

Reflexões sobre a licitude das provas obtidas do acesso a dados de celular apreendido durante busca domiciliar

Lucas Barosi Liotti¹

Júlia Xavier Rosa da Silva²

Fernando Faleiros Rezende³



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

Resumo: O objetivo do presente trabalho é analisar a licitude ou ilicitude das provas, ou dos conhecimentos, obtida(o)s por meio do acesso pelos órgãos de persecução penal a dados armazenados no aparelho celular, a depender do contexto fático em que ocorre esse acesso.

Palavras-chave: Processo Penal; Atividade probatória; Busca Domiciliar; Dados Sensíveis; Direitos Fundamentais.

Abstract: The objective of this paper is to analyze the legality or unlawfulness of evidence, or knowledge, obtained by means of access by criminal prosecution agencies to data stored on a cell phone, depending on the factual context in which this access occurs.

Keywords: Criminal Procedure; Evidential Activity; Domiciliary Search; Sensitive Data; Fundamental Rights.

¹ Mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra; Especialista em Direito Penal Econômico, Internacional e Europeu pelo Instituto de Direito Penal Econômico e Europeu (IDPEE) da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra; Especialista em Compliance e Direito Penal pelo Instituto de Direito Penal Econômico e Europeu (IDPEE) da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra; Bacharel em Direito pela FCHS/UNESP (Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho).

² Mestre em Ciências pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (FDRP/USP); Especialista em Compliance e Direito Penal pelo Instituto de Direito Penal Econômico e Europeu (IDPEE) da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM); Pós-Graduanda em Direito Processual Penal pela Faculdade IBMEC São Paulo e Instituto Damásio de Direito; Bacharel em Direito pela FCHS/UNESP (Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho)

³ Mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra; Pós-Graduado em Direitos Humanos pelo Instituto de Direitos Humanos (IGC) da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra; Especialista em Direito Penal Econômico, Internacional e Europeu pelo Instituto de Direito Penal Econômico e Europeu (IDPEE) da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra; Especialista em Compliance e Direito Penal pelo Instituto de Direito Penal Econômico e Europeu (IDPEE) da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra; Pós-Graduando em Direito Penal e Criminologia pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS); Bacharel em Direito pela FCHS/UNESP (Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho).

1. Introdução

O objetivo do presente trabalho é analisar a licitude ou ilicitude das provas, ou dos conhecimentos, obtida(o)s por meio do acesso pelos órgãos de persecução penal a dados armazenados no aparelho celular, a depender do contexto fático em que ocorre esse acesso. Em primeiro, parte-se da premissa de que todo acesso a dados de celular apreendido, por adentrar na intimidade da pessoa, exige prévia autorização judicial, pelo que, sem esta, as provas derivadas do acesso serão consideradas ilícitas. Nada obstante, o contexto em específico que pretendemos abordar é o da busca e apreensão domiciliar, precedida de mandado judicial. A questão que se coloca, cuja análise consiste no principal objetivo do presente ensaio, é a seguinte: se este celular é apreendido no cumprimento de uma busca domiciliar já precedida de mandado, para acesso aos dados do aparelho será necessária outra autorização judicial ou a bastará anteriormente concedida – a que autorizou a busca domiciliar? Os efeitos da autorização judicial de ingresso na casa alcançam também o “ingresso” no celular?

Para explorar essa questão, dividimos o trabalho em três partes principais.

Na primeira, estabeleceremos algumas premissas ou noções introdutórias sobre a nova capacidade funcional dos celulares - proporcionada pelos avanços tecnológicos de nosso tempo -, sobre os direitos fundamentais que asseguram a proteção de dados e sobre a intervenção estatal no âmbito de proteção deste direito¹.

Na segunda parte, selecionaremos e analisaremos os entendimentos jurisprudenciais firmados pelos Tribunais Superiores brasileiros quanto à questão principal deste trabalho. Ou, mais precisamente, analisaremos o posicionamento pretoriano assentado no sentido de que não se mostra necessária uma outra autorização judicial para acesso aos dados do celular, quando o aparelho é apreendido no bojo de um mandado de busca e apreensão domiciliar previamente autorizada judicialmente.

¹ Nossas bases teóricas são as lições de Luís Greco – em especial: (GRECO, Luís. “O inviolável e o intocável no direito processual penal: considerações introdutórias sobre o processo penal alemão (e as suas relações com o direito constitucional, o direito de polícia e o direito dos serviços de inteligência)”, in: WOLTER, Jürgen. O inviolável e o intocável no direito processual penal. Reflexões sobre dignidade humana, proibição de prova, proteção de dados (e separação informacional de poderes) diante da persecução penal, org. int. GRECO, Luís, São Paulo: Marcial Pons, 2018.), adotadas por Orlandino Gleizer, Adriano Teixeira e Lucas Montenegro.

Na terceira parte, procuramos demonstrar que o referido posicionamento não pode ser aplicado aprioristicamente para todas as situações envolvendo mandado de busca domiciliar e acesso a dados de celular. Quer dizer, a despeito do acerto do referido posicionamento dos Tribunais Superiores para um determinado grupo de casos, para outros, o entendimento pela desnecessidade de nova autorização judicial para acessar os dados do celular apreendido em busca domiciliar, mesmo que precedida por mandado judicial devidamente fundamentado, pode redundar em ilegítima intervenção no direito fundamental à intimidade e à vida privada, tornando ilícitas e, portanto, imprestáveis, as provas que dela derivam. Assim, buscaremos um primeiro esboço dos grupos de casos que, a nosso ver, reclamam soluções distintas.

2. Do aumento da capacidade funcional dos aparelhos celulares e do correlato incremento da proteção jurídica conferida a seus dados

Antes de explorar o aumento da capacidade funcional dos celulares, convém apresentar como o tema se contextualiza com a teleologia processual penal.

Independentemente do ordenamento jurídico analisado, o processo penal carrega em sua essência uma tensão inicial composta por duas pretensões contrapostas: de um lado, a pretensão de corroboração da hipótese acusatória e; de outro lado, a pretensão de liberdade. Estas pretensões antitéticas reproduzem duas finalidades conflitantes do processo penal: ao mesmo tempo em que ele busca aproximar-se ao máximo possível de alguma reprodução dos fatos do passado, esta busca não se desenvolve de qualquer maneira, mas em um ambiente estritamente disciplinado por regras jurídico-processuais, em geral, e de produção e valoração de prova, em especial (TAVARES; CASARA, 2020, p. 115; 17-21).

Quer dizer, ao mesmo tempo em que o processo penal pressupõe alguma busca por desvendar o passado, esta reprodução não se investiga a qualquer custo, já que os meios processuais penais de reprodução do passado, naturalmente, acarretam intervenção estatal em direitos fundamentais e, em matéria de direitos fundamentais, cumpre ao Estado respeitá-los e protegê-los (WÖLTER, 2018, p. 109 ss.). Assim, ao lado da finalidade processual penal da busca da verdade *processualmente válida*, justapõe-se a da não desproteção excessiva de direitos fundamentais. Diante de problemas concretos, não raro, enquanto a busca da verdade processual recomendará uma solução, a proteção de direitos individuais recomendará solução oposta (DIAS, 1974, p. 40 ss.).

Esta tensão antitética, em maior ou menor medida, sempre existiu e permanece existindo até os dias de hoje. Portanto, como tal, vê-se exposta aos influxos e determinações de seu tempo e espaço. Novos argumentos, novas discussões, novas legislações e, o que nos interessará mais de perto, novos avanços tecnológicos. O processo penal deparou-se com o advento de novas tecnologias inauguradoras de problemas que não tinham lugar no passado, pertinentes às novas formas de praticar e de investigar o crime. Com isso, temos novos meios de obtenção de prova, porventura ocultos, mais invasivos a direitos fundamentais, e, ao mesmo tempo, novas fontes de prova, ou ressignificação de fontes de prova já conhecidas (assumindo a terminologia de GOMES FILHO (2005, p. 85-89)).

Nesse contexto, o celular consiste em artefato tecnológico que pode, dependendo da perspectiva, ser considerado uma nova fonte de prova ou uma fonte de prova já conhecida, mas ressignificada.

Como nova fonte de prova porque, pelas lentes de um passado mais distante, sequer se imaginava a possibilidade de uma telecomunicação instantânea a grandes distâncias, ou pelo menos não sem fio. Trazendo a temática para dentro do processo penal, isso abre campo a duas novas ordens de conhecimento: a apreensão do dispositivo permite conhecer agenda telefônica da pessoa investigada e seu registro de chamadas recebidas e efetuadas, suas durações e seus horários. O acesso estatal a estes dados pode afirmar-se intrusivo, embora, talvez, moderadamente. Além disso, mesmo sem a apreensão do aparelho, passou a se tornar possível interceptar as conversas por ele realizadas – medida de grau intrusivo um tanto quanto maior. Contudo, hoje em dia, o celular faz muito mais do que isso. Nesta acepção, pois então, pode ser vista como uma fonte de prova ressignificada.

Nos idos da década passada, ou mesmo no começo desta, os aparelhos de celular não possuíam a capacidade funcional e de armazenamento que têm hoje. Atualmente, o acesso estatal ao celular apresenta um grau de intrusividade mais elevado, em virtude dos diversos serviços disponíveis pelos mais funcionais aplicativos. O passeio pelo celular do indivíduo, os modernos *smartphones*, permite acesso a aplicativos de conversas por mensagens instantâneas e com histórico, como o *Whatsapp* e *Telegram*, em alguma medida, também assim *Instagram*, *Facebook* e *Twitter*, em que se pode verificar todo o registro de mensagens, sem limite temporal, trocadas entre o indivíduo e as demais pessoas, de próximas a remotas, assim como a troca de fotos, vídeos e documentos entre elas. Permite, também, acessar a todo registro fotográfico ou em vídeo realizado, acessando seu *Rolo da câmera*. Pode permitir acesso a dados

bancários, de extratos a investimentos, caso baixados aplicativos de instituições financeiras, tradicionais ou os novos bancos digitais. Pode-se acessar todo o histórico de e-mails recebidos e enviados, também sem limite temporal, bastando acessar o *Mail*, *Hotmail* ou *Gmail*. Os aplicativos de acesso à internet, como *Safari* e *Google Chrome*, permite acesso a todo histórico de buscas e sítios eletrônicos acessados. Aplicativos como *Uber*, *Google Maps* e *Waze*, dão informações sobre locais pesquisados ou visitados e quando o foram. Até informações sobre pedidos de refeições é possível extrair-se.

Em comparação com o passado, hoje, revela-se muito mais. Inclusive, a doutrina classifica o fenômeno como direito probatório de terceira geração, que versa sobre "provas invasivas, altamente tecnológicas, que permitem alcançar conhecimentos e resultados inatingíveis pelos sentidos e pelas técnicas tradicionais" (KNIJNIK, 2014, p. 179). Dessa feita, o acesso aos dados de celular, em investigações criminais, pode ser medida fundamentalmente esclarecedora, mas não sem custo, pois, com ela, vem junto a potencial devassa à intimidade do indivíduo investigado.

Emprestando-nos da metáfora da intimidade vista como três círculos concêntricos (GRECO, 2018, p. 34; ANDRADE, 1992, p. 94 e ss.), em camadas, de um núcleo intocável a uma superfície mais restringível, dados obtidos em um aparelho celular, há uma década, situavam-se nas camadas mais periféricas deste esquema (pensando-se, por exemplo, em agendas telefônica e registro de chamadas). Hoje, perpassam por essas três camadas, da intimidade nuclear, à vida privada ou privacidade intermediária, até a mais periférica, publicável. Dados obtidos em um aparelho celular podem estar acobertados, também, por diferentes tipos de sigilo, como os bancários, fiscais ou telemáticos, ou seja, circunscrevem-se em âmbitos de proteção jurídica diferentes, em ordem a receber tratamento jurídico distinto².

Assim, do maior nível de revelação dos dados do celular pelo significativo desenvolvimento das tecnologias de comunicação, da maior intensidade da intrusão à

² Neste ponto, importante que se faça uma diferenciação. São múltiplos os dados contidos nos celulares, como agenda telefônica, registro de chamadas, conversas privadas, fotografias, documentos, dados bancários etc. Esses dados possuem diferentes naturezas, a ensejar não apenas formas de proteção jurídica distintas (dadas pelo direito à intimidade, à honra, à imagem, ao sigilo bancário, de comunicações etc.), mas permitindo concluir que, a depender do dado que se acesse, muda-se o grau de invasividade da medida, à luz do princípio da proporcionalidade. Quer dizer, podem considerar-se ingerências leves o acesso à agenda telefônica e ao registro de chamadas, enquanto já configuram ingerências definitivamente mais intrusivas o acesso, por exemplo, a conversas de WhatsApp e fotografias pessoais, por representarem invasões mais substanciais da privacidade. Assim, a título de esclarecimento terminológico, quando, no decorrer deste trabalho, limitarmos à menção a "dados do celular", teremos em mente aqueles cujo acesso pelo Estado afigura-se mais invasivo.

intimidade e da conjugação de múltiplos e distintos âmbitos de proteção jurídica, parece decorrer um correlato dever estatal incrementado de proteção a estes dados, afinal, de acordo com o texto constitucional, são invioláveis a intimidade e a vida privada³ (art. 5º, X)⁴.

Seguindo essa linha de premissas, firmou-se, no plano jurisprudencial, o entendimento de que os dados armazenados nos aparelhos celulares, como os derivados de programas ou aplicativos de troca de mensagens, fotografias etc., só podem ser acessados e utilizados mediante prévia autorização judicial, com base em decisão devidamente motivada que evidencie a imprescindibilidade da medida e que seja capaz de justificar a mitigação do direito à intimidade e à privacidade do agente afetado⁵.

Como consequência, nos casos em que há o acesso, por agentes de persecução penal, aos dados do celular da pessoa, por ocasião da própria prisão em flagrante, sem a prévia e indispensável autorização judicial, ainda que seja verificada a existência de mensagens de texto que indiquem a prática do crime, reconhecem-se ilícitas as provas derivadas do acesso ilícitos - sem prejuízo da verificação, caso a caso, da existência de provas de fonte independente, tema

³ O art. 5º, inciso X, da CF, estabelece que são invioláveis a intimidade e a vida privada das pessoas. Também o art. 11, nº 2, da CADH estabelece: “Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em outras correspondências, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação”. O inciso XII, do art. 5º, da CF, estabelece que 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. Além do mais, a Lei 9.472/1997, ao dispor sobre a organização dos serviços de telecomunicações, prescreve, em seu art. 3º, V, que o usuário desses tem direito “à inviolabilidade e ao segredo de sua comunicação, salvo nas hipóteses e condições constitucionais e legalmente previstas”. Já a Lei 12.965/2014 – Marco Civil da Internet –, estabelece os princípios, garantias e deveres para o uso da internet no Brasil, prevê, em seu art. 7º, III, entre os direitos assegurados aos usuários da rede mundial, “a inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial”.

⁴ Dizer que um direito fundamental é inviolável não significa dizer que ele é impassível de restrição ou de intervenção (isso seria dizer que ele é intangível ou intocável – atributo que se liga não a todo o âmbito de proteção do direito fundamental, mas somente ao reduzido núcleo mínimo ou à dignidade da pessoa humana). Ser inviolável significa ser impassível de restrição ou intervenção injustificada, ou seja, não justificada. Intervenção não justificada em direito fundamental equivale a lesão ou violação a direito fundamental – o que não se admite, porque todo direito fundamental é inviolável. Por outro lado, admite-se intervenções justificadas em direitos fundamentais (GRECO, 2018, p. 31-35).

⁵ Por todos, conferir o julgado, do Superior Tribunal de Justiça, no Habeas Corpus 542.293/SP, Relator Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 17/12/2019, DJe 19/12/2019: “(...) 1. Os dados armazenados nos aparelhos celulares - envio e recebimento de mensagens via SMS, programas ou aplicativos de troca de mensagens, fotografias etc. -, por dizerem respeito à intimidade e à vida privada do indivíduo, são invioláveis, nos termos em que previsto no inciso X do art. 5º da Constituição Federal, só podendo, portanto, ser acessados e utilizados mediante prévia autorização judicial, com base em decisão devidamente motivada que evidencie a imprescindibilidade da medida, capaz de justificar a mitigação do direito à intimidade e à privacidade do agente. (...)”. E, também do Superior Tribunal de Justiça, o Habeas Corpus 428.369/PE, Relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 17/09/2019, DJe 03/10/2019: “Esta Corte possui pacífica orientação no sentido de que, não havendo ordem judicial, é ilícito o acesso aos dados armazenados em aparelho celular obtido pela polícia, no momento da prisão em flagrante (...)”.

que atine aos casos concretos e cuja análise, portanto, extrapola os objetivos que animam o presente trabalho⁶.

Quanto ao entendimento firmado por ocasião do acesso a dados do celular, sem prévia autorização judicial, no momento do flagrante, não há o que retocar do posicionamento assentado no plano jurisprudencial.

Afinal, como os dados do celular albergam espaços íntimos da vida do indivíduo e os registram em sua máxima espontaneidade, manifestados em ambiente e momento livres de vigilância, quando o indivíduo não supunha que seria futuramente fiscalizado, muito menos por autoridades estatais, fica claro que a medida estatal de acesso, se por um lado pode contribuir com o esclarecimento dos fatos investigados ou imputados, por outro lado, também vulnera a intimidade, a privacidade do titular, de modo a exigir-se especial justificação para este tipo de intervenção. Trata-se de medida altamente invasiva e, quanto maior a capacidade funcional do aparelho, maior seu o grau de intrusividade.

A esse propósito, embora assentando a questão em dispositivo constitucional diverso - que diz com a “comunicação” fluída de dados, conquanto, para nós, a discussão gravite sobre a intimidade contida nos dados em si, já armazenados – ressaltando o incremento dos deveres de proteção decorrentes das novas tecnologias:

Do direito fundamental à privacidade protegido constitucionalmente extrai-se como princípio básico, que quanto mais grave for a intervenção, maiores devem ser os requisitos para a intervenção nesse direito e mais específica deve ser a lei que prevê tal interferência. (...). Se o STF no RE 418.416/SC já entendeu que a garantia da inviolabilidade de sigilo art. 5º, XII, referia-se à comunicação de dados e não aos dados em si, é porque certamente o cenário dos riscos ao cidadão era bastante diverso tendo em vista as tecnologias então existentes. (MENDES, 2015).

Todavia, quando o tema se conjuga com as buscas domiciliares, a questão adquire maior complexidade e o entendimento firmado no plano jurisprudencial não é impassível de crítica e revisitação.

⁶ REGRAMENTO CONSTITUCIONAL E LEGAL, E NOTA DOUTRINÁRIA SOBRE *EXCLUSIONARY RULES*.

3. Do entendimento jurisprudencial pela desnecessidade de prévia autorização judicial para acessar dados de celular apreendido em cumprimento de mandado de busca domiciliar

Como visto, quando o acesso aos dados do celular sem prévia autorização judicial ocorre por ocasião do flagrante, as provas dele obtidas são consideradas ilícitas.

Entretanto, como adiantado, a questão muda de figura quanto ao acesso aos dados do celular apreendido no cumprimento de ordem judicial que autorizou a busca e apreensão no domicílio do suspeito.

Isso porque, nessa hipótese, entende-se que está pressuposta na ordem de apreensão do aparelho o acesso aos dados nele armazenados, sob pena de a busca e apreensão se tornar uma medida írrita, posto que o aparelho sem seu conteúdo não pode ser utilizado como prova criminal. Se ocorreu a busca e apreensão da base física dos aparelhos celulares, porque relevantes para a investigação – como argumenta a jurisprudência –, *a fortiori*, não há óbice para se adentrar ao seu conteúdo já armazenado, sendo prescindível nova autorização judicial para o acesso e a utilização dos dados⁷.

Esse entendimento, somado ao de que não se exige que o magistrado delimite, no momento da decisão que defere a medida, quais serão os objetos a serem apreendidos, significa que havendo prévia decisão judicial autorizando mandado de busca e apreensão no domicílio do agente, independentemente de quais objetos constem da ordem de busca e, durante esta,

⁷ Por todos, conferir o julgado do Superior Tribunal de Justiça - Habeas Corpus 428.369/PE, Relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 17/09/2019, DJe 03/10/2019: “ (...) 4. Quanto à alegação de ausência de delimitação do objeto, na decisão que decretou a busca e apreensão, o pleito também não procede, pois, conforme precedentes desta Corte, não é possível ao Magistrado delimitar, no momento da decisão que defere a medida, quais serão os objetos a serem apreendidos. 5. Esta Corte possui pacífica orientação no sentido de que, não havendo ordem judicial, é ilícito o acesso aos dados armazenados em aparelho celular obtido pela polícia, no momento da prisão em flagrante. Contudo, no caso, o celular do Paciente foi apreendido pela autoridade policial no cumprimento de decisão judicial que deferiu medida cautelar de busca e apreensão, o que atrai, à espécie, o entendimento desta Corte, segundo o qual, ‘[s]e ocorreu a busca e apreensão dos aparelhos de telefone celular, não há óbice para se adentrar ao seu conteúdo já armazenado, porquanto necessário ao deslinde do feito, sendo prescindível nova autorização judicial para análise e utilização dos dados neles armazenados’ (RHC 77.232/SC, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 16/10/2017)”. E, também do Superior Tribunal de Justiça, o Agravo Regimental no Habeas Corpus 567.637/RS, Relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 03/11/2020, DJe 12/11/2020: “(...) 3. Esta Corte Superior entende que ‘na pressuposição da ordem de apreensão de aparelho celular ou smartphone está o acesso aos dados que neles estejam armazenados, sob pena de a busca e apreensão resultar em medida írrita, dado que o aparelho desprovido de conteúdo simplesmente não ostenta virtualidade de ser utilizado como prova criminal’ (RHC 75.800/PR, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 15/9/2016, DJe 26/9/2016) (...)”.

apreender-se o celular do afetado, não se exige nova decisão judicial para que os agentes estatais verifiquem seu conteúdo.

4. Críticas: da necessidade de distinção entre situações

Como se viu, pela forma como caminha a jurisprudência, a decisão que defere o mandado de busca acaba por servir, automaticamente e por si só, para autorizar, adicionalmente, a apreensão e o acesso e a utilização dos dados armazenados no celular do afetado, já que estes entendem-se pressupostos no mandado de busca que não exige que o magistrado minudeceie todos os objetos que serão apreendidos

Não obstante, a nosso ver, não é possível afirmar de forma apriorística uma resposta para o problema quanto à necessidade ou desnecessidade de nova autorização judicial, sob pena de, em certas hipóteses, desproteger-se em intolerável demasia o direito fundamental à intimidade do afetado.

Isso porque, no caso em que há medida estatal de busca e apreensão domiciliar e medida estatal de acesso aos dados armazenados no celular, estar-se-á diante de hipótese em que há não uma, mas duas medidas interventivas, distintas e autônomas, que afetam não um, mas dois direitos fundamentais: a inviolabilidade do domicílio (art. 5º, XII, da CF) e a intimidade e vida privada (art. 5º, X, da CF), preceitos autônomos e que, além de previstos em dispositivos distintos, não se confundem, e que acobertam e asseguram realidades empíricas diferentes.

O tratamento constitucional das buscas domiciliares é dado pelo inciso XI, do artigo 5º, da Constituição, segundo o qual a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou, durante o dia, por determinação judicial (mandado de busca e apreensão).

Enquanto o tratamento constitucional da intimidade e da vida privada é conferido pelo inciso X, do mesmo artigo. O primeiro modelo protetivo desenha-se em atenção à tutela do direito fundamental à inviolabilidade do domicílio, enquanto o segundo, desenhado proeminentemente pela jurisprudência, em atenção ao direito fundamental à intimidade.

Para que a intervenção em direito fundamental, seja ele qual for, afigure-se legítima e não configure violação a direito fundamental, ela deve ser uma intervenção justificada. Se a intervenção ao âmbito protetivo do direito fundamental for uma intervenção não justificada, estamos diante de lesão a direito fundamental, o que não se admite.

Portanto, no caso em que há duas medidas estatais interventivas a adentrar no âmbito de proteção de dois direitos fundamentais, é essencial que existam duas justificações que legitimem as duas medidas.

Demais a mais, se a decisão judicial que autoriza intervenção estatal nas balizas protetivas do direito fundamental não vem acompanhada da devida fundamentação, ainda que sucintamente, ela deve ser reputada nula e ineficaz (GOMES FILHO, 2001, pp. 79- 80; 95). Para tanto, se a decisão judicial pretende autorizar duas intervenções estatais no âmbito de dois direitos fundamentais, o mínimo que ela precisa fazer é justificar ambas as intervenções, quer dizer, esboçar motivação que evidencie a imprescindibilidade de ambas as medidas e que seja capaz de justificar a mitigação do direito fundamental à inviolabilidade domiciliar e à intimidade.

A nosso ver, a fundamentação da decisão judicial que autoriza a medida de busca e apreensão domiciliar não pressupõe necessariamente a autorização para a segunda intervenção estatal - acesso a dados armazenados no celular. Porém, poderá a justificar quando se referir expressamente à apreensão do aparelho celular e à imprescindibilidade de acesso ao seu conteúdo. Se a fundamentação da decisão que defere a busca e apreensão domiciliar sequer se refere ao celular do afetado, tampouco à necessidade de acessar a seus dados, significa que a fundamentação apenas provê justificação para uma medida de restrição a um direito fundamental - a inviolabilidade do domicílio.

A carência de justificação para devassar a intimidade se acentua quando a fundamentação da decisão judicial que defere a busca domiciliar contiver exclusivamente passagens alusivas a questões relativas ao local, como a “movimentação típica de local em que se comercializa drogas”, ou quando autorizar expressamente a apreensão de outros objetos, como drogas, petrechos, armas, munições, mas silencie quanto a aparelhos eletrônicos. Quer dizer, se toda a motivação da decisão se estrutura sobre a possibilidade de ingressar na casa do afetado e de apreender os objetos expressamente nela constantes, a apreensão do celular e acesso a seus dados são medidas que extrapolam a autorização conferida pelo Poder Judiciário.

Ad argumentandum, imaginemos se o oposto ocorresse, se também seria admitida a medida. Em outras palavras, após a apreensão do aparelho celular do averiguado, por ocasião da prisão em flagrante, caso a autoridade policial represente pela quebra do sigilo de dados do aparelho e o juiz o defira, a autorização judicial serviria também como mandado de busca domiciliar? Evidentemente que a resposta deverá ser negativa, uma vez que a autorização

judicial conferida para legitimar uma determinada invasão à esfera jurídica do afetado não pode valer, indistintamente, para outras intervenções.

Posto isso, parece-nos que, antes de uma única resposta apriorística, soluções mais adequadas devem ser procuradas à luz da análise da fundamentação da decisão judicial que autorizou o ingresso para a busca e apreensão no domicílio do investigado, seguindo critério que pode acarretar em duas situações.

4.1 Dos casos em que a decisão judicial que defere a busca e apreensão não menciona expressamente o aparelho celular

O primeiro caso que merece reflexão é o que a decisão judicial que defere a busca e apreensão domiciliar nem ao menos se refere ao aparelho celular, como por exemplo, durante investigação do crime de tráfico de drogas em que, após a realização de campanas nos arredores da residência do averiguado, a autoridade policial representa pela entrada no domicílio e o juiz defere a busca e apreensão de drogas, petrechos para o tráfico, armas de fogo e munições, mas não menciona expressamente a apreensão de aparelho celular.

Nesse caso, haverá justificação - decisão judicial prévia e motivada - que autorize a intervenção estatal no âmbito protetivo do direito fundamental à inviolabilidade de domicílio do suspeito, de modo que o ingresso, na hipótese, será lícito, assim como as provas dele decorrentes.

Ocorre que, quando entre as provas obtidas está o celular, há de se atentar para o fato de que seus dados são objeto de proteção jurídica autônoma, com requisitos próprios e distintos de flexibilização.

Se em nenhuma parte da fundamentação do mandado de busca e apreensão constar motivação destinada especificamente ao celular, à imprescindibilidade (não só da busca dos objetos mencionados no mandado, mas também) do acesso ao conteúdo do celular do afetado, capaz de justificar a mitigação do direito fundamental à intimidade, conseqüentemente, as provas derivadas do acesso terão sido obtidas por medida interventiva carecida de justificação, ou seja, por ordem judicial genérica, violando a um só tempo o direito a intimidade e o imperativo constitucional de fundamentação das decisões judiciais⁸.

⁸ Da jurisprudência do Supremo Tribunal Constitucional, colhe-se caso concreto, no bojo da Reclamação 33.711/SP, Relator Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgada em 11/06/2019, em que o Relator, além de julgar procedente a reclamação, concedia ordem de habeas corpus de ofício, calcado na indevida apreensão do celular do reclamante durante medida de busca e apreensão, sem a demonstração da existência de prévia

Silente o mandado de busca quanto à apreensão do celular, não se pode presumir que o órgão jurisdicional que emitiu a decisão efetivamente sopesou as substanciais ingerências que a medida pode provocar no direito à intimidade do afetado.

À vista disso, a obtenção de prova diretamente, sem prévia, fundamentada e específica autorização do Poder Judiciário, dos dados constantes de aparelho celular, como fotografias ou conversas por *WhatsApp*, por dizerem respeito à intimidade e à vida privada do indivíduo, deve ser reputada ilícita, por ocorrer em violação de normas constitucionais e legais, a revelar sua inadmissibilidade e imperioso desentranhamento. Não se admitem diligências invasivas de acesso a dados (bancários, conversas e fotos) não precedidas de qualquer menção emanada de órgão jurisdicional à necessidade e proporcionalidade destas específicas medidas investigatórias.

Nesse ínterim, poder-se-ia perguntar se, uma vez que não consta a determinação de apreensão do celular no mandado de busca, seria também vedada a sua apreensão pelos agentes que cumprirem a ordem de busca.

Da forma como vemos, nesta hipótese, poder-se-ia apreender o aparelho, caso a autoridade encarregada de presidir a investigação entenda-o relevante para o deslinde do feito, fundando-se no entendimento de que não é exigido do magistrado o esmiuçamento dos objetos a serem apreendidos na busca.

É verdade que, nesse ponto, poderia se argumentar que, nas hipóteses em que é lícita a apreensão, também deve ser lícito o acesso, este pressuposto naquela, sob pena de a retenção do aparelho, por si só, ser inútil à formação da prova.

No entanto, em primeiro lugar, a argumentação não supera a distinção semântica e jurídica entra a apreensão do dispositivo e o acesso ao seu conteúdo. A apreensão do celular não se confunde com o acesso aos seus dados.

Em segundo lugar, mesmo sem menção expressa ao aparelho celular na decisão judicial que defere a busca e apreensão domiciliar, a apreensão do dispositivo poderá ser lícita, para

autorização judicial, porque não houve menção, na decisão judicial que decretou a medida de busca e apreensão, quanto à possibilidade de apreensão do aparelho telefônico – no caso, a determinação de apreensão do aparelho constava do mandado, mas não da decisão judicial, constituindo ordem constritiva emanada sem a existência de prévia e fundamentada decisão judicial que demonstrasse a necessidade, a adequação e a proporcionalidade em sentido estrito da medida, em contrariedade ao art. 93, IX, da CF. No entanto, a Turma acompanhou o relator apenas quanto à procedência da reclamação, mas não quanto à concessão da ordem de habeas corpus de ofício, ao argumento de que não é exigido do juiz que minudeceie todos os objetos a serem encontrados.

fazer cessar a atividade criminosa ou mesmo como uma medida preparatória à preservação e produção futura da prova, que será a que derivará do posterior acesso o seu conteúdo, se assim o requerer os órgãos de persecução penal e autorizar o juiz. Mas, o acesso aos dados, por representar intervenção autônoma no espaço protegido pelo direito fundamental à intimidade, carecerá de justificação própria, ainda que sucinta, sob pena de se valorar prova obtida de intervenção estatal em direito fundamental carente de fundamentação. E, se não houve sequer menção do celular na fundamentação da decisão judicial anterior, não se pode afirmar que a autorização de acesso aos dados, medida altamente invasiva, esteja pressuposta.

Ademais, há casos em que a natureza da infração e a redação do tipo penal não fazem pressuposta na apreensão do celular, por si só, o acesso a seu conteúdo, que representa intervenção estatal autônoma, como nos crimes de tráfico de drogas (art. 33, da Lei 11.343/2006), em que a busca e apreensão domiciliar, antes de ser destinada à apreensão de celulares, destina-se à apreensão da própria droga.

Excepcionalmente, é possível ressaltar casos em que a demora na obtenção da autorização judicial para o ingressar o conteúdo do celular possa acarretar prejuízos concretos à investigação ou à vítima do delito. Nestas hipóteses, demonstradas estas circunstâncias urgentes no processo, não seria razoável considerar ilícito o acesso imediato do conteúdo do aparelho. Por exemplo, “um caso de extorsão mediante sequestro, em que a polícia encontre aparelhos celulares em um cativado recém-abandonado: o acesso *incontinenti* aos dados ali mantidos pode ser decisivo para a libertação do sequestrado”⁹.

Portanto, observa-se que nas hipóteses em que o mandado judicial de busca e apreensão domiciliar não se refere ao aparelho celular, será lícito apreendê-lo, porém, para que seja legítima a quebra do sigilo dos dados nele armazenados, será necessário, após a apreensão, pronunciamento jurisdicional a respeito, quanto mais se, no caso concreto, não se verificar situação urgente ou prejuízo às investigações que justifique o acesso *incontinenti*.

Vale acrescentar, a adoção do entendimento sustentado por este trabalho não tem o condão de complexificar ou burocratizar o processo, tampouco seria desprovida de propósito. Primeiro, porque adotar o entendimento aqui defendido não implica necessariamente em requerer novamente do Poder Judiciário uma segunda decisão – o que poderia apontar-se como moroso –, pois basta que a fundamentação da primeira decisão (mandado de busca) justifique,

⁹ O exemplo é de Maria Thereza de Assis Moura, no voto proferido no julgamento do Recurso em Habeas Corpus 51.531/RO, Relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 19/04/2016, DJe 09/05/2016.

também, ainda que de forma concomitante ou sucinta, a ingerência adicional na esfera jurídica da intimidade do indivíduo, para além da mitigação da inviolabilidade de seu domicílio. Com o benefício não só de conferir solução jurídica ajustada à luz da dogmática de intervenção em direitos fundamentais no processo penal, como também de elevar a legitimidade do poder punitivo, em virtude de elevar o grau de justificação de suas intervenções.

4.2 Dos casos em que a decisão judicial que defere a busca e apreensão menciona expressamente a apreensão do aparelho celular

O segundo caso a que destinaremos reflexão é o em que a decisão judicial que defere a medida de busca e apreensão domiciliar menciona expressamente a apreensão do aparelho celular, embora não aluda literalmente à autorização de acesso ao seu conteúdo – ou até aluda, mas de forma excessivamente sucinta, como “ademais, defiro o acesso *in loco* aos aparelhos mencionados”.

Nessas hipóteses, embora permaneça existente e válida a distinção entre apreender o celular e acessar seu conteúdo, pode-se entender que a autorização de acesso esteja contida na autorização de apreensão. Em primeiro lugar, porque existe expressamente uma determinação judicial de apreensão do celular, de modo que, se o magistrado não excepcionar fim diverso a que se destina, supõe-se que a medida se presta à futuro exame do conteúdo do aparelho, mencionado na fundamentação da ordem judicial.

Se há menção literal à apreensão do aparelho celular na fundamentação da decisão constritiva, está pressuposto que o órgão jurisdicional, para determiná-la, sopesou a possível ingerência no direito à intimidade que acoberta os dados armazenados no aparelho, pois, atualmente, não há como se falar em celular sem, implicitamente, conhecer o arsenal potencial de informações que ele contém.

Ademais, há casos em que, pela natureza da infração e pela própria redação do tipo penal, a apreensão do aparelho logicamente se destina somente ao acesso futuro de seu conteúdo para obtenção de prova da materialidade do crime, como nos delitos previstos no art. 241-B, do ECA - “Adquirir, possuir ou armazenar, por qualquer meio, fotografia, vídeo ou outra forma de registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente”.

Logo, nas hipóteses quando há menção à apreensão do celular na decisão de busca e apreensão domiciliar, mesmo que não haja expressa autorização de acesso ao seu conteúdo,

pode-se aplicar o entendimento jurisprudencial segundo o qual se supõe da ordem de apreensão do aparelho o acesso aos dados nele armazenados.

Por outro lado, se se apreendeu aparelho celular durante busca domiciliar cujo mandado autorizativo não menciona expressamente a apreensão do celular, mesmo que relevante para a investigação, embora lícita a apreensão (por não se exigir do juiz que delimite, no momento da decisão que defere a medida busca, quais serão os objetos a serem apreendidos), será necessária obter do Poder Judiciário autorização para acessar os dados neles armazenados, uma vez que, se a decisão não menciona expressamente a apreensão do celular, não se pode supor que já foram sopesados pelo magistrado as possíveis ingerências à intimidade da pessoa que o acesso a seus dados pode provocar no caso concreto, afinal, sequer se mencionou o telefone.

5. Conclusão

Com o aumento da capacidade funcional dos aparelhos de telefone celular, durante os últimos anos, a medida de acesso aos dados neles armazenados passou de uma leve ingerência à esfera jurídica do afetado, para uma significativa intervenção estatal no âmbito de sua intimidade e vida privada.

Embora seja louvável o fato de a jurisprudência pátria, em atenção aos avanços tecnológicos das comunicações e aos imperativos de proteção de direitos fundamentais, exigir prévia e fundamentada autorização judicial para que os órgãos de persecução penal possam acessar os dados do celular, há espaço para aprimorar o tratamento da matéria, sobretudo quando conjugada com o tema das buscas domiciliares.

O entendimento jurisprudencial vigente admite hipóteses em que há mitigação do direito fundamental à intimidade e à vida privada com base na justificação conferida pelo Poder Judiciário para mitigar outro direito fundamental, a inviolabilidade do domicílio. A autorização para uma única medida interventiva acaba servindo para duas. Alarga-se o espaço de exposição da intimidade e vida privada do indivíduo sem a correlata justificação que legitime este alargamento, em “economia processual” não gratuita, mas feita às custas dos imperativos de proteção dos direitos fundamentais.

6. Referências

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1974. Reimpressão 2004.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). In: YARSHELL, Flávio; ZANOIDE, Maurício (orgs.), *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grrinover*. São Paulo: DPJ, 2005.

GRECO, Luís. O inviolável e o intocável no direito processual penal: considerações introdutórias sobre o processo penal alemão (e as suas relações com o direito constitucional, o direito de polícia e o direito dos serviços de inteligência). In: WOLTER, Jürgen. *O inviolável e o intocável no direito processual penal. Reflexões sobre dignidade humana, proibição de prova, proteção de dados (e separação informacional de poderes) diante da persecução penal*. Org. int. GRECO, Luís. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

KNIJNIK, Danilo. *Temas de direito penal, criminologia e processo penal. A trilogia Olmstead-Katz-Kyllo: o art. 5º da Constituição Federal do Século XXI*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

MENDES, Laura Schertel. Uso de softwares espíões pela polícia: prática legal? 04 de junho de 2015. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/uso-de-softwares-espioes-pela-policia-pratica-legal-04062015>>. Acesso em 04 de junho de 2021. .

TAVARES, Juarez; CASARA, Rubens. *Prova e verdade*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

WOLTER, Jürgen. Proibições de prova e proibições de circunvenção: entre a busca da verdade e a proibição de devassamento. In: WOLTER, Jürgen. *O inviolável e o intocável no direito processual penal. Reflexões sobre dignidade humana, proibição de prova, proteção de dados (e separação informacional de poderes) diante da persecução penal*, org. int. GRECO, Luís. São Paulo: Marcial Pons, 2018.