



UNIVERSIDADE DO ESTADO DA BAHIA – UNEB
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS HUMANAS – CAMPUS IV
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO

IGOR RODRIGO DA SILVA SANTOS

A BUSCA PESSOAL E O DIREITO À INTIMIDADE TECNOLÓGICA DO
APARELHO CELULAR, UM “COFRE MÓVEL”

Jacobina
2022

IGOR RODRIGO DA SILVA SANTOS

**A BUSCA PESSOAL E O DIREITO À INTIMIDADE TECNOLÓGICA DO
APARELHO CELULAR, UM “COFRE MÓVEL”**

Monografia submetida à banca de graduação
como requisito para obtenção do diploma de
bacharelado em Direito. Universidade do
Estado da Bahia – UNEB CAMPUS – IV.

Orientador: Prof. Me. Rodrigo Ribeiro Guerra.

**Jacobina - Ba
2022**

IGOR RODRIGO DA SILVA SANTOS

**A BUSCA PESSOAL E O DIREITO À INTIMIDADE TECNOLÓGICA DO
APARELHO CELULAR, UM “COFRE MÓVEL”**

Monografia submetida à banca de graduação como requisito para obtenção do diploma de
bacharelado em Direito. Universidade do Estado da Bahia – UNEB CAMPUS – IV

Monografia aprovada em ____/____/2022

BANCA DE QUALIFICAÇÃO

Prof. Me. Rodrigo Ribeiro Guerra - Orientador
Universidade do Estado da Bahia – UNEB

Prof. (UNEB)
Universidade do Estado da Bahia – UNEB

Prof.
Universidade

**Jacobina
2022**

LISTA DE SIGLAS

CF – Constituição Federal;

CPP – Código de Processo Penal;

CP – Código Penal;

C.C. – Código Civil;

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística;

STJ – Superior Tribunal de Justiça;

STF – Supremo Tribunal Federal;

PNAD Contínua TIC – Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua – Tecnologia da Informação e Comunicação;

PIDCP – Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos;

CADH – Convenção Americana de Direitos Humanos;

HC – Habeas Corpus;

RE – Recurso Extraordinário;

Resp – Recurso Especial;

AgRg no HC – Agravo Regimental no Habeas Corpus;

AgRg nos EDcl no Recurso em HC – Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Recurso em Habeas Corpus.

“Não há outro meio de atalhar o arbítrio, senão dar contornos definidos e inequívocos à condição que o limita.”

(Rui Barbosa)

AGRADECIMENTOS

De antemão, gostaria de agradecer a Deus; sem ele nada acontece. Agradeço à pessoa mais importante da minha vida, minha mãe, Creuza Sueli da Silva Santos; sem ela nada disso poderia acontecer; mulher guerreira e forte que sempre esteve em meus pensamentos e, mesmo sem poder, se esforçava para, de alguma forma, me ajudar. Lembro-me como se hoje fosse, de um dia, quando tarde da noite, voltando para casa no transporte público, derramei lágrimas e senti vontade de desistir devido as dificuldades que me assolavam, mas foi por lembrar de você, mãe, que pude ter forças para continuar. Te amo!

Agradeço à minha noiva, Claressa Freitas, mulher incrível, que me aturou nos momentos difíceis. Sem dúvida ela foi a revisora dos meus trabalhos acadêmicos e sempre esteve ao meu lado, nesse percurso árduo.

Além disso, agradeço também à minha tia Maria do Socorro, a primeira pessoa que me ajudou a dar início no curso ainda na cidade de Salvador (naquele momento sequer eu tinha recursos financeiros para essa jornada), a qual me auxiliou durante todo o curso e por isso, posso afirmar também, que sem ela eu não teria conseguido chegar aqui.

Ao meu tio, Cláudio Aguiar e sua esposa Eneide Aguiar, que me acolheram em sua residência durante um significativo tempo. Sem dúvida, esse acolhimento foi importante e impactou substancialmente no desenvolvimento e na qualidade dos meus estudos, me proporcionando condições de prosseguir em minha caminhada.

Sem dúvida, não poderia também deixar de agradecer a meu tio, Eudes Aguiar dos Santos, o qual Deus levou para seu lado recentemente; uma pessoa inigualável, notoriamente conhecido na cidade de Senhor do Bonfim por ser uma “figura” em seu comportamento e estilo de vida. Por diversas vezes ele me auxiliou financeiramente e sempre com seu jeito único aduzia: “tu é de mais viu, Igor?”. Obrigado, meu tio!

Por fim, agradeço a todos os professores que depositaram um pouco de seu conhecimento, bem como àqueles que, de forma direta ou indireta, contribuíram durante esse percurso acadêmico.

RESUMO

O presente estudo abordará sobre a possibilidade de a autoridade policial, durante a realização de uma busca pessoal, acessar as informações contidas no aparelho celular sem autorização judicial, tendo em vista a proteção axiológica desses direitos fundamentais contidos neste objeto. A produção probatória para fins de investigação criminal encontra limites constitucionais, os quais servirão de balizas para garantir a legitimidade da persecução penal em um estado democrático de direito. Nesse sentido os direitos fundamentais contidos nos aparelhos celulares devem ser observados no momento da realização da busca pessoal. O posicionamento do Superior Tribunal de Justiça sobre a temática é de sua importância para a compreensão das implicações jurídicas, uma vez que é o norteador das interpretações das leis federais, como o código de processo penal que prevê as diretrizes para a busca e apreensão. A metodologia aplicada no trabalho foi uma abordagem, descritiva, qualitativa e indutiva, tendo como base a revisão bibliográfica de livros, artigos científicos, websites, leis e jurisprudência, permitindo um maior aprofundamento sobre a temática em estudo e objetivando uma contribuição com novas reflexões e perspectivas de estudo. Assim, o estudo apresenta sua importância social justamente para que se possa informar e esclarecer à sociedade sobre seus direitos e consequências jurídicas que implicam quando inobservados os são.

Palavras chaves: Busca pessoal. Aparelho celular. Reserva jurisdicional.

ABSTRACT

The present study will address the possibility of the police authority during a personal search to access the information contained in the cell phone without judicial authorization, in view of the axiological protection of these fundamental rights contained in this object. The production of evidence for the purposes of criminal investigation meets constitutional limits, these will serve as beacons to guarantee the legitimacy of criminal prosecution in a democratic state of law. In this sense, the fundamental rights contained in cell phones must be observed at the time of carrying out the personal search. The position of the Superior Court of Justice on the subject is important for understanding the legal implications, since it guides the interpretations of federal laws, such as the code of criminal procedure that provides guidelines for search and seizure. The methodology applied in the work was a descriptive, qualitative and inductive approach, based on the bibliographic review of books, scientific articles, websites, laws and jurisprudence, allowing a greater depth on the subject under study. Aiming at a contribution with new reflections and study perspectives. Thus, the study presents its social importance precisely so that it can inform and clarify society about its rights and the legal consequences that they imply when they are not observed.

Keywords: Personal search. Cellphone. Jurisdictional reservation.

Sumário

CONSIDERAÇÕES INICIAIS	10
1 DOS LIMITES CONSTITUCIONAIS À PRODUÇÃO DA PROVA PENAL	13
1.1 Dos princípios limitadores.....	14
1.2 Provas ilícitas e ilegítimas	17
1.3 Exceções de admissibilidade da prova ilícita.....	20
1.4 Prova ilícita por derivação.....	22
2 A PRODUÇÃO DA PROVA PENAL NA VISÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.....	26
2.1 Da busca e apreensão.....	26
2.1.1 Da busca domiciliar	28
2.1.2 Da busca pessoal	37
2.1 Direito a não autoincriminação	44
3 A APREENSÃO DE APARELHO CELULAR E A LEGALIDADE DO ACESSO AO CONTEÚDO	50
3.1 O flagrante delito como medida autorizadora de acesso ao aparelho celular	51
3.2 A busca domiciliar/pessoal e o acesso ao aparelho celular	58
4 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	60
REFERÊNCIAS	Erro! Indicador não definido.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Conforme o decurso do tempo é natural o desenvolvimento social, seja ele no campo econômico, político, jurídico ou outro qualquer. Nesse sentido, o avanço tecnológico tem estado presente cada vez mais na sociedade brasileira, sendo o aparelho celular um típico exemplo.

Segundo estudo realizado pela Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua – Tecnologia da Informação e Comunicação – PNAD Contínua TIC, no ano de 2015 o aparelho celular se consolidou como principal meio de acesso à internet no Brasil.

Em 2020, pelo mesmo órgão e divulgado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, no ano de 2018, cerca de 79,3% dos brasileiros com 10 anos ou mais têm aparelhos celulares de uso pessoal, com ou sem internet. Sendo que 88,5% dessas pessoas que possuem o aparelho celular tem acesso à rede de internet por meio deles.

Diante disso, percebe-se que desde o ano de 2015, o smartphone passou a ocupar uma posição que até então não lhe pertencia, tornando-o o principal meio de acesso à internet e, por conseguinte, um instrumento de uso comum e essencial no cotidiano atual.

Tendo em vista esse desenvolvimento, o Estado brasileiro precisa adequar sua estrutura administrativa a esses avanços, principalmente no campo de combate à criminalidade, utilizando-se assim de ferramentas, como por exemplo: as Estações Rádio Base de Operadoras de telefonia móvel para localização de criminosos, bem como o rastreamento de dispositivos telefônicos, quando roubados. Dessa maneira, em um caráter preventivo, a legislação processual penal pátria prevê a possibilidade de agentes policiais realizarem a busca pessoal quando houverem fundadas suspeitas de que alguém oculte consigo arma proibida, objetos achados ou obtidos por meios criminosos, bem como descobrirem objetos necessários à prova de uma infração ou colherem qualquer elemento de convicção. Conforme dispõe o art. 240, § 2º do Código de Processo Penal Brasileiro.

Nesse diapasão, o aparelho celular utilizado pela maioria da população brasileira irá ganhar destaque no estudo do direito processual penal, uma vez que, é essencialmente comum, na prática policial, a realização de abordagens de praxe naqueles indivíduos que eventualmente demonstrem condutas suspeitas, ocasião em que, por diversas vezes, é comum relatos sobre o fato de muitos agentes exigirem a entrega do aparelho celular para verificação do conteúdo contido nele. Conduta similar ocorre nos casos de prisão em flagrante, fato este que pode gerar

desdobramentos no campo jurídico, como por exemplo, a descoberta de informações sobre a prática de crimes.

Nesse passo, é necessário observar que essa ferramenta tecnológica atualmente não é mais utilizada apenas para a comunicação telefônica através de chamadas, mas também, é instrumento que contém variadas informações de uma carga axiológica que recebe proteção constitucional, como: dados bancários, fotos íntimas, acesso às redes sociais, o próprio registro telefônico, geolocalização passada, entre outros.

É possível ainda, a identificação de outros instrumentos supralegais e infralegais que protegem essas informações, como a Constituição Federal, Convenções Internacionais, a Lei Geral de Proteção de Dados e outras. Dessa forma, se faz mister o estudo do mecanismo legal da busca pessoal e o nível de valoração que deve ser dado a essas informações consubstanciadas no aparelho celular.

Ainda nesse sentido, é notório que esses dispositivos cada vez mais apresentam tecnologias que antes eram tidas apenas em computadores. Atualmente esses aparelhos trazem a possibilidade de recebimento simultâneo de dados de forma instantânea, seja pela via oral ou escrita. Além do que, com a promessa da tecnologia 5G, a qual visa conectar todas as coisas, deve ser dada ainda mais atenção a esses avanços. Logo, é possível perceber que trata-se, literalmente, de um “cofre móvel”, não podendo ser tratado como um objeto qualquer.

Para o desenvolvimento eficiente dos objetivos trazidos nessa pesquisa, adota-se como processo metodológico uma abordagem objetiva, descritiva, qualitativa e indutiva, tendo como base a revisão bibliográfica de livros, artigos científicos, websites, leis e jurisprudência, permitindo um maior aprofundamento sobre a temática em estudo e objetivando uma contribuição com novas reflexões e perspectivas de estudo.

A realização da busca pessoal e a possibilidade de acesso às informações contidas no aparelho celular foi escolhida como tema para este trabalho para possibilitar um maior debate sobre a temática, visto que essa prática é de suma realidade social, ocorrendo por diversas vezes com a própria autorização do proprietário ou até mesmo através de uma coação, sendo necessário dessa forma analisar as consequências jurídicas desse ato, bem como delinear as possibilidades que autorizam ou não o acesso a essas informações e o seu (in) condicionamento à reserva jurisdicional.

Nesta senda, foi analisado em que medida, a legalidade da realização da busca pessoal, é suficiente para dilatar em uma autorização de apreensão e o acesso às informações contidas no aparelho celular do suspeito e quais suas implicações jurídicas.

O trabalho é dividido em quatro capítulos, perpassando na seguinte ordem: o primeiro capítulo aborda os limites constitucionais à produção da prova penal, que tratou sobre princípios constitucionais penais que devem ser observados para a produção da prova no processo penal, bem como as consequências da inobservância às normas jurídicas, maculando-a com a ilicitude; o segundo capítulo analisa a produção da prova na visão do Superior Tribunal de Justiça, e traça o decorrer histórico do posicionamento do tribunal quanto à busca domiciliar, pessoal e o direito ao silêncio; o terceiro capítulo debate sobre a apreensão do aparelho celular e a legalidade do acesso ao seu conteúdo, estudando assim, se há possibilidade de acesso ao celular e quais os seus desdobramentos jurídicos.

Neste contexto, a importância do estudo é extraída de uma necessidade contemporânea de informar e esclarecer para a população sobre a temática, tendo em vista que a humanidade vive em uma sociedade tecnológica, porém carente de informação, ainda mais, por existir um grande número de seres desprovidos de conhecimentos sobre seus direitos básicos. Alia-se a isto o fato de que boa parte desta sociedade sequer sabe dos seus direitos, pois são analfabetos absolutos ou funcionais, haja vista que vive em um país em que a educação pública de qualidade não é o mínimo dos mínimos existenciais. Assim, a temática é de maior rotina nas classes sociais mais desfavoráveis e, conseqüentemente, nas comunidades mais carentes, onde o abuso do poder é exercido de forma exacerbada, a julgar que essas classes são vistas sempre como assunto de polícia e não de política.

Outrossim, é de suma importância, não apenas por ser requisito para conclusão de curso, mas sim, pela contribuição acadêmica, contribuição esta que visa ao desenvolvimento da instituição no incentivo à produção científica, e também, à retribuição ao meio social de parte do conhecimento adquirido durante esse percurso acadêmico, patrocinado pela organização.

Em um aspecto social, a produção de trabalhos científicos possui como objetivo essencial a contribuição para melhorias de problemas sociais. O presente trabalho, não poderia ser diverso, pois a temática é de concretude rotineira, necessitando de esclarecimentos para que a sociedade possa se valer de seus direitos e garantias fundamentais estampadas na carta maior, bem como auxiliar aqueles que trabalham diuturnamente no combatente à criminalidade.

1. DOS LIMITES CONSTITUCIONAIS À PRODUÇÃO DA PROVA PENAL

Os limites e parâmetros estabelecidos para qualquer produção de um instituto dentro de uma sociedade, não são desenvolvidos em um único momento, em uma única assembleia legislativa, ou qualquer outro marco específico. Esses elementos limitadores são frutos de várias conquistas sociais ao longo do tempo, não sendo diversos à limitação imposta à produção probatória em um processo penal.

Antes da atual constituição, as demais possuíam uma topografia em comum, ou seja, uma estrutura similar, elencavam toda a estrutura e organização do estado, e ao fim, abordavam os direitos individuais. A princípio, essa formatação constitucional pode nos levar à equivocada compreensão de que o ente estatal é mais valioso do que seus próprios cidadãos.

Com o advento da constituição federal de 1988, pós regime ditatorial, e início de uma redemocratização, os direitos e garantias fundamentais ganharam destaque na estrutura da carta maior, pois foi descrito em seu início, haja vista que o bem comum da população deve ser sempre a razão e o fim do Estado. Não é à toa que foi denominada Constituição Cidadã.

Diante disso, a constituição cidadã elencou diversos direitos e garantias fundamentais que estão diretamente ligadas à liberdade individual, sendo esse um dos direitos mais valiosos que podemos ter, a qual não se resume a liberdade de locomoção. Nesse passo, todos esses direitos e garantias são elementos para limitar o poder estatal, que não poderá prender, sem previsão legal, nem condenar sem o devido processo legal.

Conforme Ada Pellegrine, “se na concepção de um Estado democrático, o que se busca em um processo criminal não é a aplicação da pena ao réu condenado de qualquer modo, a verdade processual deve ser obtida de acordo com uma forma moral inatacável”. (Nulidades no Processo Penal, 2011, p. 124).

Nesse sentido Renato Brasileiro aduz que:

considerando-se que, da aplicação do direito penal pode resultar a privação da liberdade de locomoção do agente, entre outras penas, não se pode descuidar do necessário e indispensável respeito a direitos e liberdades individuais que tão caro custaram para serem reconhecidos e que, em verdade, condicionam a legitimidade da atuação do próprio aparato estatal em um Estado Democrático de Direito. (RENATO BRASILEIRO. Manual de processo penal, 2020, p. 39).

Além disso, como já bem abordado por Bobbio, a forma como o Estado trata os agentes que perpassam pelo processo penal e como ele exerce o seu *jus puniendi*¹, é que podemos

¹ Expressão em latim que significa o direito de punir.

identificar o nível de democracia existente na sociedade. (BOBBIO, Norberto. As ideologias e o poder em crise, 1999).

1.1 Dos princípios limitadores

Nesse contexto tratado, é imperiosa a abordagem de alguns princípios limitadores ao poder do ente estatal, uma vez que estão diretamente ligados à produção da prova no processo penal e são mandamentos constitucionais.

A Constituição Federal em seu art. 5º, inciso LV, traz o denominado princípio da ampla defesa, a qual dispõe que: aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, além disso, é possível a extração desse princípio nos pactos internacionais que o Brasil faz parte, como o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos em seu art. 14, bem como no Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos) em seu art. 8º.

Esse direito à ampla defesa, poderá ser exercido de duas formas, tanto pela autodefesa, compreendida pela realização de atos praticados pelo próprio acusado, ou, pela defesa técnica, a qual será exercida por um advogado. Logo, não se pode cogitar a produção probatória sem a devida observância à ampla defesa, devendo ela ser plena e efetiva, pois a mera defesa formal, não atende a exigência constitucional.

O princípio do contraditório, também previsto no art. 5º, inciso LV, da Constituição, está umbilicalmente ligado ao princípio da ampla defesa, é corolário das democracias liberais, e conceituado por uma obra clássica de Joaquim Canuto Mendes de Almeida, como sendo a “ciência bilateral dos atos e termos do processo e a possibilidade de contrariá-lo”. (Princípios fundamentais do processo penal, 1973, p. 82).

Nesse sentido, percebe-se que são dois elementos essenciais que constituem o contraditório, o direito de ser informado sobre todos os atos realizados no processo, bem como a possibilidade de contrariá-los. Ressalta-se, que com o avanço no ordenamento jurídico, verificou-se que não basta ter a possibilidade de reação, ela deve ser efetiva, pois como visto anteriormente, a mera formalidade não atende às exigências da constituição.

O princípio do contraditório atua como verdadeiro limite para a produção de provas no processo penal, haja vista que não poderá haver uma produção sem que o acusado tenha ciência dessa prova, e seja dado todas as possibilidades de contrariá-las, seja em um contraditório real,

entendido como aquele que é realizado simultaneamente na elaboração da prova, ou seja, no contraditório diferido/postergado, compreendido por ser aquele em que o acusado terá a oportunidade de contrariar após a produção da mesma.

Por último, mas não menos importante, se fala no princípio da não autoincriminação, mais conhecido como *nemo tenetur se detegere*². O referido princípio, não possui previsão expressa na Constituição Federal, mas decorre de uma interpretação do art. 5º, inciso LXIII, a qual dispõe que, o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado.

Por outro lado, encontra respaldo expresso no Pacto de São José da Costa Rica no art. 8º, 2, “g”, bem como no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos em seu art. 14, 3, “g”. a qual basicamente dispõe, o direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada.

Segundo Renato Brasileiro, o presente princípio pode ser conceituado como sendo “uma modalidade de autodefesa passiva, que é exercida por meio da inatividade do indivíduo sobre quem recai ou pode recair uma imputação.” (Manual de Processo Penal, 2020, p. 71).

Nesse sentido, por ter uma origem histórica ligada à proibição de tortura, basicamente trata-se da impossibilidade de o ente estatal, de forma coercitiva, obrigue o investigado ou acusado a uma eventual confissão, ou a realização de qualquer ato que possa de alguma forma incriminá-lo.

É importante ainda observar, que apesar da escrita nos diplomas supramencionados, a aplicação do princípio da não autoincriminação não se restringe apenas àqueles que estão sob a égide de uma investigação policial, ou de um processo penal, como leciona Renato Brasileiro:

O dispositivo constitucional em destaque se presta para proteger não apenas quem está preso, como também aquele que está solto, assim como qualquer pessoa a quem seja imputado a prática de um ilícito criminal. Pouco importa se o cidadão é suspeito, indiciado, acusado ou condenado, e se está preso ou em liberdade. Ele não pode ser obrigado a confessar o crime. (Renato Brasileiro. Manual de Processo Penal, 2020, p. 72).

Dessa forma, aquele que é submetido a uma busca pessoal, por estar em circunstâncias que gere uma fundada suspeita que autorize tal abordagem, estará respaldado pelo direito da não autoincriminação, para que assim, possa recusar-se à prática de qualquer comportamento que possa lhe incriminar.

² Expressão em latim que pode ser traduzida que: Ninguém é obrigado a produzir provas contra si.

Como decorrência do referido princípio, grande atenção deve ser dada ao dever do agente público de advertir ao suspeito, investigado ou acusado, quanto ao seu direito de não produzir prova contra si mesmo. Nessa linha, é importante o que aduz Renato Brasileiro:

Não nos convence a tese de que não é necessária a advertência quanto ao direito ao silêncio sob o argumento de que ninguém pode alegar o desconhecimento da lei. Com o objetivo de se evitar uma autoincriminação involuntária por força do desconhecimento da lei, deve, sim, haver prévia e formal advertência quanto ao direito ao silêncio, sob pena de se macular de ilicitude a prova então obtida. O acusado deve ser advertido, ademais, que o direito ao silêncio é uma garantia constitucional, de cujo exercício não lhe poderão advir consequências prejudiciais. Ao invés de constituir desprezível irregularidade, a omissão do dever de informação ao preso dos seus direitos, no momento adequado, gera efetivamente a nulidade e impõe a desconsideração de todas as informações incriminatórias dele anteriormente obtidas, assim como das provas delas derivadas. (Renato Brasileiro. Manual de Processo Penal, 2020, p. 72 e 73).

A partir dessa afirmação, é salutar apontar, que segundo pesquisa realizada pelo Indicador de Alfabetismo Funcional – Inaf, o Brasil possui cerca de 8% de analfabetos absolutos, e 22% de analfabetos funcionais, totalizando cerca de 30% de sua população. Ora, levantar o argumento de que ninguém pode alegar desconhecimento da lei em um país com essa porcentagem de analfabetismo, e a qual a educação de qualidade e gratuita não é uma realidade concreta, é no mínimo desrazoável, é desumano, é seletividade criminal, pois somente aqueles vulneráveis é que irão sofrer as consequências, e sendo apenas nesse momento, que terão visibilidade social e política.

Tendo em vista a necessidade de resguardar os direitos fundamentais e garantir o devido processo legal, é imprescindível a advertência quanto as garantias constitucionais. Nesse sentido é o que dispõe o art. 2º, § 6º, da Lei 7.960/89 – Lei da prisão temporária, efetuada a prisão, a autoridade policial informará o preso dos direitos previstos no art. 5º da Constituição Federal.

A partir dessa concepção e da ideia de que as provas colhidas através de violações as diretrizes fundamentais constitucionais serão consideradas ilícitas, como prevê o art. 5º, inciso LVI, da CF/88, bem como o art. 157, do CPP, é ilativo que a falta de advertência quanto a esse direito será a contaminação de uma ilicitude de eventuais provas colhidas. Nesse sentido é o próprio entendimento do Superior Tribunal de Justiça – STJ:

[...] A concordância do recorrente quanto à gravação do interrogatório em meio audiovisual, bem como eventuais respostas às perguntas formuladas, não configuram, por óbvio, autorização prévia para que o material registrado na mídia eletrônica, notadamente o seu padrão vocal, seja utilizado para elaboração de exame pericial destinado a identificar suposto autor dos crimes imputados, mediante comparação de

sua voz com aquela atribuída a um dos interlocutores das ligações telefônicas interceptadas.

Vale dizer, conquanto não tenha sido coagido a participar do ato ou a responder às perguntas eventualmente formuladas, a ausência de consciência do recorrente de que o ato poderia ser utilizado para posterior exame pericial impede que o material obtido pela gravação de sua voz (padrão vocal) seja encaminhado para perícia sem sua anuência expressa, sob pena de afrontar ao princípio da não autoincriminação. [...] (STJ, RHC 82.748/PI, Rel. Min. Felix Fischer, DJe 01.02.2018.)

Nessa senda, após a advertência quanto ao direito ao silêncio e a impossibilidade da exigência de um comportamento ativo que possa trazer algum prejuízo criminal ao suspeito investigado ou acusado, nada impede que seja obrigado a tolerar a realização de um ato investigatório que não exija um comportamento ativo do mesmo, pois, quando se trata de mera tolerância, comportamento passivo, não subsiste o direito ao *nemo tenetur se detegere*³, assim dispõe a doutrina majoritária e a própria jurisprudência nacional.

Por fim, conforme dispõe a Constituição Federal, art. 5º, inciso LXIII, e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, art. 8º, § 2º, “g”, no exercício do direito a não autoincriminação não poderá gerar qualquer consequência prejudicial, bem como, não caracterizará o crime de desobediência, previsto no art. 330, do Código Penal, haja vista que o exercício regular de um direito, não poderá ser maculado pela referida tipificação penal.

1.2 Provas ilícitas e ilegítimas

Conforme o desenvolvimento democrático de um país, é comum o avanço no seu ordenamento jurídico, a limitação quanto a produção de provas e, mormente de provas ilícitas, no processo penal é uma consequência lógica desse avanço. Ora, em um Estado Democrático de Direito, garantir a máxima eficiência dos direitos fundamentais, limitadores do poder estatal, é condição *sine qua non*⁴ do próprio *ius puniendi*⁵ do Estado, nesse cenário, a visão de que “o fim justifica os meios” não subsiste como fundamento idôneo e democrático, uma vez que, como bem explanado por Paulo Rangel, “o preço de se viver em uma democracia não tolera esse tipo de prova colhida ao arripio da lei. Do contrário, não vale a pena viver em um Estado Democrático de Direito”. (Direito Processual Penal, 2021).

³ Expressão em latim que pode ser traduzida que: Ninguém é obrigado a produzir provas conta si.

⁴ Significa uma condição indispensável.

⁵ Expressão em latim que significa o direito de punir.

Como se infere da história do desenvolvimento da referida teoria, existia uma concepção de *male captum bene retentum*⁶, mal colhida, bem conservada. Dentro dessa ideia, a prova que fosse colhida de forma ilícita deveria ser aproveitada, sendo punido apenas os agentes que a produziram de forma ilegal. Todavia, não é o que comumente ocorria, os violadores não eram punidos e, com isso, o Estado se sentia estimulado à prática de violações aos direitos fundamentais. A partir dessa circunstância é que foi desenvolvida a teoria da ilicitude da prova, como uma forma de sancionar o Estado violador e de inibir a sua realização, pois como será exposto mais adiante, a ilicitude da prova tem como consequência a sua inutilização.

Com esse raciocínio, a própria Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, inciso LVI, aduz que são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos. Trata-se de um mandamento constitucional o qual deve ser observado por todas as normas infraconstitucionais em sua aplicabilidade.

Tendo em vista que a Carta Maior não fez a conceituação do que seria prova ilícita e qual seu tratamento legal no processo penal, a doutrina preocupou-se, por bem, em realizar a distinção de prova ilegal, ilícita e ilegítima.

Prova ilegal, é compreendida como sendo aquela que é obtida por meios de violações da normal legal e dos princípios gerais que regem o ordenamento jurídico, sejam eles de natureza material ou processual. Como se percebe, a prova ilegal é gênero, a qual comporta as provas obtidas por meios ilícitos e ilegítimos.

No que tange às provas obtidas por meios ilícitos, conceituam-se como sendo aquelas obtidas por meio de violação das regras de direito material, ou seja, direito penal ou constitucional. Podendo ser exemplificado nos casos em que há uma obtenção de uma prova mediante tortura, sendo, portanto, considerada prova ilícita.

Quanto ao momento da produção da prova ilícita, ela ocorrerá antes do surgimento do processo ou durante o andamento dele, em regra, ocorrerá fora do processo, é o que a doutrina denomina extraprocessual.

Por outro lado, as provas obtidas por meios ilegítimos, são aquelas que violam regras de direito processual. Logo, caso haja a exposição ou a leitura de documentos que não tiverem sido juntados com antecedência mínima de 3 dias, conforme art. 479, do CPP, deverá a prova ser considerada ilegítima.

⁶ Expressão em latim que significa mal colhida, bem conservada.

Apesar dessa distinção desenvolvida pela doutrina, com o advento da Lei 11.690/2008, houve uma controvérsia quanto a essa classificação, haja vista que foi inserido no art. 157 do Código de Processo Penal, como deve ser o tratamento de provas que estejam com vício de ilegalidade, dispondo que: são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

À vista disso, nota-se que o legislador optou por não diferenciar as provas ilícitas das ilegítimas, tratando-as como similares. No entanto, é possível ainda encontrar essa distinção pela própria doutrina, pois parte dela entende que o novo texto legal deve ser interpretado de forma restritiva, visto que a distinção dos institutos é de suma importância prática.

Tendo em vista essa convicção, encontra-se respaldo na própria jurisprudência:

[...] 3. A Constituição Federal considera inadmissível a prova obtida por meio ilícito e consequência dessa inadmissão é aquela prevista no art. 157 do CPP. Embora a redação desse dispositivo, operada pela reforma de 2008, não haja distinguido a natureza da norma violada, tal não significou a superação da separação feita pela doutrina (amplamente aceita pela jurisprudência) de que provas contrárias à lei material ou a direitos do investigado ou réu, derivados da Constituição da República, pertencem ao gênero das provas ilegais.

4. A prova ilícita, em sentido estrito, deve, então, ser associada, exclusivamente, às obtidas com violação de direitos fundamentais, materiais ou protetivos de liberdades públicas, e não àquelas obtidas com a vulneração de normas puramente processuais, ainda que estas possam ter algum subsídio constitucional.

5. Assim, as provas ilegais são ilegítimas quando infringem normas de caráter procedimental ou de direito processual; e ilícitas quando violarem os princípios ou garantias constitucionais fundamentais ou as normas que versam sobre o direito material. E a consequência processual para a prova ilícita é a sua inadmissibilidade, a impedir seu ingresso (ou exclusão) no processo, enquanto a prova ilegítima gera sua nulidade. (STJ, S3, Rcl 36734/SP, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, DJe 22.02.2021).

Por isso, segue-se a posição da necessidade da classificação das provas, observando-se as consequências de cada modalidade e sua importância.

Conforme dispõe o art. 5º, inciso LVI, da CF/88, “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Dessa forma, a prova que for obtida por meios ilícitos será considerada inútil, não sendo admitida junto aos autos do processo.

Por outro lado, caso seja descoberta a ilicitude da prova no curso do processo, deverá ser desentranhada do processo, assim dispõe o próprio art. 157, § 3º, do CPP, preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.

Não se pode perder de vista o contexto histórico da prova ilícita, que advém do princípio do *male captum bene retentum*⁷, por isso, a sua inutilização e impossibilidade de reprodução, é uma consequência grave. Portanto, não se pode ter o mesmo tratamento nas provas obtidas por meios ilegítimos.

No que tange às consequências advindas das provas obtidas por meio de violações as normas processuais, provas ilegítimas, a solução se encontra dentro do próprio processo, que traz a transgressão correspondente, podendo ser reconhecida como mera irregularidade, ou tendo como consequência a nulidade, sendo que nessa hipótese, o ato deverá ser refeito com a devida observância às regras processuais.

Imperioso salientar, que caso haja o reconhecimento da nulidade absoluta, o prejuízo é presumido, podendo ser arguido a qualquer tempo. No entanto, caso haja nulidade relativa, o seu reconhecimento estará condicionado ao preenchimento de 4 princípios, a) nenhuma nulidade será declarada quando não houver prejuízo (art. 563, do CPP); b) nenhuma das partes pode arguir nulidade a que haja dado causa (art. 565, do CPP); c) nenhuma das partes pode arguir nulidade que só interesse à parte contrária (art. 565, do CPP); d) não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade ou na decisão da causa (art. 566, do CPP).

Ante o exposto, caso seja realizado ato no processo sem a devida observância da norma, ocasionando as hipóteses elencadas, deverá o ato ser considerado nulo.

1.3 Exceções de admissibilidade da prova ilícita

Em que pese a incongruência com o exposto até aqui, a teoria da admissibilidade da prova ilícita, como dito, é uma exceção do exposto no art. 5º, inciso LVI, da Carta Política, haja vista que, quiçá, a sua principal exceção é de sua utilização para benefício do acusado.

Nessa perspectiva, é possível vislumbrar amplamente, que doutrina e jurisprudência admitem a utilização de provas obtidas por meios ilícitos em determinadas ocasiões, observando os valores constitucionais e tendo como núcleo ideológico que essa utilização deve ser sempre no campo da exceção, sob pena de tornar a ilicitude como a regra do jogo.

No que tange a admissão da prova ilícita em benefício ao réu, compreende-se como razoável o entendimento majoritário da doutrina brasileira. Nesse sentido, não se pode rotular

⁷ Expressão em latim que significa mal colhida, bem conservada.

a vedação constitucional da prova ilícita com o intuito de subverter o seu sentido, a concepção extraída do dispositivo é no sentido inibir o ente estatal de práticas ilícitas, bem como nortear as práticas éticas e proba, requisitos que legitimam o seu próprio exercício, elementos esses essenciais de uma democracia.

Dessa forma, não se encontra respaldo para a vedação da utilização de uma prova obtida por meios ilícitos com o fim de provar a própria inocência daquele que está no banco dos réus, uma vez que o próprio Estado que o colocou, não foi eficiente no uso de suas prerrogativas na persecução penal, para que pudesse evitar o constrangimento de um processo penal e uma possível condenação de alguém tido como inocente.

O que se encontra dentro do jogo é um dos bens mais valiosos e caros direitos que qualquer cidadão pode ter, sua liberdade individual e sua inocência provada. É justamente por esses valores constitucionais que quando a prova é obtida por meios ilícitos pelo próprio acusado, não há que se imputar a prática delitiva dessa obtenção, tendo em vista que esta ilicitude será afastada pelas excludentes de antijuricidade, a qual excluem o crime, como a legítima defesa e o estado de necessidade. Além disso, parece plenamente possível, a arguição da inexigibilidade de conduta diversa, instituto esse que isenta de pena.

Por outro lado, caso essa obtenção seja realizada por um terceiro, é possível ainda aduzir legítima defesa de terceiro como também o estado de necessidade de terceiro.

Em sentido diverso, mas com excelente plausibilidade, Guilherme Madeira (curso de processo penal, 2021), entende que tais institutos que afastam a ilicitude ou isentam de pena, não podem ser sacrificados por um bem de maior valor por outro de menor valor. O autor explicita que

A liberdade não pode ser analisada de maneira abstrata. É preciso que se analise de que tipo de liberdade se está a falar. Nas hipóteses em que a liberdade é apenas abstratamente considerada não pode admitir o cometimento de crime em que haja efetiva ofensa a bem jurídico que conduz a restrição concreta da liberdade.
(...) Não nos parece razoável, por exemplo, que se admita o uso de tortura para provar a inocência de alguém que seja acusado de crime contra a honra. (Guilherme Madeira. Curso de processo penal, 2021, p. 681).

Em que pese o exemplo extremo, é cristalina a sua concepção, sugerindo o autor, e é plausível, a análise do caso concreto, utilizando-se da razoabilidade e dos valores em jogo, pois como dito por Madeira, não se pode admitir que o acusado inocentemente da prática de homicídio, pratique efetivamente um homicídio para provar sua inocência, pois homicídio e tortura são vedações que não podem ser ultrapassados.

Exposta tal exceção, é possível ainda identificar a teoria da exceção da boa-fé, a qual dispõe, basicamente, que o mandamento da vedação da obtenção da prova ilícita, visa inibir a prática por autoridades policiais, não a subsistindo caso fosse realizada por outro agente.

Exemplificando: se um magistrado determinasse a realização de uma busca e apreensão sem que houvesse causa provável, então não se poderia falar em ilicitude da prova, uma vez que os policiais tinham em suas mãos mandado expedido por juiz.

Tal teoria, não poderia encontrar respaldo no ordenamento jurídico nacional, considerando-se que a vedação constitucional visa não apenas inibir as autoridades policiais, mas sim, qualquer agente estatal, bem como a finalidade de legitimação da própria existência do Estado, devendo utilizar-se de conduta ética, não podendo, inclusive, aproveitar-se de provas obtidas por particulares por meios ilícitos, pois, tal vedação é uma garantia individual e limitadora do exercício estatal.

Quanto a teoria do erro inócuo, a ideia trazida é de que há possibilidade da condenação de um réu com provas ilícitas, desde que, fique evidenciado que tal condenação não tenha se baseado exclusivamente na prova ilícita, sendo essa mera complementação, ou, que durante o procedimento, o erro que tenha ocorrido não tenha relevância prática, ou seja, que não tenha ocasionado lesão significativa aos direitos das partes.

Por fim, se fala também na teoria da proporcionalidade como fundamento para a admissibilidade da prova ilícita. Nesse contexto, seria possível a sua utilização em prol da sociedade, tendo em vista a gravidade do crime, ou quando a criminalidade atinge um nível superior às instituições públicas de segurança, visando o reestabelecimento da persecução penal.

Como exposto por Renato Brasileiro, a suscitação dessa teoria em prol da sociedade, só seria aplicável em casos extremos, sob pena de promover ao Estado legitimidade para a violação dos direitos e garantias constitucionais. (Manual de processo penal, 2020, p. 708).

1.4 Prova ilícita por derivação

A ilicitude por derivação, surge a partir do desenvolvimento da teoria dos frutos da árvore envenenada, no sentido de que, a árvore que estiver contaminada, conseqüentemente os seus frutos irão surgir contaminados.

Destarte, aquelas provas que forem obtidas por meios ilícitos, irão contaminar todas as demais que delas surgirem, ou seja, se houver a realização de uma interceptação telefônica sem

a devida autorização prévia, todas as provas que a partir da interceptação forem descobertas, serão consideradas ilícitas por derivação, não sendo possível sua utilização.

Essa teoria foi expressamente positivada com o advento da Lei 11.690/08, que inseriu no art. 157, § 1º, o seguinte texto: “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”.

Conforme o próprio referido dispositivo expõe, se faz necessário que haja um nexo de causalidade entre uma e outra, pois, para que seja caracterizada a contaminação da ilicitude derivada, deve haver um liame entre a origem da ilicitude e as demais provas que dela surgirem, dado que é justamente essa ligação entre a primeira e as demais, que acaba por infectar as provas derivadas.

Nesse diapasão, caberá ao magistrado, em seu juízo probatório, manifestar-se de forma fundamentada sobre as provas que foram efetivamente maculadas pela ilicitude. Assim é o que dispõe o STJ:

[...] 2. É direito constitucional do réu ter as provas obtidas por meios ilícitos expurgadas do processo a que responde, sendo igualmente inadmissíveis, nos termos do art. 157, § 1º, do Código de Processo Penal, as provas que derivam da prova ilícita, razão pela qual devem ter o mesmo destino. As provas derivadas apenas podem ser mantidas nos autos nos casos em que não ficar evidenciado o nexo de causalidade, ou seja, quando não se verificar a derivação, ou quando demonstrado que poderiam ser obtidas por fonte independente, cabendo ao Magistrado justificar.

3. Constatando-se que o Magistrado de origem não tomou nenhuma providência com relação às provas derivadas, tendo apenas mencionado que não as utilizou, e tendo o impetrante comprovado a existência de provas derivadas (e-STJ fl. 8), faz-se necessário o pronunciamento judicial, na origem, acerca de todas as provas derivadas. De fato, a parte tem o direito de saber quais os elementos de prova se encontram hígidos nos autos, para que possa produzir eventuais contraprovas necessárias, sob pena de dificultar sobremaneira o exercício da plenitude de defesa assegurada pelo art. 5º, inciso XXXVIII, alínea “a”, da Constituição Federal (STJ, HC 301.488/MT, rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 06.09.2016).

Como se extrai do supracitado texto e do dispositivo legal, percebe-se que foi adotado exceções quanto as provas ilícitas por derivação, sendo possível a admissibilidade da prova no processo penal quando “não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras”, ou “quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras”, essa última é denominada teoria da fonte independente. Senão vejamos.

No que tange às fontes independentes, essa teoria irá afirmar que caso haja outro meio, distinto e legal, que chegue à obtenção da mesma prova, sem qualquer relação de dependência

com a prova ilícita, é de se considerar como fonte independente, portanto, admissível no processo, não havendo em que se falar em ilicitude da prova derivada.

Como bem abordado pela doutrina, a exceção da teoria da fonte independente é um instituto extremamente perigoso, devendo-se ter cautela em sua aplicação, sob pena de esvaziar o sentido da teoria da prova ilícita. Dessa forma, para que haja a sua aplicação, a autoridade investigativa deve demonstrar de forma incontestável que a prova obtida efetivamente é proveniente de uma fonte autônoma, não possuindo nenhuma relação com a prova ilícita. Ocorrendo dúvida quando a relação causal, deve prevalecer o *in dubio pro reo*⁸.

É possível ainda extrair do art. 157, § 2º, do CPP, a teoria da descoberta inevitável, ou, também denominada teoria da exceção da fonte hipotética independente, pois assim dispõe o dispositivo legal, “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”.

Desse modo, a prova derivada não será considerada ilícita, caso seja demonstrado que tal prova teria sido descoberta de qualquer modo, independentemente da prova ilícita primária.

Posto isso, é salutar que tal afirmação não poderá ser lastreada em meras especulações abstratas, devendo haver, no caso concreto, bojo probatório que possa efetivamente demonstrar que seria inevitável a descoberta da prova.

Para Guilherme Madeira, apesar do §1º, do art. 157, do CPP, aparentar ter sido adotado a teoria da fonte independente, entende o autor, que não fora esta teoria positivada no ordenamento brasileiro, mas sim, posto a teoria da descoberta inevitável. (Curso de processo penal, 2021).

Nesse raciocínio, quando o legislador menciona no § 1º, “quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente da primeira”, bastaria que o julgador fizesse um juízo hipotético no sentido de que podem ser obtidas as provas por outra fonte e haveria o afastamento da ilicitude por derivação.

Para tal afirmação, ao descrever no parágrafo seguinte o conceito de fonte independente, “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”, deixa claro a não adoção da teoria da fonte independente, tendo-se em vista que essa, no caso concreto, deve haver a presença de ambos meios de prova, tanto o ilícito quanto lícito. Por outro

⁸ Expressão em latim que pode ser traduzida que: Na dúvida, absolve o réu.

lado, para a exceção da fonte hipotética independente, o exercício mental é puramente hipotético, como o próprio § 2º, do art. 157, do CPP, dispõe. Dessa forma, o ponto inicial da teoria da exceção da fonte hipotética independente, é a análise abstrata do caso, sem que haja a necessidade da existência de uma fonte de prova lícita.

Ante o exposto, o autor entende que o § 1º, positiva o nome da teoria da fonte independente e o § 2º positivou o conteúdo da descoberta inevitável (Guilherme Madeira, Curso de processo penal, 2021).

Em ambas teorias, “fonte independente” e “encontro inevitável”, é salutar trazer a campo a concepção crítica de Aury Lope Jr. Senão vejamos:

Como construção teórica, a tese da fonte independente (e também do encontro inevitável) é bastante clara e lógica, mas revela-se perversa quando depende da casuística e da subjetividade do julgador, na medida em que recorre a conceitos vagos e imprecisos (como o é a própria discussão em torno do nexa causal) que geram um espaço impróprio para a discricionariedade judicial (Aury Lopes Jr. Direito Processual Penal, 2021).

Ainda nessa linha, segundo o autor, tal posicionamento excessivo de limitar a teoria dos frutos da árvore envenenada, acaba por esvaziar a própria essência do instituto, levando a efeito consequente a ineficácia da garantia processual e constitucional. Sendo ainda, uma expansão indevida na subjetividade judicial, a qual definirá se há conexão de ilicitude ou não, levando-se a um verdadeiro decisionismo jurídico, fomentando a possibilidade de “tratamento desigual para situações jurídicas iguais, antidemocrático e fomentador de imensa insegurança jurídica” (Aury Lopes Jr. 2021).

Por fim, extraindo do mesmo dispositivo, art. 157, § 1º, do CPP, ao mencionar “quando não evidenciado o nexa de causalidade entre umas e outras”, parte da doutrina, entende que com advento da Lei 11.690/08, a qual inseriu o texto, houve adoção da teoria da mancha purgada, nexa causa atenuado ou, também denominada tinta diluída, outra forma de exceção quanto a ilicitude da prova derivada.

Segundo essa teoria, caso haja um lastro temporal significativo entre a prova ilícita e a prova derivada; caso ocorra circunstâncias supervenientes que intervenham na cadeia probatória; se o grau de ilegalidade na obtenção da prova seja ínfimo, ou ainda, haja vontade de um dos envolvidos em colaborar de forma espontânea na persecução penal, será atenuado o nexa causal entre a prova ilícita primária e a secundária. Dessa forma, não há que se falar em prova ilícita por derivação.

Tal entendimento de sua adoção no ordenamento jurídico nacional, parte da premissa que a teoria da tinta diluída, entende-se que em decorrência dos requisitos mencionados, o nexo causal irá ficar atenuado, ou seja, a mácula da ilicitude é extirpada, não subsistindo o próprio nexo causal referido no dispositivo legal.

Todavia, é possível inferir de parte da doutrina, que valorar em níveis diferentes a prova ilícita por derivação, lhe atenuando, dissolvendo a sua macula da ilicitude, é esvaziar de sentido a própria garantia constitucional da vedação das provas obtidas por meios ilícitos, havendo subversão dos valores da carta política.

2. A PRODUÇÃO DA PROVA PENAL NA VISÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Primordialmente, faz se necessário cristalizar alguns pontos que são de suma importância para o desenvolvimento coeso do capítulo. Nesse passo, será descrito os principais institutos, bem como sua conceituação, características e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro, perpassando pelo seu desenvolvimento jurisprudencial.

2.1 Da busca e apreensão

A busca e apreensão encontram-se previstas no Título VII, Capítulo XI, do CPP, as quais dispõem sobre os meios de provas, no entanto, a sua natureza jurídica não coaduna com sua topografia, primeiro por se tratar de natureza distinta de mero meio de prova, segundo que busca e apreensão não se confundem.

Nesse sentido, a busca possui natureza jurídica de meio de obtenção de prova, medida instrumental ou exemplificada como meio de pesquisa. por sua vez, a apreensão pode ser caracterizada como medida cautelar probatória, tendo em vista que se destina a garantia de uma prova, bem como poderá ser medida assecuratória, visto que a coisa apreendida servirá para restituição ao seu legítimo dono.

Sabido disso, em que pese ser descrita como um instituto único, trata-se, na verdade, de meios distintos. A busca pode ser descrita como sendo o ato pela qual a autoridade pública visa localizar pessoas ou coisas, por outro lado, a apreensão é a restrição da pessoa ou coisa.

Nesse sentido, pode ocorrer a busca sem que haja apreensão, constatando-se quando a busca não encontra a pessoa ou coisa, de outro modo, poderá ocorrer a apreensão sem que haja

a busca, situação em que a pessoa ou coisa é entregue a autoridade ou, quando se encontra aquilo que não se buscava.

É possível ainda extrair, que a busca e apreensão tratam-se de gênero, que comporta as espécies busca domiciliar e busca pessoal, sendo que ambas dependem, em regra, de mandado judicial. Ocorre que, a própria carta política traz duas hipóteses de mitigação quanto a prescindibilidade de mandado judicial para fins de busca domiciliar que se destinem ao processo penal, sendo dispensado nos casos de consentimento do morador, ou, em casos em que haja flagrante delito, podendo ambas ocorrer tanto durante o dia quanto à noite. No que tange a busca domiciliar precedida de mandado judicial, deve o seu cumprimento ser realizado durante o dia (art. 5º, inciso XI, CF/88).

Na busca pessoal, como dito, em regra, necessita de mandado judicial, salvo em 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 (Art. 244, do CPP). “Percebe-se que as hipóteses de excepcionalidade, é dada em detrimento da necessidade, é o grau de urgência da intervenção do poder público no caso concreto.” (Pacelli, Eugênio. Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência, 2021).

Tal medida, poderá ser realizada pela própria autoridade policial ou seus agentes, não sendo possível tal realização por agentes particulares, bem como aqueles que não possuem a função de garantir a segurança pública.

Nesse sentido, Guilherme Nucci:

Os agentes autorizados a realizar busca pessoal são os que possuem a função constitucional de garantir a segurança pública, preservando a ordem e a incolumidade das pessoas e do patrimônio, bem como investigar ou impedir a prática de crimes: polícia federal, polícia rodoviária federal, polícia ferroviária federal, polícias civis, polícias militares e corpos de bombeiros militares, além dos policiais penais (art. 144, CF). Não possuem tal função os agentes das guardas municipais, logo, não estão autorizados a fazer busca pessoal. Naturalmente, se um flagrante ocorrer, podem prender e apreender pessoa e coisa objeto de crime, como seria permitido a qualquer do povo que o fizesse, apresentando o infrator à autoridade policial competente (Nucci, Guilherme de S. Manual de Processo Penal, 2021).

No que tange ao seu objeto, o art. 240, § 1º, do CPP, aduz um rol exemplificativo de qual poderá recair a busca e apreensão, sendo eles:

a) prender criminosos; b) apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos; c) apreender instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos; d) apreender armas e munições, instrumentos utilizados na prática de

crime ou destinados a fim delituoso; e) descobrir objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu; f) apreender cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato; g) apreender pessoas vítimas de crimes; h) colher qualquer elemento de convicção.

Superada essa temática, passa-se a análise das espécies de busca e apreensão.

2.1.1 Da busca domiciliar

O instituto da busca domiciliar, espécie da busca e apreensão, nada mais é do que uma diligência com o fim de busca e, se possível, apreender, os elementos descritos no art. 240, § 1º, do CPP, já supramencionados.

Ocorre que, conforme prevê a Constituição Federal em seu art. 5º, inciso XI, “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.” Nesse sentido, a inviolabilidade à casa do indivíduo, desde as tradições inglesas, sempre foi vislumbrada como direito substancial, fundamental. Tal importância dessa garantia constitucional pode ser captado pelo discurso histórico de Lord Chatham no Parlamento britânico: “O homem mais pobre desafia em sua casa todas as forças da Coroa, sua cabana pode ser muito frágil, seu teto pode tremer, o vento pode soprar entre as portas mal ajustadas, a tormenta pode nela penetrar, mas o Rei da Inglaterra não pode nela entrar.” (Moraes, Alexandre D. Direito Constitucional, 2022).

Diante dessa premissa e no que tange a concepção do que seja casa, doutrina e jurisprudência é pacífica no sentido de que sua abrangência vai além da conceituação trazida pelo direito civil, o qual dispõe que domicílio é o lugar onde se estabelece a sua residência com ânimo definitivo (art. 70, do C.C).

Dessa forma, para Gilmar Mendes e João de Andrade (Manual didático de direito constitucional, 2021), casa pode ser entendido como “qualquer compartimento habitado em que alguém exerce a sua privacidade com exclusão de todos os demais. Podem ser enquadrados no conceito de domicílio, por exemplo, quarto de hotel ocupado, barraca de camping, escritório profissional (parte não acessível ao público em geral)”, bem como veículos que tenham como finalidade essencial a de domicílio (*trailer* e motor home).

Além disso, é possível extrair seu conceito a partir de determinação legal, conforme o art. 150, §§ 4º e 5º, do CP:

§ 4º - A expressão "casa" compreende:

I - Qualquer compartimento habitado;

II - Aposento ocupado de habitação coletiva;

III - Compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade.

§ 5º - Não se compreendem na expressão "casa":

I - Hospedaria, estalagem ou qualquer outra habitação coletiva, enquanto aberta, salvo a restrição do n.º II do parágrafo anterior;

II - Taverna, casa de jogo e outras do mesmo gênero.

Superado esse ponto, a busca domiciliar, para fins penais, somente poderá ser realizada nas seguintes situações: a) durante o dia ou a noite, com autorização do morador, havendo ou não mandado judicial; b) durante o dia, sem autorização do morador, mas com mandado judicial; c) durante o dia ou a noite, por ocasião de flagrante delito, com ou sem autorização do morador. Todas elas com o fim de atingir o disposto no art. 240, § 1º, do CPP, já supramencionado.

Destarte, o ponto mais sensível e que gera maior debate jurídico desse instituto é a violabilidade do domicílio em decorrência do flagrante delito, bem como o ingresso de agentes de segurança pública a partir da autorização do morador, observando-se que o ingresso mediante mandado judicial é uma violabilidade legitimada mais pacífica.

Dentre essas duas excepcionalidades, a busca domiciliar com base em um flagrante, requer de forma antecedente, que haja fundadas razões sobre a ocorrência de um flagrante delito que possibilite o ingresso do agente público, como por exemplo, a constatação da ocorrência de um crime permanente, como o tráfico de drogas, em sua modalidade “ter em depósito” ou “guardar”, situação essa que legitima o policial a penetrar no domicílio e efetuar a prisão dos responsáveis.

Dessa forma, vislumbra-se que toda mitigação de um direito deve estar adstrita aos preceitos legais e constitucionais, pois a produção probatória para fins de processo penal, deve se ater aos direitos fundamentais, limitadores do *jus puniendi*⁹ estatal, sob pena de macular com a ilicitude as provas advindas desses institutos.

Expõe-se assim o desenvolvimento anualmente do STJ no tratamento dado às provas advindas da busca domiciliar frente as garantias constitucionais. De antemão, como dito, as peculiaridades estão no flagrante delito e no consentimento do morador.

HABEAS CORPUS. INVASÃO DE DOMICÍLIO. CONSENTIMENTO. PRÁTICA DE ILÍCITO PERMANENTE – ILEGALIDADE INEXISTENTE - DENEGADA

⁹ Expressão em latim que significa o direito de punir.

- 1 - Policiais que, em diligência, pela madrugada, autorizados pelo morador, ingressam em residência para verificação de denúncia de ocultação de drogas.
 - 2 - O interrogado abriu o portão e permitiu a entrada deles em sua residência; que os dois PMs se juntaram aos outros três que estavam no fundo de sua residência e um deles falou que haviam encontrado os dois pacotes de cocaína no quintal de sua casa.
 - 3 - Hipótese de ingresso c6onsentido, deixo de examinar a questão a luz do princípio constante do art. 5º, XI, da CF, que pressupõe o não-consentimento do morador.
 - 4 - Nego provimento ao recurso.
- (Recurso de Habeas Corpus nº 4.225-7-MS - 94/40557-0).

É perceptível que não se tinha apreço pela verificação da validade desse consentimento do morador, se foi coagido ou livre, embasando-se na letra fria da lei (art. 5º, XI, da CF/88), como também no depoimento dos próprios agentes que efetuaram sua prisão, quiçá pela sua fé pública como representante do Estado.

Nesse sentido, a denúncia anônima com a suposta autorização dada pelo morador, seria suficiente para o ingresso e conseqüentemente a realização da busca domiciliar.

Esse entendimento sem qualquer cautela na validade do consentimento do morador é visto em diversos outros julgados, a qual a autorização pode ser dado por outra pessoa que não tenha necessariamente praticado o delito.

CRIMINAL. HC. ROUBO QUALIFICADO. NULIDADE. **INVASÃO DE DOMICÍLIO. NÃO-CONFIGURAÇÃO. INGRESSO CONSENTIDO.** PROVAS ILÍCITAS. CONDENAÇÃO EMBASADA EM OUTRAS PROVAS. NULIDADE NÃO-VERIFICADA. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO. RECURSO DESPROVIDO.

I. Comprovado, no auto de prisão em flagrante, que **o ingresso dos policiais na residência do paciente foi permitido por sua esposa, moradora do imóvel, não há como se acolher alegação de invasão de domicílio.** Precedente do STJ.

II. É imprópria a alegação de nulidade em razão de julgamento com base em provas ilícitas - obtidas com a alegada invasão de domicílio - se o *decisum* foi suficientemente fundamentado quanto à caracterização a materialidade e autoria do delito, sobressaindo a convicção do magistrado embasada em outros elementos probatórios.

III. Não se declara nulidade de ato se dele não resultar prejuízo objetivamente comprovado para a defesa.

IV. Recurso desprovido.

(Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 12.674 – SP - 2002/0044317-2).

É evidente que a carta política autoriza o ingresso do agente público no domicílio a partir do consentimento do morador (art. 5º, inciso XI, CF). Nesse termo, quem pode ser considerado como morador para fins de consentimento em um processo penal?

Segundo Gilmar Mendes e João Trindade Cavalcante Filho, em sua obra, aduz que: “para o ingresso no domicílio, deve haver o consentimento do morador, isto é, de quem rotineiramente habita o local, independentemente de ser o proprietário ou não” (Manual didático de direito constitucional, 2021).

Aqui se faz necessário um adendo. Não parece ser razoável tamanha ampliação do dispositivo constitucional, pois, tal afirmação leva-nos a crê, que a família que tiver uma empregada doméstica fixa que de forma assídua habite sua residência, essa poderá consentir o ingresso da autoridade policial, ou até mesmo, um parente por afinidade, como a sogra, que habite rotineiramente, mas não tenha poder de gerência sobre a residência.

Alargando a concepção de morador para fins de consentimento, o tribunal superior convalidou a autorização dada por empregada doméstica, a saber:

PROCESSO PENAL - *HABEAS CORPUS* - DESCAMINHO – PRISÃO EM FLAGRANTE - ILEGALIDADE - ALEGAÇÃO DE INVASÃO DE DOMICÍLIO - LIBERDADE PROVISÓRIA - GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA – PRESENÇA DOS REQUISITOS DA PREVENTIVA - IMPOSSIBILIDADE.

[...] II - No caso, verifica-se que, no dia dos fatos, os policiais adentraram na residência da acusada em razão de convite formulado por sua empregada. Assim, ao contrário do que alega o impetrante, não houve invasão de domicílio, ou irregularidade na prisão em flagrante por esse motivo. [...]

IV - Ordem denegada.

(Habeas Corpus nº 33.907 - GO - 2004/0023100-0).

Em que pese tal posicionamento desrazoável do tribunal, pois como dito, a ausência da gerência patrimonial e financeira do domicílio, carece de autonomia para fins de consentimento dessa magnitude.

Nessa senda, interessante é a sustentação arguida por, Eugênio Pacelli:

Desde que regularmente avisado da finalidade do ingresso no local, sem mandado, mas com o consentimento expresso do cônjuge, não vemos irregularidade na diligência, uma vez que ela, o cônjuge, embora não investigada, é também moradora do local [...].

Já em relação aos descendentes, maiores, é claro – menores são incapazes –, pensamos que o mesmo raciocínio não se aplica. Embora também considerados moradores do local – disso ninguém duvida –, não compartilham, como regra, dos direitos e deveres de gestão comum do patrimônio doméstico (no sentido apenas da comunhão derivada do casamento ou da relação estável). Há, em relação aos descendentes e aos ascendentes que ocupam o mesmo espaço físico de convivência daqueles civilmente responsáveis pela moradia, um distanciamento mínimo marcado pela individualidade. (Pacelli, Eugênio. Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência, 2021).

Dessa forma, para que o consentimento seja válido deve ser proferido por aquele que possui gerência financeira e patrimonial do domicílio. Essa parece ser uma concepção mais razoável que deve ser extraída do texto constitucional.

Para Flávio Martins, caso haja mais de um morador na residência, como marido e esposa, o consentimento deve ser mútuo, pois a recusa de um é suficiente para impedir o ingresso do agente público (Martins, F. Curso de direito constitucional, 2021).

Destarte, como apresentado no julgado, aquele foi o posicionamento do Tribunal Superior de Justiça quanto ao consentimento do morador até meados do ano de 2017, que voltará a ser exposto mais adiante com a nova tendência do tribunal.

Quanto ao posicionamento do tribunal dado pelo flagrante delito e a inviolabilidade do domicílio, é possível também verificar que pouco se questionava sobre os critérios para aferir as fundadas razões exigida pela art. 240, § 1º, do CPP, se contendo apenas com a natureza do crime. A seguir, decisão proferida em 2003 ainda com a antiga lei de drogas, Lei 6.368/76:

RECURSO EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO. NULIDADE. ALEGAÇÃO DE PROVA ILÍCITA. INVASÃO DE DOMICÍLIO. CRIME PERMANENTE. EXCEÇÃO CONSTITUCIONAL. INOCORRÊNCIA DE ILEGALIDADE.

I - Diante da previsão constitucional de que o domicílio é lugar inviolável, afigura-se indiscutível a excepcionalidade do estado flagrancial, no qual o direito do cidadão cede espaço ao bem da coletividade, podendo sofrer as mitigações do aparato repressivo.

II - *In casu*, presente a figura do tráfico de entorpecentes, cuja permanência lhe é peculiar, garante-se aos agentes públicos o poder de adentrar o domicílio do suspeito, independentemente de mandado, para coibir e interromper a ação delituosa.

III - Recurso desprovido.

(Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 14.946 – SP – 2003/0157260-3).

A denúncia anônima somada a natureza do delito, crime permanente, seria suficiente para afastar a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar, seja durante o dia, ou durante repouso noturno.

O que se infere de tal posicionamento é que o fim justificava os meios, desde que esse fim tenha resultado útil para que a ação antecedente seja legitimada. É o provérbio, “mal colhida, bem aproveitada”, tudo isso se justificando na natureza do crime, dado que nos crimes permanentes enquanto não cessada sua atividade, a consumação se protraí no tempo, estando em constante flagrância (art. 303, CPP), mas sem qualquer rigor no fator determinante que ensejou a descoberta do flagrante.

Com o advento da nova legislação de política de drogas, Lei 11.343/06, nada mudou quanto sua natureza permanente e conseqüentemente sua constante flagrância. Tal posicionamento seguiu firme no tribunal, em decisão de 2008:

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. INTERROGATÓRIO. REPERGUNTAS DO MINISTÉRIO PÚBLICO. OPORTUNIDADE DADA À DEFESA DE SE MANIFESTAR POR ÚLTIMO. REALIZAÇÃO DE DOIS INTERROGATÓRIOS. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. INVASÃO DE DOMICÍLIO. CRIME PERMANENTE. FLAGRANTE. EXCEÇÃO À REGRA CONSTITUCIONAL DA INVIOABILIDADE DO DOMICÍLIO. PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÕES DEFINITIVAS POR CRIMES ANTERIORES. MAUS ANTECEDENTES QUE NÃO SE CONFUNDEM

COM A REINCIDÊNCIA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. ANÁLISE DESFAVORÁVEL DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DO ARTIGO 59 DO CP. ORDEM DENEGADA.

[...] 3. O tráfico de drogas, por ser crime permanente, protraí a sua consumação no tempo. Enquanto o agente portar a droga, permanecerá em flagrante delito e, nessa condição, o ingresso em sua residência com a apreensão do objeto do crime, não ofende a inviolabilidade do domicílio, eis que caracterizada a hipótese excepcionalizada pela Constituição no inciso XI do artigo 5º.

6. Ordem denegada.

(Habeas Corpus nº 101.628 – SP – 2008/0051474-7).

Em que pese a excepcionalidade da violabilidade do domicílio em caso de flagrante delito, não se discute essa possibilidade naquele flagrante a “olhos nus”, ou seja, a vista da autoridade ou de terceiros, haja vista que qualquer do povo pode prender aquele que se encontra em flagrante delito (art. 301, do CPP).

Além da observância ao previsto no art. 5º, XI, da CF/88, deve o agente se ater a exigência das fundadas razões prevista no art. 240, § 1º, do CPP.

Como dito, o ponto nevrálgico é no crime permanente, mormente no tráfico de drogas, pois em outros delitos, como o sequestro e o cárcere privado, a medida é urgente, imprescindível, pois existe uma vítima e o postergamento da diligência pode causar danos irreparáveis. Nesse sentido, a soma do conjunto de informações, como a denúncia, aliada a urgência da medida, parece atender as fundadas razões exigidas.

Por outro lado, no crime de tráfico de drogas, em regra, não há essa existência de urgência de atuação imediata, logo, deve ater-se ainda mais na necessidade das fundadas razões, ou seja, conjunto de elementos, justa causa, que possa aferir que dentro daquele domicílio ocorre a traficância. Inclusive, o postergamento do flagrante é permitido pela própria Lei 11.343/06, em seu art. 53, II.

É evidente que a diligência não pode ser discricionária, caso contrário, o legislador não teria previsto a expressão “fundadas”, essa deve ser regida por elementos que possam passar no crivo fiscalizatório do judiciário, pois o julgador necessita de dados do caso concreto para poder aferir o motivo determinante em que ensejou a busca, uma vez que fora dessa possibilidade, ficará apenas no campo da subjetividade, onde a correção posterior fica prejudicada.

No ano de 2010, após pronunciamento do STF no julgado do Recurso Extraordinário 603.616, relatado pelo Min. Gilmar Mendes sobre a temática, foi mantido o posicionamento da possibilidade de ser realizado a busca domiciliar, sem mandado judicial, nos casos de crime permanente, pois a situação de flagrante se protraí no tempo. No entanto, foi acrescido a

necessidade de critérios objetivos de modo a atender à exigência das fundadas razões que justifiquem o afastamento da inviolabilidade do domicílio.

Diante disso, gradualmente o STJ começou a modular os critérios para se aferir o consentimento do morador, bem como os casos de flagrante delito nos crimes permanentes. Todavia, é possível perceber algumas decisões contrariando o entendimento do STF e causando divergências no próprio tribunal. A seguir, decisão proferida no ano de 2015, portanto, posterior ao julgamento do STF:

PROCESSUAL PENAL E PENAL. *HABEAS CORPUS*. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO TRÁFICO DE ENTORPECENTES. NULIDADE DAS PROVAS. CRIME PERMANENTE. PERSEGUIÇÃO E INVASÃO DE DOMICÍLIO. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO. AUSÊNCIA DO REQUISITOS. REITERAÇÃO. ILEGALIDADE. INOCORRÊNCIA.

1. É assente nesta Corte Superior o entendimento de que por ser permanente o crime de tráfico de entorpecentes, desnecessário mandado de busca e apreensão para adentrar ao domicílio do flagranteadado. Precedentes. Também se submetem a este entendimento as representações do Estatuto da Criança e do Adolescente, eis que à elas aplicam-se subsidiariamente as previsões do Código de Processo Penal.

[...] 2. *Habeas corpus* denegado.

(Habeas Corpus nº 335.910 – SP – 2015/0229987-6).

Nesse caso aludido, o afastamento da inviolabilidade de domicílio se deu apenas em detrimento do agente ter empreendido fuga ao avistar a polícia, sem qualquer outro elemento concreto que possa aferir que dentro do domicílio ocorria a traficância.

Por outro lado, e, em outro caso, mas com características similares, já houve parecer diverso que possibilitou que se transcende-se dali em diante novo posicionamento do tribunal, seguindo os parâmetros traçados pelo o Supremo. Conforme entendimento, ainda no ano de 2015

RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. FLAGRANTE. DOMICÍLIO COMO EXPRESSÃO DO DIREITO À INTIMIDADE. ASILO INVIOLÁVEL. EXCEÇÕES CONSTITUCIONAIS. INTERPRETAÇÃO RESTRICTIVA. INVASÃO DE DOMICÍLIO PELA POLÍCIA. NECESSIDADE DE JUSTA CAUSA. NULIDADE DAS PROVAS OBTIDAS. TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA. ABSOLVIÇÃO DO AGENTE. RECURSO NÃO PROVIDO.

[...] 3. O ingresso regular de domicílio alheio depende, para sua validade e regularidade, da existência de fundadas razões (justa causa) que sinalizem para a possibilidade de mitigação do direito fundamental em questão. É dizer, somente quando o contexto fático anterior à invasão permitir a conclusão acerca da ocorrência de crime no interior da residência é que se mostra possível sacrificar o direito à inviolabilidade do domicílio. [...]

8. A ausência de justificativas e de elementos seguros a legitimar a ação dos agentes públicos, diante da discricionariedade policial na identificação de situações suspeitas relativas à ocorrência de tráfico de drogas, pode fragilizar e tornar írrito o direito à intimidade e à inviolabilidade domiciliar.

9. Tal compreensão não se traduz, obviamente, em transformar o domicílio em salvaguarda de criminosos, tampouco um espaço de criminalidade. Há de se convir, no entanto, que só justifica o ingresso no domicílio alheio a situação fática emergencial consubstanciadora de flagrante delito, incompatível com o aguardo do momento adequado para, mediante mandado judicial, legitimar a entrada na residência ou local de abrigo.

10. Se é verdade que o art. 5º, XI, da Constituição Federal, num primeiro momento, parece exigir a emergência da situação para autorizar o ingresso em domicílio alheio sem prévia autorização judicial – ao elencar hipóteses excepcionais como o flagrante delito, casos de desastre ou prestação de socorro –, também é certo que nem todo crime permanente denota essa emergência.

11. Na hipótese sob exame, o acusado estava em local supostamente conhecido como ponto de venda de drogas, quando, ao avistar a guarnição de policiais, refugiou-se dentro de sua casa, sendo certo que, após revista em seu domicílio, foram encontradas substâncias entorpecentes (18 pedras de crack). Havia, consoante se demonstrou, suspeitas vagas sobre eventual tráfico de drogas perpetrado pelo réu, em razão, única e exclusivamente, do local em que ele estava no momento em que policiais militares realizavam patrulhamento de rotina e em virtude de seu comportamento de correr para sua residência, conduta que pode explicar-se por diversos motivos, não necessariamente o de que o suspeito cometia, no momento, ação caracterizadora de mercancia ilícita de drogas.

[...] 13. Ante a ausência de normatização que oriente e regule o ingresso em domicílio alheio, nas hipóteses excepcionais previstas no Texto Maior, há de se aceitar com muita reserva a usual afirmação – como ocorreu na espécie – de que o morador anuiu livremente ao ingresso dos policiais para a busca domiciliar, máxime quando a diligência não é acompanhada de qualquer preocupação em documentar e tornar imune a dúvidas a voluntariedade do consentimento.

14. Em que pese eventual boa-fé dos policiais militares, não havia elementos objetivos, seguros e racionais, que justificassem a invasão de domicílio. Assim, como decorrência da Doutrina dos Frutos da Árvore Envenenada (ou venenosa, visto que decorre da *fruits of the poisonous tree doctrine*, de origem norte-americana), consagrada no art. 5º, LVI, da nossa Constituição da República, é nula a prova derivada de conduta ilícita – no caso, a apreensão, após invasão desautorizada do domicílio do recorrido, de 18 pedras de crack –, pois evidente o nexo causal entre uma e outra conduta, ou seja, entre a invasão de domicílio (permeada de ilicitude) e a apreensão de drogas.

15. Recurso especial não provido, para manter a absolvição do recorrido. (Recurso Especial nº 1.574.681 – RS – 2015/0307602-3).

A partir desse acordo, são traçados critérios mais seguros para aferir a voluntariedade e validade do consentimento do morador, bem como o estabelecimento de elementos concretos em termos de *standard* probatório¹⁰ capazes de atender as fundadas razões que possibilitem o afastamento da inviolabilidade do domicílio, atendendo a exigência legal e dando a necessária carga axiológica da garantia fundamental, sem tornar o domicílio subterfúgio da criminalidade.

Importante ressaltar, que a exigência desses elementos objetivos que antecedam o ato e o justifique evita o que a doutrina vai denominar de *fishing expedition*¹¹, ou seja, pescaria

¹⁰ Parâmetros mínimos a serem seguidos pelo judiciário para se chegar a uma condenação ou absolvição do réu.

¹¹ Também denominada de pescaria probatória. Pode ser traduzida como sendo a procura especulativa sem que haja uma causa provável.

probatória, pois a busca baseada em suspeições genéricas, afronta o direito a inviolabilidade do domicílio e seu corolário da intimidade e privacidade.

Por fim, no ano de 2021, a 6º turma do STJ, fez mais uma modulação do seu entendimento. É importante ressaltar que nesse ponto, devido à extensão do acórdão, torna-se imprescindível elencar alguns tópicos relevantes, bem como os novos critérios para aferir a validade do que já foi estabelecido:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. FLAGRANTE. DOMICÍLIO COMO EXPRESSÃO DO DIREITO À INTIMIDADE. ASILO INVOLÁVEL. EXCEÇÕES CONSTITUCIONAIS. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. INGRESSO NO DOMICÍLIO. EXIGÊNCIA DE JUSTA CAUSA (FUNDADA SUSPEITA). CONSENTIMENTO DO MORADOR. REQUISITOS DE VALIDADE. ÔNUS ESTATAL DE COMPROVAR A VOLUNTARIEDADE DO CONSENTIMENTO. NECESSIDADE DE DOCUMENTAÇÃO E REGISTRO AUDIOVISUAL DA DILIGÊNCIA. NULIDADE DAS PROVAS OBTIDAS. TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA. PROVA NULA. ABSOLVIÇÃO. ORDEM CONCEDIDA.

[...] 2.1. Somente o flagrante delito que traduza verdadeira urgência legítima o ingresso em domicílio alheio, como se infere da própria Lei de Drogas (L. 11.343/2006, art. 53, II) e da Lei 12.850/2013 (art. 8º), que autorizam o retardamento da atuação policial na investigação dos crimes de tráfico de entorpecentes, a denotar que nem sempre o caráter permanente do crime impõe sua interrupção imediata a fim de proteger bem jurídico e evitar danos; é dizer, mesmo diante de situação de flagrância delitiva, a maior segurança e a melhor instrumentalização da investigação – e, no que interessa a este caso, a proteção do direito à inviolabilidade do domicílio – justificam o retardo da cessação da prática delitiva.

2.2. A autorização judicial para a busca domiciliar, mediante mandado, é o caminho mais acertado a tomar, de sorte a se evitem situações que possam, a depender das circunstâncias, comprometer a licitude da prova e, por sua vez, ensejar possível responsabilização administrativa, civil e penal do agente da segurança pública autor da ilegalidade, além, é claro, da anulação – amiúde irreversível – de todo o processo, em prejuízo da sociedade.

4. As circunstâncias que antecederem a violação do domicílio devem evidenciar, de modo satisfatório e objetivo, as fundadas razões que justifiquem tal diligência e a eventual prisão em flagrante do suspeito, as quais, portanto, não podem derivar de simples desconfiância policial, apoiada, v. g., em mera atitude “suspeita”, ou na fuga do indivíduo em direção a sua casa diante de uma ronda ostensiva, comportamento que pode ser atribuído a vários motivos, não, necessariamente, o de estar o abordado portando ou comercializando substância entorpecente.

5.1. Em um país marcado por alta desigualdade social e racial, o policiamento ostensivo tende a se concentrar em grupos marginalizados e considerados potenciais criminosos ou usuais suspeitos, assim definidos por fatores subjetivos, como idade, cor da pele, gênero, classe social, local da residência, vestimentas etc.

[...] 7. São frequentes e notórias as notícias de abusos cometidos em operações e diligências policiais, quer em abordagens individuais, quer em intervenções realizadas em comunidades dos grandes centros urbanos. É, portanto, ingenuidade, academicismo e desconexão com a realidade conferir, em tais situações, valor absoluto ao depoimento daqueles que são, precisamente, os apontados responsáveis pelos atos abusivos. E, em um país conhecido por suas práticas autoritárias – não apenas históricas, mas atuais –, a aceitação desse comportamento compromete a necessária aquisição de uma cultura democrática de respeito aos direitos fundamentais de todos, independentemente de posição social, condição financeira, profissão, local da moradia, cor da pele ou raça.

7.1. Ante a ausência de normatização que oriente e regule o ingresso em domicílio alheio, nas hipóteses excepcionais previstas no Texto Maior, há de se aceitar com muita reserva a usual afirmação [...].

7.2. **Por isso, avulta de importância que, além da documentação escrita da diligência policial (relatório circunstanciado), seja ela totalmente registrada em vídeo e áudio, de maneira a não deixar dúvidas quanto à legalidade da ação estatal como um todo e, particularmente, quanto ao livre consentimento do morador para o ingresso domiciliar. Semelhante providência resultará na diminuição da criminalidade em geral – pela maior eficácia probatória, bem como pela intimidação a abusos, de um lado, e falsas acusações contra policiais, por outro – e permitirá avaliar se houve, efetivamente, justa causa para o ingresso e, quando indicado ter havido consentimento do morador, se foi ele livremente prestado.**

[...] 11. Assim, como decorrência da proibição das provas ilícitas por derivação (art. 5º, LVI, da Constituição da República), é nula a prova derivada de conduta ilícita – no caso, a apreensão, após invasão desautorizada da residência do paciente, de 109 g de maconha –, pois evidente o nexos causal entre uma e outra conduta, ou seja, entre a invasão de domicílio (permeada de ilicitude) e a apreensão de drogas.

12. Habeas Corpus concedido, com a anulação da prova decorrente do ingresso desautorizado no domicílio e conseqüente absolvição do paciente [...].

13. Estabelece-se o prazo de um ano para permitir o aparelhamento das polícias, treinamento e demais providências necessárias para a adaptação às diretrizes da presente decisão, de modo a, sem prejuízo do exame singular de casos futuros, evitar situações de ilicitude que possam, entre outros efeitos, implicar responsabilidade administrativa, civil e/ou penal do agente estatal. (Habeas Corpus nº 598.051 – SP – 2020/0176244-9).

Diante disso, percebe-se que o tribunal desenvolveu, em termos de *standard* probatório¹², critérios para aferir a validade do consentimento e do flagrante delito, impondo ainda o ônus ao estado de provar a veracidade do ocorrido no caso concreto, possibilitando maior segurança em suas futuras decisões, além de garantir o devido respeito à garantia constitucional, bem como evitando infundadas acusações e os abusos de autoridades.

2.1.2 Da busca pessoal

O instituto da busca pessoal, espécie da busca e apreensão, encontra-se previsto no art. 240, § 2º, do CPP, a qual correlaciona a finalidade da busca pessoal, como por exemplo, a diligência com o fim de apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos, sendo dispensado o mandado judicial nos casos em haja fundada suspeita para sua obtenção.

É possível ainda, a realização da busca pessoal no caso de prisão ou, quando visa o encontro de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, bem como quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar, conforme art. 244, do CPP.

¹² Parâmetros mínimos a serem seguidos pelo judiciário para se chegar a uma condenação ou absolvição do réu.

Como se extrai do referido dispositivo, a busca pessoal, nada mais é, que uma diligência com o fim de localizar objetos que estejam em posse do indivíduo a qual recai a diligência, sendo indispensável a constatação de uma fundada suspeita.

Sobre a fundada suspeita, Norberto Avena, aduz que:

Ao contrário da busca domiciliar, que exige fundadas razões para que seja autorizada (art. 240, § 1.º), a busca pessoal poderá ser feita, simplesmente, a partir de fundadas suspeitas (art. 240, § 2.º) de que esteja o indivíduo portando algo proibido ou ilícito, podendo ser executada pela autoridade policial e seus agentes ou pela autoridade judiciária e quem esta determinar. Por fundadas razões compreende-se o conjunto de elementos objetivos que permitem ao juiz formar sua convicção quanto a possuir, efetivamente, o indivíduo, em seu domicílio, o material objeto da diligência. Já por fundadas suspeitas entende-se a desconfiança ou suposição, algo intuitivo e frágil, diferindo, pois, do conceito de fundadas razões, que requer uma maior concretude quanto à presença dos motivos que ensejam a busca domiciliar. A motivação, na busca pessoal, encontra-se no subjetivismo da autoridade que a determinar ou executar. (Avena, Norberto. Processo Penal, 2022).

Em que pese tal distinção, com o advento da Carta Política de 1988, tal dispositivo merece interpretação conforme as diretrizes constitucionais, tendo em vista que o art. 5º, inciso X, garante o direito a inviolabilidade, a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas. Dessa forma, basear-se em meras especulações subjetivas dos agentes públicos sem qualquer possibilidade de controle das razões que ensejaram a busca pessoal, é contribuir para o abuso de poder, bem como esvaziar de sentido a norma fundamental, haja vista o evidente constrangimento que causa.

Nessa direção, é perceptível que assim como na busca domiciliar, já tratada anteriormente, o fator desencadeador que ensejava a busca pessoal se extraia da mera convicção subjetiva, bem como do tirocínio policial, não havendo real elementos seguros que pudessem ensejar em um controle judicial, baseando-se exclusivamente no depoimento dos policiais.

Não obstante, sobre a exigência fundada de suspeita pela legislação, não havia nenhuma regulamentação sob a mesma, subsistindo sua vagueza e necessitando de valoração por parte do judiciário.

Diante disso e conforme explanado por Jéssica da Mata, percebe-se que a diligência possuía ampla carga discricionária na seleção de indivíduos tidos como suspeitos, permitindo que os enquadros fossem verdadeiros cheques em branco cujo preenchimento fica a critério de quem os executa, bem como uma medida para realização de admoestação verbal moralista. (Mata, Jéssica da. A política do enquadro, 2021).

A seguir, o seu tratamento no tribunal superior:

PENAL E PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO, NUMERAÇÃO RASPADA. BUSCA PESSOAL. FUNDADA SUSPEITA. NULIDADE. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. ABORDAGEM POLICIAL. PODER DE POLÍCIA. CRIME PERMANENTE. MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO. DESNECESSIDADE. DIREITO AO SILÊNCIO. RÉU QUE PERMANECEU CALADO NA FASE EXTRAJUDICIAL E JUDICIAL. ADVERTÊNCIA CONTIDA NOS INTERROGATÓRIOS POLICIAL E JUDICIAL. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

[...] 2. Se o Tribunal de origem, mediante valoração do acervo probatório produzido nos autos, entendeu, de forma fundamentada, ser "legítima" a abordagem policial questionada, tendo em vista o local e o horário em que o paciente foi abordado, não cabe a Esta Corte análise acerca da alegada ausência de "fundada suspeita", na medida em que demandaria exame detido de provas, inviável em sede de *writ*.

3. A abordagem policial decorre do poder de polícia inerente à atividade do Poder Público que, calcada na lei, tem o dever de prevenir delitos e condutas ofensivas à ordem pública.

4. Hipótese em que a ação dos policiais foi efetiva, pois resultou na prisão em flagrante do paciente por crime permanente, o qual não se exige mandado de busca e apreensão para sua efetivação. Precedentes.

[...] 8. *Habeas corpus* não conhecido.

(Habeas Corpus nº 385.110 – SC – 2017/0004565-5).

Como visto, assim como na busca domiciliar, já abordada, não se tinha apreço pelo fator determinante que ensejou na busca pessoal, bastante a praxe policial como razão autorizadora da medida, uma vez que a diligência tenha tido êxito na captura de objetos ilícitos, novamente com a justificativa de crime permanente.

Mister salientar, em que pese tal posicionamento do STJ, já existia no âmbito do Supremo Tribunal Federal, decisão que exigência mais do que convicções subjetivas da autoridade policial, como a arguição de que o agente trajava um “blusão” suscetível de esconder uma arma, sob pena de referendo a condutas arbitrárias ofensivas a direitos e garantias individuais e caracterizadoras de abuso de poder (Habeas Corpus nº 81.305-4 – Goiás - 2001).

Todavia, o Superior Tribunal de Justiça, através de suas decisões reiteradas, vem construindo parâmetros mais concretos e mais seguros, que possam trazer de alguma forma maior controle nas razões que se baseiam a busca pessoal. Nesse sentido, analisa-se:

RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. BUSCA PESSOAL. AUSÊNCIA DE FUNDADAS SUSPEITAS. ILICITUDE DA PROVA OBTIDA. AUSÊNCIA DE PROVAS SUFICIENTES PARA CONCLUIR PELA CONDENAÇÃO. ABSOLVIÇÃO. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO.

[...] 2. A permissão para a revista pessoal em caso de fundada suspeita decorre de desconfiança devidamente justificada pelas circunstâncias do caso concreto de que o indivíduo esteja na posse de armas ou de outros objetos ou papéis que constituam corpo de delito, evidenciando-se a urgência de se executar a diligência. É necessário,

pois, que ela (a suspeita) seja fundada em algum dado concreto que justifique, objetivamente, a invasão na privacidade ou na intimidade do indivíduo.

3. Se não havia fundadas suspeitas para a realização de busca pessoal no acusado, não há como se admitir que a mera constatação de situação de flagrância, posterior à revista do indivíduo, justifique a medida. [...].

4. A descoberta, *a posteriori*, de uma situação de flagrante – apreensão de 48 g de maconha, 4,5 g de crack e 3,5 g de cocaína – não passou de mero acaso, motivo pelo qual não tem eficácia probatória a prova obtida ilicitamente, por meio de violação de norma constitucional (CF, art. 5º, X). [...]

6. Recurso especial não provido.

(Resp nº 1.576.623 – RS – 2016/0003404-9)

Como se verifica, a busca pessoal não pode ser baseada em meras especulações subjetivas, ilações de íntima convicção, devendo ser lastreada de dados objetivos, de uma justa causa que justifique tal ato, pois a descoberta posterior de sua situação de flagrante, é mera coincidência que não justifica a abordagem antecedente.

É possível ainda constatar contornos mais concretos:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DECISÃO AGRAVADA. IMPUGNAÇÃO SUFICIENTE. RECONSIDERAÇÃO. OMISSÃO E CONTRADIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. TRÁFICO DE DROGAS. BUSCA VEICULAR. FUNDADA SUSPEITA. AUSÊNCIA DE DADOS CONCRETOS. PARÂMETROS UNICAMENTE SUBJETIVOS. AFIRMAÇÕES GENÉRICAS. ACUSADO JÁ CONHECIDO NA GUARNIÇÃO POLICIAL. DENÚNCIAS DE USUÁRIOS NÃO OFICIALIZADAS. NOTÍCIAS DE QUE O AUTOMÓVEL ERA UTILIZADO PARA A PRÁTICA DO CRIME. VIOLAÇÃO AO ART. 240, § 2º DO CPP. OCORRÊNCIA. PROVAS ILÍCITAS. ABSOLVIÇÃO. AGRAVO PROVIDO. [...] 3. Nos termos do art. 240, § 2º, do CPP, para a realização de busca pessoal pela autoridade policial, é necessária a presença de fundada suspeita no sentido de que a pessoa abordada esteja na posse de arma proibida, objetos ou papéis que constituam corpo de delito.

4. A mera indicação de que o acusado, primário e sem antecedentes, era conhecido da guarnição pela prática do crime de tráfico de drogas, tendo em vista que diversos usuários já assumiram ter comprado drogas de Lucas, fatos estes que nunca foram oficializados porque referidas pessoas têm muito medo, já que se trata de traficante supostamente faccionado, bem como de haver notícias de que referido automóvel seria utilizado para a prática do crime de tráfico de drogas, não se revela suficiente para justificar a busca pessoal.

5. Não tendo havido a indicação sobre a instauração de procedimento investigatório prévio ou de que, no momento da abordagem, havia dado concreto sobre a existência de fundada suspeita a autorizar a busca veicular, verifica-se a ocorrência de ilegalidade, estando ausente de razoabilidade considerar que, por si só, meros parâmetros subjetivos, embasados em presunções ou suposições, advindas de denúncias de usuários não oficializadas, enquadrem-se na excepcionalidade da revista pessoal.

6. Se não amparada pela legislação a revista pessoal realizada pelos agentes de segurança, vislumbra-se a ilicitude da prova, e, nos termos do art. 157 do CPP, deve ser desentranhado dos autos o termo de busca e apreensão das drogas, além dos laudos preliminares e de constatação da droga referentes à busca pessoal realizada no veículo do acusado. Consequentemente, afasta-se a prova de existência do fato, nos termos do art. 386, II, do CPP.

7. Agravo regimental provido para declarar ilegal a apreensão da droga, e, consequentemente, absolver o agravante LUCAS GARCIA, nos termos do art. 386, II, do CPP.

Nesse julgado, ainda é possível vislumbrar-se situação ainda mais complexa, pois, segundo o tribunal, o conhecimento da comunidade, bem como das próprias guarnições sobre a prática de crime, mas que nunca foram oficializados aos órgãos competentes, denominado pela doutrina de cifras negras, não enseja justa causa autorizadora para a realização da busca pessoal.

Nesse sentido, o tribunal faz um juízo de ao menos duas condições *sine qua non*¹³ que justificaria a realização da abordagem e, conseqüentemente, a busca pessoal, como a instauração de procedimento investigatório prévio ou, a identificação de dados objetivos que ensejem uma fundada suspeita da ocorrência de um flagrante delito.

A partir dessa construção jurisprudencial, é possível obter-se parâmetros para correção judicial posterior, trazendo segurança quanto a norma autorizadora, haja vista sua vagueza e sua imprecisão. Portanto, fora desses parâmetros o que se terá é uma carta em branco para a ocorrência de abusos por agentes estatais, a julgar pelos alvos preferenciais do sistema penal, onde a fundada suspeita advém de uma concepção preconceituosa que inclui vestimentas, como blusão, ou pele escura, os quais se tornam requisitos implícitos para a ocorrência de uma abordagem policial. Assim é possível verificar, de acordo com a jurisprudência do STJ:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO. 1,53 GRAMAS DE COCAÍNA. SENTENÇA ONDENATÓRIA. DOSIMETRIA. DESPROPORCIONALIDADE. VALORAÇÃO NEGATIVA DA PERSONALIDADE COM FUNDAMENTO EM ANTECEDENTES CRIMINAIS. IMPOSSIBILIDADE. FLAGRANTE ILEGALIDADE. QUANTIDADE DE DROGA QUE NÃO JUSTIFICA AFASTAR A CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. ÍNFIMA QUANTIDADE QUE DEVE PREVALECER SOBRE A REINCIDÊNCIA, PERMITINDO FIXAR REGIME MAIS BRANDO E SUBSTITUIR A REPRIMENDA. FLAGRANTE ILEGALIDADE. ORDEM CONCEDIDA À UNANIMIDADE. AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE EIVADO DE NULIDADE. BUSCA PESSOAL. FUNDADA SUSPEITA ORIGINADA EM ELEMENTO INIDÔNEO. COR DA PELE NÃO PODE CONFIGURAR ELEMENTO CONCRETO INDICIÁRIO DE DESCONFIANÇA DO AGENTE DE SEGURANÇA PÚBLICA. ILICITUDE DOS ELEMENTOS DE PROVA QUE EMBASARAM A CONDENAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. CONVICÇÃO DO RELATOR NÃO ACOMPANHADA NA SEXTA TURMA.

[...] 4. Busca pessoal do paciente feita em razão de o mesmo ser negro conforme depoimento dos responsáveis pelo flagrante: “QUE AO PASSAR PELA RUA SANTA TERESA, QUADRA 4, AVISTOU AO LONGE UM INDIVÍDUO DE COR NEGRA QUE ESTAVA EM CENA TÍPICA DE TRÁFICO DE DROGAS, UMA VEZ QUE ELE ESTAVA EM PÉ JUNTO O MEIO FIO DA VIA PÚBLICA E UM VEÍCULO ESTAVA PARADO JUNTO A ELE COMO SE ESTIVESSE VENDENDO/COMPRANDO ALGO” e “QUE AO SE APROXIMAREM DA RUA

¹³ Condição indispensável

SANTA TERESA VIRAM UM INDIVÍDUO NEGRO QUE "SERVIA" ALGUM USUÁRIO DE DROGA EM UM CARRO DE COR CLARA”.

5. A cor da pele do paciente foi o que, considerando o depoimento dos policiais responsáveis pelo flagrante, despertou a suspeita que justificou a busca pessoal no paciente. Ainda que não tenha sido somente a cor da pele, mas, sim, todo o contexto, como estar o indivíduo ao lado de veículo, em atitude de mercancia, em área de tráfico, pela experiência dos policiais, a meu ver, a cor da pele foi o fator que primeiramente despertou a atenção do agente de segurança pública, o que não pode ser admitido.

6. Este Superior Tribunal de Justiça por diversas vezes constatou abusos praticados pelas forças policiais na execução das buscas pessoal e domiciliar, concedendo a ordem para reconhecer a nulidade das provas obtidas nessas buscas irregulares, com a consequente absolvição dos acusados.

7. Não se pode ter como elemento ensejador da fundada suspeita a convicção do agente policial despertada a partir da cor da pele, como descrito no Auto de Prisão em Flagrante constante dos autos, sob o risco de ratificação de condutas tirânicas violadoras de direitos e garantias individuais, a configurar tanto o abuso de poder, quanto o racismo.

8. Nula a abordagem realizada pelos policiais militares, diante da manifesta ausência de fundada suspeita de o paciente estar portando drogas no momento da abordagem, acarretando a ilicitude das provas obtidas por meio da busca pessoal. [...]

9. Ordem concedida, à unanimidade, nos termos da impetração, a fim de redimensionar a pena para 2 anos e 11 meses de reclusão, além de 250 dias-multa, no valor mínimo legal, e, de ofício, para estabelecer o regime aberto e determinar a substituição da pena privativa de liberdade por duas medidas restritivas de direitos a serem fixadas pelo Juízo das Execuções Criminais.

(HC Nº 660930 – SP – 2021/0116975-6).

A busca pessoal deve ser vista como medida excepcional, não pode ser direcionada a pessoa aleatória e muito menos sem o devido critério, pois como visto, a medida é constrangedora e necessita de justa causa para que não seja esvaziado o sentido do direito à privacidade, intimidade e a imagem (art. 5º, X, CF/88). É evidente que o direito fundamental não possui um caráter absoluto, podendo ser relativizado. No entanto, essa relativização não pode ser ao bel-prazer. A justa causa concreta e bem delineada é justamente um autorizador da mitigação do referido direito. Nesse sentido, segundo o tribunal superior, o fato de haver denúncia anônima e o agente ter empreendido fuga ao vislumbrar a chegada dos agentes de segurança pública, não justifica, por si só, a excepcionalidade da medida invasiva. Necessitando de elementos objetivos e concretos que gerem a fundada suspeita da ocorrência de crime, é possível analisar o exposto a seguir:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PROVA ILÍCITA. REVISTA PESSOAL. AUSÊNCIA DE FUNDADAS SUSPEITAS. ILEGALIDADE. OCORRÊNCIA. ABSOLVIÇÃO. HABEAS CORPUS CONCEDIDO.

1. Considera-se ilícita a revista pessoal realizada sem a existência da necessária justa causa para a efetivação da medida invasiva, nos termos do art. § 2º do art. 240 do CPP, bem como a prova derivada da busca pessoal.

2. Se não havia fundadas suspeitas para a realização de busca pessoal no acusado, não há como se admitir que a mera constatação de situação de flagrância, posterior à revista do indivíduo, justifique a medida. Assim, o fato de o acusado se amoldar ao perfil descrito em denúncia anônima e ter empreendido fuga ante a tentativa de

abordagem dos policiais militares, não justifica, por si só, a invasão da sua privacidade, haja vista a necessidade de que a suspeita esteja fundada em elementos concretos que indiquem, objetivamente, a ocorrência de crime no momento da abordagem, enquadrando-se, assim, na excepcionalidade da revista pessoal.

3. *Habeas corpus* concedido para reconhecer a nulidade das provas obtidas a partir da busca pessoal realizada, bem como as delas derivadas, anulando-se a sentença para que outra seja prolatada, com base nos elementos probatórios remanescentes. (HC Nº 625.819 – SC – 2020/0298913-4)

Portanto, com o advento do novo posicionamento do tribunal referente a busca domiciliar, nos julgados anteriormente supramencionados, foi estendido os critérios autorizadores para realização da abordagem e conseqüentemente a mitigação do direito a intimidade e privacidade, visto que o dispositivo também exige em termos de *standard* probatório¹⁴ a fundada suspeita, observe-se a arguição do tribunal:

RECURSO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. BUSCA PESSOAL. AUSÊNCIA DE FUNDADA SUSPEITA. ALEGAÇÃO VAGA DE “ATITUDE SUSPEITA”. INSUFICIÊNCIA. ILICITUDE DA PROVA OBTIDA. TRANCAMENTO DO PROCESSO. RECURSO PROVIDO.

1. Exige-se, em termos de *standard* probatório para busca pessoal ou veicular sem mandado judicial, a existência de fundada suspeita (*justa causa*) – baseada em um juízo de probabilidade, descrita com a maior precisão possível, aferida de modo objetivo e devidamente justificada pelos indícios e circunstâncias do caso concreto – de que o indivíduo esteja na posse de drogas, armas ou de outros objetos ou papéis que constituam corpo de delito, evidenciando-se a urgência de se executar a diligência.

2. Entretanto, a normativa constante do art. 244 do CPP não se limita a exigir que a suspeita seja fundada. É preciso, também, que esteja relacionada à “posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito”. Vale dizer, há uma necessária referibilidade da medida, vinculada à sua finalidade legal probatória, a fim de que não se converta em salvo-conduto para abordagens e revistas exploratórias (*fishing expeditions*), baseadas em suspeição genérica existente sobre indivíduos, atitudes ou situações, sem relação específica com a posse de arma proibida ou objeto (droga, por exemplo) que constitua corpo de delito de uma infração penal. O art. 244 do CPP não autoriza buscas pessoais praticadas como “rotina” ou “praxe” do policiamento ostensivo, com finalidade preventiva e motivação exploratória, mas apenas buscas pessoais com finalidade probatória e motivação correlata.

3. Não satisfazem a exigência legal, por si sós, meras informações de fonte não identificada (e.g. denúncias anônimas) ou intuições e impressões subjetivas, intangíveis e não demonstráveis de maneira clara e concreta, apoiadas, por exemplo, exclusivamente, no tirocínio policial. Ante a ausência de descrição concreta e precisa, pautada em elementos objetivos, a classificação subjetiva de determinada atitude ou aparência como suspeita, ou de certa reação ou expressão corporal como nervosa, não preenche o *standard* probatório de “fundada suspeita” exigido pelo art. 244 do CPP. [...] 8. “Os enquadros se dirigem desproporcionalmente aos rapazes negros moradores de favelas dos bairros pobres das periferias. Dados similares quanto à sobre-representação desse perfil entre os suspeitos da polícia são apontados por diversas pesquisas desde os anos 1960 até hoje e em diferentes países do mundo. Trata-se de um padrão consideravelmente antigo e que ainda hoje se mantém, de modo que, ao menos entre os estudiosos da polícia, não existe mais dúvida de que o racismo é reproduzido e reforçado através da maior vigilância policial a que é submetida a população negra”. Mais do que isso, “os policiais tendem a enquadrar mais pessoas

¹⁴ Parâmetros mínimos a serem seguidos pelo judiciário para se chegar a uma condenação ou absolvição do réu.

jovens, do sexo masculino e de cor negra não apenas como um fruto da dinâmica da criminalidade, como resposta a ações criminosas, mas como um enviesamento no exercício do seu poder contra esse grupo social, independentemente do seu efetivo engajamento com condutas ilegais, por um direcionamento prévio do controle social na sua direção” (DA MATA, Jéssica, A Política do Enquadro, São Paulo: RT, 2021, p. 150 e 156). [...]

10. Daí a importância, como se tem insistido desde o julgamento do HC n. 598.051/SP (Rel. Ministro Rogério Schietti, 6ª T., DJe 15/3/2021), do uso de câmeras pelos agentes de segurança, a fim de que se possa aprimorar o controle sobre a atividade policial, tanto para coibir práticas ilegais, quanto para preservar os bons policiais de injustas e levianas acusações de abuso. [...]

14. Em paráfrase ao mote dos movimentos antirracistas, é preciso que sejamos mais efetivos ante as práticas autoritárias e violentas do Estado brasileiro, pois enquanto não houver um alinhamento pleno, por parte de todos nós, entre o discurso humanizante e ações verdadeiramente transformadoras de certas práticas institucionais e individuais, continuaremos a assistir, apenas com lamentos, a morte do presente e do futuro, de nosso país e de sua população mais invisível e vulnerável. E não realizaremos o programa anunciado logo no preâmbulo de nossa Constituição, de construção de um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

15. Na espécie, a guarnição policial "deparou com um indivíduo desconhecido em atitude suspeita" e, ao abordá-lo e revistar sua mochila, encontrou porções de maconha e cocaína em seu interior, do que resultou a prisão em flagrante do recorrente. Não foi apresentada nenhuma justificativa concreta para a revista no recorrente além da vaga menção a uma suposta “atitude suspeita”, algo insuficiente para tal medida invasiva, conforme a jurisprudência deste Superior Tribunal, do Supremo Tribunal Federal e da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

16. Recurso provido para determinar o trancamento do processo.
(Recurso em Habeas Corpus nº 158580 – BA – 2021/0403609-0)

Como dito anteriormente e visto pelo referido julgado nos itens 1 e 2, a busca pessoal não pode ser realizada com exclusivo argumento de medida preventiva para a segurança pública, pois o dispositivo legal exige-se um fim específico, qual seja, os elementos descritos no art. 244 do CPP. A sua realização sem fim específico como medida preventiva, na verdade, trata-se de verdadeira pescaria probatória, pois nessa analogia, a diligência se torna a rede da pesca e contará com a sorte de encontrar algo ilícito, comportamento esse que viola o direito fundamental da intimidade, privacidade e a imagem.

2.1 Direito a não autoincriminação

Conforme já exposto no primeiro capítulo, o direito a não autoincriminação foi previsto na carta política em seu art. 5º, inciso LXIII, quando aduz que: “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”. Tal garantia, não encontra divergência quanto a sua existência no ordenamento

jurídico brasileiro. Sendo possível notar o seu reconhecimento já nos anos seguintes da promulgação da carta política contemporânea, é importante observar:

ADVOGADA. DEPOIMENTO E ACAREAÇÃO EM INQUÉRITO ADMINISTRATIVO CONDUZIDO PELO CORREGEDOR GERAL DA JUSTIÇA. Legalidade, em tese, de medida (arts. 155, 158, § 2º, e 157, parágrafo único da Lei 8.112/90), quando se objetive o depoimento da advogada não como tal, mas como indiciada de envolvimento direto no fato criminoso.

Resguardado, contudo, do sigilo profissional e do direito ao silêncio sobre fato que a incrimine.

Concessão parcial da ordem para ressaltar à paciente advogada:

- Ser novamente intimada para a acareação, em data a ser designada pelo corregedor, ensejando comparecimento espontâneo, pela última vez;
- Não estar obrigada a responder perguntas que implique violação de sigilo profissional, consignando-se as razões da recusa no termo;
- Poder silenciar sobre o que eventualmente a incrimine (*nemo tenetur se detegere*). (Habeas Corpus nº 625 – DF – 91.2095-8 – 27/05/1991).

Em que pese o seu reconhecimento e a sua aplicação, é possível notar, que o direito a não autoincriminação pode ser mitigado quando envolver determinados atos processuais, mormente quando requer mera tolerância, ou seja, comportamento passivo para a produção probatória.

Nesse sentido, o Tribunal Superior, até o ano de 2015, possuía o entendimento que a conduta de atribuir-se falsamente a identificação perante a autoridade policial, com o intuito de, v.g. ocultar antecedentes, ou livrar-se de prisão em flagrante, seria exercício do direito ao *nemo tenetur se detegere*¹⁵, examine-se:

HABEAS CORPUS. ART. 307 DO CÓDIGO PENAL. CRIME DE FALSA IDENTIDADE. EXERCÍCIO DE AUTODEFESA. CONDUTA ATÍPICA. "PRIVILÉGIO CONSTITUCIONAL CONTRA A AUTO-INCRIMINAÇÃO: GARANTIA BÁSICA QUE ASSISTE À GENERALIDADE DAS PESSOAS. A PESSOA SOB INVESTIGAÇÃO (PARLAMENTAR, POLICIAL OU JUDICIAL) NÃO SE DESPOJA DOS DIREITOS E GARANTIAS ASSEGURADOS" (STF, HC 94.082-MC/RS, REL. MIN. CELSO DE MELLO, DJ DE 25/03/2008). PRINCÍPIO "NEMO TENETUR SE DETEGERE". (...).

1. O direito do investigado ou do acusado de não produzir prova contra si foi positivado pela Constituição da República no rol petrificado dos direitos e garantias individuais (art. 5º, inciso LXIII). É essa a norma que garante *status* constitucional ao princípio do "*Nemo tenetur se detegere*" (STF, HC 80.949/RJ, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, 1.ª Turma, DJ de 14/12/2001), segundo o qual, repita-se, **ninguém** é obrigado a produzir quaisquer provas contra si. [...]

4. Nos termos do art. 5º, inciso LXIII, da Carta Magna "*o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado*". Tal regra, conforme jurisprudência dos Tribunais pátrios, deve ser interpretada de forma extensiva, e engloba cláusulas a serem expressamente comunicadas a quaisquer investigados ou acusados, quais

¹⁵ Expressão em latim que pode ser traduzida que: Ninguém é obrigado a produzir provas contra si.

sejam: o direito ao silêncio, o direito de não confessar, o direito de não produzir provas materiais ou de ceder seu corpo para produção de prova *etc.*

5. É atípica a conduta de se atribuir falsa identidade perante autoridade policial com o intuito de ocultar antecedentes criminais, pois se trata de hipótese de autodefesa, consagrada no art. 5.º, inciso LXIII, da Constituição Federal, que não configura o crime descrito no art. 307 do Código Penal. Precedentes. [...]

8. Ordem parcialmente prejudicada e, no restante, parcialmente concedida, tão somente para determinar o trancamento da ação penal quanto ao crime de falsa identidade atribuído ao Paciente.

(Habeas Corpus nº 188.141 – AL – 2010/0193246-0).

Todavia, no ano de 2015, acompanhando o posicionamento do STF sobre a temática, o egrégio tribunal superior mudou o seu entendimento, inclusive, criando a súmula nº 522.

PENAL. ALEGAÇÃO FALSA PERANTE AUTORIDADE POLICIAL. AFIRMAÇÃO DE QUE DIRIGIA VEÍCULO AUTOMOTOR ENVOLVIDO EM ACIDENTE DE TRÂNSITO. EXERCÍCIO DE AUTODEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE PATENTE. NÃO CONHECIMENTO.

1. A Sexta Turma deste Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se à posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal, firmou a compreensão de que tanto a conduta de utilizar documento falso como a de atribuir-se falsa identidade, para ocultar a condição de foragido, caracterizam, respectivamente, o crime do art. 304 e do art. 307 do Código Penal, sendo inaplicável a tese de autodefesa. [...]

3. Mais se avulta essa conclusão de que há, em tese, ação típica e não meramente exercício de autodefesa, considerando que a falsidade engendrada pelo paciente teria sido para ocultar não só eventual ato penalmente ilícito dele próprio (*art. 310 da Lei 9.503/97 - entregar a direção de veículo automotor a pessoa não habilitada*), mas também de outrem, o verdadeiro motorista, que teria sido autor de lesões corporais (*art. Art. 303 da Lei 9.503/97 - Praticar lesão corporal culposa na direção de veículo automotor*).

4. Ausência de flagrante ilegalidade a reparar.

5. Impetração não conhecida.

(Habeas Corpus nº 48.060 – SP - 2005/0155031-9)

Súmula Nº 522: A conduta de atribuir-se falsa identidade perante autoridade policial é típica, ainda que em situação de alegada autodefesa.

Já em outra vertente, ao dever das autoridades esclarecerem ao suspeito, investigado, acusado ou réu, sobre o seu direito de permanecer em silêncio, art. 5º, inciso LXII, da CF/88, seja ele em um interrogatório formal ou informal, entendendo-se esse como aquele realizado no momento da abordagem policial, o Tribunal Superior, é pacífico em seu posicionamento de que a sua inobservância é causa de nulidade relativa, exigindo-se a demonstração de prejuízo, conforme art. 563, do CPP. A colocação no ano de 2004 e 2022 respectivamente prega que:

HABEAS CORPUS - PROCESSUAL PENAL - FURTO - AUSÊNCIA DE ADVERTÊNCIA AO ACUSADO ACERCA DO DIREITO DE PERMANECER EM SILÊNCIO - NULIDADE RELATIVA QUE DEVE SER ARGÜIDA EM MOMENTO OPORTUNO E DEMONSTRADO O EFETIVO PREJUÍZO - BUSCA E APREENSÃO - AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL - INGRESSO NA

RESIDÊNCIA NÃO OBSTADO PELO PACIENTE - ABSOLVIÇÃO POR FALTA DE PROVAS VÁLIDAS - PEDIDO PREJUDICADO - ORDEM DENEGADA.

- A nulidade pela ausência de advertência ao acusado acerca do direito de permanecer em silêncio, por ser de caráter relativo, deve ser argüida nos termos do artigo 571 do CPP, sob pena de preclusão, demonstrando-se o efetivo prejuízo.

- Não constitui nulidade a busca e apreensão que, conquanto desprovida de autorização judicial, teve o ingresso permitido pelo próprio morador.

- Não restando configurada a alegada nulidade das provas, resta prejudicado o pedido de absolvição por ausência de provas válidas.

- Ordem denegada.

(Habeas Corpus nº 27.339 – MS – 2003/0034280-5).

ECA. AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO DELITO DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES. NULIDADE. AUSÊNCIA DE "AVISO DE MIRANDA" NA ABORDAGEM POLICIAL. ADVERTÊNCIA DEVIDAMENTE REALIZADA PERANTE À AUTORIDADE POLICIAL. TEMA AINDA NÃO APRECIADO PELO STF EM REPERCUSSÃO GERAL. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO.

1. [...] De toda sorte, "o Superior Tribunal de Justiça, acompanhando posicionamento consolidado no Supremo Tribunal Federal, firmou o entendimento de que eventual irregularidade na informação acerca do direito de permanecer em silêncio é causa de nulidade relativa, cujo reconhecimento depende da comprovação do prejuízo" (HC n. 614.339/SP, relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 9/2/2021, DJe 11/2/2021).

3. Não está demonstrado o prejuízo necessário ao reconhecimento da nulidade alegada, na medida em que não se sustenta a simples afirmação defensiva de que as informações obtidas de maneira ilegal pelos policiais teriam sido suficientes para embasar a representação, pois a apreensão da droga em posse do agravante em quantidade que pode ser considerada incompatível com o simples uso, somada à sua atitude suspeita demonstrada antes da abordagem policial, por certo já seria suficiente a eventualmente ensejar sua representação pela suposta prática de ato infracional equiparado ao delito de tráfico de entorpecentes, mormente se considerados os diversos verbos nucleares do tipo penal em comento. Assim, eventual prejuízo advindo da omissão quanto ao "Aviso de Miranda" não se presume, de maneira que, nem sequer tendo havido o julgamento de mérito da representação ofertada, deve-se aguardar o deslinde da representação na origem, não sendo possível perquirir a nulidade aqui apontada, ao menos ao que se tem dos autos.

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no Habeas Corpus nº 670.351 – SC – 2021/0166832-0).

Em que pese tal posicionamento consolidado no tribunal superior, é salutar advertir que esse posicionamento poderá ser mudado, uma vez que o STF, ao final do ano de 2021, reconheceu a repercussão geral do Recurso Extraordinário 1.177.984, tema 1.185, ainda aguardando julgamento, que trata da obrigatoriedade de que os policiais informem sobre o direito ao silêncio, já no momento da abordagem.

Ponto que merece explanação é quanto ao exercício do *nemo tenetur se detegere*¹⁶ no momento do interrogatório, pois antes do advento da Lei 10.792/03, o réu poderia exercer o

¹⁶ Expressão em latim que pode ser traduzida que: Ninguém é obrigado a produzir provas contra si.

direito de permanecer calado, no entanto, o seu silêncio poderia ser interpretado em seu prejuízo.

Nesse seguimento, o STJ entendia que, embora fosse aludido que o silêncio poderia implicar em prejuízo do réu, deveria a defesa demonstrar o efetivo prejuízo tido, ou seja, o real induzimento a confessar a prática delitativa, a autoincriminação. Com tal afirmação, é importante analisar:

PROCESSO PENAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA. NULIDADE INTERROGATÓRIO. DESMEMBRAMENTO AÇÃO PENAL.

[...] II – O fato do juiz da causa ter advertido o paciente de que seu silêncio poderia prejudica-lo, é irrelevante, na medida em que, se calado tivesse ele ficado, tal situação em nada poderia agravá-lo, sendo o silêncio, hoje, constitucionalmente protegido. No entanto, tendo prestado depoimento, deveria o impetrante indicar, objetivamente, qual o prejuízo decorrente de seu interrogatório, o que não fez, impondo-se, ao caso, aplicar-se a máxima – “pas de nullite, sans grief”. [...]

IV – Ordem indeferida.

(HC Nº 2571-7 – PE – 94.0011615-2)

RHC. DIREITO DE DEFESA. CERCEAMENTO. INTERROGATÓRIO.

1 – Não constitui nulidade a advertência feita ao paciente, nos termos do art. 186, do CPP, de que seu silêncio poderia prejudica-lo, quando não provado qualquer prejuízo para a defesa. [...]

4 – Recurso de Habeas Corpus conhecido e improvido.

(Recurso em Habeas Corpus nº 6.524 – SP – 97/0035724-4)

Após a promulgação da Lei 10.792/03, foi suprimido o teor que afirmava que do silêncio poderia implicar prejuízo ao réu, consubstanciando assim, maior efetividade a garantia constitucional. Dessa forma, em que pese ainda a existência, no art. 198 do CPP, de que o silêncio poderá constituir elemento para formação do convencimento do juiz, doutrina e jurisprudência, coadunam pela sua inconstitucionalidade.

Doravante, poderá o réu exercer com plenitude o *nemo tenetur se detegere*¹⁷ durante o interrogatório.

Por fim, nesse mesmo liame, imperioso é abordar a temática no que concerne a necessidade de um comportamento ativo do agente na colaboração da produção probatório no processo penal. A doutrina majoritária e a jurisprudência, como se infere nos julgados anteriores, é firme no sentido de que o agente não é obrigado a colaborar ativamente na produção de uma prova que tenha condão de lhe auto incriminar, como por exemplo, na realização do interrogatório, onde o agente não é obrigado a falar sobre sua pessoa e sobre os fatos, ressalvado quanto a sua identificação pessoal, dado que exige um comportamento ativo

¹⁷ Idem.

do mesmo, assim como também, não está obrigado a disponibilizar a senha de seu aparelho *smartphone* a autoridade policial pelas mesmas razões.

Ressalta-se que o posicionamento do STJ quanto a temática é linear, é o que se infere do julgado abaixo:

PENAL. PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO EM HABEAS CORPUS. INVESTIGAÇÃO CRIMINAL. DEPUTADO ESTADUAL. NULIDADES. NÃO OCORRÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE NOVOS ARGUMENTOS HÁBEIS A DESCONSTITUIR A DECISÃO IMPUGNADA. AGRAVO DESPROVIDO.

[...] VI - Por fim, no que concerne à tese defensiva de violação ao direito do recorrente de não produzir prova contra si mesmo, tem-se que não comporta provimento a presente irresignação. Nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, "*Qualquer pessoa que sofra investigações penais, policiais ou parlamentares, ostentando, ou não, a condição formal de indiciado – ainda que convocada como testemunha (RTJ 163/626 –RTJ 176/805-806) –, possui, dentre as várias prerrogativas que lhe são constitucionalmente asseguradas, o direito de permanecer em silêncio e de não produzir provas contra si própria*" (RTJ n. 141/512, Rel. Min. Celso de Mello). In casu, diversamente do quanto deduzido nas razões recursais, não há como se constatar, de plano, o aventado constrangimento ilegal, pois consta dos autos não só que, malgrado tenha havido a determinação inicial de entrega dos equipamentos eletrônicos sob pena de multa e de configuração de crime de desobediência, o ora agravante não realizou a entrega das senhas aptas a permitir acesso aos dispositivos, mas também que o em. Desembargador relator decidiu, justamente em homenagem ao princípio constitucional nemo tenetur se detegere, não impor a multa ao investigado, tal como pleiteado pelo Parquet.

VII - Destarte, em análise minuciosa do caso dos autos, tem-se que não resta configurada qualquer lesão concreta e efetiva a direitos do ora agravante.

VIII - Neste agravo regimental não foram apresentados argumentos novos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, devendo ser mantida a decisão impugnada por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Agravo regimental desprovido.

(AgRg nos EDcl no Recurso em Habeas Corpus nº 145665 – RO)

Para fins de soma ilustrativa, segue decisão monocrática onde o ministro Félix Fischer aduz justamente sobre a inexistência de ofensa ao referido princípio quando o agente é mero objeto da investigação, pois exige-se apenas um comportamento passivo, de tolerância:

HABEAS CORPUS Nº 477.674 – RS (2018/0293981-7) DECISÃO

[...] Alega que "o paciente não tem o interesse na produção da prova requerida pela autoridade policial no ofício nº. 1397/2018/700410-kc, tendo em vista que exercerá seu direito constitucional, não desejando prestar suas declarações na delegacia tampouco ser submetido a reconhecimento pessoal" (fl. 9). Postula, ao final que seja cassado o mandado de condução coercitiva. É o relatório. Decido.

[...] em que pese a alegação defensiva, não vislumbro qualquer constrangimento legal no caso concreto. Isso porque o paciente, uma vez segregado, está sob a custódia do Estado, de modo que restrito seu direito de ir e vir. Realizar a custódia até Delegacia, para o interesse da investigação, não representa qualquer ilegalidade. Até porque, perante a autoridade policial, pode o paciente manifestar o desejo de permanecer em silêncio.

Outrossim, quanto à realização de eventual reconhecimento, entendo que não afronta o princípio do *nemo tenetur se detegere*, mormente porque não exige qualquer

comportamento ativo do agente, bastando que o mesmo tolere a sua realização. A cooperação passiva, friso, não configura produção de prova contra si.

Portanto, evitando maiores delongas, entendo que não há qualquer flagrante ilegalidade, pelo que estou mantendo, ao menos por ora, a decisão da autoridade coatora.

Indefiro o pedido liminar" (fl. 327). Na hipótese, portanto, não verifico a ocorrência de flagrante ilegalidade capaz de ensejar o afastamento do óbice contido no enunciado sumular referido. [...] Ante o exposto, com fulcro no art. 34, inciso XX, e art. 210, ambos do RISTJ, indefiro liminarmente o processamento do presente writ. P. e I. Brasília (DF), 31 de outubro de 2018. Ministro Felix Fischer Relator

Desenvolvidas essas temáticas, segue-se ao próximo capítulo para conexão com o tema.

3. A APREENSÃO DE APARELHO CELULAR E A LEGALIDADE DO ACESSO AO CONTEÚDO

Como observado no início do presente trabalho, o uso disseminado do aparelho celular, hoje, é uma realidade inevitável, pois conforme se deu o desenvolvimento das tecnologias de 1G; 2G; 3G e 4G, o aumento do número de pessoas que foram atingidas pela presença destas tecnologias em seu cotidiano, é exorbitante. Além disso, vislumbra-se a nova tecnologia do 5G que promete impactar ainda mais no cotidiano não só das pessoas, mas também das infraestruturas das próprias cidades, no funcionamento do serviço público, bem como na política industrial do país.

Dessa forma, o aparelho celular continuará sendo um objeto com significativo número de dados pessoais e com uma capacidade ainda maior na transmissão de dados, devendo ser ainda mais observado com maior cautela no que tange a violação das informações contidas nele, pois, como visto inicialmente, nos modos atuais este dispositivo não só faz ou recebe ligações, como também contém fotos pessoais, dados bancários, localização geográfica diária, mensagens armazenadas e de acesso simultâneo via aplicativos, dentre outros. Diante disso, percebe-se que o acesso a esse aparelho poderá resultar em uma verdadeira varredura na vida pessoal do proprietário, cujo complexo de informações contidas nele possui, inclusive, proteção constitucional.

À vista disso, surgem implicações sobre a necessidade de autorização judicial ou não, para que o agente de segurança pública tenha acesso ao celular do proprietário que teve sua liberdade de locomoção cerceada, ainda que por alguns minutos. As implicações jurídicas que podem surgir nesse contexto podem ser analisadas nos tópicos a seguir.

3.1 O flagrante delito como medida autorizadora de acesso ao aparelho celular

Com a prisão em flagrante o indivíduo custodiado sofrerá a busca pessoal (art. 244) e, com isso, os objetos que estejam em sua posse serão também custodiados, pois, poderão ser objeto de prova da infração penal (art. 240, § 1º, “e”, do CPP), bem como servirão para a realização de perícia, conforme art. 6º, II e III, do CPP.

Nesse contexto e, já explanado, pela magnitude axiológica do conjunto de informações contidos no aparelho celular, é questionado se com decretação de uma prisão em flagrante seria possível a mitigação dos direitos fundamentais da inviolabilidade a intimidade, privacidade e ao sigilo dos dados contidos no celular, haja vista que, em regra, não há direito fundamental absoluto.

A despeito disso e observado o lastro temporal, no ano de 2012, o STF, julgando um caso ocorrido no ano de 2004, entendeu ser legítima a ação policial de acessar o celular do agente para a captura do registro telefônico, por entender que tal medida independe de autorização judicial, haja vista que não há similaridade na proteção constitucional dos registros telefônicos e da comunicação telefônica, pois aqueles são meros dados registrados. Tal medida não possui a mesma proteção (STF, HC 91867, rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 20.09.2012).

Todavia, já no ano de 2016, o Superior Tribunal de Justiça, no julgado do Recurso em Habeas Corpus Nº 51.531 - RO (2014/0232367-7), tendo como relator o Ministro Nefi Cordeiro, realizou o *distinguishing*¹⁸ do supramencionado caso, tendo em vista que a época dos fatos, ano de 2004, os aparelhos celulares não eram conectados à internet banda larga, anulando assim, as provas advindas do acesso ao aparelho celular do agente sem que houvesse autorização judicial previa. A seguir, alguns pontos cruciais:

Para o relator, Ministro Nefi Cordeiro:

“Nas conversas mantidas pelo programa *WhatsApp*, que é forma de comunicação escrita, imediata, entre interlocutores, tem-se efetiva interceptação inautorizada de comunicações. É situação similar às conversas mantidas por e-mail, onde para o acesso tem-se igualmente exigido a prévia ordem judicial. [...]

[...] Atualmente, o celular deixou de ser apenas um instrumento de conversação pela voz à longa distância, permitindo, diante do avanço tecnológico, o acesso de múltiplas funções, incluindo, no caso, a verificação da correspondência eletrônica, de mensagens e de outros aplicativos que possibilitam a comunicação por meio de troca de dados de forma similar à telefonia convencional.

¹⁸ É uma forma de não aplicar determinado precedente vinculante por se reconhecer que o caso em análise não se enquadra nos parâmetros de incidência do precedente.

Deste modo, ilícita é tanto a devassa de dados, como das conversas de *WhatsApp* obtidos de celular apreendido, porquanto realizada sem ordem judicial.”
Recurso em Habeas Corpus Nº 51.531 - RO - 2014/0232367-7).

O Ministro, para fundamentar sua decisão utilizou-se do direito à intimidade e à privacidade (art. 5º, X, da CF/88), bem como do direito à inviolabilidade do sigilo das correspondências 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, previsto no inciso XII do mesmo diploma legal.

Ainda ressaltou sobre a regulamentação da interceptação telefônica prevista na Lei 9.296/96, a qual no art. 1º, a qual exige autorização judicial, bem como afirma que tal medida se aplica a interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática.

Referiu-se ainda sobre a lei 9.472/97, que trata sobre a organização dos serviços de telecomunicações, que prevê em seu art. 3º, inciso V, como direito dos seus usuários à inviolabilidade e ao segredo de sua comunicação, salvo nas hipóteses e condições constitucional e legalmente previstas.

Por fim, abordou sobre a Lei 12.965/14, que trata sobre os princípios, garantias e deveres para o uso da internet no Brasil. Tal legislação, em seu art. 7º, além de prever sobre o direito a intimidade, privacidade, ao sigilo do fluxo de comunicação pela internet, previu também a inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial.

Diante desse desses argumentos, o ministro deu provimento ao recurso para declarar a nulidade das provas obtidas com acesso ao celular sem autorização judicial.

Na continuidade do jugado, a Ministra Maria Thereza de Assis Moura afirmou que, em que pese a carta maior condicionar a reserva jurisdicional apenas para as comunicações telefônicas, ou seja, comunicações que ocorrem de forma simultânea, ou ainda a transmissão de comunicação em tempo real, não fazendo ressalva quanto aos dados em si, não significa dizer, por outro lado, que os dados armazenados em tal aparelho não possuam proteção constitucional. Nesse cenário expõe que:

os chamados *smartphones*, dotados de elevada capacidade de armazenamento e amplas funcionalidades, contém invariavelmente uma elevada quantidade de dados pertinentes à esfera íntima de privacidade do seu titular.
Os dados mantidos num aparelho celular atualmente não se restringem mais, como há pouco tempo atrás, a ligações telefônicas realizadas e recebidas e a uma agenda de contatos. Tais aparelhos multifuncionais contém hoje, além dos referidos dados, fotos, vídeos, conversas escritas em tempo real ou armazenadas, dados bancários, contas de correio eletrônico, agendas e recados pessoais, histórico de sítios eletrônicos visitados,

informações sobre serviços de transporte públicos utilizados etc. Enfim, existe uma infinidade de dados privados que, uma vez acessados, possibilitam uma verdadeira devassa na vida pessoal do titular do aparelho.
Recurso em Habeas Corpus Nº 51.531 - RO - 2014/0232367-7).

Portanto, tais dados contidos no aparelho smartphone estão resguardados pela cláusula geral da proteção à intimidade e privacidade, do art. 5º, X, da CF/88. Ainda relata que havendo preceitos fundamentais em conflitos, deve haver um processo de ponderação que leve em consideração os interesses em jogo. Sendo que no caso em concreto essa ponderação foi realizada. Em que pese ter votado pela nulidade das provas, por entender ser necessário prévia autorização judicial, a ministra não endossou um caráter dogmático na decisão, afirmando que:

Não descarto, de forma absoluta, que, a depender do caso concreto, caso a demora na obtenção de um mandado judicial pudesse trazer prejuízos concretos à investigação ou especialmente à vítima do delito, mostre-se possível admitir a validade da prova colhida através do acesso imediato aos dados do aparelho celular. Imagine-se, por exemplo, um caso de extorsão mediante sequestro, em que a polícia encontre aparelhos celulares em um cativo recém-abandonado: o acesso *incontinenti* aos dados ali mantidos pode ser decisivo para a libertação do sequestrado.
Recurso em Habeas Corpus Nº 51.531 - RO - 2014/0232367-7).

No presente caso, como afirma a ministra, não havia nenhuma urgência que justificasse o acesso imediato aos dados contidos no aparelho celular, ocasião em que poderia ter sido apreendido e posteriormente solicitado autorização judicial, sendo resguardado o direito à intimidade, bem como atingido o objetivo da segurança pública. Acompanhando assim o voto do relator.

Por fim, o voto do Ministro Rogério Schietti Cruz, abordou novamente sobre as informações que atualmente um smartphone pode armazenar, demonstrando que existem duas espécies de dados protegidos no caso: os dados gravados no aparelho celular e os dados de comunicação instantânea que eventualmente a autoridade policial possa interceptar nos aplicativos.

Diante disso, aborda sobre o direito probatório de terceira geração, que trata das provas invasivas altamente tecnológicas, permitindo alcançar resultados inatingíveis pelas técnicas tradicionais.

Por essa razão, o precedente do HC n. 91.867/PA, proferido pelo STF, “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,” haja vista o avanço tecnológico.

Concluindo seu raciocínio acompanhando o voto do relator, por entender que tal acesso aos dados contidos no celular sem a autorização judicial caracteriza devassa e, portanto, violação ao direito à intimidade. Observa ainda que, novos dados fáticos determinaram reflexões mais aprofundadas sobre o tema (Recurso em Habeas Corpus nº 51.531 – RO – 2014/0232367-7).

Como bem tratado no julgado, devido ao conjunto de informações e de sua carga axiológica contida no aparelho celular, a proteção jurídica é de suma importância, seja com fundamento na cláusula genérica da intimidade e privacidade (art. 5º, X, CF/88), ou seja, por nova interpretação ao inciso XII, do mesmo diploma, a qual dispõe o sigilo dos dados e das comunicações telefônicas, salvo por ordem judicial.

Não se pode mais cogitar atualmente que, a referência ao sigilo de dados e das comunicações telefônicas, não proteja mais os dados armazenados, como, por exemplo, nos aparelhos celulares, pois como é notório, o avanço tecnológico é uma realidade mundial a qual só tende a expandir, mormente com aplicação da tecnologia 5G que promete conectar todas as coisas.

Dessa forma, a proteção aos dados armazenados deve receber guarida constitucional, seja pela garantia do direito à intimidade, privacidade, ou seja, por uma mudança de interpretação do art. 5º, XII, da CF/88, denominado pela doutrina de mutação constitucional.

Nesse sentido vejamos a decisão do STF e o que foi o proposto pelo Ministro Gilmar Mendes:

Tradicionalmente, a doutrina entendia que a inviolabilidade das comunicações não se aplicava aos dados registrados, adotando uma interpretação mais estrita da norma contida no art. 5º, XII, da CF/88.

Partia-se da compreensão que os dados em si não eram objeto de proteção, mas somente as comunicações realizadas. [...]

No julgamento do HC 91.867/PA, [...] defendi a impossibilidade de interpretar-se a cláusula do artigo 5º, XII, da CF, no sentido de proteção aos dados enquanto registro, depósito registral, porquanto a proteção constitucional seria da comunicação, e não dos dados.

Creio, contudo, que a modificação das circunstâncias fáticas e jurídicas, a promulgação de leis posteriores e o significativo desenvolvimento das tecnologias da comunicação, do tráfego de dados e dos aparelhos *smart phones* leva, nos dias atuais, à solução distinta.

Ou seja, penso que se está diante de típico caso de mutação constitucional. [...] ainda que se conclua pela não inclusão na referida cláusula, entendo que tais dados e informações encontram-se abrangidos pela proteção à intimidade e à privacidade, constante do inciso X do mesmo artigo.

[...] Entendo que o avanço normativo nesse importante tema da proteção do direito à intimidade e à vida privada deve ser considerado na interpretação do alcance das normas do art. 5º, X e XII, CF.

[...] Portanto, entendo ser possível o acesso aos dados contidos em aparelhos celulares, uma vez que não há uma norma absoluta de proibição da visualização do seu conteúdo, conforme se poderia extrair a partir de uma interpretação literal da norma contida no art. 5º, XII, da Constituição da República. Não obstante, a proteção à intimidade e à vida privada contida no art. 5º, X, da CF/88, e a exigência da observância ao princípio da proporcionalidade nas intervenções estatais nesses direitos, impõem a revisão de meu posicionamento anterior, para que o acesso seja condicionado à prévia decisão judicial. (Habeas Corpus nº 168.052/SP no ano de 2020)

Como se extrai do julgado, a proteção aos dados armazenados é uma realidade atual, visto o avanço tecnológico e social, pois o uso dessa, como observado no início do trabalho e percebido no dia a dia, faz parte do cotidiano da sociedade contemporânea.

É imperioso acrescentar, como aludido nos referidos julgados, tais decisões não possuem caráter absoluto, pois a depender das circunstâncias fáticas, poderá ser legítimo o acesso às informações contidas no celular.

Nesse cenário, a autoridade policial deve analisar a urgência do caso concreto, verificando se a espera de uma autorização judicial poderia frustrar significativamente a persecução penal, como bem levantado o exemplo aludido pela Ministra Maria Thereza do STJ, na constatação de uma infração de extorsão mediante sequestro, em que autoridade encontra o aparelho celular em um cativo recém-abandonado.

Ora, nessa hipótese é evidente que retardar a medida de acesso ao celular pode colocar em risco a vida da própria vítima. Portanto, em uma análise de proporcionalidade e razoabilidade seria possível a mitigação do direito à intimidade e privacidade em face do risco iminente, justificando-a posteriormente.

Partindo da concepção extraída do supramencionado julgado do STF (Habeas Corpus nº 168.052/SP no ano de 2020), entende-se 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”, sugiro que ainda deve ser considerado a infração que se constata no momento da prisão em flagrante, como, por exemplo, crime de sequestro e cárcere privado, tráfico de pessoas, extorsão mediante sequestro e tráfico internacional de armas de fogo, bem como ponderado o risco de perecimento dessas possíveis provas contidas no aparelho celular, tendo em vista a possibilidade concreta de apagá-las remotamente. É evidente que tais escolhas excepcionais devem ser justificadas posteriormente, sob pena de responsabilidade civil, penal e disciplinar dos agentes estatais.

É imprescindível ainda alertar que, realizada a prisão em flagrante e constatada a urgência do caso concreto, bem como a categoria de infração penal, ao acessar o celular do

flagranteado deve a autoridade policial de imediato desligar a internet do aparelho, evitando assim, o acesso ao fluxo das comunicações e, conseqüentemente, a caracterização de uma interceptação telefônica, medida essa que exige autorização prévia e possui toda uma regulamentação. Caso não seja realizada a interrupção do fluxo da comunicação, as provas advindas dessa medida devem ser consideradas nulas.

Ademais, se faz necessário salientar sobre a possibilidade de apagar alguns dados contidos no celular de forma remota, a exemplo disso, é o acesso remotamente do aplicativo de mensagem instantânea, WhatsApp. Na época em que o STJ se pronunciou sobre o tema, no julgado do Recurso em Habeas Corpus Nº 51.531 - RO (2014/0232367-7), era de certa forma, fácil solucionar tal problemática, pois, bastaria que a autoridade policial desativasse a internet do aparelho celular ou o desligasse de imediato, dado que, ainda no início do ano de 2016, o acesso remotamente do referido aplicativo via WhatsApp web no computador, só era possível se o aparelho celular estivesse ligado e conectado a internet. Diante dessa medida, o proprietário ou terceiro não conseguiria acessar o aplicativo remotamente e, com isso, não conseguiria apagar alguma informação útil para a investigação criminal.

Ainda no ano de 2016 a empresa informou o lançamento de seu novo aplicativo para computadores, possibilitando o acesso ao WhatsApp assim como sua versão WhatsApp web.

A questão ganha maior relevância jurídica a partir da atualização do referido aplicativo em 2021, quando possibilita que seus usuários acessem o seu aplicativo sem a necessidade de seu aparelho celular esteja conectado a internet. Dessa forma, por mais que a autoridade policial apreenda o celular, desconecte da internet ou desligue-o de imediato, o proprietário ou terceiro poderá acessá-lo via remota e apagar qualquer informação contida no aplicativo. Surgindo assim uma lacuna onde tal comportamento pode frustrar totalmente uma investigação criminal.

Além disso, com a nova atualização do aplicativo, o proprietário poderá ter até 4 contas de WhatsApp a mais da principal, sem que com isso implique em mudança de número, ou seja, é possível que com o mesmo número se tenha 5 contas conectadas de forma independente em aparelhos diferentes, onde possibilitará de enviar e receber mensagens instantâneas e, conseqüentemente, apagar qualquer mensagem, impactando em todos os aparelhos conectados, além de não exigir que o aparelho principal esteja conectado à internet.

Entretanto, a empresa faz a ressalva que, se o aparelho principal não tiver acesso em até 14 dias, os demais aparelhos serão desconectados.

Diante dessa problemática, caso a autoridade policial entenda não haver a necessidade de acesso ao celular de forma imediata após a prisão em flagrante, solicitando assim a autorização judicial e, posteriormente detectado ou suspeito que houve eliminação de algum dado armazenado, a solução seria a utilização da tecnologia israelense *Cellebrite Premium*¹⁹, software²⁰ que consegue recuperar dados apagados de *smartphones* com Android e iOS²¹.

Neste universo e atento ao direito a não autoincriminação, caso a autoridade policial após a realização da prisão em flagrante precise acessar o celular, observado os parâmetros traçados, e este possua senha para o seu desbloqueio, não poderá o policial coagir o flagranteado para que forneça ou que digite a senha do aparelho celular, pois como visto, o suspeito, investigado ou preso, não está obrigado a colaborar ativamente na produção de provas que possam de alguma forma lhe autoincriminar.

Por outro lado, caso o aparelho celular não possua bloqueio, poderá ser acessado de imediato, observado novamente os parâmetros.

Conforme decidido pelo STJ no julgado do HC 537.274/MG, 2019, o acesso também poderá ser realizado caso o proprietário do celular o forneça voluntariamente, observando as regras de validade de tal prova como delimitado pelo mesmo tribunal no julgado do HC N° 598.051/SP, que determinou que fosse registrada, através de vídeo e áudio, a conduta para que não houvesse dúvidas sobre a legitimidade e legalidade da ação estatal, como já exposto no segundo capítulo.

Nesse contexto e a título de curiosidade para debates acadêmicos, é possível suscitar se seria válida essa autorização dada pelo proprietário do celular no momento em que este é abordado, pois, esse consentimento pode estar viciado, devido à pressão psicológica ou até mesmo a falta de conhecimento sobre seus direitos fundamentais, bem como há uma energia simbólica de autoridade que pode causar receio em negar o acesso ao celular.

Por fim, caso seja possível desbloquear o *smartphone* através de reconhecimento facial, não há que se cogitar em sua negativa em razão do direito a não autoincriminação, visto que, para fins de reconhecimento fácil basta que o proprietário tolere a ação policial, comportamento passivo, não exigindo assim qualquer comportamento ativo do agente.

¹⁹ É um programa para computadores desenvolvido exclusivamente para uso das autoridades policiais, objetivando desbloquear aparelhos celulares e recuperar arquivos apagados,

²⁰ É um conjunto de instruções encaminhados para um computador interpreta-las e com isso, executar as tarefas específicas.

²¹ São sistemas operacionais utilizados em celulares.

Portanto, na ocorrência de fatos similares devem ser considerados esses parâmetros, mormente se necessitar de um comportamento ativo do proprietário do celular.

3.2 A busca domiciliar/pessoal e o acesso ao aparelho celular

Como constatado no segundo capítulo, a busca domiciliar poderá ser realizada a partir da expedição de mandado judicial ou em razão da constatação de flagrante delito, razões pelas quais poderá a autoridade policial ingressar no domicílio, observados os parâmetros já trabalhados.

Nessa diapasão, no caso de violabilidade do domicílio em razão de flagrante delito, o acesso imediato ao aparelho celular do flagranteado deve seguir a mesma lógica já abordada, ou seja, em regra, será vedado, devendo ser expedido autorização judicial para tanto. Entretanto, caso detecte uma urgência da medida, pois a demora na obtenção de mandado judicial pode causar substancial prejuízo à investigação ou à vítima do delito, ou risco concreto de perecimento dos possíveis dados contidos no aparelho, bem como a infração penal em jogo, justificando tal conduta por escrito, poderá acessar de imediato o conteúdo armazenado.

Nesse ponto, Guilherme Madeira, sugere que o conceito de domicílio deve ser reinterpretado ante as novas tecnologias e o sentido inicial que levou o domicílio a ter proteção diferenciada. Desenvolvendo que:

O conceito de casa como sendo o espaço físico onde se exerce a intimidade e a vida privada não é mais condizente com a realidade tecnológica que invade a sociedade moderna. [...]

Se o domicílio pode ser entendido como o espaço normal da intimidade, onde ela se expressa livremente, sendo inerente à pessoa, e o mais importante, independe de objeto físico para a sua existência, não vislumbramos óbice para que o aparelho celular não possa vir a ser considerado um domicílio e receber a tutela constitucional fundamental da inviolabilidade domiciliar.

Por vezes o aparelho celular contém mais dados e informações íntimas sobre a nossa vida privada do que nossa própria residência, não sendo pertinente não ser abrangido como domicílio somente, e tão somente, por não ser dotado de espaço físico, tendo, portanto, todas as demais características para ser protegido como tal.”

(Guilherme Madeira – Curso de Processo Penal, p. 843/844)

Em que pese tal posicionamento, *a priori*²², não me parece ser a solução mais adequada, pois como dito, por diversas vezes o aparelho celular pode comportar mais informações de cunho íntimo e privado do que no próprio domicílio, além de que, nem sempre um flagrante

²² A princípio.

delito requer de forma urgente o acesso ao *smartphone*, ou que as possíveis informações contidas no aparelho celular possam ter alguma relação com o delito praticado, ou seja, algum indicativo do uso de aplicativos de conversas, bem como, alargaria a possibilidade para qualquer prisão em flagrante, independentemente de qual crime que tenha sido praticado.

No que tange ao acesso do aparelho celular no momento do cumprimento do mandado de busca e apreensão, a própria decisão já é suficiente para legitimar o acesso, nesse sentido é, inclusive, o posicionamento do STJ:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. ARTS. 121, § 2.º, INCISOS II E IV, DO CÓDIGO PENAL E 2.º DA LEI N.º 12.850/2013. MEDIDA CAUTELAR DE BUSCA E APREENSÃO. ALEGAÇÃO DE QUE A DILIGÊNCIA TERIA SIDO REALIZADA EM ENDEREÇO DIVERSO DO INDICADO NO MANDADO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. TESE DE AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO E DE DELIMITAÇÃO DO OBJETO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. SUPOSTA ILCITUDE DA EXPLORAÇÃO DOS DADOS DO APARELHO CELULAR DO PACIENTE, APREENDIDO DURANTE O CUMPRIMENTO DE DECISÃO JUDICIAL QUE DEFERIU MEDIDA CAUTELAR DE BUSCA E APREENSÃO. DESCABIMENTO. ORDEM DE HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONHECIDA, E, NESSA PARTE, DENEGADA.

[...] 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)

6. Ordem de habeas corpus parcialmente conhecida e, nessa parte, denegada.

(HC n. 428.369/PE, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 17/9/2019, DJe de 3/10/2019.)

(Habeas Corpus nº 428.369 – PE (2017/0320721-0)).

Como é possível extrair do acórdão, não há necessidade de nova decisão judicial para acessar o celular, uma vez que foi apreendido em detrimento da expedição de mandado judicial. Todavia, o próprio acórdão refere-se apenas aos dados já armazenados, não sendo possível acessar os dados que estão ocorrendo, ou seja, o fluxo de comunicação imediata, devendo ser desativada a internet do aparelho.

No que concerne à possibilidade de acesso ao aparelho celular em virtude de uma busca pessoal, fica evidente sua impossibilidade, haja vista que para uma situação mais grave como é o flagrante, em regra, não é possível, situação menos gravosa como a busca pessoal. É cristalino que não será permitido a mitigação dos direitos fundamentais do abordado.

Por fim, quanto ao *nemo tenetur se detegere*²³, o raciocínio deve ser o mesmo ao já apresentado, ou seja, não é possível exigir um comportamento ativo do flagrante ou, do abordado, para colaborar na produção de provas que alguma forma possa lhe incriminar. Ainda mais em uma busca pessoal que se trata de situação menos gravosa, não sendo razoável e nem proporcional a restrição de seu direito à intimidade e privacidade.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No decorrer do presente estudo observou-se que a previsão legal para a realização da busca pessoal não é suficiente para autorizar o acesso às informações contidas no aparelho celular sem autorização judicial. Além de que, nesse momento, não há legitimidade para restrição substancial dos direitos e garantias fundamentais que atualmente constam nos aparelhos *smartphones*, como o direito à intimidade e à privacidade, haja vista o avanço tecnológico desses aparelhos e o seu uso disseminado e assíduo pela sociedade contemporânea.

Dessa forma, o direito à intimidade, à privacidade e à mutação constitucional da garantia constitucional da inviolabilidade dos dados armazenados, são limitadores constitucionais para a produção probatória por meio de uma simples busca pessoal.

Ainda se constatou a mudança de posicionamento do Superior Tribunal de Justiça no que tange a concepção de fundada suspeita e fundadas razões para fins de autorizar a realização de uma busca pessoal e uma busca domiciliar, respectivamente, sendo inadmissível que aquela seja realizada por meras ilações de íntima convicção, concepções subjetivas intangíveis ou por tirocínio policial. Necessita-se de elementos que possam auferir de forma objetiva e a partir das circunstâncias do caso concreto de que o suspeito esteja na posse de drogas, armas ou de outros objetos, ou papéis que constituam corpo de delito, surgindo assim, a urgência para a realização da medida. Além do mais, sem atender esses aspectos o que se tem é a prática de *Fishing Expedition*²⁴, ou seja, uma verdadeira tentativa de capturar algum elemento ilícito sem que haja indicativos sólidos antecedentes para tanto.

Por outro lado, caso ocorra uma prisão em flagrante após a realização de uma busca pessoal, poderá a autoridade acessar o celular do flagrante desde que, fique constatado a urgência da medida, no sentido que a demora na obtenção de um mandado judicial possa causar

²³ Expressão em latim que pode ser traduzida que: Ninguém é obrigado a produzir provas contra si.

²⁴ Também denominada de pescaria probatória. Pode ser traduzida como sendo a procura especulativa sem que haja uma causa provável.

significativo prejuízo à investigação ou à vítima do delito, bem como a demonstração do risco concreto do perecimento das informações contidas no aparelho, tendo em vista a possibilidade de apagá-las remotamente. Além disso, deve ser analisada a infração penal cometida, justificando a medida por escrito, para eventual controle judicial posterior.

Na busca domiciliar por meio da expedição de mandado judicial, ficou evidenciada a desnecessidade de autorização específica para acesso, uma vez que a primeira é suficiente para tal medida.

Por fim, em todas as situações apresentadas deve ser observado o direito ao silêncio do suspeito ou preso, não sendo possível exigir-se um comportamento ativo para a produção de provas que de alguma forma possam lhe autoincriminar.

Portanto, não é possível exigir que o suspeito ou preso forneça ou digite a senha do seu celular, mas caso o forneça voluntariamente sem qualquer coação, ou seja possível acessá-lo por reconhecimento facial, essas medidas serão consideradas válidas.

A recomendação que se tem a partir do estudo é que se deve estar atento aos avanços tecnológicos, mormente na promessa do funcionamento da tecnologia 5G, que promete conectar todas as coisas, pois novos avanços podem impactar diretamente no cotidiano do combate à criminalidade e na garantia dos direitos fundamentais previstos no ordenamento jurídico pátrio.

REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto. **Processo Penal**. RJ: Grupo GEN, 2022. 9786559645084. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559645084/>. Acesso em: 10 abril. 2022.

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **Princípios fundamentais do processo penal**. São Paulo: Ed. RT, 1973. P. 82.

ANATAL – **Agência Nacional de Telecomunicações**. Disponível em <<https://www.gov.br/anatel/pt-br/assuntos/5G/tecnologia-5g>> Acesso em 15/06/2022.

BOBBIO, Norberto. **As ideologias e o poder em crise** / Norberto Bobbio: tradução de João Ferreira; revisão técnica Gilson César Cardoso. - Brasília: Editora Universidade de Brasília. 4ª edição, 1999.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988** - Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 16 de fevereiro de 2022.

BRASIL. **Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm> Acesso em 16 de fevereiro de 2022.

BRASIL. **Pacto de São José da Costa Rica**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm#:~:text=1.-,Toda%20pessoa%20tem%20o%20direito%20de%20que%20se%20respeite%20sua,dignidad e%20inerente%20ao%20ser%20humano.> Acesso em 16 de fevereiro de 2022.

BRASIL. Lei nº 7.960/89. **Prisão Temporária**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17960.htm#:~:text=13.260%2C%20de%202016\)-,Art.,de%20extrema%20e%20comprovada%20necessidade.](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17960.htm#:~:text=13.260%2C%20de%202016)-,Art.,de%20extrema%20e%20comprovada%20necessidade.)> Acesso em 16 de fevereiro de 2022.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689/41 – **Código de Processo Penal**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm> Acesso em 16 de fevereiro de 2022.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848/40 - **Código Penal** - Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm> Acesso em 16 de fevereiro de 2022.

BRASIL. Lei 9.296 - Regulamenta o inciso XII do art. 5º da CF/88. **Interceptação Telefônica**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9296.htm> Acesso em 15/06/2022.

BRASIL. Lei 9.472/97. **Organização dos serviços de telecomunicações**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9472.htm> Acesso em 16/06/2022.

BRASIL. Lei 12965/14. **Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm> Acesso em 16/06/2022.

Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Disponível em < http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm> Acesso em 16 de fevereiro de 2022.

CANALTECH. **Cellebrite – Como funciona o app usado para recuperar provas no caso Henry**. Disponível em <<https://canaltech.com.br/seguranca/cellebrite-como-funciona-o-app-usado-para-recuperar-provas-no-caso-henry-182394/>> Acesso em 21/06/2022.

Dezem, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal** / Guilherme Madeira Dezem – 8. Ed. rev., atual. E Ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

FOUREAUX, Rodrigo. **Acesso ao celular do preso e de abordados pela polícia**. Disponível em <<https://atividadepolicial.com.br/2019/04/11/o-acesso-ao-celular-de-presos-e-de-abordados-pela-policia/>> Acesso em 21/06/2022.

Grinover, Ada Pellegrine. **As nulidades no processo penal** / Ada Pellegrine Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes. - 12: ed: rev. e. atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

G1. **WhatsApp testa função para versão web não depender do celular**. Disponível em <<https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2021/07/14/whatsapp-testa-funcao-para-versao-web-nao-depender-do-celular-entenda-como-vai-funcionar.ghtml>> Acesso em 19/06/2022.

INEP. **Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais** – EBC. Disponível em <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2020-04/celular-e-o-principal-meio-de-acesso-internet-no-pais#:~:text=Os%20dados%20mostram%20que%2079,78%2C2%25%20em%202017.>>> Acesso em 24 de julho de 2021.

INEP. **Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais** – EBC. Disponível em <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2016-12/ibge-celular-se-consolida-como-o-principal-meio-de-acesso-internet-no-brasil>> Acessado em 28/09/2021.

INAF – **Indicador de Alfabetismo Funcional**. Disponível em <<https://alfabetismofuncional.org.br/nivel-rudimentar/>> Acesso em 16 de fevereiro de 2022.

JUNIOR, Aury Celso Lima L. **DIREITO PROCESSUAL PENAL**. Editora Saraiva, 2021. 9786555590005. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555590005/>. Acesso em: 23 fev. 2022.

JUNIOR, João Biffe e col. JUNIOR, Joaquim Leitão. **O acesso pela polícia a conversas gravadas no Whatsapp e as gerações probatórias decorrentes das limitações à atuação**

estatal, 2016. Disponível em
<<https://joaquimleitaojunior.jusbrasil.com.br/artigos/373425333/o-acesso-pela-policia-a-conversas-gravadas-no-whatsapp-e-as-geracoes-probatorias-decorrentes-das-limitacoes-a-atuacao-estatal>> Acesso em 27/06/2022.

Lima, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único / Renato Brasileiro de Lima – 8. Ed. Ver., ampl. E atual. – Salvador: Ed. JusPodivm. 2020.

Martins, Flávio. **Direitos sociais em tempos de crise econômica** / Flávio Martins – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MARTINS, F. (2021). **CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL** (5ª edição). Editora Saraiva, 2021. Disponível em:
<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555595314/>. Acesso em: 28 fev. 2022.

MORAES, Alexandre D. **Direito Constitucional**. Grupo GEN, 2022. 9786559771868. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559771868/>. Acesso em: 29 jun. 2022.

MENDES, Gilmar F.; FILHO, João Trindade C. Série IDP - Linha Doutrina - **Manual Didático de Direito Constitucional**. Editora Saraiva, 2021. 9786555591088. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555591088/>. Acesso em: 06 mar. 2022.

MATA, Jéssica da. **A política do enquadro** / Jéssica da Mata. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

NUCCI, Guilherme de S. **Manual de Processo Penal**. Grupo GEN, 2021. 9786559640119. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559640119/>. Acesso em: 05 mar. 2022.

PACELLI, Eugênio. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**: Grupo GEN, 2021. 9788597027020. Disponível em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597027020/>. Acesso em: 05 março. 2022.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. Grupo GEN, 2021. 9786559770526. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559770526/>. Acesso em: 20 fev. 2022.

Retrospectiva das atualizações do WhatsApp. Disponível em <<https://www.techtudo.com.br/noticias/2016/12/retrospectiva-do-whatsapp-relembre-atualizacoes-marcantes-de-2016.ghtml>> Acesso em 19/06/2022.

Souza, Jessé. **Ralé brasileira: quem é e como vive** / Jessé Souza; colaboradores André Grilo... [et al] - Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009.

Site oficial do **WhatsApp.** Disponível em <https://faq.whatsapp.com/579413796526134/?helpref=hc_fnav> Acesso em 19/06/2022.

Vinhal, Matheus Padilha. **"Evolução da telefonia móvel celular, cumprimento de Leis e análise de modelos de propagação."** (2020).