

**CENTRO UNIVERSITÁRIO “ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO” DE  
PRESIDENTE PRUDENTE**

**CURSO DE DIREITO**

**DIREITO PROBATÓRIO DE TERCEIRA GERAÇÃO: OS ASPECTOS JURÍDICOS  
QUE ENVOLVEM A OBTENÇÃO DE PROVAS EXTRAÍDAS DE *SMARTPHONES*  
NO ATO DA PRISÃO EM FLAGRANTE**

Luiz Victor Rós Gimenez

Presidente Prudente/SP

2018

**CENTRO UNIVERSITÁRIO “ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO” DE  
PRESIDENTE PRUDENTE**

**CURSO DE DIREITO**

**DIREITO PROBATÓRIO DE TERCEIRA GERAÇÃO: OS ASPECTOS JURÍDICOS  
QUE ENVOLVEM A OBTENÇÃO DE PROVAS EXTRAÍDAS DE *SMARTPHONES*  
NO ATO DA PRISÃO EM FLAGRANTE**

Luiz Victor Rós Gimenez

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Professor MSC Marcelo Agamenon Góes de Souza.

Presidente Prudente/SP

2018

**DIREITO PROBATÓRIO DE TERCEIRA GERAÇÃO: OS ASPECTOS JURÍDICOS  
QUE ENVOLVEM A OBTENÇÃO DE PROVAS EXTRAÍDAS DE *SMARTPHONES*  
NO ATO DA PRISÃO EM FLAGRANTE**

Monografia aprovada como requisito  
parcial para obtenção do Grau de  
Bacharel em Direito.

---

Marcelo Agamenon Góes de Souza

---

Glauco Roberto Marques Moreira

---

Ligia Maria Lario Fructuozo

Presidente Prudente, 28 de novembro de 2018.

## AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus, por ter me concedido o dom da sabedoria e ter sido o meu refúgio em todos os momentos ao longo da graduação.

À minha família, em especial, aos meus pais, Luiz Alexandre e Rosana, ao meu irmão, João Guilherme, e à minha namorada, Thaissa, que sempre estiveram ao meu lado, me incentivando e me dando todo o suporte necessário para que meus objetivos se concretizassem, pois sempre acreditaram na minha capacidade e nunca deixaram que eu desanimasse durante todo esse período.

Aos integrantes do grupo de *whatsapp*, “STF”, amigos de longa data, que sempre estiveram dispostos a compartilhar o conhecimento e as experiências acadêmicas ao longo desses anos.

À instituição de ensino, Toledo Prudente Centro Universitário, por ter me propiciado todo o aparato físico e pedagógico para que os conhecimentos acadêmicos fossem absorvidos da melhor forma, sempre visando o futuro profissional de cada discente.

Ao meu orientador, Marcelo Agamenon, pelas pontuações necessárias feitas ao longo da orientação, acrescentando de forma uníssona em meu conhecimento e que foram de suma importância para a conclusão do presente trabalho.

Aos integrantes da banca examinadora, pela disponibilidade e pelo comprometimento em avaliar o presente trabalho, onde todos os apontamentos realizados serão muito bem recebidos e utilizados ao longo de minha vida profissional-acadêmica.

Aos demais docentes com quem tive aula desde o 1º ano do curso de graduação, pois jamais esquecerei todo o conhecimento que fora transmitido e, por mim, adquirido.

A todos, o meu muito obrigado!

## RESUMO

O presente trabalho possui como finalidade expor os principais pontos que circundam o acesso de *smartphones* pela polícia no ato da prisão em flagrante, sem prévia ordem judicial. Para tanto, em um primeiro momento, foi feito um estudo acerca do instituto da prisão em flagrante no ordenamento jurídico brasileiro, expondo seu conceito, suas principais funções e espécies, bem como suas etapas e o momento em que é exercido o controle judicial sobre a legalidade da prisão. Posteriormente, fez-se uma análise panorâmica sobre o regramento das provas no processo penal brasileiro, ressaltando a sua importância na busca pela verdade, o atual sistema de valoração probatória e a vedação constitucional às provas ilícitas no ordenamento, sendo tecidos também breves comentários acerca da busca e apreensão. Em seguida, adentrou-se ao estudo das gerações de direito probatório sedimentadas pela jurisprudência norte-americana, em especial, o Direito Probatório de Terceira Geração. Por fim, procedeu-se à esmiúça do tema central do presente trabalho, diferenciando reserva de jurisdição relativa de reserva de jurisdição absoluta, estudando os principais casos jurisprudenciais brasileiros sobre o tema, principalmente o RHC 51.531/RO, analisando a devassa dos *smartphones* sob a ótica do conflito de direitos fundamentais, mais precisamente, o da intimidade/inviolabilidade do sigilo das comunicações e o de segurança pública e, ainda, à luz do direito comparado.

**Palavras-chave:** Direito Probatório de Terceira Geração. Prova. *Smartphones*. Intimidade. Segurança Pública.

## ABSTRACT

The present work aims to expose the main points that surround the access of smartphones by police in the act of arrest in flagrante, without prior judicial order. To do so, in the first instance, a study will be made of the prison institute in the Brazilian legal system, exposing its concept, its main functions and species, as well as its stages and the moment in which judicial control is exercised over the legality of the arrest. Subsequently, a panoramic analysis will be carried out on the rules of evidence in the Brazilian criminal procedure, highlighting its importance in the search for truth, the current system of probative valuation and the constitutional fence to the illegal evidence in the ordering, being fabricated also brief comments about the search and apprehension. Then, the study of the generations of probationary law settled down by the North American jurisprudence, in particular, the Third Generation Probation Law. Finally, the central theme of the present study will be analyzed, differentiating reserve of relative jurisdiction from reservation of absolute jurisdiction, studying the main Brazilian jurisprudential cases on the subject, mainly RHC 51.531/RO, analyzing the debauchery of smartphones from the point of view of the conflict of fundamental rights, namely, the intimacy/inviolability of the secrecy of communications and of public safety, and also in the light of comparative law.

**Keywords:** Third Generation Probation Law. Evidences. Smartphones. Intimacy. Public Security.

## SUMÁRIO

|  |           |
|--|-----------|
| <b>1 INTRODUÇÃO .....</b>  | <b>8</b>  |
| <b>2 PRISÃO EM FLAGRANTE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO .....</b>                                    | <b>10</b> |
| 2.1 Funções da Prisão em Flagrante Delito .....  | 11        |
| 2.2 Natureza Jurídica da Prisão em Flagrante Delito .....  | 13        |
| 2.3 Espécies.....  | 15        |
| 2.4 Fases da Prisão em Flagrante e o Controle Judicial <i>a Posteriori</i> .....                         | 22        |
| <b>3 PROVAS NO PROCESSO PENAL .....</b>  | <b>26</b> |
| 3.1 Prova como Direito Fundamental .....   | 27        |
| 3.2 Busca da Verdade no Processo Penal.....  | 28        |
| 3.3 Sistemas de Valoração das Provas .....   | 30        |
| 3.4 Inadmissibilidade das Provas Ilícitas .....  | 35        |
| 3.4.1 Teoria dos frutos da árvore envenenada .....   | 39        |
| 3.4.2 Teorias limitadoras da prova ilícita por derivação aplicadas no Brasil .....                       | 41        |
| 3.4.3 Proporcionalidade e prova ilícita .....  | 43        |
| 3.5 Busca e Apreensão: Breves Considerações .....  | 46        |
| <b>4 DIREITO PROBATÓRIO DE TERCEIRA GERAÇÃO .....</b>  | <b>49</b> |
| <b>5 O ACESSO PELA POLÍCIA DOS SMARTPHONES NAS PRISÕES EM FLAGRANTE .....</b>                            | <b>54</b> |
| 5.1 Reserva de Jurisdição.....   | 55        |
| 5.2 Jurisprudência Brasileira e o Julgamento do RHC 51531/RO .....                                       | 57        |
| 5.3 Violação ao Direito à Intimidade, à Vida Privada e à Inviolabilidade do Sigilo das Comunicações..... | 67        |
| 5.4 Violação ao Direito à Segurança Pública e a Inefetividade da Investigação .....                      | 72        |
| 5.5 Direito Comparado .....  | 75        |
| <b>6 CONCLUSÃO .....</b>   | <b>78</b> |
| <b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>   | <b>82</b> |

## 1 INTRODUÇÃO

A tecnologia veio para mudar o mundo, isto é fato. A rapidez com que as coisas evoluem, se modificam e se extinguem é, muitas das vezes, assustadora e de difícil acompanhamento, cabendo às diversas áreas do conhecimento humano uma readaptação frequente às inúmeras inovações.

Dentro dessas áreas, está o direito. A ciência jurídica, que se propõe a regulamentar as relações sociais, não pode ficar omissa perante o avanço tecnológico que nos circunda, pois, a partir do surgimento de novas tecnologias, uma gama de novas situações pode surgir, inclusive, colocando valores constitucionais frente à frente em ocasiões que antes não eram possíveis de se imaginar.

Diante desse cenário, o julgamento do RHC 51.531/RO pela 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no ano de 2016, instalou no meio jurídico uma discussão que está longe de ser pacificada. O caso envolveu a devassa do *smartphone* de um indivíduo preso em flagrante, onde este teve suas conversas do *Whatsapp* extraídas sem ordem judicial para tanto, tendo o STJ considerado ilícitas as provas obtidas.

Assim, ao analisar os votos proferidos pelos ministros no presente caso, tem-se o surgimento de inúmeros pontos de questionamento acerca do tema. Estariam as informações obtidas protegidas pela Lei nº 9.296/96 por serem comunicação telefônicas? E se não houvesse a devassa de fluxo de comunicações, mas sim, de outros dados, estariam esses protegidos pelo direito fundamental à intimidade ou há dados que podem ser extraídos do celular sem ferir direito algum?

Ademais, por se tratar de prisão em flagrante, não se pode esquecer que a autoridade policial, ao chegar no local do delito, possui inúmeros deveres que estão previstos nos incisos do art. 6º do CPP, que se assemelham, inclusive, a efetuação de uma busca pessoal no indivíduo, prescindindo de ordem judicial. Sendo assim, caso não fosse possível a extração dessas provas sem autorização judicial e, posteriormente, houvessem o seu perecimento por terem sido excluídas remotamente, estaria o direito à segurança pública sendo preterido de forma desarrazoada diante de uma investigação criminal inefetiva?



Nesse contexto, insere-se o chamado Direito Probatório de Terceira Geração, levantado pelo Ministro Rogério Schietti quando da prolação de seu voto, que versa sobre as provas altamente tecnológicas, que possuem alta capacidade de intrusão, nunca antes imagináveis. Essa doutrina fixada pela jurisprudência norte-americana será de suma importância para o deslinde da discussão.

Com base no método dedutivo, premissas gerais foram apresentadas, como a estrutura normativa da prisão em flagrante em nosso ordenamento jurídico, bem como a regulamentação das provas, e, posteriormente, adentrou-se, de fato, ao Direito Probatório de Terceira Geração, correlacionando-o com as decisões e os principais pontos acerca do acesso pela polícia de *smartphones* durante a prisão em flagrante. Para tanto, utilizou-se pesquisas doutrinárias, jurisprudenciais e artigos publicados na internet.

Portanto, fez-se necessário o estudo desse grande tema, que buscou responder as indagações aqui já feitas, e, com base em argumentos expostos e concretos, chegou-se a uma conclusão acerca da possibilidade, ou não, de acesso pelos policiais aos aparelhos celulares de indivíduos presos em flagrante, sem prévia ordem judicial.

## 2 PRISÃO EM FLAGRANTE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Toda prisão é uma forma de privação da liberdade de locomoção do indivíduo e, por atentar contra um Direito Fundamental tão importante como o Direito à Liberdade, via de regra, só pode ser efetuada caso haja uma ordem judicial para tanto.

Assim é feito pois qualquer mitigação ao Princípio da Não Culpabilidade<sup>1</sup> requer a necessidade de autorização judicial, ainda mais para que se prive a liberdade de alguém. Ademais, requer-se ainda que a motivação para uma eventual ordem de prisão cautelar seja baseada na própria ideia de cautelaridade, ou seja, que a prisão seja decretada para acautelar os interesses da jurisdição criminal, verificando a necessidade e a indispensabilidade de tal medida (PACELLI, 2017).

A prisão em flagrante delito, no entanto, é uma exceção. O art. 5º, LXI, da CF, prevê que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”. Neste sentido também se redigiu o art. 283 do CPP.<sup>2</sup>

Sendo assim, a própria Carta Magna excepciona a necessidade de uma ordem judicial para se efetuar a prisão em flagrante, diferindo das demais modalidades de privação da liberdade.

Aqui, não se fala em prisão-pena, decorrente de sentença penal condenatória transitada em julgado. A prisão em flagrante é tida como prisão cautelar, pertencendo à classe das prisões sem-pena, embora haja divergências doutrinárias acerca de sua natureza jurídica que serão vistas mais à frente, tendo em vista que a sua realização serve para acautelar os interesses da ordem pública.

---

<sup>1</sup> Art. 5º, LVII, da CF. Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

<sup>2</sup> Art. 283 do CPP. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

As hipóteses autorizadoras da prisão em flagrante delito estão elencadas no art. 302 do CPP<sup>3</sup>.

A expressão 'flagrante' é derivada do latim '*flagrare*' que significa 'queimar', possuindo, a depender do contexto, o significado de evidente, acalorado, visível e notório.

Transcrevendo para o contexto jurídico, o crime (ou contravenção) se amolda à característica de 'flagrante' no momento em que está sendo cometido ou quando acaba de sê-lo, isto é, quando a sua prática é notória e salta aos olhos de quem vê.

Entende-se que flagrante delito é "o estado em que se encontra aquele que é surpreendido no instante em que executa a conduta prevista como infração penal (conduta típica)" (MUCCIO, 2011, p. 1122).

Logo, deriva-se a desnecessidade da autorização judicial, uma vez que é totalmente inviável que se exija, de plano, um controle estatal que possa fazer com que a prisão perca o seu objeto, que, no caso, é o próprio indivíduo.

Destaca-se, por fim, que a prisão em flagrante delito é efêmera, provisória. O indivíduo poderá livrar-se solto, ter o seu flagrante convertido em prisão preventiva ou ter sua liberdade concedida, com ou sem fiança, mediante a aplicação de medidas cautelares, nunca devendo ficar preso em flagrante por um grande lapso temporal.

## **2.1 Funções da Prisão em Flagrante Delito**

Atualmente, em nosso ordenamento, a prisão em flagrante possui quatro principais funções. São elas:

- a) evitar que haja a fuga do indivíduo que praticou o delito;
- b) auxiliar na juntada de elementos essenciais para o esclarecimento do delito e para posterior punição do infrator, tendo em vista que

---

<sup>3</sup>Art. 302 do CPP. Considera-se em flagrante delito quem: I - está cometendo a infração penal; II - acaba de cometê-la; III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração; IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

persecuções penais que se iniciam a partir da lavratura do auto de prisão em flagrante geralmente são mais efetivas;

c) não permitir que o delito se consuma, nos casos em que este ainda está sendo praticado, ou na situação de exaurimento, nos demais casos de flagrante;

d) resguardar a integridade física do infrator, uma vez que, a depender do delito, a população comovida pode praticar o linchamento desse indivíduo.

Frisa-se que antigamente a prisão em flagrante também tinha a função de acautelar, onde, por apenas esse motivo, o indivíduo acabava permanecendo preso durante toda a instrução processual penal. Com o passar do tempo, a função acautelatória referida acima desapareceu do sistema processual penal brasileiro.

A Lei nº 12.403/11 alterou a redação do art. 310 do CPP<sup>4</sup>, evidenciando que somente a prisão em flagrante não autoriza a manutenção da prisão do indivíduo ao longo de todo o processo.

Hoje, quando o juiz recebe o auto de prisão em flagrante, ele deve, fundamentadamente: relaxar a prisão ilegal; converter em prisão preventiva, desde que preencha os requisitos e não seja viável aplicar outra medida cautelar; ou conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

Ressalta-se, ainda, que a alteração acima referida foi influenciada pela inserção do antigo parágrafo único do art. 310 do CPP, com a entrada em vigor da Lei nº 6.416/77, havendo a previsão da obrigatoriedade de exame pelo magistrado do auto de prisão em flagrante a fim de se verificar o preenchimento dos requisitos que autorizariam a prisão preventiva do indivíduo, além do exame de legalidade do ato para eventual relaxamento da prisão.

---

<sup>4</sup>Art. 310 do CPP. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente: I - relaxar a prisão ilegal; ou II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

## 2.2 Natureza Jurídica da Prisão em Flagrante Delito

Antes mesmo da alteração da legislação em 2011, a doutrina já divergia acerca da natureza jurídica da prisão em flagrante.

Segundo Silva Júnior (2008), não tinha sentido afirmar que a prisão em flagrante possuía duas naturezas jurídicas simultâneas, a de prisão administrativa, por decorrer de um ato administrativo, e a de medida processual cautelar. Assim, a natureza jurídica deveria ser unicamente de ato administrativo, pois na prisão em flagrante ocorre exclusivamente a detenção do agente e, somente após, há a análise do juiz para aferir se é caso, ou não, de decretação da prisão preventiva.

Tourinho Filho (2008) entendia que o ato da prisão em flagrante é um ato dotado de complexidade, tendo em vista que se deve analisar duas fases: a administrativa, em que há a prisão de fato do indivíduo; e a de natureza processual, uma vez que a prisão em flagrante só é homologada, mantida ou transformada se estiverem presentes os requisitos autorizados para o decreto da prisão preventiva. Para ele, a prisão em flagrante incluía-se entre as prisões cautelares de natureza processual.

Lopes Jr. (2009) de plano, concluía que o flagrante era uma medida precauteladora de natureza pessoal, justificando-se somente por ser caracterizado por sua brevidade e por haver uma imperiosa análise judicial do ato em até 24 horas, quando se verificará a legalidade da medida e a eventual necessidade de manutenção da prisão.

Todavia, como visto, somente a prisão em flagrante não é mais capaz de ser o único motivo autorizador da manutenção do encarceramento do indivíduo ao longo de todo o processo, expurgando-se sua função meramente acautelatória<sup>5</sup>. Lima (2017, p.929) relata acerca do impacto da alteração no sistema processual penal brasileiro:

Se a prisão em flagrante já não é mais capaz de justificar, por si só, a subsistência da prisão do agente, cuja necessidade deve ser aferida à luz da presença de uma das hipóteses que autorizam a prisão preventiva, discute-se na doutrina acerca de sua verdadeira natureza jurídica: medida de caráter precautelador, ato administrativo, e, portanto, espécie de prisão administrativa, ou prisão cautelar?

---

<sup>5</sup> Assunto abordado no tópico 2.1.

Destarte, tal mudança fez com que a doutrina se dividisse no tocante à natureza jurídica do instituto da prisão em flagrante delito. Seria ela de natureza administrativa, precautelar ou cautelar?

No sentido de que a prisão em flagrante é um ato meramente administrativo, Nucci (2014) entende que o flagrante delito constitui-se e se fundamenta somente na detenção do agente, tendo em vista que só após o magistrado analisar o auto é que ele decidirá acerca da decretação ou não da prisão preventiva.

Todavia, ainda é forte a corrente que se ampara na natureza puramente cautelar desta prisão, equiparando-a à prisão preventiva e à prisão temporária. Greco (2012) aduz que as modalidades prisionais que antecedem à sentença penal condenatória possuem essa natureza.

Em contrapartida, Lima (2017, p. 929) explica a adoção pela corrente do caráter precautelar da prisão em flagrante:

[...] pensamos que a prisão em flagrante tem caráter precautelar. Não se trata de uma medida cautelar de natureza pessoal, mas sim precautelar, porquanto não se dirige a garantir o resultado final do processo, mas apenas objetiva colocar o capturado à disposição do juiz para que adote uma verdadeira medida cautelar: a conversão em prisão preventiva (ou temporária), ou a concessão da liberdade provisória, com ou sem fiança, cumulada ou não com as medidas cautelares diversas da prisão.

Compactuando do mesmo entendimento, Gomes (2011, p. 90) aduz que “a prisão em flagrante é uma medida precautelar, porque não tem o escopo de tutelar o processo ou o seu resultado final, sim, ela se destina a colocar o preso à disposição do juiz, para que tome as providências cabíveis”.

De fato, a corrente acima citada parece ser mais acertada.

Este posicionamento é justificado pela entrada em vigor da Lei nº 12.403/11, que, como já fora dito, passou a dispor as opções que o juiz tem ao receber o auto de prisão em flagrante: convertê-la em prisão preventiva, que é medida de natureza cautelar; ou conceder liberdade provisória, seja com ou sem fiança, podendo optar pelas medidas cautelares do art. 319 do CPP<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup>Art. 319 do CPP. São medidas cautelares diversas da prisão: I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; III -

Logo, evidencia-se o seu caráter precautelador, tendo em vista que a prisão em flagrante serve como uma “ponte”, conduzindo o indivíduo ao magistrado para que este adote uma medida cautelar que reputar adequada.

Por fim, é importante ressaltar que diante da complexidade teórica da questão aqui exposta, não se vislumbra uma tendência de posicionamento da doutrina a ser adotado de forma uníssona.

### 2.3 Espécies

As situações que autorizam a prisão em flagrante delito estão dispostas nos incisos do art. 302 do CPP. Trata-se de um rol taxativo, que, por versar sobre hipóteses de cerceamento da liberdade do indivíduo, não admite extensão interpretativa e analogia.

De acordo com esse rol, têm-se o flagrante em sentido próprio, o flagrante em sentido impróprio e o flagrante presumido.

Caso o indivíduo venha a ser preso em flagrante e não se amolde às hipóteses autorizadoras previstas na legislação infraconstitucional, tal prisão deverá ser relaxada pelo juiz por ser ilegal, conforme dispõe o art. 5º, LXV, da CF, “a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária”.

Além das hipóteses do art. 302 do CPP, o flagrante também possui outras classificações a depender do modo em que a prisão é efetuada ou de quem a efetua, porém, sempre estando ligadas ao rol acima referido.

Neste sentido, passar-se-á agora à análise das principais espécies de prisão em flagrante, a fim de que seja feita uma correlação entre o presente tópico e os casos concretos que serão estudados mais à frente.

---

proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração; VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;

Segundo dispõe o art. 302, I, do CPP, considera-se em flagrante delito quem “está cometendo a infração penal”. Ainda, em seguida, prevê o art. 302, II, do mesmo diploma, que estará em flagrante aquele que “acaba de cometê-la”, se referindo à infração.

Esses dois incisos trazem o que a doutrina chama de flagrante próprio, também conhecido como real, verdadeiro ou perfeito.

Aqui, tem-se a situação clássica do flagrante. O agente criminoso é surpreendido durante a realização dos atos executórios do crime ou imediatamente após esgotá-los, não se desvencilhando do *locus delicti* e nem dos elementos que o ligam ao fato no momento da prisão.

Portanto, se o indivíduo for surpreendido no momento em que está realizando a ação delituosa, poderá ser preso em flagrante delito, mesmo que, mais à frente, fique evidenciado que a conduta é atípica, caso em que a prisão seja ilegal não deverá ser considerada ilegal e, conseqüentemente, relaxada. A análise da presença da hipótese autorizadora se dá no momento da prisão.

Por seu turno, o flagrante impróprio (imperfeito, irreal ou quase-flagrante) é previsto no inciso II do art. 302 do CPP, onde se considera em flagrante delito quem “é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser o autor da infração”.

Extrai-se do dispositivo alguns elementos-chave para a configuração desse flagrante, quais sejam: a perseguição; que essa se dê logo após o cometimento da infração; e que o contexto faça com que haja uma presunção acerca do agente.

Em relação à expressão ‘logo após’, entende hoje a doutrina e a jurisprudência que significa o tempo necessário para que a polícia (ou qualquer do povo) se dirija até o local do fato e colha os elementos necessários para poder iniciar a perseguição contra o autor.

O §1º do art. 290 do CPP versa sobre o que se entende por perseguição:

Art. 290 [...] § 1º - Entender-se-á que o executor vai em perseguição do réu, quando: a) tendo-o avistado, for perseguindo-o sem interrupção, embora depois o tenha perdido de vista; b) sabendo, por indícios ou informações fidedignas, que o réu tenha passado, há pouco tempo, em tal ou qual direção, pelo lugar em que o procure, for no seu encalço.



Sobre não haver um limite de tempo para que acabe a perseguição e se efetue a prisão em flagrante do agente, Távora; Alencar (2013, p. 562-563) dispõem:

A expressão “logo após” abarca todo o espaço de tempo que flui para a polícia chegar ao local, colher as provas do delito e iniciar a perseguição do autor. A crença popular de que é de 24 horas o prazo entre a prática do crime e a prisão em flagrante não tem o menor sentido, eis que, não existe um limite temporal para o encerramento da perseguição. Não havendo solução de continuidade, isto é, se a perseguição não for interrompida, mesmo que dure dias ou até mesmo semanas, havendo êxito na captura do perseguido, estaremos diante de flagrante delito.

Logo, como explicitado acima, não há um prazo definido para que cesse a perseguição, bastando que tenha se iniciado logo após a obtenção das informações necessárias e que esta não seja interrompida. Nestas condições, o agente poderá ser preso em flagrante delito.

Em seguida, de acordo com o art. 302, IV, do CPP, também é considerado em flagrante delito o indivíduo que é “encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ele ser o autor da infração”.

Trata-se do chamado flagrante presumido, ficto ou assimilado.

Nota-se, que neste caso não há a necessidade de que o agente tenha sido perseguido, bastando tão somente que tenha sido encontrado logo depois de praticar a infração com objetos que o ligue à autoria.

Assim como nos incisos antecedentes, aqui, a expressão ‘logo depois’ não é conceituada.

Para Avena (2015), essa expressão deve ser entendida como um lapso temporal um pouco maior que a expressão ‘logo após’.

No entanto, a expressão ‘logo depois’ e a expressão ‘logo após’ não se diferem, tendo em vista que ambas acabam possuindo uma relação de imediatidade entre o começo da perseguição, no flagrante impróprio, e quando o agente é encontrado, no caso do flagrante presumido. A diferença seria, portanto, que no flagrante presumido o indivíduo é encontrado com coisas que façam presumir que ele seja o autor do crime.

Nesta espécie, o essencial é que o indivíduo não seja surpreendido com os objetos depois de ‘algum tempo’ da prática do delito. Neste caso, caso seja

efetuada a sua prisão, esta será ilegal e deverá ser relaxada pela autoridade judiciária, uma vez que não se amolda a nenhuma situação prevista no rol taxativo do art. 302 do CPP. Todavia, nada impede, obviamente, que seja instaurado um inquérito policial para investigar a conduta do indivíduo.

Além dessas três hipóteses que autorizam a prisão em flagrante, a doutrina ainda o classifica em mais espécies a depender da forma que se executa o ato. Estas espécies sempre possuirão ligação com o rol taxativo do art. 302 do CPP.

De início, tem-se o flagrante esperado, que ocorre quando “havendo informação de que o agente vai praticar determinada infração penal, a autoridade policial ou seus agentes postam-se estrategicamente e prendem-no no momento em que pratica os atos de execução” (MUCCIO, 2011, p. 1228).

Aqui, é de suma importância que nenhum terceiro instigue o autor a praticar o delito, caso em que a prisão em flagrante será ilegal por se tratar de flagrante preparado, conforme será visto um pouco mais adiante.

Nesta espécie flagrancial, a autoridade policial ou um terceiro apenas espera o momento em que o indivíduo praticará o crime, se utilizando de uma prévia colheita de informações que o levou a preparar a “tocaia”.

Trata-se de uma modalidade de flagrante legal, onde não cabe relaxamento da prisão.

Por sua vez, o flagrante preparado (provocado, delito putativo por obra do agente provocador, delito de experiência ou crime de ensaio) acontece quando um policial ou um particular, sorrateiramente, instiga o indivíduo a praticar uma infração penal com o intuito de efetuar sua prisão em flagrante, simultaneamente ao momento em que age para evitar a consumação do referido crime.

Um exemplo: Imagine que a polícia prenda um traficante de drogas, apreenda o seu computador e passe a efetuar ligações para os usuários a fim de simular uma venda de entorpecentes, tendo em vista que no computador havia uma lista com todos os usuários da região. Os usuários comparecem ao local marcado para buscarem a droga, no entanto, são surpreendidos por policiais à paisana que o prendem em flagrante pela prática do crime do art. 28 da Lei de Drogas<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup>Art. 28, Lei nº 11343/06. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: I - advertência sobre os efeitos das drogas; II -

Nesse caso, em face da ineficácia absoluta dos meios empregados, configura-se como crime impossível. Sendo assim, ante a falta de vontade livre e espontânea do sujeito ativo e da configuração de crime impossível, a conduta, neste caso, deve ser tida como atípica.

Sobre o assunto, o Supremo Tribunal Federal editou a súmula nº 145, dispondo que: “Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação”. Logo, pela leitura da súmula, se houver a consumação do crime a prisão poderá ser efetuada.

Segundo Pacelli (2017), não há uma diferença marcante entre a modalidade de flagrante esperado e o preparado no tocante à atuação policial e a sua eficiência para que se impeça que o crime se consuma. A eficácia dos atos policiais será a mesma em ambos os casos, seja o indivíduo incitado por terceiro a praticar o crime ou não. Desta forma, ou se aceitam as duas hipóteses de prisão em flagrante como válidas ou ambas devem ser rejeitadas, em coerência ao que fundamenta as situações.

Fato é que, atualmente, o posicionamento acima relatado não vem sendo discutido na jurisprudência. Távora; Alencar (2013, p. 565) referem o seguinte:

Encontramos forte posição contrária à adoção das consequências do flagrante preparado, sob o fundamento de que não existiria diferença de fundo entre o flagrante esperado e o provocado, já que em ambos, a atuação da polícia se daria para evitar a consumação do delito. [...] Sem embargo, tem prevalecido o entendimento sumular do STF.

Portanto, parece correta a posição do Supremo Tribunal Federal ao editar a súmula supracitada, considerando que são inimagináveis os efeitos causados à sociedade e absolutamente inviável que se admita a estimulação de práticas delitivas, por parte dos órgãos estatais responsáveis pela investigação criminal e, também, por parte de particulares, a fim de se viabilizar a prisão em flagrante dos infratores.

Seguindo.

Quando a autoridade policial (ou um de seus agentes) ou um particular “plantam” determinadas provas falsas que levam à incriminação de um indivíduo inocente, configura-se o flagrante urdido (maquinado, forjado ou fabricado). Obviamente, trata-se de flagrante nulo que deverá ser relaxado pela autoridade judiciária.

O sujeito incriminado injustamente não sofrerá qualquer responsabilização, entretanto, aquele que preparou o cenário flagrancial será responsabilizado. Caso tenha sido um agente policial, a ele será imputado o crime de abuso de autoridade, enquadrando-se no art. 3º, “a”, da Lei nº 4.898/65<sup>8</sup>; se for um particular, este responderá pelo crime de denúncia caluniosa, previsto no art. 339 do CP<sup>9</sup>.

Ainda, pode-se destacar o flagrante prorrogado (retardado, postergado, estratégico, diferido ou de ação controlada), no qual a “autoridade policial tem a faculdade de aguardar, do ponto de vista criminal, o momento mais adequado para realizar a prisão, ainda que sua atitude implique na postergação da intervenção” (TÁVORA; ALENCAR, 2013, p. 566).

Destarte, ainda que diante da prática latente da infração penal, a autoridade policial ou seus agentes podem retardar o ato prisional para que, futuramente, se prenda um número maior de infratores ou que se colha um maior material probatório.

Mister pontuar que a postergação do flagrante não pode ser dar em todas as hipóteses, mas somente naquelas previstas em lei. A Lei nº 12.850/13 (Lei das Organizações Criminosas), nos arts. 8º e 9º<sup>10</sup>, prevê a ação controlada, onde, a depender da complexidade das ações praticadas pelas Organizações Criminosas, a polícia pode adiar o flagrante para robustecer o arcabouço probatório coligido até

---

<sup>8</sup>Art. 3º da Lei nº 4898/65. Constitui abuso de autoridade qualquer atentado: a) à liberdade de locomoção; [...].

<sup>9</sup>Art. 339 do CP. Dar causa à instauração de investigação policial, de processo judicial, instauração de investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa contra alguém, imputando-lhe crime de que o sabe inocente: Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa.

<sup>10</sup>Art. 8º da Lei nº 12850/13. Consiste a ação controlada em retardar a intervenção policial ou administrativa relativa à ação praticada por organização criminosa ou a ela vinculada, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz à formação de provas e obtenção de informações [...]. Art. 9º - Se a ação controlada envolver transposição de fronteiras, o retardamento da intervenção policial ou administrativa somente poderá ocorrer com a cooperação das autoridades dos países que figurem como provável itinerário ou destino do investigado, de modo a reduzir os riscos de fuga e extravio do produto, objeto, instrumento ou proveito do crime.

então e/ou para que se reúna mais informações. Do mesmo modo ocorre na Lei nº 11343/06 (Lei de Drogas), onde o flagrante diferido, previsto no art. 53, II<sup>11</sup>, tem o objetivo de encontrar e responsabilizar o maior número de membros que se relacionam com o tráfico.

Por fim, ao contrário das demais classificações estudadas que versam sobre as hipóteses autorizadoras e sobre algumas peculiaridades do ato da prisão, a que será exposta a seguir se relaciona ao sujeito ativo da prisão em flagrante, isto é, àquele que cerceia a liberdade de locomoção do agente infrator diante de uma situação flagrancial.

Ressalta-se que a figura do sujeito ativo da prisão não deve ser confundida com a figura do condutor, tendo em vista que este último é o indivíduo que conduz o preso e o apresenta à autoridade policial, a fim de que seja lavrado o auto de prisão em flagrante.

Pois bem, diz o art. 301 do CPP: “Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito”.

Ao analisar o dispositivo acima, extrai-se da primeira parte a situação do flagrante facultativo, que ocorre quando quem efetua a prisão em flagrante é qualquer do povo.

O particular tem a faculdade de deter o indivíduo que esteja em situação flagrancial., sendo, para ele, mero exercício regular do direito, pois, caso não prenda, não sofrerá consequências jurídicas em razão de sua omissão.

Em contrapartida, a segunda parte do texto normativo traz a hipótese de flagrante obrigatório (compulsório ou coercitivo), que se dá nos casos em que a autoridade policial e seus agentes se deparam a uma situação flagrancial, uma vez que não possuem a faculdade de decidir acerca da conveniência de prender ou não em flagrante.

---

<sup>11</sup>Art. 53 da Lei 11343/06. Em qualquer fase da persecução criminal relativa aos crimes previstos nesta Lei, são permitidos, além dos previstos em lei, mediante autorização judicial e ouvido o Ministério Público, os seguintes procedimentos investigatórios: [...] II - a não-atuação policial sobre os portadores de drogas, seus precursores químicos ou outros produtos utilizados em sua produção, que se encontrem no território brasileiro, com a finalidade de identificar e responsabilizar maior número de integrantes de operações de tráfico e distribuição, sem prejuízo da ação penal cabível.

Para a autoridade policial e seus agentes, o ato de prender em flagrante constitui-se em estrito cumprimento do dever legal, e, caso assim não procederem, podem ser responsabilizados em caso de omissão.

Entendem Távora; Alencar (2013) que tal modalidade deve ser aplicada somente àqueles que estejam em serviço. Sendo assim, não há dever de agir caso os agentes estejam gozando de férias, folgas ou licenças.

Destaca-se que somente a autoridade policial é que possui a obrigação de, desde que esteja diante de uma hipótese autorizadora, prender em flagrante. As demais autoridades, como, por exemplo, magistrado e promotor, se encaixam na modalidade do flagrante facultativo.

#### **2.4 Fases da Prisão em Flagrante e o Controle Judicial a *Posteriori***

Considerando a natureza precautelar da prisão em flagrante e, em consonância com o que dispõe o Código de Processo Penal, entre os arts. 301 e 310, pode-se dizer que a “fase administrativa” da prisão em flagrante inicia-se com a captura do agente criminoso que se encontra em situação de flagrância<sup>12</sup>, a fim de que se resguarde a ordem pública e haja a cessação das lesões cometidas contra o bem jurídico tutelado.

É neste momento que a autoridade policial deverá adotar as providências dispostas no art. 6º do CPP<sup>13</sup>, podendo, *v.g.*, apreender objetos que estejam no local do crime, colher provas e determinar exame de corpo de delito ou outras perícias, se for o caso. Tais providências são imprescindíveis para o deslinde

---

<sup>12</sup>Assunto abordado no tópico 2.2.

<sup>13</sup>Art. 6ºdo CPP. Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá: I - dirigir-se ao local, providenciando para que não se alterem o estado e conservação das coisas, até a chegada dos peritos criminais; II - apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais; III - colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias; IV - ouvir o ofendido; V - ouvir o indiciado, com observância, no que for aplicável, do disposto no Capítulo III do Título VII, deste Livro, devendo o respectivo termo ser assinado por duas testemunhas que lhe tenham ouvido a leitura; VI - proceder a reconhecimento de pessoas e coisas e a acareações; VII - determinar, se for caso, que se proceda a exame de corpo de delito e a quaisquer outras perícias; VIII - ordenar a identificação do indiciado pelo processo datiloscópico, se possível, e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes; IX - averiguar a vida progressa do indiciado, sob o ponto de vista individual, familiar e social, sua condição econômica, sua atitude e estado de ânimo antes e depois do crime e durante ele, e quaisquer outros elementos que contribuirão para a apreciação do seu temperamento e caráter; X - colher informações sobre a existência de filhos, respectivas idades e se possuem alguma deficiência e o nome e o contato de eventual responsável pelos cuidados dos filhos, indicado pela pessoa presa.

da investigação criminal e para o arcabouço probatório que poderá embasar eventual denúncia. Nesta etapa, a atuação policial é imprescindível.

Logo em seguida, e de maneira lógica, ocorre a condução coercitiva do agente perante à autoridade policial. Daí, lavra-se o auto de prisão em flagrante e junta-se, de forma documentada, os elementos probatórios colhidos no momento da infração, além dos termos de oitiva dos condutores, das testemunhas e do interrogatório do acusado.

Encerrando a fase administrativa, o agente é recolhido ao cárcere, desde que não seja cabível a concessão de fiança pelo Delegado de Polícia e que a lei não estabeleça que não se imporá prisão em flagrante (art. 69, parágrafo único, da Lei nº 9099/95; art. 48, §2º, da Lei nº 11343/06; art. 301 do CTB). Ademais, o preso deve receber a nota de culpa em até 24 horas de sua captura.

Ressalta-se que, neste lapso temporal, o preso deve ser comunicado de seus direitos constitucionais, além se proceder a comunicação imediata de sua prisão à sua família ou a pessoa por ele indicada, ao Ministério Público e ao juiz, ainda que não permaneça encarcerado. Caso o indivíduo não tenha constituído advogado, uma cópia do auto de prisão em flagrante deve ser encaminhada à Defensoria Pública. Não ocorrendo alguma dessas etapas nos moldes em que a lei prevê, a prisão em flagrante será passível de ser relaxada assim que o juiz tomar conhecimento.

Com a comunicação da autoridade judiciária, inicia-se a fase judicial da prisão em flagrante. O magistrado, assim que receber o auto de prisão em flagrante (em até 24 horas após a realização da prisão), deve analisar a legalidade da detenção, a fim de que adote uma das providências previstas no art. 310 do CPP.

O controle judicial da prisão em flagrante é feito *a posteriori*, ou seja, é somente após a prisão do indivíduo que a legalidade do ato será analisada. Verifica-se, de plano, a total diferença em relação ao controle de legalidade exercido perante as outras modalidades prisionais, que se dão *a priori*, onde há a necessidade de prévia ordem judicial para tolher a liberdade do indivíduo.

Essa análise da prisão em flagrante sempre foi realizada no próprio gabinete do juiz, sem contato próximo com o preso, dificultando, muitas das vezes, a adoção da melhor medida e a verificação detalhada da legalidade.

Nesse sentido, devemos nos atentar ao art. 7, item 5, do Pacto de San José da Costa Rica, vigente no Brasil desde o ano de 1992 (Decreto nº 678/92), que dispõe o seguinte:

Art. 7.5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.  
(grifo nosso)

Com base neste dispositivo, e tendo em vista o objeto do Projeto de Lei nº 554/2011, do Senado Federal, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução 213/2015, regulamentando o instituto da audiência de custódia no Brasil. Salienta-se que, anteriormente, o Provimento Conjunto nº 03/2015 da Presidência do Tribunal de Justiça de São Paulo e da Corregedoria Geral da Justiça e o Provimento de nº 21/2014 da Corregedoria Geral do Estado do Maranhão já regulavam a matéria no âmbito de seus respectivos Estados, em especial nas capitais. Posteriormente, outros Estados também aderiram a medida.

O prazo exato para realizar a audiência ainda gera muitos debates, tendo em vista que o Pacto de San José da Costa Rica traz somente a expressão “sem demora”. De acordo com alguns precedentes de Cortes Internacionais de Direitos Humanos, essa expressão pode ser entendida como “poucos dias”, devendo-se levar em conta cada caso concreto, e não o prazo de 24 horas após a efetuação da prisão em flagrante, como dispõe o Provimento 03/15 do TJ/SP e o Projeto de Lei nº 554/2011. Dentro da realidade brasileira, o mais viável que essas audiências ocorram em até 72 horas (LIMA, 2017).

A audiência de custódia permite um contato próximo do juiz com o preso, poucas horas após ter sido efetuada a prisão, da qual participam um defensor (constituído, público ou dativo) e um membro do Ministério Público. Dentre seus principais objetivos, pode-se destacar a repressão a eventuais atos atentatórios à integridade física e psicológica do preso, a possibilidade de uma melhor aferição da legalidade dos atos praticados desde o momento da captura, bem como propiciar ao magistrado melhores condições de decidir acerca de qual providência adotar com base no art. 310 do CPP, podendo, inclusive, substituir a prisão preventiva decretada pela prisão domiciliar, desde que sejam preenchidos os requisitos



necessários. Com uma maior possibilidade de aferição por parte do juiz, mais pessoas são postas em liberdade para aguardar julgamento, diminuindo-se, assim, a população carcerária.

Durante a audiência de custódia, o magistrado deverá: comunicar o preso sobre o seu direito de silêncio; indagá-lo acerca da efetiva ciência e oportunidade de exercer seus direitos constitucionais de preso, além de como ocorreu sua prisão e quais condições em que o estabelecimento de detenção se encontrava; fazer com que conste na ata possíveis irregularidades expressadas pelo preso no ato da prisão em flagrante; efetivar a devida comunicação ao Ministério Público acerca dessas possíveis ilegalidades; e, por fim, não perguntar nada ao preso com o intuito de obter provas para instruir a persecução criminal, ressalvando o direito do preso fazer declarações espontâneas, que serão consignadas em ata.

É neste momento, portanto, que o juiz poderá indagar o preso sobre como se deu o ato prisional, se seus direitos foram respeitados, se as condições em que se encontrava detido eram, de certo ponto, humanitárias, dentre outras indagações, extraíndo do depoimento do indivíduo elementos que lhe dê segurança para decidir da forma mais racional.

Aqui, caso fique constatado que a autoridade policial e/ou seus agentes, no ato da prisão em flagrante, extraíram provas de maneira ilícita, por exemplo, o magistrado deverá relaxar o flagrante, não podendo essas provas serem utilizadas ou convalidadas em juízo.

Pontua-se, com veemência, que a audiência de custódia não deve ser tratada como um interrogatório antecipado. O juiz não é autorizado a indagar sobre a existência dos fatos, mas tão somente sobre a legalidade da prisão e sobre o procedimento adotado por aqueles que o prenderam.

Vale destacar que a criação da audiência de custódia foi objeto da ADI nº 5240/SP, proposta pela ADEPOL (Associação dos Delegados de Polícia do Brasil), baseando-se na ideia de que o Poder Judiciário não possui estrutura capacitada para realizar as audiências e que o CNJ é ilegítimo para inovar no ordenamento jurídico. O STF, no entanto, julgou improcedente o pedido, afirmando que a iniciativa do CNJ e do TJ/SP vai ao encontro do disposto no Pacto de San José da Costa Rica, que possui *status* supralegal em nosso ordenamento (PACELLI, 2017).

Isto posto, verifica-se que o papel do juiz na audiência de custódia é o papel que será exercido pelo juiz das garantias, figura prevista no Anteprojeto do Novo Código de Processo Penal, que terá como função precípua o zelo pela legalidade e pelo respeito aos direitos e garantias fundamentais do investigado, retirando, cada vez mais, os ares de inquisitorialidade que ainda permanecem em nosso sistema.

### 3. PROVAS NO PROCESSO PENAL

A palavra “prova” é originária do latim – *probatio* – e possui diversos significados, como: confirmação, argumento, ensaio, verificação, exame, dentre outros.

É dessa palavra que também se originou o verbo “provar”, em latim – *probare* – que dá ação aos substantivos acima expostos, tais como: verificar, confirmar, examinar, ensaiar, demonstrar, etc.

Observando sob um viés jurídico, prova é “a demonstração que se faz, pelos meios legais, da existência ou veracidade de um fato material ou de um ato jurídico e em virtude do qual se concluem por sua existência ou se firma a certeza a respeito da existência do fato demonstrado [...]” (SILVA, 1967, p. 1253). Demonstração da veracidade daquilo que é alegado, funcionando como escopo do direito que se defende ou que se busca contestar.

É o “meio e o modo de que usam os litigantes para convencer o juiz da verdade da afirmação de um fato, bem como o meio e o modo de que se serve o juiz para formar sua convicção sobre os fatos [...]” (MARQUES, 2001, p. 255).

Neste contexto, pode-se entender que as provas são elementos capazes de demonstrar a realidade fática, a fim de que seja valorada pelo magistrado no momento do exercício de seu juízo de racionalidade, isto é, o livre convencimento motivado na hora de julgar.

É inegável a importância das provas no ordenamento jurídico de um Estado pautado por princípios constitucionais basilares, como o Devido Processo Legal<sup>14</sup>, o Contraditório e a Ampla Defesa<sup>15</sup>. Esses princípios só são efetivados no

---

<sup>14</sup> Art. 5º, LIV, da CF. Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

processo judicial, e, em especial, no processo penal, desde que haja o livre exercício probatório, propiciando-se meios e recursos para tal efetivação. O exercício probatório constitui-se, de fato, em um Direito Fundamental.

Nucci (2015, p.17) afirma que “a prova vincula-se à verdade e à certeza, que se ligam à realidade, todas voltadas, entretanto à *convicção* de seres humanos”.

Sem a possibilidade de se provar a verdade, não se pode falar em um Estado Democrático de Direito, vez que haveria um viés totalmente inquisitivo em eventuais litígios a serem dirimidos pelo judiciário.

É de grande valia privilegiar o sistema acusatório, propiciando às partes um embate racional. Ademais, em sede de processo penal, esse embate se torna acalorado por se discutir o direito de liberdade do cidadão, dando ainda mais ênfase à importância da produção das provas na busca da verdade.

Posto isso, sedimenta-se a ideia de que é imprescindível que haja um exercício probatório livre e desembaraçado, pois as provas, como visto, retratam, verificam e examinam fatos verdadeiros que serão utilizados pelo magistrado, em que pese haver a limitação no que tange às provas ilícitas.

Tratar-se-á, a seguir, dos principais pontos que circundam o instituto jurídico das provas no processo penal brasileiro, culminando com o estudo da influência norte-americana nas gerações de direito probatório, em especial, o direito probatório de terceira geração.

### **3.1 A Prova como Direito Fundamental**

Com a promulgação da Constituição Federal em 1988, pode-se dizer, atualmente, que a prova é tida como um direito fundamental em nosso ordenamento jurídico, amparada pela máxima do Estado Democrático de Direito.

O direito à prova está inserido no conceito de Acesso à Justiça, uma vez que este abrange diversos direitos processuais. Ainda, ao permitir que as partes de um processo produzam provas para sustentarem, de maneira fática, suas alegações, evidencia-se que os demais princípios basilares do processo brasileiro

---

<sup>15</sup> Art. 5º, LV, da CF. Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

também são respeitados, como o princípio da Ampla Defesa e do Contraditório, ramificações do Devido Processo Legal, tendo em vista que a produção de provas é essencial para que as partes exerçam o direito de ação e de defesa adequadamente (CAMBI, 2001).

Sem a concessão da oportunidade de se produzir provas em um processo, não é possível que as partes alcancem seus objetivos, ficando totalmente inviável a demonstração dos fatos.

No processo penal, por exemplo, o Ministério Público ou o querelante necessitam do exercício probatório para se desincumbirem do ônus que lhe são impostos, provando a autoria e a materialidade do crime. Ainda, para o réu, o direito de produzir provas pode lhe ser de suma importância caso seja necessário comprovar alguma excludente do delito, ainda que não lhe seja necessário desmentir os fatos alegados na acusação.

Quando as partes sofrem obstáculos que lhe impedem de produzir provas, é o mesmo que as impedir de exercer com amplitude o direito de ação e de defesa. Isso, obviamente, não viabiliza o acesso a uma ordem jurídica que se pauta pela justiça e pelo amplo debate (CAMBI, 2001). Esse acesso é um dos objetivos que a produção probatória busca alcançar.

Quanto mais eficaz o meio de prova for, a sua capacidade de amparar com segurança os fatos também aumentará, minimizando as chances do magistrado errar ao julgar a causa (GIANNICO, 2005).

Ressalta-se que, como todo direito fundamental, o direito à prova não é absoluto, comportando diversas limitações. Uma delas é a vedação às provas ilícitas, também esculpida na própria Constituição Federal, que será estudada com aprofundamento mais à frente.

### **3.2 Busca da Verdade no Processo Penal**

A verdade se faz presente em todas as áreas do conhecimento humano. Do início ao fim da vida, o homem busca a verdade para alegrar seu interior. Já diziam os romanos: *Nihil est veritatis luce dulcius* (nada é mais doce do que a luz da verdade).

Quando se traz a busca da verdade para dentro da ciência do Direito, logo de início é revelada a sua importância para a aplicação da lei, principalmente na área do direito processual, tendo em vista a íntima ligação que possui com o dever do Estado de reconstruir os fatos ocorridos para poder prestar uma jurisdição justa e adequada.

Ao discorrer sobre provas, indubitavelmente surge a ideia de que a sua função é retratar a veracidade do alegado em um processo judicial, havendo no ordenamento um regramento geral abstrato que legitimará o exercício probatório em cada caso concreto. Conhecer os fatos é a base para a aplicação do direito. Analisar faticamente um processo é essencial para que a norma jurídica “saia do papel” e se subsuma ao mundo sensível.

Descobrir a verdade é um dos principais objetivos do processo. É por meio desse instrumento que o juiz descobre a verdade sobre os fatos, destinando a eles a norma apropriada. “O chamado ‘juízo de subsunção’ representa essa ideia: tomar o fato ocorrido no mundo físico e a ele dar a regra abstrata e hipotética” (MARINONI; ARENHART, 2009, p. 26).

Segundo Liebman (1984) apud Marinoni; Arenhart (2009), o termo “julgar” significa a valoração de determinados fatos pretéritos em consonância com o ordenamento jurídico vigente e, por consequência, com a norma concreta que será aplicada ao caso.

A verdade no meio processual sempre foi dividida em duas espécies, a material e a formal. A verdade material é a valoração que se extrai das provas de um processo e que sempre busca a maior verossimilhança fática, aquilo que chega mais perto da realidade. Em contrapartida, a formal (ou jurídica) é um dogma que permite ao juiz ser mais flexível ao avaliar os fatos, se contentando basicamente com aquilo que foi trazido aos autos e com respeito às regras processuais, presunções e ônus da prova.

Durante muito tempo os processualistas tentaram diferenciar o tratamento dado à verdade no processo civil e no processo penal. Sempre se teve a ideia de que no processo penal, por lidar com a liberdade pessoal do acusado resistida pelo *jus puniendi* estatal, a busca do magistrado deveria ser pela realidade sensível dos fatos (verdade real), enquanto no processo civil o juiz poderia se

contentar com a mera verdade formal, pois ele tutelaria, em tese, interesses privados e disponíveis.

Tal diferença, no entanto, não mais prospera, assim como a ideia de que a verdade material conduz a uma reprodução dos fatos absoluta e inquestionável.

Com o advento da Constituição Federal em 1988, a consequente constitucionalização dos institutos e a inserção de direitos e garantias individuais no ordenamento, o nosso sistema processual penal passou a ser o acusatório, superando a ideia inquisitiva que imperava desde a entrada em vigor do Código de Processo Penal, em 1941.

Antes, tinha-se a ideia de que a verdade material deveria ser alcançada a qualquer custo, justificando a liberdade que o magistrado sempre teve no processo penal, por possuir, por exemplo, amplos poderes probatórios. A gravidade dos interesses tutelados autorizaria uma forte busca pela verdade, ainda que às vezes de forma desarrazoada e sem amparo legal.

Neste íterim, o dogma da verdade material perdeu força, tendo em vista que a reconstrução dos fatos com pormenores indissociáveis, embora seja possível, é completamente rara. Ademais, sob a ótica da CF/88, essa busca não deve se dar a qualquer custo.

Hodiernamente, a persecução penal dá ênfase puramente a descobrir a verdade, que, do ponto de vista jurídico, trata-se de verdade processual, na qual se busca empregar o maior esforço possível para que aquilo que for coligido se aproxime ao máximo da realidade, sem, contudo, acreditar que o resultado obtido seja fielmente a retratação dos fatos, isto é, uma verdade absoluta, devendo sempre respeitar os parâmetros legais e estar em consonância com nossa Carta Magna.

### **3.3 Sistemas de Valoração das Provas**

Logo após a instrução criminal, as partes, nas alegações finais ou nos memoriais escritos, debruçarão seus argumentos perante o arcabouço probatório coligido, a fim de que o juiz se convença daquilo que fora alegado e julgue da forma que lhes interesse. A sentença é o momento processual em que o juiz imporá valor às provas juntadas nos autos e condenará ou absolverá o réu.

Doutrina Muccio (2011, p. 857):

Não obstante o assegurado direito de a parte abordar e apresentar a prova, é ao juiz que se reserva a sua avaliação prevalente e definitiva. A avaliação da prova pelo juiz exige todo o cuidado, pois certa ou errada, conclusiva ou duvidosa, é a única válida no processo. Já se disse que a mesma inflexível virtude do magistrado, não iluminada pelo gênio nem guiada pela objetividade, pode leva-lo à injustiça. E também: um espírito presidido por austeros princípios morais, animado por uma quase religiosa ideia do dever, pode encontrar-se exposto ao perigo da injustiça e da iniquidade, tanto e talvez mais que um espírito moralmente menos rígido.

É inegável que a análise do material probatório de um processo, principalmente o de cunho penal, deve ser duramente minuciosa e atenciosa, tendo em vista que um exame raso e defeituoso pode levar a resultados extremamente injustos.

Ao longo da história, a avaliação probatória feita pelos juízes sofreu inúmeras modificações, passando, essencialmente, por um regramento mais rígido e que limita, de certa forma, a atuação do magistrado. Com o tempo, a irracionalidade processual deu espaço à motivação das decisões.

É necessário, portanto, analisar os três principais sistemas de valoração das provas e a conseqüente evolução do tema até os dias atuais.

No sistema da íntima convicção (da prova livre ou da livre convicção) o magistrado possui total liberdade para atribuir valor às provas, mesmo que elas não estejam anexadas aos autos. Aqui, não há dever de motivação das decisões, podendo o julgador se pautar na sua livre convicção.

Por se tratar de um sistema com total viés inquisitivo, o juiz pode, inclusive, decidir de forma contrária ao que demonstra as provas, podendo se valer de sentimentos ou intuições e, ainda, se valer de qualquer tipo de prova, independentemente da maneira em que esta foi obtida.

Neste sistema, não há qualquer respeito aos direitos e garantias fundamentais do acusado. Não há observância do Devido Processo Legal e de todos os princípios que dele decorrem. A autoridade julgadora decide como e do jeito que quiser, sem a obrigação de prestar contas à sociedade da atividade jurisdicional que é exercida, muito pelo contrário, havendo uma enorme incerteza acerca daquilo que fora utilizado para fundamentar a sentença.

Este modelo de apreciação das provas teve seu ápice na Idade Média, tendo origem em Estados teocráticos, onde os juízes eram equiparados a Deus e concentravam um poder absoluto nas mãos.

No Brasil, esse sistema não foi adotado, todavia, nosso ordenamento ainda guarda alguns resquícios. O sigilo das votações<sup>16</sup>, por exemplo, é uma garantia do tribunal do júri que autoriza os jurados a decidirem sem precisar externar suas razões, trazendo ao julgamento feito pelo Conselho de Sentença um certo grau de subjetividade.

Ademais, pode-se citar a declaração de suspeição do magistrado em razão de foro íntimo, no qual o processo é remetido ao seu substituto legal. Aqui, o juiz não precisa justificar os motivos que o levaram a se declarar suspeito, não cabendo, inclusive, recurso contra a decisão, uma vez que as partes não conseguem recorrer daquilo que não fora fundamentado.

Por sua vez, o sistema da prova tarifada (da prova legal, da verdade formal ou tarifado), que possui raízes na Revolução Francesa e foi formado com base na ideia da supremacia da lei escrita, é aquele em que o magistrado outorga sua convicção para o legislador. A legislação elenca as provas que servirão para provar determinados fatos, dando a elas um certo valor preestabelecido e imutável.

No tocante à produção de provas, o juiz se vê obrigado a seguir a lei. Não se fala em liberdade probatória, pois a autoridade judiciária fica restrita às provas previstas em lei e aos valores que lhe são previamente atribuídas.

A atuação do magistrado, nas provas legais, era semelhante a de um matemático, pois apenas se verificava o peso de determinada prova e sua correlação com o fato preestabelecido pelo legislador (RANGEL, 2015).

Neste jaez, infere-se que esse modelo não é o adequado para se adotar em um Estado Democrático de Direito, que preza pelo livre exercício probatório e pela racionalidade das decisões em busca de se efetivar a justiça. Limitar totalmente a atuação do juiz e a sua capacidade de valoração das provas coligidas vai de encontro à ideia de se buscar a verdade no processo penal.

---

<sup>16</sup>Art. 5º, XXXVIII, da CF. É reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: a) a plenitude de defesa; b) o sigilo das votações; c) a soberania dos veredictos; d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.



O processo penal brasileiro não adotou o referido sistema para guiar a valoração das provas, no entanto, assim como o sistema da íntima convicção, este também acabou por influenciar alguns dispositivos presentes em nosso ordenamento.

Tem-se, por exemplo, o art. 158 do CPP<sup>17</sup>, que vincula a prova da materialidade do crime ao exame de corpo de delito nas infrações que deixam vestígios, não podendo ser suprido nem pela confissão do acusado, em que pese haver a ressalva prevista no art. 167<sup>18</sup> do mesmo diploma. Na mesma esteira, pode-se citar o parágrafo único do art. 155 do CPP<sup>19</sup>, que preceitua que, quanto ao estado de pessoas, as restrições estabelecidas na lei civil devem ser observadas, em consonância com o art. 92<sup>20</sup>, que dispõe sobre a necessidade de se submeter ao juízo cível a solução de controvérsia séria e fundada sobre o estado civil das pessoas, suspendendo a ação penal até que essa questão seja resolvida.

Em suma, verifica-se inviável a adoção de um sistema como esse em um Estado Republicano. O engessamento do magistrado tolhe a sua liberdade de atuação na busca pela verdade que, apesar de ter que possuir certos limites, não deve ser submissa aos meros interesses políticos do legislador.

Em razão disso, o sistema que foi adotado pelo Brasil é o sistema do livre convencimento motivado (ou da persuasão racional), onde o juiz é livre para apreciar as provas que lhe são destinadas e, conseqüentemente, prolatar uma decisão, desde que privilegie o princípio da motivação das decisões, esculpido no inciso IX do art. 93 da CF<sup>21</sup>.

---

<sup>17</sup>Art. 158 do CPP. Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado.

<sup>18</sup>Art. 167 do CPP. Não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta.

<sup>19</sup>Art. 155 do CPP [...] Parágrafo único. Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil.

<sup>20</sup>Art. 92 do CPP. Se a decisão sobre a existência da infração depender da solução de controvérsia, que o juiz repute séria e fundada, sobre o estado civil das pessoas, o curso da ação penal ficará suspenso até que no juízo cível seja a controvérsia dirimida por sentença passada em julgado, sem prejuízo, entretanto, da inquirição das testemunhas e de outras provas de natureza urgente.

<sup>21</sup> Art. 93 da CF [...] IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

A liberdade conferida ao julgador lhe dá poderes para que a análise do conjunto probatório coligido possua como objetivo principal a extração de elementos que influam em sua convicção, essencialmente importantes na hora de julgar.

Aqui, o juiz não está adstrito a um sistema probatório prefixado, como o da prova legal, e, em contrapartida, não pode julgar de forma desarrazoada e imotivada, como no sistema da íntima convicção. Trata-se de conferir uma maior importância à autoridade judiciária no momento de avaliar as provas, da forma que lhe melhor reputar, contrabalanceado pelo dever de fundamentar as decisões, justificando a adoção, ou não, por determinado tipo de prova e pelo valor que lhe foi atribuído naquele determinado caso.

Nesta esteira, pontuam Távora; Alencar (2013, p. 410):

Essa liberdade, por sua vez, não é sinônimo de arbítrio, cabendo ao magistrado, alinhado às provas trazidas aos autos, fundamentar a decisão, revelando, com amparo no manancial probatório, o porquê do seu convencimento, assegurando o direito das partes e o interesse social.

Gomes Filho (2008, p. 249) reforça a ideia de que o sistema não quis conferir poderes sem restrições ao juiz, pois a liberdade “apenas lhe confere a possibilidade de estabelecer a verdade judicial com base em dados e critérios objetivos e de uma forma que seja controlável”.

Deste modo, com a adoção do livre convencimento motivado, pode-se afirmar que não há hierarquia entre as provas no ordenamento brasileiro, tendo em vista que, a depender do caso concreto, algumas provas poderão “valer” mais do que outras. Ademais, cumpre ressaltar que o magistrado possui o dever de atribuir valor a todas as provas do processo, inclusive àquelas que serão afastadas do julgamento.

Este mandamento também pode ser extraído do texto infraconstitucional. Vejamos:

Art. 155 do CPP. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Aquilo que fora colhido na fase investigatória, via de regra, não pode ser utilizado pelo juiz enquanto não se submeta ao crivo do contraditório judicial. Todavia, o próprio legislador excepciona esse mandamento, dispondo que o juiz poderá se utilizar das provas cautelares, não repetíveis e antecipadas, devido a própria natureza dessas espécies probatórias.

Logo, evidencia-se a importância que o sistema confere à participação ativa das partes na produção probatória, pois é com a realização do contraditório judicial que as partes conferirão legitimidade aos elementos de convicção que influenciarão o juiz.

Assim, trata-se realmente de um sistema contrabalanceado, no qual o magistrado poderá formar sua convicção e, conseqüentemente, decidir de forma livre, porém, sempre devendo declinar suas razões e observar se ao material probatório foi conferido legitimidade, através do exercício efetivo do contraditório.

### **3.4 Inadmissibilidade das Provas Ilícitas**

Como é cediço, são através das provas que o magistrado forma o seu livre convencimento motivado e, ao exercer um juízo de racionalidade sobre o as provas juntadas aos autos do processo, profere uma decisão.

Em sede de processo penal, o ordenamento jurídico autoriza o uso de provas não previstas expressamente, tendo em vista que o Código de Processo Penal não exaure os meios probatórios que são admitidos. Em consequência disso, nasce o Princípio da Liberdade Probatória, que é a “autorização específica” supracitada, decorrente da busca incessante pela verdade.

O Princípio da Liberdade Probatória, por sua vez, encontra limitações no próprio ordenamento jurídico. O texto constitucional é claro ao estabelecer em seu artigo 5º, LVI, que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meio ilícitos”, trazendo a ideia de que à junção de procedimento e relação jurídica de direito processual não se admite a utilização de qualquer prova que se obtenha através de um meio ilícito. Logo, tem-se clara a ideia de que o direito fundamental à prova não é absoluto.

Diante desse cenário, é notória a presença do Princípio da Inadmissibilidade das Provas Ilícitas sem nosso ordenamento, com previsão também infraconstitucional, no Código de Processo Penal.

Essa vedação disposta em nossa Carta Magna nada mais é do que uma grande influência do Princípio da Legalidade, consagrando-se, assim, o Estado Democrático de Direito.

Por ser o processo o meio para se buscar a punição de ilegalidades, o Estado não pode admitir que, para que se atinja o seu resultado útil, sejam admitidas provas que violem normas jurídicas. Se tal prática fosse autorizada, teríamos um processo totalmente irracional. É inconcebível imaginar uma persecução criminal que não siga parâmetros e que se desenvolva de forma ilimitada e desarrazoada. As garantias constitucionais devem ser respeitadas e, uma das formas de se fazer isso, é justamente inadmitir as provas ilícitas em nosso ordenamento.

É totalmente paradoxal que, em um processo criminal, possuidor da função precípua de apurar a prática de ilícitos penais, o Estado utilizasse meios que violem direitos e que maculem a legitimidade do sistema persecutório, tendo em vista que ele próprio estaria se utilizando de uma infração penal para tanto (GOMES FILHO, 1997).

Para adentrar ao estudo do regramento atinente às provas ilícitas, faz-se necessário, de antemão, distinguir as provas ilícitas das chamadas provas ilegítimas, pois, a depender do vício que macula o elemento de convicção, será adotado determinado procedimento.

Provas ilícitas e provas ilegítimas são espécies do gênero 'provas vedadas ou ilegais', que são aquelas provas que, ao serem produzidas, violam normas de direito, seja em plano processual ou material, ou princípios gerais do ordenamento.

As provas ilegítimas são as provas que são produzidas infringindo normas de direito processual, isto é, com uma violação voltada à formalidade probatória (v.g. subscrição do laudo pericial por somente um perito louvado – art. 159, §1º, do CPP). Por se tratarem de um problema procedimental, se sujeitam ao regime jurídico das nulidades e só ocorrem no curso da ação penal.

Avolio (1999, p.44) leciona:

A prova ilegítima é aquela cuja colheita estaria ferindo normas de direito processual. Assim, veremos que alguns dispositivos da lei processual penal contêm regras de exclusão de determinadas provas, como, por exemplo, a proibição de depor em relação a fatos que envolvam o sigilo profissional (art. 207 do CPP brasileiro); ou a recusa de depor por parte de parentes e afins (art. 206). A sanção para o descumprimento dessas normas encontra-se na própria lei processual. Então, tudo se resolve dentro do processo, segundo os esquemas processuais que determinam as formas e as modalidades de produção da prova, com a sanção correspondente a cada transgressão, que pode ser uma sanção de nulidade.

Em contrapartida, provas ilícitas são aquelas que são obtidas com infração de normas de direito material, violando a prova no plano substancial, seja de ordem penal (v.g. confissão obtida mediante tortura) ou constitucional (v.g. prova obtida com desrespeito à inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas ou à intimidade). A prova obtida é produto de crime.

Nesse sentido, era o entendimento de Mirabete (2006, p. 253), ao dispor que “provas ilícitas são as que contrariam as normas de Direito Material, quer quanto ao meio ou quanto ao modo de obtenção”.

Aqui, a violação ocorre no momento em que a prova é colhida, anteriormente ou concomitantemente ao processo na maioria das vezes, porém, sempre de maneira externa a este. No entanto, é possível que a prova ilícita seja produzida em juízo, como, por exemplo, quando o acusado confessa perante o juiz sem ter sido advertido sobre o seu direito ao silêncio<sup>22</sup>.

Com o advento da Lei nº 11.690/08, o art. 157 do CPP passou a dispor que “são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”.

Ao se referir às provas ilícitas, verifica-se que o legislador as conceitua como aquelas que são obtidas em violação a normas constitucionais ou legais, sem distinguir se a norma legal é de natureza material ou processual. Sendo assim, a expressão ‘legais’ tem causado divergências doutrinárias, diante da incerteza sobre a natureza geradora da ilicitude da prova.

Nesta esteira, parte da doutrina tem entendido que, de frente à omissão do legislador, tanto as provas que violam normas de natureza material,

---

<sup>22</sup>Art. 5º, LXIII, da CF. O preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado.

quanto as que violam normas de natureza processual, são consideradas ilícitas e estão sujeitas ao desentranhamento dos autos<sup>23</sup>.

Por outro lado, uma outra corrente entende que a interpretação de 'normas legais' deve ser feita de forma restritiva, "referindo-se única e exclusivamente às normas de direito material, mantendo-se, quanto às provas ilegítimas, o regime jurídico das nulidades" (LIMA, 2017, p. 623).

Corroborando a assertiva, Grinover (2009) afirmava que a não diferenciação entre a violação da norma material ou processual pode levar a certos equívocos, como, por exemplo, que as violações de normas processuais acarretam a ilicitude da prova e o seu conseqüente desentranhamento dos autos, quando, na verdade, geram a nulidade do ato.

Também nessa linha, Lopes Jr. (2012, p. 593) disserta:

Infelizmente a redação do art. 157 é confusa, especialmente quando aponta que as provas ilícitas seriam aquelas 'obtidas em violação a normas constitucionais ou legais'. Esse 'legais' refere-se às normas materiais ou processuais? Pensamos que apenas às normas materiais, persistindo, porque necessária, a distinção entre provas ilícitas e ilegítimas, tendo o art. 157 se ocupado das provas ilícitas (obtidas em desconformidade com a Constituição ou leis materiais).

De fato, o legislador foi infeliz ao redigir o dispositivo infraconstitucional. A natureza das normas faz com que as conseqüências tenham que ser distintas, em face da gravidade ao ordenamento jurídico que uma e outra provocam. É inconcebível que os vícios processuais levem à ilicitude probatória, caso em que feriria veemente à proporcionalidade, devendo prosperar a classificação doutrinária que distingue as provas ilícitas das ilegítimas.

Em relação à sanção processual destinada às provas ilícitas, o desentranhamento torna-se um direito de toda a coletividade que é atingida por um processo penal maculado com vícios de ordem material. Esse direito de exclusão das provas maculadas – *exclusionary rule* – derivou do processo penal norte-americano, sendo o caso *Boyd v. US*, de 1886, o pioneiro no que diz respeito à teoria da inadmissibilidade das provas ilícitas.

Logo, por mais importante que sejam os fatos provados pelas provas ilícitas, o direito de exclusão se materializa através da obrigatoriedade de

---

<sup>23</sup> Adotam esse posicionamento: Guilherme de Souza Nucci (2008) e Luiz Flávio Gomes (2009).

desentranhamento desses elementos de convicção dos autos, a fim de que se preserve a integridade e a moralidade do processo penal.

### 3.4.1 Teoria dos frutos da árvore envenenada

Como visto, será ilícita a prova que violar normas de direito material. Essa ilegalidade, no entanto, pode gerar dois tipos de provas ilícitas: a originariamente ilícita e a ilícita por derivação.

A prova originariamente ilícita é o crime que se camufla de ato processual. É o ato que dá ensejo à ilicitude probatória no processo, que, se não desentranhado de imediato, pode levar à propagação do ilícito por toda a persecução penal. Toma-se novamente como exemplo, a confissão obtida mediante tortura.

Por sua vez, a prova ilícita por derivação é o resultado da propagação da ilegalidade da prova originariamente ilícita, devido o nexo causal existente entre ambas. Se, por exemplo, após a tortura o indivíduo confessa onde se localiza um ponto de drogas e, após ser emitida a ordem judicial, haja a busca e apreensão de entorpecentes nesse local, as perícias que forem realizadas para comprovar a materialidade do delito serão consideradas provas ilícitas por derivação, uma vez que o seu núcleo está maculado.

Essa ideia de propagação da ilicitude probatória surgiu no Direito Norte Americano com o caso *Silverthorne Lumber Co. v. United States*, no ano de 1920, onde a Suprema Corte Norte-Americana declarou a invalidade de uma intimação que tinha sido realizada com escopo em informações extraídas de forma ilegal. No ano de 1939, a teoria se consolidou no caso *Nardone v. United States*, sendo conhecida como Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada (*fruits of the poisonous tree*).

O auge desse entendimento foi vislumbrado no caso *Miranda v. Arizona*, no ano de 1966. Neste caso, a Suprema Corte Americana entendeu que as declarações feitas por uma pessoa a um agente policial são inválidas se esta não tiver sido informada de que tudo aquilo que disser puder ser utilizado contra si e dos direitos de ficar em silêncio e de constituir defensor ou ter um nomeado. A partir de então, ao se instalar esse precedente, caso os agentes policiais não se atentassem

às formalidades supracitadas – *Miranda-warnings*, eventual confissão e todas as provas conseguidas a partir dela seriam consideradas ilícitas.

Em relação a essa teoria, para Avolio (1999, p. 73), “acreditava-se que, com isso, similarmente ao pensamento que ensejou a concepção da *exclusionary rule*, a polícia ficaria desencorajada de proceder a buscas e apreensões ilegais”.

No Brasil, de início, a teoria supramencionada não foi bem recebida. O Supremo Tribunal Federal, capitaneado pelo Ministro Moreira Alves, refutou a aplicação da Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada com base na transcrição literal do art. 5º, LVI, da CF, tendo em conta que o mandamento constitucional dispõe que somente as provas ilícitas serão inadmitidas no processo, não fazendo menção às provas que derivam das ilícitas.

Todavia, posteriormente, a jurisprudência brasileira passou a aplicar essa teoria mesmo antes de haver previsão legal para tanto. Neste sentido, Silva (2007, p. 28) lecionou antes da alteração legislativa:

A jurisprudência dominante é pela não-aceitação da prova derivada da ilícita no processo, tomando por base a solução adotada pela Suprema Corte norte-americana, que a denominou *fruits of the poisonous tree* (frutos da árvore envenenada), segundo a qual o defeito da árvore transmite-se aos frutos.

Em 2008, a Lei nº 11.690 trouxe uma nova redação ao art. 157 do CPP, incluindo, dentre outros, o §1º, positivando o entendimento que já vinha sendo aplicado pela jurisprudência brasileira e tomando como base a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada, criada em 1920 nos Estados Unidos. Vejamos o dispositivo:

Art. 157 do CPP – [...]:

§1º - São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras. (grifo nosso)

Sendo assim, atualmente não há dúvidas de que as provas que derivam das originariamente ilícitas também são consideradas ilícitas e devem ser igualmente desentranhadas do processo, ainda que as provas derivadas tenham sido obtidas por meio lícitos, pois, como visto, a ilicitude da primeira macula a sequência da cadeia probatória.



Por fim, salienta-se que há situações em que a prova ilícita por derivação pode ser utilizada no processo, excetuando a regra geral. Essas situações serão analisadas a seguir.

### **3.4.2 Teorias limitadoras da prova ilícita por derivação aplicadas no Brasil**

Com o tempo, a Suprema Corte norte-americana passou a desenvolver teorias, com base em casos concretos, a fim de mitigar a rigidez instalada pelas regras de exclusão (*exclusionary rules*). São inúmeras as teorias criadas, todavia, será exposto a seguir as duas teorias mais aplicadas em nosso país, com, inclusive, previsão legal no ordenamento jurídico brasileiro.

De início, tem-se a *Teoria da Limitação da Fonte Independente - Independent Source Limitation*, que é uma das teorias que buscam desvincular a prova derivada da prova originária, dando àquela ares de licitude.

Segundo essa teoria, se no processo houverem provas que “nasceram” de fontes independentes das provas originariamente ilícitas, estas não serão consideradas ilícitas, tendo em vista que entre elas não há relação de dependência.

O *leading case* dessa teoria foi o caso *Bynum v. U.S.*, no ano de 1960, no qual a Corte, de plano, determinou que a identificação dactiloscópica de Bynum fosse excluída dos autos, tendo em vista que esta tinha se dado durante a sua prisão ilegal. Todavia, posteriormente, a acusação se utilizou da identificação dactiloscópica do acusado que se estava nos arquivos do FBI e que se relacionavam com as impressões digitais colhidas na cena do crime. Como os arquivos encontrados não se relacionavam com o roubo praticado por Bynum e por ter a polícia motivos para verificar as informações contidas no FBI, a identificação dactiloscópica foi admitida no processo por ser considerada uma prova obtida de forma independente, que não se relacionava com a prisão ilegal do acusado.

Em nosso ordenamento, essa teoria é prevista no §1º do art. 157 do CPP, ao trazer a expressão “salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras”, referindo-se à independência entre as provas ilícitas e as que surgiram posteriormente.

Acerca da normatização da teoria em nosso ordenamento, lecionou Grinover (2009, p. 133):

Era perfeitamente desnecessária a previsão normativa, na medida em que o conceito de prova derivada supõe, por si só, a existência de uma relação de causalidade entre a ilicitude da primeira prova e a obtenção da segunda. Se o vínculo não estiver evidenciado, é intuitivo que não se trata de prova derivada. Mas, apesar de redundante, essa parte do texto legal não parece trazer inconvenientes na sua aplicação.

Ainda, na mesma esteira, dispõem Távora; Assumpção (2013, p. 397):

A prova absolutamente independente, ou limitação da fonte independente (*independente source limitation*), não seria propriamente uma exceção aos efeitos da teoria dos frutos da árvore envenenada, e sim uma teoria coexistente, permitindo justamente a devida integração, partindo-se do pressuposto de que, não havendo vínculo entre as provas, não há de se falar em reflexos irradiando contaminação àquelas provas que não derivam da ilícita.

Portanto, quando houver ausência de nexos causal entre a prova originariamente ilícita e a prova derivada, esta última poderá ser utilizada no processo.

Outra teoria que visa dar licitude às provas derivadas é a *Teoria da Limitação da Descoberta Inevitável – Inevitable Discovery Limitation*, trazendo a ideia de que se a prova decorrente da ilícita pudesse ser obtida de outra maneira, isto é, por atos investigatórios que sejam lícitos, a contaminação também é eliminada e a prova poderá ser utilizada no processo.

Tal posicionamento foi criado no caso *Nix v. Williams-Williams II*, nos Estados Unidos, em 1984. Neste caso, uma confissão ilegal foi obtida por parte de um assassino, que disse para a polícia norte-americana onde estava escondido o corpo da criança que assassinara. Todavia, já havia mais de 200 voluntários fazendo buscas no local que foi indicado pelo próprio assassino. Sendo assim, a Corte norte-americana entendeu que a apreensão do cadáver era lícita, em que pese a confissão ter sido obtida de forma ilegal, tendo em vista que a descoberta seria inevitável.

Conforme entendimento abaixo exposto, a teoria da descoberta inevitável e da fonte independente se diferenciam no tocante ao nexo de causalidade:

[...] Agrega-se, com a descoberta inevitável, outro ponto de vista quando em comparação com a teoria anterior. É que, na prova independente, não existe liame entre a prova ilícita e as demais. Na descoberta inevitável, o nexa existe, mas não é decisivo, pois a prova derivada, mesmo que a ilicitude não se operasse, ainda assim seria produzida dentro da lei. Era apenas uma questão de tempo (TÁVORA; ASSUMPÇÃO, 2013, p. 398).

Em nosso ordenamento, essa teoria é prevista no §1º do art. 157, *in fine*, ao dispor que uma das exceções à inadmissão das provas derivadas das ilícitas se dá “quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras”. O §2º do art. 157 traz o conceito de fonte independente: “considera-se fonte independente aquela que, por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova”.

Aqui, parece que o legislador se confundiu. Trouxe o conceito de limitação da descoberta inevitável se referindo à fonte independente.

Um exemplo de aplicação prática dessa teoria é nos casos em que se reconheçam válidos os depoimentos de testemunhas que, apesar de terem sido localizadas por meios escusos, *v.g.* interceptação telefônica não autorizada, também foram indicadas por outras testemunhas ao longo da persecução penal.

O julgamento do HC 52.995/AL pela 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, em 2012, foi o julgado pioneiro que se utilizou da teoria da limitação da descoberta inevitável no Brasil. No caso concreto, sob a relatoria do Ministro Relator Og Fernandes, foi conferida licitude a um extrato bancário obtido sem autorização judicial pelo sobrinho da vítima de um furto qualificado, que, contudo, seria posteriormente obtido em face da habilitação deste no inventário, não sendo, portanto, razoável que o processo fosse anulado, tendo em vista que o descobrimento daquela prova ocorreria da mesma maneira.

Destarte, ao se adotar essa teoria, não se aproveita a ilicitude no processo, ou melhor dizendo, a ilicitude não altera o que ocorreria no desencadear da lide caso ela não existisse, vez que de qualquer forma a prova seria obtida.

### **3.4.3 Proporcionalidade e prova ilícita**

A proporcionalidade aplicada em sede de ilicitude probatória tem origem na doutrina e na jurisprudência alemã, possuindo a finalidade de se admitir

provas ilícitas em casos em que o desentranhamento culminar em uma flagrante injustiça.

Atendo-se à ideia de que a vedação às provas ilícitas no ordenamento jurídico brasileiro serve para limitar o *jus puniendi* estatal, verifica-se a possibilidade de se ter uma sentença absolutória proferida com base em uma prova ilícita, tendo em vista que, no caso concreto, o Estado o direito de liberdade do réu (*status libertatis*) se sobrepõe ao direito de punir do Estado. Se há a possibilidade de se utilizar uma prova ilícita para livrar um inocente da condenação, assim deverá ser feito, tendo por base a preponderância dos princípios do Contraditório, da Ampla Defesa e da Presunção de Inocência.

O conflito instalado entre dois ou mais bens jurídicos resguardados pelo ordenamento jurídico obriga um exercício de interpretação, no qual se tem como lógica dar maior respaldo àquele mais relevante.

Segundo Alexy (2008, p. 117), “a máxima da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, exigência de sopesamento, decorre da relativização em face das possibilidades jurídicas”.

Leciona Lima (2017, p. 642):

De fato, seria inadmissível que alguém fosse condenado injustamente pelo simples fato de sua inocência ter sido comprovada por meio de uma prova obtida por meios ilícitos. Noutra giro, ao Estado não pode interessar a punição de um inocente, o que poderia acarretar a impunidade do verdadeira culpado. Além disso, quando o acusado pratica um ato ilícito para se defender de modo efetivo no processo penal, conclui-se que sua atuação não seria ilícita, eis que amparada pela legítima defesa, daí por que não seria possível concluir-se pela ilicitude da prova.

Nesses casos, caso a prova não fosse aproveitada no processo, o Estado ficaria de frente a um paradoxo, pois teria que aceitar a condenação de um inocente para não aproveitar uma prova flagrantemente ilícita, sendo totalmente absurda essa possibilidade à luz da própria proteção constitucional ao acusado (PACCELI, 2017).

Todavia, há posicionamento doutrinário que vê limitação na aplicação do princípio da proporcionalidade em favor do acusado, como nos casos de prova obtida mediante tortura para inocentar o acusado. Neste sentido, Lima (2017, p. 643):

Mas seria possível utilizar-se, em favor do acusado, como único meio para inocentá-lo, de prova obtida mediante tortura? A nosso ver, a situação é bem diferente de uma gravação ou interceptação telefônica ilícita. Neste caso, apesar de haver a produção de uma prova ilícita, o conteúdo da conversa telefônica pode ser considerado verdadeiro pelo juiz, já que não há constrangimento aos interlocutores. Diferente é a hipótese de prova obtida mediante tortura: colhidos mediante o constrangimento de alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental, tais elementos probatórios não poderão ser levados em consideração pelo magistrado, porquanto impossível aferir a veracidade (ou não) do conteúdo das declarações de tal pessoa.

Em contrapartida, surge a seguinte indagação: seria possível incriminar alguém com base em prova ilícita?

De plano, ao analisar o sistema como um todo e, especificamente, o princípio constitucional da inadmissão das provas ilícitas e as demais garantias processuais que protegem o acusado, não parece razoável que se o Estado se utilize desse tipo de prova para servir de alicerce a uma condenação e, de fato, esse o entendimento sedimentado na doutrina e na jurisprudência atualmente.

Todavia, para Barbosa Moreira (1996, p.148), a proporcionalidade também pode ser aplicada *pro societate*, nos casos, por exemplo, em que haja criminalidade organizada que esteja em alcance superior ao Ministério Público e às polícias. Desse modo, leciona:

O raciocínio é hábil e, em condições normais dificilmente se contestará a premissa da superioridade de armas da acusação. Pode suceder, no entanto, que ela deixe de refletir a realidade em situações de expansão e fortalecimento da criminalidade organizada, como tantas que enfrentam as sociedades contemporâneas. É fora de dúvida que atualmente, no Brasil, certos traficantes de drogas estão muito mais bem armados que a polícia e, provavelmente, não lhes será mais difícil que a ela, nem lhes suscitará maiores escrúpulos, munir-se de provas por meios ilegais. Exemplo óbvio é o da coação de testemunhas nas zonas controladas pelo narcotráfico: nem passa pela cabeça de ninguém a hipótese de que algum morador da área declare à polícia, ou em juízo, algo diferente do que lhe houver ordenado o 'poderoso chefão' do local.

Nesta esteira, Fernandes (2002) cita o HC 70.814/SP, julgado pela 1ª Turma do STF, em 1994. No presente caso, através de uma violação ilícita da correspondência de um preso, ofendendo o disposto no art. 5º, XII, da CF, verificou-se que alguns detentos estavam planejando uma fuga, além do sequestro de um juiz de direito durante uma audiência. O STF entendeu que, com base na preservação da ordem jurídica, da segurança pública e da disciplina penitenciária, a

administração do presídio pode efetuar a interceptação de cartas enviadas aos presos, tendo em vista que a inviolabilidade do sigilo de correspondência não se presta para tutelar práticas ilícitas.

Ao analisar julgamentos posteriores ao supracitado, extrai-se a ideia de que a proibição da prova ilícita se sobrepõe ao interesse da busca pela verdade real quando não houver distinções em relação ao delito objeto do processo (HC 80.949/RJ, de 2001), mas que, todavia, a prova ilícita pode ser utilizada em *ultima ratio*, ou seja, em “casos extremos de necessidade inadiável e incontornável”, como disposto pelo Pleno do STF no julgamento do HC 79.512/RJ, em 2003.

Ressalta-se, entretanto, que ao permitir a admissão de provas ilícitas com base na prevalência das liberdades públicas, de forma indiscriminada, se pode constituir precedentes extremamente perigosos em detrimento dos direitos e das garantias individuais do acusado. Não seria possível estabelecer qualquer limitação à produção probatória, devido à busca incessante pela verdade e à premissa do efetivo combate ao crime.

Sendo assim, é evidente que nos casos em que houver um embate entre direitos e garantias fundamentais no que tange à admissibilidade de provas ilícitas no processo, por se tratar de um Estado Democrático de Direito, o olhar em relação a estas devem ser totalmente voltados à benesse do acusado injustamente, vez que ao se admitir o contrário, isto é, a prova ilícita para incriminar alguém, haverá flagrante violação de direitos e um total desrespeito a diversos princípios constitucionais, dentre eles, o do Devido Processo Legal e o da Presunção de Inocência. Porém, como visto, em casos excepcionais tal garantia pode ser mitigada em prol do interesse público.

### **3.5 Busca e Apreensão: Breves Considerações**

De início, faz-se necessário distinguir a busca da apreensão. A primeira é uma diligência que possui a finalidade de encontrar pessoas ou objetos. Já a segunda, trata-se de uma medida constritiva, colocando uma pessoa ou um objeto sob custódia. Logo, uma pode ocorrer sem a outra.

A busca e apreensão é um meio de obtenção probatória e não um meio de prova propriamente dito, tendo em vista que se constitui em um procedimento

que visa amealhar provas materiais, v.g. documentos, pessoas, cadáveres, entre outros, que, no caso, são as provas em si.

Nesta esteira, tem-se que sua natureza jurídica é de medida cautelar, pois visa assegurar a utilização de determinadas provas no processo. Por ser dotada de cautelaridade, é necessário que haja, no caso concreto, o *fumus comissi delicti* (evidências da materialidade do crime) e o *periculum in mora* (perigo de perecimento da prova caso não seja colhida naquele momento).

A busca poder ser domiciliar ou pessoal.

A busca domiciliar, como seu próprio nome diz, é a diligência que possui como objetivo encontrar objetos e pessoas em um domicílio. Aqui, há a necessidade de ser observado o texto constitucional, tendo em vista que, conforme a Constituição Federal, em seu 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”.

O conceito de casa utilizado pela doutrina e pela jurisprudência é o disposto no art. 150, §4º, do Código Penal, compreendendo qualquer compartimento habitado; aposento ocupado de habitação coletiva, ainda que se destine à permanência por poucas horas; e compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade.

Sendo assim, se o morador da casa não autorizar a entrada e não for caso de flagrante delito, desastre ou situação em que se reclame a prestação de socorro, a autoridade policial e seus agentes só poderão entrar com determinação judicial, durante o dia.

Caso, durante a noite, a autoridade policial estiver munida de um mandado de busca domiciliar e de prisão, deverá observar o art. 293 do CPP<sup>24</sup>, o qual prevê que o executor do mandado espere o dia amanhecer para prosseguir com a ordem, salvo no caso de flagrante delito.

---

<sup>24</sup>Art. 293 do CPP. Se o executor do mandado verificar, com segurança, que o réu entrou ou se encontra em alguma casa, o morador será intimado a entregá-lo, à vista da ordem de prisão. Se não for obedecido imediatamente, o executor convocará duas testemunhas e, sendo dia, entrará à força na casa, arrombando as portas, se preciso; sendo noite, o executor, depois da intimação ao morador, se não for atendido, fará guardar todas as saídas, tornando a casa incomunicável, e, logo que amanheça, arrombará as portas e efetuará a prisão.

O art. 240, §1º, do CPP, traz um rol exemplificativo de quando irá se proceder a busca domiciliar, desde que fundadas razões a autorizarem:

Art. 240 [...]a) prender criminosos; b) apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos; c) apreender instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos; d) apreender armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso; e) descobrir objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu; f) apreender cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato; g) apreender pessoas vítimas de crimes; h) colher qualquer elemento de convicção.

Frisa-se que o mandado de busca e apreensão domiciliar deve respeitar o disposto no art. 243 do CPP<sup>25</sup>, principalmente no tocante aos motivos e os fins da diligência, que devem ser pormenorizados a fim de se assegurar a licitude das provas obtidas.

Em contrapartida, a busca pessoal pode ser determinada por autoridade policial ou judiciária, portanto, prescinde de mandado. Essa diligência deve ser determinada quando, no caso concreto, houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar ou no caso de prisão, conforme disposto no art. 244 do CPP.

De acordo com o §2º do art. 240 do CPP, “proceder-se-á à busca pessoal quando houver fundada suspeita de que alguém oculte consigo arma proibida ou objeto mencionados nas letras *b a f e h*” do §1º, mencionadas acima. Portanto, verifica-se que em relação à busca pessoal, o legislador fez uma ressalva no tocante às alíneas *a e g*.

Ademais, tem-se que tal situação se equipara às hipóteses de prisão em flagrante, pois, neste caso, a autoridade policial e seus agentes podem prender o indivíduo sem prévia ordem judicial, além de poderem buscar e apreender os objetos

---

<sup>25</sup> Art. 243 do CPP. O mandado de busca deverá: I - indicar, o mais precisamente possível, a casa em que será realizada a diligência e o nome do respectivo proprietário ou morador; ou, no caso de busca pessoal, o nome da pessoa que terá de sofrê-la ou os sinais que a identifiquem; II - mencionar o motivo e os fins da diligência; III - ser subscrito pelo escrivão e assinado pela autoridade que o fizer expedir.



que tiverem relação com à infração, nos termos do art. 6º, II, do CPP, como por exemplo, *smartphones* que estiverem em posse do indivíduo.

#### 4. DIREITO PROBATÓRIO DE TERCEIRA GERAÇÃO

Atualmente, na maioria dos códigos de processo contemporâneos, duas características se fazem presentes: a) a opção pelo sistema do livre convencimento motivado, para ser utilizado pelo magistrado ao valorar as provas e; b) as cláusulas abertas que permitem a admissibilidade no processo de todas as provas que forem moralmente lícitas, como o art. 5º, inciso LVI, da CF e o art. 157 do CPP, vedando somente a admissão de provas ilícitas.

Sendo permitido ao juiz se utilizar de todos os meios lícitos de prova e com a rápida evolução da tecnologia, hoje, a reconstrução de fatos históricos podem se submeter a procedimentos extremamente avançados, que alcançam resultados muito próximos daquilo que realmente busca se reproduzir. Os exames de DNA, as análises toxicológicas, o sistema de satélites para aferir a localização de determinada coisa ou pessoa, entre tantos outros, são exemplos de que o avanço tecnológico caminha de mãos dadas com o dever estatal de esclarecer os fatos com a maior precisão possível, antes de se proferir uma decisão.

Entretanto, no processo penal esse contexto se apresenta de uma maneira complexa, pois, da mesma forma que os meios tecnológicos podem se mostrar de grande valia para esclarecer determinados fatos e serem utilizados pelo magistrado no momento da valoração probatória, corre-se o risco de não ficar totalmente determinado se a utilização de determinada tecnologia é ou não válida, ou melhor dizendo, se pode constituir ou não uma prova ilícita, diante da variedade de *modus operandi* que pode se revelar. A justiça penal passa a ter cada vez mais desafios imprevisíveis para poder cumprir sua função cognitiva.

É diante desse cenário que se mostra imprescindível a explanação da evolução do direito probatório, de acordo com as gerações probatórias sedimentadas pela trilogia de precedentes norte-americanos, *Olmstead-Katz-Kyllo*, a fim de se compreender como o direito probatório era visto antigamente e como passou a ser visto nos dias atuais, além de sua respectiva proteção e em quais situações se exige a reserva de jurisdição para que a prova seja considerada lícita.

Pois bem.

A 1ª Geração de Direito Probatório surgiu no ano de 1928, com o julgamento do caso *Olmstead v. United States*, pela Suprema Corte americana. Neste caso, os investigadores inseriram um equipamento na fiação da empresa de telefone e também na fiação da via pública, com a finalidade de interceptar conversas telefônicas realizadas pelo investigado, *Olmstead*. A defesa, por sua vez, alegou que a prova obtida era ilícita, tendo em vista a falta de mandado judicial que autorizasse tal interceptação.

A Suprema Corte entendeu pela licitude do material coligido, tendo em vista que a ação da polícia não violou nenhuma propriedade do acusado e, conseqüentemente, não violou a Quarta Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América<sup>26</sup>, que somente consagra a proteção a pessoas, casas, papéis e haveres (bens, coisas) em áreas demarcadas, não devendo se interpretar tal dispositivo a fim de ampliar a necessidade de mandado judicial para somente escutar ou observar, sem invadir propriedades. Aliás, o sinal de voz não podia ser considerado propriedade.

Ao estabelecer que a Quarta Emenda somente protegia áreas concretas e passíveis de demarcação, caso em que o ingresso e violação reclamariam prévia ordem judicial, o que no presente caso não tinha ocorrido, esse precedente consagrou a teoria proprietária (*trespass theory*), na qual a interpretação da Constituição é feita no sentido de proteger coisas, objetos e lugares.

No ano de 1967, a polícia norte-americana procedeu à instalação de um equipamento de gravação de voz em uma cabine de telefone público, a fim de capturar as falas do investigado, *Katz*. Por não ter havido invasão de propriedade, apreendeu-se a voz do interlocutor, que também não tinha natureza de coisa. A defesa pediu que a prova fosse considerada ilícita por ter sido colhida sem autorização judicial, tratando-se de busca.

---

<sup>26</sup>Quarta Emenda à Constituição dos Estados Unidos. O direito do povo à inviolabilidade de suas pessoas, casas, papéis e haveres contra busca e apreensão arbitrárias não poderá ser infringido; e nenhum mandado será expedido a não ser mediante indícios de culpabilidade confirmados por juramento ou declaração, e particularmente com a descrição do local da busca e a indicação das pessoas ou coisas a serem apreendidas.

De início, diante do caso *Katz v. United States*, o Tribunal de Apelações admitiu a prova obtida com base na teoria proprietária, consolidada no precedente *Olmstead*, assegurando que, por não ter havido invasão física em área ocupada de forma privativa pelo acusado, a Quarta Emenda não teria sido violada. No entanto, ao chegar na Suprema Corte, entendeu-se que neste caso se tratava de uma busca e que havia necessidade de ordem judicial, tornando a prova ilícita.

Para basear sua decisão e afastar o precedente *Olmstead*, a Suprema Corte entendeu que a Quarta Emenda não protege somente itens tangíveis, mas também declarações orais, isto é, protege pessoas independentemente de ter havido intrusão física em determinado local, pois, ainda que ausente a presença de um agente policial, o fato de *Katz* ter pago o valor para utilizar o telefone público e ter fechado a porta da cabine lhe conferiu uma expectativa legítima de proteção ao direito à intimidade.

Deste modo, a proteção constitucional passou a abranger as pessoas e suas expectativas de privacidade, surgindo, assim, o Direito Probatório de 2ª Geração.

Segundo Knijnik (2015, p.182), essa decisão afastou a aplicação da *trespass theory* e introduziu a doutrina *Katz*, que, para ser aplicada, reclamava duas indagações: “primeiro, se há uma expectativa subjetiva real de privacidade; segundo, se a sociedade está disposta a reconhecer essa expectativa como razoável, ou seja, se está disposta a confirmar a pretensão do sujeito”, o que, por exemplo, afastaria a ilicitude de uma prova obtida através de um voo rasante com a utilização de câmeras potentes que descobriu uma plantação de *cannabis sativa* no jardim da residência de um investigado, pois, ainda que o morador possuía legítima expectativa de privacidade, a sociedade não a reconhece como razoável.

Knijnik (2015, p.182) ainda pontua:

Mas a “realidade virtual”, a já citada onipresença da tecnologia no dia a dia das pessoas, com todo o seu potencial intrusivo, continuou avançando sobre áreas constitucionalmente protegidas, estabelecendo novo tensionamento com tal formulação e criando mais um teste de vitalidade à doutrina *Katz*, do que resultaria a revelação de que também ela já não dava conta dos avanços da modernidade das técnicas investigatórias.

Nesse sentido, a interpretação feita no caso *Katz v. US*. teve que ser revista no ano de 2001, no julgamento do caso *Kyllo v. United States*. Aqui, policiais

norte-americanos suspeitavam que *Danny Kyllo*, então investigado, estaria cultivando *cannabis sativa* no interior de sua casa, porém, ainda não havia elementos suficientes para que se obtivesse uma ordem judicial para se efetuar a busca.

Com isso, os policiais se utilizaram de um aparelho capaz de captar emissão de calor, o *Agema Thermovision 210*, a fim de conseguirem detectar se o investigado estava utilizando lâmpadas de alta intensidade dentro de sua residência, tendo em vista que tais lâmpadas são utilizadas para cultivar maconha. Após a utilização do aparelho, os policiais conseguiram as evidências que precisavam, o mandado judicial de busca e apreensão foi expedido e, com o resultado positivo da diligência, sobreveio a condenação de *Kyllo*.

Durante todo o trâmite processual, *Kyllo* tentou desentranhar a prova obtida, não obtendo sucesso em primeiro e segundo graus de jurisdição. O Tribunal de Apelações reconheceu a licitude da prova, afirmando que o *Agema Thermovision 210* era um recurso não invasivo, que não mostrava nenhum indivíduo dentro da residência, além de não ser possível visualizar a prática de atividades particulares do morador, não revelando detalhes íntimos. Para o Tribunal, o aparelho utilizado somente emitia uma imagem “bruta” do calor emanado.

O argumento utilizado pela acusação e acatado pelo Tribunal respeitava a doutrina *Katz*. Primeiro, porque não houve busca, tendo em vista que radiação de calor não pode ser considerada coisa e nem pertence do réu. Segundo, a captação foi realizada da via pública, não havendo invasão de propriedade por parte dos policiais. E, por fim, ao submeter a prova ao “duplo teste de *Katz*”, verificava-se que *Kyllo* não tinha uma real expectativa de privacidade, pois nada fez para conter a radiação calorífica de sua propriedade, e que a sociedade não reconheceria essa pretensão como razoável, uma vez que a utilização do aparelho não revelou detalhes íntimos da vida do acusado.

O caso chegou à Suprema Corte norte-americana, que, de início, esclareceu que a simples observação visual não representaria uma busca, não podendo os olhos humanos serem acusados de “invasão”. Todavia, chegou à conclusão de que o avanço da tecnologia sobre a materialidade das coisas não poderia ficar adstrita à proteção da privacidade e da intimidade, pois o aparelho termográfico não se equipara ao olho nu. Se o Governo utiliza um aparelho que não

é de uso geral do povo, observando detalhes que seriam desconhecidos sem a invasão física da propriedade, isto deveria ser considerado uma busca domiciliar e, portanto, necessitaria de ordem judicial, sob pena das provas obtidas serem consideradas ilícitas.

Neste contexto, a Suprema Corte considerou que o *Agema Thermovision 210* não estava sob o acesso irrestrito do público, tratando-se de busca desarrozoada por não ter sido precedida de ordem judicial. Na decisão, esclareceu-se que se fosse permitida tal diligência, a população ficaria à mercê dos avanços tecnológicos.

Conclui, Knijnik (2015, p.186):

Então, se uma autoridade policial pretender utilizar um tipo de tecnologia ainda sob o uso geral do público, segundo a *ratio* adotada em *Kyllo*, deveria obter uma autorização judicial, com a apresentação dos requisitos indiciários bastante para isso, pois estaria praticando uma restrição a direito fundamental, que somente à autoridade judiciária foi deferida, ante o princípio da jurisdição ou monopólio da primeira palavra.

É nesse cenário que surge o chamado Direito Probatório de 3ª Geração, o qual versa sobre “provas invasivas, altamente tecnológicas, que permitem alcançar conhecimentos e resultados inatingíveis pelos sentidos e pelas técnicas tradicionais” (KNIJNIK, 2015, p. 178).

A proteção a elementos tangíveis influenciou durante muito tempo o lado teórico e prático do direito. No entanto, com a “invasão” tecnológica no cotidiano atual, a proteção a tais elementos não é suficiente, passando a ser de suma importância a reinterpretação dos conceitos de “coisas” ou “qualquer elemento de convicção”, este último disposto na alínea “h” do §1º do art. 240 do CPP e no §2º do mesmo dispositivo, a fim de se abranger tudo aquilo que é capaz de armazenar informações.

Para elucidar a importância de uma nova interpretação de conceitos, Knijnik (2015, p. 179):

Nesse sentido, tome-se o exemplo de um *smartphone*: ali, estão e-mails, mensagens, informações sobre usos e costumes do usuário, enfim, um conjunto extenso de informações que extrapolam muito o conceito de *coisa* ou de *telefone*. Supondo-se que a polícia encontre incidentalmente a uma busca um *smartphone*, poderá apreendê-lo e acessá-lo sem ordem judicial para tanto? Suponha-se, de outra parte, que se pretenda utilizar um sistema

capaz de captar emanções de calor de uma residência, para, assim, levantar indícios suficientes à obtenção de um mandado de busca e apreensão: se estará a restringir algum direito fundamental do interessado, a demandar a obtenção de um mandado expedido por magistrado imparcial e equidistante, sob pena de inutilizabilidade? O *e-mail*, incidentalmente alcançado por via da apreensão de um *notebook*, é uma “*carta aberta ou não*”? Enfim, o conceito de *coisa*, enquanto *res tangível* e sujeita a uma relação de pertencimento, persiste como referencial constitucionalmente ainda aplicável à tutela dos direitos fundamentais ou, caso concreto, deveria ser substituído por outro paradigma?

Instaura-se, portanto, com o avanço da tecnologia e todo o seu leque de abrangência, uma dúvida perante às Cortes, exigindo destas a aplicação de um raciocínio que faça com que as regras baseadas em tecnologias arcaicas se amoldem às tecnologias atuais.

## **5 O ACESSO PELA POLÍCIA DOS SMARTPHONES NAS PRISÕES EM FLAGRANTE**

Diante do cenário que se instalou no campo da colheita das provas com a sobrevivência da 3ª Geração de Direito Probatório, a coleta de informações presentes em *smartphones* por policiais durante a prisão em flagrante, sem ordem judicial, passou a ser questionada nos Tribunais brasileiros, mais especificamente com o julgamento do RHC 51.531/RO pela 6ª Turma do STJ, no ano de 2016.

Neste contexto, surgiu-se a seguinte indagação: Um policial pode, ao prender em flagrante um indivíduo, violar o conteúdo de seu celular, adentrando em aplicativos como *Whatsapp*, *Snapchat*, *Instagram*, etc., e ter acesso às diversas informações particulares que um celular possui, sem estar autorizado por um juiz?

Essa discussão se dá pois, atualmente, diante do avanço da tecnologia, o mundo está cada vez mais informatizado e com uma facilidade de acesso às informações já mais vista antes. Devido a isso, uma devassa indevida em um aparelho celular pode acabar violando direitos fundamentais, como a intimidade do indivíduo e o sigilo das comunicações.

Esse embate, em contrapartida, é de alta complexidade, vez que se de um lado é necessário resguardar os direitos fundamentais do indivíduo, de outro também é necessário zelar pela efetividade da investigação criminal, tendo em vista que as informações contidas no dispositivo podem ser apagadas remotamente,

prejudicando os órgãos persecutórios na colheita de elementos informativos para elucidação de delitos, que possuem amparo para tal procedimento nos incisos II, III e VII do art. 6º do CPP.

Sendo assim, defronte a esse imbróglio, passar-se-á à esmiúça dos principais pontos que norteiam o presente tema, a fim de demonstrar com clareza os pontos de vista e como a jurisprudência, tanto a brasileira, como a estrangeira, vem se posicionando.

### **5.1 Reserva Constitucional de Jurisdição**

Segundo o Ministro Celso de Mello, no julgamento do MS 23.452/RJ, pelo STF, a reserva de jurisdição é um postulado normativo que culmina em submeter, exclusivamente aos magistrados, a prática de atos que só podem ser realizados por determinação do juiz, “por efeito de explícita determinação constante do próprio texto da Carta Política, e não de terceiros, inclusive daqueles a quem haja eventualmente atribuído o exercício de poderes de investigação próprios das autoridades judiciais”.

Essa ideia é calcada na separação de poderes, servindo para estabelecer que alguns atos, principalmente aqueles que restringem direitos fundamentais, só possam ser praticados se um órgão jurisdicional, dotado de imparcialidade e de características que o torne o mais adequado para tanto, autorizar.

Para Canotilho (2003), as Constituições dos Estados Democráticos de Direito possuem aversão à justiça realizada com as “próprias mãos”, culminando na criação de órgãos que possuem a função precípua de aplicar a lei aos casos concretos para decidir os conflitos.

Nesse ponto, faz-se necessário distinguir reserva de jurisdição relativa de reserva de jurisdição absoluta.

A reserva de jurisdição relativa diz respeito ao monopólio jurisdicional da última palavra, que pode envolver tanto litígios particulares, como atos de Estado. Autoridades diversas das jurisdicionais podem intervir na prática ou não de determinado ato, desde que, todavia, esse ato seja passível de controle judicial posteriormente. Um exemplo claro é o da prisão em flagrante.

Em contrapartida, tem-se a reserva de jurisdição absoluta, a qual denega ao Poder Judiciário o monopólio da primeira palavra, não permitindo que nenhuma outra autoridade intervenha na prática de determinados atos.

Na reserva absoluta, “estão em causa direitos de particular importância jurídico-constitucional a cuja lesão deve corresponder uma efectiva proteção jurídica” (CANOTILHO, 2003, p. 669) e situações que envolvem o interesse público primário, ou seja, que geram riscos aos direitos fundamentais da coletividade.

Logo, verifica-se que são casos distintos. Neste sentido, leciona Vilares (2012, p. 70):

[...] será relativa porque o interesse envolvido não tem magnitude suficiente para impedir a intervenção de autoridades não judiciárias. [...] apenas o interesse público primário tem o condão de tornar a reserva de jurisdição absoluta, uma vez que o valor máximo de uma sociedade situa-se nos indivíduos que a compõe e apenas o risco de violação de seus direitos fundamentais é que justifica a atuação do Poder Judiciário como seu único guardião.

Para elucidar, é necessário imaginar um círculo onde estão inseridos casos em que haja exercício de função materialmente jurisdicional, os quais reclamam a aplicação da lei para a resolução definitiva de conflito de interesses. Dentro desse círculo, haverá algumas situações que envolvam interesse público primário e, portanto, que só podem ser resolvidos com a atuação exclusiva do Poder Judiciário, pois, caso assim não se proceda, direitos e garantias constitucionalmente consagrados podem ser violados (VILARES, 2012).

Feita a diferenciação entre as modalidades supracitadas, será necessário se debruçar, especificamente, à questão da reserva absoluta, tendo em vista a sua íntima ligação com o respeito aos direitos fundamentais. Sendo assim, qual seria o âmbito de aplicação da reserva de jurisdição absoluta?

De plano, é inegável que a reserva absoluta estará submetida aos comandos constitucionais, como, por exemplo, o art. 5º, XII, da CF, que submete ao monopólio da primeira palavra a interceptação das comunicações telefônicas, nos casos previstos na Lei nº 9.296/96.

No âmbito do processo penal, em algumas situações o judiciário busca direcionar a instrução processual com o intuito de buscar a verdade, porém, limitando-se às balizas legais. A instrução processual possui a finalidade de dar



suporte ao juiz, que, com base no livre convencimento motivado, irá julgar a causa de maneira adequada e justa.

Prevista no art. 218 do CPP, a condução coercitiva da testemunha serve para que a autoridade policial possa compelir o indivíduo a depor, desde que este seja arrolado como testemunha, regularmente intimado e tenha deixado de comparecer sem motivo justificado. A condução, porém, só pode ocorrer se o juiz autorizar, em face da cláusula de reserva de jurisdição absoluta que a cerca.

Neste mesmo sentido, outros exemplos de monopólio da primeira palavra do Poder Judiciário são calcados na legislação. Porém, de forma inegável, a que é de suma importância para o deslinde do presente trabalho e que já foi citada anteriormente, é a da busca e apreensão.

A busca domiciliar, por si só, necessita de ordem judicial, em face da proteção constitucional do art. 5º, XI, da CF, que admite exceções. Em contrapartida, a busca pessoal não apresenta tantos pormenores, porém, há a necessidade de se preservar a integridade física e moral do indivíduo, além de sua intimidade.

Na modalidade de busca em que há maior violação de direitos fundamentais, há a necessidade de uma autorização judicial para tanto. Diferindo de quando não há uma grande violação, casos em que o controle judicial poderá ser feito *a posteriori*, em que pese também dever se observar o respeito aos direitos.

Sendo assim, pode-se concluir que a reserva de jurisdição absoluta, que é a que reserva ao Poder Judiciário a decisão de se proceder ou não determinado ato, busca preservar situações em que a violação aos direitos fundamentais é tão maciça que até mesmo um controle feito posteriormente não se prestaria a corrigir violações indevidas.

## **5.2 Jurisprudência Brasileira e o Julgamento do RHC 51531/RO**

O acesso de celulares pela polícia no ato da prisão em flagrante sempre foi objeto de discussão na jurisprudência brasileira, desde a época em que os aparelhos se prestavam basicamente para fazer ligações, até os dias atuais, em que tais aparelhos possuem inúmeras funções e armazenam milhares de informações, muitas destas, inclusive, de natureza íntima.

No julgamento do HC 91.867/PA, no ano de 2012, sob relatoria do Ministro Gilmar Mendes, o Supremo Tribunal Federal denegou a ordem do *writ* ao entender que as provas obtidas através da análise dos registros telefônicos de dois celulares apreendidos durante a prisão em flagrante, no ano de 2004, eram lícitas.

Os dois pacientes, Davi Resende Soares e Lindomar Resende Soares, foram denunciados pela prática dos crimes dispostos nos arts. 121, §2º, II e IV, e art. 288, c/c o art. 29, todos do Código Penal, pois teriam contratado os serviços do corréu Francisco Leite da Silva, um suposto “pistoleiro” da região, para assassinar a vítima Silvério José Lourenço, na data de 27 de novembro de 2004. Ao ser preso em flagrante, a polícia verificou dois celulares que estavam em posse de Francisco e, ao analisar as chamadas efetuadas e recebidas, chegaram até os pacientes.

A defesa alegou que, por ter havido a devassa dos aparelhos sem prévia ordem judicial, aquilo que fora obtido seria ilícito, uma vez que se sujeitaria à reserva absoluta de jurisdição. Todavia, o STF afirmou que não seria caso de desentranhamentos de tais provas, pois o inciso XII do art. 5º da CF protege as comunicações telefônicas e não os registros telefônicos e que, ainda, com base no art. 6º do CPP, a autoridade policial possui o dever de proceder à coleta do material comprobatório da prática da infração penal. A seguir, trecho do acórdão que denegou a ordem:

*HABEAS CORPUS. NULIDADES: (1) INÉPCIA DA DENÚNCIA; (2) ILICITUDE DA PROVA PRODUZIDA DURANTE O INQUÉRITO POLICIAL; VIOLAÇÃO DE REGISTROS TELEFÔNICOS DO CORRÉU, EXECUTOR DO CRIME, SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL; (3) ILICITUDE DA PROVA DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS DE CONVERSAS DOS ACUSADOS COM ADVOGADOS, PORQUANTO ESSAS GRAVAÇÕES OFENDERIAM O DISPOSTO NO ART. 7º, II, DA LEI 8906/96. [...] 2. Ilícitude da prova produzida durante o inquérito policial - violação de registros telefônicos de corréu, executor do crime, sem autorização judicial. 2.1. Suposta ilegalidade decorrente do fato de os policiais, após a prisão em flagrante do corréu, terem realizado a análise dos últimos registros telefônicos dos dois aparelhos celulares apreendidos. Não ocorrência. 2.2. 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. 2.3 Art. 6º do CPP: dever da autoridade policial de proceder à coleta do material comprobatório da prática da infração penal. Ao proceder à pesquisa na agenda eletrônica dos aparelhos devidamente apreendidos, meio material indireto de prova, a autoridade policial, cumprindo o seu mister, buscou, unicamente, colher elementos de informação hábeis a esclarecer a autoria e a materialidade do delito (dessa análise logrou encontrar ligações entre o executor do*

homicídio e o ora paciente). Verificação que permitiu a orientação inicial da linha investigatória a ser adotada, bem como possibilitou concluir que os aparelhos seriam relevantes para a investigação [...]. (grifo nosso) (STF – HC: 91867 PA, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 24/04/2012, Segunda Turma, Data de Publicação: Acórdão Eletrônico DJe-185 DIVULG 19-09-2012 PUBLIC 20-09-2012)

Nesse mesmo sentido, deu-se o julgamento do Agravo Regimental no Habeas Corpus 124.322/RS, pelo Supremo Tribunal Federal, sob relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, ao entender que dados relativos à hora, ao local e à duração das chamadas não são comunicações telefônicas e que, portanto, não gozam da proteção constitucional do sigilo das comunicações. No presente HC, a polícia, que investigava um suposto líder de organização criminosa, requereu os registros dos telefones que eram utilizados na localidade da investigação à operadora de telefonia móvel responsável pela Estação Rádio Base<sup>27</sup>. O pedido formulado pela defesa de que as provas eram ilícitas não prosperou.

O acórdão fez menção à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

AGRAVO REGIMENTAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ACESSO A DADOS CADASTRAIS E DE USUÁRIOS. SIGILO DAS COMUNICAÇÕES. AUSÊNCIA DE TERATOLOGIA. [...] 2. As decisões proferidas pelas instâncias de origem estão alinhadas com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que “a proteção a que se refere o art. 5º, XII, da Constituição, é da comunicação ‘de dados’ e não dos ‘dados em si mesmo’”[...]. (grifo nosso) (STF – HC: 124322 RS AGR, Relator: Min. LUIS ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 09/12/2016, Data de Publicação: Acórdão Eletrônico DJe-268 DIVULG 16-12-2016 PUBLIC 19-12-2016)

Em seu voto, o Ministro Luís Roberto Barroso inseriu a decisão prolatada no HC 91.867/PA para justificar o entendimento:

[...] 4. As decisões proferidas pelas instâncias de origem estão alinhadas com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que “a proteção a que se refere o art. 5º, XII, da Constituição, é da comunicação ‘de dados’ e não dos ‘dados em si mesmos’...” (RE 418.416, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Plenário). Nesse mesmo sentido, a Segunda Turma deste STF, no julgamento do HC 91.867, Rel. Min. Gilmar Mendes, decidiu que “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” [...]. (grifo nosso) (STF – HC:

---

<sup>27</sup>Estação Rádio Base são as populares “antenas” de telefonia móvel, possuindo a função de estabelecer a conexão entre os telefones celulares e a companhia telefônica.

124322 RS AGR, Relator: Min. LUIS ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 09/12/2016, Data de Publicação: Acórdão Eletrônico DJe-268 DIVULG 16-12-2016 PUBLIC 19-12-2016).

Diante desse cenário, estava claro que os registros telefônicos não geravam ao acusado o direito de ter as provas desentranhadas, tendo em vista que o mero acesso a estes não violavam o direito à intimidade e, muito menos, o sigilo das comunicações telefônicas, simplesmente por não se tratar de uma comunicação.

No entanto, com o passar dos anos e a advinda de novas tecnologias, os celulares passaram a possuir inúmeras funções que antigamente não possuíam. Além da função precípua de efetuar ligações, os aparelhos celulares passaram a armazenar conversas de texto, imagens, vídeos, áudios, etc., sem contar as inúmeras redes sociais e aplicativos que possuem informações privadas e íntimas de muitos usuários. Lima (2017, p. 749) corrobora a afirmativa:

Atualmente, os telefones celulares, em sua maioria, encontram-se conectados à internet de banda larga – os chamados *smartphones* -, e geralmente são dotados de aplicativos de comunicação em tempo real. Isso significa dizer que o acesso a um aparelho de telefonia celular de pessoa presa permite, pelo menos em tese, que a autoridade policial tenha acesso a inúmeros aplicativos de comunicação em tempo real, tais como *Whatsapp*, *Viber*, *Line*, *Wechat*, *Telegram*, *BBM*, *Snapchat*, etc., todos eles dotados das mesmas funcionalidades de envio e recebimento de mensagens, fotos, vídeos e documentos em tempo real.

Nesse contexto, no ano de 2016, o Superior Tribunal de Justiça julgou o RHC 51.531/RO, estabelecendo um precedente histórico no que tange ao acesso de *smartphones* por policiais no ato da prisão em flagrante, sem prévia ordem judicial.

No caso concreto, o acusado, Leri Souza e Silva, interpôs Recurso em Habeas Corpus contra decisão do Tribunal de Justiça de Rondônia que denegou a ordem em *writ* que visava o desentranhamento de eventuais provas ilícitas por falta de ordem judicial para a colheita, que consistiam nas informações extraídas por policiais do aplicativo *Whatsapp* no ato de sua prisão em flagrante, pelos crimes previstos nos arts. 33 e 35 da Lei nº 11.343/06 e art. 329 do CP. O recorrente foi preso com um recipiente contendo 300 comprimidos de *ecstasy* após ser denunciado de forma anônima de que receberia a carga via correios.

O TJ/RO, nos autos do HC 122.555/RO, entendeu que as provas extraídas do aplicativo *Whatsapp* sem prévia ordem judicial não eram ilícitas, uma vez que os policiais realizaram a devassa unilateral com fundamento nos arts. 6º, incisos II, III e VII do CPP, que não se trata de discricionariedade, mas sim de obrigação imposta pela lei no ato da prisão em flagrante, e, portanto, estariam amparados pelo estrito cumprimento do dever legal. Ademais, entendeu a Corte Estadual que, se até a inviolabilidade de domicílio (art. 5º, XI, da CF) é mitigada quando da prisão em flagrante, o sigilo das comunicações, previsto no inciso XII do art. 5º da CF.

Ressalta-se que a defesa também alegou que, por não ter havido ordem judicial, as informações contidas no celular do acusado poderiam ter sido modificadas, excluídas ou acrescentadas pelo perito. A Corte Estadual não acatou a tese, pois, por ser funcionário público, os atos praticados por Perito Oficial gozam de presunção relativa de veracidade e, portanto, argumentos genéricos não seriam capazes de afastar a licitude do ato.

Ao chegar no Superior Tribunal de Justiça, o RHC 51.531/RO foi distribuído à 6ª Turma, sob relatoria do Ministro Nefi Cordeiro. O relator, diante do caso concreto, não entendeu que as conversas extraídas do *Whatsapp* do acusado eram meros registros telefônicos, mas sim, que violavam a intimidade e que se trata de comunicação telefônica, devendo ser abrangidas pelo mandamento constitucional previsto no inciso XII do art. 5º, onde há a necessidade de autorização prévia do Poder Judiciário, nos termos da Lei nº 9.296/96, que será estudada a seguir. Ainda, fundamentou com base na Lei nº 9.472/97<sup>28</sup>, que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, e na Lei nº 12.965/14<sup>29</sup>, a Lei do Marco Civil da Internet, tendo em vista que ambas também preveem o direito à inviolabilidade e sigilo das comunicações, salvo por ordem judicial e nos termos da lei. Neste sentido, o relator finalizou o seu voto:

Atualmente, o celular deixou de ser apenas um instrumento de conversação pela voz à longa distância, permitindo, diante do avanço tecnológico, o

---

<sup>28</sup>Art. 3º da Lei 9472/97. O usuário de serviços de telecomunicações tem direito: V - à inviolabilidade e ao segredo de sua comunicação, salvo nas hipóteses e condições constitucionais e legalmente previstas;

<sup>29</sup>Art. 7º da Lei 12965/14. O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos: III - inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial;

acesso de múltiplas funções, incluindo, no caso, a verificação da correspondência eletrônica, de mensagens e de outros aplicativos que possibilitam a comunicação por meio de troca de dados de forma similar à telefonia convencional. Deste modo, ilícita é tanto a devassa de dados, como das conversas de whatsapp obtidos de celular apreendido, porquanto realizada sem ordem judicial. Ante o exposto, voto por dar provimento ao recurso ordinário em habeas corpus, para declarar a nulidade das provas obtidas no celular do paciente sem autorização judicial, cujo produto deve ser desentranhado dos autos. (STJ - RHC: 51531 RO 2014/0232367-7, Relator: Ministro NEFI CORDEIRO, Data de Julgamento: 19/04/2016, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 09/05/2016).

Em seguida, procedeu-se ao seu voto-vista o Ministro Rogério Schietti Cruz. De início, tratou de realizar o *distinguishing* em relação ao precedente do STF no HC 91.867/PA, ressaltando que no ano de 2004 os celulares não eram conectados à internet banda larga, diferindo dos atuais *smartphones* que são dotados de aplicativos de comunicação em tempo real. Prosseguiu o Ministro:

Atualmente, o acesso a aparelho de telefonia celular de pessoa presa em flagrante possibilita, à autoridade policial, o acesso à inúmeros aplicativos de comunicação em tempo real, tais como Whatsapp, Viber, Line, Wechat, Telegram, BBM, SnapChat, etc. Todos eles com as mesmas funcionalidades de envio e recebimento de mensagens, fotos, vídeos e documentos em tempo real. Após baixados automaticamente no aparelho celular, tais arquivos ficam armazenados na memória do telefone, cabendo ressaltar que a maioria das empresas que disponibilizam tais funcionalidades não guardam os referidos arquivos em seus servidores. Daí a constatação de que existem dois tipos de dados protegidos na situação dos autos: os dados gravados no aparelho acessados pela polícia ao manusear o aparelho e os dados eventualmente interceptados pela polícia no momento em que ela acessa aplicativos de comunicação instantânea. (STJ - RHC: 51531 RO 2014/0232367-7, Relator: Ministro NEFI CORDEIRO, Data de Julgamento: 19/04/2016, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 09/05/2016).

Em frente a esse cenário, o Ministro pontuou o chamado Direito Probatório de Terceira Geração, que, como já fora visto, trata de “provas invasivas, altamente tecnológicas, que permitem alcançar conhecimentos e resultados inatingíveis pelos sentidos e pelas técnicas tradicionais”.

Aqui, novamente, faz-se necessário ressaltar o trecho lecionado por Knijnik (2015, p.179), explicando o cenário que se instalou com a nova geração de direito probatório:

A menção a elementos tangíveis tendeu, por longa data, a condicionar a teoria e prática jurídicas. Contudo, a penetração do mundo virtual como nova realidade, demonstra claramente que tais elementos vinculados à

propriedade longe está de abarcar todo o âmbito de incidência de *buscas e apreensões*, que, de ordinário, exigiriam mandado judicial, impondo reinterpretar o que são “*coisas*” ou “*qualquer elemento de convicção*”, para abranger todos os elementos que hoje contém dados informacionais. Nesse sentido, tome-se o exemplo de um *smartphone*: ali, estão e-mails, mensagens, informações sobre usos e costumes do usuário, enfim, um conjunto extenso de informações que extrapolam muito o conceito de *coisa* ou de *telefone*. Supondo-se que a polícia encontre incidentalmente a uma busca um *smartphone*, poderá apreendê-lo e acessá-lo sem ordem judicial para tanto? Suponha-se, de outra parte, que se pretenda utilizar um sistema capaz de captar emanções de calor de uma residência, para, assim, levantar indícios suficientes à obtenção de um mandado de busca e apreensão: se estará a restringir algum direito fundamental do interessado, a demandar a obtenção de um mandado expedido por magistrado imparcial e equidistante, sob pena de inutilizabilidade? O *e-mail*, incidentalmente alcançado por via da apreensão de um *notebook*, é uma “*carta aberta ou não*”? Enfim, o conceito de *coisa*, enquanto *res tangível* e sujeita a uma relação de pertencimento, persiste como referencial constitucionalmente ainda aplicável à tutela dos direitos fundamentais ou, caso concreto, deveria ser substituído por outro paradigma? Esse é um dos questionamentos básicos da aqui denominada de *prova de terceira geração*: “chega-se ao problema com o qual as Cortes interminavelmente se deparam, quando consideram os novos avanços tecnológicos: como aplicar a regra baseada em tecnologias passadas aos presentes e aos futuros avanços tecnológicos”. Trata-se, pois, de um questionamento bem mais amplo, que convém, todavia, melhor examinar.

Logo, nesse contexto, o precedente do HC 91.867/PA não deve servir mais de parâmetro para analisar uma possível violação da intimidade dos cidadãos no momento da devassa do aparelho celular por ocasião de uma prisão em flagrante.

A atual capacidade de armazenamento dos aparelhos celulares, além de suas inúmeras funções, faz parte, de fato, do contexto do Direito Probatório de Terceira Geração, instituído pelo caso *Kyllo v. United States*, tendo em vista que o acesso às informações alheias pode se comparar ao uso de uma tecnologia que não está no uso comum do povo, culminando em uma devassa desarrazoada por não haver prévia ordem judicial para tanto.

Em seu voto, o Ministro Rogério Schietti ainda citou jurisprudência norte-americana, mais precisamente o caso *Riley v. Califórnia*, no qual também houve a investigação de um aparelho celular sem autorização judicial. Esse caso será estudado no tópico próprio de direito comparado.

Por fim, finalizou seu voto seguindo o relator ao concluir pela ilicitude das provas obtidas, expondo que:

O tema é novo e, salvo o citado precedente do STF, da relatoria do Ministro Gilmar Mendes, já passados mais de 10 anos, é ainda sujeito a oscilações. Por ora, e sem prejuízo de reflexões mais aprofundadas e à luz de outros dados fáticos ou peculiaridades que apenas a realidade pode aportar ao direito, sigo o entendimento do eminente relator. Em verdade, sempre haverá, no âmbito das liberdades públicas, possibilidade de reavaliações da interpretação jurídica dada aos fatos julgados, sendo nefasto o estabelecimento de conclusões a priori absolutas. Nessa medida, o acesso aos dados do celular e às conversas de whatsapp sem ordem judicial constituem devassa e, portanto, violação à intimidade do agente. (STJ - RHC: 51531 RO 2014/0232367-7, Relator: Ministro NEFI CORDEIRO, Data de Julgamento: 19/04/2016, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 09/05/2016).

Seguindo.

A Ministra Maria Thereza de Assis Moura acampou o entendimento manifestado pelo Ministro Nefi Cordeiro e Rogério Schiatti, expondo suas razões. De início, Maria Thereza concordou com o entendimento exposto pelo Tribunal de Justiça de Rondônia ao dizer que o art. 5º, XII, da CF, protege as comunicações telefônicas, isto é, o processo de transmissão e recebimento de mensagens por via telefônica, necessitando somente de autorização judicial para captar as conversas no momento em que elas estão ocorrendo. Logo, para a Ministra, o presente dispositivo não protegeria os registros de outros dados telefônicos referentes a informações ocorridas no passado.

Contudo, isso não significa que esses dados armazenados preteritamente não estejam sujeitos a nenhum tipo de proteção. Para Maria Thereza, com a ideia de que os *smartphones* são dotados de alta capacidade de armazenamento e de amplas funcionalidades, o acesso indevido a esses dados fere, inegavelmente, o direito à intimidade e à vida privada, previsto no art. 5º, X, da CF. Assim, faz-se relevante destacar o seguinte trecho do voto da Ministra:

É inegável, portanto, que os dados constantes nestes aparelhos estão resguardados pela cláusula geral de resguardo da intimidade, estatuída no artigo 5º, X, da Constituição. A proteção dos dados armazenados em aparelhos celulares, portanto, é ínsita ao direito fundamental à privacidade. Tal cláusula, diferentemente daquela estatuída no inciso XII do mesmo artigo 5º, não prevê expressamente a possibilidade de restrição dos direitos fundamentais nela abarcados. Essa circunstância não autoriza que se argumente, no entanto, pela ilegitimidade de qualquer restrição. Afinal, como é cediço, “não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos



estabelecidos pela própria Constituição” (STF, MS n. 23.452/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, DJe 12/05/2000). (grifo nosso)(STJ - RHC: 51531 RO 2014/0232367-7, Relator: Ministro NEFI CORDEIRO, Data de Julgamento: 19/04/2016, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 09/05/2016).

Sendo assim, ao contrário do inciso XII do art. 5º da CF, a Ministra ressaltou que o inciso X não abre, de forma expressa, a possibilidade de restrição ao direito à intimidade. Todavia, como é cediço, em muitos casos os direitos não são absolutamente preponderantes e podem ser afastados quando colidem com outros direitos. Neste sentido, segundo a Ministra, obviamente há um interesse constitucional em legitimar o acesso das autoridades persecutórias aos celulares das pessoas presas em flagrante, tendo em vista o disposto no art. 144 da CF, que esculpe o direito à segurança pública, tratando-o como um dever do Estado em criar mecanismos eficientes de investigação e que, caso o acesso não for possível sem prévia autorização judicial, pode ser que as provas constantes no celular pereçam.

Com esse embate de direitos fundamentais, a Ministra Maria Thereza sugere a obediência ao princípio da proporcionalidade, onde, em cada caso concreto, deverá ser levado em conta a preponderância do direito à intimidade ou à segurança pública. Ainda, ressaltou algumas decisões estrangeiras acerca do tema, que serão objeto de estudo mais à frente.

A Ministra seguiu o Relator, Nefi Cordeiro, e o Ministro Rogério Schietti, dando provimento ao recurso. No entanto, ressaltou que apesar das provas serem ilícitas no caso concreto, pois a obtenção de mandado judicial prévio não culminaria em prejuízo para investigação e não havia urgência, nos casos em que houver esse prejuízo e urgência para obtenção da prova a jurisprudência poderia ser modificada. Bem expôs a Ministra:

Não descarto, de forma absoluta, que, a depender do caso concreto, caso a demora na obtenção de um mandado judicial pudesse trazer prejuízos concretos à investigação ou especialmente à vítima do delito, mostre-se possível admitir a validade da prova colhida através do acesso imediato aos dados do aparelho celular. Imagine-se, por exemplo, um caso de extorsão mediante sequestro, em que a polícia encontre aparelhos celulares em um cativado recém-abandonado: o acesso incontido aos dados ali mantidos pode ser decisivo para a libertação do sequestrado. Não se encontra no caso dos autos, entretanto, nenhum argumento que pudesse justificar a urgência, em caráter excepcional, no acesso imediato das autoridades policiais aos dados armazenados no aparelho celular. Pelo contrário, o que transparece é que não haveria prejuízo nenhum às investigações se o aparelho celular fosse imediatamente apreendido – medida perfeitamente

válida, nos termos dos incisos II e III do artigo 6º do CPP – e, apenas posteriormente, em deferência ao direito fundamental à intimidade do investigado, fosse requerida judicialmente a quebra do sigilo dos dados nele armazenados. Com isso, seriam observados, em medida proporcional, os interesses constitucionais envolvidos, isto é, o direito difuso à segurança pública (artigo 144) e o direito fundamental à intimidade (artigo 5º, X). Diante da situação concreta posta no presente recurso, para a validade da obtenção dos dados caberia às autoridades policiais realizar imediatamente a apreensão do aparelho e postular ao Poder Judiciário, subsequentemente, a quebra de sigilo dos dados armazenados no aparelho celular. Não tendo assim procedido, a prova foi obtida de modo inválido, devendo ser desentranhada dos autos, nos termos do artigo 157 do Código de Processo Penal. Diante do exposto, acompanho o Relator e dou provimento ao recurso. É como voto. (grifo nosso) (STJ - RHC: 51531 RO 2014/0232367-7, Relator: Ministro NEFI CORDEIRO, Data de Julgamento: 19/04/2016, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 09/05/2016).

Portanto, diante de todo o exposto, fixou-se ementa do acórdão do RHC 51.531/RO com o entendimento de que a devassa de dados de celulares e de conversas do *Whatsapp*, sem prévia ordem judicial, torna ilícita as provas:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE DA PROVA. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA A PERÍCIA NO CELULAR. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. 1. Ilícita é a devassa de dados, bem como das conversas de whatsapp, obtidas diretamente pela polícia em celular apreendido no flagrante, sem prévia autorização judicial. 2. Recurso ordinário em habeas corpus provido, para declarar a nulidade das provas obtidas no celular do paciente sem autorização judicial, cujo produto deve ser desentranhado dos autos. (STJ - RHC: 51531 RO 2014/0232367-7, Relator: Ministro NEFI CORDEIRO, Data de Julgamento: 19/04/2016, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 09/05/2016).

Posteriormente, a 5ª Turma do STJ, no julgamento do RHC 67.379/RN, entendeu que as mensagens armazenadas no aparelho “estão protegidas pelo sigilo telefônico, que compreende igualmente a transmissão, recepção ou emissão de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza”, por intermédio de sistemas de telefonia fixa ou móvel, de informática ou telemática. Aqui, a autoridade policial deve apreender o telefone e logo em seguida requerer ao juiz a quebra do sigilo das informações armazenadas, assim como é feito na Lei nº 9.296/96 (LIMA, 2017, p. 749).

A situação difere, por exemplo, quando não se trata de hipótese de prisão em flagrante, mas sim, de determinação judicial para a busca e apreensão de aparelhos celulares. Caso o mandado judicial determine, inclusive, o acesso às informações armazenadas, a prova será tida como lícita.

Vê-se, portanto, que o tema ainda é de pouco debate na doutrina e na jurisprudência brasileira. Alguns entendem que as conversas de *Whatsapp* devem ser protegidas com base no inciso XII do art. 5º da CF, por se tratarem de comunicações telefônicas. Outros, todavia, entendem que assim como fotos, vídeos e áudios, as conversas armazenadas, ou seja, aquelas em que não há o fluxo de comunicação, são protegidas pelo inciso X do art. 5º da CF (direito à intimidade). Ainda, insere-se na discussão o direito à segurança pública, que caso seja levado em consideração em alguns casos concretos, far-se-á necessária a aplicação da proporcionalidade para verificar se as provas obtidas são ilícitas ou não.

Logo, passar-se-á agora à análise dos principais pontos abordados nas decisões acerca do tema do presente trabalho, a fim de elucidar quais os riscos de se adotar ou não determinada posição acerca da licitude de algumas provas e, posteriormente, chegar a uma conclusão.

### **5.3 Violação ao Direito à Intimidade, à Vida Privada e à Inviolabilidade do Sigilo das Comunicações**

O art. 5º, X, da CF diz que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Para o presente trabalho, faz-se necessário destrinchar os conceitos de intimidade e de vida privada, tendo em vista que são esses direitos que serão importantes no embate com o direito à segurança pública, para, em uma análise posterior, ver qual o melhor posicionamento acerca do acesso, sem prévia ordem judicial, de celulares por parte dos policiais no ato da prisão em flagrante.

Segundo Moraes (2003), a intimidade e a própria imagem formam a proteção constitucional à vida privada, resguardando um espaço de natureza íntima do cidadão que, por se tratar de um direito fundamental, é intransponível por ilícitas invasões externas.

Todavia, em que pese tal conceituação estar correta, entende-se que o escalonamento dos conceitos faz com que se tenha uma melhor compreensão acerca do referido dispositivo.

Pode-se dizer que no “topo da cadeia” está a privacidade, entendida como uma margem de proteção do indivíduo que lhe confere a faculdade de realizar um filtro de tornar certos atos públicos ou não. É, portanto, o gênero, do qual decorrem as espécies previstas no inciso X do art. 5º da CF.

A vida privada é composta pela relação do titular do direito com as pessoas próximas, sejam familiares ou amigos, e, também, engloba informações que ficam à mercê do titular a sua divulgação.

Por sua vez, a intimidade, por si só, se relaciona com a subjetividade do ser humano, preservando os seus pensamentos mais secretos do campo da sabedoria de outros. Ela pode ser entendida como um grande valor daqueles que convivem em sociedade, constituindo-se em um direito essencial e inalienável, sendo uma das liberdades negativas do indivíduo. Trata-se, pois, de um conjunto de informações que o indivíduo mantém em segredo com si mesmo, não possuindo nenhum interesse em compartilhar com outras pessoas, ainda que próximas.

Correlacionado a esses dois direitos, tem-se o direito à inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas, previsto no inciso XII do art. 5º da CF. O inciso, no entanto, não prevê somente as comunicações telefônicas como destinatárias de proteção, mas também as correspondências e as comunicações telegráficas e de dados.

Todavia, ressalta-se que o próprio dispositivo traz exceções, no que tange à possibilidade de se quebrar o sigilo, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma em que a lei estabelecer e, somente se, para fins de investigação criminal ou processual penal. Essa restrição às possibilidades de quebra se dá devido à mitigação da intimidade e da vida privada dos interlocutores que terão suas comunicações interceptadas.

Diante disso, adveio a Lei nº 9.296/96, a fim de regulamentar as interceptações das comunicações telefônicas e, também, das comunicações em sistema de telemática e informática, que só podem ocorrer caso o juiz competente da ação principal, em uma investigação criminal ou instrução processual penal, autorize a interceptação, sob sigilo de justiça.

Interceptar significa interromper o curso de algo. No campo jurídico, o verbo pode ser entendido como um ato de interferência nas comunicações, sejam elas de natureza telefônica, telemática ou informática, por um terceiro, de uma

conversa entre dois interlocutores, onde estes não sabem que as comunicações estão sendo interceptadas. Logo, ressalta-se que a interceptação telefônica difere da escuta telefônica, pois esta última se refere à captação da comunicação por um terceiro com o conhecimento de um dos interlocutores.

Atualmente, tem-se como fixado no meio jurídico que a Lei nº 9.296/96 aplica-se tanto à interceptação telefônica, como à escuta telefônica, o que significa dizer que não se aplica à gravação telefônica e nem à comunicação, interceptação, escuta e gravação ambiental.

Imperioso destacar que a interceptação é dotada de cautelaridade, possuindo a finalidade de impedir que a situação existente no momento do delito possa ser modificada durante a investigação criminal ou processo penal. Logo, é necessário que haja no caso concreto a presença do *fumus comissi delicti* e do *periculum in mora*, pois, assim como na busca domiciliar, é *conditio sine qua non* que a existência de elementos que comprovem a prática de um crime e o risco de perecimento das provas justifiquem a mitigação do direito à intimidade.

A Lei, em seu art. 2º, diz que caso não haja indícios razoáveis da autoria ou participação do indivíduo no delito, se a prova puder ser obtida por outros meios ou se o fato investigado é punido, no máximo, com detenção, a interceptação das comunicações não poderá ser admitida.

Em seu art. 3º, a Lei reforça que a interceptação só poderá ser autorizada pelo juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, na fase de investigação ou na fase processual, ou a requerimento da Autoridade Policial, somente na fase de investigação criminal.

Importante pontuar que a decisão da autoridade judiciária, que deverá ser proferida em até 24 horas do pedido, precisa ser fundamentada, seja no sentido de conceder ou não a ordem para a interceptação, e, caso conceda, a decisão deverá indicar a forma de execução da diligência, que não poderá ultrapassar de 15 dias, podendo ser renovável por igual período caso se comprove que a prova é indispensável. A autoridade policial efetuará a diligência, que poderá ser acompanhada pelo Ministério Público.

Por fim, um dispositivo importantíssimo que a Lei nº 9.296/96 traz é o seu art. 10, onde prevê que “constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar segredo da Justiça, sem

autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei”, estando o autor do fato sujeito à pena de reclusão dois a quatro anos, e multa.

Adentrando novamente ao assunto do acesso aos *smartphones* pelos policiais no ato da prisão em flagrante, como já ficou destacado no tópico anterior, a jurisprudência brasileira é uníssona em diferenciar dados telefônicos de comunicações telefônicas.

Conforme se extrai das decisões proferidas no HC 91.867/PA e no RHC 51.531/RO, dados telefônicos são meros registros relacionados às chamadas telefônicas que já foram realizadas, isto é, se relaciona aos registros das companhias telefônicas, como, por exemplo, horário, data e duração da ligação, bem como o número do outro telefone e informações que dizem respeito às Estações Rádio Base não necessitando de prévia ordem judicial para tanto se o celular for apreendido por ocasião de prisão em flagrante, em vista do interesse público vigente no presente caso.

Em contrapartida, as comunicações telefônicas envolvem um processo de transmissão e recepção de mensagens entre um emissor e um destinatário, exigindo autorização judicial para a captação da conversa no momento em que ela está ocorrendo, e, portanto, a Lei nº 9.296/96 se aplica a essas comunicações. Segundo Lima (2017, p. 745), “a expressão comunicação telefônica deve também abranger a transmissão, emissão ou recepção de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza, por meio de telefonia, estática, ou móvel (celular)”, o que significa, por exemplo, que os SMS's (Serviço de Mensagens Curtas) sejam englobados nesse conceito.

Não obstante, a Lei nº 9.472/97 (Lei de Telecomunicações), em seu art. 3º, V, trouxe que o usuário de serviços de telecomunicações tem direito “à inviolabilidade de sua comunicação, salvo nas hipóteses e condições constitucionais e legalmente previstas”.

Por outro lado, pode-se dizer que as comunicações interceptadas em aplicativos que possuem como uma das funções a de enviar e receber mensagens instantâneas, como, por exemplo, *Whatsapp*, *Instagram*, *Viber*, *Facebook*, dentre outros, podem ser englobadas no conceito de comunicações telemáticas, previsto no parágrafo único do art. 1º da Lei nº 9.296/96, uma vez que a telemática se dá por

meio da combinação da telecomunicação com a informática, compreendendo a transmissão de sinais, dados, imagens e outros tipos de informações.

Lima (2017, p. 745) ressalta a importância de adequar o conceito aos dias atuais:

[...] quando a Constituição Federal autoriza a interceptação das comunicações telefônicas, refere-se não só às comunicações propriamente ditas como também à comunicação de dados, imagens e sinais através da telemática. Não se pode ficar alheio aos avanços tecnológicos-culturais, ampliando as formas de comunicações, privando os órgãos da persecução penal de um importante instrumento de investigação e busca da verdade. Logo, a nosso ver, a Lei nº 9.296/96 tem seu campo de incidência sobre qualquer forma de comunicação, seja telefônica ou não; versa não apenas sobre conversação telefônica, como também qualquer tipo de comunicação telemática (por telefone ou por via independente, sem uso da telefonia).

Corroborando essa ideia, a Lei nº 12.965/14, também conhecida como Lei do Marco Civil da Internet, trouxe, em seu art. 7º, II, “a inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, salvo por ordem judicial, na forma da lei”, como um dos direitos assegurados aos usuários de internet.

Contudo, apesar de haver em um aparelho celular dados meramente registrais, atualmente, com o avanço da tecnologia presente nos *smartphones*, também há a presença de certos dados e informações que não são considerados meros registros telefônicos e que também não são considerados como sendo comunicações telefônicas, afastando a abrangência da Lei nº 9.296/96.

Esses dados são aqueles que estão gravados no aparelho no momento em que a polícia o acessa durante a prisão em flagrante. São fotos, vídeos, áudios e, inclusive, conversas pretéritas, já finalizadas. Como visto, não são protegidos pela Lei das Interceptações das Comunicações Telefônicas por não se tratarem de uma comunicação, porém também não são meros registros telefônicos que prescindem de proteção. Nesse sentido, o mais acertado é que nos casos que envolver informações armazenadas dessa natureza, a proteção conferida seja a prevista no inciso X do art. 5º da CF, que, como visto, traz a intimidade e a vida privada como direitos fundamentais.

Ademais, nos casos em que uma conversa que já ocorreu somente estar armazenada no dispositivo, a Lei do Marco Civil da Internet, em seu art. 7º, III, dispõe que é direito do usuário de internet a “inviolabilidade e sigilo de suas

comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial”, demonstrando a desnecessidade de seguir o procedimento da Lei nº 9.296/96 pela falta da expressão “nos termos da lei”, por não se tratar de uma comunicação atual que seja passível de interceptação, o que não significa que não possua proteção, uma vez que pode estar abarcada pelo direito à intimidade.

Destarte, diante o exposto, é notório que há a necessidade de analisar o caso concreto para verificar se determinado conteúdo presente nos *smartphones* acessados pelos policiais durante o ato de prisão em flagrante, isto é, sem prévia ordem judicial, possui proteção constitucional ou não. Caso trate-se de dados meramente registrais, não haverá proteção e, logo, não há a necessidade de prévia ordem judicial para devassá-los, desde que se dê durante a prisão em flagrante. Em contrapartida, se houver outros tipos de informações presentes nos *smartphones*, a natureza destas será de suma importância para analisar a proteção que as cerca, pois, tratando-se de comunicação (telefônica ou telemática), deverão guiar a extração dessas provas o art. 5º, XII, da CF e a Lei nº 9.296/96, e, se for informações gravadas no dispositivo que não sejam comunicações e nem meros dados registrais, deverá se observar se há violação do direito à intimidade (art. 5º, X, da CF) durante o ato de extração das provas e, ainda, se este se sobrepõe ao interesse público de investigação, que será visto à frente, pois se sobrepor, as provas também poderão ser tidas como ilícitas.

#### **5.4 Violação ao Direito à Segurança Pública e a Inefetividade da Investigação**

O art. 6º da Carta Magna<sup>30</sup> traz que a Segurança é, dentre outros, um direito social. Logo, esse direito deve ser concretizado pelo Estado, garantindo aos cidadãos a sua integridade em sentido amplo (física, moral e psíquica), e respeitando, conseqüentemente, a Dignidade da Pessoa Humana.

Ademais, a Segurança Pública é um direito difuso previsto no art. 144 da CF, o qual prevê que “a segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio”, através da polícia federal, polícia

---

<sup>30</sup>Art. 6º da CF. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.



rodoviária federal, polícia ferroviária federal, polícias civis e polícias militares e corpos de bombeiro militares.

A sociedade atual reclama por políticas públicas efetivas que melhorem a prestação de serviços estatais no que tange à segurança pública. O estágio avançado da criminalidade em nosso país assombra grande parte dos cidadãos, que não suportam mais tantos crimes e impunidade.

Sendo assim, qual seria o papel das autoridades policiais na colheita da prova durante a prisão em flagrante? Os direitos fundamentais individuais, como a intimidade e a inviolabilidade do sigilo das comunicações, sempre se sobreporiam ao direito à segurança pública, dificultando a investigação criminal?

Tal questionamento fez-se relevante durante o Voto-Vista da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, da 6ª Turma do STJ, durante o julgamento do RHC 51.531/RO, já esmiuçado anteriormente. Para a Ministra, como não há no ordenamento jurídico brasileiro diferenciação hierárquica de normas constitucionais, não se pode justificar a preponderância absoluta de alguns direitos, isto é, considerar ilícita de forma irrestrita toda e qualquer violação a determinado direito, sem que se observe o caso concreto e eventual colisão de normas fundamentais.

É sabido que o Estado tem a obrigação de criar todas as condições para que os órgãos de segurança pública realizem, com efetividade, suas funções. Para tanto, propiciar mecanismos para uma investigação eficiente é o caminho a ser percorrido.

O art. 6º do CPP, visando prestigiar uma investigação efetiva, determina que “logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá” proceder aos atos dispostos nos incisos do referido artigo. Obviamente, o dispositivo se aplica aos casos de prisão em flagrante.

Dentre esses atos a serem praticados pela autoridade policial, destaca-se o inciso II, que determina a apreensão de objetos que tiverem relação com o fato, o inciso III, que prevê a colheita de todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias, e, com extrema relevância, o inciso VII, que diz que a autoridade pode determinar, se for o caso, a realização de exame de corpo de delito e de quaisquer outras perícias.

De fato, quando se trata de comunicações e de informações íntimas, a ideia inicial que se tem é que a autoridade policial, visando resguardar os direitos

fundamentais do indivíduo, deve somente aprender os objetos e colher as provas que servirem para o esclarecimento do delito, isto é, o celular, e, posteriormente, após obter autorização judicial para tanto, realizar a perícia determinada no inciso VII, a fim de extrair informações relevantes de grande importância para o deslinde das investigações.

Contudo, a situação não é tão simples quanto parece. Apesar de trazer inúmeros benefícios à sociedade, os avanços tecnológicos trazem consigo algumas desvantagens no que diz respeito à efetividade da investigação criminal. Um exemplo claro disso é que atualmente muitas informações contidas em celulares, aplicativos e rede sociais, podem ser apagadas remotamente.

Imagine, por exemplo, que após ser preso em flagrante, o indivíduo comunique um membro de sua família para que, rapidamente, exclua por meio de acesso a um computador, conversas de *Whatsapp*, de *Facebook*, de *Instagram*, entre outros, pois, como teve seu celular apreendido, a autoridade policial pode efetuar a perícia no referido aparelho. Ainda, é possível que os próprios dados do celular sejam excluídos remotamente, como, por exemplo, os constantes na galeria e na caixa de mensagens, através do site do sistema operacional do celular e após o preenchimento de algumas informações que podem ser passadas do preso para um familiar.

Sendo assim, obviamente que há risco de perecimento das provas nesse caso. Ademais, após excluídas, dificilmente será possível reavê-las, tendo em vista que alguns aplicativos e redes sociais, como, por exemplo, o *Whatsapp*, utilizam a chamada criptografia de ponta-a-ponta, onde somente os interlocutores possuem acesso às informações, o que coloca em risco a eficiência da investigação criminal e o deslinde da persecução penal.

Diante disso, surge-se a seguinte indagação. Se sempre houver a preponderância de um direito individual, *v.g.* intimidade, em detrimento de um direito social, *v.g.* segurança pública, sem que haja uma fundamentação razoável por parte da autoridade judiciária, a justiça estará sendo feita? O direito difuso não merece guarida quando confrontado com um direito individual? Este sempre “vencerá” aquele?

O respeito aos direitos e garantias fundamentais do acusado sedimentados na Constituição Federal consagra o chamado Garantismo Penal. No

entanto, quando os tribunais passam a priorizar de forma irrestrita os direitos individuais ao invés dos direitos sociais, fundamentando-se com base nesse garantismo, a verdade é que estão aplicando o Garantismo Penal de Mão Única, isto é, tendem a resguardar os direitos que vão de encontro à sociedade, protegendo somente indivíduos presos, investigados, condenados, etc.

A aplicação do garantismo penal dessa maneira não condiz com sua essência, uma vez que no ordenamento jurídico brasileiro não há hierarquia entre os direitos fundamentais, e, sob essa ótica, o mais correto a se fazer é aplicar a proporcionalidade a fim de se verificar qual direito deve prevalecer, se o direito à intimidade/sigilo da inviolabilidade das comunicações ou o direito à segurança pública.

Ademais, se a prisão em flagrante afasta até o direito à inviolabilidade de domicílio (art. 5º, XI, da CF), porque não afastaria os demais direitos individuais?

Inclusive, não se pode olvidar que durante a fase de investigação criminal, algumas medidas são sujeitas à reserva absoluta de jurisdição e outras são sujeitas à reserva relativa de jurisdição, como a própria prisão em flagrante, que, como visto no capítulo inicial, possui o controle judicial realizado *a posteriori*.

Vê-se, portanto, que ao se aplicar o Garantismo Penal de Mão Única, privilegiando somente os direitos daqueles que infringem as leis penais, a investigação criminal pode tornar-se inefetiva diante da quantidade de restrições ao livre exercício da atividade investigatória policial, principalmente no ato da prisão em flagrante, e, assim, conseqüentemente, a sociedade se vê desguarnecida, uma vez que o direito à segurança pública, de natureza social, não é efetivado perante o Poder Judiciário, gerando a impunidade em vários casos.

## 5.5 Direito Comparado

O acesso de *smartphones* pelos policiais durante a prisão em flagrante não é tema de discussão somente na jurisprudência interna, mas também em outros países, como Estados Unidos, Canadá e Espanha.

Nos autos do RHC 51.531/RO, o Ministro Rogério Schietti Cruz citou o caso *Riley v. California*, julgado pela Suprema Corte norte-americana em 2014. No presente caso, o acusado David Leon Riley, em agosto de 2009, foi abordado pela

polícia de San Diego enquanto portava sua carteira de motorista vencida. Durante a abordagem, a polícia encontrou no veículo duas pistolas e realizou a devassa do aparelho celular de Riley, descobrindo que este era membro de uma gangue envolvida em vários casos de homicídios.

Em “primeiro grau”, a defesa de Riley alegou que as provas eram ilícitas por notável violação à Quarta Emenda. O juiz, todavia, não embarcou nessa tese, entendendo que a extração de informações do aparelho celular de Riley foi lícita, utilizando como fundamento a doutrina do *Chimel Rule*, que se assemelha ao entendimento fixado no HC 91.867/PA julgado pelo STF, no qual entendeu-se lícita a obtenção dos registros telefônicos do aparelho sem prévia ordem judicial. Riley foi condenado.

A Corte de Apelo confirmou a condenação com base no caso *People v. Díaz*, onde o Tribunal considerou que a Quarta Emenda da Constituição norte-americana não trazia óbice à exploração do aparelho celular sempre que este estivesse próximo ao suspeito no momento da prisão. A Suprema Corte da Califórnia encampou o referido entendimento, acrescentando que a busca realizada no celular de um detido não necessita de mandado, visando a preservação das provas.

Todavia, ao chegar na Suprema Corte dos Estados Unidos, Jeffrey L. Fisher, professor de direito da Universidade de Stanford, sustentou por meio de petição que a devassa violava o direito à privacidade de Riley. Nesta linha, John Roberts, o *Chief Justice* da Suprema Corte, adotou o entendimento de que é necessário mandado judicial para acessar o celular do indivíduo preso em flagrante, tendo em vista que, muitas das vezes, o conteúdo presente nos aparelhos atuais são de natureza íntima e merecem proteção.

Em seguida, a Ministra Maria Thereza de Assis Moura, também em seu voto no RHC 51.531/RO, pontuou uma decisão emblemática proferida pela Suprema Corte do Canadá, em 2014, no caso *R. v. Fearon*. Neste caso, por 4 a 3, entenderam ser legítimo o acesso pela polícia dos dados situados no aparelho celular no ato da prisão em flagrante, sem que haja prévia ordem judicial.

Aqui, dois homens roubaram uma comerciante de joias, um deles portando uma espingarda. Algumas horas depois, ainda no mesmo dia, policiais encontraram os suspeitos e o veículo utilizado na fuga e, ao procederem à revista

em um deles, encontraram um aparelho celular. Imediatamente, os policiais realizaram a devassa do aparelho, acessando mensagens e fotos que os ligavam ao crime praticado. Uma das fotos armazenadas no celular era da espingarda utilizada para o roubo e, foi com base nela, que se obteve um mandado judicial de busca e apreensão para o exame do veículo, no qual se encontrou a referida arma.

Como dito, a Suprema Corte do Canadá reconheceu como lícitas as provas obtidas. O raciocínio fixado foi de que, excepcionalmente, o acesso aos dados contidos em aparelhos celulares durante a prisão em flagrante é admitido, desde que auxilie profundamente a investigação criminal, preservando provas, localizando objetos do delito, localizando suspeitos, etc. Nas palavras da Ministra, “reconheceu-se a existência de um ‘elemento de urgência’ no acesso aos aparelhos celulares, que sustentam a extensão do poder ínsito à prisão em flagrante”.

Neste sentido, a Suprema Corte canadense fixou algumas balizas para que o acesso aos celulares de indivíduos durante uma prisão em flagrante, sem prévia ordem judicial, seja lícito. Para tanto, buscando ponderar os interesses da persecução penal com o direito fundamental à intimidade, é necessário que a prisão seja lícita; que o acesso seja imediatamente realizado após a prisão, com o principal objetivo de preservar elementos de prova; que a medida seja efetuada nos limites do seu objetivo, não devendo ser estendida para além do necessário; e que as autoridades policiais incutidas no exame do aparelho registrem, pormenorizadamente, a diligência (tempo de acesso, objeto do acesso, propósito do acesso, etc.), a fim de que o controle judicial *a posteriori* seja realizado de forma efetiva.

Por fim, vale ressaltar que, em 2013, o Tribunal Constitucional da Espanha decidiu um caso semelhante aos dois já vistos. No caso, policiais surpreenderam indivíduos que estavam na posse de haxixe, os quais fugiram e deixaram para trás a droga e alguns aparelhos celulares. A polícia, sem prévia ordem judicial, acessou a agenda telefônica dos aparelhos, o que culminou na identificação, localização e prisão dos indivíduos.

Ao chegar no Tribunal Constitucional, este ressaltou que o acesso à agenda telefônica dos celulares constituía uma leve violação ao direito à intimidade e que, à luz do princípio da proporcionalidade, a medida deveria ser admitida. Ainda, chegou-se à conclusão de que se o exame do aparelho tivesse sido efetuado em

outras funções, a observação do princípio da proporcionalidade deveria ser mais rigorosa, tendo em vista que a violação à intimidade seria em uma maior escala.

Logo, conclui-se que, devido o surgimento do Direito Probatório de Terceira Geração com o caso *Kyllo v. United States*, em 2001, que trouxe uma nova visão às provas obtidas com os avanços tecnológicos e altamente intrusivas, os Estados Unidos ainda mantém, nesse tema, uma posição garantista, muitas vezes no sentido do garantismo penal de mão única. Diverge, pois, da fundamentação exposta pela Suprema Corte do Canadá e pelo Tribunal Constitucional da Espanha, que se pautaram na proporcionalidade para guiar o conflito entre o direito à intimidade e o direito à segurança pública, que busca preservar uma persecução criminal eficaz.

## 6 CONCLUSÃO

Diante de tudo que foi exposto no presente trabalho, tem-se a convicção de que a discussão acerca da licitude das provas obtidas através do acesso aos *smartphones* de indivíduos presos em flagrante, por policiais, sem prévia ordem judicial, está longe de ser pacificada. O debate, como fora visto, é ainda muito recente, tanto na doutrina, pois pouquíssimos autores vêm enfrentando o tema, como na jurisprudência, em face da diversidade de fundamentos que são encontrados nos votos dos ministros que julgam casos atinentes ao assunto. Entretanto, com os elementos que aqui foram colhidos, buscar-se-á uma melhor solução para essa situação, com os fundamentos que serão expostos a seguir.

O acesso de *smartphones* pelos policiais durante a prisão em flagrante, sem prévia ordem judicial, foi analisado com profundidade no julgamento do RHC 51.531/RO pela 6ª Turma do STJ, sob relatoria do Ministro Nefi Cordeiro.

Mereceu destaque os votos do Ministro Rogério Schietti, o qual citou o Direito Probatório de Terceira Geração como o guia das provas obtidas por meios altamente tecnológicos, fora dos sistemas tradicionais e do uso da coletividade, uma vez que o aparelho celular de um indivíduo não é “aberto ao público” ter acesso às informações ali contidas, e, nesse sentido, afastou a licitude das provas.

De fato, a doutrina fixada no precedente norte-americano *Kyllo v. United States* não pode ser desconsiderada. A evolução das gerações probatórias

demonstrou que a proteção restrita a elementos tangíveis não era mais suficiente, tendo em vista a evolução dos meios tecnológicos e a gama de possibilidades que estes propiciam de acessar informações que, até então, não se era possível acessar.

O Direito Probatório de Terceira Geração traz a ideia de que nem todas as informações contidas em um aparelho celular sejam meros registros telefônicos. Isso porque envolve todo um contexto de proteção aos direitos individuais, pois, atualmente, os dados encontrados em um celular podem ser tanto protegidos pelo direito à intimidade, como pelo direito à inviolabilidade do sigilo das comunicações, de natureza telefônica ou telemática.

No entanto, a Ministra Maria Thereza de Assis Moura parece ter exposto melhor o entendimento, em que pese também ter considerado no caso concreto a ilicitude das provas. Para ela, a proporcionalidade deve sim ser levada em conta em casos como este.

Se de um lado tem-se a proteção à intimidade e à inviolabilidade do sigilo das comunicações, de outro, é inegável que há uma necessidade de se efetivar o direito à segurança pública. A restrição à colheita de provas no ato da prisão em flagrante deve ser pautada na razoabilidade e na proporcionalidade, em cada caso concreto, sendo totalmente prejudicial à investigação criminal que os direitos individuais sempre se sobreponham, de forma ampla e irrestrita, pois assim estar-se-ia privilegiando o Garantismo Penal de Mão Única, que vai na contramão dos interesses sociais em todos os casos.

Sabe-se que a prisão em flagrante é uma exceção em nosso ordenamento, que dispensa ordem judicial para ser efetuada em face do contexto de urgência que a envolve. Se aqui houvesse o monopólio da primeira palavra do judiciário, correr-se-ia o risco de se perder o próprio objeto da prisão, qual seja, o indivíduo delituoso. No mais, há de se ressaltar que a prisão em flagrante também possui a função de auxiliar na juntada de elementos essenciais para o esclarecimento do crime, seguindo, inclusive, os deveres impostos pelo legislador no art. 6º do CPP.

Todavia, não é porque a prisão em flagrante prescinde de prévia ordem judicial que ela não está sujeita a nenhum tipo de controle judicial. Com a recente criação da audiência de custódia, a legalidade da prisão em flagrante e de seus atos

adjacentes é verificada pelo juiz quase que imediatamente após o cerceamento da liberdade. Se ficar constatado que a autoridade policial e seus agentes obtiveram provas por meios ilícitos, como, por exemplo, com violação do direito à intimidade do acusado, a prisão deverá ser relaxada e as provas não poderão ser utilizadas pelo magistrado no momento em que for exercer o seu livre convencimento motivado, inclusive aquelas que derivarem das ilícitas, como fora pontuado.

Nesse contexto, ainda há de se ressaltar que a própria Constituição Federal prevê a possibilidade de violação de domicílio no caso de prisão em flagrante, demonstrando a importância que essa modalidade prisional tem em acautelar a sociedade e amealhar elementos que serão de suma importância para uma persecução penal efetiva.

Ademais, nesta esteira estão os julgados da Suprema Corte do Canadá e do Tribunal Constitucional da Espanha, que não negaram a importância de sopesar os direitos fundamentais presentes em cada caso, a fim de estabelecer algumas premissas para que o acesso pela polícia dos *smartphones* dos presos em flagrante seja considerado lícito, ainda que não haja ordem judicial para tanto.

Ressalta-se que em nosso ordenamento não há hierarquia de direitos fundamentais. O postulado da proporcionalidade é o instrumento utilizado para aferir, em cada caso, a sobreposição de determinado direito, não devendo haver a aplicação desarrazoada somente dos direitos fundamentais com o pretexto de se efetivar a ideia do Garantismo Penal. Em alguns casos, em que houver a urgência para se efetivar a colheita de elementos probatórios e, ao mesmo tempo, houver o risco de perecimento destes, como no caso da exclusão remota de informações, não há dúvida que o direito à segurança pública e, conseqüentemente, a uma investigação criminal efetiva deverá se sobrepor.

Ainda, vale pontuar que não será caso de aplicar a teoria da proporcionalidade para se utilizar uma prova ilícita no processo, pois, aqui, não se tratará de prova ilícita em si, mas sim, prova lícita em face da presença da urgência e da possibilidade perda dos elementos probatórios, que será amparada, em alguns casos, pelo direito à segurança pública.

Portanto, conclui-se que, enquanto a jurisprudência e a doutrina não pacificam o assunto, que ainda deve gerar muitas discussões, o postulado da proporcionalidade deve ser aplicado em cada caso, a fim de se verificar se o direito



à intimidade / inviolabilidade do sigilo das comunicações deverá se sobrepor, ou não, ao direito à segurança pública, em face da não hierarquização do sistema de direitos fundamentais em nosso ordenamento, com um viés, nessa fase da persecução criminal, um pouco mais voltado para resguardar os direitos da sociedade com a possibilidade de acesso aos *smartphones*, devendo os direitos individuais prevalecerem somente em casos de extrema violação e cabendo ao juiz verificar a legalidade dos atos durante a audiência de custódia.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

AVENA, Norberto. **Manual de processo penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas Ilícitas: Interceptações Telefônicas e Gravações Clandestinas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **A constituição e as provas ilicitamente obtidas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

BIFFE JÚNIOR, João; LEITÃO JÚNIOR, Joaquim. **O acesso pela polícia a conversas gravadas no Whatsapp e as gerações probatórias decorrentes das limitações à atuação estatal**. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2016/08/12/o-acesso-pela-policia-a-conversas-gravadas-no-whatsapp-e-as-geracoes-probatorias-decorrentes-das-limitacoes-a-atuacao-estatal/>>. Acesso em: 08.out.2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União. Rio de Janeiro. 31.dez.1940.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Diário Oficial da União. Rio de Janeiro. 13.out.1941.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.296/96, de 24 de julho de 1996. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 25.jul.1996. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9296.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9296.htm)> Acesso em: 25.out.2018

\_\_\_\_\_. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF. 24.abr.2014. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm)> Acesso em: 25.out.2018

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus**. Nº 52.995/AL 2006/0011608-1. Impetrante: Tutmés Airan de Albuquerque Melo. Impetrado: Câmara Criminal do

Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas. Relator: Ministro Og Fernandes. Brasília, 16.set.2010. DJe: 04.out.2010. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16947786/habeas-corpus-hc-52995-al-2006-0011608-1-stj/certidao-de-julgamento-17405748?ref=juris-tabs>> Acesso em: 29.out.2018

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Habeas Corpus**. Nº 51.531/RO 2014/0232367-7. Recorrente: Leri Souza e Silva. Recorrido: Ministério Público do Estado de Rondônia. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Brasília, 19.abr.2016. DJe: 09.mai.2016. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/340165638/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-51531-ro-2014-0232367-7?ref=juris-tabs>> Acesso em: 12.out.2018

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus**. Nº67.379/RN 2016/0018607-3. Recorrente: Bruno Alvares Gomes Netto. Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Brasília, 20.out.2016. DJe: 09.nov.2016. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/404895121/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-67379-rn-2016-0018607-3/inteiro-teor-404895169>> Acesso em: 13.out.2018

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental em Habeas Corpus**. Nº 124.322/RS. Agravante: José Antônio Martins. Agravado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Brasília, 08.dez.2016. DJe: 19.dez.2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12236234>> Acesso em: 16.out.2018

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus**. Nº 91.867/PA. Impetrante: José Luis Mendes de Oliveira e outros. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. - Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 24.abr.2012. DJe: 20.set.2012. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22869954/habeas-corpus-hc-91867-pa-stf>> Acesso em: 15.out.2018

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus**. Nº 70.814/SP. Impetrante: Ulisses Azevedo Soares. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 01.mar.1994. DJ 24-06-1994 PP-16649 EMENT VOL-01750-02 PP-00317 RTJ VOL-0176- PP-01136. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/748560/habeas-corpus-hc-70814-sp?ref=juris-tabs>> Acesso em: 21.out.2018

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus**. Nº 79.512/RJ. Impetrante: Avelino Fernandes Rivera e outros. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, 16.dez.1999. DJ 16-05-2003 PP-00092 EMENT VOL-02110-02 PP-00308. Disponível em:

<<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/738316/habeas-corpus-hc-79512-rj?ref=juris-tabs> > Acesso em: 21.out.2018

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus**. Nº 80.949/RJ. Impetrante: Francisco Agatha Trivelas e outros. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, 30.out.2001. DJ 14-12-2001 PP-00026 EMENT VOL-02053-06 PP-01145 RTJ VOL-00180-03 PP-01001. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/776137/habeas-corpus-hc-80949-rj?ref=juris-tabs>> Acesso em: 25.out.2018

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança**. Nº 23.452/RJ. Impetrante: Luiz Carlos Barretti e outros. Autoridade coatora: Presidente da Comissão Parlamentar de Inquérito. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 16.set.1999. DJ 12-05-2000 PP-00020 EMENT VOL-01990-01 PP-00086. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/738746/mandado-de-seguranca-ms-23452-rj?ref=juris-tabs>> Acesso em: 23.out.2018

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 145**. Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação. Disponível em: Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2119>> Acesso em: 29.out.2018

CAMBI, Eduardo. **Direito constitucional à prova no processo civil**. Coleção temas atuais de direito processual civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. v. III.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GARCEZ, William. **O julgamento do RHC 51.531 e o garantismo penal de mão única**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/50396/o-julgamento-do-rhc-51-531-e-o-garantismo-penal-de-mao-unica>> Acesso em: 14.out.2018

GIANNICO, Maricé. **A prova no código civil**: natureza jurídica. São Paulo: Saraiva, 2005.

GOMES, Luiz Flávio. **Legislação criminal especial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

\_\_\_\_\_. **O juiz das garantias projetado pelo novo CPP**. Disponível em: <<https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121917615/o-juiz-das-garantias-projetado-pelo-novo-cpp>> Acesso em: 23.ago.2018.

GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luís. **Prisão e medidas cautelares**. São Paulo: RT, 2011.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As reformas no processo penal: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

\_\_\_\_\_. **O direito à prova no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

GRECO, Rogério. **Atividade policial**. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. **As nulidades no processo penal**. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Interceptação de comunicações telefônicas: notas à Lei 9296/96**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais n.735, 1997. v.86.

KNIJNIK, Danilo. et al. **Temas de direito penal, criminologia e processo penal**. A trilogia Olmstead-Katz-Kyllo: o art. 5º da Constituição Federal do século XXI. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2015.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. 5. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

\_\_\_\_\_. **Nova prisão cautelar: doutrina, jurisprudência e prática**. Niterói: Impetus, 2011

LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. v. II.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil**. 2. ed. Campinas: Millenium, 2001. v. 3.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo Penal**. 18. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2006.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MUCCIO, Hidejalma. **Curso de processo penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

\_\_\_\_\_. **Manual de processo penal e execução penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

\_\_\_\_\_. **Provas no Processo Penal**. 4. ed. [s.l.] Forense, 2015.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 23. ed. São Paulo: Atlas. 2015.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 2. ed. Rio/São Paulo: Forense, 1967. v. 3.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Curso de direito processual penal: teoria (constitucional) do processo penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 8.ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2013.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.