

O ACESSO AO CELULAR PELO AGENTE POLICIAL

Antônio Macciote de Lucca Filho¹

Viviane Christine Abreu Santos²

RESUMO

O presente artigo trata do acesso aos dados de celulares pelo agente policial no momento de uma abordagem. O estudo aborda o direito constitucional da privacidade, o sigilo, as provas lícitas e ilícitas, bem como o poder de polícia, as buscas e os questionamentos acerca de uma relativização dos direitos individuais que não são absolutos diante da prática de um crime. Nesse sentido, o tema ora proposto tem a finalidade precípua de analisar a linha tênue que separa a legalidade da ilegalidade na quebra desse princípio Constitucional, sobretudo no que diz respeito ao Poder de Polícia que é emanado pelo Estado. É sabido que nenhum direito constitucional é absoluto, devendo haver um balanceamento dos interesses em jogo como o da justiça pela busca da verdade real. Para tanto, far-se-á a presente pesquisa por meio da metodologia qualitativa, a qual usará o método de pesquisa bibliográfico e jurisprudencial, além da análise de todo escopo normativo que abarcam o tema.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Privacidade. Celulares. Provas. Poder de polícia.

ABSTRACT

THE POLICE OFFICER'S CELL PHONE ACCESS

This article deals with the access to cellular data by the police officer at the time of an abordagem. The study addresses the constitutional right of privacy, secrecy, licite and illicit evidence, as well as police power, searches and questions about a relativization of individual rights that are not absolute in the face of the practice of a crime. In this sense, the proposed theme has the main purpose of analyzing the tenuous line that separates the legality of lawlessness in the breach of this constitutional principle, especially with regard to the police power that is emanated by the state. It is known that no constitutional right is absolute, and there must be a balancing of the interests at stake such as justice for the pursuit of real truth. To this end, the present research will be presented through the qualitative methodology, which uses the bibliographic and jurisprudential research method, in addition to the analysis of the entire normative scope that encompass the theme.

Keywords: fundamental rights. Privacy. Cell phones. Evidence. Police power.

¹ Acadêmico da 10ª etapa do curso de Direito da Universidade de Uberaba. *E-mail: lucca_web@hotmail.com;*

² Graduação em Direito na Universidade de Uberaba – UNIUBE, com especialização em Direito Militar e Direito Processual Civil. Docente nas disciplinas de Direito Penal parte geral e especial, Estudos Integrandos e Direito Penal. Advogada criminóloga atuante nos crimes de competência do Tribunal do Júri, além dos seguintes temas: direito, justiça, direito brasileiro, ética e ordem dos advogados do Brasil.

1 INTRODUÇÃO

É inegável que com o advento da Carta Magna de 1988, houve a consagração de vários direitos de suma importância para o Estado democrático, que até então eram constantemente segregados e inobservados por vários agentes do Poder Público, os quais agiam de forma truculenta e desumana com a população civil. Um dos direitos de grande relevância para consagração dessa Democracia fora o da inviolabilidade no sigilo das comunicações, o a qual estipula que toda pessoa, independentemente da sua condição social, tem o direito de ter preservadas sua inviolabilidade tocante as suas conversas, documentos particulares e/ou conversas pessoais, podendo esse direito inerente ser relativizado apenas por determinação legal do Magistrado, o qual determinará as medidas que devem ser adotadas e como se dará tal procedimento em casos específicos.

Nesse sentido, o tema ora proposto tem a finalidade precípua de analisar a linha tênue que separa a legalidade da ilegalidade na quebra desse princípio Constitucional, sobretudo no que diz respeito ao Poder de Polícia que é emanado pelo Estado. Em brevíssima conceituação, podemos auferir que o Poder de Polícia busca a satisfação do Interesse Público, velando sempre pela preservação da Segurança dos Cidadãos.

Contudo, é mister observar que as ações Policial, pautadas para garantir a referida estabilidade na ordem Social, encontra-se limite nos direitos individuais que estão previstos na Constituição Federal, devendo, assim, haver uma harmonia entre direito Público e Privado, de modo que não ocorram violações de um em face do outro.

Para melhor elucidar sobre o tema, cumpre salientar que o artigo 5º, inciso X da Constituição Federal, prevê que o indivíduo possui o direito de preservar a sua intimidade, privacidade, imagem e a honra, direitos esses classificados como sendo de natureza individuais. Ainda nesse sentido, dentro do direito à privacidade e a intimidade encontram-se a inviolabilidade das comunicações pessoais, bem como da correspondência, da comunicação telegráfica, de tráfico de dados e telefônica, os quais estão respaldados também na Carta Magna, no artigo 5º, inciso XII.

O referido sigilo, como dito acima, pode ser quebrado, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal e instrução processual, nos termos do artigo 5º, inciso XII da Constituição. A Lei nº 9.296/96, também prevê sobre a quebra do sigilo das comunicações telefônicas e traz em seu bojo todas as diversas observações técnicas que devem ser adotadas antes e posteriormente à quebra do sigilo.

Após essa breve explanação, o questionamento que se faz é quando o policial tem acesso ao celular do investigado sem ordem judicial, está cometendo uma violação gravíssima à privacidade e a intimidade do indivíduo?

Assim, consubstanciando-se na análise da licitude das provas obtidas através de consulta ao celular do investigado sem ordem judicial, buscar-se-á delimitar quais as atitudes devem ser adotadas pelos policiais no tocante às abordagens policiais, de forma que não ocorra tais violações, pois, no exercício da função se deparam, frequentemente com os limites que tutelam a dignidade humana, vez que conforme será estudado ha precedentes recentes das Cortes Supremas, no sentido de que o acesso a dados de aparelho celular, notadamente a conversa de whatsapp e similares, obtida diretamente pela policia em celular apreendido no flagrante, sem previa autorização judicial, não invalida a prova,vez que os limites da ação policial devem ser medidos à luz da proporcionalidade, visto que sua utilização não deve exceder o necessário para a satisfação do interesse público.

2 DA PROTEÇÃO AOS DIIREITOS FUNDAMENTAIS DA INTIMIDADE E PRIVACIDADE.

Em 1948, surgiu, a Declaração Interncional dos Direitos fundamentais estabelecendo uma nova ordem mundial. “Refrida Declaração Universal considera inalienáveis os direitos humanos civis, políticos, economicos, sociais e culturais, que visam a estabelecer mínimas condições de vida em soicedade e respeito à cidadania, aos valores da liberdade e da igualdade.” (BARROS, 2003, p.33).

Por sua vez, o Brasil é signatário do Pacto São José da Costa Rica onde assumiu compromissos em cumprir e respeitar às declarações dos direitos humanos.

A Carta Magna de 88, no o afã de proteger os direitos fundamentais individuais, trouxe em seu artigo 5º, vários direitos e garantias individuais. Dentre esses direitos, destaca-se o artigo X e XII, que traz a inviolabilidade da intimidade da vida privada, da honra e imagem das pessoas, assegurado o direito de indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua vilocão, explicitando, ainda, ser inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no ultimo caso, por ordem judicial, na forma da lei para fins de investigação ou processo criminal.

Há que se ressaltar ainda, a Lei 12965/2014, Marco Civil da Internet, que assegura ao cidadão usuário da internet “inviolabilidade e sigilo de de suas comunicações privadas armazenadas,salvo por ordem judicial.”

A referida Lei 12965/14, prevê direitos e deveres, dentre eles, dispõe que privacidade e a proteção de dados do usuário na internet, incluindo e-mails e chats, só podem ser violadas em investigações criminais.

Nas palavras do professor NOVELINO (2009, p. 362/364) Parte superior do formulário “Os direitos fundamentais não surgiram simultaneamente, mas em períodos distintos conforme a demanda de cada época, tendo esta consagração progressiva e sequencial nos textos constitucionais, dado origem à classificação em gerações.” Assim, como o surgimento de novas gerações não ocasionou a extinção das anteriores, há quem prefira o termo dimensão por não ter ocorrido uma sucessão desses direitos: atualmente todos eles coexistem.

Os direitos fundamentais de primeira dimensão são os ligados ao valor liberdade, são os direitos civis e políticos. São direitos individuais com caráter negativo por exigirem diretamente uma abstenção do Estado, seu principal destinatário.

Ligados ao valor igualdade, os direitos fundamentais de segunda dimensão são os direitos sociais, econômicos e culturais. São direitos de titularidade coletiva e com caráter positivo, pois exigem atuações do Estado.

Os direitos fundamentais de terceira geração, por sua vez, estão ligados ao valor fraternidade ou solidariedade, são os relacionados ao desenvolvimento ou progresso, ao meio ambiente, à autodeterminação dos povos, bem como ao direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e ao direito de comunicação. São direitos transindividuais, em rol exemplificativo, destinados à proteção do gênero humano. Por fim, introduzidos no âmbito jurídico pela globalização política, os direitos de quarta geração compreendem os direitos à democracia, informação e pluralismo” (CAPEZ, 2018, p. 285).

Assim, a proteção aos direitos fundamentais não pode ser utilizada como instrumento para a prática de atividades ilícitas, ou seja, como um verdadeiro escudo protetivo para a criminalidade, mas, igualmente, não pode ser enfraquecida com a genérica alegação de necessidade de garantia da segurança pública, sob pena de eficácia zero da Constituição Federal, com a transformação de seu texto em letra morta (MORAIS, 2014, s.n).

Em que pese seja sabido que nenhum direito constitucional é absoluto, sempre deverá haver um balanceamento dos interesses em jogo como o da justiça pela busca da verdade real e os direitos fundamentais. É necessário, portanto, uma ponderação de valores entre os direitos individuais e coletivos.

3 AUTORIZAÇÃO JUDICIAL E MANDADOS DE BUSCA E APREENSÃO

Entre as garantias fundamentais da Magna Carta o devido processo legal, artigo 5º LIV, anuncia que ninguém será privado da sua liberdade e de seus bens sem o devido processo legal. E, como desdobramento desse preceito constitucional, existe os meios de prova que se encontram tutelados na legislação processual penal.

Nessa senda, dentre os vários meios de prova admitidos em direito, temos a busca e apreensão, artigo 240 do Código de Processo Penal, que constitui um meio de prova, que tem por finalidade abordar objetos e pessoas. Sobre isso, Lima (2017, p. 710), aduz que “A busca consiste em diligência cuja finalidade é encontrar pessoas e objetos. A apreensão deve ser tida como meio de constrição”.

O artigo 244 do Código de Processo Penal Brasileiro prevê, expressamente, que a busca pessoal independerá de mandado, no caso de prisão ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida, ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou quanto a medida for determinada no curso de busca domiciliar (BRASIL, 1941).

Entretanto, as normas constitucionais são claras quanto ao direito à inviolabilidade das comunicações, bem como a intimidade, a honra, a imagem, nos moldes do artigo 5º, X da Constituição Federal, a qual aduz que as provas colhidas afrontando os direitos individuais consideram-se ilícita, de acordo com Grinover (1996, p. 131) é “[...] a prova colhida com infringência às normas colocados pela Constituição e pelas leis, frequentemente para a proteção das liberdades públicas e especialmente dos direitos de personalidade e mais especificamente do direito à intimidade”.

Não é demais frisar, que o artigo 244 do Código de Processo Penal, reza que a busca pessoal poderá ser feita sem mandado, desde que haja fundada suspeita. Portanto, o policial como profissional de segurança pública, deve colher todas as provas que servirem para esclarecimento dos fatos. Outrossim, deve-se levar em consideração que, muitas situações de flagrante exigem o imediato acesso ao celular do preso para que se verifique no aplicativo de conversa informações e provas do crime praticado.

Contudo, referido acesso não pode ser feita de forma arbitrária em desacordo o princípio da não auto incriminação, artigo 5º LXIII, da Constituição Federal da República Federativa do Brasil e Pacto de San José da Costa Rica.

Contudo, o rol das hipóteses do artigo 244 do Código de Processo Penal, remonta à década de 40, visto que o referido Código fora produzido em 1941, época essa em que sequer imaginava a existência de computadores e celulares como é tido hoje na atualidade.

Assim, foi necessário que a doutrina e as jurisprudências se adaptasse a essa evolução histórica para haver um equilíbrio dos direitos individuais e os direitos da coletividade. Esse, alias, é esse o entendimento de nossos Tribunais:

PROCESSO PENAL. NULIDADE. PROVA ILÍCITA. LAUDO PERICIAL ELABORADO EM APARELHO CELULAR SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. PESQUISA DE REGISTROS DE CHAMADAS, CONTEÚDO DE AGENDA, MENSAGENS DE TEXTO SMS etc. VIOLAÇÃO DO SIGILO DE DADOS. ART. 157 DO CPP. 1. É inequivocamente nula a obtenção de dados existentes em aparelhos de telefonia celular ou em outros meios de armazenamento de dados, sem autorização judicial, ressalvada, apenas, excepcionalmente, a colheita da prova através do acesso imediato aos dados do aparelho celular, nos casos em que a demora na obtenção de um mandado judicial puder trazer prejuízos concretos à investigação ou especialmente à vítima do delito. 2. É nulo o laudo pericial elaborado por requisição direta da autoridade policial no curso da investigação, sem autorização judicial, com obtenção de registros de chamadas depois da realização de ampla invasão aos canais de registros pessoais, tais como, agendas, mensagens de sms etc., em verdadeira devassa de dados privados. 3. Ordem concedida para anular o acórdão da apelação e permitir que outro seja proferido, uma vez retirado dos autos o laudo pericial 57/2007. (STJ - HC: 388008 AP 2017/0028187-0, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 03/08/2017, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 14/08/2017).

Não é novidade que, no mundo e momento contemporâneo, celulares são ferramentas poderosas, servindo não apenas como meio de comunicação por voz, mas também como e-mail, rede social e ferramenta de trabalho. Sabe-se que, atualmente, o mundo respira “ao redor” da internet e com o advento das tecnologias de internet móvel, pode-se utilizar aplicativos com poder de acessar bibliotecas de todo o mundo, contas em bancos públicos ou privados, dentre outras das milhares de funções conferidas a esse pequeno aparelho de “telefonia móvel” (SARDAGNA, 2017, s.n).

Nesse viés, surge o que a doutrina chama de direito probatório de terceira geração, que trata de provas invasivas, altamente tecnológicas. Sendo assim, hoje diante das novas tecnologias e do avanço no mundo virtua é imprescindível uma nova reinterpretação das buscas e apreensões, elencadas no código de 40.

4 A PROVA E O SIGILO TELEFÔNICO

O processo criminal surge como ferramenta para reconstruir historicamente os fatos que ocorreram e, a partir daí, com o que se extraiu determinar as consequências aplicáveis. Neste sentido, a prova, dentro da sistemática processual, é o meio pelo qual a parte intenciona provar ao magistrado aquilo que alega na tentativa de comprovar estes fatos.

Assim, “a prova está intimamente ligada à demonstração da verdade dos fatos, sendo inerente ao desempenho do direito de ação e defesa. É verdadeiro direito subjetivo com vertente constitucional para demonstração da realidade dos fatos” (TÁVORA, 2016, p. 616). Complementando, como explica Nucci (2016, p. 320). “ O termo prova deriva do latim *probatío*, que significa ensaio, verificação, inspeção, exame, razão, aprovação ou confirmação”.

Lado outro, a Constituição em seu artigo 5º LVI, determina que: “ são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meio ilícitos”. Referida prova, é a colhida em afronta ao direito material e aos preceitos constitucionais, sendo que as obtidas de forma ilegítima que afrontam o direito processual, também não serão admitidas.

Ressalte-se que as provas ilícitas por derivação, quais sejam, aquelas obtidas de forma lícita, mas a partir da informação extraída de uma prova obtida por meio ilícito, não são admissíveis no processo, devendo dele ser desentranhada, ressalvada a hipótese de sua desvinculação causal da prova ilicitamente obtida, artigo 157 do Código Processo Penal. É que a doutrina denomina de teoria dos frutos da árvore envenenada.

E ainda, o parágrafo 1º do artigo 157, diz que a prova não será ilícita “salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre uma e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por fonte independente das primeiras”. (BRASIL, 1941).

De acordo com artigo supracitado, 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. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008).

Nessa linha argumentativa, Capez (2017, p. 384) preleciona que: “ fonte independente seria a descoberta inevitável, sendo a previsão legal muito ampla, havendo grave perigo dque e se esvaziar uma garantia constitucional, que é a vedação da prova ilícita. E continua,” se não existete nexo de causalidade entre a nova evidência e a prova anteriormente produzida, significa que uma não derivou da outra, sendo incabível falar em prova ilícita por derivação.”

No que tange às provas ilícitas, de forma específica no âmbito desse estudo, ha se ressaltar o princípio da proporcionalidade que nos dizeres de Mello (2018, p. 66-67), ao tratar de princípios constitucionais, esclare que: “ o princípio da proporcionalidade não é senão uma faceta do princípio da razoabilidade, com idêntica matriz constitucional”.

O princípio da proporcionalidade ou razoabilidade, também conhecido como teoria da preponderância dos interesses, constitui numa construção doutrinária e jurisprudencial que se coloca nos sistemas de inadmissibilidade da prova obtida ilicitamente, permitindo, em face de uma vedação probatória, que se proceda uma escolha, no caso concreto, entre os valores constitucionalmente relevantes postos em confronto” (AVOLIO, 2015, p. 67).

No que tange, às provas e o sigilo das comunicações, Capez, (2017, p. 388), preceitua que “as comunicações telefônicas de qualquer natureza, significa qualquer tipo de comunicação telefônica permitida na atualidade em razão do desenvolvimento tecnológico”.

Não é demais salientar que o juiz, em busca do princípio da verdade real, trabalha reconstruindo a prova no processo penal, juntamente com o princípio do livre convencimento motivado tem liberdade para valorar a prova.

A Magna Carta apresenta duas balizas fundamentais na matéria em estudo: de um lado, a proibição das provas ilícitas, artigo 5º LVI, do outro lado, amenizando e equilibrando, de certo modo, essa vedação, estabelece no mesmo artigo o inciso XII, uma exceção à inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas, subordinada ao cumprimento de três requisitos que podem ser extraídos do texto constitucional. Assim, a interceptação telefônica lícita pressupõe ordem judicial, crime seja punido com reclusão, indícios de autoria da prática de crime, podendo ser autorizada tanto na fase policial ou durante a instrução penal, Lei 9296/96 (BRASIL, 1996).

A Suprema Corte, como interprete maior da Constituição, por meio do julgamento do Agln. 626.214u – AgRg. 2ª T, J 21-09-2010, rel. Min. Cármen Lúcia, DEJ 25-05-2011, considerou compatível com artigo 5º XII e LVI, o uso da prova obtida fortuitamente através da interceptação telefônica licitamente conduzida, ainda que o crime descoberto, conexo ao foi objeto da interceptação, seja punido com detenção (STF, 2014, *on-line*).

Nota-se que a lei 9296/96, que regulamenta o artigo 5º XII da Carta Magna, protege o fluxo das comunicações e não os dados que já tenham sido obtidos e estejam armazenados. A Corte Suprema, no julgamento do HC nº 91867/PA, voto da lavra do Min. Gilmar Mendes destacou que: “não se confundem comunicação telefônica e registros telefônicos, que recebem, inclusive proteção distinta. Não se podem interpretar a cláusula do artigo 5º XII, da CF, no sentido de proteção de dados enquanto registro, depósito registral. A proteção constitucional é da comunicação e não dos dados”. (Sem grifo no original).

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça autoriza que, em casos excepcionais, o policial acesse os dados contidos em aplicativos de conversar de presos em flagrante:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. ACESSO A DADOS DE APLICATIVO CELULAR 'WHATSAPP' SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. ILEGALIDADE. NULIDADE DA PROVA. DESENTRANHAMENTO DOS AUTOS. 1. A extração de dados de aparelho celular sem autorização judicial viola o artigo 157 do Código de Processo Penal, devendo a prova ser desentranhada dos autos se da hipótese não se depreende qualquer fundamento que possa justificar a urgência, em caráter excepcional, do acesso imediato das autoridades policiais aos dados armazenados no aparelho celular. 2. O prévio trabalho investigativo das autoridades policiais, que culminou

com a identificação do fato e de seus autores, bem assim como o indiciamento do recorrente, não resta contaminado pelo posterior acesso não autorizado aos dados do aparelho celular, bastando o desentranhamento dos autos dos documentos extraídos do aparelho celular e a supressão do parágrafo final dos depoimentos policiais, que fizeram referência ao conteúdo das conversas via WhatsApp. 3. Recurso parcialmente provido. (STJ - RHC 76324 / DF 2016/0250822-0, Relator Maria THEREZA DE ASSIS MOURA, data do julgamento 14/02/2017 – 6ª sexta turma, data da publicação: dje 22/02/17).

Nessa esteira, de acordo com a decisão acima colacionada, nos casos excepcionais, amparados pela urgência e em casos de flagrante delito, é possível o acesso aos dados contidos no aparelho celular, sem que reste configuração a violação constitucional e sem a necessidade de desentranhamento da prova produzida nos autos.

5 ACESSO AOS DADOS DE CELULAR PELO AGENTE POLICIAL

Por determinação constitucional a polícia é responsável por assegurar a ordem pública e a paz social artigo 144 da Constituição Federal. Dentre os órgãos policiais estabelecidos no referido artigo, a Polícia Militar tem a função de patrulhamento preventivo, o qual conduz a prática da abordagem policial de cunho preventivo.

Di Pietro (2016, p 350), enfatiza que “a ação do agente policial deve estar pautada nos limites legais de atuação, para que não configure abuso de poder. Tanto a abordagem quanto busca pessoal, configuram o exercício do poder de polícia. Assim, o policial no exercício da democracia deve utilizar-se da discricionariedade e não arbitrariedade, isso porque na prática muitos operadores das forças policiais acabam por utilizar em demasia suas atribuições, gerando um abuso de poder.

Nesse sentido, a ilegalidade pode surgir quando se afronta intimidade dos cidadãos, na hipótese de apreensão de um aparelho celular em uma prisão em flagrante, quiça em abordagem policial, quando, na maioria das vezes é rotineira e não resguarda uma prévia investigação criminal.

No direito comparado, a Suprema Corte Americana analisou situação bastante semelhante à do contexto e decidiu que é inconstitucional a busca em arquivos de celular de suspeito sem mandado judicial.

“Nesse caso, David Leon Riley foi parado pela polícia em 22 de agosto de 2009 por estar com o registro do veículo vencido. Na abordagem, a Polícia de San Diego verificou que Riley também estava com a licença para dirigir vencida. Revistando o veículo, a polícia descobriu duas armas de fogo escondidas sob o capô do veículo. Posteriormente, exames de confronto balístico determinaram que as armas haviam sido usadas em homicídio relacionado a gangues ocorrido no dia

2 de agosto. Em razão de terem sido encontradas tais armas em seu veículo, Riley foi preso e o celular que portava foi vasculhado pela polícia sem mandado judicial. A busca no celular resultou em elementos de informação (mensagens, fotos, vídeos etc.) que apontavam que Riley era membro da gangue Lincoln Park, incluindo fotos de um outro veículo de Riley que estava envolvido no tiroteio de 2 de agosto. A partir dos vestígios encontrados no celular, a polícia indiciou Riley por participação no tiroteio e por crimes relacionados à sua associação com a gangue de Lincoln Park. A defesa de Riley pleitou que as provas derivadas do celular fossem desentranhadas por entender que a busca em aparelhos celulares sem mandado judicial para tanto era inconstitucional. Em especial, os advogados de Riley alegaram que a busca em aparelho de telefonia celular sem autorização judicial viola a quarta emenda da Constituição Americana. A quarta emenda estabelece que buscas e apreensões somente podem ser conduzidas após ordem judicial fundamentada em justa causa para tal medida.”

Na legislação pátria, os dados contidos nos aparelhos móveis (celulares), em regra deve acontecer mediante autorização judicial. Contudo, em situações excepcionais quando o interesse público exigir e em casos de urgência que possam acarretar prejuízos concretos à vítima ou a investigação, o agente policial, de acordo com o poder de polícia conferido pela Constituição, poderá acessar os dados contidos no aparelho celular.

Por fim, é mister trazer à baila o entendimento do relator Min. Gilmar Mendes no julgamento do HC 91867/PA, o qual aduz que a premissa se sustenta em analogia que dizem respeito “às inviolabilidades relativizadas pela própria constituição no que tange ao domicílio a liberdade de ir. Nesse aspecto o telefone celular receberia maior proteção do que a própria inviolabilidade celular?”. Sendo assim, com base na proporcionalidade, os direitos individuais não podem ser usados como escudo para ocultar à prática de crimes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esse singelo estudo, que não tem por objetivo esgotar o tema, mas tão somente demonstrar a que construção efetiva de processo penal constitucional e democrático depende, obrigatoriamente, da observância legal dos preceitos na legislação elencados.

A revolução tecnológica como uso de aparelhos móveis conectados a rede mundial de computadores, aliados aos direitos constitucionais de terceira geração, fez com a jurisprudência e a doutrina discutisse a necessidade de reavaliação no que tange à colheita de provas. Nesse sentido, faz-se necessário um juízo de ponderação no que tange à proteção constitucional à privacidade, principalmente quando existe o choque de interesses com o direito à segurança pública, como é o caso em tela

O indivíduo que pratica alguma espécie de crime está sujeito a ceder ao Estado alguns direitos individuais que antes daquela conduta lhe era assegurado, não podendo esse, com intuito de se isentar das sanções impostas e resguardar de suas práticas ilícitas, ser invocados.

Contudo, não se pode olvidar que o acesso aos celulares não poderá ser forçado, já que ninguém é obrigado a produzir prova contra si. E ainda, para que seja realizado esse acesso, o agente policial deve analisar as peculiaridades e a urgência do caso concreto para preservação das informações e provas do crime praticado.

Portanto, não há como estipular conclusões absolutas nas esferas das liberdades públicas, sendo certo a necessidade de uma interpretação progressiva diante do avanço da tecnologia para que os direitos individuais não sejam usados como escudo protetivo na prática de ilícitos penais.

REFERÊNCIAS

AVOLIO, Luís Francisco Torquato. **Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas** – 6. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Elementos de direito administrativo**, São Paulo: Atlas, 2018.

BARROS, Antônio Milton de – **A lei de proteção à vítima e testemunhas: e outros temas de direitos humanos** – Franca: Ribeirões Gráfica e Editora, 2003.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

_____. **Decreto-lei nº 2.848, de 07 de janeiro de 1940**. Código Penal. Rio de Janeiro, RJ. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm. Acesso em 15 de novembro de 2018.

_____. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em http://www.dji.com.br/codigos/1941_dl_003689_cpp/cpp301a310.htm. Acesso em 15 de novembro de 2018.

_____. **Leis Penais e Processuais Penais Comentados, vol. 1**. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. (Agln. 626.214u – AgRg. 2ª T, J 21-09-2010, rel. Min. Cármen Lúcia, DEJ 25-05-2011. **O STJ admitiu o encontro fortuito em inquérito conduzido pela Polícia Federal para apuração de crimes com repercussão interestadual** (RHC 50.011/ PE, 6ª T, j 25.11.2014, rel. Min. Sebastião Reis Jr. Dje 16.12.2014).

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 25ª edição, São Paulo: Saraiva Jur. 2017.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Código de processo Penal e Lei de Execução Penal Comentados**. 2ª edição. Bahia: Juspodvim 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella Direito Administrativo. 23.ed. São Paulo: Atlas, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **As nulidades no processo penal**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____, Ada Pellegrini Grinover; FERNANDES, Antonio Scarance; Gomes Filho, Antônio Magalhães. **As Nulidades no Processo Penal**. 10ª Edição, ed., ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Silvio. **Intercepção Telefônica**. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único** - 5 ed.rev.ampl e atual. Salvador. Ed. JusPodivum, 2017.

MORAIS, Alexandre. **Constituição protege inviolabilidade de celulares e computadores**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-jun-27/justica-comentada-constituicao-protége-inviolabilidade-celulares>. Acesso em 05 de junho de 2019.

Lopes Junior, Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica – 3. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

MASSON, Cleber. **Código Penal Comentado**. 3ª edição – revista atual e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Método, 2009, 3ª ed.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. – 21. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo. **Direito processual penal esquematizado**. coordenador Pedro Lenza. – São Paulo: Saraiva, 2012.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 3ª ed, rev., ampl. e atual. Bahia: Jus Podivm.