

**POSSIBILIDADES DE RELATIVIZAÇÃO DE
DIREITOS NA ATIVIDADE POLICIAL:
ACESSO AOS DADOS DE APARELHOS ELETRÔNICOS**
*POSSIBILITIES OF RELATIVIZATION OF RIGHTS IN POLICE
ACTIVITY: ACCESS TO DATA FROM ELECTRONIC DEVICES*

Rafael Forchesatto¹
Daniel Nunes da Silva²

RESUMO

O presente artigo trata sobre a possibilidade ou não da ponderação de direitos na atividade policial diante do caso prático do acesso aos dados de aparelhos eletrônicos. O trabalho foi desenvolvido por meio de uma pesquisa bibliográfica junto à legislação, doutrinas e jurisprudências, desenvolvendo-se em virtude das contradições existentes a respeito da problemática, bem como a carência de uma definição comum das cortes superiores. Na equivalência entre o direito à intimidade e à segurança pública vislumbra-se a necessidade da proteção constitucional elencada a ambos, entretanto, podem ser ponderados diante de casos práticos, desde que o respeito à proporcionalidade e excepcionalidade seja considerado. Neste viés, os procedimentos policiais operacionais na busca da preservação ou manutenção da ordem pública representam este contrapeso de direitos. O acesso aos dados de aparelhos eletrônicos durante estes procedimentos representa, a todo o momento, o detrimento de um direito em relação ao outro, e sua admissibilidade estará condicionada à análise do caso concreto, podendo ser preponderante o direito à segurança pública em detrimento do direito da intimidade diante da excepcionalidade e gravidade do caso prático. Entretanto, o entendimento que prepondera, desde a abordagem policial, busca pessoal até a prisão em flagrante, nos casos onde não se vislumbra esse caso excepcionalíssimo, o procedimento de acesso aos

1 Cadete da Polícia Militar de Santa Catarina, Curso de Formação de Oficiais – Bacharel em Ciências Policiais.

2 Major da Polícia Militar de Santa Catarina, Chefe do Ensino Complementar da Diretoria de Ensino.

dados de aparelhos eletrônicos prescinde de autorização judicial, com o risco de incorrer em prejuízo irreparável ao decorrer do processo.

Palavras-chaves: Direito à intimidade. Direito à segurança pública. Acesso a dados em aparelhos eletrônicos.

ABSTRACT

The present article discusses whether or not the analysis of rights can be applied in police activity when considering the practical issue of access to data from electronic devices. This work was developed by means of bibliographic research on legislation, jurists' opinions and case laws. It was motivated by existing contradictions to the issue as well as the lack of a common definition by higher courts. In the equivalence between the right of privacy and public safety, there is the need for constitutional protection for both rights. However, they may be balanced in the face of practical cases, provided that compliance with proportionality and exceptionality are considered. In this respect, operational police procedures represent this balance of rights in the quest for preservation or maintenance of public order. Access to data from electronic devices during these procedures constantly represents the prejudice of one right in relation to another, and its admissibility must be analyzed under the facts of the case. The right to public security may be a predominant to the detriment of the right of privacy given the exceptionality and severity of the practical case. However, the understanding that prevails, from the police approach, to personal search, to arrest in cases where we do not see this very exceptional case, is that the procedure of access to data of electronic devices may be granted without judicial authorization, with the risk of incurring irreparable damage in the course of the proceedings.

Keywords: *Right to privacy. Right to public security. Access to data in electronic devices.*

1. INTRODUÇÃO

Os debates sobre a aquisição e garantia de direitos sempre nortearam o sistema legislativo, de modo que se buscou, com o decorrer dos séculos e dos avanços sociais e tecnológicos, instituir e proteger os direitos, quer sejam fundamentais ou não, do ser humano.

Por se tratar de um tema complexo, os direitos da intimidade e da segurança pública instigam a curiosidade e a diversidade de conclusões. As teorias que versam sobre o assunto nem sempre são unas e são aplicadas em cada caso de um modo diverso, uma vez que o regramento jurídico não é imutável ou inflexível, em virtude da tendência de acompanhar o contexto em que a civilização se encontra.

Desta forma, o presente artigo trata sobre a possibilidade ou não da relativização do direito à intimidade em contraponto ao direito à segurança pública na atividade policial, em face à análise de casos concretos de procedimentos de acesso aos dados de aparelhos eletrônicos.

Neste norte, objetiva-se, de um modo geral, analisar na perspectiva legal, a partir do direito à intimidade e do direito à segurança pública, a legalidade do acesso aos dados em aparelhos eletrônicos das pessoas que estão passando por procedimentos policiais.

Especificamente, pretende-se verificar a conceituação e ponderação entre o direito da intimidade e o direito da segurança pública diante do ordenamento jurídico brasileiro; analisar os entendimentos sobre abordagem policial, busca pessoal e prisão em flagrante nos procedimentos policiais; expor as considerações jurídicas sobre conflito aparente entre o direito à intimidade e do direito da segurança pública diante do acesso de dados de aparelhos eletrônicos durante procedimentos policiais.

O estudo justifica-se em virtude das contradições existentes a respeito do tema, bem como a falta de um entendimento unânime das cortes superiores. A temática reveste-se de essencial importância para a atividade policial, pois questões factuais relacionadas à análise de dados pelo policial para constituir provas de delitos serão manifestadas ao conhecimento científico.

Nesta direção, diluir-se-á o conflito aparente entre os direitos da segurança pública e o direito à intimidade, nos casos envolvendo os policiais e o abrandamento na aplicação de preceitos legais diante de casos práticos.

Para discorrer sobre a temática, utiliza-se da pesquisa bibliográfica, tendo por base referências teóricas/doutrinas, tais como livros, leis, artigos científicos e jurisprudências, de modo a fornecer dados atuais e relevantes relacionados ao tema. Os métodos de abordagem escolhidos foram a dedução e procedimento comparativo.

Deste modo, no primeiro capítulo será discutido o conflito aparente entre o direito à segurança pública, em consonância com a preservação da ordem pública e o direito à intimidade, onde o indivíduo resguarda elementos da sua vida privada e profissional que não deseja que sejam levados a público, bem como a análise da lide entre o indivíduo e o interesse social, havendo a abertura de análise doutrinária que alicerçará esta pesquisa.

A partir destes entendimentos, no segundo capítulo o enfoque tratará sobre a abordagem policial e sua função na atividade de policiamento ostensivo e preservação da ordem pública, que pode ser entendida como a aproximação e verificação de pessoas que apresentam atitudes consideradas suspeitas, e a busca pessoal, que consiste na revista direta no corpo do suspeito com o intuito de localizar armas e objetos ilícitos relacionados à infração penal. Partindo-se, por consequência, à prisão em flagrante, onde o ilícito ocorreu ou está ocorrendo.

Neste viés, a partir do procedimento de atuação policial, de modo a responder ao objetivo geral, no terceiro capítulo serão apresentadas as reflexões referentes ao acesso aos dados

de aparelhos eletrônicos por policiais durante seus procedimentos, entendimentos estes sedimentados a partir de casos concretos.

2. DESENVOLVIMENTO

Nesta parte do trabalho, abordar-se-á um estudo acerca do direito à intimidade e o direito à segurança pública, suas distinções e possível flexibilização da aplicabilidade diante do direito brasileiro, bem como conceitos importantes para a elucidação da problemática.

Faz-se necessário esta abordagem a fim de que se possa verificar o conflito aparente de direitos diante do acesso de dados de aparelhos eletrônicos durante procedimentos policiais

Direito à intimidade e o direito à segurança pública

O direito da personalidade não é um assunto vindouro com a existência do direito. Certamente que este surgiu pela necessidade de serem estabelecidas determinadas regras para a conduta humana na busca da pacificação social.

A personalidade não constitui em si um direito, mas um conceito básico, um princípio que apoia os demais direitos inerentes à pessoa, uma vez que são imateriais ou incorpóreos, não é exclusivo para cada indivíduo e, sim, para todos os seres humanos (VENOSA, 2005).

Neste sentido, no Brasil, o direito da personalidade tem seu regulamento expresso no texto Constitucional, mais precisamente no artigo 5º, incisos V, X e LXXVI, alínea “a”. São considerados como direitos absolutos, extrapatrimoniais, indisponíveis, *erga omnes* e vitalícios, podendo o ofendido intentar contra qualquer pessoa que tenha prejudicado o direito da personalidade, sem prejuízo do lapso temporal para o reconhecimento do direito, ele não pode ser renunciado, devido a sua indisponibilidade, mesmo que o titular o fizer expressamente, poderá, a qualquer momento exercer o seu direito (COELHO, 2009).

Dentre os direitos da personalidade, cabe destacar o direito à intimidade, que resguarda a defesa das pessoas no escopo íntimo, afastando olhares e as interferências externas. Este traz relação com os fatos e acontecimentos que interessam apenas e tão somente à pessoa, é o que singulariza o ser, que ele não quer que outras pessoas fiquem sabendo. (PONTES DE MIRANDA, 1971).

O conceito de intimidade irá variar de pessoa para pessoa, pois irá depender de muitos fatores externos, tais como a cultura, a região em que vive, sua educação/formação pessoal, bem como a época em que viver (LÔBO, 2012). Entretanto, o direito à intimidade pessoal, bem como os demais direitos de proteção, em determinadas circunstâncias recebe interferências, e dentre estes acometimentos, sua admissibilidade está vinculada a questões excepcionais e justificadas (BORGMANN, 2006).

Diante deste liame, pode-se citar de forma breve a própria busca pessoal, prevista no Código de Processo Penal no seu artigo 240, onde este procedimento, possui como premissa a busca e apreensão pessoal, indo ao encontro do direito fundamental da intimidade amparado pela Constituição.

Podemos, outrossim, considerar a lei que se refere à interceptação telefônica, Lei 9.296/96, no qual o direito à inviolabilidade das comunicações telefônicas é afastado diante das hipóteses previstas, desde que previamente autorizadas por ordem judicial.

Assim sendo, a vida privada é um elemento fundamental, onde há a exigibilidade do respeito ao direito de o ser humano ficar só, de agir de modo que terceiros não precisem ficar sabendo de todas as suas ações (GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2008).

Cumpre salientar que cabe à lei a obrigação de proteger as informações que os cidadãos não querem que se tornem públicas, portanto, deverá ser resguardado o direito ao sigilo, o qual:

[...] protege o conteúdo das correspondências e das comunicações. Não é apenas ilícito divulgar tais manifestações, mas também tomar delas conhecimento e revelá-las, não importa a quantas pessoas. A CF, art. 5º, XII, garante a inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas (LÔBO, 2012, p. 144).

Diante destes entendimentos e partindo para a previsão Constitucional referente à inviolabilidade da intimidade e de dados e comunicações telefônicas, a Lei 9.296/96 regulou a quebra de sigilo telefônico, no qual, no seu artigo 1º, Parágrafo Único, determinou que as nuances dispostas no preceito legal:

[...] aplicam-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática, bem como a Lei 9472/97, que trata sobre organização dos serviços de telecomunicações traz no seu artigo 3º, inciso V que “o usuário de serviços de telecomunicação tem direito à inviolabilidade e ao segredo de sua comunicação, salvo nas hipóteses e condições constitucionais e legalmente previstas.

Diante de tais premissas cumpre citar o “Marco Civil da Internet” na Lei 12.965/14 que “Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil”, assevera ao usuário no seu artigo 3º, inciso III “a inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial”.

Nesta perspectiva, a violação do direito à intimidade possui como fato basilar a necessidade do Estado de tornar efetivo o direito à segurança pública, direito este que também foi construído à luz do direito constitucional como inviolável, conglomerando desígnios a serem obtidos por todo Estado Democrático de Direito, cujas premissas básicas são a dignidade da pessoa humana e a proteção aos direitos fundamentais (BORGMANN, 2006).

Neste sentido, o direito à segurança pública pode ser entendido como a manutenção da paz social dentro da adversidade, pois diante de conflitos surge a necessidade da busca do equilíbrio nas relações sociais (BULOS, 2002).

O direito à segurança Pública, incluído também no rol dos direitos fundamentais constitucionais, vem expressamente protegido na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 6º, os quais Perez Luño (1998, apud BORGMANN, 2006) percebe que “dirigem-se explicitar as exigências dos valores da igualdade e da solidariedade, de igual modo que as liberdades públicas concentram e desenvolvem os valores de liberdade e de dignidade humana”, com o escopo de prestar proteção aos interesses da sociedade, através do poder público.

Neste norte, o direito à segurança pública, também pode ser elencado no artigo 144 da Constituição de 1988, no qual a segurança pública consiste em algo que “antes de ser direito e responsabilidade de todos é um dever do Estado, neste conceito incluindo-se a União, os Estados Membros e até os Municípios” (ASSIS, 2001, p. 18).

A partir deste amparo constitucional em prol de um direito coletivo, os entes previstos no artigo supracitado atuam no sentido da construção do referido direito, podendo desta forma, diante da variedade de serviços prestados em determinados momentos “[...] requerer o uso ou a ameaça de uso da força, e que não são disponibilizados por qualquer outra agência ou instituição pública ou privada” (CAULLIRAUX, 2004, apud Fyfe, 2001, p. 161).

Diante destas premissas cabe estabelecer que:

A polícia é autorizada e requisitada para impor – ou, conforme o caso, utilizar – medidas coercitivas para estabelecer uma solução provisória para problemas emergenciais, sem ter de tolerar oposições de nenhum tipo ou submeter-se a elas; e que, além disso, sua competência para intervir se estende para qualquer tipo de emergência, sem qualquer exceção. Isso, e somente isso, é o que a existência da polícia por si só proporciona, e é nessa base que se deve exigir que ela faça seu trabalho, seja de agentes na captura de ladrões, seja enfermeiros, dependendo da ocasião (BITTNER, 2003, pag. 220).

O Código de Conduta para os Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei, adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas na Resolução 34/169, que em seu artigo 3º traz que “os funcionários encarregados de fazer cumprir a lei poderão usar a força apenas quando estritamente necessário e na medida em que seja exigência para o desempenho de suas tarefas” (ONU, 1979).

A preocupação que a atuação da força policial esteja respaldada por preceitos ligados aos direitos humanos é cada vez mais relevante no cenário atual, de modo que qualquer utilização da força não ultrapasse o nível necessário para atingir os objetivos pretendidos (SILVA, 2011). Diante de tamanha complexidade, infere-se que:

O trabalho policial sempre comportará dilemas morais irreduzíveis, inerentes ao seu poder discricionário e seu papel “regulatório”. Ele precisará balancear a convicção de que alcançar certos fins lhe autoriza usar seu poder de coerção, sua capacidade de aplicar a violência, sempre uma alternativa moralmente das mais complexas com a habilidade de pensar e entender o contexto em que sua ação acontece, avaliando suas convicções frente a dos colegas, dos cidadãos e mesmo dos infratores (CAULLIRAUX, 2004, pag. 24).

Tal concepção de direito assegurados à coletividade, o direito à segurança pública, con-

siste na não perturbação do exercício nas atividades de terceiros, diante de uma coexistência social que se mantenha, ou seja restabelecida de modo a todos gozarem de seus direitos. O seu exercício indispensável para o desenvolvimento natural do ser humano somente encontrará escopo para evoluir através da vigilância, prevenção e repressão das condutas consideradas nocivas à coletividade (FONTES JUNIOR, 2016).

No mesmo sentido, torna-se difícil uma conceituação precisa de segurança pública devido a sua amplitude de abrangência, principalmente, devido a sua hermenêutica não aludir à individualidade do cidadão, apesar de, em contrapartida, ter como ponto de início fatores individuais, mostra possuir como meta maior o espaço público e consequentemente a coletividade, no anseio da ordem pública em seu estado de normalidade (BORGSMANN, 2006).

Portanto, uma efetiva ponderação de direitos, na busca de um ideal estado democrático de direito, no convívio harmonioso entre os direitos da segurança pública, com sua função de oferecer segurança aos cidadãos, e o direito à intimidade, devem ser primordiais, respeitando desta forma a dignidade da pessoa humana de cada indivíduo.

Assim, existe uma preocupação do Estado em garantir os interesses constitucionais do indivíduo em contraponto à aplicação adequada da norma penal. Considerados direitos fundamentais de primeira e segunda geração, respectivamente, sendo dotados de eficácia e aplicabilidade plena, onde o Estado aparece como seu garantidor (BORGSMANN, 2006).

Neste sentido, a ponderação entre os dois direitos elencados, diante da conjuntura atual brasileira, deve ser necessariamente amparada pela proporcionalidade, devendo ser empregada como metodologia de solução, tendo por função a preservação dos direitos fundamentais. Constata-se que tais direitos vivem em um conflito constante, restringindo-se reciprocamente, em determinados momentos um prevalecerá sobre o outro, e em momentos diversos ocorrerá o contrário. Esta ponderação de bens acarreta em uma relação adequada entre o meio e o fim, de modo necessário, racional ou proporcional. (PACHECO, 2016)

Destarte, apesar de sua aplicação ser voltada diretamente para o direito administrativo, de modo que o administrador público vise o interesse público através da fiscalização de suas ações, a aplicação no processo legislativo exerce de pertinência e adequação com o interesse público protegido, uma vez que o legislador somente poderá impor restrições a direitos fundamentais que guardem relação (PACHECO, 2017).

Neste mesmo sentido e já abrangendo o entendimento para os direitos humanos, a doutrina traz que:

[...] a balança da Justiça contém dois pratos. Num dos pratos estão os direitos humanos, os sagrados direitos humanos que todos temos que respeitar e fazer respeitados. Mas a balança, repito, tem dois pratos. No outro estão os direitos coletivos, os direitos da sociedade, os direitos do indivíduo considerado em sociedade. É preciso realizar o equilíbrio entre esses direitos, os indivíduos e os coletivos (VELLOSO, 2001, p. 452).

Ainda sobre a possibilidade de prevalência de um direito sobre o outro, infere que:

[...] a necessidade de as regras do direito constitucional de conflitos deve construir-se com base na harmonização de direitos, e no caso, de isso ser necessário, na prevalência (ou relação de prevalência) de um direito ou bem em relação a outro. Todavia, uma eventual relação de prevalência só em face das circunstâncias concretas se poderá determinar, pois só nestas condições é legítimo dizer que um direito tem mais peso do que o outro, ou seja, um direito prefere outro em face das circunstâncias concretas, a fim de que se possa decidir qual o direito que deve prevalecer (CANOTILHO, 2002, p. 161 e 162).

Diante de tais premissas, os conflitos entre direitos devem ser resolvidos a partir de casos concretos, pois ambos os valores são considerados igualmente válidos, devendo sua preterição ser específica em cada acontecimento (PINHO, 2003), pois a interpretação dos direitos fundamentais não se esgota exclusivamente no âmbito da interpretação *in abstracto* (PACHECO, 2016).

Por tais motivos, infere-se que os conflitos entre direitos fundamentais amparados pela Constituição são flexíveis na vida social das pessoas em casos concretos, entretanto, devido à multiplicidade de casos ou situações, a ponderação deve ser tênue e amparada pelo ordenamento jurídico brasileiro, pois em determinados eventos a simples aplicação da norma jurídica não elide o conflito, necessitando de uma análise profunda em consonância com a situação apresentada.

Abordagem policial: busca pessoal e prisão em flagrante na atividade policial

Revisitando-se o contexto dos direitos fundamentais da intimidade e da segurança pública, parte-se para a análise da fusão dos entendimentos sobre abordagem policial, busca pessoal e prisão em flagrante, temas que serão necessários para a compreensão final a respeito do acesso aos dados de aparelhos eletrônicos de um abordado.

Preceitua-se conceituar o que vem a ser abordagem policial no viés de atividade realizada pela Polícia Militar e neste sentido o Manual de Técnicas de Polícia Ostensiva da Polícia Militar de Santa Catarina explicita de forma direta, como:

[...] a ação Policial de atuar em uma situação que exija intervenção policial, aproximando-se, interpelando, identificando e procedendo a busca de um ou mais cidadãos, que pode resultar na prisão, advertência ou orientação das pessoas envolvidas (ROSA, 2014).

Ela consiste em uma ação de “[...] interpelar pessoa que apresente conduta suspeita, a fim de identificá-la e/ou proceder à busca, de cuja ação poderá resultar a prisão, a apreensão de pessoa ou coisa ou simples advertência ou orientação” (FRANCO, 2002, p. 10).

O procedimento constitui um poder de polícia, no qual o agente restringirá direitos individuais em prol do interesse público, da preservação da ordem pública, pois possuir esta permissão, dentro de sua autoridade, utilizando a força e armas, constitui elemento nortea-

dor para a construção social (SILVA, 2011).

No qual se define como “[...] a faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado” (MEIRELLES, 2002, p. 115).

Por mais que represente uma ação que causa transtorno às pessoas que são submetidas aos procedimentos, sua função é de suma importância para a atividade policial na busca da ordem pública.

A partir destes entendimentos, podemos discorrer a respeito da busca pessoal realizada no serviço operacional policial, e encontrar no Código de Processo Penal, em seu artigo 244, amparo legal em nossa legislação:

A busca pessoal independerá de mandado, no caso de prisão ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar (BRASIL, 1941).

Trata-se, portanto, de uma inspeção no corpo do indivíduo e objetos que ele porta, com o objetivo de apreender objetos que possam ser considerados probatórios, medidas estas amparadas pelo Código de Processo Penal no seu artigo 240, mais especificamente no §2º que traz que tal procedimento só deve ser realizado diante de situações de fundada suspeita de que alguém oculte consigo arma proibida ou objetos mencionados na própria legislação (NORONHA, 1995).

Baseados nestes preceitos, que não deixam dúvidas quanto à legalidade da atuação da atividade policial, salienta-se que esta ação direta com o abordado não pode ser puramente determinada apenas por critérios subjetivos, devendo ser fundamentada por motivos justos, idôneos e legais previstos no Código de Processo Penal (SCHNEIDER, 2011).

Nesse sentido, a busca pessoal poderá ser entendida como algo que restrinja a intimidade, bem como o direito à liberdade de locomoção, não podendo ser, contudo, “um fim em si mesmo ou meio para outro fim que não a imediata defesa de um direito fundamental ou bem coletivo constitucionalmente protegido, como a segurança pública” (CARDOSO E SILVA, 2011, p. 75).

Constitui fator incontestável na busca pessoal realizada durante o exercício do policiamento ostensivo, ser utilizada como medida de exceção, pois possui por característica ser constrangedora aos envolvidos, ferindo a liberdade individual, aumentando a responsabilidade do agente do estado na atuação cautelosa e moderada (NORONHA 1995).

Importante meio para obtenção de provas, realizada no exercício do policiamento ostensivo, sem a necessidade de ordem judicial e amparada pelo poder de polícia, constitui elemento indispensável na atividade policial e merece ser tratada com o maior grau de zelo possível, diante do liame tênue que poderá ferir algum direito fundamental.

Por conseguinte, oriundo ou não dos procedimentos policiais elencados, a flagrância

de crimes, diante de sua competência legal, gera o poder/dever do agente policial em realizar procedimentos que vão ao encontro do que preconiza o Código de Processo Penal, no seu artigo 301 que elenca esta obrigatoriedade, onde os “[...] agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito” (BRASIL, 1941).

A prisão em flagrante possui a certeza notória de que o crime ocorreu ou está ocorrendo, consistindo em medida de autodefesa da sociedade, não necessitando, portanto, de autorização judicial e, conseqüentemente, restabelecendo a ordem pública em prol do direito da segurança pública (RANGEL, 2009).

Para tanto, na busca da plenitude do direito infracionado, “A prisão em flagrante é uma prisão provisória, que visa deter o indivíduo que cometeu uma infração penal, para assegurar a instrução probatória do crime, bem como para manter a ordem social diante deste atentado [...]” (TOURINHO FILHO, 2005, p. 595).

Para tanto, é importante o entendimento de nosso sistema jurídico de quem pode ser considerado em flagrante delito. Neste viés, o artigo 302 do Código de Processo Penal, traz as espécies de flagrantes:

- I - está cometendo a infração penal;
- II - acaba de cometê-la;
- III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;
- IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração (BRASIL, 1941).

Sobre a temática, o artigo 302 do Código de Processo Penal pode ser melhor elucidado:

Tem início com o fogo ardendo (está cometendo a infração penal – Inciso I), passa para uma diminuição da chama (acaba de cometê-la – inciso II), depois para a perseguição direcionada para a fumaça deixada pela infração penal (inciso III) e, por último, termina com o encontro das cinzas ocasionadas pela infração penal (é encontrado logo após – inciso IV) (PAULO RANGEL, 2009, p. 620).

Diante destas premissas, amparadas pelo ordenamento jurídico pátrio, a atuação policial preceitua o respeito às normas legais, propiciando que os direitos fundamentais do cidadão sejam resguardados em sua plenitude, bem como, seu ajuizamento de valor não fica à mercê de práticas arbitrárias, afastadas da proporcionalidade e conseqüentemente, o não cumprimento com a missão hermenêutica das forças policiais em prol do direito à segurança pública.

Portanto, toda atividade policial que restrinja algum direito, indo da simples abordagem, para a busca pessoal, conseqüentemente a prisão em flagrante ou não, possui respaldo no ordenamento jurídico pátrio, desde que premissas legais sejam respeitadas em sua plenitude.

Acesso aos dados de aparelhos eletrônicos diante da colisão de direitos

Transcorrido o entendimento acerca do conflito entre direito à intimidade e o direito à segurança pública, onde o juízo de ponderação poderá ser aplicado diante da necessidade de casos concretos, bem como o estudo sobre a abordagem policial e a busca pessoal diante do policiamento ostensivo, sem a necessidade de autorização judicial, e por consequência entendimentos a respeito da flagrância de crimes. Partimos para a análise do acesso manifesto por parte das forças policiais a dados em aparelhos eletrônicos encontrados nos procedimentos supracitados.

O acesso aos dados de aparelhos eletrônicos denota complexidade no seu entendimento, pois os aparelhos possuem tecnologias que permitem que tais informações sejam apagadas remotamente, prejudicando conseqüentemente qualquer elucidação de ilícito e conseqüentemente o direito à segurança pública.

Em determinados casos o não acesso de forma imediata às informações acaba prejudicando a produção de provas para um eventual processo legal, em contraponto, o acesso imediato nestes mesmos aparelhos que armazenam muitos dados particulares, pode ferir de forma exacerbada o direito à intimidade, pois ao realizar uma busca exploratória em um aparelho eletrônico o policial terá acesso a toda vida íntima do proprietário.

Buscando elucidações legais, cumpre citar um precedente do Min. Gilmar Mendes do Supremo Tribunal Federal (HC 91.867/PA), onde após decorrida prisão em flagrante, policiais, realizaram a apreensão de dois aparelhos celulares, realizando de imediato uma análise dos registros telefônicos. Estes resultaram em provas em desfavor do réu, pois constatavam que haviam ligações entre o executor do homicídio e o dono do aparelho celular (BRASIL, 2012).

O julgado do referido precedente foi favorável no sentido que as provas obtidas pela ação policial não caracterizavam vícios, pois não ofendiam o disposto no artigo 7º, II, da lei 8.906/96³, bem como a autoridade policial, ao apossar-se do aparelho, tão somente procurou obter informações já contidas no objeto apreendido, porquanto razoável obtê-las como elementos de informação necessários à elucidação da infração penal e da autoria, a teor do disposto no art. 6º do CPP que discorre sobre os procedimentos que devem ser adotados pela autoridade policial (BRASIL, 2012).

Utilizando o argumento que a autoridade exerceu exclusivamente o dever de realizar a coleta de registros que indicassem a prática de infração penal, sua sustentação está elencada no contexto de que a mera análise mediante exame simples, não podendo tais premissas serem abarcadas pela proteção constitucional da intimidade, portanto, equipara-se à apreensão de qualquer pedaço de papel que poderia ser encontrado com o abordado (BRASIL, 2012).

3 II - A inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, bem como de seus instrumentos de trabalho, de sua correspondência escrita, eletrônica, telefônica e telemática, desde que relativas ao exercício da advocacia;

Podemos entender, diante desta narrativa concreta, que o Estado possui a premissa de tutelar os direitos fundamentais do cidadão, para que, de forma constitucional, possa ser exercido o poder de polícia, desta forma, restringindo alguns direitos outorgados, pois em determinadas circunstâncias, onde o Estado emprega o poder de polícia para garantir a plenitude do direito social da segurança pública, vão de encontro aos direitos fundamentais de liberdade. Necessitando de ponderações para que não se utilize, de forma discriminada, tais prerrogativas de modo que deprecie o indivíduo na tentativa de realizar a atividade punitiva estatal.

Cumpra destacar que o supracitado precedente do STF é do ano de 2012, percebe-se que o referido julgado, transcreve a análise apenas de dados contidos no celular, os celulares utilizados à época não consentiam acesso à internet, bem como a aplicativos de troca de mensagens e acesso a e-mails. Portanto, tal precedente acaba por se tornar superficial diante da tecnologia que encontramos atualmente nos aparelhos celulares smartphones utilizados, tornando-se intangível diante da proteção à intimidade dos cidadãos (BRASIL, 2016).

Neste sentido, uma distinção faz-se necessária, devendo tal classificação se dar em dois sentidos, primeiramente os dados que podem ser acessados pelo agente ao ter contato com o aparelho celular, e, em um segundo momento, os dados que são interceptados durante o acesso a aplicativos de troca de mensagens (BRASIL, 2016).

Tal distinção acaba por enfraquecendo o julgado do STF no HC 91.867/PA, pois a análise realizada nesse precedente não é mais adequada para a julgar da vulnerabilidade da intimidade dos cidadãos, pois não se consegue chegar a conclusões objetivas a respeito de elementos concretos, alicerçando somente a teoria e a prática.

O avanço tecnológico demonstra uma nova realidade que conseqüentemente trará novos entendimentos, pois a abrangência dos elementos que podem ser acessados em uma busca exploratória em aparelhos eletrônicos não possui base doutrinária até o presente momento, exigindo por parte dos operadores do direito cautela na obtenção de dados informacionais, ordinariamente necessitando de liames jurisdicionais como o mandado judicial (KNIJNIK, 2014).

Devido à complexidade de entendimentos, a Ministra Maria Thereza de Assis Moura, durante seu voto no Recurso em Habeas Corpus nº 51.531 – RO (2016)⁴, citou a Suprema Corte do Canadá, o caso *R. v. Fearon* (2014 SCC 77, (2014) S.C.R. 621), onde o acesso a dados de um aparelho celular foi considerado lícito na sequência de uma prisão em flagrante, no caso de extrema necessidade para garantir o direito à segurança pública, pois existia um

4 Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 51.531, possui caso inicial gerador uma prisão em flagrante pela prática de tráfico ilícito de entorpecentes e associação para o tráfico, conforme os artigos 33 e 35 da lei 11.343/06, no qual no momento da prisão fora apreendido um aparelho celular, onde os policiais realizaram o acesso aos dados, obtendo informações que o ligavam aos ilícitos. O recurso foi interposto devido à decisão prolatada pelo TJRO, que entendeu ser “válida a transcrição de mensagens de texto gravadas no aparelho celular apreendido com o paciente por ocasião de sua prisão em flagrante pois estes dados não gozam da mesma proteção constitucional de que trata o art. 5º, XII”.

elemento de manifesta urgência na obtenção destas provas, conduzindo a ação policial em paralelo a proteção de direitos do cidadão (BRASIL, 2016).

Somente diante desta ponderação de direitos, e consequentemente supressão temporária do direito à intimidade do delinquente, foi possível a correlação entre o autor do crime e o mandante, de modo que ocorresse a obtenção de provas e captura dos responsáveis pelo roubo cometido (BRASIL, 2016).

A ministra Maria Thereza de Assis (BRASIL, 2016) entende que:

A prerrogativa de acesso aos dados do aparelho celular incidente a uma prisão é admitida excepcionalmente, servindo a importantes objetivos da persecução penal, pois auxilia as autoridades policiais na identificação e mitigação de riscos à segurança pública, na localização de armas de fogo e produtos roubados, na identificação e localização de cúmplices dos delitos, na localização e preservação de provas, na prevenção da fuga de suspeitos, na identificação de possíveis riscos às autoridades policiais e na continuidade imediata da investigação. Reconheceu-se a existência de um “elemento de urgência” no acesso aos aparelhos celulares, que sustentam a extensão do poder insito à prisão em flagrante.

Entretanto, para chegar a um parâmetro de ponderação de direitos, de modo que a conduta alcance seu objetivo de modo proporcional, a Corte Canadense estrutura elementos indispensáveis para que esta ponderação de direitos seja realizada. Deste modo, para que os dados sejam considerados legítimos, estas medidas devem ser respeitadas pelo agente policial:

a) a prisão tem de ser lícita; b) o acesso aos dados do aparelho celular tem de ser verdadeiramente incidental à prisão, realizado imediatamente após o ato para servir efetivamente aos propósitos da persecução penal, que, neste contexto, são os de proteger as autoridades policiais, o suspeito ou o público, preservar elementos de prova e, se a investigação puder ser impedida ou prejudicada significativamente, descobrir novas provas; c) a natureza e a extensão da medida tem de ser desenhadas para esses propósitos, o que indica que, em regra, apenas correspondências eletrônicas, textos, fotos e chamadas recentes podem ser escrutinadas; d) finalmente, as autoridades policiais devem tomar notas detalhadas dos dados examinados e de como se deu esse exame, com a indicação dos aplicativos verificados, do propósito, da extensão e do tempo de acesso. Esse último requerimento de manutenção de registros de medida auxilia na posterior revisão judicial e permite aos policiais agir em estrito cumprimento às demais condições expostas (BRASIL, 2016).

Ao encontro, a Ministra Maria Thereza de Assis rebuscou os precedentes da Espanha e apontou entendimento do Tribunal Constitucional (Pleno, Sentença 115/2013, de 9 de maio de 2013 – BOE núm. 133, de 4 de junho de 2013), no qual, após os agentes policiais acessarem os dados em alguns aparelhos celulares abandonados em local de depósito de drogas, onde os infratores empreenderam fuga, foi possível acessar a agenda telefônica, identificando e realizando a prisão das pessoas envolvidas. (BRASIL, 2016).

Diante de tais prerrogativas, podemos inferir que a colisão de direitos vem sendo flexibilizada em alguns lugares do mundo, diante de casos concretos, sempre balizada pela proporcionalidade, excepcionalidade e urgência, quando coexiste risco à segurança pública:

Não podendo, 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 encontrou aparelhos celulares em um cativo recém-abandonado: o acesso *incontinenti* aos dados ali mantidos pode ser decisivo para a libertação do sequestrado (BRASIL, 2016, grifo nosso).

Entretanto, no mesmo preceito legal julgado no RHC nº 51.531 – RO, a Ministra Maria Thereza de Assis deu seu voto juntamente com o relator o Ministro Nefi Cordeiro, no sentido de que as provas obtidas necessitavam de autorização judicial, e o fato de os policiais terem acessado os dados do aparelho foram de encontro ao direito à intimidade do acusado.

No caso relatado não se vislumbrou urgência, em caráter excepcional, que autorizasse os policiais a acessarem os dados do aparelho celular, caso fosse cumprido o que preceitua o artigo 6º do Código de Processo Penal, nos incisos II e III, que condiciona ao encaminhamento do objetivo apreendido a autoridade policial competente para posterior análise pericial, mediante medida judicial, o prejuízo ao processo legal não seria suscitado.

Destarte, cumprindo o que o sistema legal vigente brasileiro preconiza, o conflito de direitos seria balizado de forma proporcional, respeitando os interesses constitucionais, pois não se pode deixar de lado os direitos fundamentais pela simples alegação da proteção do coletivo e da prevenção criminal, sem justificativas sólidas (BORGMANN, 2006).

O relator, no RHC nº 51.531 – RO, entende que o acesso a dados pessoais advindo de um aparelho eletrônico se compara a conversas obtidas por e-mail, conseqüentemente, exigindo-se ordem judicial, ocorrendo portanto a devassa dos dados particulares, violando o seu direito à intimidade, que vislumbramos abarcados pela Lei 12.965/14 que estabelece os princípios, garantias e deveres para o uso da internet no Brasil, no seu artigo 7º, que prevê a necessidade de ordem judicial, diante da inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas. (BRASIL, 2016).

Diante desta narrativa, considerou ilícita a devassa dos dados, nas conversas de aplicativos de troca de mensagens instantâneas obtidos na prisão em flagrante, realizado sem ordem judicial, prejudicando o andamento da lide, sendo necessário o desentranhamento dos autos dos dados obtidos e, por seguinte, a nulidade das provas obtidas no celular (BRASIL, 2016).

Entretanto a decisão prolatada não pode ser elencada como um precedente utilizado em casos que apresentem semelhanças, devendo ser ponderado diante dos fatos concretos que levaram os procedimentos adotados, pois:

[...] a Corte não descartou, *peremptoriamente*, que, a depender do caso concreto, ficando evidenciado que 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 (MARÇAL, 2016, p. 240).

É de salientar que, diante da constante evolução tecnológica, os aparelhos celulares utilizados atualmente vão além do simples instrumento de telecomunicação entre os interlocutores, bem como o registro de contatos e ligações. Inúmeras são as funções que possibilitam a troca de dados e mensagens instantaneamente, permitindo que tais informações possam ser apagadas de forma remota (BRASIL, 2016).

Importante estabelecer que na atualidade as tecnologias disponíveis ao cidadão proporcionam que todos os seus dados estejam atrelados a aparelhos eletrônicos, entendimento corroborado pela doutrina atual, no qual:

[...] considerou-se que os atuais *smarthphones* 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 (MASSON; MARÇAL, 2016, p. 240).

Robustecendo os entendimentos infracitados e de modo a fortalecer o preceito firmado pela 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça partimos para a análise de dois casos concretos que foram parar na Suprema Corte dos Estados Unidos, cuja semelhança permitiu tal entendimento.

O primeiro refere-se à prisão de David L. Riley, onde foram localizadas armas carregadas em seu veículo após ser parado com sua carteira de habilitação vencida no ano de 2009. Após o acesso aos dados por parte dos policiais presentes, foi possível levantar informações que ligavam o acusado a um tiroteio (SUPREMA... 2014).

O segundo fato analisado ocorreu no ano de 2007, durante a prisão de Brima Wurie, em Boston, onde fora realizada uma pesquisa nos registros de chamadas telefônicas. Consiste em decisão preterida no ano de 2014, decidiu no sentido de que os celulares que são utilizados atualmente, sua tecnologia propicia que seja acessada uma grande quantidade de dados pessoais, deste modo cumpre a necessidade de mandado judicial para acessar correios de voz, correios e mensagens de celulares dos cidadãos americanos.

Diante destes acontecimentos, e citando a Quarta Emenda à Constituição americana - que faz referência à proteção contra buscas e apreensões arbitrárias - o juiz H. Norman Stahl citou “Hoje, muitos americanos armazenam seus segredos mais pessoais em formato eletrônico, em um celular, que é um aparelho individual”, portanto resguardando o direito à intimidade (SUPREMA, 2014).

Ademais, podemos considerar que as comunicações telemáticas juntamente com as

telefônicas foram abarcadas pela lei da interceptação telefônica, Lei 9.296/96, na qual, considerando um entendimento onde a proteção elencada a comunicação do artigo 5º, XII, da Constituição, resguarda a sua violação para produção de provas em investigação criminal e instrução processual penal, mediante ordem do juiz competente (MASSON; MARÇAL, 2016). Para tanto, entendimentos trazem a preservação da intimidade como de suma importância nos procedimentos policiais, mesmo diante do direito à segurança pública, principalmente nas prisões em flagrante, diante de acesso aos seus dados eletrônicos, devendo referido acesso somente ser permitido diante da autorização judicial, afastando-se desta premissa somente em casos de extrema necessidade, de forma fundamentada e proporcional ao ilícito que se pretende compor as provas.

Na impossibilidade de determinar de maneira genérica se o acesso a dados de aparelhos eletrônicos pode ser considerado legal perante o ordenamento jurídico pátrio atual, cumpriu-se a análise de casos preexistentes que dentre as suas especialidades pode-se traçar parâmetros que vão ao encontro tanto do direito à segurança pública quanto ao direito à intimidade.

Neste norte, importante citar jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina que versa no sentido da necessidade de autorização judicial no acesso aos dados, diante da questão não estar pacificada nos tribunais superiores.⁵

Podemos auferir mesmo diante da peculiar importância de cada direito protegido durante a ação do policial, através de análise auferidas anteriormente, que, de maneira geral, o acesso a dados em aparelhos eletrônicos durante operações policiais, que vão da abordagem policial à prisão em flagrante, necessitam de prévia autorização judicial, principalmente quando não se vislumbra a prisão em flagrante.

Entretanto, casos concretos e em situações excepcionais, que demonstrem urgência no alcance das informações, aliado ao risco de perecimento dessas informações, seu acesso possui fundamentos amparados no direito vigente, com amparo na premissa fundamental de que os fins pretendidos respeitam a proporcionalidade dos meios empregados com uma real ponderação dos interesses presentes.

5 HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO (LEI N. 11.343/06, ARTS. 33, CAPUT, E 35, CAPUT). INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. PRISÃO PREVENTIVA. PEDIDO DE REVOGAÇÃO. MATÉRIA INVOCADA EM ORDEM ANTERIORMENTE IMPETRADA. FATOS NOVOS NÃO IDENTIFICADOS. REITERAÇÃO DE PEDIDO. NÃO CONHECIMENTO. A reiteração de pedido anteriormente formulado em sede de habeas corpus impede o conhecimento da nova impetração sob os mesmos fundamentos. PRISÃO PREVENTIVA. ALEGAÇÃO DE NULIDADE. PROVAS OBTIDAS POR MEIO DE TELEFONE CELULAR APREENDIDO, SEM PRÉVIA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. QUESTÃO AINDA NÃO PACIFICADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO DEMONSTRADO DE PLANO. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E DENEGADA. (TJSC, Habeas Corpus n. 4004531-62.2016.8.24.0000, de Lauro Müller, rel. Des. Roberto Lucas Pacheco, j. 08-09-2016).

3. CONCLUSÃO

Os direitos do ser humano sempre foram muito debatidos. Um caminho árduo e tormentoso, repleto de dúvidas e contradições até chegar aos direitos atualmente conhecidos, cuja existência são fundamentais para a condição humana.

Por estes regramentos jurídicos, é que o ser humano possui um nome, a incolumidade física, psíquica e moral. Tutelas que outrora não eram possíveis de serem designadas pelas legislações, enquanto o homem não fosse valorizado pela condição de ser um sujeito detentor de direitos e de obrigações.

Ao ser protegido, o ser humano alcança condições de poder se desenvolver, de ter um mínimo de condições para viver, de ser respeitado pelo que é, não importando as leis, a condição financeira, etnia ou gênero.

Independentemente de qualquer outra questão, alcança ao ser humano, argumentos que fortificam os requisitos básicos para ser considerado como um detentor de direitos e, neste sentido, o direito à intimidade representará as informações de cunho particular que todo ser humano possui, todos os dados sensíveis que ele tem no seu íntimo, mesmo com o convívio em sociedade. Por sua vez, o direito à segurança pública abará um conjunto de elementos balizados nas relações sociais, na busca da paz social, um verdadeiro equilíbrio entre as regras de convivência, onde ambos podem ser ponderados diante da necessidade factual.

Diante disso, corrobora-se que o direito à intimidade e o direito à segurança pública, ambos direitos protegidos pelo ordenamento jurídico pátrio, podem ser moldados a depender da multiplicidade da situação concreta que se apresenta, desde que esta preterição justificada de um ao encontro ao outro, respeitando a proporcionalidade e excepcionalidade, seja limitada pelo ordenamento jurídico brasileiro, e esta ponderação não seja arbitrária ferindo qualquer liame legal.

A partir deste conflito experimentado na busca da elucidação da problemática do presente artigo, apoia-se na importância do conhecimento acerca da abordagem policial, busca pessoal e prisão em flagrante, demonstrando a atuação policial e seu respaldo de utilização do poder de polícia no ordenamento jurídico, pois a partir do momento em que se faz necessária a força policial para intervir em um ato na sociedade, o contrapeso dos direitos acaba sendo suscitado.

A abordagem policial representa o momento em que ocorre a intervenção policial, que pode decorrer desde uma orientação, busca pessoal ou até mesmo a prisão em flagrante do cidadão que infringiu algum preceito legal vigente. Esta interpelação amparada pelo poder de polícia, que a Administração Pública fornece à força policial, serve para restringir direitos, se for necessário, em prol do direito da coletividade ou do próprio Estado, constitui o primeiro transgressor de direitos em prol de outros, considerados mais preponderantes.

Diante de fundamentos fáticos, respalda-se a busca pessoal nos indivíduos onde possa existir a possibilidade da ocorrência de atos delitivos, podendo ser verificada pela fundada suspeita por parte do agente policial. Por consequência da comprovação do cometimento de ilícitos, os procedimentos da prisão em flagrante poderão ser suscitados.

Destarte, os procedimentos policiais são medidas de exceção e utilizados diante da necessidade da obtenção da preservação ou manutenção da ordem pública, pois a restrição de direitos, por mais que cumpra os requisitos legais, deve ser feita de maneira justa e idônea, propiciando que os direitos fundamentais do cidadão sejam respeitados.

Diante de tais premissas, parte-se para análise da relativização de direitos na atividade policial com seu foco no acesso aos dados de aparelhos eletrônicos durante tais procedimentos. O acesso aos dados de um aparelho celular durante uma prisão em flagrante, julgada pelo Supremo Tribunal Federal – STF em 2012, entendeu na época que a análise dos dados encontrados no celular, tais como a agenda telefônica e registro das chamadas, consistia em uma medida razoável para a elucidação do ilícito penal.

Entretanto, foi possível entender que ao longo dos anos a evolução tecnológica foi tamanha que propicia atualmente aos aparelhos eletrônicos armazenarem diversas informações de cunho pessoal e troca de mensagens, estas vão além do simples registro telefônico e, diante deste problema acerca de tecnologias passadas e presentes, fica a aplicabilidade de tal julgado prejudicado diante dos casos concretos atuais.

Deste modo, percebe-se que em situações, onde a característica específica do caso ensejar urgência na obtenção de informações ou risco de que os dados possam se perder pelo decurso de tempo, desde que justificada a excepcionalidade e a proporcionalidade entre o meio aplicado e o fim desejado, poderá o agente exercer o direito à segurança pública em contraponto ao direito à intimidade na devassa das informações diante das prisões em flagrantes cujo direito à segurança pública ensejar elevada necessidade.

Apesar da possibilidade, diante de casos excepcionalíssimos, deve-se preceituar que o acesso aos dados de aparelhos eletrônicos por policiais durante procedimentos, em regra, necessita de uma análise de uma autoridade imparcial ao caso, conforme nosso regramento jurídico cumpre ao judiciário, através de uma autorização judicial, pois o poder de penetração na intimidade do indivíduo que se dá ao acessar seus dados eletrônicos é demasiadamente grande, possibilitando o perecimento de seus direitos fundamentais.

Cumprе salientar que o julgado do Superior Tribunal de Justiça – STJ do ano de 2016 estabeleceu que “ilícita é a devassa de dados, bem como das conversas de WhatsApp, obtidas diretamente pela polícia em celular apreendido no flagrante, sem prévia autorização judicial.” (Brasil, STJ, 2016, Min. Rogério Schietti Cruz). Ademais, as cortes superiores não possuem posicionamento exposto a respeito da temática, principalmente devido à multiplicidade de situações que podem surgir na coalisão de direitos nos casos visíveis.

Portanto, em regra, a busca exploratória a aparelhos encontrados durante qualquer

procedimento policial merece proteção legal em favor do direito fundamental à intimidade, não podendo se afastar do respaldo ao direito à segurança pública, cabendo o comportamento do policial ser no intuito de preservar o direito que prepondera no momento do ocorrido, diante da necessidade e excepcionalidade da situação, devendo pautar-se pela equivalência adequada a cada caso, com cautela na ponderação, de modo que não corra o risco de representar qualquer abuso a direitos constitucionalmente protegidos.

Respalda-se que os entendimentos a respeito da temática não se esgotam nesta pesquisa, podendo ser desenvolvida em futuros estudos e aprofundamentos relacionados à conduta do policial diante da resolução do caso concreto de acesso aos dados em aparelhos eletrônicos nas atividades policiais, pois a legitimidade perante a sociedade só será contemplada na verdadeira busca de proteção aos direitos do cidadão.

REFERÊNCIAS

- ASSIS, Jorge Cesar. **Aspectos jurídicos e efetividade da participação do governo federal na segurança pública**. Revista Direito Militar, São Paulo, n. 32, nov./dez. 2001.
- BIFFE JUNIOR, João; LEITÃO JUNIOR, Joaquim. Conotações práticas acerca do acesso pela polícia a conversas gravadas no Whatsapp. 2016. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2016/09/16/conotacoes-praticas-acerca-do-acesso-pela-policia-a-conversas-gravadas-no-whatsapp/>>. Acesso em: 10 dez. 2016.
- BITTNER, Egon. **Aspectos do Trabalho Policial**. São Paulo, SP: Edusp, 2003. Ed. Original: 1990.
- BORGMANN, Bruna. A proteção do direito à intimidade no contexto jurídico nacional. 2006. Disponível em: <<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/download/679/396>>. Acesso em: 04 jan. 2017.
- BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689/Compilado.htm>. Acesso em: 13 set. 2016.
- _____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 05 jan. 2017.
- _____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 91.867**. Paciente: José Luis Mendes de Oliveira Lima e outros. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Pará, 24 de abril de 2012. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22869954/habeas-corpus-hc-91867-pa-stf/inteiro-teor-111144852#>>. Acesso em: 07 jan. 2017.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Habeas Corpus n. 51.531**. Recorrente: Leri Souza e Silva. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Rondônia, 19 de abril de 2016. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/340165638/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-51531-ro-2014-0232367-7/relatorio-e-voto-340165682#>>. Acesso em: 06 jan. 2017.
- CARDOSO, Camilo Pereira; SILVA, Pedro Joel Silva da. Aspectos Jurídicos da Busca Pessoal Realizada no Policiamento Ostensivo. In: SCHNEIDER, Rodolfo Herberto (Org.). **Abordagens Atuais em Segurança Pública**. Porto Alegre: Edipucrs, 2011. p. 73-90.
- CAULLIRAUX, Heitor Mansur. **Modelo de Gestão Organizacional**. Minas Gerais: Secretaria Nacional de Segurança Pública – SENASP/MJ, Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD, 2004.

- COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil: parte geral**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- FRANCO, Paulo Ricardo Pinto. **Técnicas policiais: uma questão de segurança**. Porto Alegre: Gráfica e Editora Santa Rita, 2002.
- FONTES JUNIOR, João Bosco Araujo. **Liberdades Fundamentais e Segurança**
- Pública:** Do Direito à Imagem ao Direito à Intimidade: A garantia Constitucional do Efetivo Estado de Inocência. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.
- KNIJNIK, Danilo. A trilogia Olmstead-Katz-Kyllo: o art. 5º da Constituição Federal do Século XXI. In: SILVA, Ângelo Roberto Ilha da (Org.). Edit: **Temas de direito penal, criminologia e processo penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 173- 190.
- MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. **Crime Organizado**. 2. ed. São Paulo: Editora Método, 2016.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 24. ed. São Paulo: Malheiros Editora.
- NORONHA, Edgard Magalhães. **Curso de Direito Processual Penal**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- PACHECO, Eliana Descovi. Colisão entre direitos fundamentais e formas de solucionar a questão jurídicamente. 2016. Disponível em: <https://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=artigos_leitura_pdf&artigo;+id=4228>. Acesso em: 05 jan. 2017.
- _____. Direitos Fundamentais e o Constitucionalismo. 2017. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=artigos_leitura_pdf&artigo_id=4207>. Acesso em: 28 jan. 2017.
- POLO, Giovana. Busca e apreensão pessoal e prova ilícita. In: **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 8, n. 92, jul. 2000.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Rio de Janeiro, Editora Gráfica Borsoi, 1971.
- ONU. Organização das Nações Unidas. Código de Conduta para os Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei. Assembleia Geral das Nações Unidas, resolução 34/169, de 17 de dezembro de 1979. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/931761.pdf>. Acesso em: 17 jan. 2017.
- RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.
- ROSA, Aurélio José Pelozato da et al. **Manual de Técnicas de Polícia Ostensiva da PMSC**. 3. ed. Florianópolis. 2014. 131 p.
- SILVA, Edson Jesus da. A abordagem policial e o uso da força sob a égide dos direitos humanos. 2011. 18 f. TCC (Graduação) - Curso de Curso de Formação de Oficiais da Polícia Militar de Santa Catarina, Academia de Polícia Militar da Trindade, Florianópolis, 2011.
- Disponível em: <<http://biblioteca.pm.sc.gov.br/pergamum/vinculos/00000A/00000A25.pdf>>. Acesso em: 25 nov. 2016.
- SOUZA, Adelson Joaquim de. Direito Fundamental à Segurança Pública. 2016. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15754>. Acesso em: 14 out. 2016.
- SUPREMA Corte dos EUA decide que celulares só devem ser vasculhados com mandado. 2014. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/mundo/suprema-corte-dos-eua-decide-que-celulares-so-devem-ser-vasculhados-com-mandado/>>. Acesso em: 10 jan 2017.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2005.
- VELLOSO, Carlos. A justiça e seu problema maior: a lentidão. Justiça, Ministério Público e polícia: a tripeça em que se assenta a segurança pública. Disponível em: <<http://bdjur.tjdf.tj.us.br/xmlui/handle/tjdf/32731>>. Acesso em: 05 dez. 2016.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: parte geral**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.