

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
DEPARTAMENTO DE DIREITO

ERNESTO MAGGI DOS SANTOS

**PROVA PENAL E TECNOLOGIA: perquirição em dispositivos móveis**

Florianópolis

2017

ERNESTO MAGGI DOS SANTOS

**PROVA PENAL E TECNOLOGIA: perquirição em dispositivos móveis**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Alexandre Morais da Rosa

Florianópolis

2017

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,  
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

dos Santos, Ernesto Maggi

PROVA PENAL E TECNOLOGIA : perquirição em dispositivos  
móveis / Ernesto Maggi dos Santos ; orientador, Alexandre  
Morais da Rosa, 2017.

81 p.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) -  
Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências  
Jurídicas, Graduação em Direito, Florianópolis, 2017.

Inclui referências.

1. Direito. 2. Prova penal. 3. Tecnologia. 4.  
Dispositivos móveis. I. Moraes da Rosa, Alexandre. II.  
Universidade Federal de Santa Catarina. Graduação em  
Direito. III. Título.

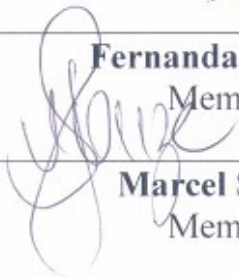
UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado "**Prova Penal e Tecnologia: Perquirição em dispositivos móveis**", elaborado pelo(a) acadêmico(a) **Ernesto Maggi dos Santos**, defendido em **07/12/2017** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10 (dez), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

Florianópolis, 7 de Dezembro de 2017

  
\_\_\_\_\_  
**Alexandre Morais da Rosa**  
Professor(a) Orientador(a)

  
\_\_\_\_\_  
**Fernanda Pacheco Amorim**  
Membro de Banca

  
\_\_\_\_\_  
**Marcel Soares de Souza**  
Membro de Banca



**Universidade Federal de Santa Catarina**  
**Centro de Ciências Jurídicas**  
**COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO**

TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E  
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA

Aluno: Ernesto Maggi dos Santos

RG: 5.628.742

CPF: 056.428.519-69

Matrícula: 13100110

Título do TCC: Prova penal e Tecnologia: perquirição em dispositivos móveis

Orientador: Alexandre Morais da Rosa

Eu, Ernesto Maggi dos Santos, acima qualificado; venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido

Florianópolis, 7 de dez de 2017.

*Ernesto Maggi dos Santos*  
Ernesto Maggi dos Santos

## AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Ângelo e Cíntia; muito devo a eles, pois todos os meus pequenos passos em direção ao fantástico do mundo foram dados em razão de seu apoio, dedicação e incondicional amor.

À minha pequena irmã, Helena, por irradiar alegria e boas ideias.

Aos meus avós paternos, Alziro e Salete, e maternos, Antônio e Maria; lembrar de seus cuidados e carinhos traz o sol ao mais cinza dos dias.

Aos colegas da Justiça Federal, pela memorável primeira experiência profissional.

Ao Des. Moacyr de Moraes Lima Filho e aos colegas do Gabinete, por me acolherem na equipe – que prefere ser chamada, com razão, de família – e pela intensa aprendizagem diária.

Ao Prof. Dr. Alexandre Moraes da Rosa, por aceitar a orientação deste trabalho e instigar a sede por conhecimento.

Às demais pessoas que me inspiram e influenciam, bem como àquelas que de qualquer forma participaram dessa etapa.

- Sim, mas... Sabe, noviço, os absurdos são muito necessários neste mundo. A terra se alicerça nos absurdos e sem eles, talvez, nada aconteceria. Sabe-se o que se sabe.
- O que você sabe?
- Eu não compreendo nada – continuou Ivan, como em um sonho. – Agora não quero compreender nada, limito-me aos fatos. Tentando compreender, alteraria os fatos... (DOSTOIÉVSKI, 2013, p. 270)

## RESUMO

Os avanços da tecnologia influem diretamente na sociedade, de modo que exigem, por consequência, relativa dinamicidade do direito, o que resulta em prestações jurisdicionais dissonantes. É o caso da extração de informações de dispositivo móvel apreendido em abordagem policial, uma vez que ora condiciona-se a validade do procedimento a ordem judicial, ora não. A ausência de consenso nas Cortes pátrias causa evidentes injustiças, razão pela qual o objetivo deste trabalho é coligir, mediante pesquisa doutrinária e jurisprudencial, elementos que auxiliem o alcance de uma solução que se aproxime da perspectiva constitucional democrática do processo penal e permita decisões uníssonas, sem pretensão, entretanto, de exaurir o tema. Após examinar-se aspectos centrais da teoria geral da prova, percebeu-se que as novas concepções de privacidade e a disciplina jurídica norte-americana dada ao assunto, em par à análise minuciosa da jurisprudência das Cortes Superiores e de dispositivos constitucionais e legais, aparentemente apontam para a necessidade de autorização judicial para a lícita perquirição de dados nos atuais aparelhos móveis.

**Palavras-chave:** Prova penal. Tecnologia. Dispositivos móveis.



## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>11</b>
<b>2 TEORIA GERAL DA PROVA .....</b>	<b>13</b>
2.1 CONCEITO E CLASSIFICAÇÃO .....	13
2.2 VERDADE REAL, OBJETO E FINALIDADE .....	15
2.3 PRINCÍPIOS .....	19
2.4 SISTEMAS DE AVALIAÇÃO DA PROVA .....	20
2.5 ENCARGO PROBATÓRIO .....	21
2.6 INICIATIVA PROBATÓRIA DO JUIZ.....	24
<b>3 LIMITAÇÕES À PROVA .....</b>	<b>29</b>
3.1 DISTINÇÃO ENTRE PROVA ILÍCITA E ILEGÍTIMA.....	29
3.2 ILICITUDE DA PROVA POR DERIVAÇÃO.....	32
3.3 ENCONTRO FORTUITO.....	37
3.4 TEORIAS DE ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA.....	41
<b>3.4.1 Admissibilidade processual da prova ilícita.....</b>	<b>41</b>
<b>3.4.2 Inadmissibilidade absoluta .....</b>	<b>42</b>
<b>3.4.3 Admissibilidade da prova ilícita pelo princípio da proporcionalidade .....</b>	<b>43</b>
<b>3.4.4 Admissibilidade da prova ilícita pro reo .....</b>	<b>44</b>
<b>4. O VELHO E O MAR .....</b>	<b>47</b>
4.1 DIREITO À PRIVACIDADE .....	48
4.2 TECNOLOGIA .....	52
<b>4.2.1 Padrão de credibilidade .....</b>	<b>53</b>
4.3 EMBATE.....	53
<b>4.3.1 Fishing Expedition.....</b>	<b>55</b>
<b>5 PERQUIRIÇÃO EM DISPOSITIVOS MÓVEIS.....</b>	<b>56</b>
5.1 DIREITO COMPARADO.....	56
<b>5.1.1 Gerações probatórias .....</b>	<b>57</b>

<b>5.1.2 Disciplina jurídica nos Estados Unidos .....</b>	<b>60</b>
<b>5.2 NO BRASIL .....</b>	<b>64</b>
<b>5.2.1 Constitucionalidade .....</b>	<b>65</b>
<b>5.2.2 Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.....</b>	<b>68</b>
<b>5.2.3 Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. ....</b>	<b>70</b>
<b>5.2.4 Normas infraconstitucionais.....</b>	<b>73</b>
<b>6 CONCLUSÃO.....</b>	<b>75</b>
<b>7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>76</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O exercício de jurisdição no Estado democrático de direito exige o conhecimento dos fatos pelo aplicador da lei, o que, em regra, ocorre na instrução processual mediante a prova. A convicção formada pelo magistrado diante do cotejo probatório estabelece-se como verdade, sobre a qual incidirá a norma. Assim, a prova desponta como ferramenta primordial à aplicação do direito.

Os avanços da tecnologia exigem do ordenamento jurídico a sua dinamicidade, haja vista que as mudanças atingem de imediato o Executivo – mormente as autoridades policiais – e usualmente tardam a tornarem-se objeto do Legislativo, de modo que ao Judiciário incumbe a regulamentação no período de transição, isto é, entre o despertar das consequências jurídicas de determinada inovação e sua respectiva disciplina legal.

Entre os novos meios de produção probatória utilizados no dia-a-dia forense, destaca-se a perquirição em *smartphones*, pois, dada a extensão de dados e comunicações contidas nesses aparelhos (fotos, mensagens, aplicativos de armazenamento de dados em nuvem e de comunicação instantânea, etc.), tal procedimento rotineiramente resulta em elementos probatórios cabais.

Malgrado o caráter central da prova, sabe-se que a máxima maquiavélica não prospera no que tange a sua produção, pois, ante os direitos e garantias fundamentais, inúmeras são as formalidades necessárias para sua lícita e legítima utilização, como tal, surge o problema consistente em definir-se quais concernem à extração de informações de dispositivos móveis.

Desse modo, relevantíssimo o exame minucioso da matéria, norteados pela necessidade de propor-se, sob a perspectiva constitucional-democrática, uma definição das circunstâncias de validade – como o método e conteúdo da extração – de tal procedimento. Para tanto, demanda-se pesquisa, que ocorrerá, neste trabalho, por meio de revisão bibliográfica de ensinamentos doutrinários e jurisprudenciais, objetivando expor aspectos centrais do debate sem, contudo, ambição de exaurir o tema.

No primeiro e segundo capítulos, dar-se-ão parâmetros teóricos fulcrais para a análise do tema, atinentes a aspectos da teoria geral da prova e da admissão de elementos probatórios no processo.

Em seguida, na terceira seção se discutirá sobre o embate entre as inovações tecnológicas e a privacidade, enquanto direito constituidor do homem.

No último capítulo, tratar-se-á da perquirição em dispositivos móveis propriamente dita, mediante a dissecação de julgados norte-americanos, de forma a elucidar acerca das gerações probatórias e da disciplina jurídica estrangeira dada à questão. Na sequência, haverá o retorno ao ordenamento pátrio para imprescindível cotejo das informações explanadas com as diretrizes aplicadas nos julgados das Cortes Superiores.

A impressão é que as garantias constitucionais a privacidade e intimidade garantem a proteção do universo informacional armazenado em dispositivos móveis, o que aparentemente é corroborado pela inviolabilidade e sigilo de comunicações (art. 5º, X e XII, da Constituição Federal<sup>1</sup>) às comunicações. Nessa hipótese, a perquirição em *smartphones* estaria condicionada a ordem judicial, entretanto a ausência de entendimento pacífico, sobretudo nos Tribunais comuns, impõe melhor análise.

---

<sup>1</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...];

X - 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; [...];

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal; (BRASIL, 1988)

## 2 TEORIA GERAL DA PROVA

Tendo em vista a amplitude da teoria geral da prova e das divergências que lhe concernem, o presente capítulo visa expor apenas noções essenciais à compreensão do tema proposto, tais quais o conceito, classificação, objeto e finalidade da prova, bem como seus princípios e sistemas de avaliação, para tratar, por fim, do encargo probatório.

Com a devida vênia àqueles que de modo distinto desenvolvem suas teses, imperativo esclarecer que a tendência deste estudo é inclinar-se à leitura constitucional do Código de Processo Penal.

### 2.1 CONCEITO E CLASSIFICAÇÃO

Certo é que “prova” apresenta diversos conceitos, a depender da área de conhecimento em que se insere, contudo se manifesta, de forma geral, como a demonstração de que uma afirmação é verdadeira.

Aliás, como parte da doutrina elucidada, a etimologia remonta ao latim, do qual a palavra *probatio* se traduz em: “experimentação, verificação, exame, confirmação, reconhecimento, confronto, etc.” (2008, ARANHA, p. 5).

No sistema jurídico pátrio o tema é regulado, principalmente, no Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), onde há apenas indicativos do conceito de prova:

Art. 155. 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.

A definição minuciosa do termo coube à doutrina, a qual, majoritariamente, pressupõe três sentidos:

a) Como ato: é o processo pelo qual se verifica a exatidão do fato alegado pela parte (ex.: fase da prova); b) como meio: trata-se do instrumento pelo qual se demonstra a verdade de algo (ex.: prova testemunhal); c) como resultado: é o produto extraído da análise dos instrumentos de prova oferecidos, demonstrando a verdade de um fato (NUCCI, 2015, p. 20).

Outrossim, fundamental a distinção entre os métodos de prova e os meios de sua obtenção. Aqueles servem imediatamente ao convencimento do juiz (por exemplo, o depoimento de uma testemunha que presenciou os fatos), enquanto estes são mecanismos de colheita daqueles (por exemplo, uma busca e apreensão em que se encontra um extrato bancário atinente aos fatos investigados) (BADARÓ, 2015, p. 383).

Não obstante, extrai-se dos ensinamentos de Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2016, p. 613) uma “concepção estática” da prova:

A demonstração da verdade dos fatos é feita por intermédio da utilização probatória, e a prova é tudo aquilo que contribui para a formação do convencimento do magistrado, demonstrando os fatos, atos ou até mesmo o próprio direito discutido no litígio.

Na sequência, os autores especificam que “em sentido estrito, prova é somente aquela que resulta de procedimento contraditório e que é produzida perante juiz” (ALENCAR; TÁVORA, 2016, p. 614).

Por seu turno, Aury Lopes Jr. (2014, p. 549) enxerga o processo penal como um instrumento de “reconstrução aproximativa de um determinado fato histórico”, o que justificaria atribuir à prova a essência de meio pelo qual se reconstrói o fato passado.

No mais, as lições de Norberto Avena (2015, p. 454-456) estatuem, em síntese, que prova é o conjunto de elementos coligidos ao processo a fim de convencer o magistrado.

No Título VII do Livro I do Código de Processo Penal, o legislador apresentou diversos meios de prova (pericial, testemunhal, documental, reconhecimento de pessoas e coisas, acareação, indícios e busca e apreensão), sem dispor, no entanto, sobre a admissibilidade de outros métodos.

Conquanto a ausência de consenso na doutrina acerca da natureza do rol de provas nominadas, predomina o entendimento de que são admitidos, seja por exceção (LOPES JUNIOR, 2014, p. 595-597) ou pelo princípio da liberdade probatória (corolário da busca pela verdade real, a ser examinada no próximo tópico deste trabalho) (ALENCAR; TÁVORA, 2016, p. 623), métodos probatórios inominados, desde que observadas as normas do próprio ordenamento jurídico – sobretudo os direitos e garantias fundamentais.

Portanto, nota-se que prova é informação qualificada, ou seja, produzida em atenção às normas materiais e processuais (constitucionais e legais) e submetida ao contraditório – ressalvadas as “cautelares, não repetíveis e antecipadas”, consoante o art. 155, *caput*, do Código

de Processo Penal (BRASIL, 1941)<sup>2</sup> –, não se confundindo com meros dados obtidos por via estranha ao devido processo legal.

Sabe-se que existem diversas classificações para os métodos probatórios, dentre as quais sobressai a de Malatesta – adotada por Aranha (2008, p. 23-25) e basilar às demais –, que cataloga a prova quanto: ao objeto; ao sujeito; e à forma.

Caso o objeto do elemento probatório seja a alegação propriamente dita, se está diante de uma prova direta; por outro lado, se for um fato qualquer cuja relevância requer construção lógica, trata-se de uma prova indireta, ou seja, de presunções e indícios.

O segundo gênero distingue a prova pessoal da real. Aquela advém do ser humano, razão pela qual é fruto de impressões pessoais da realidade; enquanto esta provém de um objeto – inconsciente e não influenciável (perícias, vistorias, etc.).

Por fim, quanto à forma, classifica-se em testemunhal, documental e material:

O pensamento humano exterioriza-se e transmite-se de duas formas: uma rápida, que é a palavra fônica [testemunhal], e outra permanente, por meio da palavra escrita ou gravada [documental].

A forma material, por sua vez, é a obtida por um meio químico, físico ou biológico que sirva como veículo de percepção para se chegar ao fato probando (ARANHA, 2008, p. 25).

Diante destes apontamentos iniciais, impõe-se a análise do objeto e da finalidade da prova, uma vez que são aspectos fulcrais do instituto, sem os quais é impossível sua compreensão.

## 2.2 VERDADE REAL, OBJETO E FINALIDADE

A prova desponta como indicação de veracidade de algo, contudo, para delimitar seu objeto e finalidade, é necessário perquirir qual a verdade perseguida pela ciência jurídica penal.

Ao menos na prática, prevalece o dogma da verdade real como objeto da persecução penal, entretanto é notável o esforço de parte da doutrina para redesenhar (ou abolir) essa espécie de axioma. Isso porque entende-se que a busca da verdade fundante é, além de

---

<sup>2</sup> Art. 155. 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. [...].

intangível, tal tão utópica que é frequentemente utilizada para justificar arbitrariedades e inconstitucionalidades.

Conforme explica Alexandre Morais da Rosa (2017, p. 718), é inerente ao processo penal a incapacidade de inserir todas as informações atinentes ao fato que despertou a pretensão punitiva estatal, o que expande a amplitude de decisões possíveis perante um mesmo acervo probatório (a exemplo do julgamento colegiado) e, por consequência, demonstra a existência de uma verdade contingencial – contrária por definição à verdade real.

Apoiado na distinção entre verdade formal e material oriunda de Kant, o aludido doutrinador elucidada:

Como nunca teremos todas as informações possíveis no dispositivo do processo penal, mostra-se ilusório acreditar em “verdade real” como sinônimo de obtenção do que “verdadeiramente” aconteceu no caso penal, a saber, há um resto desconhecido por definição. Sabe-se que o discurso da verdade real é acolhido de boa-fé por muitos, preocupados em não condenar um inocente e descobrir o que de fato ocorreu. A questão é que o discurso da verdade real traz consigo o rompimento de barreiras e limitações legais em nome do resultado (ROSA, 2017, p. 145-146).

Para embasar conclusão semelhante, Guilherme de Souza Nucci (2015, p. 18). dissocia “verdade” em objetiva e subjetiva, sendo a primeira correspondente à realidade e a segunda proveniente da convicção de um sujeito. Em seguida, expõe que:

No âmbito processual, há uma renúncia à verdade, tal como juízo de realidade. “Ainda que, em rigor, a verdade dos fatos não possa conseguir-se porque não se deve perseguir, é evidente que na prática todas essas posições descansam sobre uma concepção de verdade em virtude da qual verdadeiro é o que resulta provado no processo” (Marina Gáscon Abellán, *Los Hechos em el Derecho. Bases Argumentales de la Prueba*, p. 41, traduzi) [...] (NUCCI, 2015, p. 18).

Aury Lopes Jr. traz à tona a perspectiva de Ferrajoli (1997 apud 2014, p. 518), segundo a qual a verdade processual não tem pretensão de ser única e irreparável, o que a torna aproximativa e contingencial, pois satisfeita com o que se apresentou ao processo.

Ora, tendo em vista os princípios da presunção de inocência e do *in dubio pro reo*, é plausível assumir que o magistrado deveria se conformar com a verdade processual, de modo que a dúvida subsistente seria interpretada em favor do réu – ao contrário do que indica o art.



156, II, do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941)<sup>3</sup> – a fim de preservar a imparcialidade – ao menos litúrgica – do julgador.

Aliás, é sob a ótica maquiavélica – justificação dos meios pelos fins – da verdade real que se dá à atividade judicante indesejáveis características investigativas, a exemplo: “No processo penal, o juiz tem o dever de investigar como os fatos se passaram na realidade, não se conformando com a verdade formal constante dos autos” (CAPEZ, 2012, p. 75).

Vale lembrar que foi mediante o discurso da verdade fundante, fortalecido pela insatisfação com o sistema acusatório (divisão rígida entre defesa, acusação e julgamento) (LOPES JUNIOR., 2014, p. 93-97), que se edificou o sistema inquisitório na idade média, quando o magistrado acumulava a função de acusador e julgador.

Nessa toada, Aury Lopes Jr. (2014, p. 580) explica:

O mito da verdade real está intimamente relacionado com a estrutura do sistema inquisitório; com o “interesse público” (cláusula geral que serviu de argumento para as maiores atrocidades); com sistemas políticos autoritários; com a busca de uma “verdade” a qualquer custo (chegando a legitimar a tortura em determinados momentos históricos); e com a figura do juiz-ator (inquisidor).

O maior inconveniente da verdade real foi ter criado uma “cultura inquisitiva” que acabou se disseminando por todos os órgãos estatais responsáveis pela persecução penal. A partir dela, as práticas probatórias mais diversas estão autorizadas pela nobreza de seus propósitos: a verdade.

Embora seja custoso definir o sistema processual penal aderido pela Constituição Federal (ROSA, 2017, p. 289-292), é possível inferir que se aproxima do acusatório, tendo em vista as noções fundamentais de contraditório, ampla defesa, imparcialidade do juiz e devido processo legal substancial – não obstante o Código de Processo Penal de 1941 ostentar diversos dispositivos essencialmente inquisitivos (LOPES JUNIOR., 2015, p. 49).

Dessa forma, reforçada a inviabilidade do dogma da verdade real, assinala-se que o julgador está restrito aos elementos probatórios lícitos coligidos pelas partes, para definir o contexto fático sobre o qual incidirá a norma, motivo pelo qual a prova perde a denotação de atestado da realidade, pois, com efeito, apresenta sutil adaptação da semântica tradicional para

---

<sup>3</sup> Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: [...];

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

se estabelecer como método de convencimento do magistrado e, por decorrência, de definição da verdade formal.

Diante destas considerações, demonstra-se que o objeto da prova são as alegações das partes – não propriamente os fatos –, que são, quando isoladas do acervo probatório, meras assertivas, sobre as quais o magistrado não pode fundar decisão condenatória, haja vista o princípio da presunção da inocência.

Por esta diretriz, Nucci (2015, p. 19) explana que:

A realidade não é, propriamente, o objeto da prova, nem mesmo do processo. Aquilo que efetivamente aconteceu no mundo naturalístico, com todos os ricos detalhes e minúcias, será impossível de reproduzir, por ora, no processo brasileiro. Afinal, valemo-nos, ainda, das mais rudimentares e inseguras provas (mecanismos de demonstração da realidade).

Outrossim, nesse contexto, exsurge a finalidade da prova, que é, simplesmente, convencer o magistrado de que a versão alegada é a mais fidedigna ao fato pretérito, o qual representa o centro orbital da ação penal.

Nessa acepção, o autor continua:

Se a prova é a demonstração lógica da realidade, com o objetivo de gerar, no magistrado, a certeza em relação aos fatos alegados, naturalmente, a finalidade da prova é a produção do convencimento do juiz no tocante à verdade processual, vale dizer, a verdade possível de ser alcançada no processo, seja conforme a realidade ou não (NUCCI, 2015, p. 21).

Considerando as repetidas menções à figura do juiz, insta mencionar que as provas são destinadas a ele e, apenas posteriormente, às partes – para que usufruam do contraditório, da ampla defesa e, eventualmente, do duplo grau de jurisdição (RANGEL, 2015, p. 462).

A propósito, sabe-se que o sistema de avaliação da prova majoritariamente empregado no ordenamento pátrio é o do livre convencimento motivado (art. 93, IX, da Constituição Federal<sup>4</sup>), ou seja, o togado extrai sua convicção da livre apreciação das provas legalmente

---

<sup>4</sup> Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: [...]; 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; (BRASIL, 1988)

produzidas no processo para prolatar o *decisum* com a clara exposição das razões de decidir – sobre as quais a parte poderá desenvolver o recurso cabível.

A fim de sintetizar este tópico, acentua-se que o objeto e a finalidade da prova dependerão de como se vislumbra o processo penal. Assim, ao afastar-se a ilusória busca da verdade real, assume-se que o objeto da prova são as alegações probandas – não os fatos propriamente ditos – enquanto sua finalidade deixa de ser a demonstração de fatos para tornar-se o convencimento do julgador.

### 2.3 PRINCÍPIOS

Os preceitos basilares da produção probatória são decorrentes dos dispositivos processuais penais em par à sistemática constitucional.

Dessa forma, alguns permeiam toda atividade processual penal, enquanto outros são próprios do estudo da prova e, por consequência, merecem destaque.

A teor do que estabelecem Aranha (2008, p. 32-34) e Távora e Alencar (2016, p. 651-652), são princípios gerais da prova:

1. Autorresponsabilidade das partes: concerne ao encargo probatório, ou seja, na assunção das consequências da inatividade, negligência, erro ou atos intencionais.
2. Audiência contraditória: a produção de uma prova por uma parte impõe que se dê conhecimento e oportunidade de manifestação à parte contrária, bem como que se admita contraprova.
3. Comunhão da prova: toda prova produzida pertence ao processo e não à parte que a pleiteou ou colacionou, de modo que o acervo probatório serve a ambos os litigantes.
4. Oralidade: predominância da palavra falada.
5. Concentração: em decorrência do princípio anterior, extrai-se que os atos judiciais tendem a se concentrar na audiência de instrução.
6. Publicidade: excetuado o segredo de justiça, pressupõe-se que a produção probatória, tal quais os demais atos judiciais, devem ser públicos.
7. Livre convencimento motivado: compreende um sistema de avaliação das provas, o qual estabelece que não há prévia valoração legal dos elementos

probatórios, o que entrega ao magistrado a liberdade de apreciação desde que motivada.

Além desses, merece destaque o princípio da presunção de inocência – que norteia o todo o ordenamento jurídico – bem como a premissa do *nemo tenetur se detegere*, a qual compreende a autodefesa positiva e negativa – respectivamente, o direito de praticar e participar dos atos processuais e o de não fazer prova contra si mesmo (LOPES JUNIOR., 2014, p. 572-574).

## 2.4 SISTEMAS DE AVALIAÇÃO DA PROVA

Historicamente, sobressaem três modelos de apreciação, quais sejam: prova legal ou tarifada; íntima convicção do julgador; e livre convencimento (persuasão racional).

O primeiro caracteriza-se pela fixação de uma hierarquia entre as espécies probatórias, a qual era preestabelecida pelo legislador. Neste caso, a decisão do julgador vinculava-se ao valor legal atribuído a cada um dos elementos coligidos (ALENCAR; TÁVORA, 2016, p. 649-650).

Em que pese tal sistema tornar o judiciário refém do legislador – representado, à época, pelo soberano ou pela igreja –, salienta-se que foi a partir deste momento que se iniciou o desenvolvimento de critérios objetivos de apreciação (AVENA, 2015, p. 460).

A seguir, em contrapartida ao excesso de legalismo, surge um sistema marcado pela discricionariedade em abundância (LOPES JUNIOR., 2014, p. 574-577). O sistema da íntima convicção é marcado pela não fundamentação das decisões, ou seja, o julgador decide de acordo com seu convencimento pessoal, o que propiciava que conhecimentos privados e provas não colacionadas ao processo influenciassem o julgamento. Assinala-se que, no ordenamento pátrio, tal modelo é o prescrito aos jurados do Tribunal do Júri, conforme o art. 472, *caput*, do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941)<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> Art. 472. Formado o Conselho de Sentença, o presidente, levantando-se, e, com ele, todos os presentes, fará aos jurados a seguinte exortação:

Em nome da lei, concito-vos a examinar esta causa com imparcialidade e a proferir a vossa decisão de acordo com a vossa consciência e os ditames da justiça.

Os jurados, nominalmente chamados pelo presidente, responderão:

Assim o prometo. [...].

Pelo equilíbrio, sobrevém o sistema do livre convencimento motivado, previsto no art. 157, *caput*, do Código de Processo Penal<sup>6</sup>. Segundo o qual o magistrado tem a liberdade de apreciação restringida, pois é obrigado a fundamentar o *decisum* em observância aos elementos probatórios legalmente coligidos ao processo (BADARÓ, 2015, p. 415-416).

## 2.5 ENCARGO PROBATÓRIO

O art. 156, *caput*, do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941) estabelece que “A prova da alegação incumbirá a quem a fizer”.

Todavia nem sequer se cogita a imposição de penalidade àquele que não prova suas alegações, pois se estaria em evidente afronta à ampla defesa e ao Estado Democrático de Direito. Dessa forma, o único efeito direto da não comprovação de um argumento é a perda de seu valor de convencimento.

Em outras palavras, o ônus/encargo da prova não constitui dever jurídico, uma vez que ausente direito correlato ou mesmo sanção pelo descumprimento; de sorte que se apresenta, em verdade, como faculdade da parte, cuja inobservância a prejudica apenas na medida em que torna inócuas as respectivas declarações probandas.

Nessa linha:

Trata -se de uma obrigação para consigo mesmo que, se não for cumprida, ninguém, a não ser o encarregado, sairá prejudicado. Diferente do dever, que é sempre para com outrem e faz nascer o direito subjetivo. O ônus não, pois não corresponde a nenhum direito subjetivo e, se o encarregado de realizar o ato não o faz, apenas ele sofrerá com sua inércia ou ineficiência. (RANGEL, 2015, p. 503)

No mais, a norma parece simples e concisa, entretanto a doutrina possui diferentes leituras do ônus da prova, haja vista que, além da evolução do sistema inquisitório ao acusatório, a recepção do Código de Processo Penal pela Constituição Federal de 1988 fomentou a reinterpretação e até ab-rogação de diversos de seus dispositivos.

---

<sup>6</sup> Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. [...].

A primeira análise sustenta, com fulcro no princípio constitucional da presunção de inocência, que não há nenhum encargo probatório à defesa, porque é atividade exclusiva do acusador derruir a supracitada condição.

Colhe-se da lição de Paulo Rangel (2015, p. 507):

O réu alega, mas o ônus da prova, hoje, diante da Constituição, é exclusivo do Ministério Público. Não se confunde o direito que tem o réu de alegar, em sua defesa, o que bem entender, com o ônus da prova. Este é total e exclusivamente do MP.

A regra inserta no art. 5º, LVII, da CRFB deve ser vista como inversora total do ônus da prova e qualquer dúvida que restar diante da não comprovação do fato imputado ao réu pelo Ministério Público deve, obrigatoriamente, ser resolvida em seu favor. Trata-se da aplicação do princípio *in dubio pro reo*.

O autor explana que apresentação diversa do ônus probatório seria proveniente de uma visão estrita do art. 156, *caput*, da Lei Processual Penal<sup>7</sup> e, portanto, da inobservância do princípio constitucional da presunção da inocência (RANGEL, 2015, p. 505).

Nesse ponto, vale lembrar o Diploma Processual Penal foi decretado em 1941, sob a égide do Estado Novo de Getúlio Vargas, e que houve a promulgação da Constituição Cidadã em 1988 – notável pelo extenso rol de direitos e garantias fundamentais –, de modo que imperioso é o seu cotejo aos demais dispositivos do ordenamento jurídico pátrio.

Aury Lopes Jr. reforça a teoria com apontamento oriundo da obra de Ferrajoli (1997 apud 2014, p. 562):

Ferrajoli esclarece que a acusação tem a carga de descobrir hipóteses e provas, e a defesa tem o direito (não dever) de contradizer com contra-hipóteses e contraprovas. O juiz, que deve ter por hábito profissional a imparcialidade e a dúvida, tem a tarefa de analisar todas as hipóteses, aceitando a acusatória somente se estiver provada e, não a aceitando, se desmentida ou, ainda que não desmentida, não restar suficientemente provada.

Assim, a tese pressupõe que a dúvida provocada por argumento defensivo, ainda que não cabalmente demonstrado, conduz à absolvição, salvo se afastada pela acusação.

Por exemplo, caso o acusado de homicídio alegue que agiu em legítima defesa, caberia à acusação, mediante provas e argumentos, demonstrar a conduta delitiva narrada na exordial, o que, por lógica, afastaria também a excludente.

---

<sup>7</sup> Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: [...].

Aliás, tal conclusão assemelha-se à disciplina do art. 386, VI, do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei n. 11.690/08<sup>8</sup> (BRASIL, 2008).

Nesse cenário, cabível a anotação de Gustavo Badaró (2015, p. 428):

Quando o réu afirma que agiu em legítima defesa ou em estado de necessidade, não se trata de alegação de um fato novo ou contraposto ao fato constitutivo do direito do autor. Não há alegação de um fato diverso do fato constitutivo do direito de punir, mas sim uma forma indireta de negar o cometimento do delito. Em outras palavras, a legítima defesa não é alegação de um fato impeditivo, mas a negação do fato constitutivo do direito de punir.

Outrossim, interessa ao tema a perspectiva de Alexandre Morais da Rosa (2017, p. 707) ao observar o processo penal como um verdadeiro jogo penal, no qual o objetivo da acusação é derruir o estado de inocência inicial do réu mediante a demonstração da prática delitiva, com todas as suas circunstâncias e demais requisitos legais para o édito condenatório.

À defesa, em “posição de contra-ataque”, competiria a carga probatória apenas no caso de inovação da narrativa, cuja não comprovação não deveria eximir a acusação de evidenciar os fatos inicialmente narrados (ROSA, 2017, p. 708).

Amparado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (HC n. 84.580, rel. Min. Celso de Mello, j. em 25/8/2009), o doutrinador conclui que “no processo penal constitucionalizado a carga probatória é da acusação” (ROSA, 2017, p. 707).

Por outro lado, a segunda corrente doutrinária reforça o art. 156, *caput*, do Diploma Processual Penal, ao definir que incumbe à acusação provar os fatos constitutivos (materialidade e autoria delitivas) e à defesa, as causas excludentes, impeditivas ou modificativas (excludentes de ilicitude, culpabilidade e punibilidade).

É a posição de Eugênio Pacelli (2016, p. 338):

Cabe, assim, à acusação, diante do princípio da inocência, a prova quanto à materialidade do fato (sua existência) e de sua autoria, não se impondo o ônus de demonstrar a inexistência de qualquer situação excludente da ilicitude ou mesmo da culpabilidade. Por isso, é perfeitamente aceitável a disposição do art. 156 do CPP, segundo a qual “a prova da alegação incumbirá a quem a fizer”.

---

<sup>8</sup> Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: [...]; VI – existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência.

Para assim concluir, o autor justifica que o direito processual penal, tal quais outras searas, opera com presunções legais. Desse modo, exemplifica que o réu da ação penal é presumidamente imputável, pois não se exige do acusador prova da capacidade (PACELLI, 2016, p. 337-338).

Ainda, explica que a tipicidade e ilicitude não são objeto de prova, mas, sim, produtos de juízo de valor emitido sobre o contexto fático, ou seja, resultam de construção lógica (indícios), motivo pelo qual não se deve impor à acusação espécie de ônus (PACELLI, 2016, p. 337).

Na mesma linha são os ensinamentos de Aranha (2008, p. 15) ao assinalar que incumbe à acusação a prova da materialidade e autoria delitivas, bem como da culpa, ao passo que à defesa cumpre demonstrar a ausência do elemento subjetivo e as excludentes.

Expostos argumentos gerais das duas teorias majoritárias que definem o encargo da prova penal, sem a pretensão de exaurir o assunto, opta-se pelo primeiro entendimento a fim de delimitar os parâmetros de pesquisa dos próximos tópicos.

## 2.6 INICIATIVA PROBATÓRIA DO JUIZ

Ainda da leitura do art. 156 do Código de Processo Penal, salta aos olhos outra relevante divergência doutrinária, qual seja, a possibilidade de o magistrado determinar a produção de provas.

O citado dispositivo permite ao togado, de ofício:

- I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;
- II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. (BRASIL, 1941)

Tais normas parecem alinhar-se ao mito da verdade real, destrinchado alhures, de forma que, igualmente, são objeto de diferentes interpretações doutrinárias.

Parte da doutrina é frontalmente contrária a qualquer espécie de iniciativa probatória do magistrado, sob o argumento primordial de que tal procedimento é próprio de sistemas penais inquisitórios.



De pronto, registra-se que a separação das funções de acusação, defesa e julgamento não é apenas cerimonial, devendo estender-se para além do momento de formação do processo e alcançar a fase de gestão da prova.

Paulo Rangel (2015, p. 510) afirma que a ação de ofício do juiz em prol da produção probatória contamina sua imparcialidade. Ademais, sustenta a contradição entre o art. 156, I, e o art. 155, ambos do Código de Processo Penal, haja vista que aquele permite a prova pré-processual enquanto este prescreve ao julgante que forme sua convicção apenas da livre apreciação da prova coligida em contraditório judicial.

Na sequência, o doutrinador acentua que o togado é um ser humano provido de sentimentos, o que torna impraticável a sua atuação alheia aos elementos do inquérito policial (RANGEL, 2015, p. 510).

Aliás, é por essa razão que Aury Lopes Jr. defende que os autos e indícios concebidos na fase investigativa não devem sequer estar anexos ao processo judicial (2014, p. 329-333).

De mais a mais, vale lembrar que a dúvida é razão de absolvição, motivo pelo qual a produção de provas pelo juiz somente pode ser encarada com o objetivo de condenar o réu, operação usualmente justificada pelo mantra da verdade real.

Dessarte, constata-se que a busca de elementos probatórios pelo magistrado tem como escopo tão somente a condenação, pois, em verdade, a absolvição deveria ser a consequência da dúvida que deu ensejo à determinação de produção de provas.

A reforçar, reitera-se que toda atividade probatória é precedida de uma afirmação probanda. Da mesma forma ocorre quando a iniciativa é do magistrado, pois, ao determinar a colheita de provas não pleiteadas pelas partes, está averiguando uma versão sua.

Em tom semelhante, Geraldo Prado (2005, p. 218) leciona:

A ordem das coisas colocadas no processo permite, pragmaticamente, constatarmos que a ação voltada à introdução do material probatório é precedida da consideração psicológica pertinente aos rumos que o citado material possa determinar, se efetivamente incorporado ao processo. Ao tipo de prova que se pesquisa corresponde um prognóstico, mais ou menos seguro, da real existência do *thema probandum*, e, sem dúvida, também das consequências jurídicas que podem advir da positividade da questão fática.

Assim, pondera-se que a produção de provas, nos termos acima expostos, implica no acúmulo das funções de julgador e acusador, o que, por óbvio, extingue qualquer possibilidade de um julgamento imparcial.

A exemplificar a injustiça de espécie de procedimento, que nitidamente pesa a balança da formação da culpa à condenação:

Desconfiado da culpa do acusado, investe o juiz na direção da introdução de meios de prova que sequer foram considerados pelo órgão de acusação, ao qual, nestas circunstâncias, acaba por substituir. Mais do que isso, aqui igualmente se verificará o mesmo tipo de comprometimento psicológico objeto das reservas quanto ao poder do próprio juiz iniciar o processo, na medida em que o juiz se fundamentará, normalmente, nos elementos de prova que ele mesmo incorporou ao processo, por considerar importantes para o deslinde da questão. Isso acabará afastando o juiz da desejável posição de seguro distanciamento das partes e de seus interesses contrapostos, posição essa apta a permitir a melhor ponderação e conclusão. (PRADO, 2005, p. 218)

Confrontadas tais instruções, é conclusão natural o afastamento da fundamental imparcialidade, visto que o juiz atua em par ao órgão da acusação na investigação – sob o perigoso manto da verdade real.

Em crítica aos poderes investigatórios concedidos ao juiz, irrompe Aury Lopes Jr. (2014, p. 169-177) ao atribuir à imparcialidade do órgão jurisdicional a alcunha de “princípio supremo do processo”, por efeito da natural heterocomposição processual, leia-se: substituição da autonomia das partes pela decisão de terceiro isento.

Discute-se também a incoerência do permissivo com os princípios da ampla defesa e do contraditório. Isso porque é inviável a atuação defensiva na amplitude constitucionalmente fixada quando o magistrado possui contexto fático pressuposto, para o qual determinou a produção probatória; além da impossibilidade de contraditório entre parte e julgador.

Por outro lado, significativa parcela da doutrina questiona a constitucionalidade da iniciativa instrutória do juiz apenas quando exercida na fase policial, na forma do art. 156, I, do Código de Processo Penal, sob o argumento estrutural de que a atividade transforma o juiz em investigador, tal qual em um processo inquisitivo.

A expressar o contrassenso do dispositivo, Eugênio Pacelli (2016, p. 338-339) o contrapõe aos arts. 395 e 396 da Lei Processual Penal, que fixam o início da jurisdição criminal tão somente no momento de apreciação da peça exordial. Além disso, apresenta a noção de que a atuação do magistrado na investigativa não ocorre a fim de tutelar o procedimento extrajudicial, mas, sim, para exercer o controle constitucional de restrições a direitos.

Em defesa do segundo inciso, o doutrinador aposta na possibilidade de distinguir a iniciativa probatória da acusatória mediante um critério objetivo, qual seja, identificar se a

atividade do magistrado é substitutiva ou supletiva àquela cujo ônus processual incumbe ao Ministério Público (PACELLI, 2016, p. 339-340). Exemplifica:

O art. 564, III, b, do CPP, prevê como nulidade a falta de exame de corpo de delito nos crimes que deixam vestígios, quando ainda presentes os vestígios. Acreditamos que, em tal situação, se o Ministério Público não requerer a produção da prova técnica, quando exigida, o juiz não poderá fazê-lo à conta do princípio da verdade real, na medida em que ele estaria atuando em substituição ao Ministério Público, empreendendo atividade tipicamente acusatória, supletivamente ao órgão estatal responsável pela sua produção. (PACELLI, 2016, p. 340)

Vale lembrar que, antes mesmo da Lei n. 11.690/08 – que deu a atual redação ao inciso em discussão –, Ada Pellegrini Grinover expôs importantes apontamentos acerca da iniciativa probatória do judicante, dos quais destacam-se os três limites delineados em sua obra.

A saber, o primeiro compreende a imprescindibilidade de participação das partes na colheita da prova (contraditório); o segundo diz respeito à necessidade de motivação das decisões, seja ao determinar a produção ou a valorar a prova; por fim, o último concerne à proibição das provas ilícitas e ilegítimas (1999, p. 74-75).

Após argumentar pela viabilidade da iniciativa instrutória do juiz durante o processo, desde que observadas as balizas acima descritas, salientou que procedimento semelhante na fase investigativa caracterizaria o retorno ao sistema inquisitório, em razão do acúmulo das funções de investigador e julgador (GRINOVER, 1999).

Nesse sentido, interessa destacar:

A questão que envolve os elementos probatórios colhidos durante a investigação e sua inidoneidade para servir de base para a formação do convencimento do juiz é estranha à problemática da iniciativa instrutória oficial. Esta se circunscreve ao processo, o qual é instaurado após acusação formal do Ministério Público [...]. Não se confunda o que se disse quanto aos poderes do juiz no processo e à sua iniciativa probatória com a atribuição de poderes para buscar elementos probatórios durante a fase da investigação prévia. Esta não pode ser confiada ao juiz, sob pena de se retornar ao juiz-inquisidor do modelo antigo. Durante a investigação, o juiz do processo acusatório tem apenas a função de determinar providências cautelares. (GRINOVER, 1999, p. 75)

Há, ademais, aqueles que defendem ambos os poderes investigativos do juiz, concedidos pelos incisos I e II do art. 156 do Código de Processual, normalmente amparados pela crença na verdade fundante.

Nessa linha, verifica-se que Norberto Avena (2015, p. 465-466) até assume a adoção do sistema acusatório pelo constituinte originário, todavia ressalva que houve também o acolhimento do princípio da verdade real, razão pela qual a postura de juiz-espectador não seria correta.

Logo, busca equilibrar os conceitos para afastar a interpretação literal do primeiro inciso do citado artigo e assentar que a produção antecipada de provas pelo magistrado deve possuir caráter excepcional, justificada para a solução de crimes graves, isto é, aqueles que causam “mal coletivo” e “elevada perturbação no meio social” (AVENA, 2015, p. 468).

Quanto à produção incidental de provas, o mesmo autor preestabelece que a permissão do art. 156, II, do Código de Processo Penal assemelha-se àquelas contidas nos arts. 196, 209, 234 e 242, todos do mesmo Diploma Legal (BRASIL, 1941)<sup>9</sup>, e art. 3º, *caput*, da Lei das Interceptações Telefônicas (BRASIL, 1996)<sup>10</sup>.

Ademais, Avena expõe que a busca da verdade real – fundamento dos citados dispositivos – impede que se aceite a absoluta inércia do magistrado (2015, p. 467).

Com o apropriado respeito aos posicionamentos contrários, após esmiuçadas as principais correntes sobre a iniciativa probatória do juiz, adere-se ao entendimento de que a concessão de poderes instrutórios ao magistrado é, de fato, conexa ao sistema inquisitório, haja vista que causa o acúmulo das funções de julgador e investigador. Aliás, extrai-se que sua inviabilidade com o sistema acusatório é patente, dado que sua razão de ser é justamente o dogma da verdade real.

---

<sup>9</sup> Art. 196. A todo tempo o juiz poderá proceder a novo interrogatório de ofício ou a pedido fundamentado de qualquer das partes.

Art. 209. O juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes

Art. 234. Se o juiz tiver notícia da existência de documento relativo a ponto relevante da acusação ou da defesa, providenciará, independentemente de requerimento de qualquer das partes, para sua juntada aos autos, se possível.

Art. 242. A busca poderá ser determinada de ofício ou a requerimento de qualquer das partes.

<sup>10</sup> Art. 3º A interceptação das comunicações telefônicas poderá ser determinada pelo juiz, de ofício ou a requerimento: [...].

### 3 LIMITAÇÕES À PROVA

Além das limitações naturais de toda tentativa de reconstrução de um fato pretérito, sabe-se que existem óbices legais à atividade probatória, os quais garantem a legitimidade do processo e da punição estatal, bem como asseguram a ordem do Estado Democrático de Direito; visto que protegem os direitos e garantias individuais contra a persecução autoritária de provas.

No ordenamento pátrio, o art. 5º, LVI, da Constituição Federal estipula que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos” (BRASIL, 1988).

Dessa forma, infere-se que são vedadas as provas cuja natureza ou produção seja contrária ao direito, independente da norma violada pertencer à Carta Magna ou a legislação em geral, haja vista que “o universo do ilícito constitui-se das variadas formas de lesão aos preceitos diversificados do ordenamento jurídico” (NUCCI, 2015, p. 48).

Nessa diretriz, o art. 157, *caput*, do Código de Processo Penal reforça que as provas ilícitas são “as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais” (BRASIL, 1941).

Ainda, observa-se que a ofensa apta a ensejar a inadmissibilidade da prova pode ser tanto a mandamentos de ordem material quanto processual (pelo regime de nulidades), entretanto interessa distinguir qual a origem da restrição, uma vez que tal circunstância determina a possibilidade de repetição (ROSA, 2017, p. 739).

Por essa razão, a doutrina brasileira preponderante apoia-se nas lições do jurista italiano Pietro Nuvolone para dividir o gênero “prova ilegal” nas espécies “ilegítima” e “ilícita”.

#### 3.1 DISTINÇÃO ENTRE PROVA ILÍCITA E ILEGÍTIMA

O elemento probatório ilícito é aquele produzido mediante violação de norma de direito material em sentido amplo, ou seja: dispositivos propriamente ditos; princípios; e, sobretudo, direitos e garantias fundamentais.

Acentuam, Reis e Gonçalves (2017, p. 269), que prova ilícita em sentido estrito é aquela cuja obtenção infringiu direito que subsiste quando apartado do processo.

A vedação da prova assim classificada serve não apenas a interesses processuais, mas também à salvaguarda de direitos individuais e à idoneidade da informação a ser introduzida no processo.

Nesse sentido, Pacelli (2016, p. 347-348) esclarece:

No que se refere à questão da qualidade da prova, o reconhecimento da ilicitude do meio de obtenção da prova já impede o aproveitamento de métodos cuja idoneidade probatória seja previamente questionada, como ocorre, por exemplo, na confissão obtida mediante tortura, ou mediante hipnose, ou, ainda, pela ministração de substâncias químicas (soro da verdade etc.).

De outro lado, a vedação das provas obtidas ilicitamente também oferece repercussão no âmbito da igualdade processual, no ponto em que, ao impedir a produção probatória irregular pelos agentes do Estado – normalmente os responsáveis pela prova –, equilibra a relação de forças relativamente à atividade instrutória desenvolvida pela defesa.

A salientar a importância da classificação, Aury Lopes Jr. (2014, p. 608) expõe que, ao contrário das ilegítimas, as provas ilícitas não podem ser renovadas, uma vez que o vício ocorreu em sua obtenção – fora do processo. De mais a mais, o autor afirma que devem ser desentranhadas e destruídas.

A vinculação da prova ilícita ao meio de obtenção é apontada por Aranha (2008, p. 51) e Lopes Jr. (2014, p. 606-608), razão pela qual é possível inferir que, em regra, a violação da norma de direito material é intrínseca ao método praticado, de sorte que repetir sua execução constituiria a mesma afronta anterior – a evidenciar a impossibilidade de repetição.

Para compreender o que se trata prova ilegítima, imprescindível o exame, proposto por Aranha (2008, p. 50-51), da semântica da expressão:

Por ilegítimo entende-se tudo aquilo “a que faltam qualidades ou requisitos exigidos pela lei para ser por ela reconhecido ou posto sob sua proteção” (conforme *Dicionário jurídico brasileiro*, José Naufel, e *Dicionário de tecnologia jurídica*, Pedro Nunes). (conforme *Dicionário de tecnologia jurídica*, Pedro Nunes).

Sabe-se que o padrão em processos jurídicos organizados é pressupor formalidades e exigências para os atos praticados, que compõem a legislação processual. Por conseguinte, infere-se que deve integrar os autos do processo judicial apenas aquilo que a lei “reconhece” e “põe sob sua proteção”, ou seja, o que cumpre as formalidades e exigências prescritas.

Em sintonia, Aranha (2008, p. 51) justifica:

Quando a prova é produzida contra um princípio de lei processual, viola-se um requisito exigido pela mesma lei para colocá-la sob seu abrigo: daí por que

“prova ilegítima”. Note-se que o procedimento penal é redigido exclusivamente por suas leis específicas.

Tal análise se assemelha a afirmação de Aury Lopes Jr. (2014, p. 608) no sentido de que a prova ilegítima não deve nem mesmo adentrar no processo.

Assim, a prova produzida sem a observância de seus requisitos legais não recebe sequer proteção da lei que a prevê, de modo que se insere precisamente na qualidade – acima conceituada – de ilegítima.

Outrossim, Aury Lopes Jr. (2014, p. 607) define:

Prova ilegítima: quando ocorre a violação de uma regra de direito processual penal no momento da sua produção em juízo, no processo. A proibição tem natureza exclusivamente processual, quando for imposta em função de interesses atinentes à lógica e à finalidade do processo. Exemplo: juntada fora do prazo, prova unilateralmente produzida (como o são as declarações escritas e sem contraditório) etc.

Ilegítima, por conseguinte, é a prova cuja obtenção ou introdução no processo ocorreu de modo contrário à norma processual.

Explanados os aspectos centrais da distinção entre provas ilícitas e ilegítimas – os quais serão vitais para a análise das teorias de admissibilidade –, vale mencionar que, conquanto a distinção de Nuvolone seja a mais difundida pela doutrina, há autores que a utilizam apenas como parâmetro.

Nesse sentido é o entendimento de Paulo Rangel (2015, p. 476), que reduz o conceito da classe “provas ilegítimas” e acrescenta o ramo “provas irregulares”:

A prova ilícita é violadora do direito material. Seja porque a norma proíbe aquele tipo de prova (tortura, por exemplo), seja porque permite, mas desde que se cumpra com o que a norma exige (mandado de busca e apreensão para ingressar no domicílio). A prova ilegítima é aquela que é proibida pelo direito processual (depoimento do padre contra sua vontade). A prova irregular é aquela que é colhida com desrespeito às formalidades legais existentes, não obstante ser permitida por lei (expedição de mandado sem o fim da diligência; depoimento de testemunha-parente sem a advertência de que não está compromissada a dizer a verdade).

Todavia, tal quais Nestor Távora e Rosmar Alencar (2016, p. 624-625), entende-se que a referida inovação pouco acrescenta, pois a definição de prova irregular adequa-se perfeitamente ao conceito tradicional de prova ilegítima. Enquanto a prova produzida apesar

de proscrita pela lei processual, a qual Rangel denomina de ilegítima, inclui-se em ambas as classificações prevaletentes. Isso porque, em análise teleológica, espécie de proibição acompanha, em regra, a proteção de um direito material.

Aliás, é o caso do exemplo citado pelo doutrinador, uma vez que o padre que depõe contra sua vontade – ainda que desobrigado do segredo pela parte interessada (art. 207 do Código de Processo Penal<sup>11</sup>) – tem sua liberdade de crença claramente violada (art. 5º, VI, da Constituição Federal<sup>12</sup>), mormente se observado o Cân. 983 do Código de Direito Canônico (PORTUGAL, 1983)<sup>13</sup> – que prescreve a inviolabilidade do sigilo sacramental.

Assim, entende-se que deve ser adotada a distinção clássica (ilegítimas e ilícitas) e aplicar-se às provas ilegítimas a disciplina das nulidades, ou seja, valorar o grau da violação para determinar se consiste em nulidade absoluta, relativa ou mera irregularidade.

Quanto à admissibilidade das provas ilícitas, adianta-se que haverá tópico apartado a destrinchar as teorias.

### 3.2 ILICITUDE DA PROVA POR DERIVAÇÃO

O princípio da contaminação da prova subsistia ainda antes das alterações promovidas pela Lei n. 11.690/08, que disciplinou o assunto. Isso porque sustentava-se como corolário do princípio da legalidade, sob o argumento de que a inexistência jurídica da prova ilícita causaria vício de origem aos elementos probatórios que provocou, de modo que estes também deveriam ser considerados ilícitos.

Útil para alcançar a conclusão acima é a tese de aplicação da tipicidade ao direito processual penal, segundo a qual a gravidade do vício de determinado ato pode promover a atipicidade processual em duas classes: “atos irregulares, propriamente ditos, para os quais o ordenamento não estabelece sanção” e “atos nulos, para cuja irregularidade existe uma sanção que é a sanção de nulidade (relativa ou absoluta [inexistência])” (AVOLIO, 2012, p. 86)

---

<sup>11</sup> Art. 207. São proibidas de depor as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho. (BRASIL, 1941)

<sup>12</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...];

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

<sup>13</sup> Cân. 983 - § 1. O sigilo sacramental é inviolável; pelo que o confessor não pode denunciar o penitente nem por palavras nem por qualquer outro modo nem por causa alguma.



Ainda, necessária a leitura do excerto abaixo:

Retomando-se a teoria da tipicidade – concebida em relação ao Direito Penal, de onde é possível extrair que a conduta que não se insere no tipo é juridicamente inexistente –, as provas ilícitas, porque consideradas inadmissíveis pela Constituição, não são por esta tomadas como provas. Trata-se de não ato, não prova, de um nada jurídico, que as remete à categoria da inexistência jurídica. (AVOLIO, 2012, p. 89)

Conforme aponta Noberto Avena (2015, p. 480-481), raciocínio análogo ocorria mediante a aplicação do art. 573, § 1º, do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), segundo o qual “a nulidade de um ato, uma vez declarada, causará a dos atos que dele diretamente dependam ou sejam consequência”.

A esta apertadíssima síntese reúne-se a doutrina dos frutos da árvore envenenada, cujo nascedouro reporta-se ao *common law* norte-americano, mais especificamente aos julgamentos *Silverthorne Lumber v. United States* de 1920 e *Nardone v. United States* de 1939 (ROSA, 2017, p. 739).

A primeira decisão trouxe diretrizes iniciais da teoria, com a assertiva de que “a essência da proibição de aquisição de provas por determinada forma não é meramente impedir que seja utilizada perante a Corte, mas evitar seu uso em absoluto” (ESTADOS UNIDOS, 1920, tradução nossa).

Ora, veja-se que o impedimento absoluto do uso da prova ilícita corresponde a sua inexistência (nulidade absoluta), o que corrobora o supracitado teorema exposto por Avolio.

Apoiado no antecedente, o segundo acórdão cunhou a expressão *fruit of the poisonous tree* – em português, “frutos da árvore envenenada” –, para estabelecer que a inadmissibilidade da prova colhida em interceptação telefônica ilícita aplica-se também “às provas obtidas mediante o uso das informações recebidas de conversas [ilicitamente] interceptadas” (ESTADOS UNIDOS, 1939, tradução nossa).

Do caso específico, extrai-se a regra geral da teoria: a informação colhida por meio ilícito contamina as diligências dela decorrentes, ou seja, é ilícita a prova cujo método de obtenção seja proveniente de informações ilícitas, por força de vício em sua origem.

Aliás, Tourinho Filho (2012, p. 573) reconhece que as diligências aparentemente legais, mas embasadas em informações obtidas ilicitamente, são contagiadas pela mácula em sua raiz e, assim, igualmente ilícitas, nos moldes da teoria norte americana supracitada.

Nesse sentido são os ensinamentos de Alexandre Morais da Rosa (2017, p. 739):

[...] a Corte Suprema Americana, no julgamento *Nardone vs. United States*, estabeleceu a teoria do fruto da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*), segundo a qual a contaminação se estende às provas sucessivas que nasceram de algo envenenado. Por exemplo, caso tenha sido deferida interceptação telefônica fora dos requisitos legais e se descoberto caso de corrupção, mesmo assim, diante do modo em que o Estado descobriu a conduta, em desconformidade com as normas constitucionais (ausência de motivação da decisão autorizatória), inexistente possibilidade de punição porque as condutas ilegais, as relações obtusas, tudo, estaria contaminado.

O panorama fornece uma estrutura histórica e teórica ao tema, disciplinado no Código de Processo Penal com as da Lei n. 11.690/08 (BRASIL, 2008):

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

**§ 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.**

**§ 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.**

§ 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.

O primeiro parágrafo cuida exatamente de vedar no processo as provas derivadas das ilícitas – em congruência à teoria dos frutos da árvore envenenada –, bem como de apresentar exceções à regra, as quais são também apropriações do direito norte-americano.

Salienta-se que, antes mesmo da regulamentação infraconstitucional, a melhor doutrina e jurisprudência já preconizava a contaminação das provas:

Na posição mais sensível às garantias da pessoa humana, e conseqüentemente mais intransigente com os princípios e normas constitucionais, a ilicitude da obtenção da prova transmite-se às provas derivadas, que são, assim, igualmente banidas do processo (GRINOVER, 2007, p. 163 apud RANGEL, 2015, p. 482)

Do Supremo Tribunal Federal:

[...] A QUESTÃO DA DOUTRINA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA ("FRUITS OF THE POISONOUS TREE"): A QUESTÃO

DA ILICITUDE POR DERIVAÇÃO. - Ninguém pode ser investigado, denunciado ou condenado com base, unicamente, em provas ilícitas, quer se trate de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude por derivação. Qualquer novo dado probatório, ainda que produzido, de modo válido, em momento subsequente, não pode apoiar-se, não pode ter fundamento causal nem derivar de prova comprometida pela mácula da ilicitude originária. - A exclusão da prova originariamente ilícita - ou daquela afetada pelo vício da ilicitude por derivação - representa um dos meios mais expressivos destinados a conferir efetividade à garantia do "due process of law" e a tornar mais intensa, pelo banimento da prova ilicitamente obtida, a tutela constitucional que preserva os direitos e prerrogativas que assistem a qualquer acusado em sede processual penal. [...] (RHC, rel. min. Celso de Mello) (BRASIL, 2007)

Portanto, a Lei n. 11.690/08 apenas trouxe para a legislação geral aquilo que já se extraía da norma constitucional.

No que concerne às mitigações da regra, dispostas na segunda parte do art. 157, § 1º, do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941)<sup>14</sup>, verifica-se que se assemelham àquelas consagradas pela Suprema Corte dos Estados Unidos: as doutrinas da fonte independente e da descoberta inevitável.

De pronto, observa-se que todas objetivam eliminar o nexos causal entre a prova ilícita e aquela dela decorrente.

A primeira exceção emerge do julgamento *Murray v. United States* (ESTADOS UNIDOS, 1988), no qual agentes públicos ingressaram sem autorização legal em uma residência alvo de suspeitas, hipótese em que apreenderam drogas. A fim de legalizar este material probatório, os policiais requereram mandado judicial, que foi concedido, apenas com base em elementos de investigação anteriores à busca ilícita.

Diante do cenário exposto, a Suprema Corte dos Estados Unidos declarou lícitas as provas colhidas, sob o argumento de que apreensão de drogas naquela casa ocorreria por via independente à busca ilícita, qual seja, a concessão da autorização mediante a análise apenas dos elementos pré-constituídos (LOPES JUNIOR, 2014 p. 615).

Caso emblemático de aplicação da segunda ressalva é o de *Nix v. Williams* (ESTADOS UNIDOS, 1984): o acusado de assassinar uma criança havia escondido seu corpo, razão pela qual foi organizada uma busca no município com a participação de cerca de 200 voluntários.

---

<sup>14</sup> Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexos de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras. [...];

Ocorreu que, sob coação, o suspeito confessou a localização do cadáver, a caracterizar a ilicitude de importante prova da materialidade. Todavia a acusação teceu a tese de que o corpo seria inevitavelmente descoberto, haja vista que, conforme a programação organizada, o esconderijo se localizava em uma das próximas zonas de vistoria do grupo de voluntários. A Suprema Corte admitiu a argumentação ao concluir que a prova certamente seria obtida por método lícito e alheio à confissão ilícita (LOPES JUNIOR, 2014 p. 615-616).

Em que pese tais doutrinas mitigatórias estarem positivadas no Código de Processo Penal, Alexandre Morais da Rosa (2017, p. 737-738) alerta que sua aplicação não possui respaldo constitucional. Isso porque no Brasil a inadmissibilidade de provas ilícitas fundamenta-se em dispositivo expresso e absoluto da Constituição Federal, enquanto no *common law* norte-americano tal prescrição é exegese de cláusulas gerais.

Outrossim, Aury Lopes Jr. (2014) critica a expansão da discricionariedade do magistrado, provocada pela falta de regras de exclusão claras e pelo acúmulo de subjetividade judicial.

Dessa forma, em combate ao decisionismo, propõe:

[...] uma inversão completa do tratamento do nexos causal em relação àquele empregado pelos tribunais, em que a prova somente é anulada por derivação se ficar inequivocamente demonstrada a contaminação, admitindo-se todo tipo de ginástica argumentativa para “salvar” a prova (contaminada). Defendemos exatamente o oposto: salvo se ficar inequivocamente demonstrada a independência, as provas subsequentes deverão ser anuladas por derivação. (LOPES JUNIOR, 2014, p. 619)

Na mesma toada, Rangel (2015, p. 485) sustenta que as alterações trouxeram ao magistrado, mediante a formulação de exceções baseadas em conceitos vagos, o poder de decidir o que será prova ilícita por derivação, em nítida diminuição da norma constitucional, que prevê, sem exceções, a inadmissibilidade da prova ilícita.

Em contrapartida, Eugenio Pacelli (2016, p. 368-369) aduz que as exceções positivadas pela Lei n. 11.690/08 evitam um cenário de impunidade, motivado pela declaração absoluta de ilicitude de todos os elementos derivados de provas ilícitas. Assim, sugere o critério da proporcionalidade para ponderar os interesses envolvidos, em juízo de adequabilidade.

Em defesa das mitigações, Reis e Gonçalves (2017, p. 277) sustentam que a ilicitude só deve contaminar a prova indiretamente dela derivada quando a relação de causalidade,

entoadada como *conditio sine qua non*, for inequívoca – o que não parece ser o posicionamento mais prudente.

A seu turno, autores como Távora e Alencar (2016, p. 628-629) reforçam as limitações à doutrina dos frutos da árvore envenenada, por meio de linha argumentativa típica da aplicação do princípio da proporcionalidade, sem, contudo, uma análise aprofundada de sua adequação ao ordenamento pátrio. Criticam, entretanto, a amplitude concedida pela reforma aos conceitos da “descoberta inevitável” e “fonte independente”, sob o argumento de que a consequente subjetividade fragiliza em demasia a garantia constitucional.

Malgrado o combate de parte da doutrina contra a aplicação no ordenamento pátrio das teorias da descoberta inevitável e da fonte independente (art. 157, §§ 1º e 2º, do Código de Processo Penal), observa-se que, até eventual declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, elas serão empregadas no processo penal brasileiro, de modo que apresenta-se como mais frutífero a este trabalho a adoção de um método de interpretação dos dispositivos – em vez do confronto direto.

Na sequência, adere-se à acepção segundo a qual as exceções à contaminação só devem ser reconhecidas caso devidamente provadas pela acusação, ou seja, ao órgão da acusação cabe a carga probatória da quebra donexo causal entre a prova ilícita e as dela decorrentes (ROSA, 2017, p. 744).

### 3.3 ENCONTRO FORTUITO

Observa-se que a decisão judicial autorizadora de uma medida probatória em detrimento de direitos fundamentais deve ser motivada, ou seja, precisa ter respaldo em mínimos indícios.

Por exemplo, a busca e apreensão pode ocorrer quando “fundadas razões a autorizarem” (art. 240, § 1º, do Código de Processo Penal) (BRASIL, 1941), enquanto para interceptação telefônica pressupõe-se a existência de “indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal” (art. 2º, I, da Lei n. 9.296/96) (BRASIL, 1996).

Em outras palavras, a razão de ser da diligência está limitada àquilo que se conhece ou justificadamente suspeita – por meio de um lastro probatório mínimo –, pois, de outra sorte, todos teriam suas garantias violadas sem pretexto nenhum – aproximando-se de moldes autoritários.

Assim, é preciso ter em mente que o ato investigativo não pode ser irrestrito, em verdade, deve ser bem delimitado para que a garantia preterida seja prejudicada apenas na medida essencial para a satisfação da finalidade da investigação. Isso porque a regra é o respeito aos direitos fundamentais.

Aliás, a busca e apreensão e a interceptação telefônica têm, em sua legislação de regência, dispositivos que exigem da decisão autorizadora a indicação de, respectivamente, “os motivos e os fins da diligência” (art. 243, I, do Código de Processo Penal) (BRASIL, 1941) e “a situação objeto da investigação” (art. 2º, parágrafo único, da Lei n. 9.296/96) (BRASIL, 1996).

Em consonância, Alexandre Morais da Rosa (2017, p. 745) define que “a premissa é a de que o deferimento de medidas cautelares flexionadoras dos direitos fundamentais são excepcionais e estão limitadas ao objetivo e causa do deferimento”.

Diante dessas considerações, delimitam-se algumas diretrizes ao subsequente exame do encontro fortuito.

Durante a execução de um ato investigativo, não é raro que as autoridades públicas esbarrem em indícios de delitos que não constituem o fim ou objeto da determinação judicial. Isso ocorre quando, por exemplo, no curso de uma interceptação telefônica autorizada para investigar um esquema de estelionatos, descobre-se a prática de tráfico de drogas. Eis o encontro fortuito.

Em que pese ainda resistente dissonância doutrinária, ambas as Cortes Superiores optaram pelo princípio da serendipidade, isto é, admitiram as provas obtidas dessa forma.

Todavia, a jurisprudência carece de delimitação clara das hipóteses de cabimento do princípio, razão pela qual persistem as divergências, sobretudo quanto ao provável requisito da relação entre o crime objeto do ato investigativo e o delito sobre o qual os elementos encontrados fortuitamente versam.

No Superior Tribunal de Justiça, há julgados disciplinando que é necessária a relação entre os crimes:

*HABEAS CORPUS. CORRUPÇÃO ATIVA. 1. SERENDIPIDADE DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. POSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. PRORROGAÇÕES SUCESSIVAS MOTIVADAS E PROPORCIONAIS. IMPRESCINDIBILIDADE PARA O PROSSEGUIMENTO DAS INVESTIGAÇÕES. 2. PRORROGAÇÃO COM BASE EM INDÍCIOS DE CRIME PUNIDO COM DETENÇÃO. ILEGALIDADE. INEXISTÊNCIA. CRIMES CONEXOS. 3.*

PRORROGAÇÃO SUPERIOR À TRINTA DIAS. RAZOABILIDADE. INVESTIGAÇÃO COMPLEXA. 4. ORDEM DENEGADA.

[...]

2. Durante a interceptação das conversas telefônicas, pode a autoridade policial divisar novos fatos, diversos daqueles que ensejaram o pedido de quebra do sigilo. Esses novos fatos, por sua vez, podem envolver terceiros inicialmente não investigados, mas que guardam relação com o sujeito objeto inicial do monitoramento. Fenômeno da serendipidade.

[...]

7. *Habeas corpus* denegado.

(HC n. 144.137/ES, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze) (BRASIL, 2012).

No entanto, a mesma Corte já decidiu em sentido contrário, extrai-se da íntegra:

A interceptação telefônica vale não apenas para o crime investigado inicialmente mas também para outros até então não identificados que se relacionem, de alguma forma, com as pessoas que sofrem a interceptação. Nessa hipótese, deve-se iniciar investigação à parte para apurar os fatos novos [...].

[...] a prova é admitida para pessoas ou crimes diversos daquele originalmente perseguido, ainda que não conexos ou continentes, desde que a interceptação seja legal. (Ação Penal n. 690/TO, rel. Min. João Otávio de Noronha) (BRASIL, 2015).

Mais: REsp n. 1.465.966/PE, rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. em 10/10/2017, DJUe de 19/10/2017.

Por sua vez, o Supremo Tribunal Federal aparentemente não se manifestou sobre o alcance do instituto, ao menos não claramente.

Para consulta: AI n. 626.214 AgR/MG, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. em 21/9/2010, DJUe de 8/10/2010; e HC n. 137438 AgR/SP, rel. Min. Luiz Fux, j. em 26/5/2017, DJUe de 20/6/2017.

Por sua vez, sobre a validade da informação obtida por encontro fortuito, a doutrina usualmente elege um dos três caminhos elencados por Alexandre Morais da Rosa (2017, p. 746): “a) vale sem maiores indagações; b) somente vale se houver vinculação causal; e, c) o material obtido serve como *notitia criminis* para novas investigações”.

Na primeira corrente prevalece o interesse público e a busca pela verdade real. Nessa ordem posiciona-se Fernando Capez (2012, p. 387), sob a justificativa de que a impossibilidade de a autoridade adivinhar o teor das descobertas futuras e a aparente licitude do ato investigativo, por ser autorizado, impõem a admissão irrestrita do elemento colhido fortuitamente.

A seguir, a segunda compreensão é restritiva e estabelece como requisito de validade a relação entre os delitos. Das lições de Vicente Greco Filho (2012) sobre interceptações telefônicas, colhe-se que os elementos obtidos em encontro fortuito podem ser utilizados como prova quando atinentes a delitos que se relacionem com o objeto inicial da medida probatória, de forma a ensejar o concurso, a continência ou a conexão.

Alexandre Morais da Rosa (2017, p. 746-747), como de costume, amplia os horizontes da discussão:

O encontro fortuito se dá antes da obtenção do objeto do mandado de busca e apreensão. Obtido, deve-se cessar a diligência. O que se encontrar depois está sem o manto da exceção da privacidade e intimidade, modalidade de “fishing expedition”. O excesso no cumprimento das medidas cautelares pode contaminar o elemento encontrado. Prevalece a necessidade de comprovação, por parte do Estado, de nexos de causalidade entre o objeto da medida e os elementos amealhados. A vinculação causal deveria estar limitada pela própria decisão. Se a decisão não limita, toda a apreensão é ilegal, daí a importância de também a acusação se preocupar com motivação idônea. O que gravitar em torno da “situação investigada”, estará atraído pela medida pela conexão.

Impende adiantar acerca da mencionada pescaria probatória (*fishing expedition*) – a ser esmiuçada em seu respectivo tópico – que consiste em “uma investigação especulativa indiscriminada, sem objetivo certo ou declarado, que ‘lança’ suas redes com a esperança de ‘pescar’ qualquer prova, para subsidiar uma acusação futura” (SILVA, 2017).

Por fim, a terceira perspectiva sustenta que o fruto de encontro fortuito deve dar início a uma nova investigação, a qual poderá desencadear uma ação penal, para examinar a hipótese de desvio de finalidade e o nexos causal (ROSA, 2017, p. 747).

Em outras palavras, as informações estranhas ao objeto da medida probatória devem funcionar como notícia-crime, mas não como provas.

Nesse norte, Luiz Flávio Gomes (2009) propõe que, nos fatos não conexos, os elementos fortuitamente encontrados não sejam valorados pelo magistrado, mas tão somente utilizados como *notitia criminis*, enquanto, nos fatos conexos, a prova tem valor jurídico, de modo a conduzir à condenação – em sintonia à segunda opção doutrinária exposta.

Em desdobramento das considerações de Aury Lopes Jr. (2014, p. 599-606) sobre o tema, propõe-se que, independente do rótulo elegido, a cautela seja máxima na admissão das informações fortuitamente coletadas.



Isso porque a legitimidade do processo penal no Estado Democrático de Direito pressupõe que traços autocráticos ou inquisitivos sejam minimizados – ou até extintos. Condição que só pode ser alcançada/mantida caso as exceções flexibilizadoras de direitos fundamentais sejam vistas – e aplicadas – como tais.

Assim, caso se entenda que é do interesse público a utilização de elementos fortuitamente encontrados para fundamentar condenações, solicita-se que, ao menos, a operação seja feita com extrema cautela, sob pena de banalizar a restrição de direitos individuais em detrimento do “bem maior”.

Tem-se, entretanto, como mais democrática a escolha garantista, na qual o princípio da especialidade norteia a produção probatória, de sorte que o fruto de encontro fortuito deve ter, para ser válido, relação causal com o objeto do ato investigativo (LOPES JUNIOR, 2014, p. 602-603).

Nesse cenário, imprescindível que se distinga o encontro fortuito de informações (cuja condição de validade jurídica é o nexos causal entre os fatos) da descoberta de elementos que constituam crimes por si sós, haja vista que os últimos são os casos de prisão em flagrante e crime permanente (LOPES JUNIOR, 2015).

Conclui-se o tópico com o lembrete de que o judiciário funciona, mediante juízo de necessidade e adequação, como limitador dos excessos da pretensão punitiva estatal.

### 3.4 TEORIAS DE ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA

Esmiuçadas as distinções entre provas ilícitas e ilegítimas, bem como os principais aspectos incidentais, necessário aclarar sobre as diversas teorias de admissão das provas ilícitas.

#### **3.4.1 Admissibilidade processual da prova ilícita**

Em princípio, diversas correntes doutrinárias defenderam a admissibilidade de provas ilícitas no processo, normalmente orientadas pela busca da verdade real. Contudo, atualmente, os adeptos desta diretriz são minoritários, sobretudo no Brasil.

Em regra, tal teoria parte da premissa de que a violação de normas materiais para a obtenção de provas impõe apenas a sanção específica correspondente no campo do direito material. Isso sob o argumento de que as provas ilegítimas possuem sanção de natureza processual, a qual pode incluir sua exclusão.

Justificava-se que, em atenção a autonomia do direito processual, apenas a violação de normas processuais poderia inviabilizar a admissão de provas; ao passo que a violação de norma material deveria repercutir em seu próprio sistema, mediante a apuração do ato que deu causa a ilicitude (ARANHA, 2008, p. 63-64).

Representante desta corrente é Franco Cordero, que cunhou a expressão *male captum, bene retentum* (mal colhida, porém bem produzida) (ARANHA, 2008, p. 63). Segundo o autor (CORDERO, 2000 apud LOPES JUNIOR, 2014, p. 609), a prova deve ser sempre admitida no processo, salvo se houver alguma norma processual que a exclua.

Assim, verifica-se que tal corrente restringe a admissibilidade da prova ao exame de sua legitimidade. Por essa razão, alça a prova a um pedestal, do qual apenas previsão instrumental específica tem o condão de derrubar, bem como torna a persecução penal cega às ilicitudes que podem a permear.

### **3.4.2 Inadmissibilidade absoluta**

Diametralmente opostos estão aqueles que defendem a leitura literal da norma constitucional do art. 5º, LVI (BRASIL, 1988): “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

A tal entendimento filia-se a ministra Maria Thereza Rocha de Assis Moura, que tece sua argumentação na obra “A ilicitude na aferição da prova e sua aferição”, com fulcro nas lições de Ada Pellegrini Grinover (1992) esmiuçadas alhures. A Togada esclarece que as normas constitucionais cujos atos violadores resultam em provas ilícitas possuem natureza de garantia fundamental, de modo que abrangem valores coletivos – como a ordem pública e o devido processo legal – e impõem a nulidade absoluta, ou inexistência jurídica, do ato probatório ilícito.

Importante crítica é apresentada por Aury Lopes Jr. (2014, p. 609-610), no sentido de que tal posicionamento tem a pretensão de estabelecer uma razão universal – insubsistente na atualidade –, que extinguiria a possibilidade de ponderação em casos cuja contingência e complexidade a exigiriam.

### 3.4.3 Admissibilidade da prova ilícita pelo princípio da proporcionalidade

A fim de atenuar a inadmissibilidade absoluta das provas ilícitas, há correntes doutrinárias minoritárias que adotam o princípio da proporcionalidade para sopesar os interesses e direitos conflitantes.

Em linhas gerais, a teoria propõe que a prova obtida mediante violação de norma constitucional seja admitida, excepcionalmente, nos casos em que sua utilização seja indispensável para assegurar outros valores fundamentais, desde que avaliados como mais importantes do que aqueles violados no momento de obtenção do elemento probatório (MOURA).

Assim, flexibiliza-se a inadmissibilidade das provas ilícitas por meio da ponderação entre o interesse da coletividade e as garantias tuteladas pela exigência de lícita produção probatória – as quais vão além dos direitos individuais, pois, como visto alhures, incluem os valores do devido processo legal e da ordem pública. É a aplicação da proporcionalidade *pro societate*.

Em defesa da teoria, Norbeto Avena (2015) expõe que a busca da verdade real e a segurança da coletividade, prevista no art. 5º da Carta Magna, impõem a admissão da prova ilícita para satisfazer a pretensão punitiva estatal contra crimes de mal coletivo.

Antes de outros exames, útil questionar-se: “O Estado cria as regras proibitivas, as normas processuais e depois ainda quer flexibilizar em seu favor o sentido?” (ROSA, 2017, p. 300)

Sobre o tema, Aury Lopes Jr. (2015) sustenta tratar-se de grave retrocesso a utilização de um conceito jurídico indeterminado – e, portanto, manipulável – para limitar direitos fundamentais. O que é evidenciado ao ter-se em vista que a cláusula constitucional de inadmissibilidade das provas ilícitas nem sequer prevê exceções.

Na mesma diretriz, Alexandre Morais da Rosa (2017, p. 299-301) alerta sobre a utilização da proporcionalidade como mero recurso teórico, apto a fundamentar decisões de toda sorte. Ademais, aduz que juízos emitidos sob a justificativa da preponderância do interesse público sobre direitos fundamentais não podem coexistir com a lógica do Estado Democrático de Direito.

Por consequência, o autor conclui que:

Acolher a proporcionalidade em favor do Estado, além de erro democrático, serve de incentivo a práticas ilegais por parte dos agentes estatais. A razão forte da regra de exclusão é a que se evite no futuro, violações legais, apurando-se os crimes dentro das regras de obtenção e produção. Pensar o contrário é transformar as garantias constitucionais em promessas de amor lançadas ao vento. (ROSA, 2017, p. 745)

Interessante anotar que malgrado a segurança da coletividade estar de fato prescrita no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal<sup>15</sup>, ela está condicionada aos “termos seguintes”, nos quais inclui-se a inadmissibilidade da prova ilícita. Construção absolutamente plausível, tendo em vista que a segurança coletiva deve ser compreendida não só como contenção da criminalidade, mas como manutenção e proteção de direitos fundamentais frente a quaisquer espécies de abusos – sobretudo aos autoritários, decorrentes da incauta justificativa da preponderância do interesse público.

Nesse ponto, fundamental a crítica de Luiz Francisco Torquato Avolio (2017, p. 299-301), no sentido de que, pressuposta a superação do dogma da verdade real, deve vigorar no processo penal o enfoque da liberdade, de forma que a extrema subjetividade do preceito da proporcionalidade oferece inegável perigo à ordem pública – haja vista sua utilização descomedida por parte do judiciário –, hipótese em que surge a necessidade de mitigar a amplitude do princípio, por meio da determinação de critérios de aplicação.

O autor traz, ainda, interessante ponderação proposta por Cappelletti (1973 apud AVOLIO, 2012), segundo a qual a utilização do princípio em comento deveria reservar-se a casos realmente extraordinários, nos quais a inadmissão da prova ilícita causaria resultados absurdamente repugnantes.

#### **3.4.4 Admissibilidade da prova ilícita *pro reo***

Amplamente aceita pela jurisprudência e doutrina é a admissão de provas ilícitas cuja valoração seja determinante para revelar a inocência do réu, pelo princípio da proporcionalidade ou pela exclusão de ilicitude.

---

<sup>15</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...].

No primeiro caso, há ponderação entre a liberdade do inocente e o direito violado no momento de obtenção da prova, de forma que o meio ilícito utilizado deve ser moderado, pois inviável acolher, por exemplo, o elemento probatório extraído pela tortura.

Esta é a percepção de Antônio Magalhães Gomes Filho (1997, p. 106):

No confronto entre uma proibição de prova, ainda que ditada pelo interesse de proteção a um direito fundamental e o direito à prova da inocência parece claro que deva este último prevalecer, não só porque a liberdade e a dignidade da pessoa humana constituem valores insuperáveis, na ótica da sociedade democrática, mas também porque ao próprio Estado não pode interessar a punição de um inocente, o que poderia significar a impunidade do verdadeiro culpado; é nesse sentido, aliás, que a moderna jurisprudência norte-americana tem afirmado que o direito à prova de defesa é superior. Em verdade, parte da doutrina desenvolveu outra razão para admissão de provas ilícitas em favor do réu, qual seja, a exclusão de ilicitude.

Dos ensinamentos de Ada Pellegrini Grinover e Scarance Fernandes (2001, p. 137) extrai-se que a aplicação da proporcionalidade para admitir provas ilícitas em prol da absolvição do inocente é medida corroborada pelo direito de defesa e princípio do *in dubio pro reo*.

Anota-se que a prova admitida por esse critério ainda é classificada como ilícita, razão pela qual não pode ser utilizada em outros processos com fins diversos da absolvição.

Na segunda hipótese a prova deve ser produzida pelo próprio acusado (CARVALHO, 1993 apud MOURA), assim causando a exclusão da ilicitude do ato de obtenção da prova pelas circunstâncias da legítima defesa e do estado de necessidade (RANGEL, 2015, p. 487).

Nesse caso, o elemento probatório não é classificado como ilícito para posteriormente ser admitido em situação excepcional, pelo princípio da proporcionalidade. Em verdade, ele é lícito desde seu nascimento, haja vista que sua obtenção ocorreu amparada pelo direito.

Na mesma linha segue Norbeto Avena (2015, p. 486):

Observamos que a consideração no sentido de que a legítima defesa ou o estado de necessidade, uma vez configurados, afastam, em determinadas circunstâncias, a ilicitude da prova não contraria o princípio geral de que a prova ilícita é uma prova que nasce morta, não podendo ser ressuscitada. Ocorre que, presentes tais excludentes, na medida em que afastam a ilicitude da prova produzida sob seu amparo, também impedem, via de consequência, que a prova seja ilícita, vale dizer, nasça morta. Em síntese, nesses casos, a prova não chega a atingir a condição de ilícita em virtude do contexto em que produzida.

Frequentemente a doutrina utiliza como exemplo o caso em que o acusado colhe prova de sua inocência ao interceptar ligação telefônica sem autorização judicial (RANGEL, 2015, p. 487; ROSA, 2017, p. 745).

Vale ponderar que a exclusão da ilicitude da prova só aproveita àquele que a obteve para demonstrar sua inocência, ou seja, o elemento probatório será considerado lícito, em razão das excludentes da legítima defesa e do estado de necessidade, apenas quando utilizado para o fim pelo qual foi colhido.

Isso quer dizer, ainda, que a prova cuja ilicitude foi excluída não pode ser utilizada em outros processos com fins diversos, tais qual a condenação de outrem (LOPES JUNIOR, 2014, p. 612-613).

#### 4. O VELHO E O MAR

Por ora, talvez o homem tenha dominado a natureza, todavia, para tanto, precisou inserir-se em um novo meio, com o qual agora se digladiava. Nesse recente duelo, é a tecnologia que substituiu a natureza, uma vez que propicia, tal qual sua antecessora, diversos benefícios e prejuízos ao ser humano.

Na era da informação, as tecnologias despertam a tendência mundial à socialização, tudo na rede se compartilha e, assim, vidas íntimas tornam-se livros abertos, uma vez que as mais famosas redes sociais se aproximam do formato de um diário – seja fotográfico, textual ou misto –, sem, contudo, a tônica da confidencialidade.

É certo que não se voltará atrás, as oportunidades de fugir de sua realidade momentânea, de estar em contato permanente com pessoas queridas e de sentir-se alvo de boas impressões são prazeres universais e atemporais – outrora atendidos, por exemplo, mediante a literatura, correspondência e moda –, os quais foram extremamente facilitados pela modernização.

É possível afirmar que os principais meios atuais de socialização consistem em grandes simplificadores de construção de reputação, isso porque neles se escolhe, em regra, o que irá a público, de modo que o usuário elege aquilo que lhe dará algum crédito em seu grupo. Afinal, “o principal móvel de que se originam as ações do homem, a regra mediante a qual se conduzem e o fim a que se dirigem parecem ser o crédito e a reputação, e aquilo que evitam a qualquer custo é, em maior parte, vergonha e desgraça” (LOCKE, 2012, p. 34).

Como facilitadora desse propósito, a tecnologia torna-se a mula do homem a ponto de ser essencial para integralizá-lo na sociedade. Por conseguinte, manifesta sua onipotência e a inevitabilidade de seu avanço.

Por outro lado, traída por seus próprios senhores e sobrevivente do *coup de grâce* dos canais de comunicação em massa, caminha cambaleante a privacidade. Resistente porque ainda desejada, haja vista que até mesmo os mais devotos tripulantes do “Náutilus” desta era, às vezes clamam pela solidão e ancestral individualidade.

Diante dessa breve digressão sobre a sociedade atual, nascem questionamentos sobre a relação do universo jurídico, que tutela a privacidade, com as inovações tecnológicas.

#### 4.1 DIREITO À PRIVACIDADE

Em atenção às lições de Canotilho (2000, p. 1124), consigna-se que o ordenamento jurídico deve ser composto por princípios e regras, os quais são espécies do gênero “norma”. A primeira é mais abstrata e tem o condão de irradiar valores que estruturam todo o ordenamento jurídico, enquanto a segunda é de aplicação direta.

Não são de hoje as lições que atribuem aos princípios jurídico-constitucionais – conforme terminologia empregada por José Afonso da Silva (2002, p. 93) – certo grau de abstração. Nesse sentido, extrai-se dos ensinamentos de Norberto Bobbio (1997, p. 232) que princípios são “as diretivas de caráter geral e fundamental” sobre as quais se constitui o ordenamento jurídico.

Nesse passo, vale salientar que a privacidade compõe elemento essencial à sociedade da dignidade, nas palavras de Stefano Rodotà (2008, p. 234).

Tendo como base o entendimento de José Afonso da Silva (2002, p. 205), infere-se que o constituinte brasileiro assegurou a privacidade e a esfera privada (art. 5º, X, da Constituição Federal) como expressões da inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (*caput* do mesmo dispositivo constitucional) – valores os quais constituem, por certo, a dignidade humana.

Feito este breve esforço inicial para demonstrar que o princípio – abstrato – da dignidade da pessoa humana abriga o direito à privacidade, viabiliza-se a análise da progressão do conceito.

Durante a idade média inexistia consciência de privacidade, apenas percebia-se que alguns podiam se isolar quando desejavam, notadamente os senhores feudais e eremitas. Posteriormente, no século XVI, a evolução urbana evidenciou a separação de classes sociais por meio do desenvolvimento da arquitetura, o que estimulou o anseio por isolamento (MACHADO, 2014, p. 341).

No final do século XVII, alguns pensadores já desenvolviam algumas noções de privacidade, apesar de sob outro gênero: “A liberdade consiste em [...] não estar sujeito à vontade arbitrária de outra pessoa, mas seguir livremente a sua própria vontade” (LOCKE, 1998, p. 433-434).

De modo semelhante, ao dissertar sobre a natureza dúplice da liberdade, Kant (2003, p. 63) estabeleceu que, em sentido negativo, a liberdade abrange o livre arbítrio humano, de tal forma que as escolhas não sejam determinadas – mas influenciadas – por impulsos externos: é



a liberdade de não intromissão. Em sentido positivo, corresponde à autonomia humana, ou seja, à essência de o homem tomar decisões sobre sua vida por si só.

No século XIX, John Stuart Mill (1991, p. 53) firmou que: “Na parte que diz respeito unicamente a ele próprio, a sua independência é, de direito, absoluta. Sobre si mesmo, sobre o seu próprio corpo e espírito, o indivíduo é soberano”.

Veja-se que, malgrado a proximidade das definições com o que hoje se denomina privacidade, não há menção ao termo e nem sequer a semelhantes – como vida privada ou intimidade (NOJIRI, 2005, p. 99)

O revestimento técnico-jurídico da privacidade provém do artigo norte-americano “*The Right to Privacy*” de autoria de Warren e Brandeis (1890), os quais almejaram estabelecer limites à intromissão midiática na vida privada, nitidamente em defesa de condutas censuráveis que foram divulgadas à época.

Stefano Rodotà (2008, p. 28) decompõe as intenções de Warren e Brandeis:

O primeiro, um conservador de cunho tradicional, mostrava-se interessado somente nos privilégios da alta burguesia, encarando com ressentimento a ação da imprensa à caça de escândalos políticos e mundanos; o outro, liberal-progressista, ainda que preocupado com a privacidade das pessoas de maior projeção, enfatizava o dano que poderia derivar das indiscrições jornalísticas às minorias intelectuais e artísticas, podendo provocar o aumento da impopularidade destas.

Então, inicialmente apresentada como o “direito a ser deixado só”, a privacidade surge de um contexto eminentemente burguês, marcado pela ascensão das grandes concentrações urbanas (MACHADO, 2014, p. 342-343).

Todavia, tal significado é inaplicável atualmente, pois restritíssimo para a infinidade de situações não previsíveis que demandam proteção em prol da dignidade humana (MACHADO, 2014, p. 343).

Rodotà (2008, p. 28) sugere que, em verdade, a privacidade foi idealizada como um instrumento ao “direito a ser deixado só”, de modo que deve ser repensada para além de dicotomias como: “recolhimento” ou “divulgação”; “casa-fortaleza ou casa-vitrine”.

De mais a mais, essenciais são as anotações do autor (RODOTÀ, 2008, p. 26-27) no sentido de que o nascimento da privacidade se deu com a aquisição de propriedades, ou seja, com a separação do local onde se mora do meio coletivo. Assim, mostra-se que o âmago inicial

da privacidade, ao contrário do que muitos pensam, não foi uma demanda diretamente natural do homem, mas, sim, um privilégio adquirido por um grupo.

Na mesma toada, lembra-se que: “privacidade e pobreza são íntima e inversamente relacionados” (BENDICH, 1966, p. 414, tradução nossa).

No mais, Rodotà (2008, p. 30) avança historicamente para apresentar a evolução da privacidade: de sua função inicial de consolidação de privilégios para a sua utilização como instrumento de reação ao autoritarismo e a políticas discriminatórias, haja vista que a falta de proteção a informações pessoais enseja a exposição de grupos minoritários.

Valiosa a ponderação de Danilo Doneda (2006), segundo a qual a gênese do instituto deve ser lembrada, contudo, não deve fundamentar o saudosismo em futuras interpretações que pretendam reaproximar a privacidade da propriedade.

Como visto, espécie de conceito é originário das classes abastadas – senhores feudais e, posteriormente, burgueses –, de modo que é também marcado pela noção de propriedade.

Por outro lado, as intensas transformações sociais e o avanço da tecnologia impuseram a reformulação do significado, tendo como marco importante sua afirmação expressa no art. 12 da Declaração Universal de Direitos do Homem de 1948 (DUDH)<sup>16</sup>.

Ora, não há dúvidas de que os avanços sociais e tecnológicos apresentam novos paradoxos à privacidade, de sorte que “ser deixado só” não é mais suficiente, demandam-se novas acepções.

Assim, diante do advento da sociedade da informação, evidenciada pelos rápidos meios de comunicação e os avançados métodos de coleta e análise de dados, as discussões acerca dos novos rumos da privacidade se intensificaram com notáveis considerações.

É necessário que, por exemplo: garanta-se o direito de não saber; as informações pessoais transitem por vias conhecidas e, sobretudo, permitidas; extrações de dados sejam consentidas, excepcionais e portadoras do mínimo necessário de informações íntimas; etc (RODOTÀ, 2008, p. 109).

Percebe-se que a maioria das hipóteses citadas se aproximam da ideia de proteção de dados, fulcral na era da informação, bem como que são manifestações do poder de controle em detrimento do de exclusão (RODOTÀ, 2008, p. 93).

---

<sup>16</sup> Artigo 12º Ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação. Contra tais intromissões ou ataques toda a pessoa tem direito a protecção da lei.

Aliás, as situações são bem envolvidas pelas tendências identificadas por Stefano Rodotà (2008, p. 97-98):

1. Do direito a ser deixado só ao direito de manter controle sobre as informações que me digam respeito;
2. Da privacidade ao direito à autodeterminação informativa;
3. Da privacidade à não-discriminação;
4. Do sigilo ao controle.

Dentre as quais, aparentemente, a que melhor sintetiza o grupo é a diretriz da autodeterminação informativa, isto é, o direito do indivíduo controlar suas próprias informações, de modo a escolher partilhar ou não sua esfera particular, bem como administrar seus dados pessoais contidos em órgãos públicos ou privados (MACHADO, 2014, p. 346).

Outrossim, cabe gizar, superficialmente, os princípios expostos pelo mesmo autor para nortear a proteção de dados: a) correção; b) exatidão; c) finalidade; d) publicidade; e) acesso individual; e f) segurança.

Ao tema, interessa em especial o da finalidade, o qual se desdobra nos princípios da pertinência (relação entre os dados colhidos e a finalidade perseguida), da utilização não-abusiva (relação entre a finalidade da coleta e a utilização dos dados) e do direito ao esquecimento (eliminação das informações ao não serem mais necessárias) (RODOTÀ, 2008, p. 59).

Ora, espécie de princípio tem como escopo garantir a ofensa mínima ao direito fundamental da privacidade e evitar que indícios eventualmente encontrados acerca de outros delitos – que não constituem a razão da devassa – sejam utilizados para fins diversos – prática semelhante ao *fishing expedition*, cuja incompatibilidade com o processo penal pátrio foi sabiamente exposta por Philippe Benoni Melo e Silva (2017).

Logo, a privacidade não deve se reduzir a um instrumento de defesa da vida privada contra ameaças externas – à semelhança da propriedade com suas ações reivindicatórias –, além disso, deve garantir o amplo controle de dados pessoais na era da informação e, principalmente, perseverar em favor de sua adequação futura.

Com efeito, deve ser constantemente atualizada para prosperar frente novas minúcias inexploradas, as quais serão desencadeadas pelos inevitáveis avanços tecnológicos. Para tanto, faz-se necessário observar a privacidade mais como um direito positivo de controle do que como um direito negativo de exclusão – insustentável diante da dinamicidade contemporânea.

## 4.2 TECNOLOGIA

Passados dois anos do imaginado por Bob Gale em “De volta para o futuro II” (1989), os veículos voadores ainda não são populares, porém, certamente, a realidade atual é tão impressionante quanto a idealizada, haja vista a exponencial intensidade da evolução tecnológica das últimas décadas.

O avanço é inevitável e implacável, as oportunidades são infinitas, mas, infelizmente, as consequências também. A automação apavora classes inteiras de profissionais; o incensurável acervo ilícito de obras disponível na *web* apavora autores; serviços de *streaming* impõem novas regras aos artistas; aplicativos de comunicação instantânea substituem a telefonia; etc.

Geralmente, os grupos favorecidos são diversos daqueles prejudicados por uma tecnologia específica, dessa forma, são travados intensos debates sobre a eticidade e legalidade desses novos recursos.

Entretanto, não se pode assumir que, quando a inovação é majoritariamente acolhida, exime-se de qualquer polêmica. Isso porque seus efeitos sempre vão além do previsto, à semelhança da teoria do caos.

Com o tempo, as discussões são esquecidas ou dirimidas pelo apaziguar dos ânimos, sem uma resolução pontual da sociedade. Assim, os conflitos de valores perpetuam no mundo jurídico, suplicantes por uma solução técnica, mesmo que anterior à consolidação de diretrizes legislativas ou sociais.

Os saltos tecnológicos acontecem também no direito propriamente dito: o processo eletrônico, a intimação por meio digital e as gravações audiovisuais de audiências são exemplos desse fato.

Além desses, há a ascensão dos métodos científicos na investigação criminal, o que desperta especial atenção, por força dos diversos valores em jogo.

Não se trata apenas da contenda entre a pretensão punitiva do Estado e a liberdade do acusado, pois os novos artificios investigativos frequentemente funcionam em detrimento de outras garantias constitucionais. Demais disso, raramente possuem legislação específica, razão pela qual impõem aos pensadores/operadores do direito complexas manobras hermenêuticas.

### 4.2.1 Padrão de credibilidade

Antes de analisar a adequação de um meio probatório tecnológico ao ordenamento jurídico, faz-se necessário verificar se ele é, de fato, científico. Isto é, é preciso estabelecer se é um meio qualificado a fornecer informações confiáveis.

Aflita por questão semelhante, a Suprema Corte do Estados Unidos adotou o padrão Daubert para auferir a admissibilidade de uma prova oriunda de método tecnológico.

Em verdade, tal modelo surgiu mediante emendas à norma 702 das *Federal Rules of Evidence* (ESTADOS UNIDOS, 1975) – que trata da admissão de testemunhos de peritos e de provas científicas – em resposta a três julgados paradigmáticos da referida Corte, nos quais as partes demonstraram a insuficiência da referida regra, com a redação da época, para a admissão de elementos probatórios tecnológicos.

Assim, o denominado padrão Daubert (2011, p. 406) pressupõe, segundo Benjamim Silva Rodrigues:

- 1.º A “testibilidade” ou “comprovação da cientificidade e repetitividade” da teoria ou da técnica (The theory or technique has been or can be tested);
- 2.º A existência de estudos científicos em redor da teoria ou técnica a ser adotada como meio de investigação criminal (The theory or technique has been subjected to peer review and publication);
- 3.º A existência e manutenção de padrões (“standards”) de controle do uso da técnica subjacente a essa teoria científica de conhecimento e investigação criminal (The existence and maintenance of standards and controlling use of the technique);
- 4.º O conhecimento da possibilidade de existir uma margem de erro e a sua aceitação e não turbação do caráter científico da técnica de investigação criminal usada (A known or potential rate of error that is acceptable);
- 5.º A geral aceitação da técnica no seio da comunidade científica (General acceptance of the technique in the scientific community).

Tais fatores são necessários para distinguir a boa ciência da *junk science* e, assim, estabelecer que nem toda “prova” pode ser valorada como tal (ROSA, 2017, p. 755).

### 4.3 EMBATE

O direito não é estático, ele precisa acompanhar os avanços sociais, sob pena de tornar-se inaplicável ao contexto que deveria regular. Por outro lado, não pode ceder ao impressionante, pois antes de abrigar as inovações precisa lhes lançar um olhar crítico, no qual

se verificará a adequação aos princípios do direito e às normas em geral, bem como a possibilidade e necessidade de ponderação daqueles e revogação dessas: sóbrio dinamismo que compete ao judiciário e ao legislativo.

Os primeiros a enfrentarem as questões decorrentes de modernas tecnologias, normalmente, são os aplicadores da lei, uma vez que os mais novos conflitos de interesses, que surgem da multiplicidade de situações do dia-a-dia, são imediatamente submetidos ao judiciário – dada a bem conhecida cultura do litígio. Assim, a primeira resposta do direito a hipóteses não previstas ocorre, amiúde, pela decisão judicial.

Portanto, ampliam-se os indeterminismos de normas gerais para que abranjam tais casos, de forma que a prática interpretativa se dilata enquanto criação do direito. No entanto impende ressaltar que a atividade do juiz não pode exceder os limites semânticos do texto legal, tampouco negligenciar a “moldura” proposta por mandamentos constitucionais (KELSEN, 2006).

De toda forma, verifica-se a urgência de ato do legislativo a disciplinar um novo assunto quando, ausente corrente majoritária na doutrina e jurisprudência, posicionamentos antagônicos correspondam a intensas alterações da prestação jurisdicional.

Cenário no qual decisões demasiadamente incompatíveis são proferidas em casos semelhançíssimos, a depender de concepções internas de cada magistrado, o que torna a absolvição ou condenação resultados de um jogo de azar, definido pela simples distribuição do processo. Em outras palavras, demanda-se intervenção legislativa nas conjecturas de injustiças.

Na sequência, amolda-se ao explanado as intensas controvérsias sobre a recepção de novos elementos probatórios pelo ordenamento jurídico, mormente aqueles em que se flexibilizam garantias constitucionais. Alvo recorrente da atualidade é a privacidade, sensibilizada pelos diferentes tratamentos que recebe: algumas vezes exaltada e outras sacrificada. Como bem identificado por Rodotà (2008, p. 97):

A tecnologia ajuda a moldar uma esfera privada mais rica, porém mais frágil, cada vez mais exposta a ameaças: daí deriva a necessidade do fortalecimento contínuo de sua proteção jurídica, da ampliação das fronteiras do direito à privacidade.

Nessa diretriz, observa-se que a maioria dos métodos de prova decorrentes da tecnologia funcionam em detrimento de uma garantia individual, razão pela qual devem ocorrer excepcionalmente, em juízo de adequação e necessidade, tal qual exposto alhures.

Percebe-se, então, que o embate entre o homem e sua nova natureza – a tecnologia – possui os mais diversos aspectos, desde sua própria adaptação a fervorosos conflitos jurídicos, dentre os quais acentuam-se os tocantes à privacidade, tendo em vista a volatilidade de abordagens dessa garantia e as consequências desastrosas de sua extinção – vistas em experiências autocráticas do século passado e contadas até mesmo em clássicos literários de Aldous Huxley, George Orwell e Ray Bradbury.

#### 4.3.1 Fishing Expedition

Denomina-se *fishing expedition* a prática investigativa de buscar, sem objetivo pré-determinado, informações para embasar futuras acusações. Ocorre quando o investigador utiliza meios aparentemente legais para “pescar” irrestritamente provas sobre crimes diversos daquele que justificou a medida probatória.

Em princípio, a vedação ao *fishing expedition* surgiu em decorrência do direito a não autoincriminação, frente aos abusos das cortes eclesiásticas inglesas, que colhiam o juramento do acusado e, na sequência, inquiriam-no fatos diversos, em espécie de escrutínio (ROSA, 2017, p. 725).

Além disso, lembra-se que a flexibilização de direitos fundamentais deve ser pontual, sob pena de inverter-se a lógica do Estado Democrático de Direito.

Assim, o *fishing expedition* consiste em prática ilícita que afronta a garantia da não autoincriminação e a ordem democrática.

Em mandados de busca e apreensão, a pescaria probatória ocorre quando os limites da motivação do ato de determinação da medida probatória são usurpados, por exemplo: após encontrado o objeto da diligência a varredura continua a fim de encontrar outros indícios de novos delitos (ROSA, 2017, p. 726).

Constata-se, também, o *fishing expedition* nas representações por interceptações telefônicas de prospecção, isto é, antes de indícios mínimos da autoria e materialidade delitivas; bem como na interceptação de um número indeterminado de linhas (SILVA, 2017 apud ROSA, 2017, p. 727).

Já existente em mandados de busca e apreensão e em interceptações telefônicas, a situação torna-se ainda mais comum por força das inovações tecnológicas, que têm altíssimo potencial informativo.

## 5 PERQUIRÇÃO EM DISPOSITIVOS MÓVEIS

Os avanços tecnológicos atingem a todos, em menor ou maior escala, de forma que, naturalmente, aqueles cujas condutas criminosas serão investigadas e submetidas ao crivo do judiciário usufruem também dessas conveniências.

A criminalidade, que sempre avançou, agora prospera em instrumentos modernos, mediante as quais práticas delitivas são arquitetadas e perpetradas rotineiramente. Por outro lado, a sociedade clama pela imaginária “paz pública” e anseia pela punição dos dissonantes.

Assim, os tribunais, influenciados pela inquietação coletiva, procuram dar respostas eficientes para a contenção do crime, apesar das notáveis dificuldades da atividade judicante, sobretudo a precariedade da investigação criminal e produção probatória que impõe decisões baseadas principalmente em provas testemunhais – quando possíveis outras espécies mais esclarecedoras.

Logo, cortes de todo o país têm sufragado a perquirção em dispositivos móveis realizada sem ordem judicial por agentes públicos no momento da prisão em flagrante, tanto ao reconhecer nos depoimentos policiais o valor probatório das informações assim extraídas quanto ao admitir provas colhidas imediatamente em razão dessa devassa.

Não há como dizer que tais decisões são desarrazoadas, pois fundamentadas em precedente do Supremo Tribunal Federal; todavia, com o devido respeito, entende-se que o tema deve ser repensado muito além do referido argumento de autoridade.

### 5.1 DIREITO COMPARADO

Para fornecer alguma referência externa sobre o assunto, interessa examinar, sucintamente, como algum outro país lida com a questão.

Assim, impende explicar acerca das gerações de direito probatório e a resposta da Suprema Corte dos Estados Unidos ao tema em análise. A escolha do país norte-americano decorre de sua crescente influência no processo penal brasileiro e da dificuldade de encontrar a disciplina jurídica do assunto em países de *civil law*.



### 5.1.1 Gerações probatórias

As gerações de direito probatório referem-se aos precedentes estadunidenses de *Olmstead v. United States* de 1928; *Kaltz v. United States* de 1967; e *Kyllo v. United States* de 2001.

No caso de vanguarda sobre admissão de provas em detrimento da privacidade, investigadores norte-americanos instalaram um equipamento de interceptação diretamente nos fios públicos de uma empresa de telefonia, hipótese na qual descobriram planos de violação da Lei Seca de 1919 (ESTADOS UNIDOS, 1919) conduzidos por *Olmstead* (ESTADOS UNIDOS, 1928).

Provocada, a Suprema Corte dos Estados Unidos determinou que a prova era lícita, visto que a medida probatória não havia ingressado na esfera de propriedade do indivíduo (KNIJNIK, 2016, p. 85), mas se restringido apenas a uma coisa (voz por meio de sinais emitidos através dos fios públicos), de modo que ausente afronta à 4ª Emenda (ESTADOS UNIDOS, 1789) – que dispõe:

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.

Firmou-se, assim, a “teoria proprietária”, segundo a qual a proteção atingia apenas áreas tangíveis e demarcáveis, ou seja, coisas, objetos e lugares (KNIJNIK, 2016, p. 85).

Com fulcro em tal raciocínio, agentes públicos, do caso *Katz v. United States*, instalaram um mecanismo de gravação de voz em uma cabine pública de telefonia sem, portanto, penetrar na esfera de propriedade do investigado (ESTADOS UNIDOS, 1967).

Novamente instigada, a Suprema Corte manifestou-se, dessa vez, pela ilegalidade dos elementos probatórios decorrentes da referida operação, mediante a reinterpretção do raciocínio anterior para incluir ao abrigo constitucional as pessoas e suas pretensões de privacidade (KNIJNIK, 2016, p. 86-87).

Vale transcrição de seu teor:

- (a) uma vez que a 4ª Emenda protege pessoas, mais que lugares, sua finalidade não pode ser frustrada pela presença ou ausência de uma intrusão física em qualquer compartimento fechado.
- (b) A doutrina proprietária (trespass theory) de *Olmstead v. US*, 227 US 438; e *Goldman v. US*, 316 US 129 não mais será a regra (ESTADOS UNIDOS, 1967 apud KNIJNIK, 2016, p. 87)

Não há dúvidas de que espécie de alteração jurisprudencial decorreu do passar de 39 anos, lapso em que aconteceram relevantes alterações sociais. Ademais, teve como resultado o distanciamento da “teoria proprietária” para o estabelecimento de um novo “teste” de admissibilidade, no qual se indaga:

[...] primeiro, se há uma expectativa subjetiva real e efetiva 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 real. (KNIJNIK, 2016, p. 87)

Tal metodologia permitiu afastar a ilicitude de provas cuja colheita ocorreu em violação a uma expressão da privacidade para a qual a sociedade não vislumbra pretensão protetiva.

É o caso, por exemplo, da descoberta de uma plantação de drogas em um jardim de uma residência, por meio do sobrevoo do local. Isso porque, embora não se espere olhares estranhos – principalmente aéreos –, a coletividade não supõe que passageiros de uma aeronave não possam admirar a paisagem e, eventualmente, perceberem informações sobre a vida alheia (KNIJNIK, 2016, p. 87).

O inevitável avanço científico, porém, proporcionou novos aspectos – liderados pela citada integralização do homem pela tecnologia, alta capacidade de armazenamento de dados e pelo potencial intrusivo –, que demandaram nova disciplina a fim de adequar recentíssimas técnicas investigativas.

Décadas depois, suspeitava-se que um indivíduo cultivava maconha no interior de sua casa, todavia os elementos até então reunidos não eram suficientes para a obtenção de um mandado judicial: é o caso de *Kyllo v. United States* (ESTADOS UNIDOS, 2001). Diante da situação, a polícia utilizou um instrumento de identificação de irradiação térmica, de modo que

não se estaria invadindo a propriedade privada e nem sequer infringindo uma pretensão de privacidade – pois não reconhecida, em tese, pela sociedade.

Nas primeira e segunda instâncias a prova foi declarada lícita, sob a égide do precedente de Katz. Aliás, a Corte de Apelação decidiu que o artifício utilizado consistia em:

[...] recurso não invasivo, que não emite raios ou sinais, mostrando uma imagem visualmente bruta do calor sendo irradiado para fora da casa; não mostra qualquer pessoa ou atividades dentro das paredes da estrutura; não pode penetrar pelas paredes ou janelas, para revelar conversações ou atividades humanas; nenhum detalhe íntimo da casa é observado. (ESTADOS UNIDOS, 2001 apud KNIJNIK, 2016, p. 87)

Em contrapartida, para aprimorar o axioma anterior, a Suprema Corte Americana ressaltou que o uso da referida ferramenta (e de outras tecnologias com frutos semelhantes) conduz a resultados muito superiores àqueles obtidos pela simples observação, de sorte que se fez necessário redesenhar a proteção cabível aos cidadãos frente às novíssimas tecnologias altamente invasivas.

Após salientar o pulsante avanço tecnológico e suas influências sobre a privacidade, o *Justice* Scalia (relator do acórdão) estabeleceu que, além do parâmetro estabelecido em *Katz v. United States*, seria necessário averiguar se o método empregado era de uso público geral. Dessa forma, originou-se o terceiro filtro à análise da licitude de uma prova obtida sem autorização judicial.

Apressadamente, define-se a tese sob os seguintes trechos:

Nós pensamos que a obtenção, mediante tecnologias de melhoria de sentidos, de informações contidas no interior de uma residência, as quais não seriam colhidas sem a intrusão física a uma área constitucionalmente protegida, [...] constitui uma busca quando a tecnologia em questão não é de uso público geral. Isto assegura a preservação daquele grau mínimo de privacidade que já existia quando a 4ª Emenda foi adotada.

[...] quando se utiliza um equipamento que não está em uso público geral, para explorar detalhes de uma residência que não seriam acessíveis sem uma intrusão física, a observação deve ser considerada uma busca e, caso ausente mandado, presumidamente arbitrária [...]. (ESTADOS UNIDOS, 2001, tradução nossa)

Dos padrões para admissão da prova, sintetiza-se: o primeiro consiste em avaliar se a medida probatória invade propriedade privada (Olmstead); o segundo valora a pretensão à

privacidade, isto é, o quão privativo a sociedade valora o objeto do método probatório (Katz); e o terceiro indaga se a tecnologia empregada é de uso público (Kyllo).

Logo, para a prova ser lícita sem mandado judicial, deve ser produzida sem invasão de propriedade privada, sem afrontar alguma pretensão coletiva de privacidade e mediante tecnologia de uso público geral.

### 5.1.2 Disciplina jurídica nos Estados Unidos

No que concerne à perquirição em dispositivos móveis especificamente, a atenção recai sobre o precedente *Riley v. California*.

Todavia, imperioso analisar a trilogia que construiu o fundamento jurídico do caso, a qual consiste nos precedentes de *Chimel v. California*, *Robinson v. United States* e *Gant v. Arizona*.

No primeiro (ESTADOS UNIDOS, 1969), definiu-se que a busca incidental à lícita prisão em flagrante deve ser realizada quando as circunstâncias do caso determinarem sua necessidade para garantir a segurança e prevenir a destruição de evidências. Além disso, deve ser limitada à área imediatamente sob controle do indivíduo abordado. Nesse sentido:

[...] it is reasonable for the arresting officer to search the person arrested in order to remove any weapons that the latter might seek to use in order to resist arrest or effect his escape. Otherwise, the officer's safety might well be endangered, and the arrest itself frustrated. In addition, it is entirely reasonable for the arresting officer to search for and seize any evidence on the arrestee's person in order to prevent its concealment or destruction. And the area into which an arrestee might reach in order to grab a weapon or evidentiary items must, of course, be governed by a like rule [...].<sup>17</sup> (ESTADOS UNIDOS, 1969)

A partir do segundo julgado (ESTADOS UNIDOS, 1973), estabeleceu-se a presunção dos riscos à segurança dos agentes públicos e à integridade das provas – identificados em *Chimel v. California* –, de modo que declarou-se constitucional a revista pessoal após lícita

---

<sup>17</sup> [...] é razoável que o agente público responsável pela prisão em flagrante faça buscas na pessoa presa a fim de que remova armas que este poderia procurar para resistir à prisão ou efetivar sua fuga. De outra forma, a segurança do policial pode, muito bem, ser posta em perigo, e a prisão frustrada. Além disso, é inteiramente razoável ao agente público responsável pela prisão em flagrante fazer buscar e colher quaisquer evidências no detido para prevenir que sejam escondidas ou destruídas. A área que o preso pode alcançar para pegar uma arma ou evidências deve, certamente, ser regulada por norma semelhante. (tradução nossa)

abordagem, novamente para evitar a perda de provas e afastar dos suspeitos elementos potencialmente perigosos.

Veja-se:

A custodial arrest of a suspect based on probable cause is a reasonable intrusion under the Fourth Amendment and, a search incident to the arrest requires no additional justification, such as the probability in a particular arrest situation that weapons or evidence would, in fact, be found upon the suspect's person; and whether or not there was present one of the reasons supporting the authority for a search of the person incident to a lawful arrest need not be litigated in each case.<sup>18</sup> (ESTADOS UNIDOS, 1973)

O terceiro precedente (ESTADOS UNIDOS, 1973) permite buscas no veículo do detido em duas hipóteses: quando o suspeito não imobilizado estiver ao alcance do automóvel ou caso seja razoável acreditar que nele exista evidência sobre o ilícito pelo qual o indivíduo foi abordado.

Colhe-se do teor do acórdão:

Police may search the passenger compartment of a vehicle incident to a recent occupant's arrest only if it is reasonable to believe that the arrestee might access the vehicle at the time of the search or that the vehicle contains evidence of the offense of arrest. [...].<sup>19</sup> (ESTADOS UNIDOS, 2009)

Das gerações probatórias e desta trilogia extraem-se as bases jurídica e histórica do paradigmático caso de *Riley v. California*.

*Riley* foi abordado em razão de uma violação de trânsito, hipótese na qual descobriu-se que sua habilitação estava vencida e que guardava duas pistolas no interior do veículo. Por consequência, *Riley* foi preso e seu *smartphone* investigado por um policial, que encontrou inúmeras referências a uma gangue local, motivo pelo qual o aparelho foi levado ao detetive do departamento de polícia para uma busca minuciosa. Em decorrência, as mídias e mensagens

---

<sup>18</sup> A custódia preventiva de um suspeito baseada em causa provável é uma intrusão razoável, sob a Quarta Emenda, e a busca incidente à prisão não requer justificção adicional, como a probabilidade em uma situação específica de prisão em que armas ou evidência seriam, de fato, encontradas sobre a pessoa do suspeito; e se estivesse, ou não, presente uma das razões autorizadoras da autoridade realizar a busca na pessoa, incidental à lícita prisão, ela não precisa ser pleiteada em cada caso. (tradução nossa)

<sup>19</sup> A polícia pode buscar o compartimento de passageiros de um veículo incidentalmente à recente prisão de um de seus ocupantes apenas se for razoável acreditar que o detido pode ter acesso ao veículo enquanto a busca pessoal ocorre ou que o veículo tenha evidência do ilícito que deu causa à prisão. (tradução nossa)

descobertas permitiram concluir que Riley estava envolvido em um recente tiroteio com mortes (ESTADOS UNIDOS, 2014).

Em primeira e segunda instâncias, as informações obtidas naquela busca e as derivadas foram admitidas e valoradas para condenar Riley, com fulcro nos preceitos da supracitada trilogia.

A Suprema Corte, no entanto, afastou a hipótese das antecedentes.

Isso porque se negou a aplicar o precedente de *Robinson v. United States*, ao considerar que: o potencial invasivo de buscas digitais em dispositivos móveis é muito superior àquelas realizadas em coisas ou pessoas; e, conforme assentado em *Wyoming v. Houghton* (ESTADOS UNIDOS, 1999 apud ESTADOS UNIDOS, 2014), apenas pode ser dispensada a autorização judicial a determinada espécie de busca após a valoração de seu grau de intrusão à privacidade individual e sua real necessidade.

De mais a mais, fixou-se que os riscos de *Chimel v. California* não estão presentes no tocante aos dados armazenados em aparelhos tecnológicos móveis, uma vez que, por lógica, não oferecem riscos imediatos às autoridades públicas e raramente são perdidos:

Digital data stored on a cell phone cannot itself be used as a weapon to harm an arresting officer or to effectuate the arrestee's escape. Officers may examine the phone's physical aspects to ensure that it will not be used as a weapon, but the data on the phone can endanger no one.<sup>20</sup> (ESTADOS UNIDOS, 2014)

Em contra-argumento ao forte brado entoado por aqueles que defendem a perquirição em dispositivos móveis sem ordem judicial, o apagamento remoto ou encriptação de informações foram consideradas hipóteses raras e, principalmene, minimizadas por providências estatais, tais quais a retirada da bateria do celular, seu desligamento ou, se necessário, a utilização de uma *faraday bag*:

[...] at least as to remote wiping, law enforcement currently has some technologies of its own for combatting the loss of evidence. [...]. Remote wiping can be fully prevented by disconnecting a phone from the network. There are at least two simple ways to do this: First, law enforcement officers can turn the phone off or remove its battery. Second, if they are

---

<sup>20</sup> Dados digitais armazenados em um celular não podem, por si sós, ser utilizados como arma para ofender autoridades públicas ou realizar a fuga. Policiais podem examinar os aspectos físicos de um celular para garantir que ele não será utilizado como uma arma, mas os dados contidos no celular não podem por ninguém em risco. (tradução nossa)

concerned about encryption or other potential problems, they can leave a phone powered on and place it in an enclosure that isolates the phone from radio waves.<sup>21</sup> (ESTADOS UNIDOS, 2014)

Ora, a privacidade individual deve ser tolhida, sob a justificativa de que existem ameaças à integridade das evidências, ou o Estado deve aparelhar-se com equipamentos e conhecimentos que protejam as informações contidas no dispositivo móvel apreendido enquanto aguarda-se autorização judicial?

Lembra-se do caráter excepcional das medidas probatórias em detrimento de direitos fundamentais – explanado alhures –, para, em reforço ao entendimento da Corte estrangeira, assinalar que a segunda opção é, certamente, a mais democrática.

Outrossim, inaplicável o precedente de *Gant v. California*, pois, diferentemente de veículos, o acesso a aparelhos altamente tecnológicos permitiria um acesso ilimitado ao agente público, de modo que se colheriam provas sobre ilícitos de casos absolutamente desconexos daquele que deu causa à abordagem:

In the vehicle context, *Gant* generally protects against searches for evidence of past crimes. [...].  
In the cell phone context, however, it is reasonable to expect that incriminating information will be found on a phone regardless of when the crime occurred. Similarly, in the vehicle context *Gant* restricts broad searches resulting from minor crimes such as traffic violations.<sup>22</sup> (ESTADOS UNIDOS, 2014)

Anota-se que a argumentação se alinha, apesar de implicitamente, à vedação ao *fishing expedition*.

Por fim, a Suprema Corte dos Estados Unidos não reconheceu o argumento final do estado da Califórnia, que consistiu em permitir a colheita de dados digitais que pudessem ser igualmente obtidos por um meio correspondente físico, sob o exame de que, por exemplo, o

---

<sup>21</sup> [...] ao menos quanto ao apagamento remoto, as forças da lei possuem atualmente algumas tecnologias para combater a perda de evidências [...]. O apagamento remoto pode ser completamente prevenido ao desconectar o celular da rede móvel. Há, ao menos, duas formas simples de fazer isso: Primeiro, os oficiais da lei podem desligar o celular ou remover sua bateria. Segundo, se continuarem preocupados com encriptação ou outros problemas em potencial, eles podem deixar o telefone ligado e o colocar em um invólucro que o isole de ondas de rádio. (tradução nossa)

<sup>22</sup> No contexto do veículo, *Gant* geralmente protege contra buscar por evidências de crimes pretéritos. [...]. No contexto dos aparelhos celulares, porém, é razoável esperar que informações incriminadoras sejam encontradas no telefone independentemente de quando o crime ocorreu. De modo similar, no contexto de veículos, *Gant* restringe que amplas pesquisas resultem de crimes menores, como violações de trânsito. (tradução nossa)

acesso a milhares de mídias e dados bancários de qualquer época se diferencia absolutamente de poucas fotos encontradas em uma carteira ou de um comprovante bancário retirado do bolso do indivíduo – além de impor ao judiciário a árdua tarefa de delimitar quais os correspondentes físicos de novas tecnologias:

[...] the fact that a search in the pre-digital era could have turned up a photograph or two in a wallet does not justify a search of thousands of photos in a digital gallery. The fact that someone could have tucked a paper bank statement in a pocket does not justify a search of every bank statement from the last five years. And to make matters worse, such an analogue test would allow law enforcement to search a range of items contained on a phone, even though people would be unlikely to carry such a variety of information in physical form.<sup>23</sup> (ESTADOS UNIDOS, 2014)

Ante tais argumentos, disciplinou-se que a polícia não pode investigar, sem mandado judicial, dados digitais armazenados no dispositivo móvel da pessoa abordada ou detida.

## 5.2 NO BRASIL

Diante da demanda popular por novas respostas e da ausência de normas claras a encerrarem os últimos debates, o judiciário ocasionalmente assume posição de vanguarda ao solucionar controvérsias por meio de construções hermenêuticas que melhor se adequariam à atividade legislativa.

Em defesa do referido Poder, lembra-se da inafastabilidade da jurisdição e das diversas forças que influenciam tais decisões, quais sejam: os princípios e dispositivos esparsos; a coerência do ordenamento; o direito comparado; e, também, a pressão popular.

Após curta divagação, expõe-se que os julgamentos contraditórios são compreensíveis, razão pela qual não se pretende descreditar qualquer posicionamento, mas apenas contribuir com a discussão e sinalizar, despretensiosamente, uma solução aparentemente adequada à Constituição Federal.

---

<sup>23</sup> [...] o fato que um busca na era pre-digital podia resultar em uma fotografia ou outra, encontrada na carteira, não justifica a busca de milhares de fotos em uma galeria digital. O fato que alguém podia ter guardado um papel com informações bancárias em seu bolso não justifica a busca de cada dado bancário dos últimos cinco anos. E, para piorar a questão, tal analogia permitiria aos agentes públicos a busca de um montante de itens contidos em um telefone que de uma pessoa dificilmente carregaria consigo na forma física. (tradução nossa)



### 5.2.1 Constitucionalidade

Não se ignora que o intérprete final da Constituição da República é o Supremo Tribunal Federal, tampouco se desconhece que a melhor interpretação de uma norma provém da análise do sistema na qual está inserida.

Contudo, é cabível um modesto exame dos dispositivos constitucionais por si sós, auxiliado apenas por algumas lições da doutrina.

Com esse escopo, reforça-se que a Carta da Primavera estabelece, em seu art. 5º, a inadmissibilidade do uso processual de provas obtidas por meios ilícitos (BRASIL, 1988). Em sucinta retrospectiva, anota-se que as provas contrárias à lei se classificam em ilícitas e ilegítimas, a primeira espécie decorre de violação de normas de direito material, e a segunda, de vício processual.

Impende registrar que a observância aos direitos fundamentais elencados na Constituição Cidadã é, por óbvio, a regra no ordenamento pátrio, todavia, a fim de acompanhar o avanço social e evitar uma surreal rigidez, certo é que existem exceções provenientes do texto constitucional e de diversas correntes doutrinárias.

Seja qual for a hipótese de restrição de direitos fundamentais, é inquestionável seu caráter anômalo – haja vista que, reforça-se, a regra é respeitar os valores constitucionais.

Dessa forma, as exceções a norma devem ser encaradas como tais, ou seja, devem ser adotadas em casos atípicos, mediante juízo de necessidade e adequabilidade, sob pena de banalizar-se as transgressões de direitos fundamentais a ponto de subverter a ordem democrática.

Sublinha-se valiosa ponderação de Aury Lopes Jr. (2014, p. 606):

[...] quando se trata de restrição de direitos fundamentais, a leitura deve sempre ser restritiva e a aplicação devidamente legitimada, pois não se presume a legitimidade da restrição, todo o oposto. A regra é a liberdade, em sentido amplo, ou seja, “el derecho al libre desarrollo de la personalidad”, sendo as formas de restrição, exceções, que devem sempre ser legitimadas e restritivamente aplicadas.

Por essa razão, a legislação atribui ao judiciário a competência para autorizar atos de investigação que culminam na limitação de direitos fundamentais, mediante procedimentos específicos compostos de formalidades e circunstâncias de aplicação.

Estabeleceu-se, então, que as informações obtidas ao arripio de direitos fundamentais, sem mandado judicial ou em inobservância ao seu respectivo procedimento, não devem possuir valor probatório, porquanto ilegais e, logo, inadmissíveis no processo. Assim, os preceitos constitucionais despontam como limitadores, em par à legislação infraconstitucional, da colheita e produção de provas.

Nesse ponto, verifica-se que a dinamicidade dos valores constitucionais impõe maior cautela ao tema, mormente no que concerne aos direitos individuais decorrentes da privacidade – a qual é frequente antagonista da produção probatória –, dados os avanços tecnológicos que alçam tal garantia do “direito a ser deixado só” à “autodeterminação informativa”.

Dos ensinamentos de Stefano Rodotà (2014, p. 606), ecoa:

As discussões teóricas e as complexas experiências dos últimos anos demonstram que a privacidade se apresenta, enfim, como noção fortemente dinâmica e que se estabeleceu uma estreita e constante relação entre as mudanças determinadas pelas tecnologias da informação (mas também pelas tecnologias da reprodução, pela engenharia genética) e as mudanças em seu conceito. Uma definição da privacidade como “direito a ser deixado só” perdeu há muito tempo seu valor genérico, ainda que continue a abranger um aspecto essencial do problema e possa (deva) ser aplicada a situações específicas. Na sociedade da informação tendem a prevalecer definições funcionais da privacidade que, de diversas formas, fazem referência à possibilidade de um sujeito conhecer, controlar, endereçar, interromper o fluxo das informações a ele relacionadas. Assim a privacidade pode ser definida mais precisamente, em uma primeira aproximação como o direito de manter o controle sobre as próprias informações. (2008, p. 92)

Nesse sentido, os aparelhos móveis – *smartphones* e similares – destacam-se por conterem toda espécie de dados privados, bem como por serem usual objeto de perquirição na prática forense, de forma que é necessário definir o procedimento legal para a extração de elementos de dispositivos móveis.

Certo é que a discussão abarca direitos constitucionais, principalmente os dispostos no art. 5º, X e XII, da Constituição Cidadã.

Dispõem os citados dispositivos:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:  
[...].

X - 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;

[...].

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal (BRASIL, 1988).

Outrossim, o art. 11 do Pacto de São José da Costa Rica (CADH, 1969) garante a vida privada:

2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.

Nesse passo, destaca-se a relatividade dos direitos fundamentais, bem como a necessidade de ponderar princípios. Igualmente assente, contudo, é que o constituinte originário se preocupou em afirmar a inviolabilidade de dados e comunicações em dois incisos fundamentais.

Explica-se: bastaria breve esforço para compreender implícito no inciso X aquilo expresso no inciso XII, ambos do art. 5º da Constituição Federal, uma vez que a inviolabilidade de dados e comunicações é, sem dúvidas, uma das facetas da intimidade e da vida privada – as quais são manifestações da privacidade.

Tal compreensão permite concluir que há dúplici proteção às espécies previstas no art. 5º, XII, da Constituição da República, o que demanda cautela dobrada ao admitir-se a flexibilização.

Acerca da segurança das comunicações pessoais como garantia de proteção da esfera íntima, a doutrina explana que:

Trata-se de garantia constitucional que visa assegurar o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas (art. 5º, XII), que são meios de comunicação interindividual, formas de manifestação do pensamento de pessoa a pessoa, que entram no conceito mais amplos de liberdade de pensamento em geral (art. 5º, IV). Garantia também do sigilo das comunicações de dados pessoais, a fim de proteger a esfera íntima do indivíduo. (SILVA, 2002, p. 436)

No excerto acima, José Afonso da Silva transcende o aqui delineado, para incluir a referida garantia como especificação não só da intimidade, mas também da liberdade de expressão.

Por derradeiro, salienta-se que os dispositivos móveis contêm informações de toda sorte, haja vista que armazenam, além de meros registros telefônicos, comunicações por mensagens, aplicativos de comunicação instantânea, correspondência eletrônica (*e-mail*) e fotos, bem como dados bancários e em nuvem.

Ora, caso permitida a devassa dos modernos celulares sem autorização judicial, não haveria razão em quebras de sigilo bancário, interceptações telefônicas e buscas e apreensões, tendo em vista que bastaria investigar-se no aparelho móvel do suspeito o aplicativo do banco, o histórico quase ilimitado de conversações e o acervo de mídias do dispositivo.

De mais a mais, não se pode supor que o legislador constituinte de 1988 previu que os métodos de comunicação hegemônicos de sua época seriam substituídos por novas tecnologias, tampouco que as pessoas portariam infinitas informações em seus bolsos, as quais demandariam outrora um vultoso arquivo. Ainda mais inviável é imaginar que, sabendo disso, teria deixado intencionalmente de proteger tal universo digital.

Aliás, hodiernamente, boa parcela da população preferiria ter suas casas, correspondências e comunicações telefônicas perscrutadas a seus celulares.

Diante de tais apontamentos, parece pouquíssimo constitucional qualquer interpretação autorizadora da invasão de *smartphones* sem ordem judicial, uma vez que a devassa de dispositivos móveis configura violação não só de comunicações e dados, mas da própria vida íntima, de modo que não estabelecer como regra geral a participação do judiciário é, sem dúvidas, temerário.

### **5.2.2 Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**

Em sentido contrário, há a corrente segundo a qual é possível a perquirição em dispositivos móveis sem autorização judicial; tal diretriz busca esteio, principalmente, no entendimento da Suprema Corte exposto no *Habeas Corpus* n. 91.867/PA (BRASIL, 2012), de relatoria do Ministro Gilmar Mendes.

Por força do precedente, afastam-se as informações contidas em dispositivos móveis do conceito de sigilo telefônico – cuja quebra exigiria ordem judicial por expressa e incontroversa disposição constitucional e legal – para as denominarem como simples dados ou

“depósito registral”. Em seguida, interpreta-se o art. 5º, XII, da Constituição Federal de modo a garantir a inviolabilidade tão somente das comunicações de dados e não dos dados propriamente ditos.

Em sintonia, argumenta-se que o caráter instantâneo das comunicações telefônicas demanda interceptação técnica, o que as distingue dos dados extraídos de dispositivos móveis, os quais podem ser acessados mediante simples acesso físico – assemelhando-se, portanto, a documentos materiais.

Nessa diretriz, extrai-se do corpo do acórdão (BRASIL, 2012):

Primeiramente, sobreleva destacar que não se confundem comunicação telefônica e os registros telefônicos, recebendo, inclusive, proteção jurídica distinta. [...] entendo que 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 os ‘dados’.

E:

Em princípio, foi como agiu a autoridade policial que, ao prender em flagrante delito o corréu, tomou a cautela de colher todo material com potencial interesse para investigação. E 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.

Por conseguinte, espécie de orientação em par ao dever de coleta de provas imposto à autoridade policial pelo art. 6º, III, do Código de Processo Penal<sup>24</sup>, permitiria a perquirição em dispositivos móveis apreendidos em busca pessoal, na forma do art. 244 do mesmo Diploma Legal<sup>25</sup> (BRASIL, 1941).

Todavia, no referido julgado (BRASIL, 2012), observa-se que os dados extraídos do telefone foram apenas os registros de chamadas – até porque na data dos fatos, em 2004, a tecnologia dos *smartphones* apenas engatinhava. Tanto é assim que o Ministro Relator tomou

---

<sup>24</sup> Art. 6º Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá: [...]; III - colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias;

<sup>25</sup> Art. 244. A busca pessoal independerá de mandado, no caso de prisão ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar.

o cuidado de ressaltar que as autoridades públicas não tiveram acesso a nenhuma conversa, o que preservaria a intimidade e privacidade do investigado:

[...] a atitude das autoridades policiais de analisar os últimos registros contidos nos celulares apreendidos é perfeitamente razoável, não havendo que se falar em lesão à intimidade ou à privacidade do corréu Francisco Leite da Silva, tampouco dos pacientes. (BRASIL, 2012)

Em resposta a outro argumento do *decisum*, interessa salientar que espécie de dado poderia estar, de fato, em um pedaço de papel no bolso do abordado, situação em que seria inevitavelmente colhido pelo agente policial, entretanto hoje é impossível que um suspeito porte consigo todos os documentos físicos correspondentes à imensidão de dados resguardados nos aparelhos atuais – conforme exposto em *Riley v. California*.

Ademais, consta no voto importante trecho da obra de Stair e Reynolds (2010, p. 4 apud BRASIL, 2012):

Os dados são constituídos de fatos crus, como o número de um funcionário, total de horas trabalhadas em uma semana, número de peças em estoque ou pedidos de compra. Quando os fatos são organizados de maneira significativa, eles se tornam informação. Informação é um conjunto de fatos organizados de tal maneira que possuem valor adicional, além do valor dos fatos individuais.

Apesar de o Ministro Relator não ter diferenciado a tutela cabível a cada um dos conceitos explanados, é plausível assumir que a devassa de informações oferece maior ameaça à privacidade do que a de simples dados. Logo, a perquirição em dispositivos móveis da atualidade – que contêm “inúmeros fatos organizados de maneira significativa” (STAIR; REYNOLDS, 2010, p. 4 apud BRASIL, 2012) – diverge essencialmente do julgado em análise.

Por consequência, se registros de chamadas não merecem proteção da garantia à privacidade por se tratarem de fatos crus, difícil sustentar o mesmo no tocante às comunicações, mídias e demais elementos abrigados em um *smartphone*.

### **5.2.3 Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.**

Em que pese o posicionamento de diversas cortes brasileiras que recorrem ao precedente da Suprema Corte, o Superior Tribunal de Justiça tem decidido de maneira diversa, ao sustentar que a coleta de dados no aparelho celular apreendido demanda autorização judicial.

Nesse sentido: RHC n. 75.055/DF, rel. min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, j. em 21/3/2017; RHC n. 76.324/DF, rela. Mina. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, j. em 14/2/2017; e RHC n. 51.531/RO, rel. Min. Nefi Cordeiro, Sexta Turma, j. em 19/4/2016.

No último (BRASIL, 2016), que sobressai como decisão paradigmática, o Relator fundamentou a decisão com fulcro nos arts. 5º, X e XII, da Constituição Federal; 1º e 5º da Lei n. 9.296/96; 3º da Lei n. 9.472/97; e 7º, III, da Lei n. 12.965/14.

No mais, equiparou o acesso às conversas mantidas por aplicativos de comunicação em tempo real à violação do correio eletrônico, bem como salientou que os avanços tecnológicos transformaram os celulares de simples instrumentos de comunicação por voz em aparelhos multifuncionais, o que demanda maior proteção.

Assim, concluiu que: “ilícita é tanto a devassa de dados, como das conversas de whatsapp obtidos de celular apreendido, porquanto realizada sem ordem judicial” (BRASIL, 2016).

Por sua vez, o Ministro Rogério Schietti pediu vista para proferir seu voto com importantes considerações que norteiam o tema – as quais alinham-se às críticas já tecidas.

Primeiramente, para afastar o precedente da Corte Constitucional, argumentou que tal julgado referia-se a um caso de 2004, quando os aparelhos celulares não tinham sequer acesso à internet, sendo, portanto, fontes informacionais inferiores aos atuais *smartphones*.

Além disso, colacionou trecho do voto do Ministro Relator, Gilmar Mendes, do qual extrai-se a base argumentativa daquele julgado, qual seja, que as autoridades policiais não tiveram acesso às conversas armazenadas, mas tão somente aos registros telefônicos (chamadas efetuadas e perdidas).

Em um segundo momento, o Ministro Rogério Schietti asseverou, com brilhantismo, que a perquirição em dispositivos móveis atinge não só os dados gravados em um aparelho, mas, também, aqueles eventualmente interceptados enquanto ocorre o acesso a aplicativos de comunicação instantânea.

Por fim, trouxe à tona o conceito norte-americano de “direito probatório de terceira geração”, hipótese em que o definiu como “provas invasivas, altamente tecnológicas, que permitem alcançar conhecimentos e resultados inatingíveis pelos sentidos e pelas técnicas tradicionais” para assim qualificar a prova oriunda da perquirição nos atuais dispositivos móveis (BRASIL, 2016).

Concluiu o Ministro:

Por isso, o precedente do HC n. 91.867/PA não é mais adequado para analisar a vulnerabilidade da intimidade dos cidadãos na hipótese da apreensão de um aparelho de telefonia celular em uma prisão em flagrante (BRASIL, 2016).

Dessa forma, afastado o precedente do Supremo Tribunal Federal e demonstradas novas circunstâncias que permeiam a discussão, o Ministro Rogério Schietti expôs a experiência da Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *Riley v. California* (ESTADOS UNIDOS, 2014 apud BRASIL, 2016):

O Chief Justice John Roberts, em nome da Corte, concluiu que um mandato é necessário para acessar o telefone celular de um cidadão na hipótese de prisão em flagrante, haja vista que "telefones celulares modernos não são apenas mais conveniência tecnológica, porque o seu conteúdo revela a intimidade da vida. O fato de a tecnologia agora permitir que um indivíduo transporte essas informações em sua mão não torna a informação menos digna de proteção".

Compreensão a qual, no entender do Magistrado, melhor se amolda às garantias constitucionais da intimidade e privacidade.

Igualmente interessante são os apontamentos da Ministra Maria Thereza de Assis, no sentido de afastar a hipótese da proteção do art. 5º, XII, da Constituição Federal, por considerar que a invasão de dados armazenados em dispositivos móveis não configura interceptação de comunicações – que seria a captação da conversa no momento em que ela ocorre –, mas, sim, violação da intimidade, garantida no inciso X do mesmo dispositivo constitucional.

A Excelentíssima Ministra, ademais, pontuou que a solução do caso provém da ponderação entre a esfera íntima e o direito à segurança pública, o que faz salientando Canotilho (2003 apud BRASIL, 2016):

[...] a pretensão de validade absoluta de certos princípios com sacrifício de outros originaria a criação de princípios reciprocamente incompatíveis, com a consequente destruição da tendencial unidade axiológico-normativa da lei fundamental.

Acentuou, também, lição de Alexy (2003 apud BRASIL, 2016), segundo a qual a restrição de um direito fundamental deve, além de ser adequada e necessária, atender à proporcionalidade em sentido estrito.



De mais a mais, concordou com o afastamento do mencionado precedente do Supremo Tribunal Federal, nos termos do voto do Ministro Rogério Schietti, para, na sequência, enfatizar que o legislador manifestou a preferência pela garantia da intimidade nos arts. 3º, V, da Lei n. 9.472/97, e 7º, III, da Lei n. 12.965/14.

Por fim, a Ministra (BRASIL, 2016) asseverou que, para a observância às normas constitucionais – direito difuso à segurança pública e direito fundamental à intimidade –, o celular deveria ser apreendido e, posteriormente, submetido à quebra de sigilo e de privacidade mediante autorização judicial; tendo em vista que não havia, no caso, circunstâncias fáticas ou argumentos aptos a autorizar o acesso imediato, em caráter excepcional, pelos agentes públicos dos dados contidos no dispositivo móvel.

#### 5.2.4 Normas infraconstitucionais

Como se não bastassem as novas diretrizes teóricas do embate entre avanços tecnológicos e privacidade, a dúplici proteção constitucional, a dissecação do precedente da Suprema Corte e os sagazes apontamentos da Corte Superior, observa-se que o legislador se preocupou em resguardar as comunicações privadas armazenadas em mais de uma ocasião – tal qual mencionado pelos Ministros Nefi Cordeiro e Maria Thereza no julgamento do RHC n. 51.531/RO.

O art. 1º, *caput*, da Lei de Interceptações Telefônicas (BRASIL, 1996, grifo nosso) dá algum norte:

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

A Lei n. 9.472/97 (BRASIL, 1997) reforça:

Art. 3º O usuário de serviços de telecomunicações tem direito:  
[...].  
V - à inviolabilidade e ao sigilo de sua comunicação, salvo nas hipóteses e condições constitucional e legalmente previstas.

A menos que o celular esteja desconectado de toda rede no momento da perquirição pelo agente público, certo é que ao acessar-se os aplicativos são estabelecidas novas conexões, mediante as quais informações e mensagens inéditas são recepcionadas, o que de certa forma configura interceptação telefônica. Assim sendo, a lei é clara ao exigir ordem judicial.

Além disso, o Marco Civil da Internet (BRASIL, 2014) parece encerrar toda a discussão, porquanto, em espécie de ab-rogação superveniente do HC n. 91.867/PA, estabelece que:

Art. 3º A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios:

II - proteção da privacidade;

III - proteção dos dados pessoais, na forma da lei;

[...].

Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:

I - inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

II - inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, salvo por ordem judicial, na forma da lei;

III - inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial;

Ora, sabe-se que o controle incidental de constitucionalidade realizado no HC 91.867/PA não é vinculante ou *erga omnes*, razão pela qual não havia nenhum óbice à superação legislativa, que acompanhou tendências mundiais de proteção de dados.

Logo, as disposições do art. 7º, II e III, do Marco Civil da Internet são plenamente válidas e deveriam dirimir boa parte das dissonâncias jurisprudenciais, visto que reforçam a inviolabilidade e o sigilo do fluxo de comunicações pela internet e das comunicações privadas armazenadas, salvo, em ambos os casos, ordem judicial.

Vale ressaltar que, embora ausente item específico, não há dúvidas de que fotos, notas e dados semelhantes merecem igual proteção, seja por estarem contidos na noção de dados pessoais (art. 3º, III) ou na de intimidade e vida privada (art. 7º, I).

Não se pode olvidar que foi esse o curso seguido pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme exposto alhures.

Dessarte, as expressas disposições legais do art. 7º, II e III, do Marco Civil da Internet são no sentido de estabelecer a ordem judicial como condição de legalidade à extração de informações de dispositivos móveis apreendidos no momento de uma abordagem policial.

## 6 CONCLUSÃO

O presente estudo incorporou, além de lições e críticas basilares acerca da teoria geral da prova e dos respaldos jurídicos dos avanços tecnológicos, detalhada decomposição de decisões emblemáticas que autorizam compreensões divergentes sobre a possibilidade de perquirição em dispositivos móveis.

Observada a disciplina jurídica norte-americana aplicável ao assunto em cotejo às disposições capituladas no art. 5º, X e XII, da Constituição Federal, constata-se que a primeira leitura do precedente do Supremo Tribunal Federal (HC n. 91.867/PA) conduz à dispensa de ordem judicial, entretanto, aprofundada a leitura de seu teor, sobressaem diferenças fundamentais entre o caso julgado, no qual apenas registros telefônicos foram perscrutados, e a devassa dos atuais *smartphones*, que contêm informações de toda sorte.

No Superior Tribunal de Justiça, semelhante espécie de *distinguish* é exposta em sublime voto do Ministro Rogério Schietti no julgamento do RHC n. 51.531/RO, relatado pelo Ministro Nefi Cordeiro, para declarar a ilicitude dos elementos extraídos de aparelhos móveis sem autorização judicial – posicionamento endossado por julgados posteriores da mencionada Corte.

Além disso, recebem destaque os dispositivos da Lei de Interceptações Telefônicas e do Marco Civil da Internet, de modo que se reúne um amplo acervo de forças normativas a indicar a imprescindibilidade, como regra, da ordem judicial.

É certo que a fluidez da sociedade e os saltos tecnológicos impõem ao direito alguma característica metamórfica, o que garante o acompanhamento da norma aos valores sociais e a consequente perpetuação da ordem jurídica. Dessa forma, o tratamento jurídico dado a direitos afetos por inovações é relativamente volátil, razão pela qual o tema ainda será alvo de melhores exames e maiores debates.

Diante da despretensão de encerrar o assunto, atingiu-se o objetivo do trabalho ao colacionar-se os principais aspectos jurídicos disponíveis e, por conseguinte, oferecer-se aos próximos pesquisadores algum avanço ao estado da arte. Às futuras avaliações, sugere-se a ampliação do estudo de direito comparado e o acompanhamento dos julgados das Cortes Superiores, bem como a análise estatística e jurisprudencial dos tribunais estaduais pátrios.

Em síntese, compreende-se a existência de dissonâncias e entendimentos controversos, todavia sugere-se como solução mais democrática e cautelosa a exigência de autorização judicial à perquirição em dispositivos móveis.

## 7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. **Curso de direito processual penal**. 11. ed. Salvador: Editora Podivm, 2016.

ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. Tradução de Ernesto Garzón Valdés.

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2015.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

BENDICH, Albert M. Privacy, poverty and the Constitution. **California Law Review**. California, v. 54, p. 407-442, may. 1966.

BIFFE JUNIOR, João; LEITÃO JUNIOR, Joaquim. **O acesso pela polícia a conversas gravadas no whatsapp e as gerações probatórias decorrentes das limitações à atuação estatal. Empório do Direito**. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/o-acesso-pela-policia-a-conversas-gravadas-no-whatsapp-e-as-geracoes-probatorias/>>. Acesso em: 27 ago. 2017.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10. Ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 5 set. 2017.

\_\_\_\_\_. **Decreto-Lei n. 3.689**, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 24 ago. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 9.296**, de 24 de julho de 1996. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm)>. Acesso em: 24 ago. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 9.472**, de 16 de julho de 1997. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19472.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19472.htm)>. Acesso em: 24 ago. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 11.690**, de 9 de junho de 2008. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2008/Lei/L11690.htm#art1](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11690.htm#art1)>. Acesso em 24 ago. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 12.965**, de 23 de abril de 2014. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm)>. Acesso em 24 ago. 2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. RHC n. 51.531/RO. **Diário da Justiça Eletrônico**, 2016. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201402323677&dt\\_publicacao=09/05/2016](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201402323677&dt_publicacao=09/05/2016)>. Acesso em: 4 out. 2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. APn n. 690/TO. **Diário da Justiça Eletrônico**, 2015. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200701708242&dt\\_publicacao=22/05/2015](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200701708242&dt_publicacao=22/05/2015)>. Acesso em: 4 out. 2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. RHC n. 144.137/ES. **Diário da Justiça Eletrônico**, 2012. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200901526740&dt\\_publicacao=31/08/2012](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200901526740&dt_publicacao=31/08/2012)>. Acesso em: 4 out. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. HC 91.867/PA. **Diário de Justiça Eletrônico**, 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2792328>>. Acesso em: 27 ago. 2017.

CADH. **Convenção Americana de Direitos Humanos**. Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: <[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.Convencao\\_Americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.Convencao_Americana.htm)>. Acesso em: 20 set. 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

\_\_\_\_\_. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAPPELETTI, Mauro. **Fundamental guarantees of the parties in the civil litigation**. Milano: Giuffrè, 1973.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Comentários à Constituição Federal Brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1993.

CORDERO, Franco. **Procedimiento Penal**. Bogotá: Temis, 2000.

DE VOLTA para o Futuro Parte II. Direção de Robert Zemeckis. Roteiro: Bob Gale. [s. I]: Universal Pictures, 1989. Color.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DOSTOIÉVSKI, Fiódor. **Os irmãos Karamázov**. 1. ed. São Paulo: Martin Claret, 2013.

DUDH. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. proclamada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <[https://www.unicef.org/brazil/pt/resources\\_10133.htm](https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm)>. Acesso em: 20 set. 2017.

ESTADOS UNIDOS. **Federal Rules of Evidence**. 1975. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/rules/fre>>. Acesso em: 20 nov. 2017.

\_\_\_\_\_. Suprema Corte. **Arizona v. Gant**, 2009. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/556/332/>>. Acesso em: 26 ago. 2017.

\_\_\_\_\_. Suprema Corte. **Chimel v. California**, 1969. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/395/752/case.html>>. Acesso em: 26 ago. 2017.

\_\_\_\_\_. Suprema Corte. **Katz v. United States**, 1967. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/389/347/case.html>>. Acesso em: 26 ago. 2017.

\_\_\_\_\_. Suprema Corte. **Kyllo v. United States**, 2001. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/533/27/case.html>>. Acesso em: 26 ago. 2017.

\_\_\_\_\_. Suprema Corte. **Murray v. United States**, 1988. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/487/533/>>. Acesso em: 28 ago. 2017.

\_\_\_\_\_. Suprema Corte. **Nardone v. United States**, 1939. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/308/338/case.html>>. Acesso em: 26 ago. 2017.

\_\_\_\_\_. Suprema Corte. **Nix v. Willians**, 1984. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/467/431/case.html>>. Acesso em: 18 set. 2017.

\_\_\_\_\_. Suprema Corte. **Olmstead v. United States**, 1928. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/277/438/case.html>>. Acesso em: 26 ago. 2017.

\_\_\_\_\_. Suprema Corte. **Riley v. California**, 2014. Disponível em: <[http://www.supremecourt.gov/opinions/13pdf/13-132\\_819c.pdf](http://www.supremecourt.gov/opinions/13pdf/13-132_819c.pdf)>. Acesso em: 28 ago. 2017.

\_\_\_\_\_. Suprema Corte. **Silverthorne Lumber Co., Inc. v. United States**, 1920. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/251/385/case.html>>. Acesso em: 28 ago. 2017.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razon**. Madrid: Trotta, 1997.

GOMES, Luiz Flávio. **Natureza jurídica da serendipidade nas interceptações telefônicas**, 2009. Disponível em: <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/955473/natureza-juridica-da-serendipidade-nas-interceptacoes-telefonicas>>. Acesso em: 4 nov. 2017.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães, **O direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; REIS, Alexandre Cebrian Araújo. **Direito Processual Penal Esquematizado**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A eficácia dos atos processuais à luz da Constituição Federal. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**. São Paulo, n. 37, jun. 1992.

\_\_\_\_\_. A iniciativa probatória do juiz no processo penal acusatório. **Revista brasileira de ciências criminais**. São Paulo, v. 27, p. 71-79, jul./set. 1999.

\_\_\_\_\_. **As nulidades no processo penal**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. **As nulidades no processo penal**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

KANT, Immanuel. **Metafísica dos costumes**. Bauru: Ediouro, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KNIJNIK, Danilo. A trilogia Olmstead-Katz-Kyllo: o art. 5º da Constituição Federal. **Revista da Escola da Magistratura do TRF da 4º Região**. Porto Alegre, n. 4, p. 77-96, 2016. Disponível em: <[https://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/rlp\\_revista\\_escola\\_magistratura\\_n4\\_completa.pdf](https://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/rlp_revista_escola_magistratura_n4_completa.pdf)>. Acesso em: 18 nov. 2017.

LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

\_\_\_\_\_. **Prazer, dor, as paixões**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

\_\_\_\_\_. **Direito processual penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MACHADO, Joana de Moraes Souza. A expansão do conceito de privacidade e a evolução de tecnologia de informação com o surgimento dos bancos de dados. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre, v. 41, n. 141, p. 337-363, jun. 2014.

MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1991.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **A ilicitude na obtenção da prova e sua aferição.** Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=5070](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5070)>. Acesso em: 5 nov. 2017.

NOJIRI, Sérgio. O direito à privacidade na era da informática: algumas considerações. **Revista Jurídica da UNIJUS.** Uberaba, v. 8, n. 8, p. 88-106, mai. 2005. Disponível em: <[http://myrtus.uspnet.usp.br/pesqfdrp/portal/professores/nojiri/pdf/privacidade\\_inform%C3%A1tica.pdf](http://myrtus.uspnet.usp.br/pesqfdrp/portal/professores/nojiri/pdf/privacidade_inform%C3%A1tica.pdf)>. Acesso em: 18 nov. 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza Nucci. **Provas no processo penal.** 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal.** 20. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

PORTUGAL. **Código de Direito Canônico.** 4. ed. Lisboa: Conferência Episcopal Portuguesa, 1983.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais penais.** 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal.** 23. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RODRIGUES, Benjamim Silva. **Da prova penal: Tomo VI.** 1. ed. Lisboa: Rei dos Livros, 2011.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos.** 4. ed. rev. atual. e ampl. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 21. Ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, Philipe Benoni Melo e. **Fishing Expedition: a pesca predatória por provas por parte dos órgãos de investigação.** Disponível em: <<https://jota.info/artigos/fishing-expedition-21012017>>. Acesso em: 2 nov. 2017.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal.** 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

WARREN. Samuel; BRANDEIS, Louis. The right to privacy. **Harvard Law Review.** Cambridge, v. IV, n. 5, dez. 1890. Disponível em: <[http://groups.csail.mit.edu/mac/classes/6.805/articles/privacy/Privacy\\_brand\\_warr2.html](http://groups.csail.mit.edu/mac/classes/6.805/articles/privacy/Privacy_brand_warr2.html)> Acesso em: 20 nov. 2017.