

A EVOLUÇÃO E O IMPACTO DAS
GERAÇÕES PROBATÓRIAS NA PERSECUÇÃO
PENAL SOB OS INFLUXOS DOS ATUAIS
MECANISMOS TELEFÔNICOS

*THE EVOLUTION AND THE IMPACT OF
PROBATORY GENERATIONS ON CRIMINAL
PERSECUTION UNDER THE INFLUENCES OF
CURRENT TELEPHONE MECHANISMS*

A EVOLUÇÃO E O IMPACTO DAS GERAÇÕES PROBATÓRIAS NA PERSECUÇÃO PENAL SOB OS INFLUXOS DOS ATUAIS MECANISMOS TELEFÔNICOS¹

*THE EVOLUTION AND THE IMPACT OF PROBATORY GENERATIONS
ON CRIMINAL PERSECUTION UNDER THE INFLUENCES OF CURRENT
TELEPHONE MECHANISMS*

Francisco Robério Fernandes Júnior²

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo estudar a evolução das gerações do direito probatório e os seus reflexos na persecução penal realizada pelos agentes estatais. Essas gerações probatórias são representadas por três célebres precedentes que remetem ao uso crescente de tecnologias que invadem a intimidade individual com o fito de produzir elementos informativos e provas no âmbito da investigação e do processo penal, com foco nas ações exploratórias de aparelhos tecnológicos e telefônicos. Reputa-se determinante revisar os precedentes judiciais nacionais firmados pelos tribunais superiores, estabelecendo semelhanças e diferenças entre variados casos concretos apreciados, conjugados com os precedentes internacionais, especificamente os firmados pela Suprema Corte Norte-Americana. Para isso, é impreterível a análise relativa à licitude ou à ilicitude dos meios de obtenção e dos próprios elementos informativos e provas colhidas por meio do acesso às comunicações de dados, bem como da reverberação dos recentes julgados na persecução penal, à luz das garantias constitucionais, dos postulados legais e doutrinários do direito penal e processual penal.

Palavras-chave: Provas; Privacidade; Trilogia; Persecução Penal; Tecnologia.

¹ Data de Recebimento: 10/01/2022. Data de Aceite: 11/04/2022.

² Advogado. Graduado em Direito pelo Centro Universitário 7 de Setembro – UNI7. Foi monitor das disciplinas de Direito Civil III e Direito Processual Civil II. Pós-graduado em Direito Processual Civil pela Escola Superior do Ministério Público – ESMP. e-mail: roberiofernandesjr@gmail.com

1 INTRODUÇÃO

O processo penal visa à reconstrução dos fatos antecedentes ao objeto da demanda na linha cronológica de sucessão dos acontecimentos. A litigância em juízo almeja o convencimento do órgão julgador e, para a consecução desse objetivo, faz-se necessário a intercessão de um arcabouço probatório convincente, tendo em vista que a condenação, via de regra, ocorrerá face à certeza de culpabilidade.

Para tanto, é necessário distinguir as provas dos elementos informativos. Esses são colhidos durante toda a investigação, em procedimento diverso do processo judicial e sem o crivo do contraditório, seja por meio de inquérito policial presidido pela autoridade policial, seja por meio de procedimento investigatório criminal conduzido pelo membro do Ministério Público, ou por meio de outras investigações preliminares. Aquelas são produzidas sob o crivo do contraditório, pelas partes ou pelo próprio juiz no bojo de um processo.

Denominam-se sucedâneos probatórios aqueles em que há um déficit cognitivo em relação aos fatos anunciados, ou porque não foi adotado o devido procedimento estipulado em lei para a construção da prova no processo, ou porque não houve a atenção devida ao princípio da mediação que deduz uma produção probatória com a ausência de intermediários e anteparos.

A forma com que a prova é produzida revela-se determinante à caracterização da sua licitude. Ademais, não se confundem as provas ilícitas, que ferem determinado direito material, ou garantia constitucionalmente prevista, das provas ilegítimas, que representam transgressão à norma processual posta. Ambas são espécies do gênero prova proibida, as quais não são admitidas no processo penal, e devem ser denegadas pelo ordenamento jurídico como um todo.

Vislumbrando a importância da manutenção da integridade e da licitude dos futuros elementos informativos e acervos probatórios, o legislador dedicou um novo capítulo no Código de Processo Penal, advindo da reforma ocorrida no ano de 2019 intitulada como Pacote Anticrime. Nele, foi legislado sobre o que se denominou de “cadeia de custódia”, que, por definição legal, versa sobre o conjunto de procedimentos concatenados para obter-se o histórico cronológico dos vestígios angariados em locais ou em vítimas de delitos, rastreando sua posse e manuseio desde o reconhecimento inicial até a sua destinação final.

Em decorrência da vasta amplitude do conceito de prova, surgiram diversas teorias para explicar os desdobramentos da cadeia probatória e suas repercussões na persecução penal. Uma das mais conhecidas, e com forte implicação na prática forense, é a teoria dos frutos da árvore envenenada, uma teoria de causa e efeito nascida na jurisprudência,

mas que hoje está positivada no artigo 157 do Código de Processo Penal.

Essa teoria aduz que os derivados de uma prova ilícita são contaminados pela ilicitude da prova originária, culminando na necessidade do seu desentranhamento dos autos. Desse modo, uma confissão obtida por meio de tortura, por exemplo, estaria eivada de um vício congênito sob o qual não se admite convalidação.

Por não ser uma teoria absoluta, a sua incidência é acometida de limitações que podem ser vistas nas suas teorias decorrentes, como se observa no parágrafo primeiro do art. 157, CPP, o qual traz que são inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo forem obtidas por fonte independente, concretizando o conceito da teoria da descoberta inevitável. Razoável é tal solução pois, como a determinada prova seria colhida de todo modo e por meio de atos válidos, não haveria razão para que não fosse aproveitada.

Outra mitigação é vista pela teoria da prova absolutamente independente, também chamada de teoria da fonte independente, trazida no parágrafo segundo do art. 157, do CPP, que alude que caso haja outras provas independentes daquela eivadas pela ilicitude e, desde que essas provas também tenham sido produzidas por meio idôneos, não há motivos para cogitar-se contaminação e posterior desentranhamento.

É relevante também mencionar a teoria da descoberta inevitável, a qual infere que não se deduz ilicitude de uma prova decorrente de outra ilícita caso essa última puder ser obtida, de todo modo, por meio de atos lícitos. Reconhece-se, assim, o seu proveito legal e autoriza a sua posterior utilização regular. Mostra-se importante que a aplicação dessa teoria não se dê por meio de meras conjecturas superficiais, tendo em vista a importância de haver elementos concretos que a embasem.

Por fim, dentre as teorias de maior expressão, encontra-se a teoria do encontro fortuito de provas ou serendipidade. Esse último termo, tem por significação a ocorrência de descobertas afortunadas feitas ao acaso, e pode ser dividida em serendipidade de primeiro e serendipidade de segundo grau.

A serendipidade de primeiro grau é notadamente identificada e exemplificada em situações de interceptação telefônica, em que se busca apurar uma determinada infração penal relativa a um investigado específico, mas que, no decorrer da análise do substrato interceptado, é detectado o cometimento de outro delito que possui relação de conexão ou continência com o primeiro.

Já a serendipidade de segundo grau é identificada, quando não existe qualquer relação de conexão, ou continência entre a infração penal descoberta e a infração penal investigada. Seguindo no exemplo da interceptação, ela funcionará como mera notícia crime, permitindo a instauração do procedimento investigatório.

Ressalta-se que, no Brasil, a interceptação telefônica somente pode ser usada para crimes punidos com reclusão. Contudo, se no curso de uma interceptação regularmente

instaurada, forem descobertos elementos probatórios relacionados a outros delitos, esses elementos poderão ser utilizados validamente, para dar início a novas investigações, mesmo que o crime descoberto seja apenado por detenção, tendo em vista a licitude da interceptação originária.

Essa conclusão a respeito do encontro fortuito de provas nada mais é do que um reflexo prático da aplicação do princípio da serendipidade, conforme entendimentos do STJ, a exemplo dos julgados RHC 28794/RJ RMS 33.677/SP.

Não obstante existirem diversas teorias que indicam tanto a ilicitude quanto modos de aproveitamento e descontaminação das provas, há situações em que não há outra alternativa senão a manutenção da ilicitude da prova produzida, por não restarem meios de ilidir tal vício nas circunstâncias do caso concreto.

2 O GARANTISMO E A TRILOGIA OLMSTEAD-KATZ-KYLLO

No decorrer da história, a atuação do Estado vem sido restringida face a garantias e direitos fundamentais de caráter individuais, tais como os direitos constitucionais à intimidade e à privacidade. Essa restrição, quando conferida em prol do réu, dá-se como forma de proteção dos seus direitos, e deve ser observada em um estado democrático que adota, primordialmente, o sistema acusatório e tem uma constituição garantista.

O modelo garantista originalmente idealizado pelo jurista italiano Luigi Ferrajoli, traduz a aplicação do direito penal e processual penal em consonância com as garantias constitucionais conferidas aos indivíduos, salvaguardando-os de eventuais arbítrios do Estado. De acordo com Ferrajoli e sua definição, o garantismo traduz um modelo normativo de direito denominado “Sistema Garantista” ou, simplesmente, “SG”:

“Garantismo” designa um modelo normativo de direito: precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de “estrita legalidade” SG, próprio do Estado de direito, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos. *É consequentemente*, “garantista” todo sistema penal que se conforma normativamente com tal modelo e que o satisfaz efetivamente”. (2010, p. 785-786).

Para conferir a boa aplicação do seu modelo posto, Ferrajoli elencou em sua clássica

obra *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal* (Direito e razão: Teoria do garantismo penal) 10 (dez) axiomas para otimizar a aplicação do cânone paradigma.

Axiomas podem ser entendidos como máximas ou premissas que servem de base sólida para a construção do entendimento postulado, os quais são: 1. *Nulla poena sine crimine* (não há pena sem crime), 2. *Nullum crimen sine lege* (não há crime sem lei), 3. *Nulla lex sine necessitate* (não há lei sem necessidade), 4. *Nulla necessitas sine injuria* (não há necessidade sem ofensa a bem jurídico), 5. *Nulla injuria sine actione* (não há ofensa ao bem jurídico sem ação), 6. *Nulla actio sine culpa* (não há ação sem culpa), 7. *Nulla culpa sine iudicio* (não há culpa sem processo), 8. *Nulla iudicium sine accustone* (não há processo sem acusação), 9. *Nulla accusatio sine probatione* (não há acusação sem prova), e 10. *Nulla probatio sine defensione* (não há prova sem defesa).

Há, contudo, aqueles indivíduos que desvirtualizaram esse sistema, realizando uma verdadeira mutação prejudicial da garantia, subvertendo o seu sentido original e aduzindo a sua manutenção apenas para beneficiar o réu, e não ambas as partes do processo em consonância com os princípios da paridade e da proporcionalidade.

A partir daí, surgiram críticas a essa proposição que confere proteção exacerbada ao investigado ou ao réu, recebendo a denominação de “garantismo hiperbólico monocular”. Hiperbólico por ser exagerado, exorbitante, demasiado, e monocular por ter como direção apenas uma via do processo.

Tal garantismo hiperbólico monocular, por dedução lógico-sistemática de sua nomenclatura, contrapõe-se ao garantismo penal integral alvidrado originalmente. Esse último, de forma assertiva, aufere proteção não apenas para a via do réu mas para todas as partes, e possui duas vias: uma negativa, que visa a frear o poder punitivo do Estado, relacionando-se com a proibição do excesso estatal, e uma positiva, que visa fomentar a intervenção estatal de forma eficiente, relacionando-se à proibição da intervenção estatal insuficiente, evitando a impunidade. Consolida Douglas Fischer:

Em muitas situações, ainda, há (pelo menos alguma) distorção dos reais pilares fundantes, da doutrina de Luigi Ferrajoli (quicá pela compreensão não integral dos seus postulados). Daí que falamos, em nossa crítica, que se tem difundido um garantismo penal unicamente monocular e hiperbólico: evidencia-se desproporcionalmente e de forma isolada (monocular) a necessidade de proteção apenas dos direitos fundamentais individuais dos cidadãos que se veem investigados, processados ou condenados. (2015, p. 42).

Ferrajoli reconhece que pena possui uma função de prevenção geral negativa, e sua

utilidade seria servir de um mecanismo para evitar as penas informais, impedindo a sociedade de fazer justiça por intermédio da autotutela dos cidadãos, e o Estado, de aplicar sanções arbitrárias. Dessa maneira, haveria uma dupla proteção: tanto da vítima do delito, quanto do infrator.

Em reação ao garantismo e as teorias legitimadoras da pena, surgiram teorias deslegitimadoras da pena, que não conferem legitimidade, e demonstram que se a pena possui uma função, esta não se encontra no direito penal. Essas teorias deslegitimadoras são uma verdadeira antítese às teses legitimadoras, e rechaçam a intervenção estatal no direito de punir. Desacredita-se da eficiência do sistema penal legitimador e de controle social, como pode ser observado nos conceitos do abolicionismo penal e do minimalismo radical. Contudo, não são adotadas no sistema penal pátrio.

A trilogia Olmstead-Katz-Kyllo surge entabulada por precedentes da Suprema Corte do Estados Unidos da América e apresenta, em cada fase, marcos históricos que permitem compreender tanto evolução, quanto a classificação das gerações probatórias, bem como o seu impacto na persecução penal à luz das garantias individuais.

João Biffe Júnior e Joaquim Leitão Júnior expõem:

A divisão das gerações de direito probatório encontra seu nascedouro nos precedentes Olmstead (1928), Katz (1967) e Kyllo (2001), nos quais a Suprema Corte Norte-Americana decidiu em quais casos incidiria a proteção conferida pela 4ª emenda à Constituição dos Estados Unidos da América, tornando-se assim necessária a expedição prévia de ordem judicial de busca e apreensão para a obtenção lícita das provas. (2016, Online).

A tríade mencionada possui a referida nomenclatura, por fazer remissão aos nomes de cada indivíduo que teve o seu caso concreto fixado como precedente paradigma, em grau distintivo e em aspecto evolutivo das gerações do direito probatório.

2.1 Direito probatório de 1ª geração: teoria proprietária ou *trespass theory*

No precedente precursor de Roy Olmstead, julgado em 1928, discutiu-se a validade da prova decorrente da interceptação telefônica executada por meio do acesso direto à fiação da empresa telefônica responsável por esse serviço, localizada em espaço público. Essa interceptação foi efetivada sem a prévia autorização judicial, contudo, não houve a invasão ou penetração em domicílio privado. A partir dessas investigações, descortinou-se o comércio ilícito de bebidas alcoólicas articulado por Olmstead.

O debate instaurado no referido caso deu-se sobre a discussão acerca da licitude da prova em face à não violação da propriedade particular, considerando que os atos investigatórios foram realizadas em via pública. A defesa pugnou pela ilicitude da referida prova, argumentando que a interceptação, do modo que foi executada, violou o direito norte-americano e padecia de nulidade.

Após amplo debate, a Suprema Corte Norte-Americana chegou à conclusão de que, como os investigadores não haviam penetrado em nenhuma propriedade do acusado, a correta interpretação da quarta emenda indicava que a inviolabilidade não poderia ser alargada para além o conceito proposto no texto, ou para aplicar buscas e apreensões de forma a proibir escutar conversas telefônicas.

Então, realizando uma verdadeira interpretação restritiva, a Corte decidiu pela licitude da prova, tendo em vista que o texto constitucional determinava que era necessário mandado judicial, quando houvesse a invasão de propriedade privada. Nessa hipótese, seria necessário ser descrito no mandado tanto o local a ser pesquisado, quanto as pessoas ou coisas a serem apreendidas. Como no caso em vertente não houve busca ou apreensão no interior de casa ou escritório algum, não haveria a necessidade desse mandado judicial.

Com isso, nessa primeira geração probatória, criou-se a chamada “teoria proprietária” ou “*trespass theory*”, em que a proteção conferida pela norma se resumia a espaços determinados e particulares. Caso não houvesse ingresso no local constitucionalmente protegido, não se deveria extrair qualquer ilicitude da ação realizada, desembocando em uma limitada interpretação da norma protetiva da intimidade e privacidade. Nesse sentido, Knijnik:

Esse precedente consagrou o que a doutrina convencionou chamar de “*trespass theory*” ou “teoria proprietária”: a proteção constitucional estender-se-ia apenas para áreas tangíveis e demarcáveis, exigindo a entrada, o ingresso e a violação de um espaço privado ou particular, o que, na espécie, efetivamente não havia ocorrido, dado que nenhuma propriedade de Olmstead fora devassada pela autoridade. (2016, p. 85).

Assim, em síntese, a proteção se aplicava, apenas, a áreas demarcáveis ou bens tangíveis, exigindo a entrada, o ingresso e a violação de um espaço privado ou particular. Restringiu-se a proteção, apenas, às coisas, aos objetos e aos lugares.

2.2 Direito probatório 2ª geração: teoria da proteção constitucional integral

Depois de aproximadamente 4 décadas do precedente *Olmstead*, a Suprema Corte esteve defronte a um caso de uma investigação policial, em que o *Federal Bureau of Investigation* (FBI), também sem invadir propriedade privada do investigado, operou a captação de voz do investigado em uma cabine telefônica por intermédio de um dispositivo de gravação externa, tendo acesso ao conteúdo da conversação de Charles Katz, em que foram realizadas apostas esportivas por telefone, configurando prática proibida pela lei federal então vigente.

Em primeira análise ao caso Katz, aplicavam-se os precedentes firmados no caso *Olmstead*. Afinal, em ambos os casos não houve invasão nem ingresso em propriedade ou espaço senão público. Nessa toada, o tribunal de apelação admitiu a referida prova, pelos mesmos motivos que atestaram lícita a prova colhida no primeiro precedente de primeira geração.

Ocorre que tal caso também chegou à Suprema Corte Estadunidense que, dessa vez, revisitou o seu entendimento, para assentar que a proteção à intimidade e à privacidade não deveria se limitar a áreas demarcáveis ou bens tangíveis, estendendo-se de modo a englobar a gravação de manifestações orais.

Com esse novo precedente de segunda geração, a ação policial foi caracterizada como uma busca que não dispensaria ordem judicial emanada da autoridade competente. Como não houve essa autorização, a diligência realizada foi qualificada como ilícita, contaminando a prova, tornando-a ilícita e levando ao seu desentranhamento dos autos.

Dessa maneira, para a Suprema Corte, o Governo havia obtido a prova em detrimento da intimidade e privacidade do investigado pois, ao utilizar cabine telefônica de vidro, ainda que pudesse ser visto pelos agentes pelo lado de fora, ao fechar a porta e desembolsar a quantia correspondente à chamada, havia ali uma expectativa legítima de segurança do conteúdo do diálogo, sendo suposto que as palavras pronunciadas pelo telefone não seriam transmitidas para outrem senão o destinatário da chamada, nem que haveria publicização da comunicação estabelecida.

Knijnik enuncia:

Nessa transição *Olmstead-Katz*, o âmbito de proteção q constitucional, como visto, migrou de coisas, lugares e pertences para pessoas e suas expectativas de privacidade. Foi assim que um número muito maior de ocorrências, não atendidas pela teoria proprietária, foi posto sob a custódia da Emenda da Constituição americana. Basicamente, a evolução introduzida por Katz, de extrema importân-

cia, implicou o afastamento da teoria proprietária como expressão integral da proteção constitucional, com a introdução de um teste bem mais complexo, formado por duas indagações: primeiro, se há uma expectativa subjetiva real e efetiva de privacidade; segundo, se a sociedade está disposta a reconhecer essa expectativa como razoável, ou seja, se está disposta a confirmar a pretensão do sujeito real. Com base em tais critérios, por exemplo, afastou-se a arguição de ilicitude de prova consistente em voo rasante sobre o jardim da residência do investigado, que acabou por comprovar, mediante utilização de câmaras sofisticadas, o cultivo de *cannabis sativa*. Embora existente uma expectativa do sujeito de não ser bisbilhotado do ar, fato é que a sociedade não reconhece uma proibição dos passageiros de uma aeronave de contemplarem a paisagem e, se for o caso, constatarem detalhes importantes da vida de terceiros. (2016, p. 86).

Em decorrência dessa decisão emblemática, firmou-se um novo entendimento de que somente seria possível sobrepor-se a legítima expectativa de privacidade por meio de uma ordem de busca e apreensão emanada do poder judiciário, firmando, assim, o conteúdo do segundo precedente da trilogia.

A transmutação da evolução introduzida pelo caso Katz, ocasionou o afastamento da teoria proprietária como expressão integral da proteção constitucional, com a introdução de duas premissas na aplicação dos direitos individuais. A primeira, ostenta o questionamento sobre a existência de uma expectativa real e efetiva de privacidade no caso concreto. Já a segunda, remete à reflexão sobre se a sociedade reconhece tal expectativa como razoável, confirmando, assim, a pretensão do sujeito.

2.3 Direito probatório 3ª geração: provas tecnológicas invasivas

O último julgamento da trilogia deu-se no caso Danny Lee Kyllo, proferido também pela Suprema Corte Norte-Americana, no ano de 2001. Nesse caso, a polícia suspeitava de que o investigado estaria cultivando a planta *cannabis sativa*, responsável pela produção da maconha, no interior de sua residência. Contudo, não havia lastro indiciário suficiente para o requerimento de expedição de um mandado de busca pelo órgão judicial competente, conforme emanava do requisito do precedente anterior de Katz.

É de conhecimento da polícia que, para que haja o cultivo da planta *cannabis sativa*, é necessária a utilização de lâmpadas de alta intensidade. Partindo dessa premissa, surgiu, por parte dos investigadores, a ideia de utilizarem um equipamento capaz de aferir a captação térmica irradiado pelas paredes do determinado ambiente, sem que houvesse

a necessidade de penetração no ambiente de coleta termal, ou seja, a captação se daria da própria via pública.

Em contraponto, *Kyllo* não havia exposto pretensão de privacidade em relação à emissão de calor da sua residência, porque não utilizou mecanismos para inibir esse fenômeno, tampouco a sociedade reconheceria legítima tal pretensão. Ademais, pela jurisprudência sedimentada pela doutrina de segunda geração, outras provas análogas vinham sendo admitidas com certa segurança.

Para a execução da captação anunciada, os agentes pararam um veículo na via pública, próxima à residência do investigado e, fazendo o uso do equipamento “*Agema Thermovision 210*”, identificaram que o telhado acima da garagem, e uma parede lateral da casa de *Kyllo*, eram mais quentes do que o restante da sua casa e, consideravelmente, também mais quentes do que da dos seus vizinhos.

Por meio dessa diligência, a polícia conseguiu o lastro que faltava para o requerimento do mandado judicial de busca e apreensão, o qual foi solicitado e deferido. Durante a execução do mandado, como previsto pela polícia, foram encontradas diversas plantas de *cannabis sativa*. Conseqüentemente, *Kyllo* foi processado por tráfico drogas.

No decorrer do seu julgamento, a defesa de *Kyllo* buscou a declaração de nulidade da prova obtida pelo meio supracitado, e o seu desentranhamento dos autos do processo que embasou o mandado de busca, contudo o tribunal não acolheu a tese defensiva.

Os recursos judiciais levaram o caso novamente à Suprema Corte que, superando o paradigma firmado pelo precedente *Katz*, avançou na conferência de uma maior amplitude à proteção da privacidade contra tecnologias capazes de revelar, como no caso em tela, atividades ilícitas no interior de casa, sem haver a necessidade de nela penetrar. Nesse sentido a Suprema Corte acolheu a tese defensiva, instaurando novo marco divisorio da proteção constitucional, o de terceira geração. *Knijnik* arremata:

E A ideia fundamental que preside essa importante decisão é a de que “retirar da proteção sua mínima expectativa garantida seria permitir à tecnologia policial erodir a privacidade garantida pela 4ª Emenda”, o que poderia ser feito, obviamente, sem nenhum tipo de intrusão física. Porém, nem todo uso de tecnologia para além dos olhos nus converteria uma diligência policial em uma busca a reclamar autorização judicial, mas “somente quando a tecnologia não está no uso geral do público. Isto assegura a preservação daquele grau mínimo de privacidade que já existia quando a 4ª Emenda foi adotada. (2016, p. 92).

Dessa forma, compõe-se a tríade *Olmstead-Katz-Kyllo* com importantes reflexos na

doutrina e jurisprudência probatória até os dias atuais, onde os precedentes firmados, nesses casos, projetam influências para o direito processual penal brasileiro de modo a nortear a aplicação da prova, e a aferição da sua licitude por meio da análise dos meios de obtenção.

3 O IMPACTO DAS GERAÇÕES PROBATÓRIAS NA PERSECUÇÃO PENAL BRASILEIRA

É habitual as Delegacias de Polícia e as Promotorias de Justiça receberem comunicações contendo informações sobre cometimento de crimes, podendo haver o noticiamento dessas práticas às autoridades públicas por qualquer do povo. Essa conduta é, inclusive, fomentada por serviços como o “disque denúncia”. Como a legislação não impõe elevado rigor formal à sua realização, é possível que tais comunicações sejam feitas de forma anônima.

É sabido que a denúncia anônima, por si só, não é suficiente para justificar medidas investigativas invasivas, a exemplo de uma busca e apreensão domiciliar, pois caso fossem intentadas fundadas nesse pseudo-lastro restariam nulificadas por ausência dos pressupostos de decretação. Não obstante a deslegitimação duma atuação temerária, é patente a fragilidade desse elemento informativo analisado de forma isolada.

Apesar disso, a denúncia anônima não impede a autoridade policial nem o membro do Ministério Público de proceder à verificação das informações e, a partir daí, em caso da constatação de veracidade das alegações da denúncia, iniciar a deflagração do respectivo procedimento de investigação.

Esse é o tradicional entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, o qual pode ser inferido do julgamento do HC 95244 de 23/03/2010:

(...) é vedada a persecução penal iniciada com base, exclusivamente, em denúncia anônima. Firmou-se a orientação de que a autoridade policial, ao receber uma denúncia anônima, deve antes realizar diligências preliminares para averiguar se os fatos narrados nessa «denúncia» são materialmente verdadeiros, para, só então, iniciar as investigações.

Tal entendimento é confirmado, atualmente, mesmo após uma década da mencionada decisão, como pode observado no julgado do HC 611.918/SP de 07/12/2020 em que o STF assentou:

Esta Corte Superior entende serem exigíveis fundamentos razoáveis da existência de crime permanente para justificarem o ingresso de-

sautorizado na residência do agente. Desse modo, a mera denúncia anônima, desacompanhada de outros elementos preliminares indicativos de crime, não legitima o ingresso de policiais no domicílio, sem autorização judicial.

O avanço da tecnologia forçou uma mudança significativa nas investigações e nos processos judiciais, visto que a *internet*, e todas as ferramentas inseridas no meio digital quebraram os antigos paradigmas de comunicação de dados, sobretudo com a introdução de novas funções e aplicativos de celulares. Como o meio digital está em constante evolução, o Direito também tem que estar para acompanhá-lo, seja por meio de evoluções legislativas, seja por meio da jurisprudência, no qual aquela é, notadamente, bem mais morosa do que essa para a consecução desse fim.

No cotidiano da atividade policial, notadamente quando da realização de prisões em flagrante, é comum a apreensão dos aparelhos telefônicos. Há ocasiões em que dessa apreensão ocorre o acesso aos dados neles inseridos, tais como imagens, registros de ligações telefônicas, não obstante o acesso a aplicativos a exemplo do *WhatsApp*, *Telegram*, *Facebook Messenger*, *Skype*, *Instagram*, dentre inúmeros outros, em busca de maiores informações acerca da diligência efetuada. Confirmam Vinícius Marçal e Cleber Masson:

(...) fixadas estas distinções, considerou-se que os atuais smartphones são dotados de aplicativos de comunicação em tempo real, razão pela qual a invasão direta ao aparelho de telefonia celular de pessoa presa em flagrante possibilitaria à autoridade policial o acesso a inúmeros aplicativos de comunicação on-line, todos com as mesmas funcionalidades de envio e recebimento de mensagens, fotos, vídeos e documentos em tempo real. (2015, p. 240).

Um dos pontos de complexibilidade dessa questão reside no fato de as mensagens trocadas por intermédio desses aplicativos poderem ser apagadas instantaneamente, de modo que o trâmite regular do pedido de ordem judicial, para acessar o conteúdo ali presente, certamente conduziria à perda dos elementos informativos que os órgãos da persecução penal haveriam de ter para promover as medidas repressivas aos delitos praticados.

Essas situações estão, umbilicalmente, relacionadas ao direito probatório de terceira geração que, conforme exposto, utilizam meios de obtenção de provas altamente tecnológicos e invasivos da privacidade. A Constituição Federal, no seu art. 5º, incisos X e XII, garantem a inviolabilidade da intimidade, do sigilo de correspondência, de dados e

de comunicações telefônicas, mas faz uma ressalva ao consignar “salvo ordem judicial”.

Extrai-se da interpretação texto constitucional de 1988, contraposto à realidade atual, que as mensagens contidas nos aplicativos digitais estão inclusas na mencionada proteção, e que, em decorrência dela, podem ser observadas várias sequências de repercussões práticas dessas garantias.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) firmou o entendimento, no julgamento do RHC 67.379-RN julgado em 20/10/2016 e publicizado por meio do informativo 593 de jurisprudência do STJ que

Na ocorrência de autuação de crime em flagrante, ainda que seja dispensável ordem judicial para a apreensão de telefone celular, as mensagens armazenadas no aparelho estão protegidas pelo sigilo telefônico, que compreende igualmente a transmissão, recepção ou emissão de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza, por meio de telefonia fixa ou móvel ou, ainda, por meio de sistemas de informática e telemática.

Desse modo, a polícia não precisa de autorização para realizar a apreensão do aparelho telefônico do preso em situação de flagrância, sendo esse entendimento consoante ao art. 6º, II, do CPP, que aduz caber à autoridade policial apreender os objetos relacionados ao fato criminoso, após liberação pelos peritos, para não haver contaminação da cadeia de custódia da prova.

Apesar de prescindir de autorização judicial para apreender o celular, a autoridade policial precisa do crivo do judiciário, para que possa acessar licitamente o conteúdo das mensagens do aparelho telefônico. O STJ assentou no RHC 51.531-RO julgado em 19/4/2016 e divulgado no informativo 583 que

Sem prévia autorização judicial, são nulas as provas obtidas pela polícia por meio da extração de dados e de conversas registradas no WhatsApp presentes no celular do suposto autor de fato delituoso, ainda que o aparelho tenha sido apreendido no momento da prisão em flagrante.

Portanto, mostra-se imperiosa a necessidade de mandado de busca e apreensão para efetivar o acesso ao conteúdo telefônico, sendo que, uma vez obtido, não há óbice para que os acessos posteriores deem-se sem a necessidade de renovação desse expediente. Nesse precedente, o STJ faz menção expressa ao aplicativo de troca de mensagens *WhatsApp*, habitualmente utilizado pela maioria dos brasileiros para troca de mensa-

gens instantâneas, como pode ser observado no RHC 77.232/SC de relatoria Ministro Felix Fischer, julgado em 03/10/2017.

Adentrando nas inovações tecnológicas, o aplicativo do *WhatsApp*, no seu modo padrão, só pode ser instalado em um celular por vez. Sobretudo, há ferramentas que permitem o seu acesso simultâneo em outro celular ou em um computador de mesa. O procedimento, também conhecido como espelhamento de tela, pode ser realizado, por exemplo, pelo endereço eletrônico oficial do *WhatsApp Web*, com acesso por meio de um *QR Code* ou Código QR (versão bidimensional do código de barras, composto de padrões de pixels em preto e branco).

Assim, por intermédio dessa ferramenta há a possibilidade de se manter conectado ao aplicativo celular em dispositivos diversos e simultaneamente. Ciente disso, a dúvida que surge é se seria lícito o acesso a essa comunicação de dados do investigado pela polícia, mesmo que alicerçado em decisão judicial.

Tal questionamento foi levado ao STJ, que julgou o RHC 99.735-SC em 27/11/2018, inserido no informativo 640 e fixou o seguinte precedente:

É nula decisão judicial que autoriza o espelhamento do WhatsApp via Código QR para acesso no WhatsApp Web. Também são nulas todas as provas e atos que dela diretamente dependam ou sejam consequência, ressalvadas eventuais fontes independentes. Não é possível aplicar a analogia entre o instituto da interceptação telefônica e o espelhamento, por meio do WhatsApp Web, das conversas realizadas pelo aplicativo WhatsApp.

Como mais um desmembramento das possibilidades tecnológicas, surge o questionamento levado ao Tribunal Superior sobre a licitude ou não de uma ordem policial ao suspeito para que pusesse o seu celular no modo “viva-voz”, de modo que o conteúdo da chamada fosse amplificado, saindo da esfera individual do ouvido do investigado, para a publicidade do conteúdo conversatório para quem estivesse no raio de alcance sonoro do dispositivo, de maneira que a polícia obtivesse a escuta da conversa travada pelo investigado com terceira pessoa com a ajuda de seu aparelho telefônico.

Definiu-se que não há somente o impedimento da ordem de ativação do recurso “viva-voz”, como também não é autorizado ao policial atender o telefone do investigado para, passando-se por ele, negociar a entrega de drogas com o fito de caracterizar crime da Lei nº 11.343 (Lei de Drogas).

A conduta consistente em negociar por telefone a aquisição de droga, com a consequente disponibilização do veículo para o transporte do entorpecente, configura o crime

de tráfico de drogas consumado, e não apenas tentado, ainda que a polícia, com base em indícios obtidos por interceptações telefônicas, tenha efetivado a apreensão da droga em momento anterior ao recebimento do investigado.

No âmbito das interceptações telefônicas, é importante mencionar que não se admite a figura da interceptação de prospecção, a qual é realizada por conjecturas para descobrir se uma pessoa qualquer está envolvida em alguma infração penal, a exemplo de ouvir conversas telefônicas do investigado, esperando que em algum momento ele cometa algum crime. Esse procedimento fere, frontalmente, as garantias individuais dos investigados, tendo em vista que o procedimento de interceptação é evidentemente pós-delitual e não pré-delitual.

Assentam tais entendimentos o HC 212.528-SC 1º/9/2015, o REsp 1.630.097-RJ julgado em 18/4/2017 e o HC 511.484-RS, julgado em 15/08/2019, divulgados, respectivamente, nos informativos 569, 603 e 655 do STJ.

Não há ilegalidade, contudo, em perícia realizada em celular, mesmo que sem autorização judicial, em hipótese que a esposa da vítima morta entrega o aparelho telefônico voluntariamente à autoridade policial, conforme delineou o STJ no julgamento do RHC 86.076-MT em 19/10/2017, também divulgado em informativo, esse de número 617.

4 CONCLUSÃO

Depreende-se que, no direito probatório de primeira geração, houve uma proteção direcionada à inviolabilidade das comunicações telefônicas e a privacidade em residências de forma mais limitada, fixando a teoria proprietária.

No direito probatório de segunda geração, a proteção progrediu de modo a englobar as expectativas de privacidade referente às comunicações telefônicas, ainda que derivadas de ação em ambiente público.

Fechando a trilogia, o direito probatório de terceira geração proporcionou uma abrangência ainda maior, protegendo o indivíduo dos meios de obtenção de provas eletronicamente tecnológicos e intromissivos da privacidade, incluindo a comunicação de dados em telefones celulares.

Essa terceira geração probatória ganha atenção especial por se tratar da geração em que é contemporâneo ao presente momento, com o enfoque eminentemente tecnológico.

É notada uma constante evolução da jurisprudência em uma árdua tentativa de acompanhar o ritmo de avanço das tecnologias e suas modificações na sociedade, tendo em vista que poder legislativo não consegue conferir às leis a mesma celeridade que o judiciário consegue promover na sua interpretação e aplicação prática, de forma a moldar às realidades atuais.

Vislumbra-se, desse modo, a necessidade de um trabalho constante de adaptação do Direito aos dispositivos legais e constitucionais existentes atualmente, pois cada nova tecnologia que surge pode impactar na que existe atualmente, delineando novas possibilidades jurídicas.

Conclui-se pela necessidade de autorização judicial para acessos às conversas em aparelhos celulares de investigados, via de regra, ainda que em situação de flagrante delito, em virtude da expectativa de garantias constitucionais que o investigado possui. Já a apreensão do referido aparelho prescinde de ordem judicial, mesmo que tal entendimento colida com a ânsia de colheita probatória imediata de determinadas situações pelas órgãos de investigação.

Todavia, em caráter excepcional, há situações em que os órgãos investigativos poderão proceder ao acesso dos dados e as comunicações de dados em aparelhos celulares, com a evidente consulta aos aplicativos de comunicação.

Havendo expressa autorização do investigado, não será necessária ordem judicial, haja vista que aquele que abdica da sua intimidade, não poderá, posteriormente, pleitear a nulidade da prova por existir vedação a esse tipo de comportamento contraditório. Não obstante a hipótese de autorização do investigado, também dispensa autorização judicial, quando o telefone celular é entregue à polícia pela esposa.

Ante o exposto, urge a necessidade de uma reciclagem constante dos atores da persecução penal, e do poder judiciário para que consigam explorar os meios de obtenção de prova que estão à sua disposição de modo harmonioso com as suas atuações, e com as garantias conferidas aos investigados, a fim de buscar uma coexistência harmoniosa e cooperativa para a consecução da justiça.

THE EVOLUTION AND THE IMPACT OF PROBATORY GENERATIONS ON CRIMINAL PERSECUTION UNDER THE INFLUENCES OF CURRENT TELEPHONE MECHANISMS

ABSTRACT

The present article aims to study the evolution of the generations of evidence law and its reflexes in the criminal prosecution carried out by state agents. These probatory generations are represented by three famous precedents that refer to the increasing use of technologies that violate individual privacy with the goal of producing informational elements and evidence in the scope of the investigation and criminal law process, focusing on exploratory actions of technological devices and telephones. It is considered decisive to review the national judicial precedents established by the higher courts,

demonstrating similarities and distinctions between the different concrete cases observed, in conjunction with international precedents, specifically those signed by the North American Supreme Court. For this, it is imperative to analyze the lawfulness or illegality of the means to obtain proofs and the informative elements of evidence collected through access to data communications, as well as the repercussion of recent judgments in criminal law persecution in view of constitutional guarantees, legal and doctrinal postulates of criminal law and criminal procedural law.

Keywords: Evidence; Privacy; Trilogia; Criminal prosecution; Technology.

REFERÊNCIAS

BIFFE JÚNIOR, João; LEITÃO JÚNIOR, Joaquim. **O acesso pela polícia a conversas gravadas no Whatsapp e as gerações probatórias decorrentes das limitações à atuação estatal.** Genjurídico. Disponível em <<http://genjuridico.com.br/2016/08/12/o-acesso-pela-policia-a-conversas-gravadas-no-whatsapp-e-as-geracoes-probatorias-decorrentes-das-limitacoes-a-atuacao-estatal/>>. Acesso em: 17 jan. 2021.

BUISSA, Guilherme. **O que significa garantismo hiperbólico monocular?** Disponível em <<https://gbuissa.jusbrasil.com.br/artigos/111879034/o-que-significa-garantismo-hiperbolico-monocular#:~:text=Express%C3%A3o%20cunhada%20pelo%20jurista%20italiano,o%20chamado%20garantismo%20hiperb%C3%B3lico%20monocular>>. Acesso em 17 jan. 2021.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão:** teoria do garantismo penal. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FISCHER, Douglas; PALELLA, Eduardo (Org.). **Garantismo penal integral:** questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades Públicas e Processo Penal:** as interceptações telefônicas. 2ª Edição, Revistas dos Tribunais, 1982.

KENJI, Válter. **Processo Penal.** 8ª Ed. Salvador, Juspodivm, 2019.

KNIJNIK, Danilo. **A trilogia Olmstead-Katz-Kyllo: o art. 5º da Constituição Federal do século XXI.** Revista da Escola da Magistratura do TRF da 4ª Região, ano 2, número 4. Porto Alegre/RS, 2016.

KNIJNIK, Danilo. **Prova Judiciária:** estudos sobre o novo direito probatório. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

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

Livraria do Advogado, 2014.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 6ª Ed. Salvador: Juspodvm, 2018.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada**. 5ª Ed. Salvador: Juspodvm, 2017.

MARÇAL, Vinícius; MASSON, Cleber. **Crime Organizado**. São Paulo: Método, 2015.

TÁVORA, Nestor; RODRIGUES ALENCAR, Rosmar. **Novo Curso de Direito Processual Penal**. 15ª Ed. Salvador: Juspodvm, 2019.