

A background network diagram consisting of numerous grey dots (nodes) connected by thin grey lines, forming a complex web-like structure that spans the entire page.

REVISTA
Libber

V 1 . N 2 . 2022



VALIDADE DO CONSENTIMENTO QUE RECEPCIONA A VIOLAÇÃO DO DIREITO À PRIVACIDADE DO INDIVÍDUO: DO LAR AO CELULAR

VALIDITY OF THE CONSENT THAT RECEIVES THE VIOLATION OF THE RIGHT TO THE PRIVACY OF THE INDIVIDUAL: FROM HOME TO CELL PHONE

Aury Lopes Jr.¹

Rute Raquel Prates Ferreira²

RESUMO

O trabalho busca analisar os critérios que validam o consentimento do cidadão, que, no ato da abordagem policial, é impelido a entregar o aparelho celular, senha ou informações pessoais para colaborar indiretamente com os agentes da lei e, de modo involuntário, produzir provas contra si. Além disso, será observado se há dissentimento do sujeito que recebe a polícia em seu domicílio, a fim de realizar buscas e apreensões genéricas sem o devido mandado judicial. Para tanto, será utilizado como norte da pesquisa um acórdão proferido pelo STJ em março de 2021, no *Habeas Corpus* nº 598.051/SP. A decisão enunciada destaca-se de forma inovadora e apresenta-se como baluarte em favor das garantias e dos direitos fundamentais há tempos violados no Brasil. Nesse giro, questiona-se: quais são os critérios de validação que afastam o vício do consentimento dos indivíduos submetidos à abordagem policial, seja em vias públicas, seja em sua residência? Parte-se da premissa de que tais atos são albergados pela fé pública, e, portanto, suas afirmações gozam da credibilidade do Estado. Já aqueles não são livres para externar suas reais intenções face a intimidação *sui generis* que sofrem.

Palavras-chaves: Direito à privacidade; Consentimento; Domicílio; Celular; Prova ilícita.

¹ Doutor em Direito Processual Penal pela Universidad Complutense de Madrid. Professor Titular de Direito Processual Penal da PUCRS. Professor no Programa de Pós-Graduação – Doutorado, Mestrado e Especialização – em Ciências Criminais da PUCRS. Advogado criminalista.

² Pós-Graduanda em Ciências Penais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. Graduada em Direito pela PUCRS. Graduanda em Filosofia pela PUCRS.

ABSTRACT

This paper seeks to analyze the criteria that validate the consent of the citizen, who in a police check is compelled to hand over his cell phone, password, or personal information in order to collaborate indirectly with the law enforcement officers and, involuntarily, adducing evidence against himself. In addition, it will be analyzed if there is a dissent of the subject who greets the police at home, in order to conduct searches and seizures without a court order. To this end, a judgment issued by the Superior Court of Justice (STJ), in March 2021 of Habeas Corpus nº 598.051/SP will be used in this research. The decision rendered stands out as innovative and bulwark for the benefit of the guarantees and fundamental rights that have been violated for a long time in Brazil. In this context, the question is: what are the validation criteria that exclude the defect of the consent of the individual submitted to the police check, either on public roads or at home? It starts from the premise that their acts are encompassed by public Faith, therefore, their statements have the credibility of the State. On the other hand, normal citizens are not free to express their real intentions in the face of the sui generis intimidation that they suffer.

Keywords: Right to privacy; Consent; Residence; Cell phone; Illegal evidence.

1. INTRODUÇÃO

A comunicação é um ato de liberdade, portanto, ao expressar-se livremente no campo jurídico, inclinam-se as partes ao autobenefício ou à autoincriminação. Diante das variadas possibilidades de fazer-se entender, deparam-se com a finita liberdade que permite o direito à expressão.

Para Pontes de Miranda, a natureza jurídica da liberdade do pensamento em relação à comunicação pode ser observada a partir da gradação “liberdade de pensar, liberdade de não pensar; liberdade de emitir o pensamento, liberdade de não emitir o pensamento; liberdade de emitir o pensamento para todos, liberdade de só o emitir para alguns ou para alguém, ou para si mesmo.³

Essa gradação permite observar que a comunicação tem natureza jurídica de liberdade positiva para emitir o pensamento. Entretanto, quando influências externas maculam o simples ato

³ MIRANDA, Pontes. **Comentários à Constituição de 1967: com a emenda nº 1 de 1969**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 170, 1974.

de pensar e externar o que, de fato, formulou o pensamento originário, seja direta ou indiretamente, torna-se possível perceber quão valioso e subjetivo é o fenômeno liberdade.

Assim, é a partir de tal definição que será abordado, de forma preliminar, o conceito de consentimento no que tange à plena liberdade de vivê-lo, haja vista que a própria história comprova que, para o ser humano expressar-se livremente e externar suas reais intenções, ele precisa ser ou estar livre. Todavia, a dúvida que paira sob esse solo é: o cidadão é livre para manifestar a sua vontade diante dos agentes de segurança pública quando estes supostamente lhe atribuem essa alternativa?

São inúmeros os casos, alguns dos quais serão apresentados neste trabalho, que objetivam emergir o álibi retórico de determinados policiais, os quais coercitivamente buscam questionáveis meios para reafirmar suas próprias convicções, sob a escusa de combater o mal da sociedade. Desse modo, não raro, autolegitimam-se no campo probatório e violam segmentos éticos e garantias constitucionais dos cidadãos vulgos suspeitos, sujeitando-os à íntima convicção autoritária.

Em tais situações, buscam fatos genéricos e inserem-nos indiscriminadamente nos autos, intitulando esses ilícitos de prova penal. Entretanto, como os tribunais brasileiros recebem essas provas? Será legítima a troca dos famigerados meios à vista de supostos bons fins direcionados? É lícito almejar a justiça mediante ilícitos legitimados pela fé pública? Entendemos que não, visto que a cega ambição de verdade acaba por matar o contraditório e, portanto, o ponto nevrálgico do processo penal democrático e constitucional.⁴

Destarte, ansiar pela incerta verdade contingencial⁵ não é dissenso, mas deturpar a individualidade dos cidadãos pertencentes a um Estado Democrático de Direito, maculando atos sob o manto alargado, subterfúgio da prevenção à criminalidade, é o mesmo que se nivelar à delinquência que repudiam a distância. Portanto, a fronteira entre os que subjetivam, etiquetam e incriminam os que, de fato, delinquem é bem estreita.⁶ É urgente atentar para as reais intenções que alicerçam a “bondade dos bons”.

2. INTIMIDADE E PRIVACIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

⁴ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, p. 394, 2020.

⁵ “A verdade está no todo, não na parte; e o todo é demais para nós.” LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, p. 391, 2020.

⁶ Aury Lopes Jr. propõe que não se negue a verdade, mas que desloquem a discussão para outra dimensão, em que a verdade é contingencial, e não estruturante do processo. A verdade, assim, é contingencial e a legitimação da decisão se dá por meio da estrita observância do contraditório e das regras do devido processo. São essas regras que, estruturando o ritual judiciário, devem proteger do decisionismo e do outro extremo, em que se situa o processo inquisitório e sua verdade real. LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 394.

O paradigma clássico da privacidade fora ultrapassado há séculos, e a tecnologia contribui para o estreitamento das relações humanas. Sendo assim, o Brasil ruma lentamente à ressignificação da privacidade e da intimidade, a fim de adaptar necessidades reais da sociedade atual aos regulamentos jurídicos.

O direito à privacidade deu largada à evolução em 1890, ano em que foi publicado na revista *Harvard Law Review* um artigo jurídico escrito por Samuel Warren e Louis Brandeis, intitulado “*The Right to Privacy*”, sendo, portanto, considerado um dos ensaios mais influentes na história do Direito dos Estados Unidos da América.⁷

Nesse tempo, o sistema *common law* previa apenas proteção para interferências à vida e à propriedade, não credibilizando as sensações dos sujeitos. Foi sob essa perspectiva que os autores inovaram, trazendo à baila que apenas uma parte da dor, do prazer e do lucro da vida estava nas coisas físicas, haja vista que pensamentos, emoções e sensações também exigiam reconhecimento legal.⁸

Sobretudo, a crença de que o indivíduo deve ter proteções pessoal e patrimonial é um princípio tão antigo quanto a lei comum. Contudo, tem sido necessário definir, de tempos em tempos, a natureza exata e a extensão da proteção do direito à privacidade, pois, à medida que a sociedade evolui, a extensão da privacidade molda-se a novos formatos, não perdendo o seu real objetivo, mas abrangendo diferentes segmentos da vida humana.⁹

Acerca disso, necessária é a compreensão em torno do que diferencia a privacidade da intimidade. Ambas abarcam o repositório de particularidades do ser humano e devem ser protegidas em suas essências, pois entende-se que, por estar intrinsecamente relacionadas à dignidade humana, são consideradas direitos fundamentais.

No recôndito da privacidade, esconde-se em primeiro plano a intimidade.¹⁰ Não há um conceito absoluto de intimidade e, embora se possa dizer que o seu atributo básico é o estar só, isso não exclui o segredo e a autonomia. Nestes termos, é possível exemplificá-la: o diário íntimo, o segredo sob juramento, as próprias convicções, as situações indevassáveis de pudor pessoal e o segredo íntimo cuja mínima publicidade constrange.

Já a vida privada envolve a proteção de formas exclusivas de convivência. Trata-se de situações em que a comunicação é inevitável (em termos de troca comunicacional), das quais, em

⁷ WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis. **The Right to Privacy**. *Harvard Law Review*, v. 4, n. 5, dez. 1890, p. 193-220.

⁸ *Ibidem*, p. 193-220.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ JÚNIOR, Tércio Sampaio Ferraz. **Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado**. *Revista da Faculdade de Direito*. São Paulo, v. 88, p. 439-459, 1993. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67231>. Acesso em: 01 mar. 2021.

princípio, são excluídos terceiros alheios a essa comunicação privada. Seu atributo máximo é o segredo, embora inclua também a autonomia e, eventualmente, o estar só com os seus.¹¹

Nesse giro, cumpre citar a Teoria dos Círculos Concêntricos, elaborada em 1953 por Heinrich Hubmann.¹² Para o autor alemão, a esfera da vida privada pode ser representada por três círculos concêntricos: o círculo da vida privada, em sentido estrito, conteria o círculo da intimidade, e este, o do segredo.

A primeira dessas três esferas, representada pelo anel interno, relaciona-se com a intimidade, ou seja, é vista como uma área totalmente inviolável, impenetrável e inatingível, tanto da intromissão das autoridades como de particulares.

O segundo círculo é identificado na esfera da vida privada, portanto, a ela pertencem matérias relacionadas à história do indivíduo e ao seu contexto social, havendo uma contraposição ao que é público ou comum a todos. Os instrumentos que dão suporte a essa esfera são: o domicílio, compreendido como espaço físico e local de comportamentos próprios e privados; a correspondência e a comunicação, acerca das quais o respeito da privacidade impõe o sigilo e a inviolabilidade, que podem ser afastados para prevalecer outros interesses relevantes; e a interceptação telemática para fins de investigação criminal, visto que o direito à privacidade não é absoluto.

O terceiro círculo é o anel exterior aos dois citados, referindo-se à esfera pessoal ou individual, que diz respeito ao indivíduo como ser social e integrado ao mundo, acerca da qual as limitações de ingerência abrangem as vidas profissional, comunitária e pública.¹³

Hoje, o direito à privacidade ostenta envergadura de direito fundamental, e, além de o Brasil figurar signatário de pactos internacionais que vinculam expressamente tal direito, como a Declaração Universal dos Direitos humanos¹⁴, o Pacto de San José da Costa Rica¹⁵, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, o país ainda apresentou um projeto na 34ª sessão do Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas, em conjunto com Alemanha, Áustria, Liechtenstein, México e Suíça.

¹¹ JÚNIOR, Tércio Sampaio Ferraz. **Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado**. Revista da Faculdade de Direito. São Paulo, v. 88, p. 439-459, 1993. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67231>. Acesso em: 01 mar. 2021.

¹² PINHEIRO, Alexandre Sousa. **Privacy e proteção de dados pessoais: a constituição dogmática do direito à identidade informacional**. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito, 2015.

¹³ Ibidem.

¹⁴ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 01 mar. 2021.

¹⁵ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica)**, 1969. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>. Acesso em: 01 mar. 2021.

O principal objetivo dessa resolução é proteger o direito à privacidade e pôr fim aos atos que violam a legalidade, a necessidade e a proporcionalidade, na medida em que os mesmos direitos que as pessoas têm *off-line* devem também ser protegidos *online*, incluindo o direito à privacidade.¹⁶

Aliás, em solo brasileiro, a Carta Magna de 1988 assegura aos seus (e não seus) o direito fundamental da intimidade, da privacidade, da honra e da imagem, frisando em seu art. 5º, inciso X, a inviolabilidade desses direitos, assim como o sigilo das correspondências das comunicações telegráficas e telefônicas no inciso XII.

No que tange aos regulamentos infraconstitucionais, além da lei nº 12.737 de 2012¹⁷, que modificou o Código Penal para tipificar a violação de dados, sob efeitos de uma reação da sociedade civil contra um movimento legislativo que pretendia regulamentar a internet no Brasil, foi sancionado, no dia 23 de junho de 2014, o Marco Civil da Internet, conhecido como a Constituição da Internet.¹⁸

Correlato ao tema, em julho de 2018, foi aprovada, por unanimidade, em regime de urgência, pelo Plenário do Senado, a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD)¹⁹, que vigorou após 18 meses de publicação em diário oficial. Porém, em dezembro do mesmo ano, Michel Temer, presidente na época, editou a Medida Provisória nº 869, prevendo a criação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados e o início da vigência da LGPD para agosto de 2020.²⁰

Essa Lei foi inspirada no Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados da União Europeia (RGPD)²¹, aplicação que passou a ser obrigatória em 2018 a todos os países da União Europeia. Entretanto, tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 113/2020, cuja finalidade é o cadastramento do CPF dos usuários e o CNPJ das empresas que utilizam os aplicativos de

¹⁶ BRASIL. **Criação da Relatoria Especial sobre “O Direito à Privacidade na Era Digital”**. Ministério Das Relações Exteriores, 2015. Disponível em: <http://antigo.itamaraty.gov.br/pt-BR/notas-a-imprensa/8460-criacao-da-relatoria-especial-sobre-o-direito-a-privacidade-na-era-digital>. Acesso em: 01 mar. 2021.

¹⁷ BRASIL. **Lei nº 12.737, de 30 de novembro de 2012**. Dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112737.htm. Acesso em: 01 mar. 2021.

¹⁸ BRASIL. **Lei nº 12.695, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm. Acesso em: 01 mar. 2021.

¹⁹ BRASIL. **LGPD entra em vigor**. Senado Federal, 2020. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/09/18/lei-geral-de-protecao-de-dados-entra-em-vigor>. Acesso em: 01 mar. 2021.

²⁰ BRASIL. **MP nº 869, de 27 de dezembro de 2018**. Altera a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, para dispor sobre a proteção de dados pessoais e para criar a Autoridade Nacional de Proteção de Dados, e dá outras providências. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7904411&ts=1594019736542&disposition=inline>. Acesso em: 15. mar. 2021.

²¹ UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016**. Bruxelas: EU, 2016. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=PT>. Acesso em: 01 mar. 2021.

interação social, como WhatsApp, Facebook e Instagram, possibilitando, assim, a identificação dos usuários, a fim de limitar possíveis ilícitos que ocorrem nas redes sociais país afora.²²

Diante do cenário que circunda em torno da crescente criminalidade favorecida por ilícitos virtuais, considera-se compreensível a intenção da iniciativa. Todavia, a fim de identificar os detentores, acirraríamos deliberadamente mais uma forma de vigilância. Portanto, será essa mais uma ferramenta de controle às liberdades que com muito custo foram conquistadas?

Sob essa perspectiva, em 2007, Stefano Rodotà já pontuava que, se alguém enxerga a realidade com imparcialidade, encontra razões para o pessimismo. Isso porque, mesmo antes do 11 de setembro, das exigências do mercado e da crescente tendência de montagem de bancos de dados de consumidores e de seus comportamentos, já havia comentários sobre o “fim da privacidade”²³. Seria essa uma utopia? A teoria ilude, levando a crer que se está garantido, mas a prática inclina ao citado pessimismo.

Além de a privacidade não ser mais vista como um direito fundamental, é frequentemente considerada um obstáculo à segurança, sendo superada por legislações de emergência.²⁴ Esse direito não deve ser considerado subordinado a nenhum outro, porque a própria proteção de dados é, de fato, um direito fundamental.²⁵ Entretanto, embora seja fundamental, não figura absoluto.

Destarte, o ponto fulcral da questão é clarificar os limites que demarcam a atuação do Estado frente ao direito que detém o cidadão de excluir do conhecimento que o cerca aquilo que só a ele diz respeito no âmbito de sua privacidade. Diante dos agentes de segurança pública, será livre o Ser para resistir à violação sem justa causa prévia?

É o que se buscará identificar, considerando atribuições legais atinentes ao Estado Democrático de Direito, porém trazendo à baila o princípio trabalhado por Hannah Arendt com base em Kant, que é o da exclusividade. Este comporta três atributos principais: a solidão (desejo de estar só), o segredo (exigência de sigilo) e a autonomia (liberdade de decidir sobre si como centro emanador de informações). Assim, visa assegurar ao indivíduo a sua identidade diante dos riscos proporcionais pela niveladora pressão social e pela incontrastável impositividade do poder político.²⁶

²² CORONEL, Ângelo. **Projeto de Lei nº 113, de 2020**. Brasília: Senado Federal, 2020. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/140505>. Acesso em: 01 mar. 2021.

²³ RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância – a privacidade hoje**. Tradução: Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda - Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 13.

²⁴ Ibidem, p. 13.

²⁵ Ibidem.

²⁶ LAFER, Celso, s.d. apud JÚNIOR, Tércio Sampaio Ferraz. **Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado**. Revista da Faculdade de Direito. São Paulo, v. 88, p. 439-459, 1993. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67231>. Acesso em: 01 mar. 2021.

3. CELULAR E DOMICÍLIO: ANALOGIA

A história registrou significativas mudanças na telecomunicação — desde a utilização de pessoas como portadoras de mensagens, passando pelo uso de animais, cartas escritas em papel, telégrafo, telefone fixo, entre outros. No atual estágio, predominam aparelhos aptos à transmissão de mensagens associadas à internet, tais como computadores, *tablets* e *smartphones*.²⁷

O século XXI é marcado por uma abordagem contraditória no tocante à proteção de dados pessoais. Tem-se aumentado a consciência da importância da proteção de dados no que se refere não só à proteção da vida privada do indivíduo, mas também à liberdade que lhe é própria.²⁸

Dessa forma, busca-se garantir o direito à privacidade sob as perspectivas de uma garantia fundamental assegurada pelo Estado, pois a produção de dados tornou-se uma ferramenta essencial para o livre desenvolvimento da personalidade.²⁹ Acerca disso, o filósofo italiano Maurizio Ferraris exemplifica a utilidade do aparelho celular, contrastando o passado com o cotidiano atual:

Podemos imaginar alguém que, há uns dez anos, saísse de sua casa às oito da manhã. Este homem, ao sair de sua casa, deixava também seu telefone, porque ele era fixo. Fazia uma viagem de uma hora para chegar ao seu escritório ou de muitas horas por razões de trabalho; durante todo esse período, ele estava completamente desconectado de tudo no mundo, e isso parecia muito natural. Hoje, se esse mesmo homem sair de sua casa sem celular, vai ter a sensação de estar isolado, de ser um homem mudo, sem uma das coisas que representa para ele a segurança ontológica, talvez a mais importante do mundo atual: o celular.³⁰

É possível perceber que as necessidades sociais no tocante à privacidade remodelaram-se significativamente. Isso porque, há poucos anos, o único asilo que comportava as sensações dos sujeitos, como segurança, conforto e a própria intimidade, era a casa dos indivíduos. Estes buscavam instintivamente no seu castelo o seu recolhimento, a fim de salvaguardar-se da massa, da multidão, da maioria, onde lhes era permitido, como sua exceção, esquecer-se da regra homem.³¹ Antes de imperar o tempo da comunicação via celular, o lar, local que, além de abrigar corpos, acolhe íntimos pertences do Ser, era o único objeto de preocupação e proteção jurídica.

Acerca disso, o art. 5º, inciso XI, da CF, consagra a casa como asilo inviolável do indivíduo, delimitando taxativamente hipóteses em que tal direito fundamental pode ser suplantado.

²⁷ KIST, Dario José. **Prova digital no processo penal**. Leme: JH Mizuno, 2019.

²⁸ RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância – a privacidade hoje**. Tradução: Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda - Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 13.

²⁹ Ibidem.

³⁰ TOMÁS, Vasquez Arrieta. **Uma filosofia do celular ou os avatares que este meio de comunicação está introduzindo em nossas vidas**. Comunicação, mídia e consumo. São Paulo. v. 5, n. 12. 2008, p. 154.

³¹ NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. **Além do bem e do mal: prelúdio a uma filosofia do futuro**. Porto Alegre: L&PM, 2020.

Com isso, almeja-se combater indesejáveis excessos e arbítrios oriundos da atividade estatal.³² No entanto, a casa deve ser objeto de proteção, sempre, mas, diante da evolução tecnológica sem precedentes e dos novos meios de catalisar informações e registros pessoalíssimos, a privacidade do lar estendeu-se, de fato, ao celular e, em muito ainda, carece da salvaguarda do Estado.

A colisão entre os recursos investigativos do Estado e o direito à intimidade dos usuários ganhou impulso com o avanço tecnológico dos aparelhos celulares, que atualmente têm multifuncionalidade. No entanto, o fundamento da analogia reside no fato de que, para além do seu formato físico e das funções ordinárias de comunicação móvel, sob o aspecto virtual, seu interior dispõe de mais elementos íntimos que a própria casa de uma pessoa.

Logo, real é a possibilidade de conglomerar informações pessoais ilimitadas, tais como fotos digitais, filmagens, dados bancários, histórico de localização (demarcando a locomoção diária e em tempo real), trocas de dados sigilosos via aplicativos de comunicação, preferência musical, predileções e uma infinidade de fontes que, unidas, possibilitam o acesso ao que o ser humano tem de mais íntimo: o que pensou e sentiu ao registrar determinadas palavras, endereçadas ou não. O bloco de notas, por exemplo, substitui o diário, havendo também os diálogos íntimos entre interlocutor e receptor.³³

Em vista disso, é possível afirmar que todo o universo interno e virtual que coabita no aparelho de comunicação vincula-se facilmente, de forma extensiva, à personalidade do agente que usufrui dos recursos tecnológicos e que deles necessita, não pelo aparelho em si, uma vez que este pode ser substituído, mas pelos registros constantes em seu interior ou na nuvem — recurso de armazenamento de dados.

Ademais, ao acessar os compartimentos de uma casa, pouca é a possibilidade de contato com as tantas informações íntimas do morador, do contrário ao que ocorre se acessado o seu objeto/fonte de informação e comunicação. Seja no interior da sua residência, seja em vias urbanas ou não urbanas, independentemente de onde estiver situado, se portador de um aparelho celular, provavelmente transportará dados pessoalíssimos e informações intransponíveis.

³² Art. 5º, inciso XI – “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”. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 mar. 2021.

³³ O sigilo, no inciso XII do art. 5º, está referido à comunicação, no interesse da defesa da privacidade. Isto é feito, no texto, em dois blocos: a Constituição fala em sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas. Obviamente o que se regula é comunicação por correspondência e telegrafia, comunicação de dados e telefônica. O que fere a liberdade de omitir pensamento é, pois, entrar na comunicação alheia, fazendo com que o que deveria ficar entre sujeitos que se comunicam privadamente passe ilegitimamente ao domínio de um terceiro. FERRAZ, Tércio. **Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado**. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, n. 1, 1992.

Dependendo de como utilizadas, essas ferramentas estimulam a imaginação, o pensamento e a criatividade. Todavia, os impactos de uma devassa sob o que deveria ser estritamente inviolável podem ir para além do sujeito violado, impactando, em sequência, dados pessoais de familiares, amigos e outros interlocutores que nutrem com o titular do celular vínculos comunicacionais.

Diante do contexto, torna-se possível a compreensão da busca pela privacidade no decorrer do século XXI, que vai além da necessidade de estar sob a segurança do lar, mas toca diretamente o que hoje se considera uma fonte de segredos e informações. Entretanto, se ignoradas a urgência e a necessidade de sua proteção, estarão os cidadãos usuários sujeitos ao caminho das desenfreadas violações a um direito que deveria ser certo, assim como ocorreu em inúmeros casos no Brasil, no que tange à recepção dos moradores às suas residências pelos agentes de segurança pública e a devassa aos seus celulares sem o devido mandado judicial.

Antes de o STJ clarear o seu entendimento sob uma perspectiva garantista e empática no HC 598.051/SP, o qual será analisado a seguir, eram voluptuosos os casos em que os policiais ingressavam em residências — estas há muito tempo exaustivamente protegidas em teorias do ordenamento pátrio —, alicerçados tão somente no consentimento dos que os recebiam.³⁴

Após décadas de violações ultrajadas de consentimentos, cuja validade fora pouco questionada pelos tribunais, finalmente o Min. do STF, Gilmar Mendes, buscou emergir a questão da privacidade do lar e do celular — sem tocar na (in)validade do consentimento — no HC 168.052/SP, aduzindo o seguinte sobre a privacidade do celular:³⁵

[...] Creio, contudo, que a modificação das circunstâncias fáticas e jurídicas, a promulgação de leis posteriores e o significativo desenvolvimento das tecnologias da comunicação, do tráfego de dados e dos aparelhos *smartphones* leva, nos dias atuais, à solução distinta. Ou seja, penso que se está diante de típico caso de mutação constitucional. Questiona-se se o acesso a informações e dados contidos nos celulares se encontra ou não expressamente abrangido pela cláusula do inciso XII do art. 5º. Contudo, ainda que se conclua pela não inclusão na referida cláusula, entendo que tais dados e informações encontram-se abrangidos pela proteção à intimidade e à privacidade, constante do inciso X do mesmo artigo. [...] Percebe-se, portanto, que a legislação infraconstitucional avançou, para possibilitar a proteção dos dados armazenados em comunicações privadas, os quais só podem ser acessados mediante prévia decisão judicial – matéria submetida à reserva de jurisdição.³⁶

Nessa ocasião, ao julgar o acórdão no Tribunal de origem, o Desembargador relator entendeu o caso da seguinte forma:

³⁴ BRASIL. STJ. **HC598.051**. Rel. Min. Schetti Cruz. 6ª Turma. Julgado em: 02/03/2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/policiais-gravar-autorizacao-morador.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2021.

³⁵ BRASIL. STF. **HC168.052**. Rel. Min. Gilmar Mendes. 2ª Turma. Julgado em: 20/10/2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345143997&ext=.pdf>. Acesso em: 1 mar. 2021.

³⁶ BRASIL. STF. **HC168.052**. Rel. Min. Gilmar Mendes. 2ª Turma. Julgado em: 20/10/2020, p. 3, 4 e 5. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345143997&ext=.pdf>. Acesso em: 1 mar. 2021.

[...] a mera consulta aos apontamentos – dados constantes de aparelhos telefônicos ou qualquer outro objeto que realiza armazenamento de memória eletrônica não se confunde com a quebra do sigilo das comunicações de dados, cuja violação encontra obstáculo na Lei Fundamental. E no caso em tela, **a autoridade policial apenas consultou o teor das mensagens registradas no aplicativo WhatsApp do aparelho celular do réu, cuja posse lhe era legítima.**³⁷ (grifo nosso).

Acerca do tema, o Min. Gilmar Mendes ainda menciona que tão importante quanto a alteração do contexto jurídico é a impactante transformação das circunstâncias fáticas, que trazem novas luzes ao tema.³⁸ Assim, os fatos vividos em sociedade, bem como suas demandas e carências, precisam subir a pretexto de regulamentações às Cortes superiores, no principal intuito de pacificar os entendimentos dos Tribunais e frear vacilos ultrajados de prevenção à criminalidade por parte dos sujeitos a serviço do Estado.

Em relação à suposta permissão de acesso, leia-se: consentimento, aquiescência, assentimento, concordância — a aquisição direta a aparelhos telefônicos por autoridades policiais, bem como a recepção do ingresso por eles às residências dos submetidos, pode servir de estímulo para que pressões indevidas sejam exercidas sobre quem franqueia o acesso e, com efeito, fornece informalmente a senha e as informações confidenciais. Da mesma forma, há involuntariedade no abrir as portas de seus lares quando dito que foi ato voluntário. Não é incomum ouvir relatos de investigados que fornecem — espontaneamente — seus dados no momento da prisão e, posteriormente, na fase judicial, afirmam que, em realidade, foram pressionados a isso.³⁹ Essa é a realidade da massa sem voz.

A fim de buscar a utópica verdade real dos fatos, ou mesmo criá-la visando provar à sociedade, a qualquer custo, uma suposta eficiência, quem, à letra da lei, deveria garantir segurança a todos, não raro, a atalha. Mas, como bem assentou o Desembargador Diógenes Vicente Hassan Ribeiro, a “lei não permite atalhos”, e, se diferente fosse, a residência não seria asilo, nem inviolável.⁴⁰

E quanto ao aparelho celular? Em relação a este — que, como já mencionado, aporta hoje mais informações pessoais que o interior de uma residência, mediante o consentimento do proprietário do celular —, é lícita a devassa de seu interior? Resta estender a problemática da validade do consentimento que recebe os agentes do lar ao celular, pois a lógica de proteção à

³⁷ BRASIL. STF. **HC168.052**. Rel. Min. Gilmar Mendes. 2ª Turma. Julgado em: 20/10/2020, p. 12. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345143997&ext=.pdf>. Acesso em: 1 mar. 2021

³⁸ BRASIL. STF. **HC168.052**. Rel. Min. Gilmar Mendes. 2ª Turma. Julgado em: 20/10/2020, p. 05. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345143997&ext=.pdf>. Acesso em: 1 mar. 2021.

³⁹ BRASIL. STF. **HC168.052**. Rel. Min. Gilmar Mendes. 2ª Turma. Julgado em: 20/10/2020, p. 13. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345143997&ext=.pdf>. Acesso em: 1 mar. 2021

⁴⁰ RIO GRANDE DO SUL. TJ. **ACR70051270478**. Rel. Diogenes Vicente Hassan Ribeiro. 3ª Câmara Criminal. Julgado em: 13/12/2012, Dje: 24/01/2013. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/112500285/apelacao-crime-acr-70051270478-rs>. Acesso em: 01 mar. 2021.

ambientação privada é a mesma. Isso porque ele é uma extensão da personalidade do indivíduo, sendo portador de uma dose muitas vezes maior, da sua privacidade, dignidade e imagem, do que a própria casa.

Quanto à possibilidade de acesso da polícia ao celular do sujeito impelido, as Cortes superiores entendem que é válido o acesso nestas circunstâncias: a) mediante um fundamentado mandado judicial, mesmo em situação de flagrância⁴¹; b) sem autorização judicial, se este acesso for restrito ao registro telefônico ou à agenda de contatos do celular apreendido no local do crime⁴²; e c) mediante o consentimento válido do sujeito abordado.⁴³

Não obstante, quem formaliza aos envolvidos na delegacia de polícia ou até mesmo em juízo que o assentimento aconteceu, na condição de testemunha e responsável pelo feito, é o próprio policial, sob amparo da fé Estatal. Portanto, há viabilidade de ser válido consentir nessas circunstâncias? Ainda, é livre o abordado a ponto de ousar dizer não ao gigante Estado representado em fardas ostensivas que o cercam?⁴⁴

Quando questionada a credibilidade da palavra policial nesses casos, o STJ afirmou em um acórdão que a palavra policial constitui meio de prova idôneo a respaldar condenações.⁴⁵ Se assim

⁴¹ “[...] É ilícita a prova obtida diretamente dos dados constantes de aparelho celular, decorrentes de mensagens de textos SMS, conversas por meio de programa ou aplicativos (‘WhatsApp’), mensagens enviadas ou recebidas por meio de correio eletrônico, obtidos diretamente pela polícia no momento do flagrante, sem prévia autorização judicial para análise dos dados armazenados no telefone móvel [...]”. BRASIL. STJ. **HC372.762**. Rel. Min. Feliz Fischer. 5ª Turma. Julgado em: 03/10/2021. DJe: 16/10/2021 Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/511208828/habeas-corpus-hc-372762-mg-2016-0254030-1/inteiro-teor-511208838>. Acesso em: 26 jun. 2021.

⁴² “[...] Não se confundem comunicação telefônica e registros telefônicos, que recebem, inclusive, proteção jurídica distinta. Não se pode interpretar a cláusula do artigo 5º, XII, da CF, no sentido de proteção aos dados enquanto registro, depósito registral. A proteção constitucional é da comunicação de dados e não dos dados. Consta no art. 6º do CPP: é dever da autoridade policial proceder à coleta do material comprobatório da prática da infração penal. Ao proceder à pesquisa na agenda eletrônica dos aparelhos devidamente apreendidos, meio material indireto de prova, a autoridade policial, cumprindo o seu mister, buscou, unicamente, colher elementos de informação hábeis a esclarecer a autoria e a materialidade do delito [...]”. BRASIL. STF. **ARE1.042.075**. 1ª Turma. Rel. Min. Dias Toffoli. Julgado em: 23/11/2017. Disponível: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14198488>. Acesso em: 26 jun. 2021.

⁴³ “Na ausência de elementos hábeis a comprovar o alegado consentimento do acusado com a diligência, deve-se resguardar o devido processo legal com a decretação da nulidade das provas obtidas através do exame direto das conversas mantidas pelo acusado no aplicativo WhatsApp sem a necessária e prévia autorização judicial”. BRASIL. STJ. **REsp1.755.974**. 6ª Turma. Rel. Min. Laurita Vaz. Julgado em: 12/03/2019, DJe: 29/03/2019. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/859525215/recurso-especial-resp-1755974-mt-2018-0184406-3/inteiro-teor-859525225?ref=juris-tabs>. Acesso em: 23 jun. 2021.

⁴⁴ “Afirmar que o ser humano é livre exige, não como seu pressuposto, mas como consectário, reconhecer seu domínio ou controle sobre os *inputs* e *outputs* de informação. Esse sentido natural da liberdade se traduz, no mundo jurídico, na liberdade ‘informacional’ próxima ao que o Tribunal Constitucional Federal alemão chamou de *Informationelle Selbstbestimmung*, ou autodeterminação em matéria de informação, que conjuga o aspecto negativo de não impedimento ao positivo, de controle”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2018, p. 292-293.

⁴⁵ “O depoimento dos policiais prestado em juízo constitui meio de prova idôneo a respaldar a condenação, cabendo à defesa o ônus de demonstrar a imprestabilidade da prova [...]”. “[...] O fato de os policiais terem acesso às mensagens de texto contidas nos aparelhos celulares dos acusados quando efetuaram a prisão em flagrante, não tem o condão de tornar inválida essa prova. Isso porque o acesso às referidas mensagens pelos policiais que efetivaram a

fosse, a sociedade estaria fadada à insegurança da tirania, pouco precisando de um devido e democrático processo legal.

Contudo, busca-se trazer à baila os fundamentos que alicerçam a importância do consentimento válido ou, se diante de um avanço sem precedentes no judiciário brasileiro, considerá-lo inválido, não haverá mais possibilidade à autoincriminação. Isso porque não há espaço para dúvidas quando se trata de garantias e justiça. E, se elas prevalecerem, restará, portanto, a liberdade.

É o momento de repensarmos o tratamento dado a essa matéria, não mais cabendo a visão ingênua e/ou reducionista dessa complexidade. Não se pode mais continuar considerando como válido o consentimento dado pelo sujeito abordado pela autoridade policial em via pública, para que se tenha acesso ao aparelho celular (via entrega de senhas, por exemplo) e faça uma devassa incriminatória na sua vida. Não raras vezes, o volume de informações ali contidas acaba por virar uma verdadeira devassa inquisitória, uma *fishing expedition*⁴⁶, já tantas vezes tratada em Colunas Jurídicas e em Obras específicas.

4. ANÁLISE DO *HABEAS CORPUS* Nº 598.051/SP

O Min. Rel. Rogerio Schietti introduziu o seu voto acerca da inviolabilidade do domicílio por parte do Estado/Polícia, referenciando o registro de 1845, do britânico William Pitt: “O homem mais pobre pode em sua cabana desafiar todas as forças da Coroa. Pode ser frágil, seu telhado pode tremer, o vento pode soprar por ele, a tempestade pode entrar, a chuva pode entrar, mas o Rei da Inglaterra não pode entrar”⁴⁷.

A suposta prática do crime previsto no art. 33, caput e § 4º, da Lei nº 11.343/2006, por parte do paciente, é que deu causa ao *habeas corpus*. Os fatos se deram a partir de uma abordagem

prisão, não é vedado, desde que a apreensão do aparelho telefônico decorra de ato legal dos agentes, como se deu na prisão em flagrante [...]” BRASIL. STJ. **HC391.080**. 6ª Turma. Rel. Min. Nefi Cordeiro. Julgado em: 01/06/2017, DJe: 09/06/2017. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/471977224/agravo-regimental-no-habeas-corporis-agrg-no-hc-391080-sc-2017-0048799-6/inteiro-teor-471977234?ref=amp>. Acesso em: 23 jun. 2021.

⁴⁶ Entre outros: “*Fishing Expedition* e Encontro Fortuito na Busca e na Apreensão: um dilema oculto do Processo Penal”, de Viviani Ghizoni da Silva, Philipe Benoni Melo e Silva, e Alexandre Morais da Rosa, publicado pela editora EMais. Ainda, em diversas colunas, por exemplo: <https://www.conjur.com.br/2021-jul-02/limite-penal-pratica-fishing-expedition-processo-penal> e também em: <https://www.conjur.com.br/2017-fev-24/limite-penal-fishing-expedition-via-mandados-genericos-favelas>.

⁴⁷ *The poorest man may in his cottage bid defiance to all the forces of the Crown. It may be frail, its roof may shake, the wind may blow through it, the storm may enter, the rain may enter, but the King of England cannot enter. PITT, William. 1845 apud.* BRASIL. STJ. **HC598.051**. 5ª Turma. Min. Rel. Rogerio Schietti Cruz. Julgado em: 02/03/2021, p. 10. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=117457915&num_registro=202001762449&data=20210315&tipo=91&formato=PDF. Acesso em: 23 jun. 2021.

realizada pela polícia civil, que, na falta de êxito em encontrar algo que incriminasse o sujeito em revista pessoal, questionou-o sobre a localidade da sua residência, o qual, após informar franqueia à entrada dos que o abordaram, pôde eximi-los da ilicitude sob o seu “livre consentimento”. Após vasculhar o interior da morada, numa procura indeterminada, encontraram-se entorpecentes.

O juiz sentenciante afastou a apontada ilicitude probatória sob o entendimento de que não há provas de que a polícia entrou no lar do réu sem que este houvesse consentido, sendo, portanto, a sua palavra contra a dos agentes públicos.⁴⁸ Assim, a negativa do apelante quanto à credibilidade da sua palavra remanesceu escoteira nos autos, visto que se não demonstraram elementos capazes de abalar a versão dos policiais, únicos testemunhos da suposta aquiescência do submetido. O Tribunal de origem rechaçou a aventada ilicitude das provas, dando ênfase de que se deve aferir credibilidade ao depoimento dos policiais, os quais não teriam interesse na condenação de um inocente.⁴⁹

No que tange à questão a lume, o Min. Rel. Schietti insere em seu voto percuciente a avaliação de Salo de Carvalho e Mariana de Assis e Weigert, que, em parecer lançado a respeito de um jovem negro, da periferia do RJ, menciona que este teria sido preso e processado injustamente com base na súmula 70, do TJERJ.⁵⁰

Consta no parecer que seria, no mínimo, ingenuidade imaginar que a ação da polícia, que não esporadicamente implica confronto, não fosse uma atividade violenta que restringisse e, no limite, violasse os direitos individuais. A enorme desconfiança da população em relação às práticas policiais decorre da percepção concreta dos tipos e das formas de abordagem realizados no cotidiano da cidade, sobretudo nos locais de vivência da população mais vulnerável.

Salientam, ainda, que essa conclusão não decorre de um mero exercício de abstração acadêmica — como muito se é adjetivada à crítica à violência policial com nítida intenção de desqualificar as tentativas de visibilidade desse real problema. Com o crescimento do nível de violência por parte da polícia, são cada vez mais frequentes as notícias de abusos praticados pelas instituições militares.⁵¹

⁴⁸ BRASIL. STJ. **HC598.051**. 5ª Turma. Min. Rel. Rogerio Schietti Cruz. Julgado em: 02/03/2021, p. 11. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=117457915&num_registro=202001762449&data=20210315&tipo=91&formato=PDF. Acesso em: 23 jun. 2021.

⁴⁹ BRASIL. STJ. **HC598.051**. 5ª Turma. Min. Rel. Rogerio Schietti Cruz. Julgado em: 02/03/2021, p. 11. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=117457915&num_registro=202001762449&data=20210315&tipo=91&formato=PDF. Acesso em: 23 jun. 2021.

⁵⁰ RIO DE JANEIRO. Poder Judiciário do Estado. **Súmula nº 70**. O fato de restringir-se a prova oral a depoimentos de autoridades policiais e seus agentes não desautoriza a condenação. Disponível em: <http://portaltj.tjrj.jus.br/web/guest/sumulas-70>. Acesso em: 23 jun. 2021.

⁵¹ BRASIL. STJ. **HC598.051**. 5ª Turma. Min. Rel. Rogerio Schietti Cruz. Julgado em: 02/03/2021, p. 44-45. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=117457915&num_registro=202001762449&data=20210315&tipo=91&formato=PDF. Acesso em: 23 jun. 2021.

Ao colacionar o referido parecer, o Min. reitera sua intenção em destacar que não se pode deferir total credibilidade à palavra policial quando se encontra em depoimento como testemunha em processo criminal. Além disso, ruma o acórdão sob os pontuais questionamentos:

- 1) Na hipótese de suspeita de flagrância delitiva, qual a exigência, em termos de *standard probatório*, para que policiais ingressem no domicílio do suspeito sem mandado judicial?
- 2) O crime de tráfico de entorpecentes, classificado como de natureza permanente, autoriza sempre o ingresso sem mandado no domicílio onde supostamente se encontra a droga?
- 3) O consentimento do morador, para validar o ingresso no domicílio, e a busca e apreensão de objetos relacionados ao crime sujeitam-se a quais condicionantes de validade?
- 4) A prova dos requisitos de validade do livre consentimento do morador, para o ingresso em seu domicílio sem mandado, incumbe a quem e de que forma pode ser feita?
- 5) Qual a consequência, para a ação penal, da obtenção de provas contra o investigado ou réu, com violação a regras e condições legais e constitucionais para o ingresso no seu domicílio?⁵²

Aventa-se, ainda, que o ponto fulcral a nortear o voto toca diretamente na validade do consentimento do morador, ainda carente, segundo pensa, de abordagem satisfatória pela jurisprudência.

Nesse íterim, traz à baila o direito comparado, contrastando precedentes e doutrina que tocam especificamente na inviolabilidade do domicílio. Na gênese da nação norte-americana, a garantia da inviolabilidade do domicílio institui-se na Quarta Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América.⁵³

Por sua vez, a Convenção Americana de Direitos Humanos também prevê a proteção domiciliar em seu art. 11⁵⁴, e, em igual sentido, a proteção é garantida no art. 8 da Convenção

⁵² BRASIL. STJ. **HC598.051**. 5ª Turma. Min. Rel. Rogério Schietti Cruz. Julgado em: 02/03/2021, p. 44-45. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=117457915&num_registro=202001762449&data=20210315&tipo=91&formato=PDF. Acesso em: 23 jun. 2021.

⁵³ **Quarta Emenda** à Constituição dos Estados Unidos da América (1972), assim dispõe: *The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no warrants shall issue, but upon probable cause, supported by oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.* "O direito do povo de estar seguro em suas pessoas, casas, papéis e propriedades, contra buscas e apreensões não razoáveis, não será violado, e nenhum mandado será emitido, mas por causa provável, apoiado por juramento ou afirmação e particularmente descrevendo o lugar a ser procurado, e as pessoas ou coisas a serem apreendidas" – tradução livre. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Constitution of the United States of America**. 1972. Disponível em: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/GPO-CONAN-1992/pdf/GPO-CONAN-1992-7.pdf>. Acesso em: 23 jun. 2021.

⁵⁴ Art. 11º: Proteção da honra e da dignidade. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos ("Pacto de San José de Costa Rica")**, 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 23 jun. 2021.

Europeia dos Direitos do Homem.⁵⁵ A Espanha também prevê tal garantia no art. 18.2 da sua Constituição.⁵⁶

Destaca-se, ainda, que, na França, essa matéria é objeto de regulação pelo Código de Processo Penal, que exige, com mais detalhes, o expresse consentimento da pessoa em cuja casa houver operação policial.⁵⁷

Quanto às fundadas razões necessárias para o ingresso legal no domicílio, a jurisprudência e a doutrina pátria entendiam que o tráfico de drogas, enquanto crime de natureza permanente à consumação, protraía-se no tempo, nessas circunstâncias, e autorizado estaria o ingresso em domicílio a qualquer momento, sobretudo sem autorização judicial ou consentimento do morador.

Porém, no RE nº 603.616/RO, o Supremo Tribunal Federal aperfeiçoou esse entendimento. Na oportunidade, o plenário assentou a seguinte tese:

A entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas *a posteriori*, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade dos atos praticados.⁵⁸

A justa causa deve delimitar-se ao contexto que indique a existência da fundada razão, conforme assinalou o Min. Rel. do RE em destaque, ou seja, se o policial ouvir gritos de socorro e ruídos característicos de uma briga, vindos de dentro de uma residência, pode nela adentrar, porque tem razões fundadas para crer que um crime está em andamento no ambiente doméstico. Provas ilícitas, denúncias anônimas da comunidade ou de pessoas ligadas ao crime, que passam

⁵⁵ Art. 8º: Direito ao respeito pela vida privada e familiar. 1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência. CONSELHO DA EUROPA. **Convenção Europeia dos Direitos do Homem**, 1950 Disponível em: https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf. Acesso em: 14 mar. 2021.

⁵⁶ Artigo 18. 2. *Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delitohomem.* ESPANHA. **Constituição Espanhola de 27 de dezembro de 1978**. Disponível em: <https://iberred.org/pt/legislacion-penal/constituicao-espanhola-de-27-de-dezembro-de-1978>. Acesso em: 23 jun. 2021.

⁵⁷ Art. 76. *Les perquisitions, visites domiciliaires et saisies de pièces à conviction ou de biens dont la confiscation est prévue à l'article 131-21 du code pénal ne peuvent être effectuées sans l'assentiment exprès de la personne chez laquelle l'opération a lieu. Cet assentiment doit faire l'objet d'une déclaration écrite de la main de l'intéressé ou, si celui-ci ne sait écrire, il en est fait mention au procès-verbal ainsi que de son assentimento.* As buscas, visitas domiciliares e apreensão de objetos ou bens cujo confisco esteja previsto no artigo 131-21 do Código Penal não podem ser realizadas sem o consentimento expresse da pessoa em cuja residência a operação tem lugar. Este assentimento deve ser objeto de declaração escrita pela mão do interessado ou, caso este não possa escrever, deve constar da ata com o seu assentimento – tradução livre). FRANÇA. **Code de procédure pénale**. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/download/pdf/legiOrKali?id=LEGITEXT000006071154.pdf&size=3,8%20Mo&pathToFile=/LEGI/TEXT/00/00/06/07/11/54/LEGITEXT000006071154/LEGITEXT000006071154.pdf&title=Code%20de%20proc%C3%A9dure%20p%C3%A9nale>. Acesso em: 23 jun. 2021.

⁵⁸ BRASIL. STF. **REext603.616**. Plenário. Min. Rel. Gilmar Mendes. Julgado em: 05/11/2015. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=309449411&ext=.pdf>. Acesso em: 23 jun. 2021.

informações sob o compromisso de identificadas não serem, são elementos probatórios sem força para demonstrar em juízo a justa causa.

Entretanto, o ponto nevrálgico que circunda a questão do ingresso no domicílio não se limita apenas ao vício do consentimento, mas também ao crime considerado permanente: tráfico de entorpecentes e armamento ilícito guarnecido no local. Não raro, é essa a causa motivadora de interesse ao acesso interno do lar pelos agentes. Questiona-se, portanto, a necessidade do ingresso forçado para pôr fim a esse crime que se protraí no tempo, mas que risco não oferece à vida, diferentemente do perigo eminente constante num cárcere privado, por exemplo.

Dispõe de vida a carecer de proteção urgente o material ilícito? O único perigo em eminência seria o seu esvaír. Ademais, por que a polícia não se exime do risco de um ato inválido na busca e apreensão, já que pode encontrar guarida em um mandado judicial fundamentado? Quando munida deste, presume-se que houve, no mínimo, uma investigação ou, ao menos, está em curso. Não obstante, há o *fumus commissi delicti* que a aproximou da probabilidade da ocorrência de um delito, levando-a ao feito assegurado em lei.

Do contrário, trata-se de tentativas fundadas na subjetiva intuição investigativa do policial, que, por sua vez, legitima com frequência a arbitrariedade e o abuso de poder, prestando, assim, um desserviço ao bem geral da sociedade. Além disso, não é razoável conferir ao servidor da segurança pública total discricionariedade para avaliações subjetivas e intuitivas.

Nessa mesma direção, posicionou-se o Min. Lewandowski, no RE, em comentário ao assinalar a necessidade de se limitar o ingresso na residência ou alguma responsabilização para os agentes estatais, porquanto é sabido como, na realidade, as coisas acontecem: a polícia invade, arrebenta, sobretudo as casas mais humildes, e depois dá uma justificção qualquer, *a posteriori*, de forma oral, na delegacia de polícia.⁵⁹

Com igual ênfase, manifestou-se o Min. Marco Aurélio, indagando o *modus operandi* dos agentes de segurança pública, visto que o próprio juiz pode determinar a busca e apreensão somente durante o dia, enquanto aqueles, sem solicitar a justiça, arrombam casas, intuídos a buscar e apreender tóxicos? Logo, esvai-se a garantia constitucional prevista no inciso XI, do art. 5º, da Carta Magna.⁶⁰

Violar domicílios que gozam de proteção constitucional deveria ser a exceção, e não a regra burlada em maquiladas licitudes por conta de quem os adentrou, tendo em sua palavra a fé e a credibilidade estatal. No entanto, em que pese a criminalidade deva ser enfrentada pelos órgãos de

⁵⁹ BRASIL. STF. **REext603.616**. Plenário. Min. Rel. Gilmar Mendes. Julgado em: 05/11/2015, p. 29. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=309449411&ext=.pdf>. Acesso em: 23 jun. 2021.

⁶⁰ BRASIL. STF. **REext603.616**. Plenário. Min. Rel. Gilmar Mendes. Julgado em: 05/11/2015, p. 29. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=309449411&ext=.pdf>. Acesso em: 23 jun. 2021.

segurança pública, o esperado de uma operação policial é que, no mínimo, atue nos parâmetros da lei, pois, do contrário, comete crime sob a justificativa de dar cabo a outro, isso independentemente do nível da ilicitude. Crime é crime, mesmo guarnecido em supostas boas intenções.

Cerca de 91% das prisões são realizadas com a entrada de policiais nas residências sem autorização judicial.⁶¹ Seria esse percentual a exceção ou já uma indireta regra prática sem regulamentação? A partir dessa informação, é possível emergir mais dois pontos para reflexão: primeiro, se a possibilidade de violação da privacidade alheia é mais viável diante do “convite ou consentimento”, o mandado judicial torna-se uma eventual formalidade a ser fugada, visto que o assentimento o excepciona; segundo, a intuição policial, não raro, também excepciona o mandado judicial, visto que, diante dela, é checado o lar alheio alicerçado na dúvida: será certa minha intuição?

Na pior das hipóteses, perde o tempo diante do nada, porém jamais a oportunidade. E os danos causados aos moradores que ali se encontravam? O direito à inviolabilidade do domicílio não protege apenas o alvo da atuação policial, mas também todo o grupo de pessoas que reside ou se encontra no local da diligência.

Para a obtenção de resultados satisfatórios no enfrentamento ao crime, os meios empregados devem vincular-se aos limites constantes no regramento das leis e da CF, tendo em vista os valores fundamentais da dignidade da pessoa humana que de salvaguarda servem à proscrição de provas ilícitas. Logo, a autorização judicial é o caminho menos incerto a se tomar, de forma a angariar elementos de informações mais robustos e abrangentes que, por fim, deem aso ao fundamentado mandado. Esse é um baixo custo por se viver em uma democracia.

Entretanto, partindo para a análise do consentimento do cidadão que recebe o Estado/Polícia em seu lar, o Min. Rel. Schietti pontua que essa questão demanda firme posição dos tribunais pátrios na análise dos autos de prisão em flagrante, decorrentes de ingresso em domicílios pelos policiais. Isso porque não há, no âmbito normativo nem na jurisprudência pátria, previsão de requisitos ou condições a serem observadas para minimizar o risco de abusos nas buscas domiciliares.

Essa matéria nunca havia sido enfrentada de forma aprofundada no Brasil, o que acaba por perpetuar constantes abusos, haja vista que até os temas penais constantemente debatidos sob inúmeras perspectivas seguem às margens da arbitrariedade dos órgãos de segurança pública. Então, o que esperar dessa questão inserida na sociedade e ausente nas pautas de resoluções do judiciário, doutrina e academia? A lei nada diz sobre como deve ocorrer o consentimento do morador e como

⁶¹ FILHO, Ademar Borges de Sousa. **O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 47.

aferir a sua validade e voluntariedade, mas, se dito fosse, surtiria efeito prático a ponto de cessar com as dúvidas se houve ou não a aquiescência válida de todos os submetidos a esse ato? A desigualdade no tratamento dos abordados, a depender da região, contribui para as dúvidas. Nesse sentido:

É fato notório que o *modus operandi* da polícia brasileira varia de acordo com a localidade geográfica a ser rondada em contraste às características do indivíduo abordado, isso dando a entender que determinados traços humanos são incompatíveis com o ambiente que inseridos estão. Em um país marcado por alta desigualdade social e racial, a construção da suspeita com base em critérios subjetivos e no senso comum tende a se amparar na estigmatização de grupos e tipos marginalizados como potenciais criminosos, cristalizados como tipos ideais de suspeitos. A suspeição repousa assim sobre uma conjunção de fatores subjetivos considerados de risco, tais “como idade, gênero, cor, classe social, geografia, vestimenta, comportamento e situação de policiamento”.⁶²

Não é à toa que as abordagens tendem a voltar-se contra grupos já objetos de exclusão, o que resulta não eventualmente em repressão policial.

Acerca disso, o Min. Rel. destacou em seu voto uma reportagem que ilustra o contexto abordado anteriormente, em que uma operação policial realizada em SP, a ROTA, usou um cão farejador para abordar os moradores de um prédio na região do Glicério, entrando em apartamentos sem mandado judicial, bem como realizando revistas pessoais aleatórias. Um dos abordados relatou: “Bateram na porta, eu abri, e eles já colocaram a arma na minha cara, perguntaram se poderiam entrar na minha casa para ver se tinha alguma coisa (drogas)”, salientando, ainda, que não havia a possibilidade de valer-se do não ou sequer argumentar com os policiais que vestiam touca ninja.⁶³ Há possibilidade de uma pessoa valer-se do próprio querer nessas circunstâncias?

Em busca de respostas, o Min. Rel. analisa o tema no direito comparado, dando ênfase aos procedimentos adotados pelos Estados Unidos devido à riqueza jurisprudencial da Corte. Ressalta que, como aqui, não há normatização detalhada nas respectivas leis e Constituições, mas os EUA fornecem mais subsídios para melhor análise. A compreensão da doutrina e da jurisprudência norte-americanas sobre o consentimento do morador é a de que, para ser válido, deve ser inequívoco, específico e conscientemente dado, não contaminado por qualquer truculência ou coerção.⁶⁴

⁶² TERRA. 2010 apud BRASIL. STJ. **HC598.051**. 5ª Turma. Min. Rel. Rogerio Schietti Cruz. Julgado em: 02/03/2021, p. 37. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=117457915&num_registro=202001762449&data=20210315&tipo=91&formato=PDF. Acesso em: 23 jun. 2021.

⁶³ CRUZ, Maria Teresa; VASCONCELOS, Caê. **Rota entra em apartamento sem mandado e revista moradores no centro de SP**. Ponte, 2019. Disponível em: <https://ponte.org/rota-entra-em-apartamentos-sem-mandado-e-revista-moradores-no-centro-de-sp/>. Acesso em 16 jun. 21.

⁶⁴ “*consent, to be valid, ‘must be unequivocal, specific and intelligently given, uncontaminated by any duress or coercion’*”. United States v McCaleb, 552 F2d 717, 721 (6th Cir 1977), citing Simmons v Bomar, 349 F2d 365, 366 (6th Cir 1965). EUA. 1977 apud BRASIL. STJ. **HC598.051**. 5ª Turma. Min. Rel. Rogerio Schietti Cruz. Julgado em: 02/03/2021, p. 37. Disponível em:

Em *Scheneckloth v. Bustamonte*, a SCOTUS estabeleceu algumas orientações sobre o significado do termo “consentimento”. Decidiu, assim, que as buscas mediante o assentimento do morador são permitidas, mas o Estado carrega o ônus de provar que o consentimento foi livre e voluntariamente dado. Quando se percebe coação em sua vontade, o consentir não é considerado livre. A Corte indicou que o teste da “*totality of circumstances*”⁶⁵ deve ser aplicado mentalmente, considerando fatores relativos ao próprio suspeito (se ele é vulnerável devido à falta de estudos, à baixa inteligência, à perturbação mental ou à intoxicação por drogas ou álcool).

Isso significa que, se o indivíduo se encontra detido, ou diante de policiais que portam à vista suas armas, ou se lhe disseram ter o direito de realizar a busca, assim como outras sutis formas de abuso, a coação é caracterizada; logo, o consentimento é viciado.⁶⁶ Traços subjetivos, incluindo a idade do suspeito, o nível de educação, a inteligência, a duração da detenção e a natureza do interrogatório, são considerados em uma avaliação de voluntariedade da “totalidade das circunstâncias”⁶⁷. Portanto, quando o promotor se baseia no consentimento para justificar a legalidade de uma busca, cabe a ele o ônus de provar a voluntariedade do consentimento dado.⁶⁸

Em vista disso, as diretrizes construídas pela Suprema Corte para aferir a validade do ingresso domiciliar por agentes policiais são:

https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=117457915&num_registro=202001762449&data=20210315&tipo=91&formato=PDF. Acesso em: 23 jun. 2021.

⁶⁴ CRUZ, Maria Teresa; VASCONCELOS, Caê. **Rota entra em apartamento sem mandado e revista moradores no centro de SP**. Ponte, 2019. Disponível em: <https://ponte.org/rota-entra-em-apartamentos-sem-mandado-e-revista-moradores-no-centro-de-sp/>. Acesso em 16 jun. 21.

⁶⁵ **Scheneckloth v. Bustamonte**. 412 U.S. 218 (1973). EUA. 1973 apud BRASIL. STJ. **HC598.051**. 5ª Turma. Min. Rel. Rogerio Schietti Cruz. Julgado em: 02/03/2021, p. 37. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=117457915&num_registro=202001762449&data=20210315&tipo=91&formato=PDF. Acesso em: 23 jun. 2021.

⁶⁶ CRUZ, Maria Teresa; VASCONCELOS, Caê. **Rota entra em apartamento sem mandado e revista moradores no centro de SP**. Ponte, 2019. Disponível em: <https://ponte.org/rota-entra-em-apartamentos-sem-mandado-e-revista-moradores-no-centro-de-sp/>. Acesso em 16 jun. 21.

⁶⁶ ISRAEL, Jerold; LAFAVE, Wayne. **Criminal procedure. Constitutional limitations**. 5. ed. St. Paul: West Publishing, 1993, p. 139-141.

⁶⁷ (“*Subjective traits, including the suspect's age, education level, intelligence, the length of detention, and the nature of the questioning are all considered in a 'totality of the circumstances' assessment of voluntariness.*”). Rachel Karen Laser (Unreasonable Suspicion: Relying on Refusals to Support Terry Stops. The University of Chicago Law Review, v. 62, n. 3 (Summer, 1995), p. 1.161-1.185. LASERM Rachel Karen. 1995 apud BRASIL. STJ. **HC598.051**. 5ª Turma. Min. Rel. Schietti Cruz. Julgado em: 02/03/2021, p. 37. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=117457915&num_registro=202001762449&data=20210315&tipo=91&formato=PDF. Acesso em: 23 jun. 2021.

⁶⁷ CRUZ, Maria Teresa; VASCONCELOS, Caê. **Rota entra em apartamento sem mandado e revista moradores no centro de SP**. Ponte, 2019. Disponível em: <https://ponte.org/rota-entra-em-apartamentos-sem-mandado-e-revista-moradores-no-centro-de-sp/>. Acesso em 16 jun. 21.

⁶⁸ “*When a prosecutor seeks to rely upon consent to justify the lawfulness of a search, he has the burden of proving that the consent was, in fact, freely and voluntarily given.*” LASER, Rachel Karen 1995 apud BRASIL. STJ. **HC598.051**. 5ª Turma. Min. Rel. Schietti Cruz. Julgado em: 02/03/2021, p. 37. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=117457915&num_registro=202001762449&data=20210315&tipo=91&formato=PDF. Acesso em: 23 jun. 2021.

1. Número de policiais: a presença de vários agentes é um fator intimidante e, portanto, anula a voluntariedade do consentimento;⁶⁹
2. Suspeito cercado de policiais: coercitivo é quando estes cercam o sujeito buscando sua aquiescência;⁷⁰
3. Atitude dos policiais: a maneira de se apresentar e de buscar o consentimento pode comprometer a validade da busca se confrontado for o morador diante de uma polícia que não aceitará um não como resposta;⁷¹
4. Exigência de busca: é involuntário o consentimento quando a polícia sugere ter um mandado judicial sem ter, ou disser que poderá passar a ter;⁷²
5. Ameaças ao suspeito: viciada é a voluntariedade se resultar de ameaças por parte do policial, como sugerir a prisão caso não colabore;⁷³ e
6. Hora da diligência: a presença de policiais fardados e armados na porta da residência é algo em si assustador, especialmente se os ocupantes estiverem dormindo. A lei reconhece a “vulnerabilidade especial” das pessoas “despertadas à noite por invasão da polícia em sua morada”, o que exige ainda maior cautela no exame de sua validade, destacou o Tribunal de Apelações dos EUA.⁷⁴

Ainda, nos EUA, também é usual a assinatura de um formulário pela pessoa que consentiu o ingresso em seu domicílio, para atestar a voluntariedade de seu consentimento. A eventual recusa em assinar a declaração de assentimento não impede que a busca se realize, desde que comprovada pela acusação a voluntariedade do consentir externado.⁷⁵ Todavia, uma declaração assinada não terá

-
- ⁶⁹ People v. Michael (1955) 45 Cal.2d 751, 754; U.S. v. Washington (9a Cir. 2004) 387 F.3d 1060, 1068; Orhorhaghe v. I.N.S. (9 Cir. 1994) 38 F.3d 488, 494; U.S. v. Conner (8th Cir. 1997) 127 F.3d 663, 666; State v. Ferrier (Wash. 1998) 960 P.2d 927, 928. BRASIL. STJ. **HC598.051**. 5ª Turma. Min. Rel. Schietti Cruz. Julgado em: 02/03/2021, p. 37. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=117457915&num_registro=202001762449&data=20210315&tipo=91&formato=PDF. Acesso em: 23 jun. 2021.
- ⁷⁰ U.S. v. Washington (9 Cir. 2004) 387 F.3d 1060, 1068; Orhorhaghe v. I.N.S. (9a Cir. 1994) 38 F.3d 488, 494, fn. 8. BRASIL. STJ. **HC598.051**. 5ª Turma. Min. Rel. Schietti Cruz. Julgado em: 02/03/2021, p. 37. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=117457915&num_registro=202001762449&data=20210315&tipo=91&formato=PDF. Acesso em: 23 jun. 2021.
- ⁷¹ EUA v. Tobin (11 Cir. 1991) 923 F.2d 1506, 1512; Orhorhaghe v. I.N.S (9 Cir. 1994) 38 F.3d 488, 495-6; People v. Boyer (1989) 48 Cal.3d 247, 268. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC598.051**. 5ª Turma. Min. Rel. Schietti Cruz. Julgado em: 02/03/2021, p. 37. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=117457915&num_registro=202001762449&data=20210315&tipo=91&formato=PDF. Acesso em: 23 jun. 2021.
- ⁷² Bumper v. Carolina do Norte (1968) 391 U.S. 543, 550; Lo-Ji Sales, Inc. v. Nova York (1979) 442 U.S. 319, 329; People v. Challoner (1982) 136 Cal.App.3d 779, 781; People v. Baker (1986) 187 Cal.App.3d 562, 564; Pessoas v. Byrd (1974) 38 Cal.App.3d 941, 944; People v. Ruper (1966) 244 Cal.App.2d 292, 298; People v. McClure (1974) 39 Cal.App.3d 64, 69; People v. Ruster (1976) 16 Cal.3d 690, 701; People v. Jenkins (1980) 28 Cal.3d 494, 503, fn.9]; People v. Gurtenstein (1977) 69 Cal.App.3d 441; People v. Ward (1972) 27 Cal.App.3d 218; People v. Goldberg (1984) 161 Cal.App.3d 170, 188. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC598.051**. 5ª Turma. Min. Rel. Schietti Cruz. Julgado em: 02/03/2021, p. 37. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=117457915&num_registro=202001762449&data=20210315&tipo=91&formato=PDF. Acesso em: 23 jun. 2021.
- ⁷³ U.S. v. Washington (9 Cir. 2004) 387 F.3d 1060, 1069; Wilson v. Tribunal Superior (1983). Crofoot v. Tribunal Superior (1981) 121 Cal.App.3d 717. apud BRASIL. STJ. **HC598.051**. 5ª Turma. Min. Rel. Schietti Cruz. Julgado em: 02/03/2021, p. 37. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=117457915&num_registro=202001762449&data=20210315&tipo=91&formato=PDF. Acesso em: 23 jun. 2021.
- ⁷⁴ US v. Jerez (7 Cir. 1997) 108 F.3d 684, 690; US v. Ravich (2 Cir. 1970) 421 F.2d 1196, 1201. BRASIL. STJ. **HC598.051**. 5ª Turma. Min. Rel. Schietti Cruz. Julgado em: 02/03/2021, p. 37. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=117457915&num_registro=202001762449&data=20210315&tipo=91&formato=PDF. Acesso em: 23 jun. 2021.
- ⁷⁵ North Carolina v. Butler (1979) 441 U.S. 369, 373; People v. Ramirez (1997) 59 Cal.App.4th 1548, 1558; U.S. v. Castillo (9a Cir. 1989) 866 F.2d 1071, 1082. apud BRASIL. STJ **HC598.051**. 5ª Turma. Min. Rel. Schietti Cruz.

validade se as circunstâncias indicarem que ela foi obtida de forma coercitiva ou houver dúvidas sobre a voluntariedade do consentimento.⁷⁶

Contudo, é passada a hora de se rever a compreensão e frear as violações abusivas dos lares da população mais carente, permanentemente exposta ao risco de ter a sua privacidade desrespeitada por ações de servidores do Estado, que, mesmo quando movidos por boas intenções, não seguem parâmetros mínimos de proteção à intimidade das pessoas que a residência ocupam, conforme pontuou o Min. Rel.⁷⁷

Entretanto, antes de propor uma tentativa de solução ao problema, o Min. respondeu às perguntas emergidas no início do seu voto, assim concluindo:

1. Na hipótese de suspeita de crime em flagrante, exige-se, em termos de *standard* probatório para ingresso no domicílio do suspeito sem mandado judicial, a existência de fundadas razões aferidas de modo objetivo e justificadas, de maneira a indicar que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito.
2. O tráfico ilícito de entorpecentes, em que pese ser classificado como crime de natureza permanente, nem sempre autoriza a entrada sem mandado no domicílio onde supostamente se encontra a droga. Apenas permitido o ingresso em situações de urgência, quando se concluir que do atraso decorrente da obtenção de mandado judicial se possa inferir que a prova do crime possa ser destruída ou ocultada.
3. O consentimento do morador, para validar o ingresso de agentes estatais em sua casa e a busca e apreensão de objetos relacionados ao crime, precisa ser voluntário e livre de qualquer tipo de constrangimento ou coação.
4. A prova da legalidade e da voluntariedade do consentimento para o ingresso na residência do suspeito incumbe, em caso de dúvida, ao Estado, e deve ser feita com declaração assinada pela pessoa que autorizou o ingresso domiciliar, indicando-se, sempre que possível, testemunhas do ato. Em todo caso, a operação deve ser registrada em áudio-vídeo e preservada tal prova enquanto durar o processo.
5. A violação a essas regras e condições legais e constitucionais para o ingresso no domicílio alheio resulta na ilicitude das provas obtidas em decorrência da medida, bem como das demais provas que dela decorrerem em relação de causalidade, sem prejuízo de eventual responsabilização penal do(s) agente(s) público(s) que tenha(m) realizado a diligência.⁷⁸

Julgado em: 02/03/2021, p. 37. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=117457915&num_registro=202001762449&data=20210315&tipo=91&formato=PDF. Acesso em: 23 jun. 2021.

⁷⁶ Haley v. Ohio (1947) 332 U.S. 596, 601. “Formulas of respect for constitutional safeguards cannot prevail over the facts of life which contradict them.”; People v. Andersen (1980) 101 Cal.App.3d 563, 579. “An assertion that no promises are being made may be contradicted by subsequent conversation”. apud BRASIL. STJ. **HC598.051**. 5ª Turma. Min. Rel. Schietti Cruz. Julgado em: 02/03/2021, p. 37. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=117457915&num_registro=202001762449&data=20210315&tipo=91&formato=PDF. Acesso em: 23 jun. 2021.

⁷⁷ BRASIL. STJ. **HC598.051**. 5ª Turma. Min. Rel. Schietti Cruz. Julgado em: 02/03/2021, p. 37. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=117457915&num_registro=202001762449&data=20210315&tipo=91&formato=PDF. Acesso em: 23 jun. 2021.

⁷⁸ BRASIL. STJ. **HC598.051**. 5ª Turma. Min. Rel. Rogerio Schietti Cruz. Julgado em: 02/03/2021, p. 61. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=117457915&num_registro=202001762449&data=20210315&tipo=91&formato=PDF. Acesso em: 23 jun. 2021.

Diante de todo o exposto, o Min. Rel. Schietti determinou a todos os órgãos de segurança pública do território nacional que, no prazo de um ano, os agentes estatais munam-se de câmeras acopladas em seus uniformes quando estiverem de serviço. Elas serão fornecidas pelo Estado respectivo, a fim de registrar detalhadamente as operações de ingresso em domicílio alheio, bem como as abordagens rotineiras.

Além da diligência registrada em vídeo e áudio, também será necessária a autorização assinada que externa o consentimento sem vícios do morador. No entanto, até que se ultime tal providência em todas as unidades federativas, não haverá óbice para a diligência ser registrada com a câmera fotográfica do celular pessoal do policial, assim como os moradores poderão valer-se também do feito.

Esse entendimento, sobretudo, denota um avanço sem precedentes na história do judiciário brasileiro, que, pela primeira vez, trouxe à baila o que por décadas fora silenciado no país: a validade do consentimento dos que diariamente estão sujeitos às imprevisões da pouca sorte, a depender de quem são e onde residem. Todavia, embora seja uma decisão marco em favor das garantias e dos direitos individuais, não se apresenta suficiente em detrimento da aquiescência real descolada dos vícios, tendo em vista que, mesmo diante de aparelhos tecnológicos que capturem o esvair do tempo, assegurando-o em registros, ainda será possível, por medo, externar o sim quando ansiados pelo não.

Nesse caso, o contexto inóspito do sujeito mais fraco submetido aos atos do mais forte será o mesmo que sempre fora, embora agora esteja supostamente amparado de aparatos manipulados pelos que almejam o sim.

Entretanto, a hipótese de regressão, de eximirem-se os agentes estatais do automonitoramento em serviço, a fim de prestar contas à sociedade, não se deve cogitar. Isso porque os elementos colhidos podem ser utilizados como meio de prova em favor do cidadão — não o limitando às arbitrariedades expostas até o presente momento — e servem de aparato em favor do exercício policial, que pode beneficiar-se do conteúdo registrado em caso de eventual acusação injusta. Além disso, em tempo, utilizar a tecnologia em serviço do cidadão é um avanço social, visto que já era passada a hora de monitorar a bondade, os meios e as predileções dos bons.

5. CONSENTIMENTO: A (IN)VALIDAÇÃO QUE LEGITIMA A VIOLAÇÃO

Consentimento é um substantivo formado pelo verbo consentir. É sinônimo de permissão e licença, sendo, portanto, uma favorável concordância quanto a uma possível solicitação ou pedido. Indica também que é não mais que uma unanimidade de opiniões ou acordo aquiescido entre as

envolvidas partes.⁷⁹ Sendo assim, para o consentimento ser formalizado, imperiosa é a livre autonomia.

Para emergir a complexidade característica em torno desse fenômeno, excursionamos por alguns institutos afetos ao tema, tais como liberdade, dignidade e medo, uma vez que são fenômenos que se imbricam quando a busca é pelo consentimento imaculado. Ademais, uma escala crescente tangerá a necessidade de vinculação dos sentimentos e direitos envoltos do aquiescer, na medida em que a intenção não é destacar os efeitos mais ou menos importantes, mas ressaltar que, quando submetidos a uma possível violação, fazem-se, portanto, indispensáveis os seus desdobramentos para melhor compreensão do tema.

Entende-se, sobretudo, que o consentimento sem vícios advém da autonomia do sujeito, isso enquanto o Ser livre é dotado de dignidade e direitos. Não obstante, uma vez limitada a liberdade ao coadunar-se a um ambiente autoritário, o medo passa a ser uma possibilidade de maculação da autonomia, o que não raro resultará na renúncia de garantias fundamentais, tal como a própria dignidade do submetido, por sujeitar-se a ser o que não é, bem como compelir-se a externar o que pouco quer. A autonomia e a autodeterminação do homem são o centro da dignidade da pessoa humana.⁸⁰ O elemento nuclear da noção de dignidade, por sua vez, parece ser reconduzido primordialmente à autonomia e ao direito de autodeterminação.⁸¹

Valor em si é o que o ser humano possui, e, portanto, a dignidade se manifesta como autonomia privada presente no conteúdo essencial da liberdade e no direito de autodeterminação sem interferências externas ilegítimas. Assim, qualquer interferência externa, estatal ou não, na autonomia e na liberdade do indivíduo, é um abuso e, como tal, deve ser cessado.⁸²

A autonomia tem por oxigênio o respeito à livre escolha individual do homem, aclarando-se no ideário de que o homem livre sabe o que quer e o que melhor para si e para o seu caminho é. No entanto, decidir o melhor meio de vida para uma pessoa autônoma significa invadir sua esfera íntima de liberdade.⁸³ O indivíduo não pode legitimamente ser compelido a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, porque tal seja melhor para ele, porque tal o faça mais feliz, porque, na opinião dos

⁷⁹ **CONSENTIMENTO.** Dicionário Michaelis. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/consentimento>. Acesso em: 23 jun. 2021.

⁸⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **As dimensões da dignidade da pessoa humana.** Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC, v. 09, jan./jun. 2007, p. 20. Disponível em: <http://www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/137/131>. Acesso em: 23 jun. 2021.

⁸¹ MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia Privada e Dignidade Humana.** Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 99.

⁸² BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional.** 1. Ed. Rio de Janeiro: Fórum, 2012, p. 21 e ss.

⁸³ MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Paternalismo jurídico-Penal.** 2010, 297 f. Tese (Doutorado em Direito) – Departamento de Pós-Graduação da Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 63-64. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-27012011-113618/publico/TESE_versao_final.pdf. Acesso em: 23 jun. 2021.

outros, tal seja sábio ou reto.⁸⁴ A autonomia pressupõe um indivíduo regando a sua vida, sem intervenções estatais, a não ser em caso de prejuízo a terceiros.⁸⁵ Íntima relação têm a liberdade e a autonomia, pois não deixam de ser a autonomia e a liberdade em si de uma pessoa decidir algo.

A ideia de pessoa autônoma parece envolver mais que a capacidade geral de agir conforme desejos e escolhas particulares. João Martinelli sugere uma capacidade geral de autodeterminação e controle da própria vida. Quem tem autonomia tem liberdade para decidir qual caminho seguir em sua conduta. A liberdade é o conjunto de faculdades que uma pessoa tem para agir de acordo com a sua consciência. Assim, autônomo é o sujeito livre, desimpedido e desprendido de qualquer coação ou vício de discernimento.⁸⁶ Por conseguinte, pouca é a possibilidade do exercício da autonomia descolada da liberdade. Nesse aspecto, João Martinelli pontua os básicos pressupostos da autonomia sem vícios do indivíduo:

I. Capacidade de discernimento; II. Condições de agir conforme sua consciência e III. Liberdade de agir restringida pela preservação do interesse alheio.⁸⁷ Deve ser entendida por capacidade de discernimento a qualidade pessoal de cada um em analisar e filtrar conceitos, objetos; é a capacidade que o sujeito possui de lançar um juízo sobre algo, devendo ter capacidade de discernir sobre o objeto de sua autonomia, do seu querer. Por sua vez, condições de agir conforme sua consciência implica necessariamente que o sujeito deve agir conforme a razão, assim só pode agir com consciência aquele que impõe seu desejo, fazendo aquilo que de fato quer fazer, porém de forma orientada e segura. Entretanto, na liberdade de agir restringida pela preservação do interesse alheio, só age com consciência aquele que além de imprimir sua vontade, a baliza pela preservação do direito de outrem. O interesse de terceiros deve servir como um alerta à liberdade de todos; o direito à liberdade não deve turbar a liberdade do outro, sendo um freio, um limite para a autonomia.⁸⁸

Isso significa dizer que o direito à autonomia e à liberdade não é absoluto.

Em sua época, John Stuart Mill já ruminava e defendia as garantias individuais em detrimento dos limites que asseguram os direitos coletivos, precisando que a única finalidade justificativa da interferência dos homens, individual e coletivamente, na liberdade de ação de outrem, é a autoproteção. O único propósito com o qual se legitima o exercício do poder sobre

⁸⁴ MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. Tradução e prefácio de Alberto da Rocha Barros. Petrópolis: Vozes, 2019, p. 35.

⁸⁵ COSTA, Marli Marlene Morais da; DIAS, Felipe da Veiga. **O Paternalismo Penal Estatal no Brasil e as Incompatibilidades na Busca de proteção dos direitos e garantias fundamentais: Casas de prostituição como forma de opressão punitiva de gênero**. Revista de Direitos fundamentais e democracia, Curitiba, v. 10, n. 10. 2011, p. 270.

⁸⁶ MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Paternalismo jurídico-Penal**. 2010, 297 f. Tese (Doutorado em Direito – Departamento de Pós-Graduação da Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 63-64. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-27012011-113618/publico/TESE_versao_final.pdf. Acesso em: 23 jun. 2021.

⁸⁷ MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Paternalismo jurídico-Penal**. 2010, 297 f. Tese (Doutorado em Direito) – Departamento de Pós-Graduação da Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 173. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-27012011-113618/publico/TESE_versao_final.pdf. Acesso em: 23 jun. 2021.

⁸⁸ Ibidem, p. 174.

algum membro de uma comunidade civilizada contra a sua vontade é impedir dano a outrem. O próprio bem do indivíduo, seja material, seja moral, não constitui justificacão suficiente.

Embora se presumam boas razões para aconselhá-lo, estas não podem ser causa de coacção ou penalidade. A única parte da conduta por que alguém responda perante a sociedade é a que concerne aos outros. No que diz respeito a ele próprio, a sua independência é, de direito, absoluta. Sobre si mesmo, sobre o seu próprio corpo e espírito, o indivíduo é soberano.⁸⁹ Todavia, a absolutez referida quanto à liberdade ilimitada do indivíduo no que tange a si não é sem limites, haja vista que o Estado é paternalista⁹⁰ e visa à proteccão individual do ser humano contra o mal que pode a si dar causa.

Acerca do que foi emergido, é possível clarear o entendimento relativo ao verdadeiro consentir. Vital é a livre autonomia sob parâmetros em que não haja restrições à liberdade do sujeito no exercício da sua dignidade enquanto pessoa dotada de direitos e deveres. Porém, imperioso ainda é tocar no sentimento que o envolve quando compelido em ambientes que declinam à involuntária submissão, o medo. Esse sentimento nasceu com o homem na mais obscura das eras⁹¹ e está em nós, acompanhando-nos por toda a nossa existência.⁹²

Será possível fugir desse destino? Quando inserido em situacão impassível de controle capaz de lançar o sujeito à própria sorte, o medo não há de ser uma consequência? Na escuridão, tudo pode acontecer, mas não há como dizer o que virá. A escuridão não constitui a causa do perigo, mas é o habitat natural da incerteza e, portanto, do medo.⁹³

Todos os homens têm medo. Todos. Aquele que não tem medo não é normal, e isso nada tem a ver com a coragem.⁹⁴ Por excelência, o homem é um ser que tem medo⁹⁵, pois a insegurança é um símbolo de morte, enquanto a segurancça, de vida.⁹⁶

⁸⁹ MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. Tradução e prefácio de Alberto da Rocha Barros. Petrópolis: Vozes, 2019, p. 35-36.

⁹⁰ O paternalismo estatal verifica-se quando o agente que atua é o próprio Estado a favor de indivíduos que se encontram no polo contraposto na condicão de sujeitos vulneráveis e que, por tal razão, merecem a proteccão do Estado por meio de mecanismos legitimamente admitidos. Consequentemente, a diferença entre o paternalismo judicial e o jurídico deve ser determinada pelo meio que exterioriza a respectiva açã paternalista. PEREIRA, Ana Lucia Pretto; BRAZZALE, Flávia Balduino. **Paternalismo estatal, autonomia e Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Revista de Ciências Jurídicas Pensar, Fortaleza, v. 22, n. 1, p. 3-33, jan./abr. 2017. p. 7.

⁹¹ DELPIERRE, Guy. **La peur et l'être**. Toulouse: privat, 1973, p. 27.

⁹² Ibidem, p. 8.

⁹³ BAUMAN, Zygmunt. **Medo líquido**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 8.

⁹⁴ SARTRE, Jean Paul. 1945 apud BRASIL. STJ. **HC598.051**. 5ª Turma. Min. Rel. Rogerio Schietti Cruz. Julgado em: 02/03/2021, p. 61. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=117457915&num_registro=202001762449&data=20210315&tipo=91&formato=PDF. Acesso em: 23 jun. 2021.

⁹⁵ ORAISON, M. 1961 apud BRASIL. STJ. **HC598.051**. 5ª Turma. Min. Rel. Rogerio Schietti Cruz. Julgado em: 02/03/2021, p. 61. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=117457915&num_registro=202001762449&data=20210315&tipo=91&formato=PDF. Acesso em: 23 jun. 2021.

⁹⁶ ODIER, Charles. 1947 apud BRASIL. STJ. **HC598.051**. 5ª Turma. Min. Rel. Rogerio Schietti Cruz. Julgado em: 02/03/2021, p. 61. Disponível em:

Hughes Lagrange, em seu fundamental estudo do medo, compartimenta esse sentimento em derivado e secundário, assim o definindo:

O medo derivado orienta o comportamento humano, tendo primitivamente reformado a sua percepção do mundo e as expectativas que guiam suas escolhas comportamentais, quer haja ou não uma ameaça imediatamente presente. O medo secundário pode ser visto como um rastro de uma experiência passada de enfrentamento da ameaça direta, ou seja, um resquício que sobrevive ao encontro e se torna um importante fator na modelagem da conduta humana mesmo que não haja mais uma ameaça direta à vida ou à integridade.⁹⁷

Logo, o incompreensível virou rotina⁹⁸, e, onde tudo é incerto, onde o interesse está constantemente em jogo, o medo é contínuo.⁹⁹ Assim, dados os efeitos desse sentimento que independe da voluntariedade humana, questiona-se: na hipótese de ser registrado por aparatos tecnológicos o aparente consentir sem vícios externos pelo cidadão submetido, o ponto em questão seria o porquê da recepção de sua parte quando se encontra diante dum Estado/Polícia sem o devido e fundamentado mandado judicial? Seria, por preferência enquanto sujeito, fincado num contexto cultural do qual a colaboração em massa é menos suscetível às imprevisíveis e maléficas consequências?

Ninguém reconhece no íntimo que o seu critério de julgamento é a sua preferência. Entretanto, uma opinião em matéria de conduta que não se alicerça em razões só pode ser tida como uma preferência pessoal. E se as razões, porventura dadas, constituem um mero apelo à preferência análoga sentida por outras pessoas, trata-se, ainda, tão somente de preferência de muitos em vez de preferência de um só¹⁰⁰, mas, onde quer que o sentimento da maioria seja ainda genuíno e intenso, verifica-se que pouco renunciou da pretensão a ser obedecida.¹⁰¹

Isso significa dizer que não é incomum o indivíduo deixar levar-se pela preferência dos seus pares, sendo influenciado pelo ambiente de que faz parte, uma vez que se padronizam suas reações em um parecido formato — aquiescendo à vista de manterem-se seguros de um incerto porvir —, resta viável a compreensão de que o que ocorre é fruto de um apelo à preferência análoga albergada não na racionalidade, mas na genuína pretensão à submissão e à obediência em massa,

https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=117457915&num_registro=202001762449&data=20210315&tipo=91&formato=PDF. Acesso em: 23 jun. 2021.

⁹⁷ LAGRANGE, Hughes apud BRASIL. STJ. **HC598.051**. 5ª Turma. Min. Rel. Rogerio Schietti Cruz. Julgado em: 02/03/2021, p. 61. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=117457915&num_registro=202001762449&data=20210315&tipo=91&formato=PDF. Acesso em: 23 jun. 2021.

⁹⁸ BAUMAN, Zygmunt. **Medo líquido**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 23.

⁹⁹ “Les peurs de l’homme dans le domaine économique e social”. BAUMAN, Zygmunt. **Medo líquido**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 17.

¹⁰⁰ Ibidem, p. 30.

¹⁰¹ MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. Tradução e prefácio de Alberto da Rocha Barros. Petrópolis: Vozes, 2019, p. 33.

visto que, se não há garantia de segurança, a predileção é satisfazer às expectativas alheias e abdicar da cara autonomia em detrimento de um *quantum* de dignidade.

Embora a liberdade, a autonomia e a dignidade sejam direitos outorgados à sociedade brasileira, não obstante esses direitos mínimos restringem-se aos selecionados Seres a depender de etiquetas morais, sociais e culturais. Desse modo, mesmo em solo regido pela democracia, ainda o Ser é compelido a bifurcações que o levam a optar por garantia menos prejudiciais, capazes de assegurar-lhe intacta incolumidade. Denota-se, portanto, a urgência em rever o verdadeiro conceito de sociedade livre, de democracia e o legítimo papel dos órgãos de segurança pública que, não esporadicamente, perdem a pública segurança do povo de vista, a fim de lhe turbarem os direitos que foram conquistados e as garantias que lhe são próprias.

Em que pese essas garantias estejam expressas na CF, é questionável o texto constante no inciso XI, do art. 5º, da CF, porque, quando a Carta Magna toca no consentimento do morador sobre o fato de que, em seu lar, pode recepcionar terceiros somente mediante aquiescência própria, entendemos que deveria ser expresso que a direção desse tópico é para os entes privados afetos ou não ao morador — vizinhos, amigos, familiares e afins. Nessas hipóteses, possível seria a ocorrência de uma vontade real, visto que, comumente entre os envolvidos que nutrem esse vínculo comunicacional, o cerco de opressão é ausente, e não há finalidades direcionadas a incriminar o anfitrião.

Mas, para viabilizar essa ascensão social, entendemos que será necessária a comprovação prática de que, mesmo quando submetidos ao sim registrado por aparatos tecnológicos, o indivíduo o faz por medo, não por predileção a abrir as portas do lar a qualquer desconhecido de farda sem o devido e fundamentado mandado judicial.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Assim como o acusado submetido ao processo criminal é presumido inocente até o esperado veredito — por ser viável o lastro probatório mínimo que determinará o desfecho —, conclui-se que não há possibilidade de descolar a suposição concernente à validade do consentir do sujeito aos atos do Estado/Polícia em seu lar, bem como o anuir que viabiliza o acesso livre ao aparelho celular do indivíduo em abordagens policiais.

Portanto, os vícios permanentes deveriam ser considerados no consentimento, porque, diferentemente de um caminho processual por meio do qual as provas terão o condão de absolver pela falta destas ou pela considerada inocência, nas hipóteses em que somente o consentimento valida e torna lícita a conduta dos agentes estatais — mesmo filmados —, não há meios passíveis de

comprovação capazes de sustentar uma possível incriminação do indivíduo que o sim externa aos agentes do Estado. Dessa forma, os meios maculados não devem justificar os supostos bons fins, e o consentimento é o argumento legitimador para o Estado punir quem supostamente consentiu.

Ainda assim, pouco viável é a emersão da real motivação do sujeito que involuntariamente se insere em um cenário inóspito, criado pelos órgãos de segurança pública, que, sem mandado judicial nessas hipóteses, estarão nele. Se advir de medo, coação e insegurança do incerto porvir, o submetido não terá condições de fazer valer o seu real querer, e, posto que não há meios capazes de tornar razoável o tolher dessas hipóteses, a fim de munir a polícia de razão em seus feitos, não existem, portanto, formas justas de justificar e legitimar a conduta do Ser que se apequena, conduzido por obediência e medo.

Atualmente, o tema do consentimento e seus requisitos de validação à violação domiciliar está no STF e aguarda vistas para ser debatido por meio do Recurso Extraordinário 1.368.160/RS. O caminho deve ser o legalmente previsto: lícito deve ser o ingresso forçado em domicílio pela polícia somente quando munidos de um fundamentado mandado judicial ou diante de estado flagrancial, demarcando, sobretudo, a justa causa prévia, assim como a devassa no celular deve ocorrer diante de uma fundamentada ordem judicial.

Alfim, o consentimento não deve ser causa a excepcionar o mandado judicial, que é a regra, e, por ora, o Estado não atua em exceção, ou, ao menos, não deveria. Nada disso, por óbvio, se confunde com tutela da impunidade, senão que se trata de buscar uma racional e democrática coexistência entre direitos fundamentais e o poder punitivo estatal, verdadeiras regras do jogo, que obrigatoriamente devem ser observadas nessa complexa relação. Do contrário, para além de continuar imerso na cultura autoritária e inquisitória, o que se faz é confiar o cordeiro ao lobo, crendo ainda, na tal estória, que tivera ele boas intenções ao devorar a Chapeuzinho.

REFERÊNCIAS

ANDERSON, Terence; SCHUM, David; TWINING, William. **Análisis de la prueba**. Tradução de: Flávia Carbonell e Claudio Agüero. Madrid: Marcial Pons, 2015.

BADARÓ, Gustavo. **Editorial dossiê “Prova penal: fundamentos epistemológicos e jurídicos”**. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 4, n. 1, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i1.138>. Acesso em: 01 mar. 2021.

BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional**. 1. Ed. Rio de Janeiro: Fórum, 2012.

BAUMAN, Zygmunt. **Medo líquido**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 mar. 2021.

BRASIL. **Criação da Relatoria Especial sobre “O Direito à Privacidade na Era Digital”**. Ministério Das Relações Exteriores, 2015. Disponível em: <http://antigo.itamaraty.gov.br/pt-BR/notas-a-imprensa/8460-criacao-da-relatoria-especial-sobre-o-direito-a-privacidade-na-era-digital>. Acesso em: 01 mar. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 01 mar. 2021.

BRASIL. **Lei Geral de Proteção de Dados entra em vigor**. Senado Federal, 2020. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/09/18/lei-geral-de-protecao-de-dados-entra-em-vigor>. Acesso em: 01 mar. 2021.

BRASIL. **Lei nº 12.695, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm. Acesso em: 01 mar. 2021.

BRASIL. **Lei nº 12.737, de 30 de novembro de 2012**. Dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112737.htm. Acesso em: 01 mar. 2021.

BRASIL. **LGPD entra em vigor**. Senado Federal, 2020. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/09/18/lei-geral-de-protecao-de-dados-entra-em-vigor>. Acesso em: 01 mar. 2021.

BRASIL. **Medida provisória nº 869, de 27 de dezembro de 2018**. Altera a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, para dispor sobre a proteção de dados pessoais e para criar a Autoridade Nacional de Proteção de Dados, e dá outras providências. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7904411&ts=1594019736542&disposition=inline>. Acesso em: 15. mar. 2021.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 113, de 2020**. Brasília: Senado Federal, 2020. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/140505>. Acesso em: 01 mar. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC391.080**. 6ª Turma. Rel. Min. Nefi Cordeiro. Julgado em: 01/06/2017, DJe: 09/06/2017. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/471977224/agravo-regimental-no-habeas-corpus-agrg-no-hc-391080-sc-2017-0048799-6/inteiro-teor-471977234?ref=amp>. Acesso em: 23 jun. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC598.051**. Rel. Min. Rogério Schetti Cruz. 6ª Turma. Julgado em: 02/03/2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/policiais-gravar-autorizacao-morador.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp1.755.974**. 6ª Turma. Rel. Min. Laurita Vaz. Julgado em: 12/03/2019, DJe: 29/03/2019. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/859525215/recurso-especial-resp-1755974-mt-2018-0184406-3/inteiro-teor-859525225?ref=juris-tabs>. Acesso em: 23 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARE1.042.075**. 1ª Turma. Rel. Min. Dias Toffoli. Julgado em: 23/11/2019, DJe em: 12/12/2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5173898>. Acesso em: 01 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC168.052**. Rel. Min. Gilmar Mendes. 2ª Turma. Julgado em: 20/10/2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345143997&ext=.pdf>. Acesso em: 1 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **REext603.616**. Plenário. Min. Rel. Gilmar Mendes. Julgado em: 05/11/2015. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=309449411&ext=.pdf>. Acesso em: 23 jun. 2021.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2018.

CARNELUTTI, Francesco. **Como se faz um processo**. Leme: Triagem, 2018.

CONSELHO DA EUROPA. **Convenção Europeia dos Direitos do Homem**, 1950 Disponível em: https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf. Acesso em: 14 mar. 2021.

CONSENTIMENTO. Dicionário Michaelis. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/consentimento>. Acesso em: 23 jun. 21.

CORONEL, Ângelo. **Projeto de Lei nº 113, de 2020**. Brasília: Senado Federal, 2020. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/140505>. Acesso em: 01 ar. 2021.

COSTA, Marli Marlene Moraes da; DIAS, Felipe da Veiga. **O Paternalismo Penal Estatal no Brasil e as Incompatibilidades na Busca de proteção dos direitos e garantias fundamentais: Casas de prostituição como forma de opressão punitiva de gênero**. Revista de Direitos fundamentais e democracia, Curitiba, v. 10, n. 10, 2011.

CRUZ, Maria Teresa; VASCONCELOS, Caê. **Rota entra em apartamento sem mandado e revista moradores no centro de SP**. Ponte, 2019. Disponível em: <https://ponte.org/rota-entra-em-apartamentos-sem-mandado-e-revista-moradores-no-centro-de-sp/>. Acesso em 16 jun. 21.

ESPAÑHA. **Constituição Espanhola de 27 de dezembro de 1978**. Disponível em: <https://iberred.org/pt/legislacion-penal/constituicao-espanhola-de-27-de-dezembro-de-1978>. Acesso em: 23 jun. 2021.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Constitution of the United States of America**. 1972. Disponível em: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/GPO-CONAN-1992/pdf/GPO-CONAN-1992-7.pdf>. Acesso em: 23 jun. 2021.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 1. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FILHO, Ademar Borges de Sousa. **O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

FRANÇA. **Code de procédure pénale**. Disponível em:

<https://www.legifrance.gouv.fr/download/pdf/legiOrKali?id=LEGITEXT000006071154.pdf&size=3,8%20Mo&pathToFile=/LEGI/TEXT/00/00/06/07/11/54/LEGITEXT000006071154/LEGITEXT000006071154.pdf&title=Code%20de%20proc%C3%A9dure%20p%C3%A9nale>. Acesso em: 23 jun. 2021.

FRANÇA. **Declaração dos direitos do homem e do cidadão**. Disponível em:

<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em: 01 mar. 2021.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Tradução Rosina D'Angina. 1. ed. São Paulo: Martin Claret, 2014.

ISRAEL, Jerold; LAFAVE, Wayne. **Criminal procedure. Constitutional limitations**. 5. ed. St. Paul: West Publishing, 1993.

JÚNIOR, Tércio Sampaio Ferraz. **Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado**. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, n. 1, 1992.

JÚNIOR, Tércio Sampaio Ferraz. **Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado**. Revista da Faculdade de Direito. São Paulo, v. 88, p. 439-459, 1993. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67231>. Acesso em: 01 mar. 2021.

KIST, Dario José. **Prova digital no processo penal**. Leme: JH Mizuno, 2019.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Moraes da. **A ilegalidade de fishing expedition via mandados genéricos em "favelas"**. Consultor Jurídico – ConJur. Limite Penal, 2017.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Paternalismo jurídico-Penal**. 2010, 297 f. Tese (Doutorado em Direito) – Departamento de Pós-Graduação da Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 63-64. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-27012011-113618/publico/TESE_versao_final.pdf. Acesso em: 23 jun. 2021.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia Privada e Dignidade Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. Tradução e prefácio de Alberto da Rocha Barros. Petrópolis: Vozes, 2019.

MIRANDA, Pontes. **Comentários à Constituição de 1967: com a emenda nº 1 de 1969**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. **Além do bem e do mal: prelúdio a uma filosofia do futuro**. Porto Alegre: L&PM, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 01 mar. 2021.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica)**, 1969. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>. Acesso em: 01 mar. 2021.

PEREIRA, Ana Lucia Pretto; BRAZZALE, Flávia Balduino. **Paternalismo estatal, autonomia e Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Revista de Ciências Jurídicas Pensar, Fortaleza, v. 22, n. 1, p. 3-33, jan./abr. 2017. p. 7.

PINHEIRO, Alexandre Sousa. **Privacy e proteção de dados pessoais: a constituição dogmática do direito à identidade informacional**. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito, 2015.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo (o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal)**. São Paulo: Saraiva, 2003.

RIO DE JANEIRO. Poder Judiciário do Estado. **Súmula nº 70**. O fato de restringir-se a prova oral a depoimentos de autoridades policiais e seus agentes não desautoriza a condenação. Disponível em: <http://portaltj.tjrj.jus.br/web/guest/sumulas-70>. Acesso em: 23 jun. 2021.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **ACR70051270478**. Rel. Diogenes Vicente Hassan Ribeiro. 3ª Câmara Criminal. Julgado em: 13/12/2012, Dje: 24/01/2013. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/112500285/apelacao-crime-acr-70051270478-rs>. Acesso em: 01 mar. 2021.

RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância – a privacidade hoje**. Tradução: Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda- Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ROSA, Alexandre Morais da. **A prática de fishing expedition no processo penal**. Consultor Jurídico – ConJur. Limite Penal, 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. **As dimensões da dignidade da pessoa humana**. Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC, v. 09, jan./jun. 2007, p. 20. Disponível em: <http://www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/137/131>. Acesso em: 23 jun. 2021.

SARTRE, Jean Paul. **Le sursis**. Paris: gallimard folio, 1945.

SILVA, Viviani Ghizoni da; SILVA, Philipe Benoni Melo e; ROSA, Alexandre Morais da. **Fishing expedition e encontro fortuito na busca e na apreensão: um dilema oculto do processo penal**. 2. ed. Florianópolis: Emais, 2022.

TARUFFO, Michele. **Ideeper una teoria della decisione giusta**. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, Milano, v. 51, n. 2, p. 315-328, 1997.

TOMÁS, Vasquez Arrieta. **Uma filosofia do celular ou os avatares que este meio de comunicação está introduzindo em nossas vidas**. Comunicação, mídia e consumo. São Paulo. v. 5, n. 12, 2008.

UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016**. Bruxelas: EU, 2016. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=PT>. Acesso em: 01 mar. 2021.

VIRGÍNIA. **Declaração dos Direitos da Virgínia**. Seção VIII. S.d. Disponível em: https://www3.al.sp.gov.br/repositorio/ilp/anexos/1788/YY2014MM11DD18HH14MM7SS42-Declara__o%20da%20Virginia.pdf. Acesso em: 01 mar. 2021.