações do direito da personalidade, a permissão para sua violação¹⁷⁸, deve se dar por meio de autorização judicial específica, ou seja, mencionando exatamente qual o aplicativo/pasta/arquivo que será objeto da busca, para que não seja uma carta branca para violações.

Duas posições diferentes das mencionadas nos parágrafos anteriores se referem aos votos na Ação penal 307, do Ministro Ilmar Galvão, que dá uma interpretação um pouco distinta do restante, para ele se aplica o inciso XII, ou seja, os dados que o inciso menciona se referem aos dados armazenados, no entanto, tal inciso ao mencionar “salvo, no último caso, por ordem judicial” se refere apenas as comunicações telefônicas e não aos dados, portanto, ao exigir ordem judicial para as comunicações telefônicas, tornou invioláveis os dados, não podendo sofrer restrições, pois a Constituição não deu margem para isso.

Diferente também é o posicionamento do Ministro Sydney Sanches, que afirma que se aplica o inciso XII, pois tanto os dados quanto as comunicações telefônicas, merecem a mesma proteção, e, portanto, exigem mandado judicial.

¹⁷⁷VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Escutas telefônicas: da excepcionalidade à vulgaridade*. 2º ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 97.

¹⁷⁸EILBERG, Daniela Dora; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Busca e apreensão de dados em telefones celulares: novos desafios diante dos avanços tecnológicos*. Revista Brasileira de Ciências Criminais / vol. 156/2019 / p. 353 – 393 / Jun/2019.

Percebe-se que nenhum desses argumentos consegue dar conta da complexidade dos direitos violados que envolvem os dispositivos multifuncionais¹⁷⁹.

Vale ressaltar que a memória dos dispositivos substitui progressivamente o próprio uso da memória humana, eventual comparação com o sigilo da comunicação telefônica ou eventual comparação com documentos físicos é manifestamente inapropriada, pois ninguém portaria consigo tamanha documentação¹⁸⁰.

Uma pesquisa de informações digitais, em um telefone celular, implica interesses de privacidade individuais substancialmente maiores do que uma breve pesquisa física¹⁸¹, ou, a interceptação do fluxo de comunicação, portanto, merecem maior proteção.

4.1.2. Discricionariedade da Autoridade Policial

No entendimento da Procuradora, deveria ser concedida autorização à polícia para realizar a devassa no celular das pessoas sem autorização judicial, ou seja, todos os celulares, que hoje equivalem à 220 milhões de celulares em funcionamento no país¹⁸², estariam sem qualquer tipo de proteção à mercê da discricionariedade policial.

Observa-se que os dispositivos de armazenamento possibilitam o acesso a imagens em tempos real das residências, escritórios, rastreamento de veículos, localização de familiares e amigos e muitas outras informações que serão melhores detalhadas em tópico próprio.

Ainda que a Procuradora saiba disso, pois menciona que o aparelho celular dispõe de mecanismos de armazenamento de dados que revelam muito

¹⁷⁹EILBERG, Daniela Dora; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Busca e apreensão de dados em telefones celulares: novos desafios diante dos avanços tecnológicos*. Revista Brasileira de Ciências Criminais / vol. 156/2019 / p. 353 – 393 / Jun/2019.

¹⁸⁰EILBERG, Daniela Dora; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Busca e apreensão de dados em telefones celulares: novos desafios diante dos avanços tecnológicos*. Revista Brasileira de Ciências Criminais / vol. 156/2019 / p. 353 – 393 / Jun/2019.

¹⁸¹ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Riley v. Califórnia*, 573 US 373 (2014). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/573/373/#tab-opinion-1970972>. Acesso em: 20 fev 2020.

¹⁸²DEMARTINI, Felipe. *Brasil já tem mais de um smartphone ativo por habitante*. Disponível em: <https://canaltech.com.br/produtos/brasil-ja-tem-mais-de-um-smartphone-ativo-por-habitante-112294/>. Acesso em: 19 fev 2020.

sobre a intimidade de seu proprietário¹⁸³, tal afirmação não se coaduna com o poder e a discricionariedade que pretende conceder aos agentes policiais.

Vale lembrar que, no inquérito policial basta um juízo de probabilidade de cometimento de infração, não sendo necessário que a autoridade policial tenha pressa na “realização de atos de investigação”.

O problema é que a polícia quer investigar até que ela entenda provado o fato (e a prática demonstra que não precisam de muito), no entanto, o inquérito é destinado apenas para formar ou não a convicção do Ministério Público¹⁸⁴.

Assim, não há como permitir o acesso pelos agentes policiais a esses dados armazenados, justificando-se no fato de que muito dos arquivos encontrados em aparelhos digitais poderiam ser apreendidos em poder do suspeito em forma física. É inegável que aparelhos eletrônicos suportam e carregam uma quantidade infinitamente maior do que um indivíduo pode carregar¹⁸⁵.

E não é só, a atuação do policial é naturalmente contaminada por participarem diretamente na investigação e repressão do crime, sem contar os prejulgamentos com o suposto suspeito, bem como uma série de fatores psicológicos que interferem na atividade desenvolvida, assim, não se pode conferir tamanho poder aos agentes policiais que, não raras vezes precisam justificar e legitimar seus atos, bem como, eventuais abusos perpetrados¹⁸⁶.

Não se quer dizer que todos os agentes policiais cometam arbitrariedades, porém, esse tipo de discricionariedade pautada exclusivamente em um entendimento do agente policial autoriza, que, se torne policial juiz e carrasco do caso¹⁸⁷.

¹⁸³BRASIL. PGR. ARE Nº 1042075/RJ. *Parecer nº 050/2018*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5173898&numeroProcesso=1042075&classeProcesso=ARE&numeroTema=977>. Acesso em: 21 abr 2020.

¹⁸⁴LOPES JUNIOR. Aury. *Direito Processual Penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 166.

¹⁸⁵ESTADOS UNIDOS. *Resumo do Centro de Democracia e Tecnologia e Electronic Frontier Foundation*. Documentos legais Riley vs. California.. Disponível em: <https://epic.org/amicus/cell-phone/riley/13-132tsac%20CDT%20and%20EFF.pdf>. Acesso em: 20 fev 2020.

¹⁸⁶LOPES JUNIOR. Aury. *Direito Processual Penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 519.

¹⁸⁷RIBEIRO, Djamila. *Pequeno manual antirracista*. São Paulo: Campanha das letras, 2019. p. 96.

Portanto, não se pode admitir que os agentes policiais de maneira irrestrita, possam remexer à vontade na vida privada de uma pessoa. Permitir que os policiais vasculhem as informações pessoais mais sensíveis dos indivíduos, como consta no parecer da Procuradoria, fere a privacidade dos indivíduos.

Extraí-se do entendimento do Centro de Democracia e Tecnologia que, nem sequer o acesso aos registros de chamadas deve ser permitido, pois abre as portas para expedições de pesca, e os policiais alegarão que durante a procura "no processo do registro de chamadas, acidentalmente encontraram outras informações". Portanto, além de tal busca exigir autorização judicial, necessário ainda que essa busca seja limitada a um tipo específico de informação¹⁸⁸.

Ao permitir que os agentes policiais acessem os dados sem autorização judicial, estaria o Estado falhando na proteção da vida privada e intimidade do indivíduo, e pior, estimulando a autoridade policial a remexer desnecessariamente, entre outras coisas, em mensagens de texto, e-mails, histórico de navegação da Internet, fotografias, localização de dados de GPS e inúmeras outras formas de dados armazenados em telefones celulares¹⁸⁹.

Muitos dados podem ser acessados por meio desses dispositivos, o que permite descobrir os locais que a pessoa percorreu, com quem falou, que sites visitou, conteúdo de e-mails, mensagens trocadas, pessoas com quem ela interage, dessa forma, franquear o acesso irrestrito a tais dispositivos equivaleria a uma abolição completa dos direitos de personalidade no Brasil¹⁹⁰.

Levando em consideração o despreparo dos policiais que não raras vezes, invadem residências sem motivos, abordam pessoas por parecerem suspeitas, que apreendem coisas e vasculham locais sem relação com o ilícito, isso quando há ilícito, situações como essas expõem e violam a intimidade e

¹⁸⁸ESTADOS UNIDOS. *Resumo do Centro de Democracia e Tecnologia e Electronic Frontier Foundation*. Documentos legais Riley vs. California. Disponível em: <https://epic.org/amicus/cell-phone/riley/13-132tsac%20CDT%20and%20EFF.pdf>. Acesso em: 20 fev 2020.

¹⁸⁹ESTADOS UNIDOS. *Resumo de Professores de Direito Penal*. Documentos legais Riley vs. California. Disponível em: <https://epic.org/amicus/cell-phone/riley/13-132tsac%20CDT%20and%20EFF.pdf>. Acesso em: 20 fev 2020.

¹⁹⁰EILBERG, Daniela Dora; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Busca e apreensão de dados em telefones celulares: novos desafios diante dos avanços tecnológicos*. Revista Brasileira de Ciências Criminais / vol. 156/2019 / p. 353 – 393 / Jun/2019.

privacidade do indivíduo de maneira excessiva e arbitrária, palavras essas que normalmente são vinculadas à atividade policial.

Para corroborar, o caso *Riley vs. Califórnia*, julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos, que trata de uma situação em que os agentes policiais, ao pararem um suspeito (Riley), examinarem o conteúdo de seu telefone celular, incluindo mensagens de texto, fotografias, vídeos e endereços de contato¹⁹¹, decidiram por unanimidade que a polícia deveria primeiro obter um mandado antes de revistar os telefones celulares de indivíduos presos.

Percebe-se, que tal posicionamento, demonstra um grande avanço no que tange à proteção de direitos fundamentais comparado aos entendimentos emanados pelos nossos Tribunais, e pelo próprio parecer da Procuradoria.

A Suprema Corte Americana, ao falar dos acessos aos aparelhos celulares, emite conclusões muito superiores ao entendimento predominante no Brasil, e na falta de norma específica em nosso país, é importante analisar as conclusões sobre o tema em âmbito internacional, para que sirvam de exemplo, que sejam observadas e nos guiem na elaboração das leis.

Tal caso conseguiu reconhecer o papel único que os telefones celulares (e computadores) desempenham na vida moderna, e que, o acesso à dados constantes em dispositivos de armazenamento, sem mandado judicial, constituem violação a privacidade.

Portanto, conferir ao agente policial tamanha discricionariedade, para realizar uma busca ilimitada, confere a ele a possibilidade de usar as informações da maneira que bem entender, inclusive que buscas sem motivo aconteçam com ainda mais frequência¹⁹².

Desta forma, se faz necessária autorização judicial para acesso aos dados armazenados em dispositivos informáticos, ainda que o indivíduo seja preso em flagrante, até mesmo para pesquisas superficiais como uma pesquisa

¹⁹¹ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Caso Riley vs. Califórnia*, 573 U.S. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/573/373/#tab-opinion-1970971>. Acesso em: 21 abr 2020.

¹⁹²ESTADOS UNIDOS. *Resumo da Associação Nacional de Advogados de Defesa Criminal e do Centro de Justiça Brennan*. Documentos legais *Riley vs. Califórnia*. Disponível em: <https://epic.org/amicus/cell-phone/riley/13-132tsac%20CDT%20and%20EFF.pdf>. Acesso em: 20 fev 2020.

por nome ou número específico, pois podem se transformar em uma pesquisa extensa de grandes volumes de informação privada e sensível¹⁹³.

4.1.3. Dados Físicos se Equiparam aos Digitais?

Alguns defendem que os dados encontrados em dispositivos informáticos merecem ser tratados da mesma forma que os documentos físicos, mencionam, por exemplo, na hipótese de fotos armazenadas no celular poderiam assemelhar-se a um “antigo álbum de fotos”.

No entanto, tal comparação é inadequada, isso porque, anos atrás, a quantidade de informações pessoais que um suspeito poderia levar era bastante limitado, podiam ser transportados em forma física papéis, fotografias¹⁹⁴ ou documentos que utilizariam no dia, nada comparado com a quantidade de informações dos aparelhos informáticos.

Em relação à comparação de um álbum de fotos, qual seria o indivíduo capaz de carregar mais de dez mil fotos? Certamente nenhum. No entanto, hoje, qualquer celular tem uma capacidade de armazenamento muito superior do que qualquer um poderia carregar.

Permitir que a polícia examine registros e dados armazenados em celulares em uma busca rotineira é bem diferente de permitir que eles pesquisem um ou dois itens pessoais em casos ocasionais antes da era digital¹⁹⁵.

O telefone celular, dado as suas funcionalidades, poderia ser chamado de câmera, reproduzidor de vídeo, calendário, gravador, biblioteca, diário, álbum, televisão, mapa ou jornal¹⁹⁶, o mesmo raciocínio se aplica aos computadores. Não faria sentido equiparar esses dados aos dados físicos, pois as pessoas

¹⁹³ESTADOS UNIDOS. *Resumo da Associação Nacional de Advogados de Defesa Criminal e do Centro de Justiça Brennan*. Documentos legais Riley vs. California. Disponível em: <https://epic.org/amicus/cell-phone/riley/13-132tsac%20CDT%20and%20EFF.pdf>. Acesso em: 20 fev 2020.

¹⁹⁴ESTADOS UNIDOS. *Resumo do Centro de Democracia e Tecnologia e ElectronicFrontier Foundation*. Documentos legais Riley vs. California.. Disponível em: <https://epic.org/amicus/cell-phone/riley/13-132tsac%20CDT%20and%20EFF.pdf>. Acesso em: 20 fev 2020.

¹⁹⁵ESTADOS UNIDOS. *The Washington Post*. Tradução Livre. Disponível em: <https://www.washingtonpost.com/news/volokh-conspiracy/wp/2014/06/25/the-significance-of-riley/>. Acesso em 27 abr 2020.

¹⁹⁶ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Caso Riley vs. California*, 573 U.S. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/573/373/#tab-opinion-1970971>. Acesso em: 21 abr 2020

jamais conseguiriam carregar consigo todo esse material, ou seja, todas as fotos, arquivos, vídeos, aplicativos, e-mails, livros e muitos outros dados que os dispositivos de armazenamento comportam¹⁹⁷.

Na Suprema Corte, o Juiz Roberts, ao analisar o caso Riley, mencionou que tais dispositivos contêm quantidades substanciais de informações privadas, e reforçou, que as provas físicas e as digitais são completamente diferentes, ou melhor, os telefones celulares são diferentes de qualquer outro item que possa ser encontrado na pessoa de um suspeito¹⁹⁸.

É inegável que aparelhos eletrônicos suportam e carregam uma quantidade infinitamente maior do que um indivíduo pode carregar¹⁹⁹. Tanto é, que a memória dos dispositivos vem substituindo progressivamente o próprio uso da memória humana²⁰⁰.

Não faria sentido equiparar esses dados aos dados físicos, pois as pessoas jamais conseguiriam carregar consigo todo esse material, ou seja, todas as fotos, arquivos, vídeos, aplicativos, emails, livros e muitos outros dados que os dispositivos de armazenamento comportam²⁰¹.

4.1.4. Segurança Pública e Direitos Fundamentais

Relata a Procuradora que a segurança pública se sobressai à intimidade e que a proteção da intimidade e dos dados pessoais cede em face da autorização do CPP²⁰², ou seja, a Constituição Federal, democrática, que

¹⁹⁷ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Caso Riley vs. California*, 573 U.S. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/573/373/#tab-opinion-1970971>. Acesso em: 21 abr 2020.

¹⁹⁸EILBERG, Daniela Dora; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Busca e apreensão de dados em telefones celulares: novos desafios diante dos avanços tecnológicos*. Revista Brasileira de Ciências Criminais / vol. 156/2019 / p. 353 – 393 / Jun/2019.

¹⁹⁹ESTADOS UNIDOS. *Resumo do Centro de Democracia e Tecnologia e Electronic Frontier Foundation*. Documentos legais Riley vs. California.. Disponível em: <https://epic.org/amicus/cell-phone/riley/13-132tsac%20CDT%20and%20EFF.pdf>. Acesso em: 20 fev 2020.

²⁰⁰EILBERG, Daniela Dora; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Busca e apreensão de dados em telefones celulares: novos desafios diante dos avanços tecnológicos*. Revista Brasileira de Ciências Criminais / vol. 156/2019 / p. 353 – 393 / Jun/2019.

²⁰¹ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Riley v. Califórnia*, 573 US 373 (2014).Disponível em:<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/573/373/#tab-opinion-1970972>. Acesso em: 20 fev 2020.

²⁰²BRASIL. PGR. ARE Nº 1042075/RJ. *Parecer nº 050/2018*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5173898&numeroProcesso=1042075&classeProcesso=ARE&numeroTema=977>. Acesso em: 21 abr 2020.

significou uma ruptura com o autoritarismo deve curvar-se para o Código de Processo Penal de 1941, que foi inspirado no inquisitivo Código Rocco, italiano, de 1930, posto em vigor sob a égide da ditadura fascista de Mussolini.

Interesses sociais, segurança pública, ordem pública o que significam, em uma sociedade dividida em classes, na qual os interesses dessas classes são estrutural e logicamente diferentes aos da outra²⁰³?

Para evitar discursos catastróficos, genéricos que visam restringir direitos fundamentais como esse mencionado pela Procuradora no sentido de a “segurança pública se sobressair à intimidade”, resta salientar que os direitos fundamentais não se sobressaem um ao outro, o que deve ocorrer é uma ponderação dos bens em conflito, no caso concreto²⁰⁴ quando se tratar de particulares.

Entende-se que a sociedade não pode ser vista como um ente superior, em que os homens lhe devam cega obediência, não se defende uma absolutização dos direitos fundamentais, no entanto, o processo penal foi democratizado, o que implicou a revalorização do homem, então realizar a comparação entre direito público x direito privado é uma visão autoritária, pois visa submeter o homem ao “ente superior”²⁰⁵.

Os Estados democráticos possuem duas premissas básicas, primeira a proteção e efetivação dos direitos fundamentais e a segunda a limitação do poder estatal, que visa diminuir os espaços de arbítrio e opressão, para evitar novas ditaduras ou novos holocaustos²⁰⁶.

Portanto, a democracia se funda na soberania de cada cidadão e não do povo, tal termo é utilizado com muita subjetividade e não raras vezes em prejuízo dos indivíduos, pois é vazia de sentido, quem decide em um estado democrático são os cidadãos e não um corpo coletivo, se não existir esta

²⁰³BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 22.

²⁰⁴BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 170

²⁰⁵LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 449.

²⁰⁶CASARA, Rubens. *Estado Pós-Democrático: neo-obscurantismo*. Rio de Janeiro. 4. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018. p.20.

concepção individualista da sociedade, não é possível enxergar a democracia como boa forma de governo²⁰⁷.

No processo penal da Alemanha nazista, o inquisidor podia afastar qualquer direito fundamental ao argumento de que era a vontade do povo, em combate à impunidade ou corrupção, portanto, a luta contra a opressão são os limites rígidos ao poder estatal²⁰⁸.

O Estado, a ordem pública e a segurança nacional não podem ser entendidas como o indivíduo em si, como representante do direito individual de cada um. Exemplos históricos não faltam para demonstrar que poderes ilimitados caminham em direção da destruição da sociedade²⁰⁹.

Menciona Anthony W. Pereira, que opto por fazer a transcrição literal ao citá-lo indiretamente:

Numa época como a nossa, o estudo histórico das tentativas anteriores, ocorridas em outras épocas e em outras regiões do mundo, de codificar essas reivindicações do Estado em defesa da segurança nacional, não pode ser visto como um mero exercício acadêmico. Trata-se aqui de uma grave advertência feita aos cidadãos das democracias, alertando-os de que também seus direitos podem ser demolidos aos poucos, através das leis, ordens executivas e procedimentos administrativos adotados um de cada vez. Violência do Estado, legalidade politicamente manipulada e injustiça grosseira são perigos sempre presentes em todos os regimes políticos²¹⁰.

O Estado deixou de ser absoluto para tornar-se limitado, não é mais um fim em si mesmo, ele se tornou um Estado de Direito que se traduz em um Estado dos cidadãos²¹¹, aquele Estado forte, que pode tudo, sem limites foi substituído pela proteção conferida à cada indivíduo²¹².

²⁰⁷BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 109-110.

²⁰⁸CASARA, Rubens. *Estado Pós-Democrático: neo-obscurantismo*. Rio de Janeiro. 4. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018. p. 176.

²⁰⁹CASARA, Rubens. *Estado Pós-Democrático: neo-obscurantismo*. Rio de Janeiro. 4. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018. p. 228

²¹⁰PEREIRA, Anthony W. *Ditadura e repressão: o autoritarismo e o estado de direito no Brasil, no Chile e na Argentina*. São Paulo: Paz e Terra, 2010. p. 294.

²¹¹BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 29-58.

²¹²MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 8.ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 35.

O estado é um mal necessário, mas é um mal²¹³, e o Estado como maior detentor de poder, tende a abusar dele, por isso o problema fundamental que nos assola, hoje, é a proteção dos direitos fundamentais²¹⁴. Basta lembrar que os direitos fundamentais foram criados justamente para limitar o poder e toda forma de intromissão indevida do Estado na vida privada do cidadão²¹⁵.

As Constituições democráticas preveem primeiramente os direitos individuais, ou seja, se preocupam com a liberdade do cidadão singular e só depois o governo que os cidadãos constituem²¹⁶.

O Estado como maior detentor da força é o que detém maiores chances de utilizá-la de maneira inadequada, isso porque o seu aparelho repressivo é fortemente armado, exemplo disso são as polícias, altamente hierarquizadas com grande sentimento de corporativismo, que em nome da segurança e da ordem pública praticam as mais violentas ações²¹⁷.

O tempo mostra que o Estado ao invés de proteger os direitos fundamentais dos cidadãos, tem se revelado o principal violador, se apresentando, por seus representantes, como os defensor da ordem e dos bons costumes²¹⁸, assim como fez a procuradora em seu parecer.

Imagine quantos crimes, arbitrariedades e excessos são cometidos pelo Estado em nome da segurança pública.

Portanto, o modelo idealizado de Estado, sempre foi a democracia, modelo esse que não autoriza o afastamento da dignidade humana, dos direitos fundamentais, que não permite que o indivíduo seja transformado em objeto, que promete impor limites ao poder estatal, afinal sem a existência de limites o poder torna-se antidemocrático²¹⁹.

²¹³BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p.190.

²¹⁴BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 23

²¹⁵MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 8.ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 33.

²¹⁶BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 110.

²¹⁷SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *Justiça de Transição: da ditadura civil-militar ao debate justransicional: direito à memória e à verdade e os caminhos da reparação e da anistia no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 129-139.

²¹⁸SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *Justiça de Transição: da ditadura civil-militar ao debate justransicional: direito à memória e à verdade e os caminhos da reparação e da anistia no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 133-137.

²¹⁹CASARA, Rubens. *Sociedade sem lei: pós-democracia, personalidade autoritária, idiotização e barbárie*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018.p. 12

Deste modo, já passou da hora de discursos como o da Procuradora serem expurgados e rechaçados do nosso ordenamento. O direito concreto de uma pessoa vale mais do que a segurança de um ente abstrato, e um dos caminhos para a salvação da sociedade perpassa por isso²²⁰.

Não é preciso ficar batendo na mesma tecla e discutindo se são direitos absolutos ou relativos, mas sim, unir forças para que se encontre a melhor forma de protegê-los e garanti-los, pois apesar de serem legalmente protegidos, são continuamente violados²²¹.

Já existe um excessivo atraso, não é possível aumentá-lo com incredulidade, negligência ou pessimismo, não há muito tempo a perder”²²².

Atualmente, no processo penal, as violações aos direitos fundamentais se tornaram a regra, por conta de posicionamentos iguais ao da Procuradora, que na onda do “tudo pode”, direitos fundamentais se esvaem, resultado disso, é que dificilmente se reconhece uma violação de domicílio, o réu que tem sobre si o princípio da presunção de inocência assegurado constitucionalmente, se quiser ter uma chance de ser absolvido precisa provar, ou melhor, filmar que a polícia está mentindo, uma verdadeira inversão do ônus da prova, iniciativa que deveria ser atribuída unicamente à acusação, os celulares, os computadores são acessados diretamente pelos agentes policiais sem ordem judicial, mesmo quando a Constituição menciona que o direito à privacidade e intimidade são invioláveis.

Logo, o problema atual é a ausência de preocupação democrática, não há uma pretensão em fazer valer os direitos fundamentais muito menos limitar o poder²²³, essa passividade, essa ausência de protestos e uma certa conformação com a redução de direitos²²⁴ que sequer foram de fato implementados e já sofrem reducionismos, precisa acabar.

²²⁰CASARA, Rubens. *Sociedade sem lei*: pós-democracia, personalidade autoritária, idiotização e barbárie. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018. p. 168.

²²¹BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 25.

²²²BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 61.

²²³CASARA, Rubens. *Estado Pós-Democrático*: neo-obscurantismo. 4. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018. p. 21.

²²⁴CASARA, Rubens. *Estado Pós-Democrático*:neo-obscurantismo. 4. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018. p. 34.

Assim, como deve ocorrer o reconhecimento da ditadura e de todo mal praticado por ela, é imperioso que se identifique todos os resquícios autoritários que não atendem as regras do jogo democrático, repudiar severamente todo excesso de poder cometido pelo Estado, exigir a observância da Constituição na proteção dos direitos fundamentais e o projeto constitucional deve ser abraçado pela sociedade, principalmente por aqueles que têm o dever de protegê-los, o Judiciário. E, claro, nós juristas, acadêmicos e profissionais da área não podemos baixar a guarda, devemos ser a resistência e lutar pela efetividade dos direitos fundamentais e pela efetiva limitação do poder estatal principalmente na esfera privada de cada pessoa.

O processo penal do futuro, portanto, deve se preocupar menos com a restrição de direitos fundamentais, devendo colocar o homem como sujeito do processo e impor que seus direitos fundamentais não sejam sacrificados em favor do combate à criminalidade²²⁵.

Portanto, o processo penal deve ter um viés humanista, abandonando de vez suas raízes autoritárias para colocar o homem como sujeito de direitos, afastando a lógica securitária de homem objeto²²⁶.

²²⁵VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Escutas telefônicas: da excepcionalidade à vulgaridade*. 2º ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 167.

²²⁶VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Escutas telefônicas: da excepcionalidade à vulgaridade*. 2º ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 167.

5. AFINAL, DISPOSITIVOS DE ARMAZENAMENTO MERECEM PROTEÇÃO?

A prova penal dita o objetivo do processo, sendo um dos principais elementos que a depender do tratamento que receba, determina o tipo de processo penal que vigora em determinado local²²⁷.

Por isso, em um Estado democrático de direito, a prova não pode se divorciar dos preceitos legais e constitucionais que a regulam, não existe um direito absoluto à prova²²⁸. Nas palavras de Tavares e Casara “não há um vale tudo probatório”²²⁹.

O Código de Processo Penal, nos artigos 155 e seguintes, trata sobre a “prova”, desses artigos extrai-se uma informação importante, qual seja: a inadmissibilidade das provas ilícitas, que se caracterizam quando obtidas com violação a normas constitucionais ou legais.

Levando isso em consideração, importante destacar que quanto à busca e apreensão em dispositivos de armazenamento de dados, as opiniões acerca da proteção constitucional conferida são divergentes.

Explica-se.

A Constituição Federal em seu art. 5º, inciso X, protege a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas e o inciso XII, protege o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas.

Ocorre que há divergências acerca de qual inciso aplicar, e se os dados/arquivos/informações, merecem algum tipo de proteção. No âmbito judicial alguns Ministros entendem que se aplica o inciso XII, no entanto concluem que a Constituição protege apenas o fluxo das comunicações, não merecendo proteção os dados armazenados.

²²⁷PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra de cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p.17.

²²⁸TAVARES, Juarez; CASARA, Rubens. *Prova e Verdade*. São Paulo: Tirantlo Blanch, 2020. p. 20.

²²⁹TAVARES, Juarez; CASARA, Rubens. *Prova e Verdade*. São Paulo: Tirantlo Blanch, 2020. p. 20.

Um dos Ministros chega a mencionar que os dados não possuem valor constitucional, e que ao acessá-lo, não configura violação à intimidade ou à vida privada²³⁰.

Em sentido diverso, alguns Ministros afirmam que esses dados são protegidos pelo artigo 5º, X, da Constituição, e que o inciso XII, protege a comunicação de dados e não os dados em si, o que não significa dizer que os dados armazenados nos aparelhos celulares não merecem proteção alguma.

Posicionamento esse que se entende o mais adequado, de fato o inciso correto a ser aplicado é o X. Verifica-se que alguns Ministros interpretam de forma equivocada o termo “dados”, isso porque o inciso claramente trata do fluxo de comunicações e não da imensidão de informações sobre a pessoa que podem ser encontradas em dispositivos de armazenamento.

Importa agora, demonstrar o motivo pelo qual o entendimento que dados extraídos de dispositivos de armazenamento não possuem valor constitucional é totalmente equivocado.

5.1.O ACESSO INDISCRIMINADO AOS DISPOSITIVOS DE ARMAZENAMENTO VIOLA A VIDA PRIVADA E A INTIMIDADE?

Devido à ausência de posicionamentos que deem conta da amplitude da violação a direitos fundamentais que corresponde o acesso aos aparelhos dispositivos de armazenamento do cidadão, analisar-se-á o seu efetivo alcance.

Vale lembrar, que com o apoio da tecnologia o indivíduo pode transportar em seu smartphone ou computador grande quantidade de informações privadas, portanto autorizar o acesso a esses dados de forma indiscriminada se traduz em buscas e apreensões abusivas²³¹.

Como bem mencionado, pelo Juiz Roberts, da Suprema Corte, o smartphone mais vendido atualmente se traduz em milhões de páginas de texto, milhares de fotos ou centenas de vídeos, possuem a capacidade de

²³⁰BRASIL. STF. HC nº 91.867. Relator Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2792328>. Acesso em 20 abr 2020.

²³¹ESTADOS UNIDOS. *Resumo do Centro de Democracia e Tecnologia e Electronic Frontier Foundation*. Documentos legais Riley vs. California.. Disponível em: <https://epic.org/amicus/cell-phone/riley/13-132tsac%20CDT%20and%20EFF.pdf>. Acesso em: 20 fev 2020.

armazenar muitos tipos diferentes de informações, mesmo os telefones mais básicos podem conter fotografias, mensagens multimídia, texto, mensagens, histórico de navegação na Internet, um calendário, uma agenda telefônica com mil entradas e assim por diante²³².

Sem contar que, hodiernamente, um smartphone possui em média 41 aplicativos instalados²³³, já o computador pode ter um número ainda maior chegando a 51 programas instalados, sendo que em alguns países chegam a 79²³⁴.

Com o avanço da tecnologia não faltará muito tempo para que o indivíduo carregue toda a sua vida no bolso, desde vídeos de casamento, nascimento dos filhos, desempenho escolar, com espaço de sobra. Facilmente conteria não apenas todos os documentos que o indivíduo criou, mas todas as páginas de todos os documentos que já leu durante a vida²³⁵.

Assim que a computação móvel criou uma vida digital, paralela a uma vida física, e que os dispositivos móveis são portas para nossas casas virtuais e não é só diante da variedade de capacidades e facilidade de acesso, o smartphone é a essência da liberdade de expressão da atual época²³⁶.

Portanto, analisar-se-á alguns desses aplicativos para verificar que tipos de informações/arquivos/dados são armazenados em suas memórias, para saber que tipo de proteção merecem e se de fato merecem.

Primeiro aplicativo a ser analisado chama-se “YouWatch”, dentre tantas funções ele possibilita ao usuário, a partir do seu smartphone ou computador, acessar todas as câmeras que estejam configuradas em seu perfil.

²³²ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Riley v. Califórnia*, 573 US. (tradução nossa). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/573/373/#tab-opinion-1970972>. Acesso em: 20 fev 2020.

²³³ARRUDA, Felipe. *Smartphones possuem em média 41 apps instalados*. Disponível em: <https://www.tecmundo.com.br/celular/23744-smartphones-possuem-em-media-41-apps-instalados.htm>. Acesso em: 28 mai 2020.

²³⁴COELHO, Thaysa. *Quantos programas os usuários do Windows têm instalados em média?* Disponível em: <https://www.techtudo.com.br/dicas-e-tutoriais/2018/02/10-fatos-sobre-pcs-com-windows-que-voce-precisa-saber.ghtml>. Acesso em: 28 mai 2020.

²³⁵ESTADOS UNIDOS. *Resumo da Associação Nacional de Advogados de Defesa Criminal e do Centro de Justiça Brennan*. Documentos legais Riley vs. California. Disponível em: <https://epic.org/amicus/cell-phone/riley/13-132tsac%20CDT%20and%20EFF.pdf>. Acesso em: 20 fev 2020.

²³⁶ESTADOS UNIDOS. *Resumo da Associação Nacional de Advogados de Defesa Criminal e do Centro de Justiça Brennan*. Documentos legais Riley vs. California. Disponível em: <https://epic.org/amicus/cell-phone/riley/13-132tsac%20CDT%20and%20EFF.pdf>. Acesso em: 20 fev 2020.



Utilize uma webcam convencional para capturar imagens ao vivo de ambientes que deseja monitorar ou divulgar.
Publique imagens estáticas e ao vivo dos locais que deseja monitorar ou divulgar e acesse via portal YouWatch ou pelo celular.
Crie grupos de acesso restrito às suas imagens ao vivo ou torne-as públicas através de canais abertos.
Acesse a partir do seu celular todas as câmeras configuradas no seu perfil.

Portanto, se o usuário colocar câmeras em sua residência e no seu ambiente de trabalho ou qualquer outro local, poderá ver muitas vezes, até ouvir em tempo real tudo que se passa no interior desses locais, dessa forma, se os dispositivos de armazenamento não receberem tratamento, algum dos agentes policiais, ao abordarem um suposto suspeito e acessarem o seu celular ou computador poderão ter acesso dentre tantas outras coisas, à residência e ao ambiente de trabalho do abordado.

A Constituição dispõe que a “casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”.

Acerca da regra constitucional como bem mencionado por Madeira, “de nada adianta a Constituição Federal erigir um castelo em torno do domicílio, se este castelo pode ser aberto de qualquer forma, pois seus portões são de papelão”²³⁷.

Essa frase retrata exatamente o que representa permitir o acesso aos dispositivos de armazenamento. Conferir tamanha discricionariedade ao agente policial para verificar um dispositivo que permite o acesso a tantas esferas da vida da pessoa e que inclusive, conforme demonstrado, pode violar também o domicílio, não é razoável.

O Estatuto da Advocacia também prevê como direito do advogado a inviolabilidade do escritório, seria razoável um agente policial acessar o celular de um suposto suspeito, no caso advogado, e acompanhar em tempo real, ouvindo e vendo o que se passa no interior do escritório? Certamente que não.

²³⁷DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 564.

Não só temos que impedir que tais situações ocorram, como também há urgente necessidade de estudar os impactos dessas buscas, pois o domicílio e o sigilo profissional poderiam ser facilmente violados por meio de uma busca no celular.

Dessa forma, importante ressaltar que a busca e o acesso aos dispositivos de armazenamento, a depender de quais aplicativos o usuário tem instalado, violará a privacidade, intimidade, domicílio, a inviolabilidade do escritório e muitas vezes também violará direitos de terceira pessoa como será demonstrado.

O segundo aplicativo a ser analisado é o de “rastreamento veicular”.



Com esse aplicativo o usuário pode controlar e monitorar o seu veículo, além do mais, pode enviar comandos para bloquear o veículo. Ou seja, se o agente policial acessar o celular ou o computador do suposto suspeito além de diversas funcionalidades pode verificar o trajeto dos veículos do usuário e até mesmo enviar comando para pará-los.

O terceiro aplicativo é o da “Caixa”, mas poderíamos ter selecionado muitos outros com as mesmas funcionalidades, como por exemplo, o do Banco do Brasil, Santander, Bradesco ou qualquer outro.



Esse aplicativo permite que o usuário tenha acesso a sua conta para consultar extrato, saldo, realizar transferências, investimentos e muitos outros. Observe que esse aplicativo, bem como a maioria deles possibilita que o usuário grave sua senha e não precise colocar sempre que entrar.

Ou seja, ao conferir a discricionariedade ao agente policial de forma simples e rápida o agente poderá ter acesso a todas as últimas transações bancárias do usuário. Vale lembrar que a Constituição Federal protege o sigilo bancário que decorre do direito fundamental a privacidade.

O quarto aplicativo trata-se do “Meu imposto de renda”, como o próprio nome diz corresponde às declarações de impostos do usuário.



- Preenchimento e entrega da declaração;
- Recebimento de alertas sobre a situação da declaração;
- Perguntão (para pesquisar centenas de perguntas respondidas sobre o IRPF);
- Outros Aplicativos: acesso a outros serviços e aplicativos da Receita Federal.

O aplicativo, dentre outras funções, permite o preenchimento da declaração, ou seja, todas as informações inseridas pelo usuário constarão no aplicativo. Quando tal aplicativo é acessado por terceiro de forma indiscriminada, sem autorização judicial, simplesmente por uma abordagem “padrão” de um agente policial, que achou o indivíduo com cara de suspeito, viola diretamente o sigilo fiscal, que também decorre do direito fundamental à privacidade e intimidade, ou seja, as informações fiscais prestadas pelos contribuintes merecem efetiva proteção.

O próximo aplicativo trata-se do “Registro de saúde pessoal”, como o próprio nome diz é possível inserir informações sobre o estado de saúde do usuário, horários de medicação, dentre outras funções.



O Registro de saúde pessoal é um auxiliar para administrar os registros de pressão arterial, glicose, Hemoglobina glicosada, temperatura, peso e remédios para você e sua família.

Observe que se de forma indiscriminada o agente policial acessar tal aplicativo, poderá ter um relatório completo da saúde do suposto suspeito, se possui doenças ou não, quais medicamentos toma e em que horário a ingestão é realizada.

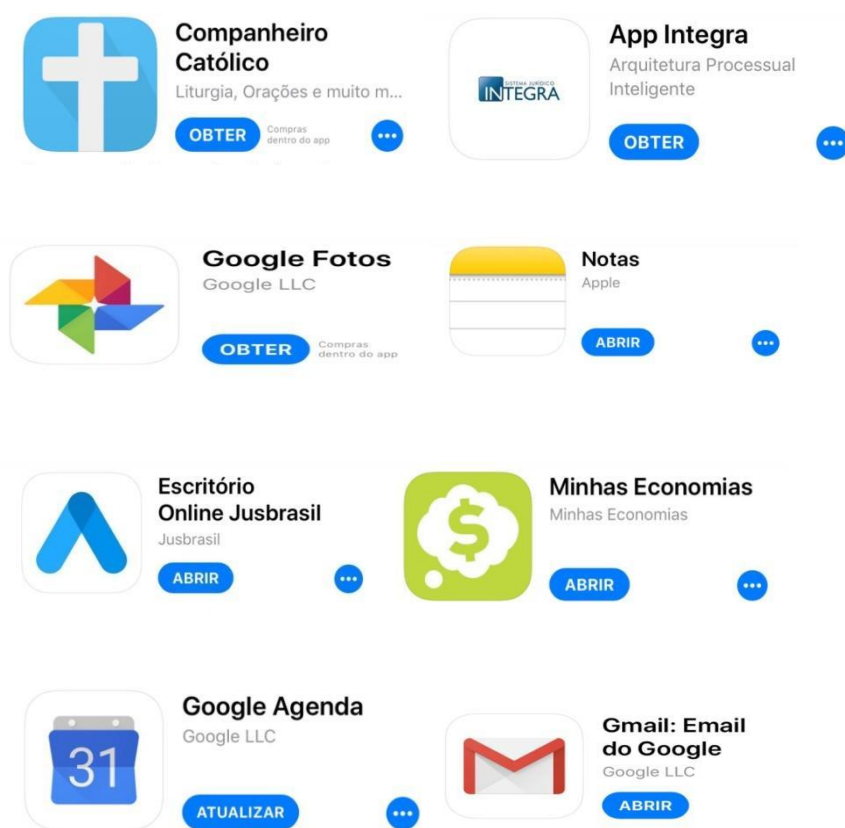
O próximo aplicativo é conhecido como “keeper Gerenciador de senhas”, com ele o usuário pode armazenar todas as suas senhas e quando algum site, e-mail, aplicativo, até mesmo bancos, solicitar senhas, o próprio aplicativo preenche automaticamente.



Mantenha-se protegido com o gerenciador líder de senhas seguras e cofre digital, oferecendo armazenamento ilimitado de senhas para todos os usuários. O gerenciador de senhas Keeper gerencia, armazena e preenche automaticamente senhas complexas, ao mesmo tempo em que protege você em todos os dispositivos e armazena seguramente seus documentos privados. Não seja invadido. Obtenha o Keeper.

Atualmente, muitos dispositivos de armazenamento oferecem essa possibilidade sem a necessária utilização do aplicativo, no iPhone, por exemplo, basta ir a ajustes, clicar em “senhas e contas” e aparecerá a opção “senha de sites e apps”, basta clicar e verificar qual é a senha de cada conta salva pelo usuário. Ou seja, a alegação de que os dados contidos em dispositivos de armazenamento não merecem qualquer tipo de proteção não merece guarida.

Alguns outros aplicativos merecem destaque, Observe:



Não será possível tratar de todos os aplicativos disponíveis para uso que de alguma forma envolvam a vida privada e intimidade dos indivíduos. Mas ao acessar os dispositivos de armazenamento, é possível ter acesso a tantas informações muito mais invasivas do que a própria violação de domicílio, o que significa dizer que a busca e o acesso aos dispositivos de armazenamento exigiria rigor e critérios muito mais específicos para ser realizada.

Ao permitir que um agente policial aborde alguém na rua, e permitir que ele vasculhe o celular do suposto suspeito é dar a ele carta branca para que viole quase que instantaneamente a vida privada, intimidade, domicílio, sigilo profissional e muitos outros direitos fundamentais assegurados pela Constituição.

Acertadamente, em 1994, o Ministro Ilmar Galvão, já se manifestava sobre a importância dos dados contidos no dispositivo de armazenamento (no caso específico se tratava de computador), alertava que ainda que os agentes policiais possuíssem mandado de busca e apreensão para o domicílio, não incluiria a memória do computador²³⁸.

²³⁸BRASIL. STF. AP 307. Ministro Ilmar Galvão Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=324295>. Acesso em 14 abr 2020.

Observa-se que ao acessar os dispositivos de armazenamento é possível descobrir, a depender dos aplicativos instalados pelo usuário, sua religião, como por exemplo, pelo aplicativo “companheiro católico”, a orientação sexual, utilizando o aplicativo “Blued” ou “Surge”, os horários em que o usuário trabalhou pelo app “Registro de Ponto”, o histórico de viagens e lugares que conheceu através do app “check-in”. Pelo app “google fotos” é possível ter acesso a um grande número de fotos o que significa dizer que será possível descobrir onde foi e com quem esteve nos últimos dias, meses ou anos.

Não é só, pelo app “notas” é possível ter acesso a ideias, anotações íntimas do usuário. Para os usuários advogados, por exemplo, existe um app conhecido como “jusbrasil”, em que o profissional recebe intimações, publicações, alertas sobre prazos e ainda se comunicar com clientes, colegas e parceiros por meio das salas virtuais.

Se não fosse suficiente, ainda existem aplicativos como o app “Minhas Economias”, em que o usuário pode registrar e planejar suas finanças, ou seja, ao acessar esse aplicativo é possível descobrir quanto o usuário gastou com alimentação, vestuário, transporte, saúde e serviços utilizados.

E o pior, ao acessar os dispositivos de armazenamento, muitas vezes possibilitam o acesso a informações não só da pessoa abordada ou investigada e sim de terceiros, exemplo disso é o app “Life360” que se trata de um localizador que utiliza tecnologia moderna de rastreamento o que possibilita saber a localização das pessoas cadastradas, ou o app “bebê +” que possibilita acompanhar a gestação e todo o desenvolvimento do bebê, ou seja, ao acessar tal app é possível saber quantas vezes o bebê se alimentou, quanta fralda utilizou e até quantas horas dormiu, dentre muitas outras funções e informações. Aos advogados há ainda o app “integra” que possibilita ter acesso a informações de clientes cadastrados, como dados pessoais, processuais e relatórios financeiros correspondente a cada cliente.

Por fim, ainda existem os apps “instagram”, “facebook”, “gmail”, “whatsApp”, “telegram” que além de disponibilizarem informações sobre o próprio usuário, também possibilitam descobrir informações de terceiros que se comunicaram e interagiram com o usuário por meio dos “chats”, “Messenger” ou “directs” a depender do app.

Diante dessas informações não há como defender que os “dados” armazenados não mereçam proteção. Afinal, hodiernamente, uma busca em um celular teria acesso a muito mais informações do que uma interceptação telefônica, da mesma forma, na busca e apreensão no domicílio, pois nem no domicílio se poderia encontrar tanta informação²³⁹.

Por isso, torna-se necessário formular um eficiente controle epistêmico, devido a vulgarização dos métodos ocultos de pesquisa (interceptação, afastamento de sigilos) e normalmente são com base nesses elementos que são subsidiadas as acusações²⁴⁰.

5.2. CRITÉRIOS DE RESTRIÇÃO PARA ACESSO AOS DISPOSITIVOS INFORMÁTICOS

Uma das principais características dos dispositivos informáticos (computador e aparelho celular), é a capacidade de armazenamento de informações privadas, que nunca seriam encontradas em uma casa, o que significa dizer que a busca em uma pessoa ou até na própria residência, traria menores impactos no direito de privacidade e intimidade²⁴¹.

Portanto, neste capítulo final, dedicar-se-á à verificação de como esses dispositivos poderiam ser acessados, partindo do pressuposto que não são absolutos, mas sem incorrer em afronta à Constituição Federal, ou seja, respeitando as regras do jogo democrático.

Para isso, importante salientar, que, vive-se em um período em que os direitos fundamentais e os valores democráticos tornaram-se mercadorias negociáveis ou obstáculos, que com muita facilidade são violados em nome dos interesses repressivos do Estado²⁴².

²³⁹EILBERG, Daniela Dora; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Busca e apreensão de dados em telefones celulares: novos desafios diante dos avanços tecnológicos*. Revista Brasileira de Ciências Criminais / vol. 156/2019 / p. 353 – 393 / Jun/2019.

²⁴⁰PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra de cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p.43.

²⁴¹EILBERG, Daniela Dora; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Busca e apreensão de dados em telefones celulares: novos desafios diante dos avanços tecnológicos*. Revista Brasileira de Ciências Criminais / vol. 156/2019 / p. 353 – 393 / Jun/2019.

²⁴²CASARA, Rubens. *Sociedade sem lei: pós-democracia, personalidade autoritária, idiotização e barbárie*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018. p. 15.

No entanto, o processo penal não pode ser visto como simples mecanismo do poder punitivo, pelo contrário deve desempenhar o papel de limitador do poder e garantidor dos direitos fundamentais a cada indivíduo²⁴³.

Tendo em vista a importância e a proteção conferida aos direitos fundamentais, importante que sejam estabelecidos critérios bem delimitados quanto as suas restrições, para que o Estado não cometa ingerências arbitrárias e imponha restrições de forma ilimitada, como já vem acontecendo e de forma pior, com a adesão do poder judiciário.

5.2.1. Legitimidade

Partindo do pressuposto que nosso sistema é o acusatório e conforme já mencionado, por mais que o Código de Processo Penal, no que tange à adoção do sistema acusatório, que expressamente vedou as iniciativas de ofício do magistrado, estar com eficácia suspensa, os princípios Constitucionais nos permitem chegar a essa conclusão.

Dessa forma, o primeiro ponto é que não poderá o magistrado determinar uma busca e/ou apreensão aos dispositivos de armazenamento sem pedido expresso do Ministério Público ou da Autoridade policial, e, não só isso, caberá a estas autoridades elencar quais medidas já foram realizadas, pois conforme mencionado, o acesso aos dispositivos de informática aqui analisados possuem uma infinidade de dados, que afetam diversos direitos fundamentais.

Assim, o Ministério Público e/ou autoridade policial devem criar o hábito democrático em iniciar com requerimentos que violem menos direitos fundamentais, e que invadam menos a esfera particular do cidadão, indicando exatamente o objetivo da busca e a pasta ou aplicativo que deseja vasculhar.

Inclusive, o Ministério Público deve demonstrar que essa busca é o meio necessário e mais proporcional para a persecução dos fins, devendo conter os fundamentos explicitando porque a utilização desse meio de obtenção de prova é indispensável para o processo, demonstrando que todos os meios possíveis menos onerosos para os direitos fundamentais foram utilizados e restaram

²⁴³LOPES JUNIOR, Aury. *Fundamentos do Processo Penal*. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 38.

inexitosos, pelo que, sem o mesmo, é impossível ou quase impossível de obtê-la²⁴⁴.

Além do mais, os pedidos cumulativos do Ministério Público não podem ser admitidos, comumente o Ministério Público ao denunciar o réu ou pedir pela prisão preventiva encaminha ao magistrado pedidos gigantescos que pedem a prisão, a interceptação, a violação de domicílio, o acesso a computadores e celulares. Ora, tal pedido ao ser deferido viola esferas da intimidade e vida privada do indivíduo indiscriminadamente.

Ainda que seja só um projeto, vale salientar, que o projeto de lei 8045/2010²⁴⁵, ou seja, o projeto do novo Código de Processo Penal, traz diversos dispositivos interessantes, no que tange ao reforço do sistema acusatório, e da proteção aos direitos fundamentais, além de mencionar que o processo penal terá estrutura acusatória e que deverá observar o contraditório e a ampla defesa, dispõe ainda que a interpretação das leis processuais penais deve observar a proibição de excesso, privilegiando a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, bem como, veda a ampliação de medidas restritivas de direitos fundamentais.

Insera ainda, uma seção denominada “do acesso a informações sigilosas”, que aduz que para acessá-las deverá ser determinada ordem judicial e os requerentes deverão indicar indícios razoáveis da prática da infração, a necessidade da medida, demonstrando que não conseguiram atingir a finalidade por outros meios e a relevância das informações pretendidas.

Outro ponto importante que o projeto prevê é que essas informações, caso apreendidas, ficarão em sigilo em autos apartados, e que somente o juiz, as partes e seus procuradores terão acesso.

Portanto, a elaboração de uma lei específica e bem delimitada, é o caminho mais favorável para alcançar o equilíbrio adequado de interesses entre a aplicação da lei e a privacidade individual, com isso, devem ser estabelecidos critérios específicos para o Ministério Público e a Autoridade

²⁴⁴VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Escutas telefônicas: da excepcionalidade à vulgaridade*. 2º ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 61.

²⁴⁵BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *PL 8045/2010*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>. Acesso em: 26 jun 2020.

policial cumprirem antes de requererem o acesso aos dispositivos de informática.

5.2.2. Reserva Judicial

O computador e o telefone celular são conectores de tantos utilitários/aplicativos e carregam tantas informações que acabam se confundindo com uma extensão informacional da própria pessoa, por isso, que o acesso a eles, sem a devida autorização judicial, representa gravíssima violação aos direitos de personalidade²⁴⁶.

Nesse sentido, os dados representam a fragmentação da personalidade do usuário, o que nos permite dizer, ser reflexo da própria personalidade, ou seja, o acesso à totalidade dos dados contidos em dispositivos informáticos se trata de verdadeiro acesso indireto a mente do ser²⁴⁷.

Por isso, é necessário a regulamentação e o estabelecimento de critérios para que o direito volte a ser um instrumento regulador e limitador dos abusos decorrentes do acesso aos dados pessoais²⁴⁸.

Ainda mais, em um cenário de tensão entre liberdade e segurança, que o Estado produz normativas que flagelam os direitos fundamentais, para aumentar os recursos à disposição da repressão estatal, ainda que corresponda à violação da vida privada²⁴⁹.

Levando em consideração a ausência de norma específica para realização das buscas e apreensões em dispositivos informáticos, à luz da proteção constitucional, estabelecida no art. 5º, inciso X, que estabelece que são invioláveis a intimidade e a vida privada, e dada a quantidade de arquivos que podem ser encontrados em uma busca nesses dispositivos, necessária se faz a obrigatoriedade de autorização judicial.

²⁴⁶ EILBERG, Daniela Dora; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Busca e apreensão de dados em telefones celulares: novos desafios diante dos avanços tecnológicos*. Revista Brasileira de Ciências Criminais / vol. 156/2019 / p. 353 – 393 / Jun/2019.

²⁴⁷ FURTADO MENDES, Carlos Helder Carvalho. *Tecnoinvestigação Criminal: Entre a proteção de dados e a Infiltração por software*. Salvador: Editora Juspodivm, 2020. p. 56.

²⁴⁸ FURTADO MENDES, Carlos Helder Carvalho. *Tecnoinvestigação Criminal: Entre a proteção de dados e a Infiltração por software*. Salvador: Editora Juspodivm, 2020. p. 56.

²⁴⁹ PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra de cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p.59.

A possibilidade de conferir discricionariedade ao agente policial, para acessar dispositivos de armazenamento, conforme já trabalhado em tópico próprio, deve ser afastada. Para tanto, qualquer acesso a esses dispositivos, deve ser devidamente requerido pelo Ministério Público ou autoridade policial, conforme mencionado anteriormente.

Assim, o Magistrado deve realizar um exame clínico ao requerimento do Ministério Público e/ou autoridade policial, verificando se de fato trata-se de medida indispensável, e que não há nenhuma outra maneira de conseguir o que se deseja. Ressalta-se, ainda, que se já houver prova suficiente para acusar ou não acusar a diligência não deverá ser realizada²⁵⁰.

Insta salientar, que a realização de buscas tão invasivas não se exaure em um olhar de eficiência, economia ou celeridade processual²⁵¹, os fins do processo penal não se resumem a isto.

Para ser realizada a busca, cabe ao Magistrado fundamentar que tal prova não pode ser obtida de outra maneira menos invasiva, e listar os esforços anteriores para atingir tal fim, deverá justificar ainda o risco de destruição e desaparecimento da prova se não for realizada nos termos²⁵² requeridos pelas autoridades policiais.

Frisa-se, que o art. 93, IX, da Constituição Federal, prevê a garantia das motivações das decisões judiciais. É por meio dela que é possível avaliar o teor dos fundamentos utilizados pelo magistrado, e se foram observadas todas as regras do devido processo.

Assim, o juiz, no exercício de sua função jurisdicional, quando realiza o principal ato de sua atividade, deve se empenhar para que a motivação das decisões seja clara, coerente e completa, refutando ou acolhendo todas as alegações das partes²⁵³, não cumpridas essas exigências não será considerada fundamentada a decisão²⁵⁴.

²⁵⁰VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Escutas telefônicas: da excepcionalidade à vulgaridade*. 2º ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 62.

²⁵¹VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Escutas telefônicas: da excepcionalidade à vulgaridade*. 2º ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 63.

²⁵²ESTADOS UNIDOS. *Relatório NACDL*. Disponível em: <https://www.nacdl.org/Landing/FourthAmendment>. Acesso em 28 abr 2020.

²⁵³FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 143.

²⁵⁴Art. 315, §2º, do CPP I - limitar-se à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no

O acesso aos dispositivos de armazenamento deve ser analisado de forma rigorosa, requer um equilíbrio entre a necessidade de cada busca contra a invasão de direitos pessoais que a pesquisa implica.

Uma das diretrizes, é que o Magistrado, antes mesmo da busca, deve estabelecer alguns parâmetros a serem seguidos, como por exemplo, que a busca de dados deve ser realizada por uma equipe técnica, que não possua relação com as investigações, devendo buscar unicamente o que constou no mandado. Os agentes policiais devem ser proibidos de pesquisar qualquer item que não esteja devidamente mencionado no mandado²⁵⁵.

Não é só levando em consideração a excepcionalidade da medida, deve ser estabelecido rol dos crimes mais graves em que poderão ser adotadas, bem como, fazer referência as medidas anteriores realizadas.

Isso porque, diante dos diversos meios que podem ser utilizados para a obtenção de provas, necessário se faz impor requisitos para que se esgotem as medidas menos restritivas de direitos, para avançar para aquelas que violem mais.

Assim, é o posicionamento de Giacomolli quando menciona que “a busca da prova há de considerar a metodologia menos onerosa aos direitos fundamentais, com preservação do núcleo material destes²⁵⁶”.

Neste sentido, os agentes policiais ou o Ministério Público não podem de imediato, como primeira opção, requerer medidas que violem e devassem mais os direitos fundamentais, como, por exemplo, as buscas aos dados em dispositivos de armazenamento. Devem utilizar os meios de investigação menos onerosos ao indivíduo (campanas, busca pessoal).

Nesse sentido, a lei 9.296/96, das interceptações telefônicas, no art. 8º-A, I, dispõe que só poderá ser realizada se “a prova não puder ser feita por outros meios disponíveis e igualmente eficazes”.

caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - limitar-se a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

²⁵⁵ESTADOS UNIDOS. *Relatório NACDL*. Disponível em: <https://www.nacdl.org/Landing/FourthAmendment>. Acesso em 28 abr 2020.

²⁵⁶GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. São Paulo: Atlas, 2015. p.177.

Vale lembrar, que se defende que as buscas em dispositivos de armazenamento são muito mais violadoras da intimidade do que a própria interceptação. Desse modo, merece maior proteção, frisa-se que quando a lei fala em “meios eficazes” não se trata de maior comodidade ou facilidade para os agentes responsáveis pela investigação²⁵⁷.

Nesse sentido, após a utilização de medidas menos restritivas, pode o Ministério Público ou autoridade policial requerer a busca e apreensão dos dados armazenados em dispositivos informáticos devendo justificar que o meio de obtenção de prova é indispensável e mencionando quais os meios de obtenção de prova menos onerosos foram utilizados e que não deram certo²⁵⁸.

Nas palavras de Valente, essas medidas devem se sujeitar ao princípio da impossibilidade da obtenção da prova “de outra forma” respeitando o princípio da razoabilidade ou proporcionalidade²⁵⁹.

A trajetória interpretativa do magistrado deve percorrer o princípio da proporcionalidade, que vai nortear a conduta do juiz²⁶⁰. O ponto de referência do princípio da proporcionalidade pode ser extraído do princípio do Estado de Direito (art. 1º, CF), que veda o arbítrio e o excesso de poder, insta salientar, tal princípio nasce como instrumento de controle dos atos dos poderes públicos²⁶¹.

É por meio dele que se verifica se as restrições realizadas aos direitos fundamentais são adequadas a um Estado democrático de direito, ou seja, a utilização de tal princípio ajuda a impedir os abusos à Constituição por meio da lei, para tanto, é formado por três elementos ou subprincípios, quais sejam: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito²⁶².

Dessa forma, para que o Estado restrinja algum direito fundamental, no que tange a adequação, deve se questionar: o meio escolhido contribui para a

²⁵⁷TAVARES, Juarez; CASARA, Rubens. *Prova e Verdade*. São Paulo: TirantloBlanch, 2020. p. 69.

²⁵⁸VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Escutas telefônicas: da excepcionalidade à vulgaridade*. 2º ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 61.

²⁵⁹VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Escutas telefônicas: da excepcionalidade à vulgaridade*. 2º ed. Coimbra: Almedina, 2008. p.65.

²⁶⁰LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 647.

²⁶¹SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2012. p.405.

²⁶²BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 76.

obtenção do resultado pretendido²⁶³? Ou seja, a restrição é adequada para realizar o fim desejado²⁶⁴.

Já para o princípio da necessidade, é necessário que se demonstre que a medida restritiva seja necessária para assegurar o próprio ou outro direito fundamental²⁶⁵, e que não possa ser realizada de uma maneira menos grave, ou seja, menos onerosa ao direito fundamental que se pretende restringir, assim, se houver alternativas menos violadoras, deve optar-se por elas.

O princípio da proporcionalidade em sentido estrito, que vem no sentido de complementar os dois anteriores, deve ser inferida a partir de uma ponderação de bens/valores em jogo²⁶⁶, pois muitas vezes a medida pode ser necessária, adequada, mas ser desproporcional, o que inviabilizaria a restrição²⁶⁷.

Neste sentido, quando houver um ou mais direitos fundamentais em jogo, devem eles sofrer uma ponderação, e para tanto, se utilizará o princípio da proporcionalidade como norte²⁶⁸.

Não se ignora as discussões que a doutrina aponta quanto ao subjetivismo que esse juízo de ponderação traz ao processo, no entanto todo o processo traz situações subjetivas como, por exemplo, a sentença que é baseada na livre convicção.

Sabe-se, que, não é possível excluir de maneira absoluta a discricionariedade do magistrado, o que se deve fazer é zelar para que essa discricção não vire decisionismo e resulte em arbitrariedade latente.

Vale lembrar, que para ser legítima a atuação, o magistrado deve honrar com suas atribuições, assegurando os direitos e garantias fundamentais e justificando-se, como uma espécie de prestação de contas²⁶⁹.

²⁶³BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 76.

²⁶⁴FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p.58.

²⁶⁵BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 79.

²⁶⁶BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 85.

²⁶⁷SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2012. p.406-407.

²⁶⁸BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 158.

Portanto, o que se pretende com esse juízo de ponderação, que se faz por meio do princípio da proporcionalidade e seus subprincípios, é que os juízes sejam vinculados a ele, sendo obrigatória a análise de cada critério e seu devido afastamento, para que um direito fundamental se sobreponha ao outro, e que, portanto, possa ser violado. Constituindo-se um parâmetro de controlabilidade do resultado restritivo, sendo útil para controlar uma indevida intervenção do Estado e não em sentido contrário²⁷⁰.

Dessa forma, aos que alegam que a utilização de tal princípio reforça injustiças, vale salientar, que mais injusta é a aplicação automática e indiscriminada da lei²⁷¹, trata-se de verificar, no caso concreto, se a restrição ao acusado é adequada, necessária e se justifica em face do valor maior a ser protegido²⁷².

A Espanha, por meio da lei orgânica 13/2015, que serve para fortalecer as garantias processuais, e regulamentar as medidas de investigação tecnológica, se preocupou em prever, no art. 588, da referida lei, os princípios que devem reger tais procedimentos, dispondo que:

4. Em aplicación de los principios de excepcionalidad y necesidad solo podrá acordar se la medida:
 - a) cuando no estén a disposición de la investigación, em atención a sus características, otras medidas menos gravosas para los derechos fundamentales del investigado o em causa do e igualmente útil es para el esclarecimiento del hecho, o
 - b) cuando el descubrimiento o la comprobación del hecho investigado, la determinación de su autor o autores, la averiguación de suparadero, o la localización de los efectos del delito se vê a gravemente dificultada sin el recurso a esta medida²⁷³.

A Constituição de Portugal reconhece o princípio da proporcionalidade expressamente no art. 18, 2º, dispondo que “a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição,

²⁶⁹GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2001. p.80.

²⁷⁰BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 175/209.

²⁷¹BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 210.

²⁷²FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 60.

²⁷³ESPAÑA. *Lei Orgânica 13/2015*. Disponível em: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-10725. Acesso em: 28 ago. 2019.

devendo as restrições limitarem-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”²⁷⁴.

A ausência de um regramento claro de toda a sistemática probatória, mormente dos meios de prova e dos limites impostos à sua admissibilidade, é um fenômeno típico do modelo inquisitorial de processo ou de um paradigma com forte tendência inquisitorial. Por outro lado, no modelo acusatório de processo, a prova recebe uma objetiva e completa regulamentação. Não é o que se observa do Código de Processo Penal brasileiro da década de quarenta²⁷⁵.

É importante destacar os limites à aplicação do princípio da proporcionalidade, a ponderação entre interesses/valores não podem ser realizados entre uma garantia concreta (vedação da utilização de provas ilícitas) com interesses abstratos (defesa da sociedade)²⁷⁶.

Bom, se apenas tais critérios resolvem ou não a discricionariedade do Poder Público não se pode afirmar com certeza, entretanto o que se deseja é aprimorar os mecanismos de controle das restrições, no intuito de reduzir o subjetivismo no momento da restrição, nesse sentido, acredita-se que o princípio da proporcionalidade tem sua importância²⁷⁷.

Os meios de obtenção de prova, neste caso, especificamente, sobre a busca e a apreensão de dados armazenados em dispositivos informáticos, devem ser legais e devem obedecer aos pressupostos de sua realização, ou seja, não basta ser previsto como possível de utilização, deve ser devidamente regulamentando com a devida especificação de seus requisitos²⁷⁸.

Para tanto, seria imprescindível que na sentença os magistrados respondessem algumas questões, quando se tratar de violação de direito fundamental, como por exemplo: Existe autorização constitucional para essa

²⁷⁴PORTUGAL. *Constituição da Republica Portuguesa*. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/paginas/constituicaoarepublicaportuguesa.aspx>. Acesso em: 16 jun. 2020.

²⁷⁵GIACOMOLLI, Nereu José. *Reformas (?) do processo penal: considerações críticas*. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2008.

²⁷⁶TAVARES, Juarez; CASARA, Rubens. *Prova e Verdade*. São Paulo: TirantloBlanch, 2020. p. 92.

²⁷⁷SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2012. p.408.

²⁷⁸VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Escutas telefônicas: da excepcionalidade à vulgaridade*. 2º ed. Coimbra: Almedina, 2008. p.31.

restrição? Se não há autorização, existe um conflito entre direitos a justificar tal restrição? A restrição atinge o fim proposto? Existe alguma medida menos gravosa para atingir o objetivo? A restrição realizada ao titular do direito fundamental é proporcional com a importância do bem que se pretende resguardar?²⁷⁹.

Portanto, só deve ser permitida a redução de direitos fundamentais, quando demonstrarem todos os requisitos acima, faltando algum deles a limitação é arbitrária²⁸⁰.

Ainda assim, após passar por todos esses filtros que serão realizados por seres humanos, que erram, que são imperfeitos e impuros, essa impureza somente será reduzida se a compreensão e a interpretação dos sujeitos processuais, neste caso o magistrado, passar por algum tipo de reforma mental, pois uma constituição transformadora pressupõe um sujeito transformador²⁸¹.

5.2.3. Delimitação do Mandado

Tanto o computador quanto o aparelho celular armazenam registros e informações de conteúdo pessoal, aplicativos, câmeras digitais, agenda de contatos, gravadores de voz, utilização de aplicativos de troca de mensagens como whatsapp, permite o acesso e movimentação de contas bancárias, e-mails, acesso às redes sociais e muitos outros²⁸² já tratados neste trabalho.

Portanto, quanto à necessidade de autorização judicial não resta dúvidas, resta agora esclarecer quais critérios devem ser observados na determinação da busca de dados digitais em computadores e celulares.

Assim, parte-se do pressuposto que não pode haver mandado incerto ou genérico, nele deve constar, e o magistrado apontar, de forma clara e específica, o local, e quando se fala em local, por se tratar de dispositivos de

²⁷⁹BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 181-182.

²⁸⁰PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. *Da busca e da apreensão no processo penal*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 63.

²⁸¹GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. São Paulo: Atlas, 2015. p.32.

²⁸²EILBERG, Daniela Dora; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Busca e apreensão de dados em telefones celulares: novos desafios diante dos avanços tecnológicos*. Revista Brasileira de Ciências Criminais / vol. 156/2019 / p. 353 – 393 / Jun/2019.

armazenamento, se fala na pasta em que se deseja procurar, ou o aplicativo que se deseja acessar, bem como o motivo e a finalidade.

Não se pode admitir mandado genérico, visto que dá margem e certamente resultará em diligências arbitrárias, o mandado quando bem específico não dará abertura para os excessos e abusos que o executor pense em praticar e ficará vinculado ao que consta no mandado²⁸³.

Não é difícil perceber, que enquanto os defensores da privacidade estão propondo novas regras para proteger a privacidade digital, os agentes policiais com o apoio do judiciário, confiam no mandado de busca tradicional para sustentar pesquisas extensas e às vezes excessivamente intrusivas de dispositivos digitais²⁸⁴, isso quando se fala em autorização judicial, quando não se acham no direito de acessar e buscar sem nenhum mandado.

Os acessos aos distintos dispositivos exigem autorizações judiciais precisas: acesso à mensagens trocadas pelo whatsapp, acesso à dados bancários, acesso à contas de e-mail, tudo isso deve ser detalhadamente requerido e devidamente examinado e fundamentado pelo juízo²⁸⁵.

Tais acessos, mediante autorização genérica com apenas um pedido e uma decisão, facilitaria o acesso à múltiplas dimensões da privacidade, uma gama de informações que jamais seriam apreendidas em um único momento na posse do sujeito²⁸⁶.

A privacidade, por lidar com o indivíduo, e as múltiplas possibilidades de controle sobre as informações que lhe dizem respeito, o que está em jogo não é um direito à privacidade versus um direito do Estado na persecução do crime, e sim, direito de personalidade versus as indevidas e excessivas atuações do Estado²⁸⁷.

²⁸³PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. *Da busca e da apreensão no processo penal*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 172.

²⁸⁴ESTADOS UNIDOS. *Relatório NACDL*. Disponível em: <https://www.nacdl.org/Landing/FourthAmendment>. Acesso em 28 abr 2020.

²⁸⁵EILBERG, Daniela Dora; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Busca e apreensão de dados em telefones celulares: novos desafios diante dos avanços tecnológicos*. Revista Brasileira de Ciências Criminais / vol. 156/2019 / p. 353 – 393 / Jun/2019.

²⁸⁶EILBERG, Daniela Dora; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Busca e apreensão de dados em telefones celulares: novos desafios diante dos avanços tecnológicos*. Revista Brasileira de Ciências Criminais / vol. 156/2019 / p. 353 – 393 / Jun/2019.

²⁸⁷EILBERG, Daniela Dora; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Busca e apreensão de dados em telefones celulares: novos desafios diante dos avanços tecnológicos*. Revista Brasileira de Ciências Criminais / vol. 156/2019 / p. 353 – 393 / Jun/2019.

As buscas em aparelhos telefônicos e aos computadores estão cada vez mais sendo utilizados pelas agências repressivas, e são utilizadas para demonstrar autoria e materialidade, sendo colocados acima de tudo, havendo um verdadeiro consenso irreal acerca de sua infalibilidade e correção²⁸⁸.

A consequência disso? Transformar o processo penal em mero procedimento, incapaz de refutar a “verdade”²⁸⁹ já demonstrada pelas informações colhidas nos dispositivos informáticos.

O mandado deve informar, de forma clara e inequívoca, sobre o que está incluído e o que não está incluído no escopo da busca autorizada.

Se o agente responsável pela busca descumprir qualquer orientação do mandado de busca, deve ser considerada ilegal e retirada dos autos. A busca deve ter uma causa provável e um objeto bem determinado, o que se procura, para que se procura e onde se procura, não pode ser uma carta branca para que sejam vasculhados todos os arquivos até encontrar algo²⁹⁰.

No mandado, ainda deve constar, orientações de destruição ou devolução de tais dados, neste último quando possível.

Analisa-se um mandado de busca que ultrapassou todos os limites no que tange a proteção da vida privada e intimidade do indivíduo.

É o caso dos Estados Unidos da América vs. Wilfredo Sepulveda, em que a busca no celular do suspeito se traduziu em uma busca e extração completa do iPhone, nesse caso o mandado de busca se tratou de um mandado geral que carece da especificidade necessária, ou seja, estabeleceu uma lista abrangente que abarca quase todos os dados imagináveis que podem ser armazenado em um telefone celular, extrai-se do requerimento que solicitou a busca²⁹¹:

1. O número de telefone associado ao dispositivo em questão; 2. Catálogos de endereços e listas de contatos; 3. Informações de números de telefone de chamadas recebidas e efetuadas; 4. Outras informações de identificação de chamadas, incluindo nomes, números de telefone e endereços; 5. Mensagens de correio de voz

²⁸⁸PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra de cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p.73.

²⁸⁹PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra de cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p.74.

²⁹⁰ESTADOS UNIDOS. *Relatório NACDL*. Disponível em: <https://www.nacdl.org/Landing/FourthAmendment>. Acesso em 28 abr 2020.

²⁹¹ESTADOS UNIDOS. *Case 00363-RJS. Motion to suppress evidence*. Disponível em: <https://www.nacdl.org/getattachment/720c1080-b5f3-4a79-a5a9-c2862ae8a932/sepulveda-mts-cell-phone-4ac.pdf>. Acesso em 20 abr 2020.

abertas e fechadas; 6. Texto, dados, bate-papo, fotografias e vídeos digitais, MMS (isto é, mensagens multimídia serviço de mensagens curtas), mensagens de e-mail (coletivamente, "mensagens de texto"), quaisquer anexos a essas mensagens de texto, como fotografias e vídeos digitais, e quaisquer informações, como o número de telefone do qual a mensagem de texto foi enviada [...] 7. Calendário ou outras informações de agendamento; 8. Registros bancários, cheques, faturas de cartão de crédito, informações da conta e outras informações financeiras registros; 9. Evidência da atribuição do usuário mostrando quem usou ou era o proprietário do dispositivo em a hora em que os registros e itens descritos neste mandado foram criados, editados ou excluídos, como registros, agendas telefônicas, marcas de uso e senhas salvas, documentos e histórico de navegação.

Percebe-se, que a apreensão foi abrangente, para não dizer extremamente abusiva. Parece que não houve nenhum esforço para restringir ou proteger dados pesquisados e apreendidos que não fossem necessários, nessa situação, o mandado serviu como carta branca, pois com um rol desses os agentes poderiam acessar qualquer dado.

Portanto, além de tal busca exigir autorização judicial, necessário ainda, que essa busca seja limitada a um tipo específico de informação²⁹², não podem ser admitidos mandados que determinem o acesso ao aparelho por completo, o mandado deve descrever o local/pasta/arquivo/aplicativo que deve ser pesquisado²⁹³.

5.2.4. Sujeito Transformador

Ao estabelecer uma série de critérios para decidir se o direito fundamental deve ou não ser restringido, quando ao final, é o magistrado que vai interpretar todos esses critérios, resolve o problema dos excessos de violações aos direitos fundamentais?

Vale lembrar, que a aplicação dos direitos fundamentais, muitas vezes encontra divergências, pois significativa parcela dos sujeitos processuais (magistrados e ministério público principalmente) foi forjada na cultura

²⁹²ESTADOS UNIDOS. *Resumo do Centro de Democracia e Tecnologia e Electronic Frontier Foundation*. Documentos legais Riley vs. California.. Disponível em: <https://epic.org/amicus/cell-phone/riley/13-132tsac%20CDT%20and%20EFF.pdf>. Acesso em: 20 fev 2020.

²⁹³ESTADOS UNIDOS. *Case 00363-RJS*. Motion to suppress evidence. Disponível em: <https://www.nacdl.org/getattachment/720c1080-b5f3-4a79-a5a9-c2862ae8a932/sepulveda-mts-cell-phone-4ac.pdf>. Acesso em 20 abr 2020.

autoritária, acreditando que o processo penal é a salvação para todos os males²⁹⁴.

Levando isso em consideração, é que se torna ainda mais importante, diminuir os espaços de discricionariedade da aplicação da lei pelos magistrados, enquanto os próprios sujeitos aplicadores da lei não passem por uma “reforma mental baseada em valores constitucionais”.

Em um Estado democrático de direito, deve o juiz, assumir uma posição constitucional, e saber que sua função é a proteção de direitos fundamentais, além do mais, a observância irrestrita da lei penal e processual penal está superada, deve o magistrado operar sobre a principiologia constitucional²⁹⁵.

Os juízes precisam ter coragem e estarem abertos à mudanças, pois, é impossível democratizar um saber fechado, a reforma do pensamento é que permitiria a resolução da maioria dos desafios²⁹⁶.

Não simplesmente naquilo que já disse André Karam Trindade, no que se concretiza o “princípio do porque sim”²⁹⁷.

Frisa-se, o direito não é (e não pode ser) aquilo que o intérprete quer que ele seja²⁹⁸, pois se o intérprete é incapaz de compreender o sentido democrático de um texto, a norma que ele irá interpretar terá conteúdo antidemocrático²⁹⁹.

Nas palavras de Tavares e Casara “em matéria penal, a discricionariedade tende ao arbítrio”³⁰⁰.

Pois, ainda que o Brasil tenha uma Constituição democrática, seja signatário de uma série de tratados internacionais, que protegem os direitos fundamentais, ainda assim, os autores do sistema penal permanecem propensos a violar direitos fundamentais e flexibilizar garantias, consagrando

²⁹⁴GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 92.

²⁹⁵LOPES JUNIOR. Aury. *Direito Processual Penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 954.

²⁹⁶MORIN, Edgar. *A cabeça bem-feita: repensar a reforma, reformar o pensamento*. 12º ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006. p. 20.

²⁹⁷MORAIS DA ROSA, Alexandre; TRINDADE, André Karam. *Precisamos falar sobre Direito, Literatura e Psicanálise*. Lisboa/Florianópolis: Reis dos Livros, 2015. p.113-115.

²⁹⁸STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre. Livraria do advogado Editora, 2017. p.24.

²⁹⁹CASARA, Rubens R.R. *Estado Pós Democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*. 4.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018.

³⁰⁰TAVARES, Juarez; CASARA, Rubens. *Prova e Verdade*. São Paulo: TirantloBlanch, 2020. p. 79.

cada vez mais o decisionismo, o que inclui o próprio Supremo Tribunal Federal que deveria ser o guardião da Constituição³⁰¹.

Portanto, a tarefa do direito é a de construir as condições para diminuir e/ou eliminar os espaços de discricionariedade judicial, porque menos subjetivismo é igual a mais democracia³⁰².

5.2.5. Junção dos Critérios de Restrição

Todos os critérios mencionados nos tópicos anteriores, quais sejam: a importância da regulamentação das buscas em dispositivos informáticos, o requerimento justificado do ministério público, a autorização judicial com observância do princípio da proporcionalidade, a delimitação do mandado, e a transformação dos sujeitos julgadores, deveriam ser de observância obrigatória antes de uma possível restrição de um direito fundamental, aplicados isoladamente de forma efetiva, certamente já nasceriam bons frutos.

No entanto, se deve adotar todos os critérios num plano circular e complexo, passando pela Constituição, adequando-se às normas internacionais³⁰³, observando-se a aplicação dos princípios, e por fim, verificando se o magistrado cumpriu com seus deveres democráticos, pois somente com a junção dos critérios é que a diminuição dos excessos de violação dos direitos fundamentais acontecerá. Essa junção, de forma aberta e democrática, diminuiria o decisionismo.

Lembre-se, a Constituição de um país somente possui valor e é durável se exprime fielmente os fatores de poder que imperam na realidade social, caso contrário, não possui valor, nem é durável³⁰⁴. Será que a Constituição brasileira reflete a realidade social, ou melhor, os objetivos da comunidade em geral?

³⁰¹KHALED JUNIOR, Salah H. *Discurso de ódio e sistema penal*. 2 ed. Belo Horizonte, MG: Casa do Direito: Letramento, 2018. p.21.

³⁰²STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre. Livraria do advogado Editora, 2017. p. 63.

³⁰³GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. São Paulo: Atlas, 2015. p.33.

³⁰⁴LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2020. p. 45.

De nada adianta colocar na Constituição, escrever em folha de papel, se não se justifica pelos fatos reais e efetivos do poder³⁰⁵. Como bem exemplificado por Ferdinand Lassalle, não adianta plantar no quintal uma macieira e colocar no seu tronco um papel que diga: está arvore é uma figueira, bastará esse papel para transformar em figueira o que é macieira? Não, naturalmente³⁰⁶.

³⁰⁵LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2020. p. 43.

³⁰⁶LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2020. p. 42.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme amplamente demonstrado ao longo do trabalho, o contexto histórico que antecede a promulgação da Constituição Federal é marcado pelo regime militar, e as práticas autoritárias decorrentes deste regime, refletem ainda hoje na estrutura jurídico-penal brasileira, ainda que se tenha de forma estabelecida uma dita democracia, à exemplo disso tem-se as decisões dos magistrados abordadas, bem como, o parecer da procuradoria da república, que exprimem descaso ao não dar a devida importância aos Direitos Fundamentais, com posições de caráter violador.

Muito deve ser feito no que diz respeito à regulamentação da busca e apreensão em dispositivos de informática para não incorrer em violação aos direitos fundamentais.

No texto, repele-se a aplicação do art. 5º, XII da CF que protege as telecomunicações, bem como a lei 9.296/96, que regula tal inciso. Defende-se que seja afastada qualquer tentativa de conferir ainda mais poder para agentes policiais como amplamente demonstrado, as polícias possuem suas estruturas intactas, mesmo após o período ditatorial, mantendo suas ações pautadas na violência.

Conclui-se, portanto que o problema proposto inicialmente, qual seja: como realizar o acesso e a busca e apreensão em dispositivos informáticos sem incorrer em violações de direitos fundamentais foram satisfatoriamente respondidos ao serem propostos critérios de restrição que respeitem as regras do jogo democrático.

Atenta-se que se preza por regulamentação própria que estabeleça todos os critérios aqui propostos, consistentes em: pedido formal e explicativo do Ministério Público ou autoridade policial, justificando a importância da medida, demonstrando que já foram realizadas outras medidas menos invasivas para atingir o fim desejado, rol de crimes mais graves para que a medida seja autorizada, autorização judicial, devendo o magistrado realizar um exame clínico sobre o requerimento, verificando se de fato trata-se de medida indispensável, e em caso de deferimento, a decisão deve ser muito bem fundamentada, utilizando em sua trajetória interpretativa o princípio da

proporcionalidade que demonstrará se a medida é adequada a um Estado democrático de direito.

Deferida a medida, o mandado de autorização de busca e apreensão deve ser certo e determinando, de forma clara e específica em qual pasta ou aplicativo foi autorizado o acesso, não observados esses requisitos a busca deve ser considerada ilegal por violar frontalmente o princípio da privacidade e intimidade.

A hipótese sugerida foi confirmada, pois o estabelecimento de critérios mais rígidos para o acesso aos dados nos dispositivos informáticos vai impactar diretamente na observância dos direitos fundamentais, bem como diminuir a discricionariedade do magistrado que estará vinculado aos critérios propostos.

Portanto, os objetivos consistentes em verificar se a Constituição Federal confere proteção aos dados constantes nos dispositivos de armazenamento e compreender o alcance dos dados armazenados foram desempenhados, pois em que pese a divergência se defende que estão amparados pelo art. 5º, X da Constituição Federal, que prevê que são invioláveis a intimidade e a vida privada, e no que tange ao alcance dos dados é inegável a quantidade de arquivos que podem conter em suas memórias, bem como, a quantidade de aplicativos que podem ser instalados, possibilitando a violação não só da vida privada e da intimidade, como também, o domicílio, o sigilo bancário, fiscal, entre outros.

Assim, antes de querer atribuir qualquer função a mais, com possibilidade de restrição de direito fundamental às forças de segurança pública, é imperioso que exista uma cultura de respeito aos direitos fundamentais, caso contrário, o poder deve ser limitado e fiscalizado.

Com isso, encerro o presente trabalho da mesma forma como foi iniciado, com otimismo. É preferível acreditar num futuro melhor, com esperança e nada melhor para isso do que citar Norberto Bobbio ao lembrar que: “Não pretendo dizer que as democracias, no mundo de hoje, gozem de ótima saúde. Mas os Estados totalitários tombaram, um depois do outro”³⁰⁷.

³⁰⁷BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. Uma defesa das regras do jogo. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 14 ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2017.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Tradução. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

A Tortura. Volume I. *Projeto Brasil Nunca mais*. Disponível em: <<https://www.marxists.org/portugues/tematica/livros/nunca/07.pdf>. >. Acesso em: 10 nov. 2020.

ANTUNES, Leonardo Leal Peret. *(Re)pensando a busca e apreensão no processo penal: uma análise constitucional de seus limites*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

ARENDT, Hannah. *Origens do Totalitarismo*. Tradução: Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

ARRUDA, Felipe. *Smartphones possuem em média 41 apps instalados*. Disponível em: <https://www.tecmundo.com.br/celular/23744-smartphones-possuem-em-media-41-apps-instalados.htm>. Acesso em: 28 mai 2020.

BARROS, Antonio Milton. *Busca e apreensão no processo penal*. Disponível em: <http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/060907.pdf>. Acesso em: 11 mar. 2020.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BENJAMIN, Walter. *Teses sobre o conceito da história, 1940*. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3957253/mod_resource/content/1/Teses%20sobre%20o%20conceito%20de%20hist%C3%B3ria%20%281%29.pdf. Acesso em: 10 dez 2020.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro. Elsevier, 2004. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/297730/mod_resource/content/0/norberto-bobbio-a-era-dos-direitos.pdf. Acesso em: 25 mar 2020.

BRASIL. STF. *Ação Penal 307*. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=324295>. Acesso em 14 abr 2020.

BRASIL. STJ. *AgReg em ERESP nº 279.889-AL*. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_25.pdf. acesso em 26 jun 2020.

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *PL 8045/2010*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>. Acesso em: 26 jun 2020.

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 16 mar 2020.

BRASIL. *Constituição Federal*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 16 mar 2020.

BRASIL. *Decreto nº 592/92*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 16 mar 2020.

BRASIL. *Decreto nº 678/92*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em: 16 mar 2020.

BRASIL. *Decreto nº 19.841, de 22 de outubro de 1945*. Carta das Nações Unidas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm. Acesso em: 16 mar 2020.

BRASIL. PGR. ARE Nº 1042075/RJ. *Parecer nº 050/2018*. Raquel Elias Ferreira Dodge. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5173898&numeroProcesso=1042075&classeProcesso=ARE&numeroTema=977>. Acesso em: 21 abr 2020.

BRASIL. STF. *ADPF 153*. Relator Ministro Eros Grau. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>>. Acesso em 10 dez 2020.

BRASIL. STF. *HC nº 91.867*. Relator Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2792328>. Acesso em 20 abr 2020.

BRASIL. STF. *Tema 977 - Aferição da licitude da prova produzida durante o inquérito policial relativa ao acesso, sem autorização judicial, a registros e informações contidos em aparelho de telefone celular, relacionados à conduta delitiva e hábeis a identificar o agente do crime*. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5173898&numeroProcesso=1042075&classeProcesso=ARE&numeroTema=977#>. Acesso em: 19 fev 2020.

BRASIL. STF. *RHC nº 132062*. Voto Ministro Edson Fachin. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4903009>. Acesso em 19 abr 2020.

BRASIL. STF. *RE 418.416-6*. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2205705>. Acesso em 19 abr 2020.

BRASIL. STJ. *RHC 75800*. Relator Ministro Felix Fischer. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=RHC+75.800&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>. Acesso em: 31 mar 2020.

BRASIL. STJ. *RHC 89.981*. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201702509663&dt_publicacao=13/12/2017. Acesso em: 20 abr 2020.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato*. 2. ed. São Paulo: RT, 2010.

CALCAGNO, Luiz. *Governo exclui dados sobre violência policial de relatório*. Disponível em: https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/politica/2020/06/13/interna_politica,863390/governo-exclui-dados-sobre-violencia-policial-de-relatorio.shtml. Acesso em: 26 jun 2020.

CASARA, Rubens R.R. *Estado Pós Democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*. 4.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018.

CASARA, Rubens. *Sociedade sem lei: pós-democracia, personalidade autoritária, idiotização e barbárie*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018.

COSTA JÚNIOR, Ivan Jezler. *Prova Penal Digital: Tempo, Risco e Busca Telemática*. Florianópolis: Tirant, 2019.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

COELHO, Thaysa. *Quantos programas os usuários do Windows têm instalados em média?* Disponível em: <https://www.techtudo.com.br/dicas-e-tutoriais/2018/02/10-fatos-sobre-pcs-com-windows-que-voce-precisa-saber.ghtml>. Acesso em: 28 mai 2020.

DEMARTINI, Felipe. *Brasil já tem mais de um smartphone ativo por habitante*. Disponível em: <https://canaltech.com.br/produtos/brasil-ja-tem-mais-de-um-smartphone-ativo-por-habitante-112294/>. Acesso em: 19 fev 2020.

DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

EILBERG, Daniela Dora; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Busca e apreensão de dados em telefones celulares: novos desafios diante dos avanços tecnológicos*. Revista Brasileira de Ciências Criminais / vol. 156/2019 / p. 353 – 393 / Jun/2019.

ESTADOS UNIDOS. *Case 00363-RJS. Motion to suppress evidence*. Disponível em: <https://www.nacdl.org/getattachment/720c1080-b5f3-4a79-a5a9-c2862ae8a932/sepulveda-mts-cell-phone-4ac.pdf>. Acesso em 20 abr 2020.

ESTADOS UNIDOS. *Resumo do Centro de Democracia e Tecnologia e Electronic Frontier Foundation. Documentos legais Riley vs. Califórnia*. Disponível em: <https://epic.org/amicus/cell-phone/riley/13-132tsac%20CDT%20and%20EFF.pdf>. Acesso em: 20 fev 2020.

ESPANHA. *Lei Orgânica 13/2015*. Disponível em: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-10725. Acesso em: 28 ago. 2019.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Riley v. Califórnia, 573 US 373 (2014)*. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/573/373/#tab-opinion-1970972>. Acesso em: 20 fev 2020.

ESTADOS UNIDOS. EPIC. *O interesse da EPIC em Riley v. Califórnia*. Disponível em: <https://epic.org/amicus/cell-phone/riley/#background>. Acesso em: 20 fev 2020.

EUROPA. *Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. Disponível em: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf. Acesso em: 16 mar 2020

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

FERREIRA, Ivette Senise. *A intimidade e o direito penal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. n. 5, v. 2, 1994. p. 96-106. RBCCRIM Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Disponível em: <http://ibccrim.dyndns.info:5180/biblioteca/index.html>. Acesso em: 06 mai 2020.

FURTADO MENDES, Carlos Helder Carvalho. *Tecnoinvestigação Criminal: Entre a proteção de dados e a Infiltração por software*. Salvador: Editora Juspodivm, 2020.

FREGADOLLI, Luciana. *O direito à intimidade e a prova ilícita*. Belo Horizonte. Livraria Del Rei, 1998.

GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. São Paulo: Atlas, 2015.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2001.

HAN, Byung-Chul. *No exame: perspectivas do digital*. Tradução de Lucas Machado. Petrópolis, RJ: Vozes, 2018.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 1991.

JURGEN, Wolter. *O inviolável e o intocável no direito processual penal: reflexões sobre dignidade humana, proibições de prova, proteção de dados (e separação informacional de poderes) diante da persecução penal*. Organização, introdução e tradução Luís Greco; tradução Alaor Leite, Eduardo Viana. 1 ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2020.

LEVITSKY, Steven. ZIBLATT, Daniel. *Como as democracias morrem*. Tradução Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

LÉVY, Pierre. *Cibercultura*. Tradução de Carlos Irineu Costa. São Paulo: Ed. 34, 1999.

LÉVY, Pierre. *As tecnologias da inteligência*. Tradução de Carlos Irineu Costa. Rio de Janeiro: Ed. 34, 1993.

LOPES JUNIOR, Aury. *Fundamentos do Processo Penal*. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LOPES JR, Aury. *Direito processual penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

LOPES JUNIOR. Aury. *Direito Processual Penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MORAIS DA ROSA, Alexandre; TRINDADE, André Karam. *Precisamos falar sobre Direito, Literatura e Psicanálise*. Lisboa/Florianópolis: Reis dos Livros, 2015.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Guia do Processo Penal conforme a teoria dos jogos*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 8.ed. São Paulo: Atlas, 2019.

MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008.

MARQUES, Carlos José. *O roubo autoritário*. Disponível em: <https://istoe.com.br/o-arroubo-autoritario/>. Acesso em: 26 jun 2020.

MOREIRA, Romulo de Andrade. *O que temos que aprender com o Chile*. Disponível em: <https://romulomoreira.jusbrasil.com.br/artigos/357114615/o-que-temos-que-aprender-com-o-chile>. Acesso em 30 mar 2020.

MORIN, Edgar. *A cabeça bem-feita: repensar a reforma, reformar o pensamento*. 12^o ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006.

MORIN, Edgar. *A cabeça bem-feita*. Tradução Eloá Jacobina. - 8a ed. -Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003. Disponível em: <https://docero.com.br/doc/x5eex>. Acesso em 30 mar 2020.

NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948*. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 16 mar 2020.

OSBORNE, Adam. *A nova revolução industrial na era dos computadores*. Tradução Auripebo Berrance Simões. Re São Paulo: McGraw-Hill do Brasil, 1984. (introdução).

PEREIRA, Anthony W. *Ditadura e repressão: o autoritarismo e o estado de direito no Brasil, no Chile e na Argentina*. São Paulo: Paz e Terra, 2010.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. *Da busca e da apreensão no processo penal*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa*. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/paginas/constituicaorepublicaportuguesa.aspx>. Acesso em: 16 jun. 2020.

PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra de cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

RECONDO, Felipe. *Tanques e Togas: o STF e a ditadura militar*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

RIBEIRO, Djamila. *Pequeno manual antirracista*. São Paulo: Campanha das letras, 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2012.

SCHWAB, Klaus. *A quarta revolução industrial* (livro eletrônico). Tradução Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2019.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *Justiça de Transição: da ditadura civil-militar ao debate justransicional: direito à memória e à verdade e os caminhos da reparação e da anistia no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SILVA, Tamara M. GEITENS, F. *Acesso ao celular exige autorização judicial?* Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/acesso-ao-celular-exige-autorizacao-judicial/>. Acesso em 21 abr 2020.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre. Livraria do advogado Editora, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 6. Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

TAVARES, Juarez; CASARA, Rubens. *Prova e Verdade*. São Paulo: TirantloBlanch, 2020.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Escutas telefônicas: da excepcionalidade à vulgaridade*. 2º ed. Coimbra: Almedina, 2008.

VALOIS, Luís Carlos. *O direito penal da guerra às drogas*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.



Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul
Pró-Reitoria de Graduação
Av. Ipiranga, 6681 - Prédio 1 - 3º. andar
Porto Alegre - RS - Brasil
Fone: (51) 3320-3500 - Fax: (51) 3339-1564
E-mail: prograd@pucrs.br
Site: www.pucrs.br